



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القري
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه

تم تقديم المطلوب
المناقشة
د. محمد سعيد الحارثي
١١/١١/١٤٢٩ هـ
٤١١٠
مركز الدراسات
عائده

الفتوح في العفو والمالكية

١٠٠٢٥٣٢

رسالة مقدمة لنسبيل درجة الماجستير في الفقه



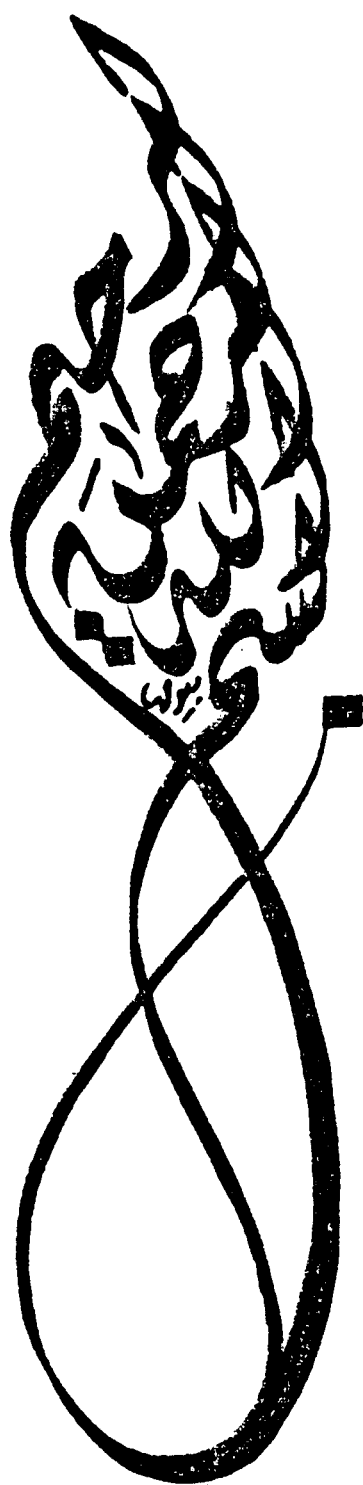
إعداد :

الطالب / الأستاذ محمد سامي مطاع بن شيبه

إشراف :

الدكتور / حمزة حسين الفخر

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م



شکر و تقدر
بیت

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وأشكره على ما أنعم به عليّ

من نعم كثيرة لا تعد ولا تحصى ، وبعد :

فالتزاماً بقول المصطفى صلى الله عليه وسلم " لا يشكر الله من لا يشكر الناس " (١) ، أجد أن من حق استاذي المشرف الدكتور حمزة حسين الفعير أن أسجل له عظيم شكري ووافرا متنائي ان أحاطني برعايته وأفضل عليّ من كرمه وفضله ، فقد منحني من وقته الكثير وفتح لي قلبه وميته وأمدني بتوجيهاته القيمة ، ولم يبخل عليّ بشيء من ذلك فأشكره راجياً من الله سبحانه وتعالى أن يتولى عني حسن جزائه وأن يجعل ما بذله معي في موازين حسناته * يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضراً * (٢)

كما لا أنسى ما بذله معي أستاذي الدكتور علي عباس الحكي الذي تبنى بحثي هذا منذ كان فكرة ، ورعى وضع خطته وبداياته الأولى فله مني الشكر والتقدير ، ومن الله المثوبة ان شاء الله .

كما أشكر اخواني علمي متابعتهم واهتمامهم بسير هذا البحث فقد كانوا خير موجه لي جزى الله الجميع عني خير الجزاء ، والحمد لله رب العالمين .

(١) سنن أبي داود ١٥٧/٥ ، ١٥٨ .

(٢) سورة آل عمران آية رقم ٣٠ .

الحمد لله
على

بسم الله الرحمن الرحيم

(أ)

مقدمة

ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور
أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا
هادى له وأشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا
عبد الله ورسوله . أما بعد :

فقد منّ الله عليّ بالالتحاق بالدراسات العليا الشرعية ، فرع
الفقه ، وبعد الانتهاء من السنة المنهجية كان لزاما عليّ أن أختار
موضوعا لتحضير درجة الماجستير ، فأخذت أبحث بجد في بطون الكتب
بغية التوصل الى موضوع حيوى ، وبعد طول عناء ونظرا هتديت بتوفيق
الله سبحانه وتعالى الى موضوع (الفسخ في العقود المالية) ،
فشرعت في القراءة حوله حتى يتيسر لي تقديم خطة عنه لتتم الموافقة
عليه ، وقد تم ذلك والحمد لله .

وبعد ، فقد اعترضني عقبات كثيرة في اعداد هذه الرسالة

منها :

١ - طول الموضوع وتشعبه واشتماله على قضايا كثيرة يصعب
دراستها دراسة متكاملة في الوقت المقرر لبحث هذه الرسالة ، ولا أبالغ اذا
قلت ان كل جزئية منه صالحة لرسالة مستقلة ، فيندرج تحته مباحث
الخيار بجميع أنواعه ، وتندرج تحته نظرية الخلل في الشروط ، ويندرج
تحته ما يطرأ على العقد من أسباب وحوادث تجعل تنفيذه مستحيلا ،
وغير ذلك مما سنراه مفصلا في ثنايا الموضوع .

٢ - دقة الموضوع لكونه ينبثق من جوهر العقود التي

هي موطن تعامل الناس ، وهي في نفس الوقت وليدة الحدوث والتجدد
ما يجعل ضبط جزئياتها وتفرعاتها أمراً بالغ الصعوبة وخاصة
للباحث المبتدئ .

٣ - تنأثر مادته العلمية في مواطن مختلفة من العقود
المالية ، فمرة مادته العلمية في باب البيع كما يظهر ذلك في الخيارات
العامة ، ومرة في باب التفليس ، ومرة في باب الحجر ، ومرة في الاجارة ،
ومرة في الهبة ، وهكذا دواليك .

هذه بعض الصعوبات التي واجهتني خلال السير في هذه
الرسالة . أما عن كيفية السير فيها : لما كان الفسخ مبنياً على
أسبابه ، وهي متعددة ، فقد قمت بدراسته بحسب أسبابه ، ولقد
اضطررتي لدراسته بهذا الشكل أسور ، منها :

١ - أن كل سبب من أسباب الفسخ يمثل فسخاً مستقلاً بذاته
له أركانه وشروطه وموانعه الخاصة به .

٢ - تبين نوع العلاقة بين هذه الأسباب مما يقتضي
دراسة أحكام كل سبب على حدة لتظهر تلك العلاقة واضحة جلية .

٣ - حاولت أثناء هذه الدراسة التفصيلية بيان الأحكام
العامة بالفسخ متى لاح لي ذلك .

وبذلك يمكنني القول ، إنني قد استطعت - بحمد الله - الجمع
بين الطريقتين . طريقة اظهار الأحكام العامة للفسخ ، وطريقة الدراسة
لأفرادها كل منها على حدة بحيث ظهر في صورته المميزة له عن غيره من
سائر الأسباب .

وفي ذلك من الفائدة وإظهار البحث بشكل جامع مع مراعاة مقتضى
العموم والخصوص بين الفسخ وأسبابه ما لا يخفى .

مخطط الرسالة :

لقد انتظم عقد هذه الرسالة في مقدمة وتمهيد وسبعة فصول
وخاتمة .

أما المقدمة فتكلمت فيها عن سبب اختيار الموضوع وأهميته .
وأما التمهيد فهو معقود لبيان حقيقة العقد ، وبيان تقسيمات
العقود ، وحقيقة المال وما يطلق عليه . وفيه قسمان :

القسم الأول : في حقيقة العقد ، وبيان تقسيمات العقود :

أولا - حقيقة العقد لغة وشرعا .

ثانيا - تقسيمات العقود .

القسم الثاني : في حقيقة المال ، وما يطلق عليه :

أولا - حقيقة المال . ثانيا - خلاف العلماء في مالية المنافع .

ثالثا - مالية حقوق الارتفاق . رابعا - مالية الديوان .

أما الفصل الأول ، فجعلته في حقيقة الفسخ لغة وشرعا ، وأحكامه

العامة ، وقسمته إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : في حقيقة الفسخ لغة وشرعا .

المبحث الثاني : في انحلال العقد .

المبحث الثالث : في الفرق بين الفسخ والانفساخ .

المبحث الرابع : في حكم الفسخ من حيث كونه رخصة .

المبحث الخامس : في الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ؟

- المبحث السادس : في شروط الفسخ العامة .
- المبحث السابع : في بيان العقد الذى يرد عليه الفسخ شرعا .
- المبحث الثامن : في علاقة الفسخ بالخيار .
- المبحث التاسع : في قاعدة (يفتقر في الفسخ ما لا يفتقر في العقود) .

أما الفصل الثاني : في الفسخ بسبب فوات شرط .

وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب فوات شرط الصحة .
- المبحث الثاني : في الفسخ بسبب فوات شرط النفاذ .
- أما الفصل الثالث : ففي الفسخ بسبب خيارات التروى .

وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب خيار المجلس .
- المبحث الثاني : في الفسخ بسبب خيار الشرط .
- المبحث الثالث : في الفسخ بسبب خيار الرجوع .

أما الفصل الرابع : ففي الفسخ بسبب الإقالة .

والفصل الخامس : في الفسخ بسبب الغبن والتفريط .

وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب الغبن .
- المبحث الثاني : في الفسخ بسبب التفريط .
- أما الفصل السادس : ففي الفسخ بسبب فوات المقصود من العقد .

وفيه مباحث أربعة :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب خيار العيب .

المبحث الثاني : في الفسخ بسبب خيار فوات الوصف الشروط .

المبحث الثالث : في الفسخ بسبب تفريق الصفقة .

المبحث الرابع : في الفسخ بسبب الرجوع في الهبة .

أما الفصل السابع : منفي الفسخ بسبب تعذر تنفيذ العقد .

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : في الفسخ بسبب الافلاس .

المبحث الثاني : في الفسخ بسبب اختلاف المتبايعين .

المبحث الثالث : في الفسخ بسبب العذر في الاجارة .

المبحث الرابع : في الفسخ بسبب امتناع التسليم .

أما الخاتمة : فتتضمن أهم نتائج البحث :

والله أعلم ،،،

تمهيد

وفيه قسمان :

القسم الأول : في حقيقة العقد لغة واصطلاحاً ،
وبيان تقسيمات العقود .

القسم الثاني : في حقيقة المال لغة وشرعاً ، وما يطلق
عليه .

القسم الأول

في حقيقة العقد لغة واصطلاحاً ، وبين تقسيمات العقود

أولاً : حقيقة العقد لغة واصطلاحاً .

ثانياً : تقسيمات العقود :

- ١ - تقسيم العقود من حيث التسمية وعدمها .
- ٢ - تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها .
- ٣ - تقسيم العقود من حيث التوقف والنفاد .
- ٤ - تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه .
- ٥ - تقسيم العقود من حيث اشتراط القبض وعدم اشتراطه .
- ٦ - تقسيم العقود الى عقود تملك وعقود اسقاط .
- ٧ - تقسيم العقود الى عقود مالية وعقود غير مالية .

أولاً : حقيقة العقد لغة واصطلاحاً .

١ - حقيقة العقد لغة :

العقد نقيض الحل ، وجمعه عقود ، قال تعالى * يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود * (١)

ويطلق العقد على معان كثيرة ، منها : الربط ، والتوثيق ، والاستحكام ، والجمع بين أطراف الشيء يقال : عقد الحبل إذا وصله ببعضه ، وعقد اليمين إذا وثقها وقواها ، وتعقد بينهم الإخاء إذا استحكم ، وعقد كل شيء أبرامه ، (٢) و "العقدة بالضم موضع العقد ، وهو ما عقد عليه " . (٣)

ونلاحظ من معنى العقد في اللغة أنه يستعمل في المعاني والأجسام ، فمن الأول عقد اليمين والعهد ، ومن الثاني عقد الحبل .

فهل العقد حقيقة فيهما ، أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر ؟

للإجابة على هذا السؤال أورد قول الزجاج الآتي : (٤)

(١) سورة المائدة آية رقم " ١ " .

(٢) لسان العرب ج ٣ / باب الدال فصل العين ص ٢٩٦ وما بعدها ،

الصحاح ج ٢ باب الدال فصل العين ص ٥١٠ ، تاج العروس

ج ٢ باب الدال فصل العين ص ٤٢٦ ، ترتيب القاموس المحيط

على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة ج ٣ باب العين ص ٢٧٠ ،

المصباح المنير ج ٢ كتاب العين ص ٤٢١ ، العين للخليل بن أحمد

الفراهدى ص ١٦٢ .

(٣) الصحاح ج ٢ باب الدال فصل العين ص ٥١٠ .

(٤) هو الامام الحجة نحوى زمانه أبو اسحاق ابراهيم بن محمد بن السرى

الزجاج البغدادي لزم البرد فنصحه وعظم له مؤلفات منها

• العقود أوكد من العهود ، وأصله في الأجرام ثم توسع فأطلق على المعاني : (١)

٢ - حقيقة العقد اصطلاحاً :

اعتنى فقهاء الحنفية بالعقد ، واشتروا لانعقاده العدر (٢) أي أن العقد لا ينعقد عندهم إلا إذا تم بإرادتين ، فالإرادة الواحدة على اشتراطهم العدر لا تكون أهلاً لإنشاء العقد ، وإن كانت أهلاً لكثير من التصرفات وعلى ذلك تواردت تعاريفهم الآتية بعد قليل ، إلا أن أبا بكر الجصاص الحنفي خالف في ذلك وارتأى انعقاد العقد بإرادة واحدة كما يفهم ذلك من تعريفه الآتي للعقد ، وهو بذلك يوافق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين لم يصرحوا بأن العدر شرط في العقد .

وبذلك نستطيع القول بأن للعقد عند الفقهاء إطلاقين :
الأول : يفيد أن العقد ربط شرعي بين شخصين بالإيجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما على وجه يثبت أثره في العقود عليه .
وعلى هذا المعنى تواردت نصوص فقهاء الأحناف .

== "معاني القرآن" ، "الإنسان وأعضاؤه" ، "الفرس" ، "العروض" ،
"النوادر" ، "الاشتقاق" وغيرها ، توفي سنة ٣١٦ هـ ، أخذ عنه
العربية أبو علي الفارسي وجماعة . سير أعلام النبلاء للذهبي ٣٦٠/١٤ ،
طبقات المفسرين ٧/١ .

- (١) نقلاً عن البحر المحيط لأبي حيان ٤١١/٣ .
(٢) بدائع الصنائع للكيازي ١٣٥/٥ ، استثنى في البدائع من اشتراط العدر لانعقاد العقد إلا الأب فيما إذا باع مال نفسه من ابنه الصغير .

ففي البحر الرائق لابن نجيم : العقد : ربط أجزاء التصرف
أى الإيجاب بالقبول شرعاً (١) .

ومن هذا التعريف نلص أنه لا بد من ارادتين لكي ينعقد العقد
فالارادة الواحدة لا تعقد العقد . فكل من اليمين والوقف والاعتاق وغيرها
ما يتم من جانب واحد لا تسمى عقوداً بمقتضى هذا التعريف ، وقد أخذت
مجلة الأحكام بهذا في المادة " ١٠٣ " منها حيث عرفت العقد بأنه
التزام المتعاقدين أمراً وتعهداً به وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول (٢)
فإذا قال شخص لآخر بعثك هذه السيارة بعشرة آلاف ريال فقال الآخر
قبلت ، أصبح كل من العاقدين ملتزماً قبل صاحبه أمراً . فالمشتري ملتزم
للبائع بدفع الثمن ، والبائع ملتزم للمشتري بتسليم العين . فالتزام كل واحد
منهما نحو صاحبه يسمى " عقد البيع " .

المعنى الثاني للعقد : ويفيد أن العقد ما ينشأ عنه التزام سواء
أكان ذلك الالتزام قد تم بإرادتين أم تم بإرادة واحدة منفردة فهو
أعم من التعريف الأول إذ أنه يدخل فيه العقد الذى يتم من جانب واحد
كالوقف والنذر ، والعقد الذى يتم من جانبين كالبيع والشركة والوكالة (٣)
والى هذا المعنى أشار أبو بكر الجصاص رحمه الله حيث قال في تعريف

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٨٣/٥ وابن نجيم هوزين الدين
ابن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم فقيه حنفي مصرى له
مؤلفات أهمها : " الأشباه والنظائر " و " البحر الرائق شرح
كنز الدقائق " توفي سنة ٩٧٠ هـ ، شذرات الذهب ٣٥٨/٨ ،
الأعلام للنزكي ٦٤/٣ .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ص ٦٤ .

(٣) قارن بكتاب المدخل لدراسة الشريعة ص ٢٣٨ .

العقد : " والعقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه إياه ، لأن العقد اذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل الى الايمان ، والعقود عقود الهيايمات ونحوها فانما أريد به الزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه ، وهذا انما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى في المستقبل من الاوقات فيسمى البيع والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات/ عقوداً لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من اقتضاء الوفاء بما شرطه على كل واحد من الرّيح والعمل لصاحبه والزمه نفسه وكذلك العهد والايمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله (١) في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك*.

*

التعريف المختار :

وبالنظر الى التعريفين السابقين ، نلاحظ أن التعريف الثاني أشمل من التعريف الاول ، لأن التعريف الثاني يدخل فيه كل ما التزم به الشخص سواء كان التزامه نحو نفسه أو نحو غيره أو نحو ربه بإرادته المنفردة أو مع غيره . وهذا التعريف هو التعريف المختار ، لأننا لو

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢٩٤/٢ ، ٢٩٥ ، والجصاص هو : أحمد ابن علي أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص ، سكن بغداد ، فأخذ فقهاؤها عنه قال الخطيب : امام أصحاب أبي حنيفة في وقته وكان مشهوراً بالزهد ، له مؤلفات منها " أحكام القرآن " ، شرح مختصر أبي الحسن الكرخي " ، شرح مختصر الطحاوي " ، ===

قلنا بالتعريف الأول القائل بأن العقد لا يتم إلا بإرادتين لا نغينا
كثيرا من العقود من بحثنا والتي سماها الله سبحانه وتعالى عقودا ،
محتشها الفقهاء ضمن بحثهم للعقود الأخرى .

فوالله سبحانه وتعالى سمى اليمين عقداً ، قال تعالى ﴿ لا يؤاخذكم
الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ (١) الآية
ولقد ذهب أكثر المفسرين الى أن المراد بالعقود في قوله تعالى
﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ الآية (٢) العموم أى كل عقد ألزم الشخص
به نفسه أو غيره أو التزمه مع ربه وجب عليه الوفاء به . (٣)

== شرح الجامع لمحمد بن الحسن . " كان مولده سنة ٣٠٥ ووفاته

سنة ٣٢٠ هـ الجواهر المضية في طبقات الحنفية لأبي الوفاء

القرشي ٢٢٠ / ١ ، طبقات المفسرين للداودي ٥٥ / ١

(١) سورة المائدة آية رقم ٨٩ .

(٢) سورة المائدة آية رقم ١ .

(٣) جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ٤٤٩ / ٩ ، تفسير

أبي السعود ٣ / ٢ جامع أحكام القرآن للقرطبي ٣٣ ، ٣٢ / ٦ ،

البحر المحيط لأبي حيان ٤١١ / ٣ روح المعاني للألوسي ٤٨ / ٦ .

ثانيا : تقسيمات العقود .

ان الناظر في العقود على اختلاف أنواعها ومقاصدها ، وما يعتريها من أحكام ، يلاحظ أنها لا تقوم على أساس واحد بل على أسس مختلفة متباينة بحسب مقصود كل واحد منها ، وبحسب اعتبارات أخرى ، وهذا الاختلاف والتباين فيما بينها لا يمنع أن تشترك كل مجموعة منها فـ في ناحية جامعة لها من بعض الوجوه ، وان كانت مختلفة من وجوه أخرى .

ولذا فقد قسم الفقهاء العقود تقسيمات متعددة باعتبارات مختلفة حتى تسهل دراستها ووضع الضوابط المناسبة لها .

وقبل البدء في تقسيمات العقود لا بد من بيان مايلي :

- ١ - أن هذه التقسيمات للعقد بمعناه العام وهو كل ما التزم به الشخص سواء أكان ذلك الالتزام قد تم بإرادة واحدة أم بإرادتين .
- ٢ - أن هذه التقسيمات قد تتداخل مع بعضها البعض وذلك التداخل نظراً لطبيعة العقد ، ونواحيه المختلفة واندراجه في ناحية معينة في تقسيم واندراجه في غيره من نواح أخرى .

وتقسيمات العقود من حيث الجملة هي مايلي :

- ١ - تقسيم العقود من حيث التسمية وعدمها .
- ٢ - تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها .
- ٣ - تقسيم العقود من حيث التوقف والنفاز .
- ٤ - تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه .
- ٥ - تقسيم العقود من حيث اشتراط القبض فيها وعدم اشتراطه .
- ٦ - تقسيم العقود الى عقود تملك وعقود اسقاط .
- ٧ - تقسيم العقود الى عقود مالية ، وعقود غير مالية .

١ - تقسيم العقود من حيث التسمية وعدمها :-

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى قسمين :

أ - عقود مسماة .

ب - عقود غير مسماة .

أ - العقود المسماة :

وهي العقود التي بين الشارع لها اسماً وأحكاماً تخصها أو اصطلح الفقهاء على تسميتها بما يتناسب مع أحكامها سواء أكانت تلك الأحكام منصوصاً عليها ضمن نصوص كلية عامة أو مستنبطة بإحدى أدوات الاستنباط المعروفة .

فالعقود المسماة بناءً على هذا المعنى على قسمين :

١ - عقود مسماة من الشارع : وهي التي بين الشارع لها اسماً وأحكاماً تخصها كالبيع والإجارة والشركة والهبة .

٢ - عقود مسماة اصطلاح الفقهاء على تسميتها : وهي العقود التي لم يرد في تسميتها نص ولا حكم من الشارع بخصوصها كعقد الوفاء .

جاء في كتاب المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا ما نصه :

• وقد نشأت في الفقه الاسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وسماها الفقهاء بأسماء خاصة وقرروا لها أحكاماً فأصبحت عقوداً مسماة ، كبيع الوفاء^(١) ، وعقد الإجارة^(٢) ،

(١) عقد الوفاء : هو بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد

المشتري إليه المبيع . شرح المجلة لسليم رستم بارز ص ٦٧ .

(٢) عقد الإجارة : هو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع

مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف المبنى المتوهن عند عجز الوقف عن

والتحكيم^(١) في الأموال الموقوفة ، وكبيع الاستجرار الذي يعتبر فرعاً من البيع وهو من قبيل ما يسمى بالحساب الجارى^(٢) .

ب - العقود غير المسماة :

وهي العقود التي لم ترد لها تسمية من الشارع أصلاً ، ولم يصطلح الفقهاء على تسميتها ، ولم ترد لها أحكام خاصة تميزها عن غيرها .

قال في المدخل الفقهي العام : " والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر لأنها تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة وجميعها اسم " العقد " أو " الاتفاق " .^(٣)

=== التعمير ، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوى ضئيل - المدخل الفقهي العام ٥٦٩/١ ،

٥٧٠ .

(١) وعقد التحكيم : هو الاتفاق على اعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرها كتصرف المالكين ، ويرتب عليه أيضا أجر سنوى ضئيل . المرجع السابق ٥٧٠/١ .

(٢) المرجع السابق ٥٦٩/١ ، ٥٧٠ .

(٣) المرجع السابق ٥٦٩/١ .



٢ - تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى قسمين :

عقد صحيح ، وعقد غير صحيح ، وكل منهما له أقسام .

فالعقد الصحيح ، ينقسم الى نافذ ، وموقوف ، وينقسم النافذ

بدوره الى قسمين : لازم ، وغير لازم ،

والعقد غير الصحيح ، ينقسم الى فاسد وباطل .

وفيما يلي بسط تلك الأقسام :

أولا - تقسيم العقد الى صحيح ، وغير صحيح .

اتفق الفقهاء على أن العقد ، قسما ، صحيح ، وغير صحيح ،

وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في غير الصحيح هل ينقسم الى قسمين ،

فاسد وباطل ، أو هو قسم واحد وان تعددت مسمياته ؟

فذهب الحنفية الى القول الأول ، وقسموا العقد غير الصحيح الى

قسمين باطل وفاسد ، وخصوا كل واحد بحكم يتميز به .

وزهب الجمهور الى الثاني ، وقالوا : إن العقد غير الصحيح قسم

واحد ولا عبرة بتعدد الأسماء ، فالباطل والفاسد بمعنى واحد ولا فرق

بينهما .

هذا من حيث الاجمال ، أما من حيث التفصيل فكما يلي :

أولا - العقد الصحيح :

(١)

الصحة في اللغة : خلاف السقم ، ومن ذلك صح فلان من علة ،

إذا شفي منها .

أما عند علماء الأصول - فلها تعريفان . أحدهما للجمهور ،
والآخر للحنفية . واختلاف الفقهاء في معنى الصحيح ليس ناشئاً من اختلافهم
في حكمه بل حكمه متحد عند الجميع وهو افادة الطك ، وإنما الاختلاف
ناشئ عن ايجاد الحنفية قسماً ثالثاً متفرعاً منه ومن قسيمه وهو الباطل .

أ - الصحة لدى الجمهور :

للصحة لدى الجمهور تعريفان ، أحدهما عام في العبادات ،
والمعاملات ، والثاني خاص بكل واحد منهما .

" فالعام هو موافقة الفعل ذي الوجهين وقوعاً لشرع " . (١)

أما من حيث التفصيل :

فالصحة في العبادة " اسقاط القضاء أي اغناؤه ها عنه .

وفي العقد : " ترتب أثره ، أي أثر العقد وهو ما شرع العقد له

كحل الانتفاع في البيع والاستمتاع في النكاح " . (٢)

ب - الصحة لدى الحنفية : الصحيح عند الحنفية ما كان مشروعاً بأصله ووصفه جميعاً . (٣)

أما حكمه : فمانه يفيد الطك .
ومثاله - إذا قال شخص لآخر : بعث منك هذه الدار بكذا

ريالاً ، فقال الآخر : قبلت ، وكان العاقدان عاقلين ، فإن العقد يعتبر

صحيحاً ويترتب عليه أثره من نقل ملكية البيع الى المشتري ونقل ملكية الثمن الى البائع .

(١) حاشية البناني على متن جمع الجوامع ٩٩/١ والوجهان موافقة

الشرع ومخالفته أي الفعل الذي يقع تارة موافقاً للشرع لاستجماعه

ما يعتبر فيه شرعاً وتارة مخالفاً له كالصلاة .

(٢) المرجع السابق ١٠١/١ ، ١٠٢ ، الأحكام في أصول الأحكام للامد

١٨٦/١ شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤٧٣/١ .

(٣) كشف الأسرار للبزدوى ٢٥٩/١ ، تبين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤ .

ثانيا : العقد غير الصحيح :

قلنا ان الفقهاء متفقون على أن العقد ينقسم الى صحيح ، وغير صحيح ، وبعد اتفاقهم على ذلك ، اختلفوا في تقسيم العقد غير الصحيح ، فالجمهور يجعلون العقد غير الصحيح قسماً واحداً ولا يفرقون بين العقد الباطل أو الفاسد فحيث وجد خلل بالعقد فهو باطل أو فاسد سواء كان الخلل في أصله أم في وصفه ، والحنفية يقسمون العقد غير الصحيح الى قسمين : باطل و فاسد .

١ - العقد الباطل :

الباطل في اللغة : ضد الحق ، والجمع أباطيل على غير قياس كأنهم جمعوا ابطيلا . (١)

وفي الاصطلاح الأصولي هو : " ما يقابل الصحة " . (٢)

وهذا عند الجمهور ، وبناءً عليه ، فلا فرق بين باطل وفاسد في الحكم . أما عند الحنفية فهو ما لم يشرع بأصله ووصفه . (٣)

ومعنى ذلك أن العقد قد وجد فيه خلل في الماهية بأن كان الخلل في شخص العاقدين كأن كانا غير عاقلين أو كان الخلل في الماهية بأن كان العوضان ليسا مالا أو أن أحدهما مال والآخر ليس بمال .

(١) الصحاح ج٤ باب اللام فصل الباء ص ١٦٣٥ .

(٢) شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع ١/١٠٥ .

(٣) كشف الأسرار للبزدوى ١/٢٥٩ ، البحر الرائق ٦/٢٥ ، تبیین الحقائق

٤٤/٤ ، شرح المجلة العدلية للسليم رستم باز مادة " ١٠٨ " ص ٦٥ .

والعقد الباطل ليس له وجود في نظر الشارع ولا يترتب عليه آثاره
وان كان موجوداً حقيقة .

٢ - العقد الفاسد :

لغة : قال الجوهري : فسد الشيء يفسد فساداً ، فهو فاسد
والاستفساد خلاف الاستصلاح ، والمفسدة خلاف المصلحة . (١)

أما الفاسد عند الأصوليين ، فهو عين الباطل عند الجمهور وقد
سبق تعريفه ، أما لدى الحنفية فهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه .
(٢) ومعنى ذلك : أن العقد قد وجدت أركانه كاملة/ورد نهي عن
وصف من أوصافه ، فالعقد الفاسد وجد أصله كالعقد الصحيح سواء بسواء
ولكنه ورد نهي عن وصفه فهو مرتبة وسطى بين الصحيح والباطل .

أما حكمه : فلا يفيد الطك الا بالقبض ولا يعتبر عقداً لازماً بل
يجب على كل من المتعاقدين فسخه ما دام الفسخ ممكناً فإن كان فسخه
غير ممكن كما اذا كان الفساد في العقد لجهالة الاجل فأسقطه
المتعاقدان يسقط ويبقى البيع مشروعاً . (٣)

- (١) الصحاح للجوهري ٢ باب ابدال فصل الفاء ص ٥١٩ .
(٢) كشف الاسرار ٣٥٩/١ تبين الحقائق ٤٤/٤ شرح المجلة
لسليم رستم باز مادة " ١٠٩ " ص ٦٥ ، ٦٦ .
(٣) البدائع ٣٠٠/٥ وانظر تبين الحقائق ٤٤/٤ شرح المجلة
لسليم رستم باز ص ٦٦ .

سبب الخلاف بين الفقهاء في العقد الفاسد :

يرجع الخلاف بين الفريقين الى قاعدة أصولية مشهورة هي :
هل النهي من الشارع عن تصرف من التصرفات يقتضي فساد ذلك التصرف
مطلقاً أو يقتضيه في حالات دون أخرى ؟
فقال الجمهور : اذا نهى الشارع عن تصرف من التصرفات أو عقد
من العقود فان نهيه/فساد المنهي عنه مطلقاً . (١)
وقال الحنفية : ان نهى الشارع عن تصرف ما لا يقتضي فساد
مطلقاً بل يقتضيه في حالات دون أخرى .
فالنهي عندهم اما أن يرد على عين المنهي عنه أو على وصفة دون
عينه أو عليهما معاً .

فإن ورد النهي على عين المنهي عنه أو على وصفة وعينه كان العقد
باطلاً ، وإن ورد النهي على وصف المنهي عنه دون عينه كان العقد فاسداً .
(٢)

ولايضاح ذلك أقول :

النهي اما أن يكون وارداً على نفس الماهية أو على أمر خارج عنها
فإن كان النهي وارداً على نفس الماهية بأن كان الخلل في أركان العقد كان
العقد باطلاً .

كما لو باع سفينة من مثله خمرًا فجميع أركان الماهية معدومة
لعدم تحقق الأهلية في السفينة ، والمالية في العوض ، فالعقد هنا باطل لعدم
وجود أصل الماهية .

(١) أحكام الأحكام للامدنى ٢٧٥/١ ، ٢٧٦ وما بعدها ، التمهيد لابن
الخطاب الكوناني ٣٦٩/١ ، ٣٧٠ ، وما بعدها ، المسودة لآل تيميه

ص ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) المغني في أصول الفقه للخيازي ص ٧٣ . كشف الاسرار ٢٥٨/١ .

أما إذا كان النهي وارداً على أمر خارج عن الماهية فإن العقد يكون حينئذ فاسداً ، لأن الخلل في العقد لم يكن في نفس الماهية التي هي العاقدان والعوضان ، وإنما كان في أمر خارج عنها . فمثلاً : إذا باع رشيد من مثله فضة بفضة ، فالأركان الأربعة موجودة سالمة من الخلل ، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حاصل لأحد العوضين ، فيكون الوصف متعلق بالنهي هنا دون الماهية ، فالعقد هنا فاسد (١) .

ومن هذا القبيل الخلل في شروط صحة العقد ، كأن يكون العقد غير مفيد أو يكون البيع مؤقَّتاً ونحو ذلك .

(١) الفروق للقرافي ٥٢/٢ ، ٨٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ ،

حاشية الدسوقي ٥٤/٣

*

٣ - تقسيم العقود من حيث الوقف والنفذ :

ينقسم العقد الصحيح من حيث التوقف والنفذ الى قسمين :
عقد صحيح نافذ ، وعقد صحيح موقوف .

فالعقد الصحيح النافذ " ما أفاد الحكم للحال " . (١)

أى أن العقد النافذ يترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده دون توقف على اجازة أحد ، قال ابن الفركاح : " نفوذ العقد ، أصله من نفوذ السهم ، وهو بلوغ المقصود من الرمي ، وكذلك العقد اذا أفاد المقصود المطلوب منه سمي بذلك نفوذاً ، فاذا ترتب على العقد ما يقصد منه مثل البيع اذا أفاد الطك ونحوه قيل له صحيح ويعتد به فالاعتداد بالعقد هو المراد بوصفه بكونه نافذاً " . (٢)

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٨٢/٥ ، وانظر تبين الحقائق

للزيلعي ٤٤/٤ ، شرح المجلة العدلية لسليم رستم بازالمادة

" ١١٣ " ص ٦٧ ، مجلة الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي

لأحمد القارى ص ١٠٧ وفي شرح الكوكب المنير ١/٤٧٤ ،

" النفوذ تصرف لا يقدر فاعله على رفعه كالعقود اللازمة من البيع

والاجارة والوقف والنكاح ونحوها اذا اجتمعت شروطها وانتفت

موانعها وكذلك العتق والطلاق والفسخ ونحوها .

(٢) شرح الكوكب المنير ١/٤٧٥ وابن الفركاح : هو ابراهيم ^{بن} عبد الرحمن

ابن ابراهيم الشيخ برهان الدين بن الفركاح علامة الشام

وينقسم العقد الصحيح النافذ الى قسمين : لا زم ، وغير لازم .
فـ " البيع " اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات . و " البيع " غير اللازم هو البيع الذي فيه أحد الخيارات . (١)
أما العقد الصحيح الموقوف . فهو ما أفاد الحكم عند الاجازة . (٢)
وحكمه أنه عقد صحيح منعقد ذاتاً ووصفاً الا أنه يفيد الملك على سبيل
التوقف لا النفاذ ، فان أجازته المالك وتحققت فيه شروط الاجازة نفذ والا
بطل (٣) ، ومثاله بيع الفضولي .

- =====
- وشيوخ الشافعية في وقته له مؤلفات منها " التعليقة " على
التنبيه للشيرازي " وتعليقه علي مختصر ابن الحاجب في الاصول " ^{انظر}
توفي بدمشق سنة ٧٢٩ هـ ، / طبقات الشافعية للأسنوي ٢ / ٢٩٠
طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ٩ / ٣١٢ .
(١) شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز مادة " ١١٤ " ، " ١١٥ " ص ٦٧ .
(٢) البحر الرائق ٥ / ٢٨٢ .
(٣) تبين الحقائق ٤ / ٤٤ شرح المجلة العدلية ص ٦٦ .

٤ - تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه : (١)

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى ثلاثة أقسام :

عقود لازمة ، وعقود جائزة ، وعقود مختلف فيها بين اللزوم والجواز .

أولا : العقود اللازمة :

وهي العقود الخالية من الخيارات ، وتنقسم الى ثلاثة أقسام :

أ - عقود لازمة من الطرفين : لا تقبل الفسخ عن طريق الاقالة
مثل عقد الزواج فانه لا يقبل الفسخ عن طريق التقايل وانما يكون انهاءه
بطرق شرعية أخرى كالطلاق والخلع والملاعنة . (٢)

ب - عقود لازمة من الطرفين : ولا تقبل الفسخ الا عن طريق
الاقالة عند نفاة خيار المجلس ، وتقبل الفسخ بطريق الاقالة وخيار المجلس
عند مثبتيه مثل البيع والصلح وسائر العقود اللازمة الأخرى . (٣)

ج - عقود لازمة من طرف واحد وهي قسمان :

(١) - لازم من الموجب وجائز من القابل .
كالرهن والكتابة والضمان والكفالة (٤) . قال ابن
قدامة في المغني : " والضرب الثالث لازم من أحد طرفيه دون
الآخر كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن
يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر والراهن يستغنى

(١) ينظر تقسيم العقود ، في البحر الرائق ٢٨٢/٥ ، المجموع ١٧٠/٩

المغني والشرح الكبير ١٢١/٣ .

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٧١/١ .

(٣) ضوابط العقد لعدنان التركماني ص ٢٧٣ .

(٤) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٥ .

بشوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار
لهما لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن وكذلك المكاتب. (١)

(٢) - جائز من الموجب لازم من القابل. (٢)

كالهبة للأولاد . فالهبة من الوالد لابنه ليست لازمة
في حقه ان وهب بل هي جائزة بالنسبة اليه وله الرجوع فيها
متى شاء . أما الأولاد فهي لازمة في حقهم لأنها من أبيهم،
ولعل السبب في ذلك وجوب الطاعة له - والله أعلم .

ثانيا : العقود الجائزة :

وهي التي يملك كل من العاقدين حق فسخها بأصل وضعها
متى شاء ذلك . كالشركة والوكالة والعارية . (٣)

ثالثا : العقود المختلف فيها بين اللزوم والجواز :

كعقد المساقاة ، فقال الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية
وبعض الحنابلة ^(٤) بأنه لازم .
وقال أكثر الحنابلة إنه غير لازم . (٥)

- (١) المفتي ومعه الشرح الكبير ١٢١/٤ .
- (٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٦ .
- (٣) المفتي ^{ومعه} الشرح الكبير ١٢١/٤ .
- (٤) البحر الرائق ٢٨٢/٥ والشرح الكبير للدردير .
- (٥) ٥٤٥/٣ ، المجموع ١٧٨/٩ المفتي ^{ومعه} الشرح الكبير ٥٦٩/٥ .
- (٥) المرجع السابق ٥٦٨/٥ ، ٥٦٩ .

٥ - تقسيم العقود من حيث اشتراط القبض لصحتها وعدم اشتراطه :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى قسمين :

١ - عقود يشترط فيها القبض .

وهي العقود التي يشترط لتام انعقادها شرعا قبض العين المعقود عليها وتسمى عقودا "عينية" (١)

واشتراط القبض في هذه العقود على ثلاثة أضرب :

أ - أن يكون القبض شرطا في صحة العقد كالصرف وبيع

الربوى .

ب - أن يكون القبض شرطا في لزوم العقد كالرهن والهبة .

ج - أن يكون القبض شرطا في استقرار العقد كالبيع والسلم

والاجارة والقرض . (٢)

٢ - عقود لا يشترط فيها القبض .

بل يكفي لها صدور الصيغة من العاقدين كالشركة

والوكالة والنكاح وتسمى عقودا "غير عينية" . (٣)

(١) المدخل الفقهي العام ٥٧٤ / ٢

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠

(٣) المدخل الفقهي العام ٢٥٤ / ٢

٦ - تقسيم العقود الى عقود تملك وعقود اسقاط .

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى قسمين :

أولهما : عقود تملك : وهي ما كان الهدف منها التملك سواء

أكان التملك تملك عين مال كما في البيع أم كان التملك تملك منفعة

كما في الاجارة . وعقود التملك تنقسم الى قسمين :

أ - عقود معاوضات . وهي ما كان فيها مبادلة بين العاقلين

كالبيع والاجارة ، والصلح عن مال بمال والقرض والقسمة ونحو ذلك .

ب - عقود تبرعات . وهي عقود التملك فيها من طرف واحد

بلا عوض كالوصية والكفالة ونحو ذلك .

ثانيهما : عقود اسقاط : وهي ما قصد بها اسقاط حق من الحقوق

سواء أكان اسقاطه بمقابل أم بدون مقابل .

فإذا كان الاسقاط بمقابل كالعفو عن القصاص مقابل مال ، والخلع

على مال سمي الاسقاط معاوضة .

وإذا كان الاسقاط بغير مقابل سمي الاسقاط اسقاطا خالصا

(١)

أو محضا كبراء الدائن للمدين ، والعفو عن القصاص مجانا .

(١) الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد قراج حسين ص ٢٨٠ / ٢٨١ .

هذا تقسيم المؤلف وقد قسم كثير من الفقهاء المحدثين العقود

الى معاوضات وتبرعات بنحو هذا التقسيم مع فارق بسيط .

انظر مثلا المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم بك ص ٨١ ،

المدخل الفقهي العام ١ / ٥٧٨ ، ٥٧٩ مبدأ الرضا في العقود

٧ - تقسيم العقود الى عقود مالية وعقود غير مالية :

قبل الشروع في تقسيم العقود الى عقود مالية وعقود غير مالية ينبغي بيان الضابط الذي يعرف به العقد المالي من غيره لأن بعض العقود قد تجرى فيها الجادلة بالمال من أحد طرفيها ، ولكن تلك الجادلة - في الواقع - ليس المقصود منها المال بل المقصود منها شيء آخر - وان كان المال عنصراً أساسياً فيها كعقد الزواج مثلاً ، فالمال عنصر أساسي فيه اذا نظرنا الى اشتراطه في المهر ، ولكن ليس المقصود من العقد ذاته تحريك المال بل المقصود منه شيء آخر هو حل الاستمتاع .

فهل تسمى تلك العقود عقوداً مالية باعتبار مجرد وجود المال فيها أولاً تسمى كذلك ؟

للإجابة على هذا السؤال أقول : بأن تقسيم العقود الى عقود مالية و/غير مالية يتضح ببيان المقصود من العقد .

فإن كان المقصود من العقد المال فهو مالي .

وان لم يكن مقصوداً منه المال فليس عقداً مالياً وان اشتمل^{عليه} ، وهذا هو ما قرره المحققون من العلماء أخذاً من قاعدة : " لا يؤمر بمقاصدها " (١) ، والاستفادة من قوله عليه الصلاة والسلام : " انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته الى دنيا يصيبها أو الى امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر اليه " . (٢)

(١) انظر قاعدة " لا يؤمر بمقاصدها " ، الأشباه والنظائر للسيوطي

ص ٨ وانظر غمز عميون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي

• ٩٢/١

(٢) صحيح البخاري ٢/١ ، صحيح مسلم ٤٨/٦

يقول الامام الشاطبي في كتابه "الموافقات" ان الاعمال
بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والاعادات والآدلة
على ذلك لا تنحصر .. الخ " (١)

وعلى ذلك فالمعقود المقصودة بالبحث هنا هي ما قصد منها

المال وهي :

- | | |
|-------------------------|-----------------|
| ١ - عقد البيع بأنواعه . | ٩ - المضاربة . |
| ٢ - السلم . | ١٠ - المزارعة . |
| ٣ - الاجارة . | ١١ - الساقاة . |
| ٤ - الوكالة على مال . | ١٢ - القسمة . |
| ٥ - الرهن . | ١٣ - القرض . |
| ٦ - الكفالة . | ١٤ - الصلح . |
| ٧ - الحوالة . | ١٥ - الهبة . |
| ٨ - الشركة . | ١٦ - الشفعة . |

(١) الموافقات ٣٢٣/٢ ، والشاطبي : هو ابراهيم بن موسى بن محمد
اللمخي الغرناطي ابو اسحق الشهير بالشاطبي الامام العلامة
كان أصوليا مفسرا فقيها محدثا لغويا بيانيا نظارا ثبتا من
أفراد العلماء . له مؤلفات منها " المقاصد الشافية في شرح
خلاصة الكافية " ، " الموافقات في أصول الفقه " ، و " الاعتصام " .
توفي سنة ٧٩٠ هـ . نيل الابتهاج ص ٤٦ ، شجرة النور الزكية

القسم الثاني

في حقيقة المال ، وما يطلق عليه

ويشمل مايلي :

أولا : في حقيقة المال لغة وشرعاً .

ثانيا : خلاف الفقهاء في مالية المنافع .

ثالثا : مالية حقوق الارتفاق .

رابعا : مالية الديوان .

أولا : حقيقة المال لغة وشرعا :

١ - حقيقة لغة :

لم يرد في كتب اللغة معنى محدد معين لمفهوم المال بل مجمل ما ورد فيها أن المال هو ما يملكه الشخص من كل شيء ومعنى ذلك أن المال ، وان كان كلمة واحدة إلا أن له أفرادا متعددين يدل على كل منها بحسب القرائن والأعراف ، فالمال عند العربي إذا طلق أريد به النعم ، والمال في اصطلاح الحساب اسم مجتمع لضرب العدد في نفسه وهكذا . (١)

قال ابن الأثير : وقد تكرر ذكر المال على اختلاف سمياته في الحديث و يفرق فيها بالقرائن . (٢)

٢ - حقيقة شرعا :

اختلفت عبارة الفقهاء في تعريف المال ، وهذا الاختلاف ناشى عن اختلافهم فيما يطلق عليه اسم المال . هل يعم على كل ما له قيمة مالية

(١) لسان العرب باب اللام فصل العين ص ٢٦٣٦ ، الصحاح ج٥ /

باب اللام فصل العين ص ١٨٢٢ ، المقرب للمطرزى ص ٥٤٣٦ .

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٣٧٣/٤ وابن

الأثير هو المبارك ابن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم

الشييباني العلامة مجد الدين أبو السعادات الجزرى المشهور

بابن الأثير ، من مشاهير العلماء . له مؤلفات ، منها :

"النهاية في غريب الحديث" ، "جامع الأصول في أحاديث الرسول

صلى الله عليه وسلم" كانت ولادته سنة ٥٤٤ هـ ووفاته ٦٠٦ هـ

بالموصل . طبقات المفسرين ص ٣٠٢ ، طبقات الشافعية للأسنوى

سواء أمكن ادخاره أو لا ، أو يخص منه بعض الأشياء التي لا يمكن
ادخارها ؟ ، وبناءً عليه لا تسمى مالا .

فالجمهور يعممون لفظ المال ، فسي كل ما له قيمة مالية سواء
أمكن ادخاره أم لم يمكن ، والحنفية يخصصون من المال ما لا يمكن ادخاره
وحيازته ، فيخرجون بذلك القيد نحو المنافع والديون والحقوق المحضة
كحق التعلی ، وحق المرور ، وحق السيل ، ونحو ذلك .

وفيما يلي تعريف الفريقين للمال :

أولاً - تعريف الحنفية :

تعددت تعريفات فقهاء الأحناف للمال ، وهذه التعريفات
- وان كثرت واختلفت الفاظها إلا أنها متقاربة المعاني والأهداف
ومقررة لمذهب أصحابها في عدم اعتبار المنافع أموالاً في حيلتها .

ومن هذه التعريفات :

- ١ - المال : ما يسيل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . (١)
- ٢ - المال : موجود يسيل إليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع . (٢)
- ٣ - المال : عين يجري فيها التنافس والابتدال . (٣)
- ٤ - المال : اسم لغير الآدمي خلق لصالح الآدمي وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار . (٤)

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٧٧/٥ حاشية ابن عابدين ٥١/٥

شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٧١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٠ والتعريف من الدر المختار .

(٣) الدر المنتقى في شرح المنتقى ٣/٢ .

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٢٧٧/٥ .

هـ - ما خلق لمصالح الآدمي ويجري فيه الشح والضنه (١).

وبالنظر لهذه التعاريف نلاحظ أنها غير وافية الدلالة على معنى

المال ، ويوجه إليها الانتقادات التالية :

١ - أن هناك أنواعاً من الأموال لا يميل إليها الطبع بل

يعافها ولا يقبلها وهي أموال لا يشملها التعريف الأول والثاني .

٢ - أن بعض الأموال التي لا يمكن ادخارها أو تتلف بطول

الادخار لا تسمى أموالاً كالخضار والفواكه على التعريف الأول .

٣ - أن التعريف الأول والثالث والرابع لا تعتبر المنافع

أموالاً مع أنها أموال عند جماهير الفقهاء سوى الحنفية .

٤ - أن هذه التعاريف بمجموعها لا تعتبر قيد المشروعية ،

وبناءً عليه فإن كثيراً من الأشياء غير المشروعة تعتبر أموالاً ، كالخمر والخنزير .

وقد قام بعض الفقهاء في العصر الحديث بمحاولات لوضع تعريف

مناسب للمال مستنجاً له من مجموعة التعاريف عند الحنفية فقال :

" المال : كل عين ذات قيمة مادية بين الناس " . (٢)

وواضح أن هذا التعريف ، وإن كان أوفى دلالة على معنى المال

من التعريفات السابقة إلا أنه لا يصدق إلا على مذهب الحنفية القائلين

بأن المنافع لا تسمى مالاً لكونه اشترط فيما يطلق عليه مسمى المال

أن يكون " عيناً " .

(١) منحة الخالق على البحر الرائق ٢٢٧/٥ .

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا ١١٨/٣ .

بم تثبت المالية ؟

لا تثبت المالية للشيء عند الحنفية بناءً على ما سبق من تعريفاتهم
إلا إذا توفر فيه شرطان :

الأول : العينية : ويقصدون بها كون الشيء له وجود خارجي
به يتحقق ادخاره وحيازته .

فلا يعتبرون الديون في الذمة أموالاً ، ولا يعتبرون المنافع والحقوق
كحق التعلی وحق الشفعة أموالاً (١)

الثاني : التمول : وهو الادخار للحاجة ، والعبرة بالتمول العرف
فكل ما تعارف الناس على تموله واعتادوا حفظه وصيانته فهو مال ، وما لا يتمولونه
كحبة حنطة وكالإنسان الحر لا يعد مالاً (٢)

ثانياً - تعريف الجمهور للمال :

لجمهور الفقهاء في تعاريفهم للمال طريقة خاصة بهم تميزهم عن
الحنفية وفقاً لاصطلاحهم في اعتبار المنافع ونحوها من الأموال المخالف
في الواقع لاصطلاح الحنفية القائم على عدم اعتبارهم للمنافع وماشابهها
من الأموال .

وعلى ذلك تواردت تعاريفهم للمال . وفيما يلي تلك التعاريف
من جميع المذاهب :

(١) حاشية ابن عابدين ٥٢/٥ حيث قال " وحق التعلی ليس بمال

لأن المال عين يمكن احرازها واساؤها .

(٢) البحر الرائق ٥/٢٧٧ .

١ - تعريف المالكية :

المال : " ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره اذا أخذه من وجهه " . (١)

وهذا التعريف على وجازته ، الا أن فيه شمولاً مطلوباً يتضح جلياً من شرح مفرداته . فقوله " ما يقع عليه الملك " ، ما : للجنس ، أى كل شيء قابل لأن يقع عليه الملك سواء أكان وقوعه في الحال أم في المستقبل ، عينا أم منفعة فيشمل الباحات فانها اذا ملكت أصبحت مالا ، ولم يكتف هذا التعريف بإمكان وقوع الملك بل شرط حياة الشخص واستبداده به ، وأن يأخذه من جهة تخول له ذلك أى جهة شرعية لا عن طريق النهب والنصب ، فإن النهب لا يخول للمنتهب الملكية وبالتالي المالية وكذا الغصب .

٢ - تعريف الشافعية :

في الأشباه والنظائر للسيوطي : " أما المال فقال الشافعي - لا يقع اسم مال الا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه ، وان قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلوس وما أشبهه ذلك .

وأما المتمول فذكر الامام له في باب اللقطة ضابطين :

- أحدهما : أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول ، وكل

ما لا يظهر له أثر في الانتفاع ، فهو لقلته خارج عما يتمول " .

- والثاني : أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند فلاء الأسعار والخارج عن المتمول هو الذي لا يعرض فيه ذلك". (١)

وفي القواعد للزركشي : - "المال : ما كان منتفعاً به أى مستعداً لأن ينتفع به وهو إما أعيان أو منافع ، والأعيان قسماً : جماد وحيوان .

فالجماد صال في كل أحواله ، والحيوان ينقسم الى ما ليس له بنية صالحة للانتفاع فلا يكون مالا ، كالذباب والبعوض والخنافس والحشرات، والى ما له بنية صالحة وهذا ينقسم الى ما جبلت طبيعته على الشر والايذاء ، كالأسد والذئب وليست مالا ، والى ما جبلت طبيعته على الاستسلام والانقياد كالبهائم والمواشي فهي أموال". (٢)

ما سبق يتضح أن المالية لا تثبت عند الشافعية الا بشرطين :

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٧ ، والسيوطي هو عبد الرحمن ابن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الحضري السيوطي ، امام حافظ مؤرخ وأديب له نحو ٦٠٠ مصنف منها الأشباه والنظائر في الفقه ، والأشباه والنظائر في النحو ، توفي سنة ٩١١ هـ . شذرات الذهب ٥١ / ٨ حسن المحاضرة للمترجم له ١٨٨ / ١ الأعلام ٣ / ٣٠١ .

(٢) المنشور في القواعد للزركشي ٢٢٢ / ٣ ، والزركشي هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله فقيه شافعي مصري له مؤلفات ، منها " لقطه العجلان في أصول الفقه " و " البحر المحيط " ، توفي سنة ٧٩٤ هـ . شذرات الذهب ٦ / ٣٣٥ ، الأعلام ٦ / ٦٠ .

١ - أن يكون الشيء له قيمة ، فالشيء الذي ليس له قيمة مادية أو يطرحه الناس لا يسمى مالاً كالفلس .

٢ - أن يكون قابلاً للانتفاع به ، فما لا يتحقق فيه الانتفاع لا يسمى مالاً كالحشرات ومنها البعوض والخنافس .

٣ - تعريف الحنابلة :

المال : " ما يباح نفعه مطلقا واقتناؤه ، بلا حاجة " (١)

" فخرج ما لا نفع فيه كالحشرات وما فيه نفع محرم كخمر ، وما لا يباح الا عند الاضطرار كالميتة ، وما لا يباح اقتناؤه ، الا لحاجة كالكلب (٢) .

وفي الاقتناع ، المال : ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة . (٣)

وعلق البهوتي في الكشف على هذا التعريف قائلا :

" فخرج ما لا نفع فيه أصلا كالحشرات ، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة في حال المخمصة والخمر لدفع لقمة غص بها " . (٤)

(١) منتهى الارادات للفتوحى ٣٣٩/١ .

(٢) شرح منتهى الارادات للبهوتى ١٤٢/٢ .

(٣) الاقتناع ٥٩/١ .

(٤) كشف الاقتناع للبهوتى ١٥٢/٣ والبهوتى هو منصور بن يونس

ابن صلاح الدين الشهير بالبهوتى المصرى ولد سنة الف من الهجرة

كان اماما في سائر العلوم فقيها متبحرا اصوليا جبلا من جبال

العلم توفي سنة ١٠٥١ هـ النعت الاكمل لأصحاب الامام

أحمد للعامرى ص ٢١٠ .

ولم يرتض هذا التعريف رحمه الله لكونه يوهم عدم صحة بيع
المنافع فقال : " ظاهر كلامه كغيره أن النفع لا يصح بيعه مطلقاً مع
أنه ذكر في حد البيع صحته فكان ينبغي أن يقال هنا : كون المبيع
مالاً أو نفعاً مباحاً مطلقاً أو يعرف المال بما يعم الأعيان والمنافع"^(١)
ما سبق يظهر لنا أن المالية لا يحكم بها للشيء عند الحنابلة
إلا بتوفر الشروط التالية :

- ١ - أن يكون فيه نفع فما لا نفع فيه لا يسمى مالاً كالحشرات .
- ٢ - أن يكون النفع مباحاً فما كان فيه نفع ولكنه محرم فلا يجوز الانتفاع
به كالخمر .

*

عناصر المالية لدى جمهور الفقهاء :

بعد أن ذكرنا تعريفات جمهور الفقهاء للمال ، يمكننا أن نستخلص
بشكل مجمل ضوابط المالية عندهم والتي أشرنا إليها في مواطن متفرقة
بحسب التعاريف ، وهذه الضوابط هي :

- ١ - أن يكون الشيء له قيمة مالية سواء كان من الأعيان أم من المنافع
فما لا قيمة له لا يسمى مالاً كحبة حنطة وكف من تراب ونحو ذلك .
- ٢ - أن يكون قابلاً لأن ينتفع به شرعاً في حال السعة والاختيار ، فما
لا يمكن الانتفاع به شرعاً كالخنزير لا يسمى مالاً ، وكذا ما يجوز
الانتفاع به في حال الضرورة كالميتة لمن أشرف على هلكه أو الخمر
لمن غص ببلقمة لا يسمى مالا .

(١) كشف القناع ١٥٢/٣

عرفنا فيما سبق أن الفقهاء اختطفوا في حقيقة المال ، ونشأ عن اختلافهم في معنى المال اختلافهم في عناصر المالية .

فالجمهور يشترطون لمالية الشيء التمول ، والتمول السبيل إليه العرف ، فكل ما اعتاد الناس تموله وله قيمة مالية فهو مال عندهم .

وبناءً على هذا ، فقد وسع الجمهور دائرة المالية وأثبتوها في كل شيء توفر فيه ذلك الشرط ، فأثبتوا المالية للمنافع والحقوق والديون .

والحنفية يشترطون لثبوت المالية للشيء توفر عنصر العينية . . . ويقصدون بها كون الشيء له وجود خارجي يمكن حيازته وإدخاره .

وبذلك فهم يضيقون دائرة المالية ويخرجون أشياء كثيرة عنها كالمنافع والحقوق المجردة والديون .

وفيما يلي خلاف الفريقين في مالية هذه الأشياء .

*

ثانياً - خلاف الفقهاء في مالية المنافع :

اختلف الفقهاء في المنافع ، كسكنى الدار وركوب الدابة هل تعتبر أموالاً أو لا تعتبر كذلك ؟

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بمالية المنافع . وعلى ذلك تواردت نصوصهم .

فعند المالكية جاء في الشرح الكبير للدردير في باب الغصب تعريفه

لـه بقوله :

(الغصب أخذ مال ، أى استيلاء عليه قهراً على واضح يده عليه تعدياً أى ظلماً بلا حراية فأخذ جنس يشمل الغصب وغيره كأخذ انسان ماله

من مودع أو غير ذلك . . . الى أن قال : " والمتبادر من المال الذات فخرج التعدي وهو الاستيلاء على المنفعة كسكنى دار وركوب دابة مثلاً " . (١)

وعقب الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير على اعتراض الدردير على التعريف بقوله : - أخذ مال - الخ بأنه يشمل أخذ المنافع فقط لأنها متمولة يعاوض عليها مع أنه تعد والغصب للذات فكان الأولى أن يقول : أخذ مال غير منفعة لأجل اخراج التعدي " . (٢)

وعند الشافعية جاء في مغني المحتاج للشريني في باب الوصايا في جواز الوصية بالمنافع قوله : " وتصح الوصية بالمنافع المباحة وحدها مؤقتة ومؤبدة ومطلقة والاطلاق يقتضي التأييد لأنها أموال مقابلة بالأعواض كالأعيان (٣) ، وعند الحنابلة يقول البيهوتي في شرحه لمنتبهى الارادات من باب الغصب . . . فعلى قابض وغاصب بعقد فاسد أجرة مثله مدة بقائه بيده فتضمن منافعه بالفوات والتفويت أى سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب لأن كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز

(١) الشرح الكبير ٤٤٢/٣ والدردير : هو أحمد ابن محمد بن أحمد العدوى ابو البركات الشهير بالدردير ، فاضل ولد بمصر سنة ١١٦٦ هـ وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٠١ هـ له كتب منها : " أقرب المسالك لمذهب مالك " و " منح القدير في شرح مختصر خليل " شجرة النور الزكية ص ٣٥٩ ، الاعلام ٢٤٤/١ .

(٢) حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣ ، والدسوقي هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي من علماء الأزهر له مؤلفات منها " الحسد والفقهية " و " حاشية على مغني اللبيب " و " حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل ، توفي سنة ١٢٣٠ هـ . شجرة النور الزكية ص ٣٦١ الاعلام ٧/٦ .

(٣) مغني المحتاج للشريني ٤٥/٣ ، والشريني هو محمد بن محمد الشريني شمس الدين من فقهاء الشافعية ، مفسر من أهل القاهرة له مؤلفات منها " الاقتناع حل الفاظ أبي شجاع " و " مغني المحتاج شرح المنهاج " ، توفي سنة ٩٧٧ هـ ، شذرات الذهب ٣٨٤/٨ ، الاعلام ٦/١ .

أن يضمنه بمجرد التلف كالأعيان ولأن المنفعة مال متقوم فوجب ضمانه كالعين". (١)

ما سبق من نقل لأقوال الفقهاء يظهر بجلاء ما قلناه من اتفاقهم على اعتبار المنافع أموالاً.

أما أدلتهم فهي :

١ - أن منفعة العين بمنزلة العين القائمة بالماهية وحقيقة المنفعة عند قيام العين واستعدادها بهيئتها لحصول الغرض منها ، فالدار مثلاً مكونة من مجموعة من الأجزاء هي السقف والحيطان والأرض ولكل جزء من هذه الأجزاء وظيفة معينة ، فالسقف لدفع الحر والبرد ، والحيطان لدفع العدوان وكذا سائر الأجزاء ، وكل جزء من هذه الأجزاء داخل في الماهية لأن الماهية مكونة من مجموع تلك الأجزاء بها تحصل هيئتها التي يحصل بها الغرض ، وهذه الهيئة ، عرض متجدد توجد وتتلاشى شأنها شأن سائر الأجزاء وهي أموال متقومة لتحقيق معنى المال فيها الذي هو اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي. (٢)

٢ - أن الشرع اعتبر المنافع أموالاً فأعطاه حكم المال في عقد الإجارة ، وفي عقد الزواج حيث سوغ أن تكون المنفعة مهراً في النكاح ولا بد في المهر أن يكون مالا قال تعالى :

(١) شرح منتهى الإرادات ٢ / ٤٢١ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٥ .

* وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين * (١)

قال الشيخ محمد أبوزهرة رحمه الله : " فاتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهراً دليلاً على اعتبارها مالاً ومن لم يعتبرها كذلك فهو متناقض في آرائه " (٢)

٣ - أن العرف يقضي باعتبار المنافع من الأموال لأن من غصب داراً فأثبت يده عليها وسكنها فإنه يفوت منافعها على صاحبها. (٣)

٤ - أن الطباع تميل إليها وتسعى في طلبها وابتغائها وتبذل في سبيل الحصول عليها أنفس الأشياء ، ولأن المصلحة عند التحقيق تقوم بالمنافع لا بالذوات ، فالذوات لا مالية لها إلا بوجود المنافع المشتتة عليها ، وإذا كان ذلك كذلك ، فلماذا لا تكون المنافع التي هي السبب في مالية الذات مالاً ؟ (٤)

(١) سورة النساء آية رقم ٢٤ وانظر الدليل تخريج الفروع على الأصول

ص ٢٢٥ ، قواعد الأحكام في مصالح الأناس للعز بن عبد السلام

١/ ١٥٥ ، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٥٣ .

(٢) المرجع السابق لأبي زهرة ص ٥٣ .

وأبوزهرة هو محمد بن أحمد أبوزهرة من أكبر علماء الشريعة

الإسلامية في وقته عمل مدرسا في المدارس الثانوية وفي كلية

أصول الدين له مؤلفات كثيرة منها " الخطابة " و " أصول الفقه "

و " مذكرات في الوقف " ولد سنة ١٣١٦ بصر وتوفي سنة ١٣٩٤ هـ

الأعلام ٦/ ٢٥٠ .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ص ٢٢٦ ، الملكية ونظرية العقد ص ٥٣ .

(٤) المرجع السابق ص ٥٢ ، ٥٣ ، وانظر قواعد الأحكام للعز بن

عبد السلام حيث قال " لأن المنافع هي الأظهر من جميع

الأموال ١/ ١٥٥ .

وزهد الحنفية الى القول بأن المنافع ليست بأموال .

جاء في التنقيح " فلا تضمن المنافع بالمال المتقوم لأنها غير متقومة ، ان لا تقوم بلا احراز ، ولا احراز بلا بقاء ، ولا بقاء للأعراض " .^(١)

ووجهة الحنفية في انتفاء المالية عن المنافع ، هي :

" أن صفة المالية للشيء لا تثبت الا بالتمول ، والتمول صيانة الشيء وإدخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى قوين ، ولكنها أعراض^(٢) كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول " .^(٣)

والحنفية وان أخرجوا المنافع عن كونها مالا إلا أنهم يدخلونها

في حيز الطك ويفرقون بين الطك والمال .

ففي شرح التلويح على التوضيح ، " والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لأن الطك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة " .^(٤)

واستثنى الحنفية من عدم مالية المنافع عقد الاجارة ، وقالوا بثبوت المالية فيه وظلوا بثبوتها على خلاف القياس لورود النص به وما ورد على خلاف القياس لا يقاس عليه غيره .^(٥)

- (١) شرح التوضيح للتنقيح ١/ ١٧١ .
- (٢) كذا في المبسوط ، ولعل قوله : لا تبقى وقتين . أي تنزل وتتلاشى بوضوح قوله بعد ذلك " ولكنها أعراض " . الخ .
- (٣) المبسوط ١١/ ١٧٩ .
- (٤) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني .
- (٥) شرح التلويح على التوضيح ٢/ ١٧١ .

ولكن هل هذا الاستثناء لعقد الاجارة من عدم المالية بموجب العقد ، ولذا يعمم حكم المالية في كل منفعة عقد عليها أو أن المالية في المنافع خاصة بعقد الاجارة ، وكذا عقد النكاح لورود النص بهما وبالتالي تقتصر المالية على مورد النص ولا يعمم حكمها .

الظاهر من نصوصهم أن التقويم للمنافع يكتسب بالعقد ، ولكن هذا الاكتساب له ليس من العقد ذاته بل من وجود عنصر هام هو من ضروريات العقد، هذا العنصر هو "الرضا" . (١)

وبناءً على هذا ، فمتى وجد العقد وكان مشتملاً على الرضا فقد أصبحت المنفعة مالاً لأن التقويم يستلزم المالية عند أبي حنيفة (٢) ، وإذا تخلف الرضا - وهذا نادر جداً - فإن المالية تكون وقتئذ معدومة لانعدام التقويم .

ولما كانت المنافع أعراضاً ، وهي معدومة حال العقد ، والمعدوم لا يمكن أن يجرى عليه العقد .

لذا فإنهم بينوا كيفية ورود العقد عليها في باب الإجارة ، فقالوا : " تقام العين المنتفع بها موجودة في ملك العقد مقام المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم أو يجعل العقد مضافاً للانعقاد الى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه " . (٣)

(١) شرح التلويح على التوضيح ١ / ١٧١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المبسوط ١٥ / ٧٤ ، ٧٥ ، وانظر التلويح ١ / ١٧١ .

ولقد وجه نقد شديد لمذهب الحنفية لعدم اعتبارهم المنافع من

الأموال ، مفاده :

أنه لا يوجد هناك دليل واضح على عدم اعتبار المالية للمنافع
لا من أصول الشريعة ولا من فروعها ، وأن ملك العين ليس مقصوداً للعين
ذاتها بل لمنافعها ، فالمنافع لا بد من اعتبارها عند التقويم ، وإن منافع
العين قد تربوا على العين نفسها فكيف لا تكون متقومة ؟ (١)

الراجع : وبناءً على ما تقدم ، فإن الراجح في نظري هو قول الجمهور
من اعتبار المنافع من الأموال لقوة أدلتهم لا سيما اعتبار الشارع لها
أموالاً في عقدي الإجارة والنكاح ، وهذا دليل قاطع باعتبارها .

ولا يقال بقصر المالية على هذين العقدين لورود النص بهما
فقط لأن العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

أما قول المخالفين "إن مالية الشيء لا تثبت إلا بالتمول ،
والتمول هو ادخار الشيء وصيانته .

فيقال لهم في ذلك : قولكم "إن مالية الشيء لا تثبت إلا بالتمول
مسلم لكن لا نسلم أن التمول هو ادخار ، الشيء وصيانته فقط بل هو
أعم من ذلك فيشمل ما أمكن ادخاره وما لم يمكن ادخاره فيشمل المنافع ،
والسبيل إلى التمول العرف وهو قاض باعتبار المنافع أموالاً .

أما قولكم في دليلكم أيضاً - إن المنافع أعراض تتلاشي بمرور
وجودها - فنقول : هذا متحقق في العين أيضاً ، فإن قيل المعنى أن

مستطفي
(١) المدخل الفقهي العام للشيخ / الزرقا ٢/ ٢٠٨ .

العين لا تغني الا بعد فنا^١ المنفعة ، فهذا غير مسلم لأن المنفعة ملازمة للعين فما رامت العين قائمة بالمنفعة متجددة ، ولا يتحقق فيها الاتلاف أو العدم الا باتلاف العين ذاتها أو قيام العين في حالة لا يمكن الانتفاع بها وحينئذ فالعين في حكم المعدومة وان وجدت حقيقة . والله أعلم .

هذا ، ولقد نشأ عن اختلاف الفقهاء في مالية المنافع خلاف بينهم

في بعض الفروع أهمها :

ضمان منافع المصوب .

فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة بناءً على أصلهم في اعتبار المنافع من الأموال يلزمون الغاصب بضمان منافع المصوب^(١) ، والحنفية بناءً على أصلهم في عدم اعتبارهم للمنافع أموالاً لا يلزمون الغاصب بضمان منافع المصوب .^(٢)

ولقد ذهب متأخرو الحنفية الى القول بتضمين الغاصب منافع

المصوب في ثلاث حالات :

- ١ - اذا كان مالاً لیتیم .
- ٢ - اذا كان مالاً للوقف .
- ٣ - اذا كان معدداً للاستغلال^(٣) بأن بناء صاحبه لذلك أو اشتراه لذلك أو أجره ثلاث سنين متتالية^(٤) ، ولم يستعمل المعد للاستعمال بغير تأويل ملك أو عقد فاذا كان بتأويل ملك أو عقد كبيت سكنه أحد الشريكين سنة لا شيء عليه .^(٥)

(١) حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣ ، ٤٥٥ ، مغني المحتاج ٢٨٦/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٤٤١/٢ .

(٢) غزعيون البصائر شرح الاشياء والنظائر لابن نجيم ٢١٥/٣ ، شرح التلويح على التوضيح ١٧١/١ .

(٣) الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٤ ، حاشية ابن عابدين ٢٠٦/٦ ، ٢٠٧ .

(٤) غزعيون البصائر ٢٠٦/٦ ، ٢٠٧ .

(٥) المرجع السابق ٢١٥/٣ .

ثالثاً - مالية حقوق الارتفاق :

١ - معنى حقوق الارتفاق لغة وشرعاً :

١ - معنى الحق :

الحق في اللغة مصدر حق وبابه ضرب وقتل ، تقول حق الشيء إذا وجب وثبت ، ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها^(١).

أما في اصطلاح الفقهاء ، فقد عرفه شيخنا الدكتور أحمد فهمي أبوسنة بأنه " ما ثبت في الشرع للانسان أو لله تعالى على الغير"^(٢).

٢ - معنى الارتفاق :

الارتفاق في اللغة : الانتفاع بالشيء ، يقال : ارتفعت بالشيء إذا انتفعت به ، ومرافقُ الدار مصابُّ الماء ونحوها^(٣).

وفي اصطلاح الفقهاء : حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مالكة غير مالك العقار الأول^(٤).

- (١) المصباح المنير ج ١ كتاب الحاء ص ١٤٣.
- (٢) نقلا عن رسالة الدكتور سليمان التويجري ، حق الارتفاق ، ص ١٠ ، وما ينبغي التنويه به هنا أن الدكتور التويجري قد أورد جملة من تعاريف الفقهاء للحق واختار التعريف المذكور بعد بيان سبب اختياره ، تراجع رسالة الدكتور التويجري ص ٥ وما بعدها.
- (٣) الصحاح باب القاف فصل الباء ص ١٤٨٢ ، المصباح المنير كتاب الراي ص ٢٣٤.
- (٤) المعاملات الشرعية للشيخ أحمد ابراهيم بك ص ١٥ ، ١٦ الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٨ مختصر المعاملات الشرعية في العقد لعلي الخفيف ص ١٥.

وحقوق الارتفاق هي حق السيل ، وحق الشرب ، وحق الشفة ،

(١)

وحق المجرى ، وحق التعلو ، وحق المرور .

(١) هذا الحصر لحقوق الارتفاق تفرد به فقهاء الحنفية ، أما الجمهور فقد ذكروا أنواعاً منها في أبواب متفرقة ، ولم يسلم به الدكتور التويجى بعد أن عقد فصلاً بعنوان " حكم أحداث ارتفاق أخرى " بناء على مسألة خلافية بين العلماء هي هل الأصل في العقود والشروط والتصرفات الإباحة أو الحظر ؟ فرجح أن الأصل فيها الإباحة ، وبناءً على القول بها فقد رجح جواز أحداث حقوق ارتفاق غير ما ذكر بشرط توفر الأسباب والشروط المتوفرة في الأنواع المذكورة وان لا تشتمل على ما ينافي قواعد الشرع وأصوله . . الخ حق الارتفاق للدكتور التويجى ص ٧٤ ، ٩٣ .

حق السيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي أو في أنابيب أعدت لذلك حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع سواء كان مصدر هذا الماء أرضاً زراعية أم منزلاً للسكنى أم مصيفاً ، وسواء كان هذا الماء من أمطار أم فاضلاً عن السقي أو متخلفاً عن استعمال . مختصراً المعاملات الشرعية ص ٢٠ ، وانظر لتعريف حق السيل : الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٩٢ . وانظر رسالة الدكتور التويجى " حق الارتفاق " ص ٦٥ وما بعدها .

وحق الشرب : هو النصيب من الماء لسقي الزرع أو الشجر ، ومقابل حق الشرب الذي خص بسقي الزرع والشجر ، حق الشفة فهو خاص بشرب الحيوان والإنسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك . الملكية ونظرية العقد ص ٧٩ ، ٨٠ ، وانظر لتعريفه أيضاً رسالة الدكتور التويجى ص ٥٨ وما بعدها .

وحق المجرى : معناه أن يكون لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقي الزرع أو الشجر منه إذا كان مالك الثاني غير مالك

===

ب - خلاف الفقهاء في مالية حقوق الارتفاق :

اتفقت المذاهب الأربعة على لزوم حقوق الارتفاق بالنسبة لمالك الأرض المقرر عليها تلك الحقوق وليس له إسقاطها لأنها حق للغير ، وليس له التعدي على حقوق الغير بالإسقاط أو مجرد المعارضة فيها . (١)

وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في ماليتها ، وهذا الخلاف ناشئ عن اختلافهم في معنى المال .

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأنها أموال ، وإنما على ماليتها فقد جوزوا بيعها وهبتها استقلالاً .

وعلى ذلك تواردت نصوصهم .

ففي الشرح الكبير للدسوقي : " وجاز بيع هواء بالمد ، أى : فضاء فوق هواء بأن يقول شخص لصاحب أرض بعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك ان وصف البناء الأسفل والأعلى لفظاً أو عادته للخروج من الجهالة والضرر ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل ولكن ليس له أن يبني ما دخل عليه إلا برضا الأسفل . (٢)

==== الأول - الملكية ونظرية العقد ص ٨٦ ، وانظر لتعريفه رسالة الدكتور التويجى " حق الارتفاق " ص ٦٢ .

وحق التعلل : " هو أن يكون لسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره ، وليحقق ذلك - كما تقدم - في دار لها سفلى وعلو فيبيع صاحبها علوه لآخر ، أو يبيعه أرضها وسفلها فيكون السفلى لمالك والعلو لمالك آخر ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك دون أن يتملك سقفه ، لأنه لا يكون ملكاً كمالك السفلى في جميع الأحوال إذ أنه جزء من سفله ولا يعد مسكناً إلا به مختصراً لمعاملات الشرعية ص ٢٢ .

وحق المرور : هو حق مرور الانسان الى ملكه من طريق عام ، أو من طريق خاص في ملك غيره . المرجع السابق ص ٢١ .

(١) الموسوعة الفقهية ٢٧٥/٤ :
(٢) الشرح الكبير للدردير

وفي البهجة شرح التحفة ، فإن كان المبيع شرب عين أو حقا من ماء فنقول اشتر جميع العين أو البئر أو نصفه أو ربعه .^(١)

وعند الشافعية في مغني المحتاج للشربيني عند تعريفه للبيع بقوله " عقد معاوضة ماله يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد فدخـل بيع حق المر ونحوه " .^(٢)

وعند الحنابلة/في كشاف القناع في معرض تعريف البيع شرعاً - كما
" مبادلة مال من نقد - يعني البيع - أو غيره معين أو موصوف ولو كان المال في الذمة كعبد وثوب صفته كذا أو مبادلة منفعة مباحة على الإطلاق بأن لا يختص باحتسابها بحال دون حال كنفع مر الدار وبقعة نحو بئر بمثل أحدهما " .^(٣)

وزهد الحنفية الى القول بعدم مالية حقوق الارتفاق لأنها ليست اعياناً يمكن احرازها واساكتها .

ومن نصوصهم في ذلك ما جاء في مجمع الأنهر : لا يجوز بيع علو سقط أى يبطل بيع موضع له حق التعلي وهو ليس بمال لأن المال ما يمكن احرازه وحيازته فالبيع لم يصادف محلاً فيكون لغوا .^(٤)

والحنفية وان منعوا بيع حق الارتفاق مستقلاً عن أصله المتعلق به الذي هو مال الا أنهم يجوزون بيعه مع أصله المتعلق به ، وكأنهم

-
- (١) البهجة شرح التحفة ١٧/٢ وهذا ما ساء الحنفية بحق الشرب .
(٢) مغني المحتاج للشربيني ٢/٢ ، ٣ - وهذا حق المرور .
(٣) كشاف القناع ١٤٦/٣ وهذا حق المر وحق الشرب .
(٤) مجمع الأنهر ٥٩/٢ ، وانظر حاشية ابن عابدين ٥٢/٥ .

نظروا في ذلك الى الأصل ، وهو مال عندهم ، وحق الارتفاق جزء من الأصل ، واعتباره جزءاً منه ففيه معنى المالية فيجوز بيعه معه ، أما اذا انفرد عن الأصل فإنه يصبح مستقلاً عنه ، والمعنى فيه أنه مجرد منفعة ، والمنفعة ليست بمال عندهم فلا يجوز بيعه .

والحنفية كما رأينا لا يعتبرون حقوق الارتفاق أموالاً ، ولكنهم يطلقون (١)
عليها حقاً مالية ، ففي البدائع " الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي " .
وهم بهذا المعنى يفرقون بين شيئين - حقوق مالية ، وأعيان مالية .

فكان الحق عندهم هو ما تعلق بالأعيان فأكسبته صفة المالية بحيث لو انفك عنها لانتفت عنه صفة المالية أما الأعيان المالية فهي أموال محضة تلازمها المالية في كل أحوالها .

*

الراجع :

والذي أرجحه أن حقوق الارتفاق من الأموال ، وبناءً على ماليتها فإنه يجوز بيعها مع أصلها ومنفردة عنه .

ولا يظن ظان أن بيع حقوق الارتفاق بفردها فيه ضرر على مالك المنفعة فينبغي العدول عنه ، فإننا نقول لا تنافي بين بيعها منفردة وبقاؤها لمنفعة المالك المنفعة فقط ، لأنه قد يبيعها المالك الأصل من مالك المنفعة ، وحينئذ فلا ضرر أو يبيعها من غيره مع بقاؤها حق الارتفاق

أو الانتفاع للمنتفع السابق لأنه حق ثبت له بالشرع فلا يسقط إلا بإسقاطه
له أو تحوله عن مكانه.

ومالية حقوق الارتفاق أمر تدل عليه أعراف الناس وعاداتهم والعرف
دليل شرعي معتبر عند عدم النص ولا نص هنا ، كما أنه لا يخالف الشرع.

وأن الفقهاء متفقون على اعتبار أصول حقوق الارتفاق أموالاً فكيف

لا تعتبر حقوق الارتفاق أموالاً كذلك ؟ باعتبارها جزءاً من الأصل ؟

وكيف يفرق بينها وبين أصولها ؟ فأما أن تأخذ ^{حكم} المالية جميعاً أو

تأخذ حكم عدم المالية والثاني منتف لما قد علم أن أصولها أموال وإذا

انتفى الثاني لم يسبق إلا القول بماليتها - والله أعلم - .

رابعاً - مالية الديون ؟

أ - حقيقة الدين لغة واصطلاحاً :

الدين في اللغة : مفرد ديون ، ويطلق على من يأخذ الشيء
لنفسه أو يعطيه لغيره على سبيل المداينة. (١)

فمن الأول : دان الرجل اذا استقرض ، ومن الثاني : دنت
الرجل أقرضته ، قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ * ٠٠ ﴾
الآية .

الدين في اصطلاح الفقهاء :
وتعريف الدين في عرف أهل الشرع وجوب مال في الذمة بدلاً عن
شيء آخر .

فالخراج دين لأنه بدل عن منافع الحفظ بخلاف الزكاة لأن الواجب
فيها تطييك مال من غير أن يكون بدل . (٣)

ولقد اعترض الحموي في كتابه " غزاليون البصائر شرح كتاب
الأشياء والنظائر " لابن نجيم على هذا التعريف للمال بعد أن أورده بقوله :
" فقد أطلق على المال الواجب فيها - يعني في الذمة - لفظ الدين
وحينئذ يكون التعريف غير جامع ، والتعريف الجامع ما ذكره في المستقصى

(١) الصحاح جده / باب النون فصل الدال ص ٢١١٢ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

(٣) غزاليون البصائر ٣ / ٥٠ .

في باب قضاء الفوائت وهو أن الدين وصف شرعي يظهر أثره فـ في
المطالبة . (١)

ب - خلاف الفقهاء في مالية الديوان :

اختلف الفقهاء في الديون هل هي من الأموال أو ليست

منها ؟

فذهب جمهور الفقهاء الى ماليتها لأنهم لا يشترطون في ثبوت
المالية للشيء أن يكون عيناً لها وجود خارجي يمكن حيازتها وأدخالها .
(٢)

وزهد الحنفية الى أن الديون ليست بأموال لأنها ليست
أعياناً يمكن إحرازها وإساقها ولا يتحقق القبض فيها حقيقة .

والحنفية ، وإن منعوا مالية الديون في حالة وجودها في الذم
إلا أنهم اعتبروها أموالاً وأعطوها حكم المال باعتبار القبض لأنها
حينئذ خرجت من حيز المدم الى حيز الوجود وأصبحت عيناً يجرى فيها
الإحراز والإدخال ، وما كان كذلك فهو مال عندهم ، ففي الأشباه والنظائر
لابن نجيم الدين : مال حكى يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما .
(٣)

- (١) غزعيون البصائر ٥/٣ ، والحموى : هو أحمد بن محمد مكي
أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي كان مدرساً بالمدرسة
السليمانية بالقاهرة ، له مؤلفات ، منها " كشف الرمز عن خبايا
الكنز " و " الدر الفريد في بيان حكم التقليد " و " شرح منظومة
لابن الشحنة في التوحيد " ، توفي سنة ١٠٩٨ هـ . الأعلام ٢٣٩/١ .
- (٢) في المنشور في القواعد للزركشي ١٦٠/٣ ، ١٦١ " الدين هل هو
مال في الحقيقة أو هو حق مطالبة يصير مالا في المال ؟ ، فيه
طريقان ، حكاهما المتولى في كتاب الصلح ووجه الأول أنه يثبت به

الفصل الأول :
حقيقة الفسخ وأحكامه العامة .

.....

=== حكم اليمار حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم ولا عمل
له بصدقه ، ووجه الثاني أن المالية من صفات الموجود وليس
ها هنا شيء موجود .

(٣) غزعيون البصائر شرح الأشياء والنظائر لابن نجيم ٥ / ٤ ،
" المتن " . ولقد علق الشيخ مصطفى الزرقا على قول صاحب
الأشياء " مال حكى " بقوله أى شيء " اعتبارى يملكه الدائن
وهو موجود في ثروة المدين ، فيصح أن يقال إن الدين عند
الفقهاء مال من حيث المال ، المدخل الفقهي العام

٠١٦٩/٣

الفصل الأول :

في حقيقة الفسخ وأحكامه العامة

وفيه المباحث التالية :

- المبحث الأول : في حقيقة الفسخ لغة وشرعاً .
- المبحث الثاني : في انحلال العقد .
- المبحث الثالث : في الفرق بين الفسخ والانفساخ .
- المبحث الرابع : في حكم الفسخ من حيث كونه رخصة .
- المبحث الخامس : في الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ؟
- المبحث السادس : في شروط الفسخ العامة .
- المبحث السابع : في بيان العقد الذي يرد عليه الفسخ شرعاً .
- المبحث الثامن : في علاقة الفسخ بالخيار .
- المبحث التاسع : في قاعدة (يفتقر في الفسخ ما لا يفتقر في العقود) .

البحث الأول

حقيقة الفسخ لغة وشرعا

أ - حقيقة لغة :

تطلق لفظة الفسخ في اللغة على جملة معانٍ أظهرها النقص والرفع ، والازالة .

تقول : فسخت البيع والنكاح اذا نقضتهما ، وفسخت العقد اذا رفعت ، وفسخت المفصل عن موضعه اذا أزلته . (١)

وفي معجم مقاييس اللغة لابن فارس (*) : الفاء ، والسين ، والحاء كلمة تدل على نقص شيء ، يقال : نفسخ الشيء انتقض . (٢)

ب - حقيقة الفسخ شرعا :

عرف ابن السبكي الفسخ بأنه : حل ارتباط العقد . (٣)

وبالنظر لهذا التعريف نلاحظ أنه غير مانع لأنه يدخل في التعريف ما ليس منه اذ يشمل التعريف حل العقد الصحيح والباطل على السواء مع أن الفسخ لا يرد الا على عقد صحيح ، أو قابل للصحة كالعقد الموقوف ، والعقد الفاسد عند الحنفية فكان ينبغي له أن يقيد بذلك .

(١) لسان العرب ج٢ / باب الحاء فصل الفاء ص ٤٤ ، ٤٥ ، تاج العروس ج٣ / باب الحاء فصل الفاء ص ٤٤ ، الصباح ج١ / باب الحاء فصل الفاء ص ٤٢٩ ، المصباح المنير ج٢ / كتاب الفاء ص ٦٤٦ .

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج٣ / ٥٣ .

(٣) الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٢٨٧ ، غرر عيون البصائر شرح الاشياء والنظائر للحموي على الاشياء والنظائر لابن نجيم الحنفي

٣ / ٤٤٢ " المتن " .

(*) ابن فارس هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني من أئمة اللغة والأدب له مصنفات منها معجم مقاييس اللغة " المجلد " توفي سنة

وأيضاً فإن التعريف للفسخ بمعناه الشرعي فكان ينبغي له أن يقيده بالمشروعية وإضافة هذين القسدين يصبح هذا التعريف جامعاً مانعاً لأفراد المعرف فيكون على النحو التالي :

حل ارتباط العقد الصحيح أو القابل للصحة بطريقة مشروعة .

فقولنا " حل " جنس يدخل فيه حل العقد وغيره كحل الحج الى عمرة .

وقولنا " ارتباط العقد " قيد مخرج لحل ارتباط ما سوى العقد .

وقولنا " الصحيح " قيد ثان جيء به لإخراج العقد غير الصحيح كالباطل والفاسد .

وقولنا " القابل للصحة " قيد ثالث جيء به لإخراج العقد غير القابل للصحة أصلاً كالعقد الباطل ولإدخال العقد الفاسد لدى الحنفية والعقد الموقوف .

وقولنا " بطريقة مشروعة " بيان أن المراد بالفسخ هنا هو الفسخ الشرعي .

وإذا نظرنا الى معنى الفسخ في الاصطلاح لاحظنا أنه لا يبعد عن معناه في اللغة بل هو في الحقيقة تقييد له وتخصيص لعمومه .

البحث الثاني

انحلال العقد

عرفنا من تعريف العقد أنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد
العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المحل .
فارتباط القبول بالإيجاب يوجب على العاقدين حقوقاً يلتزم
بها كل واحد منهما قبل الآخر .

فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع قبل المشتري بتسليم المبيع
ويلتزم المشتري له بتسليم الثمن .
فانحلال العقد هو زوال تلك الرابطة الحقوقية التي ربطت
العاقدين بعلم العقد .

وبذلك يعلم أن الانحلال لا يقوم إلا على سابق انعقاد ، ومن
هنا يظهر الفارق المميز لانحلال العقد عن بطلانه ، ففي حالة البطلان
يكون للعقد وجود حسي لا اعتبار له في نظر الشرع أما الانحلال
فهو حالة يواجه فيها عقد منعقد له اعتبار شرعي ومنتج لا ثاره .^(١)
ولقد لاحظ بعض الباحثين المحدثين أن بعض الفقهاء يتسامح
في التعبير فيعبر عن الانفساخ بالبطلان - وهو كما قال - فحاول
أن يوجد فرقاً يتمكن به من التمييز بين ما هو انفساخ وما هو بطلان
فقال : هذا وقد يتسامح بعض الفقهاء في التعبير فيعبرون عن الانفساخ

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا* ٥٢٤/١

البطلان نظراً لتشابههما من حيث الأثر، لكن واقع الأمر يبدل على أن بين البطلان والانفساخ فرقاً بيناً وذلك من الوجوه الآتية :

أ - فبطلان العقد يكون عن مخالفة لنظامه التشريعي في ناحية أساسية في عملية العقد ، فالعقد يكون أصله باطلاً أي معدوماً اعتباراً ، أما الانفساخ فأنما يكون بعد تمام الانعقاد بسبب طارئ يمنع معه بقاء العقد بعد وجوده كهلاك المبيع عند البائع مثلاً .

ب - ويفترق أيضاً بطلان العقد عن انفساخه من ناحية أخرى هي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً ، أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون مستنداً ، كما في هلاك المبيع قبل التسليم ، وقد يقع مقتصرًا غير مستند ، فيزول به الارتباط التعاقدى اعتباراً من وقت الانفساخ فقط أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد .^(١)

(١) فسخ الزواج بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية ص ٥٤ ، ٥٥ .

المبحث الثالث

الفرق بين الفسخ والانفساخ

تقدم أن انحلال العقد هو زوال رابطة العقد وإذا عرفنا أن
الانحلال هو الزوال فبم يكون ذلك الانحلال؟

والجواب على ذلك هو أن انحلال العقد ، أما أن يكون بالفسخ
أو الانفساخ ، وقد عرفنا فيما مضى تعريف الفسخ جملة وهنا نريد أن نعرف
الفرق بينه وبين الانفساخ .

بالتأمل في حقيقة الفسخ والانفساخ يمكننا القول : إن بينهما
تشابه من حيث المبنى ، والمعنى .

فتشابههما من حيث المبنى أنهما مبنيان على عقد سابق لهما فلا
يمكن نشوءهما دون سابق انعقاد - كما بينت سابقاً - ، وتشابههما من
حيث المعنى أنهما يوجبان انحلال العقد ، وهذا التشابه الكبير بينهما
مدعاة للخلط بين ما هو فسخ وما هو انفساخ مع أن بينهما فروقاً جوهرية
نص عليها العلماء كما سيأتي .

ولقد رأيت فقهاءنا - رحمهم الله - يهترون - في كثير من
الاحيان - بالفسخ ويريدون به الانفساخ مع يقيني بفهمهم حقيقة
الفروق بينهما ؟ فما هو السبب في ذلك ؟

نحن نعلم أن فقهاءنا الأوائل لم يهتموا بدراسة الفقه على
شكل نظريات عامة لها قواعد ووضايبها الخاصة بها ، وإنما أخذوا
يفترضون المسائل ويوجدون لها الحلول ، وهذه الدراسة تفرضها عليهم

طبيعة المرحلة التي مروا بها ، فالناس في ذلك الوقت لم يكونوا بحاجة الى معرفة نظريات عامة لقريبهم من عهد التشريع ، وانما كانت تعرض لهم بعض الحوادث أوالقائع فيلجأون الى العلماء يسألون عن حكم الله تعالى في تلك الوقائع فيجيبهم العلماء في تلك النوادر من الحوادث بما تقتضيه النصوص دون كبير عنا .

وأيضاً فان الفقهاء المتصدين لعلم الفقه - وكذا سائر العلوم الشرعية - كانوا على مستوى رفيع من العلم والمعرفة فلم يسمح للخوض في العلوم وخاصة العلوم الفقهية الا لمن توفرت فيه شروط الاجتهاد أو كادت ، ولما كان الا مركز ذلك فلم يكن أمثال هؤلاء بحاجة ماسة الى النظريات العامة ، ولم يكونوا يكتبون الا لمن هو على شاكلتهم ، فيضربون صفحاً عن كثير من الفروق ولا يشبهون اليها الا عند الحاجة الماسة لها .

ولما تعقدت الحياة وضعفت الهمم وبدأ يلج باب الفقه لا سيما في العصور المتأخرة كل من يحسنه ومن لا يحسنه ، ولاحظ الفقهاء الغيورون ذلك وقتئذ بدأوا باستحداث النظريات العامة المشتلة على الكليات والفروق .

وفيما يلي الفروق بين الفسخ والانفساخ :

١ - الفسخ فعل العاقدین أوغيرهما من يملكه .

ومعنى هذا أن حقيقة الفسخ لا تقوم الا بإرادة تباشره ،

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أنه ليس كل ارادة لها حق فسخ العقد بل يشترط للفسخ أن يكون من مريد ذي أهلية كاملة فالصغير ليس أهلاً

للفسخ كما أنه ليس أهلاً للعقد .

أما الانفساخ فصفة لذات العوضين أى لا مدخل للعاقدين فيه بل هو أمر حتمي بالنسبة لهما تفرضه عليهما أسباب طارئة على محل العقد .

٢ - الفسخ من الأسباب الشرعية .

أى أنه لا يظهر الا بسبب هو المقتضى لوجوده فإذا لم يوجد ذلك المقتضى فلا وجود للفسخ أصلاً .

أما الانفساخ فهو حكم شرعي يحكم به عند ظهور موجه فمثلاً اذا هلك المبيع هلاكاً كلياً حكمنا بانفساخ العقد وقت وقوع الهلاك والى هذين السببين أشار الامام القرافي رحمه الله في كتابه الفروق فقال : فالفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم اذا ظفروا بالعقود المحرمة والثاني صفة العوضين فالأول سبب شرعي ، والثاني حكم شرعي فهذان فرعان فالأول من جهة الموصوفات والثاني من جهة الأسباب والمسببات . (٢)

- (١) هو احمد بن ادريس بن عبد الرحمن ابو العباس القرافي من علماء المالكية له مصنفات منها انوار البروق في انواء الفروق والذخيرة وغيرها توفي سنة ٦٨٤ هـ انظر شجرة النور الزكية ص ١٨٨ ، الاعلام ١ / ٩٤ .
- (٢) الفروق ٢٦٩ / ٣ ، لعل صحة العبارة هكذا - فالأول من جهة الأسباب والمسببات والثاني من جهة الموصوفات - يظهر ذلك بمراجعة تهذيب الفروق بهامش الفروق حيث أورد العبارة بهذا المعنى وهو مقتضى نظم الكلام وصحته والله أعلم .
- تهذيب الفروق بهامش الفروق ٣ / ٤٢٠ .

وبالتأمل في حقيقة كل من الفسخ والانفساخ يمكن إضافة

الفرق الآتي :

٣ - الفسخ يقبل التأقيت كما في خيار الشرط ، وخيار
المصراة وغيرهما ، أما الانفساخ فلا يقبل التأقيت فمتى هلك المبيع
قبل القبض أو مات الشريك أو المضارب انفسخ العقد في الحال دون
وقت معين لفسخه .

المبحث الرابع

حكم الفسخ من حيث كونه رخصة

قبل البدء في معرفة حكم الفسخ لا بد من القول إنه لا يحكم على شيء ما بأنه رخصة إلا إذا كان مستنداً إلى نص شرعي مستثنى من حكم أصل كلي أي وارد على خلافه .

فإذا كان ذلك كذلك جاز النظر فيه من حيث كونه رخصة أو عزيمة .
وبالنظر لحقيقة الفسخ ابتداءً نلاحظ أنه مستثنى من أصل كلي دل عليه الدليل ، وهو اللزوم المستند إلى قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١) ، ولكن هذا الأصل الذي هو اللزوم ، قد ورد في نصوص السنة ما يقتضي خلافه ، وهي الأدلة الدالة على جواز الفسخ المخالف في حقيقته اللزوم ، وإذا علم ذلك ساغ لنا البحث في حكم الفسخ باعتباره رخصة أو عزيمة ، وقبل القول بأن الفسخ رخصة لا بد من معرفة مناط الحكم بالترخيص لدى العلماء .

(٢)
بالرجوع لكتب علماء الأصول نلاحظ أن مناط الترخيص عندهم هو العذر كما صرحت به تعاريفهم .

والمراد بالعذر المشقة الناشئة عن الحاجة أو الضرورة الطحتين ، ولو تأملنا أفراد الفسخ عامة لوجدنا أن معنى الترخيص ظاهري أغلبها فالفسخ بخيار العيب لعذر هو ظهور المبيع ناقصاً ، والفسخ بسبب خيار اختلاف المتبايعين لعذر الاختلاف بين المتعاقدين ، والفسخ بسبب الإكراه لعذر دعا إليه التهديد بالعقاب ، وهكذا .

ولا يقال إن مناط الترخيص الذي هو العذر غير ظاهري بعض أفراد الفسخ كخيارات التروی فكيف يقال إن الفسخ رخصة ؟

- (١) سورة المائدة آية رقم ١ .
(٢) الأحكام في أصول الأحكام ١٨٨/١ ، المستصفى ٩٨/١ شرح الأسنوى على المنهاج ١٢٠/٠ ، ١٢٦ .

واجابة على ذلك أقول : إن من المقرر أن أحكام الفسخ وقواعده أغلبية
فالحكم على الفسخ بأنه رخصة من هذا القبيل .

وأيضاً فان بعض الأصوليين يتوسعون في معنى الرخصة فيعتبرون مجرد
المخالفة للأصل دليل على الترخيص ، ولا يخفى دخول الفسخ في مجال
الرخص بهذا الاعتبار .

وأحسن ما يقال في ذلك ان الحكم على الفسخ بأنه رخصة توسعاً
وتجاوزاً كالحكم على العقود المخالفة للقواعد بأنها من باب الرخصة كالسلم
والقصر ونحوهما ، وهو ما صرح به علماء الأصول .

وبعد أن عرفنا حكم الفسخ من حيث كونه رخصة ، أعود لبيان حكمه
باعتبار كونه واجباً أو مندوباً .

ولا يخالف هذا قولنا ان الفسخ رخصة ، فان جمهور الأصوليين قد
صرحوا بأن الرخصة توصف بالوجوب أو الندب أو غيرها من أحكام التكليف .
فبالنظر لمتعلقات افراد النسخ ، وهي أدلتها يظهر أن الأصل فيه
هو الندب ، وقد يعتريه الوجوب كالفسخ بسبب الفساد ونحوه .

المبحث الخامس

الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ؟

قلنا إن انحلال العقد هو زوال رابطة العقد بالفسخ أو الانفساخ ،
وهنا نتساءل عن ثبوتهما هل يكون مستنداً أو مقتصرأ ؟
بمعنى أن آثارهما هل تنسحب إلى الماضي فترجع إلى أصل
الانعقاد أو تقتصر على المستقبل فقط ولا تشمل الماضي ؟ وللإجابة على
ذلك أقول :

إن الأصل في انحلال العقد بالفسخ أو الانفساخ أنه " يجب
إعادة العاقدین إلى سابق وضعهما قبل التعاقد " (١)

فإذا تم العقد وثبت فيه الفسخ بأحد أسباب الفسخ ، وجب
على العاقدین التراد فيرد البائع الثمن ، ويرد المشتري المبيع إذا كان
العقد بيعاً ، هذا إذا تمكن العاقدان من التراد الكامل ، أما إذا لم
يمكن التراد إلا في بعض المبيع ترادافيه .

وإذا امتنع التراد أصلاً لا في الكل ولا في الجزء امتنع الفسخ .
فعلى هذا الأساس ينشأ الاستناد والاقتصار في الفسخ . (٢)

فإذا كان الفسخ بسبب الفساد ، فالفسخ لا يقتصر على المستقبل
فقط بل ينجر إلى الماضي وكذا إذا كان الفسخ بسبب فوات شرط من
شروط النفاذ .

(١) المدخل الفقهي العام ٥١٩/١

(٢) المرجع السابق .

أما إذا كان الفسخ بسبب فوات شرط من شروط اللزوم .

ففكرة اللزوم هي الأساس للفسخ لذلك فإننا بحاجة الى إعادة تقسيم العقود هنا الى لازم وغير لازم ليتسنى لنا معرفة نوع الفسخ الحاصل في كل منهما ومعرفة كونه مستنداً ومقتضراً .

أولاً - العقد اللازم من الطرفين كالبيع والسلم :

فهذا النوع من العقود لا يفسخ الا بالتراضي بين طرفيه أي

بالاقالة .

والفسخ بهذا السبب يقتصر على المستقبل فقط ولا ينعطف

الى الماضي أي أن الفسخ بسبب الاقالة يرفع العقد من حيث الفسخ (لا من أصل العقد من حيث الفسخ لا من أصل العقد . (١))
ثانياً - العقد غير اللازم بسبب ثبوت خيار للعاقدين أو أحدهما فيه :

والفسخ بسبب خيار في العقد للفقهاء في استناده الى الماضي

أو اقتضاره على المستقبل ثلاثة أقوال :

١ - يكون مستنداً ، فتسحب آثاره على الماضي ولا يقتصر على المستقبل فقط ، وهو قول الحنفية . (٢)

٢ - يكون مقتضراً على المستقبل فقط ، ولا ينعطف الى الماضي وهو قول الحنابلة . (٣)

- (١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٢ ، كشف القناع ٢٥٠/٣ ، شرح
منتهى الإرادات ١٩٢/٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٢٨٣/٥ .
(٣) الكشف القناع ٢٥٠/٣ .

٣ - يتنوع بحسب نوع الخيار ، فتارة يكون مستنداً ، وتارة يكون مقتصرًا ، وهو قول الشافعية . (١)

ثالثاً - العقد الجائز من الطرفين :

كالوكالة والشركة فينفسخ بإرادة الطرفين ، وموت أحدهما .
والفسخ فيه لا يكون الا مقتصرًا على المستقبل دون الماضي أى أنه يرفع العقد من حين الفسخ لا من أصله .

رابعاً - العقد اللازم من طرف ، جائز من طرف آخر كالرهن :

فالفسخ فيه لا يكون الا مقتصرًا على المستقبل دون الماضي تخليصاً
لجانب الجواز .

هذا ولقد طبق الشيخ مصطفى الورقا فكرة الاستناد والاقتصار
على نوع العقد من حيث كونه عقدًا فوريًا أو مستمرًا .
فالعقد الفوري كالبيع يكون الفسخ فيه مستنداً ، فاذا تم فسخ
البيع بعد تنفيذه وجب الترد في المبيع والتمن .

وكذا اذا انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل التسليم فانه يجب
رد الثمن المقبوض لأن الثمن مع الهلاك يصبح بلا مقابل .
أما العقد المستمر كالأجارة والشركة ، فالفسخ فيهما يقطع العقد

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٢ حيث حصر الأسباب ، ونص
على حكم كل واحد منهما من حيث الاستناد والاقتصار ص ٢٩٢ .

فيما يستقبل من العقد دون ما مضى منه سواء كان الحل بالفسخ أو
الانفساخ .

هذا ولقد ارتأى تسمية الانحلال في حالة الاستناد فسخاً وانفساخاً
وفي حال الاقتصار إنهاء وانتهاء فقال : هذا ونرى من المستحسن التمييز
في تسمية انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار ، فيسمى الحل
والانحلال في حالة الاستناد فسخاً وانفساخاً وفي حالة الاقتصار إنهاء
وانتهاء . (١)

يقول الدكتور أحمد الحجي الكردى : وهو في نظري اصطلاح
جيد ودقيق مستمد من معين اللغة العربية الفياضة . (٢)

هذه هي أحكام الفسخ والانفساخ من حيث الاستناد والاقتصار
فما شرة ذلك ؟

لا شك أن هناك أحكاماً هامة تتبني على قضية الاستناد والاقتصار
أهمها :

نماء المبيع في زمن الخيار هل هو للبائع أو للمشتري ؟
فمن قال من الفقهاء ان الفسخ يرفع العقد من أصله قال إن
النماء للبائع ومن قال إن الفسخ يرفع العقد من حين الفسخ قال
إن النماء للمشتري . (٣)

(١) المدخل الفقهي العام ٥٢٩/١ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ .

(٢) فسخ الزواج / ٥٨ .

(٣) المجموع ٢١٤/١ ، كشف القناع ٢٠٧/٣ حيث قال : أي نماء

المبيع زمن الخيار من وكسبه للمشتري أمضيا أي العاقدان
العقد أو فسخاً لأن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من
أصله .

المبحث السادس

شروط الفسخ العامة

الفسخ له أسباب متعددة ومختلفة فيما بينها ، وان اتفقت فيما بينها في الغاية والهدف منها وهما حل العقد .

وهذا الاختلاف ناشئ عن أسباب ودواعي معينة يتوقف عليها ثبوت تلك الأسباب ، فمثلاً الفسخ بخيار الشرط سببه هو الشرط والداعي اليه هو التروى وكذا الفسخ بسبب خيار العيب سببه العيب والداعي اليه فوات بعض المقصود من العقد ، وهكذا سائر الأسباب .

وهذا الاختلاف فيما بينها لا يمنع أن تتفق مع بعضها البعض في شروط معينة يجب توفرها في كل منهما .

وأنا هنا أوضح الشروط العامة للفسخ جملة ، أما الشروط الخاصة بكل سبب على حده فسيأتي الكلام عليها في محالها عند دراسة كل سبب .

وهذه الشروط العامة هي :

١ - أن يكون العقد قابلاً للفسخ .
وكون العقد قابلاً للفسخ هو ما نص عليه الحنفية فقط ، ولا معنى لذلك الا الاشتراط له ، وهم بهذا القول يخرجون مثل عقد النكاح .

٢ - ظهور مقتضى للفسخ .
ومقتضيات الفسخ هنا هي أسبابه مثل خيار المجلس والشرط ... الخ ، فمتى ظهر أحد أسباب الفسخ ظهر الفسخ ، ومتى

(١) لم يوجد ما يقتضي الفسخ امتنع الفسخ .

٣ - خلو المحل من الموانع .

فإذا وجد أحد موانع الفسخ امتنع ، فلا بد لظهوره من امتناع الموانع كما لو زاد المبيع زيادة متصلة أو كان الفسخ فيه تفريق للصفقة قبل التمام امتنع الفسخ لما عُرف من أن الفسخ لا يقبل التبعض .^(٢)

٤ - علم العاقد الآخر بالفسخ .

يشترط لجواز الفسخ علم العاقد الآخر به ، فإذا لم يعلم العاقد الآخر بالفسخ فهل يجوز الفسخ أولاً يجوز ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين : وقبل ذكر هذين القولين أود أن أشير إلى محل خلاف الفقهاء . للفسخ عند الفقهاء صيغتان :
* صيغة فعلية مثل أن يكون الخيار للبائع في عبء فيمته أو يدبره فلا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يشترط لها علم العاقد الآخر ، بل متى تصرف من له حق الفسخ في المبيع تصرفاً يدل على الفسخ اعتبر ذلك فسخاً وإن لم يعلم العاقد الآخر به .^(٣)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ / حيث صرح في غير موضع عند بحث كل سبب

من أسباب الفسخ أنه يشترط له قيام الخيار انظر مثلاً

ص ٢٨٦ ، ٢٩٨ .

(٢) المرجع السابق ٥ / ٢٩٨ ، ٢٩٩ .

(٣) شرح فتح القدير ٦ / ٣١٤ .

* صيغة قولية - مثل أن يقول من له حق الفسخ أبطلت العقد أوفسخته أو ردت الثمن ، ونحو ذلك .
فهنا اختلف الفقهاء في اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ على قولين :

القول الأول :

يشترط أن يعلم العاقد الآخر بالفسخ ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله .

يقول المرغيناني : " ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار وله أن يجيز فإن أجاز به غير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد " (١)

وفسروا الحضرة هنا بالعلم .

ووجه ما قال : إن تصرف من له الخيار بفسخ العقد تصرف في حق الغير بغير إذنه ، والتصرف في حق الغير بغير إذنه لا يخلو من ضرر سواء كان المتصرف البائع فيما إذا كان الخيار له أو المشتري إذا كان الخيار له كذلك .

أما إذا كان الخيار للبائع فلعمل المشتري يعتمد امضاءه البيع فيتصرف في البيع فيهلك بالقيمة عليه فيتضرر بذلك لأن القيمة قد تفوق الثمن المسمى بالعقد .

(١) الهداية ٢٩/٣ وانظر شرح فتح القدير ٣١٢/٦ ، ٣١٣ ، وانظر

مجمع الأنهر ٢٨/٢ ، ٢٩٠ .

أما إذا كان الخيار للمشتري فلعل البائع أن يعتمد امضاءه فلا يطلب للمبيع من يشتريه ، وقد يكون ذلك في وقت رواج المبيع — في الأسواق فيتضرر بذلك ، والتصرف الذي فيه ضرر على الغير يتوقف على علمه كعزل الوكيل فإنه يتوقف على علم الوكيل به . (١)

وقال الشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية : لا يشترط علم العاقد الآخر بالفسخ / متى تصرف من له حق الفسخ به نفذ تصرفه قولياً كان الفسخ أفعلياً - واعتبر العقد مفسوخاً بذلك وهو مقتضى كلام المالكية . (٢)

واستدلوا بما يلي :

١ - أن من له الخيار له حق الإجازة بغير علم العاقد الآخر فله أن يفسخ بغير علمه أيضاً لأن كلا من الفسخ والإجازة حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالمبيع إذا باع من غير علم الموكل .

٢ - أن الفسخ رفع عقد لا يحتاج إلى رضا من الطرف الآخر فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق فإنه لا يحتاج إلى رضا الزوجة به . (٣)

(١) الهداية ٢٩/٣ ، ٣١ ، وانظر شرح فتح القدير ٣١٢/٦ ، ٣١٣

المبسوط ٤٤/١٣ ، ٤٥

(٢) الهداية ٢٩/٣ ،

مغني المحتاج ٤٨/٢ ، الكشاف ٢٠٥/٣ ، القوانين الفقهية

ص ٢٢٤ حيث قال : ولا يتوقف الفسخ بالخيار على حضور

الخصم ، ولا قضاء القاضي . . الخ

(٣) المغني والشرح الكبير ٦٩/٤ ، المجموع ٣٠١/٩

مناقشة وترجيح

مما سبق من عرض لأقوال الفقهاء بأدلتها يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح ما ذهب إليه الجمهور من القول بأن الفسخ لا يشترط له علم العاقد الآخر به بل متى فسخ جاز الفسخ لأن الفسوخ يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها ، ولأن الشرع لم يقيد جواز الفسخ بعلم الطرف الآخر به ، فلا يقيد بذلك .

المبحث السابع

بيان العقد الذي يرد عليه الفسخ شرعاً

العقد مكون من مقومات وشروط ، وهذه المقومات ، والشروط هي بنى جوهر العقد الكامل المقتضي لترتب الالتزامات عليه حال انعقاده . فمتى انعقد العقد واستوفى أركانه وشروطه كاملة ، وجب على العاقدين الوفاء به ، فإذا حدث أن اختل ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه ، فما مدى تأثيره على العقد ، وما نوع العقد المنعقد مع ذلك الخلل ؟

وللإجابة على ذلك أقول :

إذا كان الخلل في ركن من أركان العقد فلا كلام في بطلان العقد ، واعتباره كأن لم يكن عند العلماء قاطبة .

وإذا عرفنا أن العقد - حينئذ - باطل ، فلا مجال للقول باقتضائه الفسخ وقتئذ لما تقدم معنا في تعريف الفسخ المصدر به هذا البحث من أنه لا يرد إلا على عقد له وجود اعتباري في نظر الشرع ، والعقد الباطل ليس كذلك .

ولذلك فلا مجال للحديث عن العقد الباطل من حيث ورود الفسخ عليه لأنه غير موجود شرعاً ، أما إذا كان الخلل من جهة الشرط ، فإنه يختلف باختلاف ذلك الشرط ولذلك لا بد من الكلام على أنواع الشروط حتى يتحرر المقصود ، ولقد قسم علماء الحنفية الشروط الى أربعة أقسام :

شروط انعقاد - شروط صحة - شروط نفاذ - شروط لزوم .

أولاً - شرائط الانعقاد :

١ - العقل :

يشترط لانعقاد العقد أن يكون العاقد ذاكراً عاقل ، فإذا كان
مجنوناً أو صبيّاً غير مميز بطل العقد . (١)

٢ - العدد :

يشترط لانعقاد العقد العدد ، فالارادة الواحدة المنفردة
ليست أهلاً لإبرام العقد . (٢)

٣ - اتحاد المجلس :

بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فإذا اختلف المجلس
لم ينعقد العقد أصلاً ، فإذا أوجب أحد العاقلين العقد فقام العاقد
الآخر أو تشاغل بغير العقد بطل . (٣)

٤ - أن يكون المعقود عليه موجوداً : (٤)

فإذا كان المبيع غير موجود لم ينعقد العقد أصلاً كما لو باع
معدوماً أو باع نتاج نتاج البهيمة .

(١) البدائع ١٣٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ٤/٤ ، لا خلاف بين الأئمة
في اشتراط العقل وان غير العاقل لا يصح عقده ، وإنما الخلاف
بينهم في الصبي المميز هل يجوز له تولي العقد أو ليس له
ذلك فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد في أحد الروايتين عنه بأن له
ذلك وخالف الشافعية وقالوا لا بد من البلوغ لقيام العقد ،
وهو رواية عن أحمد . انظر البدائع ١٣٥/٥ حاشية الدسوقي

٥/٣ ، المجموع ١٥٧/٩ المغني ٦/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ٤/٤ .

(٣) المرجعين السابقين وهذا الشرط مما لا خلاف في اشتراطه بين الفقهاء
يقول ابن رشد : ولا خلاف فيما أحسبه أن الإيجاب والقبول المؤثرين
في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس انظر بدائية
المجتهد ١٢٨/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ، ولا يختلف بقية الفقهاء من الحنفية في اشتراط هذه الشرط
كما يفهم من كلامهم ، وإن لم يصرحوا به يقول النووي : فبيع المعدوم باطل
بالاجماع ، ونقل ابن المنذر وغيره اجماع المسلمين على بطلان بيع الشجرة
سنتين ، انظر المجموع ٢٥٨/٩ .

ويقول شمس الدين ابن قدامة : بيع الحمل في البطش فاسد بغير
خلاف قال ابن المنذر : اجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير
جائز . انظر الشرح الكبير مع المغني ٣١/٤ .

٥ - أن يكون مالاً : (١)

فإذا كان المعقود عليه ليس بمال كمن باع حراً لم ينعقد العقد لأن البيع مبادلة مال بمال .

٦ - أن يكون المعقود عليه متقوماً : (٢)

فإذا لم يكن متقوماً بأن كان الانتفاع به غير مشروع فإنه لا ينعقد العقد كالخمر والخنزير .

٧ - أن يكون المبيع مملوكاً في نفسه :

فما لا يقع عليه الملك لا أحد لا ينعقد فيه البيع كما البئر .

٨ - أن يكون مملوكاً للبائع نفسه وقت العقد :

فإذا لم يكن مملوكاً له فلا ينعقد البيع ، وهو بيع ما ليس بمملوك (٣)
(*)
الوارد به حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لا تبع ما ليس عندك " .

٩ - أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه وقت العقد :

فإذا لم يكن مقدور التسليم عند العقد فلا ينعقد العقد كما لو باع عبداً آبقاً . (٤)

وما سبق يظهر لنا أنه متى تخلف شرط من شروط الانعقاد بطل العقد ، وبذلك يعلم أنها لا علاقة لها بالفسخ ولا تعتبر سبباً من أسبابه لكونها توجب بطلان العقد ، والعقد الباطل ليس محلاً للفسخ كما ذكرنا سابقاً .

- (١) بدائع الصنائع ١٤٠/٥ ، وانظر كشاف القناع ٥٢/٣ (وعبر فقهاً المالكية والشافعية عن هذه الشرط بقولهم أن يكون المبيع منتفعاً به ، والمال عندهم مما ينتفع به انظر القوانين الفقهية ص ٢١٢ ، روضة الطالبين ٣٥٠/٣ .
- (٢) حاشية ابن عابدين ٥٥٥/٤ ، وانظر القوانين الفقهية ص ٢١٢ ، بدائع الصنائع ١٤٦/٥ ، ١٤٧ ، كشاف القناع ١٥٧/٣٤ .
- (٣) روضة الطالبين ٣٥٣/٣ ، وانظر حاشية ابن عابدين ٥٠٤/٥ ، ٥٠٥ ، بدائع الصنائع ١٤٧/٥ ، وانظر القوانين الفقهية ص ٢١٢ ، روضة الطالبين ٣٥٥/٣ ، كشاف القناع ١٦٢/٣ .
- (*) يأتي تخرجه ص ١٢١ .

ثانياً - شروط الصحة :

وتنقسم الى قسمين : عامة ، وخاصة .

أ - شروط الصحة العامة لكل البيوع :

- ١ - عدم التوقيت : فإن أقت البيع بوقت معين لم يصح ، بخلاف الإجارة فإنه يشترط فيها التأقيت .
- ٢ - أن يكون المبيع والتمن معلومين : فإذا جهل أحدهما جهالة تفضي للمنازعة فسد البيع كما لو قال بعتك شاة من هذا القطيع .
- ٣ - خلو البيع من الشروط الفاسدة : وهي أنواع منها :
شرط في وجوده غرر كما لو اشترى ناقة على أنها حامل ومنها
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة كما لو اشترى داراً على أن يسكنها شهراً ، فالبيع فاسد .
- ٤ - الرضا : فإذا انعدم الرضا انعداماً كلياً بطل البيع ، وإن اختلف ولم ينعدم فسد البيع .
- ٥ - الفائدة : فبيع ما لا فائدة فيه أصلاً يفسد للبيع . (١)

ب - شروط الصحة الخاصة :

أما شروط الصحة الخاصة فكثيرة وهي الشروط التي تختص بكل عقد بحسبه منها .

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٥٥٥

- ١ - أن يكون الأجل معلوماً في البيع المؤجل ثمنه .
 - ٢ - التقايض في شراء المنقول والدين .
 - ٣ - أن يكون البديل مسمى في المبادلة بالقول .
 - ٤ - المماثلة بين البديلين في الأموال التي يدخلها الربا .
 - ٥ - الخلوعن شبهة الربا .
 - ٦ - وجود شروط السلم فيه .
 - ٧ - القبض في الصرف قبل التفرق .
 - ٨ - علم الثمن الأول في المراجعة والتولية والاشراك والوضيعة .
- فمتى تخلف أحد الشروط الخاصة انعقد العقد فاسداً كالشروط العامة . (١)

*

الخلاصة :

أنه متى تخلف أحد شروط الانعقاد بطل العقد ، ومتى تخلف أحد شروط الصحة سواء كان عاماً أو خاصاً فسد العقد .
بناءً
هذا كله عند فقهاء الحنفية / على قاعدتهم في التفرقة بين النهي الوارد على عين الشيء ، والنهي الوارد على وصفه دون عينه .
فالخلل في شرط من شروط الانعقاد من الأول ، والخلل في شرط من شروط الصحة من الثاني .

(١) حاشية ابن عابدين ٥٥٥ / ٤

وعلى ذلك ، فموجب الفساد في العقد عند الحنفية هو
الخلل في شرط من شروط الصحة ، أما عند جمهور الفقهاء فتختلف
شرط من الشروط يوجب بطلان العقد قولاً واحداً ، سواء في ذلك
أكان شرطاً من شروط الانعقاد أم شرطاً من شروط الصحة .

بناءً على أصلهم في عدم التفرقة بين النهي الوارد على العقد
فمتى ورد النهي على عقد ما فهو باطل دون النظر إليه هل ورد على
أصل العقد أو ورد على وصفه ؟

ثالثاً - شروط النفاذ :

- ١ - الملك أو الولاية .
 - ٢ - عدم تعلق حق الغير بالمبيع . (١)
- فإذا فات الملك كما لو كان البائع فضولياً ، أو تعلق بالمبيع
حق للغير بأن ظهر المبيع مستأجراً أو مرهوناً .
- فالعقد صحيح إلا أنه غير نافذ أى موقوف على اجازة المالك
الأصلي ان أجاز نفذ والا بطل .
- وبذلك نعلم أن فوات شرط النفاذ يوجب وقف العقد ، وأن
العقد الموقوف مورد للفسخ .

رابعاً - شروط اللزوم :

وهي خلو العقد من الخيار . فمتى وجد في العقد خيار فهو عقد
غير لازم مستحق للفسخ ولهذا كله يعلم أن مرجع الفسخ في العقود هو :
وجود خلل في أحد شروط العقد .

وبناءً على ذلك فتكون الأسباب الموجبة للفسخ في العقود ثلاثة :

- ١ - الفسخ بسبب فوات شرط من شروط الصحة.
 - ٢ - الفسخ بسبب فوات شرط من شروط النفاذ .
 - ٣ - الفسخ بسبب فوات شرط اللزوم .
- ومن المعلوم أن سقوط شرط أو انتفائه لا يكفي لثبوت الفسخ في العقد ما لم يصحبه انتفاء مانع من موانع الفسخ .
- وبذلك يمكننا القول بأن الضابط العام لثبوت الفسخ في العقود هو - سقوط شرط أو انتفاء مانع من موانع الفسخ .

البحث الثامن

علاقة الفسخ بالخيار

- قبل الشروع في مباحث الخيار لا بد من الإشارة الى نوع
الرابعة التي تربط الخيار بالفسخ .
- وتلك الرابطة تتجلى من خلال شرعية الخيار ، فالخيار ما شرع الا
لاجل التحلل من رابطة العقد .
- وليس معنى هذا ان الفسخ لا يثبت الا بالخيار بل المعنى ان
الخيار هو المرتكز الرئيسي لموضوع الفسخ وان كان يثبت بأسباب
أخرى سواء .
- وبعد ان عرفنا ان الخيار سبب من أسباب الفسخ بقي علينا ان
نعرف هل كل الخيارات أسباب للفسخ أو أن نوعاً معيناً منها هو سبب
للفسخ ، والباقي ليس سبباً له ؟
- لا شك أن أغلب الخيارات أسباب للفسخ ، ولا يستثنى منها
الا افراد يسيرة .
- والضابط لذلك : أن كل خيار ورد على عقد لازم فأثر في
لزومه بأن نقله الى حيز عدم اللزوم فهو سبب لفسخ العقد وما لا فلا .
- وهذا الضابط يمكن اخراج الخيارات الثلاثة التالية :
- ١ - خيار القبول .
 - ٢ - خيار الرجوع .

ووجه اخراج هذين الخيارين أنهما لم يردا على عقد منعقد ،
وانما وردا على مقدماته ، وقد عرفنا من تعريف الفسخ أنه لا يرد الا على
عقد منعقد .

٣ - خيار التعيين .

وهو وان ورد على عقد منعقد الا أنه لم يؤثر في رفع لزوم
العقد ذاته ، وانما أثر في رفع لزوم الشراء في أحد الشيئين
بعينه ، فللمشتري الخيار في تعيين المشتري دون فسخ العقد .

المبحث التاسع

(١) يفتقر في الفسوخ ما لا يفتقر في العقود

هذه قاعدة صرح بها الفقهاء ومعناها أنه يتسامح في الفسوخ ما لا يتسامح في العقود .

ويتخرج على هذه القاعدة أمور :

أنه لو باع الكافر عبده المسلم بثوب ثم وجد به عيباً له استرداد العبد وكذا لو وجد المشتري بالعبد عيباً فقبل بالرد مطلقاً وقيل إنه على وجهين ^(٢) ، ومنها ان التفريق بين الأم ولدها لا يجوز ، وفي التفريق بينهما وبين ولدها في الرد بالعيب وجهان . ^(٣)

ومنها : أن الفسوخ لا تحتاج الى قبول بخلاف العقود .
ومنها : أن الفسوخ تقبل التعليق بخلاف العقود . ^(٤)

ومن أمثلة تعليق الفسوخ قول البائع للمشتري ان جئتني بالثمن الى كذا والا فلا بيع بيننا . ^(٥)

ومنها : أن الفسوخ لا يدخلها الربا بخلاف العقود .
فلو اشترى مصرأة بصاع من تمر ^(٦) فحلبها فوجدها قليلة اللبن فله ردها وصاع من تمر .
ومنها : أن الفسوخ ترد على المعدوم بخلاف العقود من ذلك ، جواز الفسخ بخيار التحالف والسلعة تالفة . ^(٧)

-
- (١) المنشور في القواعد للزركشي ٥٢/٣ ، الأشباه والنظائر ص ٢٩٣ .
(٢) المنشور في القواعد ٥٢/٣ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) الأشباه والنظائر ص ٢٦٣ .
(٥) القواعد لابن رجب ص ٢٦٩ .
(٦) مغني المحتاج ٢٤/٢ .
(٧) المنشور في القواعد ٤٦/٣ .

الفصل الثاني :
الفسخ بسبب فوات الشرط .

الفصل الثاني

في الفسخ بسبب فوات شرط

وقيه بحثان :

البحث الأول : في الفسخ بسبب فوات شرط الصحة.

البحث الثاني : في الفسخ بسبب فوات شرط النفاذ .

المبحث الأول

في الفسخ بسبب فوات شرط الصحة

وفيه فروع :

الفرع الأول : في حقيقة الشرط لغة وشرعاً .

الفرع الثاني : في موجب فوات شرط الصحة (الفساد) ،

وفيه مطالب :

المطلب الأول : في سبب استحقاق العقد الفاسد الفسخ .

المطلب الثاني : من له حق الفسخ في العقد الفاسد .

المطلب الثالث : ما يسقط به حق الفسخ في العقد الفاسد .

الفرع الثالث : في الفسخ بسبب فوات شرط الرضا (الاكراه) .

وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : حقيقة الاكراه لغة وشرعاً .

المطلب الثاني : أركان الاكراه .

المطلب الثالث : شروط الاكراه .

المطلب الرابع : أنواع الاكراه .

المطلب الخامس : خلاف الفقهاء في انعقاد عقد المكره .

الفرع الأول

حقيقة الشرط لغة وشرعاً

أولاً : حقيقته لغة :

الشرط مفرد وجمعه شروط ، مثل : فلس وفلوس ، والشرط العلامة والجمع أشراف ، مثل : سبب وأسباب ، ومنه أشراف الساعة^(١) أي علاماتها .

ثانياً : حقيقته شرعاً :

قال ابن النجار رحمه الله^(٢) : " والشرط شرعاً أي في عرف أهل الشرع ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته فقوله : ما يلزم من عدمه العدم احتراز عن المانع فإنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم . وقوله " ولا يلزم من وجوده وجود " احتراز عن السبب والمانع معاً .

أما السبب فلأنه يلزم من وجوده الوجود ، وأما المانع فلكونه يلزم من وجوده العدم .

وقوله " لذاته " ، احتراز من أن يقارن الشرط وجود السبب فيلزم الوجود أو أن يقارن الشرط قيام المانع فيلزم العدم لكن لا لذاته وهو كونه شرطاً ، بل لا مر من خارج هو مقارنة السبب أو قيام المانع^(٤)

(١) المصباح المنير ١ / كتاب العين ص ٣٠٩ .

(٢) هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي تقي الدين الشهير بابن

النجار من فقهاء الحنابلة . تولى القضاء له مؤلفات منها " منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، توفي سنة ٩٧٢ هـ ، الأعلام ٦ / ٦ .

(٣) شرح الكوكب المنير ١ / ١٥١ وانظر لتعريف الشرط الأحكام في أصول الأحكام ١ / ١٨٥ ، التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب الكلواني

٦٨ / ١ روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ص ٣١ .

(٤) شرح الكوكب المنير ١ / ١٥١ .

اطلاقات الشرط :

يطلق الشرط بثلاثة اطلاقات :

الأول : ما يقابل السبب والمانع كقول المتكلمين باشتراط الحياة

للعلم وقول الفقهاء باشتراط التراضي لصحة البيع .

الثاني : لغوى ، والمقصود به صيغ التعليق ، وهو ما يذكره الأصوليون

في مخصصات العموم مثل قوله تعالى : * وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٌ
فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ . . . * الآية ^(١) .

وما يذكره الفقهاء بقولهم " لا يصح تعليق البيع على شرط "

مثل : " إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ " . فان دخول الدار لا يشترط

لايقاع الطلاق شرعاً ولا عقلاً ، بل من اصطلاحات أهل اللغة .

الثالث : جعل شيء قيداً لشيء كشرائه العبد بشرط كونه كاتباً ^(٢) ،

والمقصود بالبحث هو النوع الأول .

فإن كان/عدم الشرط إخلال بحكمة السبب فهو شرط السبب ،

كاشتراط القدرة على تسليم المبيع ، فإن القدرة على التسليم في المبيع

شرط لصحته ، والمبيع سبب حصول الملك المشتغل على المصلحة وهي الحاجة

الى الابتياح لا^١جل الانتفاع بالمبيع ، والمصلحة تتوقف على القدرة على

التسليم للمبيع . فعدم الشرط مخل بحكمة المصلحة التي شرع من أجلها

المبيع ، وان كان عدم الشرط مستلزماً لحكمة تقتضى نقيض الحكم كاشتراط

الطهارة للصلاة فهو (شرط الحكم) .

فإن عدم الطهارة مع القدرة عليها والالتيان بها كذلك يستلزم نقيض

(٣)

حكمة الصلاة ، وهو العقاب المناقض لحصول الثواب .

(١) سورة الطلاق آية ٦ .

(٢) شرح الكوكب المنير ١ / ٤٥٣ ، ٤٥٤ .

(٣) المرجع السابق .

الفرع الثاني

موجب فوات شرط الصحة (الفساد)

المطلب الأول : سبب استحقاق العقد الفاسد الفسخ .

تقدم في تعريف العقد الفاسد عند الحنفية أنه المشروع بأصله دون وصفه ، وهو عقد يجب على العاقدين فسخه مادام الفسخ ممكناً .

وهنا نتساءل عن سبب إيجاب الفساد للفسخ ؟

(١)

وبالرجوع لكتاب بدائع الصنائع للعلامة الكاساني رحمه الله نجد

الاجابة على هذا السؤال فقد بين أن السبب الموجب لاقتضاء العقد الفاسد الفسخ هو :

١ - أن العقد الفاسد هو العقد المشروع أصله دون وصفه ، فالعقد الفاسد ، وان كان أصله مشروعاً إلا أن الفساد اقترن به ، ودفع الفساد واجب ، ولا يمكن دفعه بغير الفسخ فيتعين لكن استحقاق العقد الفاسد الفسخ هنا للخلل في الوصف لا لعين العقد حتى انه لو ارتفع الفساد بغير الفسخ رفعناه به كما اذا كان الفساد ناشئاً عن جهالة الأجل فأسقطه المتعاقدان سقط ، وارتفع الفساد ، وبقي العقد مشروعاً .

٢ - ولا أن العقد الفاسد فيه معصية تظهر فيما اذا اشترط

خياراً مجهول المدة أو اشترط رباً بأن اشترط بيع صاع تمر بصاعين تمر مثلاً ، والزجر عن المعصية واجب ، والقول باستحقاق العقد الفاسد الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية لأن العاقد اذا علم بأن العقد مستحق الفسخ فظاهره الامتناع عن مباشرته . (٢)

(١) هـ ابوبكر بن مسعود بن أحمد

الكاساني ملك العلماء علاء الدين له مصنفات أشهرها " البدائع "

ومنها " السلطان المبين في أصول الدين " توفي سنة ٥٨٧ هـ ،

الجواهر المضية في طبقات الشافعية ١ / ٢٥٠ -

بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٠ (٢)

المطلب الثاني : من له حق الفسخ في العقد الفاسد :

الفساد في العقد ، اما أن يكون قبل القبض أو بعده .

فإن كان قبل القبض فلكل واحد من العاقدين حق الفسخ -

ومن غير رضا الآخر - " لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان
الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب فيملكه كل واحد منهما
كالفسخ بخيار مشروط للعاقدين " (١)

وان كان الفساد بعد القبض ، فاما أن يكون راجعاً الى البديل كأن
يسبب البائع المبيع بخمراً أو خنزيراً ، أو لا يكون راجعاً الى البديل كأن يسبب
المبيع بشرط منفعة زائدة له .

فإن كان الفساد في البديل فالجواب فيه كالجواب فيما قبل القبض

لأن الفساد في البديل فساد في صلب العقد .

وان كان الفساد في غير البديل ، فقد اختلف النظر في ذلك عند

فقهائنا الحنفية .

فقال الاسبيجاني (٢) : إن حق الفسخ يثبت لصاحب الشرط
فقط ، لأن الفساد الحاصل في غير البديل يكون ضعيفاً لاحتماله الاسقاط
والحذف فيجوز في حق الشارط لا غير ، ويؤثر في دفع اللزوم بالنسبة
اليه فقط دون صاحبه . (٣)

(١) بدائع الصنائع ١/ ٣٠٠ .

(٢) هو محمد بن منصور ابو النصر الاسبيجاني القاضي أحد شراح
" مختصر خليل " متبحر في الفقه دخل سمرقند وأجلسوه للفتوى ،
وصار الرجوع اليه في الوقائع فانتظمت له الأمور الدينية وظهرت له
الآثار الجميلة ، الجواهر المضية ١/ ٣٣٥ .

(٣) بدائع الصنائع ١/ ٣٠٠ .

وذكر الكرخي ^(١) أن المسألة خلافية بين أبي حنيفة وأبي يوسف من

جهة ، وبين محمد بن الحسن من جهة أخرى .

فقال الأولان - لكل من العاقدين حق الفسخ لأن العقد بهذه

المثابة غير لازم لوجود الفساد فيه بل هو مستحق الفسخ في ذاته
دفعاً للفساد .

وقال محمد بن الحسن رحمه الله : * لا يملك حق الفسخ الا صاحب

الشرط فقط ولا يملكه الآخر .

لأن الشارط بيده القدرة على تصحيح العقد بأن يحذف المفسد

أو يسقطه فلو قيل بالفسخ للآخر ففسخ العقد كان في فعله ابطال
لحق تقرر لغيره وهو غير جائز. ^(٢)

المطلب الثالث : ما يسقط به حق الفسخ في العقد الفاسد :

الفسخ في العقد الفاسد لا يسقط بصريح الاسقاط ، ولا بصريح

الإبطال كأن يقول : * أسقطت العقد أو أبطلته أو ألزمت ونحو ذلك لأن

وجوب الفسخ عنه - يعني الفساد - ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد ،

وما ثبت حقاً لله تعالى خالماً لا يقدر العبد على اسقاطه مقصوداً كخيار
الروية . ^(٣)

(١) هو عبد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم أبو الحسن الكرخي

انتهت اليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بعد ابن خازم وأبي سعيد

البردعي ولد سنة ٢٦٠ وتوفي سنة ٣٤٠ . الجواهر المضية

٠٤٩٥ / ٢

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٠ .

(٣) المرجع السابق ٥ / ٣٠١ .

وإذا قلنا بأن العقد الفاسد لا يسقط بالاسقاط الصريح جازلنا

أن نتساءل هل يسقط بطريق الضرورة ؟؟

يجيب الكاساني على ذلك بقوله : " لكن قد يسقط - يعني
الفسخ - بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن
ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير
ذلك " (١).

اذن فالسقوط الا' ول لفسخ العقد الفاسد هو :

تصرف المشتري في المعقود عليه :

فتمت تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة أو صدقة سقط حق
الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل .

أو أعتق المشتري المبيع أو دبره بطل حق الفسخ .

أو استولد الجارية سقط حق الفسخ .

أو كاتب العبد سقط حق الفسخ .

أو رهن المشتري المبيع سقط حق الفسخ . (٢)

والسقوط الثاني - زيادة المبيع في يد المشتري :

المبيع في يد المشتري إما أن يزيد زيادة متصلة أو منفصلة ،
والمتصلة إما أن تكون زيادة متولدة من الأصل أو غير متولدة منه وكذا
المنفصلة .

(١) بدائع الصنائع ، ٥٠ / ٣٠١ .

(٢) المرجع السابق ، ٥٠ / ٣٠١ .

وفيما يلي حكم كل نوع منها :

- أ - الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن والجمال فإنها لا تسقط الفسخ ولا تمنعه * لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة والأصل مضمون الرد فكذلك التبع كما في الغصب * (١)
- ب - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كما إذا كان المبيع سويقاً فله المشتري بسمن أو عسل فإنها تسقط الفسخ وتمنعه * لأنه لو فسخ أما أن يفسخ على الأصل وحده وأما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعاً لا سبيل إلى الأول لتعذر الفصل ولا سبيل إلى الثاني لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تدخل تحت الفسخ * (٢)
- ج - الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالولد ، واللبن ، والثمرة لا تسقط الفسخ ولا تمنعه وللبائع حق استرداد الأصل بزيادته * لأن هذه الزيادة تابعة للأصل لكونها متولدة منه والأصل مضمون الرد فكذا الزيادة كما في باب الغصب * (٣)
- د - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالهبة والصدقة والكسب فإنها لا تسقط الفسخ ولا تمنعه وللبائع الحق في استرداد الأصل بزيادته * لأن الأصل مضمون الرد ، وبالرد يفسخ العقد من الأصل فتبين أن الزيادة حصلت على ملكه إلا أنها لا تطيب له لأنها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح ما لم يضمن * (٤)

- (١) بدائع الصنائع ٥/٣٠٢
(٢) المرجع السابق ٥/٣٠٢
(٣) المرجع السابق ٥/٣٠٢
(٤) المرجع السابق ٥/٣٠٣

السقط الثالث - نقصان المبيع عند المشتري :

نقصان المبيع بيد المشتري اما أن يكون بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل المشتري ، أو بفعل أجنبي عن العقد ، أو بفعل البائع .^(١)

أ - نقصان المبيع بآفة سماوية :

إذا نقص المبيع بآفة سماوية بيد المشتري فلا يسقط حق البائع في الفسخ ، ولا يمنع الرد ، وللبائع أخذ المبيع مع أرش النقص لأن المبيع الفاسد يضمن بالقبض كالمغصوب ، والقبض ورد على جملته فصار مضموناً بجملته ، والا^٢ وصاف مضمونة بالقبض ، وإن كانت غير مضمونة بالعقد كقبض المغصوب .

ب - نقصان المبيع بفعل المبيع نفسه :

الحكم فيه كالحكم في النقصان بآفة سماوية سواء بسواء .

ج - نقصان المبيع بفعل المشتري :

فالحكم فيه كالحكم في سابقه^٣ لأنه لو انتقص بغير صنعة كان مضموناً عليه فيصنعه أولى .^(٢)

د - النقصان بفعل الأجنبي :

إذا نقص المبيع بفعل أجنبي عن العقد ، فالبائع بالخيار بين أخذ أرش النقصان من المشتري ، والمشتري يأخذه من الجاني ، وإن شاء أخذه من الجاني ولا يرجع على المشتري كما في الغصب .

(١) بدائع الصنائع ٥/٣٠٣ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٠٣ .

"لأنه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه - أي في ذلك الجزء - فتبين أن الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والأجنبي لم يملك فلا يرجع". (١)

هـ - نقصان المبيع بفعل البائع :

لا شيء على المشتري ويصير البائع مسترداً بفعله ، وما يسقط له حق الرد في العقد الفاسد :

كل فعل أحدثه المشتري في المبيع لو أحدثه الفاسد فليس المفسوب لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويستقر حقه في ضمان القيمة أو المثل.

كما إذا كان المبيع ثوباً فخاطه قميصاً أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمها أو عنباً فعصره أو ساحة فبنى عليها أو شاة فذبحها .

(٢) وإنما كان كذلك لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب .

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٣ .

(٢) المرجع السابق .

الفرع الثالث

الفسخ بسبب فوات شرط الرضا (الاكراه)

المطلب الأول : حقيقة الاكراه لغة وشرعا :

أولاً - حقيقته لغة :

الاكراه مصدر من الفعل أكره ، تقول " كرهت الشيء أكرهه كراهة
وكراهية فهو شيء كرهه ومكرهه " (١)

والكره - بالفتح - والكره - بالضم - لغتان قالهما الكسائي (٢)

وقال الفراء : " الكره بالضم . المشقة ، يقال : قمت على كره أى علس
مشقة ، قال : ويقال : أقامني فلان على كره بالفتح ، اذا أكرهه عليه " (٣)

والاكراه حمل الانسان ، يقال في حمل الانسان على ما يكرهه " (٤)

ومنه قوله تعالى * ولا تكرر هو فتيتكم على البغاة ان أردن تحصنا .. * (٥)

الآية ، وقوله تعالى * لا اكراه في الدين * الآية (٦)

(١) الصحاح ج٦ باب الهاء فصل الكاف ص ٢٢٤٧ .

(٢) هو علي بن حمزة أبو الحسن الكسائي الكوفي امام في اللغة والنحو والقراءات له مؤلفات منها " معاني القرآن " و " المصادر
و " الحروف " توفي سنة ١٨٩ هـ .

سير أعلام النبلاء ١٣١ / ٩ ، الأعلام ٢٨٣ / ٤ .

(٣) الصحاح ج٦ باب الهاء فصل الكاف ص ٢٢٤٧ ، والفراء هو يحيى بن

زياد بن عبدالله بن منظور الأسدي الكوفي امام الكوفيين ، وأعلمهم
بالنحو واللغة وفنون الأدب له مؤلفات منها المقصور والمدود و
" معاني القرآن " توفي سنة ٢٠٧ ، سير أعلام النبلاء ١١٨ / ١٠ ،

الأعلام ١٤٥ / ٨ .

(٤) المفردات في غريب القرآن كتاب الكاف ص ٤٢٩ .

(٥) سورة النور آية رقم ٣٣ .

(٦) سورة البقرة آية رقم ٢٥٦ .

ثانياً - حقيقته شرعاً :

- ١ - عرفه في المبسوط بقوله : " اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الاختيار^(١) .
- ٢ - وعرفه المالكية بأنه : " ما فعل بالإنسان ما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره^(٢) .
- ٣ - وعرفه الشافعية بأنه : " الإلجاء إلى فعل الشيء قهراً^(٣) .
- ٤ - وعرفه الظاهرية بأنه : يطلق على " كل ما سمي في اللغة اكراهاً وعرف بالحس أنه اكراه^(٤) .

وبالنظر لهذه التعاريف نلاحظ ما يلي :

- ١ - أن التعريف الأول لا يعبر إلا عن النزعة الحنفية في التفريق بين الرضا والاختيار ، يظهر ذلك جلياً في قوله : " فينتفي به رضاه " ككل ، وقوله " أو يفسد به اختياره " أي دون رضاه . وذلك لا يصلح تعريفاً إلا لمذهبهم ولا يعم حكمه كل المذاهب .
- ٢ - أن التعريف الثاني غير جامع لأن قوله " ما فعل بالإنسان " يعم ما فعل به بالاكراه وبغيره .
- ٣ - أن تعريف الظاهرية للاكراه شرعاً بمعناه لغة غير مانع أيضاً لأن الاكراه في الشرع أخص من الاكراه لغة ، فالاكراه في اللغة يطلق على مجرد الحمل على فعل الشيء ، أما في الاصطلاح فلا بد فيه أن يكون ملجئاً فإذا لم يكن ملجئاً فلا يعد اكراهاً شرعياً موجباً لاسقاط الأحكام .

(١) المبسوط ٣٨/٤
(٢) التاج والاكلیل ٤٥/٤
(٣) حاشية الشرقاوی ٣٩٠/٢
(٤) المحلى ٣٣٠/٨

أما تعريف الشافعية للاكراه بأنه "الاجاء الى فعل الشيء قهراً" فهو التعريف المختار لكونه أقصر عبارة من التعاريف الأخرى مع وفائده بالمقصود منه ، والأصل في التعاريف الإيجاز ، أما كونه أوفى دلالة مما أوردناه من تعاريف فيتضح ذلك من شرح مفرداته .

فقوله "الاجاء" جنس يدخل فيه الاجاء بالاكراه وبغيره كالاجاء بالحيل ونحوها .

وقوله : "إلى فعل الشيء قهراً" قيد في أن مجرد الاجاء لا يسمى اكراهاً بل لا بد من مرافقة الفعل له .

وقوله "قهرًا" إشارة الى أن المكروه لا بد أن يكون قادراً وقاهراً للمكروه ، فإذا لم يكن قاهراً له فلا اكراه .

*

المطلب الثاني : أركان الاكراه :

لا تقوم حقيقة الاكراه إلا بقيام الأمور التالية :

- ١ - المَكْرَهُ : وهو الشخص الحامل للغير على فعل الشيء قهراً .
- ٢ - المَكْرَهُ : وهو المحمول عليه الاكراه بالفعل .
- ٣ - المَكْرَهُ عليه : وهو محل الاكراه .
- ٤ - المَكْرَهُ به : وهي الآلة أو الوسيلة المستعملة في الاكراه .

ولقد أشار الامام السرخسي في مبسوطه إلى تلك المقومات بقوله :

" ثم في الإكراه يحترق معنى في المَكْرَهُ ، ومعنى في المَكْرَهُ ، ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به " (١) .

(١) المبسوط ٣٩/٢٤ ، والسرخسي : هو محمد بن أحمد بن سهل

وهذه متحقق فيها معنــــــــــــــــى الركن لأن الركن ما لم يتم
الشيء بدونه ، أو ما كان داخلاً في الماهية ، وتلك الأمور كذلك .

*

المطلب الثالث : شروط الإكراه :

بعد أن ذكرت مقومات الإكراه ، أعود فأتساءل هل وجود هذه
المقومات مكتظة معناه وجود الإكراه المؤثر في العقد وغيره أو لا بد
من توفر شروط معينة لتلك المقومات ؟

لا خلاف بين الفقهاء أن للإكراه شروطاً ، وأنها تتنوع بحسب
مقوماتها كما هو واضح من تعدادهم لها ، وان لم يصرحوا بذلك .

وأنا هنا أذكر تلك الشروط متتابعة دون تنوعها بحسب الأركان
لكون ذلك يفهم بداهة من تعدادها ، ومراعاة للاختصار .

(١) - أن يكون المكره - بالكسر - قوياً قادراً على تنفيذ ما هدد
به (١) * لأن الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة * . (٢)

(٢) - أن يغلب على ظن المكره - بالفتح - أنه اذا لم يعمل
ما هدد عليه فان المكره سيوقع عليه العقاب * لأن غالب الرأي حجة خصوصاً
عند تعذر الوصول الى التعيين * . (٣)

==== أبو بكر السرخسي الامام الكبير شمس الأئمة وصاحب كتاب المبسوط

كان اماماً ، علامة ، حجة متكلماً ، فقيهاً ، أصولياً ، مناظراً مات سنة

٤٩٠ هـ الجواهر المضية ٧٨/٣ ، الأعلام ٣١٥/٥ .

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٧ ، روضة الطالبين للنووي ٥٨/٨ .

(٢) بدائع الصنائع ١٧٦/٧ حاشية ابن عابدين ١٢٩/٦ ، روضة

الطالبين ٥٨/٨ .

(٣) بدائع الصنائع ١٧٦/٧ .

- (٣) - أن تكون الآلة المكره بها موجبة لتلف نفس أو عضو.^(١)
- (٤) - أن يكون المكره - بالفتح - مستعاً عما أكره عليه قبل الاكراه سواء كان ذلك لحقه كبيع ماله أو لحق الغير كإتلاف مال الغير.^(٢)
- (٥) - أن يكون المكره - بالفتح - عاجزاً عن التخلص من العقاب فإن كان باستطاعته التخلص من إيقاع العقاب عليه بنحو هرب أو مقاومة أو استعانة أو تورية ونحو ذلك فلا يعتبر مكرهاً.^(٣)
- (٦) - أن يكون المكره عليه معروفاً أو معيناً ، فلو خيره فيه بأن قال له : بيع هذه الدار أو هذا الجمل فلا يعد مكرهاً.^(٤)
- (٧) - أن تكون العقوبة في الحال فلو قال للمكره : بيع هذه الدار بعد يومين فلا يعتبر مكرهاً.^(٥)

*

المطلب الرابع : أنواع الاكراه :

يقسم الفقهاء الاكراه الى قسمين :

الأول : اكراه بحق كمن يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دين عليه ، وهذا الاكراه لا يؤثر في العقد ولا يفسد الرضا باتفاق

- (١) المبسوط ٣٩/٢٤ المذهب ٧٨/٢ ، الكافي لابن قدامة ٧٨٩/٢ ، المحلى ٣٣/٨ .
- (٢) حاشية ابن عابدين ١٢٩/٦ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٩ .
- (٣) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٠ .
- (٤) المرجع السابق .
- (٥) المبسوط ٣٩/٢٤ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٠ .

الفقهاء. (١)

الثاني : اكراه بغير حق كمن هدد شخصاً بالقتل على بيع سيارته
لاخر ، فهذا هو محل بحثنا ، وهو موطن خلاف الفقهاء .

وهذا القسم من الاكراه يقسمه الحنفية الى نوعين :

أ - اكراه طبعي كالتهديد بالقتل أو القطع أو الضرب ، ويسمونه اكراهاً
تاماً .

ب - اكراه غير طبعي كالتهديد بالحبس أو القيد أو الضرب غير المبرح
ويسمونه اكراهاً ناقصاً (٢) .

*

المطلب الخامس : خلاف العلماء في انعقاد عقد المكره :

تمهيد :
لا خلاف بين الفقهاء في اعتبار الرضا عنصراً أساسياً في العقد ،
وهو أمر خفي لا يمكن الاطلاع على حقيقته .

ولما كان أمراً خفياً لعدم اطلعنا على بواطن الأمور استدللنا
عليه بالايجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما .

فمتى صدرت إحدى الصيغتين . القوليه أو الفعلية - من العاقدين
اعتبر صدورهما دليل رضاها بالعقد في الغالب ما دام العاقدان من
أهل التكليف .

(١) حاشية ابن عابدين ١٢٨/٦ ، الشرح الكبير للدرديري

٧٦/٣ ، بلغة السالك ٤/٢ ، روضة الطالبين ٥٦/٨ ، مغني

المحتاج ٧/٣ ، الكشاف ١٤٩/٣ ، شرح منتهى الارادات ١٤١/٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٢٩/٦

ولكن الايجاب والقبول اللذين هما دليل الرضا - كما ذكرنا -
قد يصدران من العاقدين ، وتدل قرائن الاحوال على أنهما لا يقصدان
العقد أولاً يقصده أحدهما كأن يكونا مكرهين أو أحدهما ، فإذا دلت
القرائن على أن الشخص لا يريد تصرفه ذلك فهل يوءثر عدم موافقة لفظ
الايجاب والقبول للارادة الحقيقية أو للبائع عليهما ، أو لا يوءثر ؟ وإذا
كان ذا أثر فما نوع ذلك الأثر ؟

وقبل الاجابة على ذلك ينبغي لنا البحث عن القدر الموءثر في
العقد منهما ، هل القدر الموءثر فيه هو عدم صدور الايجاب والقبول
أصلاً أو القدر الموءثر فيه هو صدورهما مع تخلف القصد لهما أو أنهما
معاً موءثران في العقد ولكن أثر كل واحد منهما يختلف عن أثر الآخر -
عند تخلفه من حيث القوة والضعف ؟

الذى لا خلاف فيه بين الفقهاء أنهما موءثران في العقد عند
تخلفهما معاً في وقت واحد وأن ذلك الأثر مبطل للعقد ، وكذا الحكم
إذا تخلف الايجاب والقبول لأنهما دليل القصد - كما ذكرنا - وهو أمر
بدهي لا يحتاج الى بيان .

أما إذا تخلف القصد وتم الايجاب والقبول على خلافه بأن أكرها
أو أحدهما مثلاً فهل يعتبر تخلفه موءثراً في العقد ؟ ، وإذا كان موءثراً
فما نوع ذلك الأثر على العقد ؟

فالجمهور يقولون : إنه مبطل للعقد أى يجعله كأن لم يكن
ولا عبرة بصدور الايجاب والقبول فهما كعدم صدورهما في الحكم .
والحنفية يقولون بأنه لا يبطل العقد بل ينعقد معه العقد ،
ولكنه عقد فاسد يجب على العاقدين فسخه والتحلل منه .

قلنا: إن المعتبر عند الفقهاء أن العقد يتم برضا الطرفين من بائع ومشتري كما وضحت ذلك آنفاً، فإذا أكرها أو أحدهما واستوفى الاكراه شروطه، فإن عدم الرضا في هذه الحالة يعتبر خللاً في العقد، واعتباره خللاً فيه فهل يبطل العقد أو يغير حكمه فقط ؟

للفقهاء في ذلك أربعة أقوال :

القول الأول : للحنفية .

يقسم الحنفية التصرفات الشرعية الصادرة من الشخص الى قسمين :
اقرار ، وانشاء .

فالاكراه على الاقرار لا يصح عندهم سواءً أكان اقراراً بالمال أم بطلاق أم بعتاق أم بغير ذلك ، لأن الاقرار إخبار ، والخبر الذي ترجح كذبه لا يكون حجة والاكراه دليل رجحان الكذب .^(١)

أما الانشاء فيقسمونه الى نوعين :

النوع الأول : انشاء لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمن والنذر فالاكراه على هذه التصرفات لا أثر له فوجوده كعدمه ، واستدلوا لذلك :

١ - بعمومات النصوص وأن اطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص ولا تقييد كقوله تعالى : * فطلقوهن لعدتهن .^(٢)
الآية .

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٧٧/٣ .

(٢) المرجع السابق ٢٧٥/٣ بدائع الصنائع ١٨٦/٧ .

(٣) سورة الطلاق آية رقم ١ .

٢ - ولأن الاكراه لا يُغَوِّت الا الرضا ، والرضا ليس شرطاً لايقاع الطلاق لأن طلاق الهازل يقع وليس راضياً به ، وكذلك الرجل قد يطلق المرأة الجميلة لخلل في دينها وان كان في الواقع غير راض به ويقع طلاقه عليها . (١)

النوع الثاني : ما يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والاجارة ، فالاكراه على هذه التصرفات يفسدها عند الحنفية ما عدا زفر . (٢)
واستدلوا :

- ١ - بظواهر النصوص العامة الواردة في البيع كقوله تعالى :
* وأحل الله البيع .. * (٣) الآية .
- ٢ - وبأن ركن البيع الصيغة المكونة من الايجاب والقبول قد صدرت من أهل للبيع ، وهو البالغ العاقل - المكلف - في محله الذي هو المال المملوك للبائع فصدوره بهذه الكيفية يفيد الطك كغيره من البيوع الفاسدة . (٤)
القول الثاني : لزفر .
خالف زفر الحنفية في حكم العقد الحاصل بالاكراه وقال :

إن عقد المكره موقوف على اجازة المالك ان أجاز نفذ والا بطل ووجهه ما قال : إن الرضا شرط للبيع شرعاً ، قال تعالى :
* الا أن تكون تجارة عن تراض منكم .. * (٥) ، والاكراه يسلب هذا الشرط يدل عليه أن المكره المالك لو أجاز العقد صححت الاجازة العقد ، والعقد الفاسد لا تصححه الاجازة فأشبه بيع الفضولي . (٦)

-
- (١) بدائع الصنائع ١٨٢/٧
 - (٢) المرجع السابق ١٨٦/٧
 - (٣) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥
 - (٤) بدائع الصنائع ١٨٦/٧
 - (٥) سورة النساء آية رقم (٤٩)
 - (٦) بدائع الصنائع ١٨٦/٧

وقبل مغادرة مذهب الحنفية الى غيره من المذاهب الاخرى ،
أود أن أشير الى السبب الذي لا جله وقع الخلاف بين جمهور الحنفية
وزفر ، فأقول : الذي يفهم من كلامهم أن سبب الخلاف هو تردد الاكراه
بين عقدين هما العقد الفاسد ، والعقد الموقوف .

فهو يشبه العقد الفاسد في كونه يفيد الطك بالقض مثلاً ،
ويشبه العقد الموقوف في كونه يحتاج الى اجازة مثلاً .
فمن غلب شبهه بالعقد الفاسد وهم جمهور الحنفية حكموا عليه
بالفساد ، ومن غلب شبهه بالعقد الموقوف حكم به عليه .

*

نوع الفساد الحاصل بالاكراه :

وبعد أن بينت أن الاكراه يفسد العقد عند الحنفية ما عدا
زفر ، أعود فأتساءل عن نوع الفساد الحاصل بالاكراه على العقد ، هل
هو عين الفساد الحاصل بغير الاكراه من العقود كالحاصل بالربا مثلاً ،
أو أن الفساد الحاصل بالاكراه يختلف عن الفساد في سائر العقود ؟
الظاهر من تحقیقاتهم أن الفساد بالاكراه يختلف عن غيره من
البياعات الفاسدة ، وان اتفق معها في مسمى الفساد ، وفيما يلي أوجه
الفرق بينهما :

١ - ينقلب العقد صحيحاً بإجازة المكره بعد زوال الاكراه
سواء كانت اجازته قولية ، كقول المكره - بعد زوال الاكراه - أجزت العقد
أم كانت فعلية كقبضه للثمن أو تسليمه للمبيع طائعاً .
وهو بذلك - أعنى العقد الفاسد - يختلف عن غيره من البياعات

الفاسدة كبيع درهم بدرهمين^(١).

٢ - يجوز فسخ العقد الفاسد بالاكراه قبل القبض ومعه ،
وان تداولته الأيدي ما دام المشتري لم يتصرف في البيع تصرفاً
لا يحتمل الفسخ ، فإن تصرف تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالاتفاق والتدبير
والاستيلاء لا يملك الفسخ بخلاف العقد الفاسد بغير الاكراه فلا يجوز
فسخه مطلقاً ما دام المشتري قد تصرف في البيع بأي نوع من أنواع التصرف.^(٢)

٣ - اذا لم يتمكن المكره - بالفتح - من فسخ العقد الفاسد
بالاكراه كان يتصرف المشتري في البيع تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالاتفاق
مثلاً ، فللبائع - المكره الخيار بين تضمين المكره - بالكسر - قيمته يوم
اقباضه للمشتري وبين تضمين المشتري يوم قبضه أو يوم تصرفه فيه
تصرفاً لا يحتمل الفسخ "لأنه أُلْغِيَ به حق الاسترداد"^(٣) بخلاف
المشتري شراءً فاسداً حيث يضمنه يوم القبض لا يوم الإحداث.^(٤)

٤ - المكره أمين فيما قبضه سواءً أكان المقبوض ثمناً بأن كان
هو البائع أم كان المقبوض ثمناً بأن كان هو المشتري ، فإن تلف الثمن أو
التمن بيده فلا ضمان عليه اذا كان بلا تعد منه.^(٥)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٩ ، حاشية ابن عابدين

٠ ١٣٢ / ٦

(٢) المرجع السابق .

(٣) حاشية ابن عابدين ٠ ١٣٢ / ٦

(٤) المرجع السابق .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٢ حاشية ابن عابدين ٠ ١٣٢ / ٦

أما المشتري شراءً فاسدًا فإن يده يد ضمان بكل حال ولا ينظر إلى سبب الهلاك.

هـ - عقد المكره جائز الفسخ بالنسبة للمكره - بالفتح - لأن الفساد فيه لحق العبد أما العقد الفاسد بغير الاكراه فإنه واجب الفسخ لأن الفساد فيه لحق الشرع. (١)

القول الثالث : للشافعية والحنابلة.

بيع المكره عند الشافعية والحنابلة باطل، وعلى ذلك تواردت

نصوصهم .

(٢)

ففي مغني المحتاج : " فلا يصح عقد مكره في ماله بغير حق " .

وفي المقنع : " ولا يصح - يعني البيع - الا بشروط سبعة احدها التراضي به وهو أن يأتيه اختياراً ، فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح الا أن يكره بحق " (٣) ، واستدلوا على بطلانه بالكتاب والسنة .

أولاً - الكتاب :

(٤)

قوله تعالى ﴿ الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ۝ ﴾ الآية

وجه الدلالة من الآية : لم يبيح الله سبحانه وتعالى الاكل

من التجارة الا بوجود التراضي من العاقلين كما هو منطوق الآية،

فلما اشترط الرضا في حل الاكل من التجارة دل ذلك - بالمفهوم المخالف -

أنه لا يجوز الاكل منها عند قوته. (٥)

(١) حاشية ابن عابدين ١٣٠/٦ .

(٢) مغني المحتاج ٧/٢ .

(٣) المقنع ص ٩٧ .

(٤) سورة النساء آية رقم ٢٩ .

(٥) المهذب ٣٧٢/١ .

ثانياً - السنة :

١ - ما رواه أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما البيع عن تراض " (١) .

أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن البيع الشرعي لا يكون إلا عن تراض فدل ذلك بفهمه المخالف بأنه لا بيع بغير تراض .

٢ - ما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٢) .

فالحديث نص على أن ما أخطأ فيه المكلف أو نسيه أو استكره عليه متجاوز عنه ، ولا معنى للمجاوزة هنا إلا رفع الحكم ، أى إبطاله واعتباره كأن لم يكن .

ثالثاً - القياس :

قاسوا الإكراه على البيع على الإكراه على التلغظ بكلمة الكفر بجامع كونهما قول أكره عليهما بغير حق .

فقالوا : " ولائنه - يعني البيع - قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم " (٣) .

(١) سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ وقال صاحب الزوائد اسناده صحيح ،

ورجاله موثقون رواه ابن حبان في صحيحه .

(٢) سنن ابن ماجه ٦٥٩/١ شرح معاني الآثار ٥٦/٢ ، المستدرک

للحاكم ١٩٨/٢ وصححه ووافقه الذهبي ، وصححه الالباني في

ارواء الغليل ١٢٣/١ وما بعدها .

(٣) المهذب ٣٤٢/١

القول الرابع : للمالكية .

الاكراه عند المالكية اما أن يكون اكراهاً على البيع ، كجبر شخص على بيع داره ، واما أن يكون اكراهاً على سبب البيع كطلب مال من شخص ظلماً فيضطر المطلوب منه أو المكره لبيع ماله .

فالاكراه على البيع صحيح عند المالكية ، ولكن العقد معه غير لازم فللمكره الخيار بين امضائه ورده . (١)

اما الاكراه على سبب البيع فلهم فيه ثلاثة أقوال :

- ١ - أنه لا زم .
 - ٢ - أنه غير لازم .
- وعلى هذا القول إن رد المكره المبيع فهل يرده بالثمن أو بلا ثمن ؟
المعتمد الأول .
- ٣ - وهو لسحنون (٢) ان قبض المكره الثمن رد المبيع به والا فلا رد للثمن . (٣)

واستدلوا على عدم لزوم المكره بالكتاب والسنة .

- (١) حاشية الدسوقي ٢٤٥/٤ بلغة السالك ٥٥،٤/٢ .
- (٢) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي المالكي ، كان سحنون ثقة حافظاً فقيهاً جمع خصالاً قلما جمعها غيره كالفقه والورع والصراحة في الحق ، والشدة على أهل البدع . له من التأليف : المدونة ، توفي سنة ٢٤٠ ، الديباج المذهب ص ١٦٠ .
- (٣) مواهب الجليل ٢٤٥/٤ .

أولاً - الكتاب :

(١) قوله تعالى : ﴿ لا أن تكون تجارة عن تراض منكم ۖ ﴾ الآية

ووجه الدلالة من الآية : أن الله سبحانه وتعالى قيد الأكل من التجارة برضا العاقلين ، ولا يكون الرضا الحقيقي إلا من مكلفين فإذا أكرها أو أحدهما على العقد جاز لهما أو أحدهما - المكره منهما - فسخ العقد لارتفاع التكليف الموجب للزوم العقد .

ثانياً - السنة :

- قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفس (٢)

ووجه الدلالة من الحديث : بين صلى الله عليه وسلم بأنه لا يحل للمسلم أكل مال أخيه إلا عن طيب نفسه أى برضاه ، فإذا لم يرض لم يحل ماله لفوات الرضا قلنا بالتخيير حينئذ لأن الرضا شرط التكليف عندنا والمكره غير مكلف فلا يلزمه العقد لأن العقد لا يلزم إلا مكلف .

(١) سورة النساء آية رقم (٢٩)

(٢) سنن الدارقطني ٢٦/٣ ، مسند الامام احمد ٧٢/٥ سنن البيهقي ١٠٠/٦ قال الألباني : صحيح وقد ورد عن جماعة من الصحابة منهم عم أبي حرة الرقاشي وأبو حميد الساعدي وعمر بن يثربي ، وعبد الله بن عباس ، وأرواء الغليل ٢٧٩/٥ .

مناقشة وترجيح

بعد استعراض أقوال الفقهاء في تصرفات المكره ، يظهر لي -
والله أعلم - رجحان قول الشافعية والحنابلة : أن تصرف المكره باطل
على كل حال لقوة ما استدلوأ به ، فقله تعالى : ﴿ لا أن تكون
تجارة عن تراض منكم ﴾^(١) الآية ، قيد في الإباحة وبالتالي يبطل
العقد بغوات الرضا ، وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تقرر هذا
المبدأ ولا تخالفه كحديث " أن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان " ،
وحديث " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس " ، وغير ذلك^(٢)
من الأحاديث الموافقة لهذا المعنى .

أما ما استدل به الحنفية المخالفون القائلون بفساد عقد المكره
من عومات الكتاب فمخصوصة بالآية والأحاديث السابقة المقررة لاعتبار
الرضا .

وأما قولهم بأن ركن البيع - الإيجاب والقبول - قد صدر
من أهله في محله فسلم لكن لا يكفي لانعقاد العقد وجود الركن
فيه هي بمثابة اللوازم له ومن هذه الشروط
بل لا بد من توفر شروط / الرضا ، فقيام الركن بدون الرضا لاعتبار له ،
وما يدل على ذلك أنهم قد اعتبروا بعض الشروط مبطلاً للعقد عندهم
أفلا يعتبرون الرضا كذلك ؟

ولئن قالوا إنهم يفرقون بين الشروط فيجعلون منها ما يبطل
العقد ، وهو فوت شرط من شروط الانعقاد ، ومنها ما لا يبطل
العقد كفوات شرط من شروط الصحة ، والرضا من الثاني فلنا نقول هذا
اصطلاح خاص بهم ، لا يوافقون عليه ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

ولئن سلمنا لهم ذلك ، فإن الرضا في الحقيقة هو جزء من الركن

(١) سورة النساء آية رقم ٢٩ .

(٢) سبق تخريجه ص ١٠٤ .

(٣) سبق تخريجه ص ١٠٦ .

ومرتبط به لا ينفصل عنه في الغالب ، بل هو الركن في الحقيقة ، وإنما عدل عنه إلى الصيغة لخبائه ، وأقيمت الصيغة مقامه للدلالة عليه ، فلما كان الأمر كذلك جُعِلَت هي الركن لظهورها وجُعِلَ الرضا شرط فيها .
أما قول زفر بأن عقد المكره موقوف ، كعقد الفضولي ، فغير مسلم كونه كعقد الفضولي لأن عقد الفضولي فيه مصلحة من جانب وهي التعاون على البر والتقوى ، أما عقد المكره فهو محض مضر فافترقا .

المبحث الثاني

في الفسخ بسبب فوات شرط النفاذ

وفيه فرعان :

الفرع الأول : الفسخ بسبب فوات شرط الملك (الفضالة) .

الفرع الثاني : الفسخ بسبب ظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً .

الفرع الأول

في الفسخ بسبب فوات شرط المالك (الفضالة)

١ - حقيقة الفضولي :

أولاً : الْفُضُولِي في اللغة : الْفُضُول جمع فَضْل وهو الزيادة وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، ولهذا نسب اليه على لفظه فَقِيلَ فُضُولِي لمن يشتغل بما لا يعنيه .^(١)

ثانياً : الْفُضُولِي في الشرع : من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي .^(٢)

شرح التعريف :

قوله : " من يتصرف في حق غيره " جنس ، فيدخل فيه من يتصرف في حق الغير بالوكالة أو الوصاية أو الولاية أو الفضالة .

وقوله : " بغير إذن شرعي " فصل خرج نحو الوكيل والوصي .^(٣)

٢ - خلاف الفقهاء في عقد الفضولي :

اختلف الفقهاء في تصرف الفضولي هل يعتبر سبباً من أسباب الفسخ أو لا يعتبر سبباً من أسبابه ؟

(١) المصباح المنير ج ٢ ، كتاب الفاء ص ٤٧٥ .

(٢) الدر المختار - مع حاشية ابن عابدين ١٠٧/٥ ، المغرب للمطري

ص ٣٦١ ، البهجة في شرح التحفة ٦٨/٢ ، مجلة الأحكام

الشرعية في المذهب الحنبلي ص ١١٣ مادة (٢٠٧) .

(٣) حاشية ابن عابدين ١٠٧/٥

على خلافهم
وخلافهم هذا مبني/ فيه هل هو عقد منعقد - موقوف - أو غير
منعقد - باطل - ؟

ولذا فلا بد من بحث خلافهم في ذلك حتى يتسنى لنا معرفة
حكم تصرف الفضولي بالعقد وغيره هل يعتبر سبباً من أسباب الفسخ
أولا يعتبر سبباً من أسبابه ؟

وقبل ذكر خلاف الفقهاء في حكم ^{تصرف} الفضولي أود أن أشير إلى
سبب خلافهم فيه .

فالسبب الذي من أجله اختلف الفقهاء في حكم تصرف الفضولي
هو خلافهم في ملكية المبيع للبائع هل هي شرط لانعقاد البيع أو ليست
شرطاً لانعقاده ، وإنما هي شرط لنفاذه ؟ (١)

فمن ذهب إلى أنها شرط لانعقاد العقد قال : إن بيع
الفضولي باطل وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية .

ومن قال إنها ليست شرطاً لانعقاد العقد ، وإنما هي شرط
لنفاذه قال : إن عقد الفضولي عقد منعقد إلا أنه موقوف على
إجازة المالك ان أجاز نفذ والا بطل ، وهم الحنفية والمالكية .

*

مذاهب الفقهاء في عقد الفضولي :

ترى الحنفية والمالكية أن عقد الفضولي موقوف على إجازة المالك
ان أجازته نفذ والا بطل .

وترى الشافعية والحنابلة - على الأصح من قولهم - والظاهرية
أن عقد الفضولي غير منعقد بل هو عقد باطل .

هذا مجمل أقوال الفقهاء فيه ، وفيما يلي تفصيلها :

أولاً - مذهب الحنفية :

فقهاء الحنفية يفرقون في عقد الفضولي بين حالتين :

حالة تصرفه بالبيع ، وحالة تصرفه بالشراء .

ففي حالة تصرفه بالبيع يكون العقد عندهم موقوفاً على اجازة المالك ان اجازته نفذ وإلا بطل أشار الى ذلك المرغيناني بقوله : ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ . (١)

أما في حالة شراء الفضولي فينظر في هذا العقد ، ان وجد له محل لتنفيذه على الفضولي نفذ عليه ، ولزم له ، ولا علاقة للمالك به كما اذا أضاف الفضولي البائع العاقل/المجبور عليه الشراء الى نفسه * لأن الأصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره ، قال الله تعالى عزم من قائل : * ولها ما كسبت وعليها ما اكتسبت . . الآية ، وقال عز من قائل : * وأن ليس للانسان الا ما سعى * (٢) وشراء الفضولي كسبه حقيقة فالأصل أن يكون له الا اذا جعله لغيره . (٣) (٤)

أما اذا لم يجد العقد محلاً لتنفيذه على الفضولي فحينئذ يسقط العقد على اجازة المالك ان أجاز نفذ والا بطل كما لو اشترى الفضولي الصغير أو الفضولي المجبور عليه سيطرة لغيره بغير انه - وكان ذلك الغير حياً بالغاً - فإن العقد يقف على اجازة المالك هنا لعدم أهلية

(١) الهداية ٦٨/٣

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٨٦

(٣) سورة النجم آية رقم ٣٩

(٤) بدائع الصنائع ١٥٠/٥ ، الهداية ٦٨/٣ ، حاشية ابن عابدين

١٠٧/٥ ، ١٠٨ ، مجمع الأنهر ٩٤/٢

الفضولي ، وكذا لو أضاف الفضولي العقد الي غيره كما لو قال الفضولي للبائع : بيع هذه السيارة لفلان ، فيقول البائع : بيعتها لفلان ، فيقول الفضولي : اشتريت لفلان ، فالشراء يقف هنا على اجازة المالك .

لأن تصرف الانسان وان كان له اعتبار الاصل الا أنه له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وها هنا جعله لغيره فينعقد موقوفاً على إجازته .^(١)

واذا عرفنا أن عقد الفضولي موقوف على اجازة المالك ، فهل لاجازته شروط ؟

صرح فقهاء الأحناف بأن لصحة اجازة عقد الفضولي أربعة شروط هي :

١ - أن يكون للعقد مجيز عند وقوعه ، فما لا مجيز له حال العقد لا ينعقد أصلاً ، لأن العقد الذي له مجيز يتصور منه الإذن حال قيام العقد وبعد قيامه فكان انعقاده عند الإذن مفيداً فيكون منعقداً وما لا مجيز له لا يتصور الإذن فيه حال انعقاده ، والإذن في المستقبل محتمل .

فإن حدث الإذن حال الانعقاد أفاد ، وإن لم يحدث لم يفد ، فلا ينعقد مع الشك ، وإذا كان غير منعقد فلا تلحقه الإجازة لأن الاجازة لا تلحق من العقود الا ما كان منعقداً ، ومثال ذلك ، ما اذا طلق الفضولي زوجة البالغ أو وهب ماله أو تصدق به ونحو ذلك فعنده موقوف على اجازة المالك لأن المالك بالغ يستطيع تولي هذه

(١) بدائع الصنائع ٥/١٥٠ ، الهداية ٣/٦٨ ، حاشية ابن عابدين

التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وقوعها فيتوقف العقد على اجازته .

ومقابل هذا ، اذا طلق الصبي زوجته أو وهب ماله ثم بلغ فأجاز ذلك بنفسه لم تجز الاجازة لأنه حال العقد لا مجيز له فيبطل . (١)

٢ - بقاء العاقدین (٢) - البائع ، والمشتري .

فلو هلكا أو هلك أحدهما قبل الاجازة لا تلحق العقد الاجازة لأن قيامهما ضروري في قيام العقد . فقيام المشتري مثلاً ليلزم الثمن ، وبعد الموت لا يلزمه شيء ما لم يكن لزمه حال حياته ، وقيام البائع لأنه يلزمه حقوق العقد ، ولا تلزم إلا حياً . (٣)

٣ - قيام المالك .

فلو هلك المالك قبل أن يجيز بطلت الاجازة ولم يملكها ورثته لأن الاجازة لا تكون إلا منه دون ورثته . (٤)

٤ - قيام المبيع .

فلو هلك قبل اجازة المالك بطلت الاجازة .

" لأن الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك " . (٥)

وهذه الشروط الأربعة فيما اذا كان الثمن ديناً كالدراهم

أما اذا كان الثمن عيناً كالعروض فلا بد من توفر شرط خامس .

(١) حاشية ابن عابدين ١٠٧/٥

(٢) بدائع الصنائع ٢٥١/٥ ، الهداية ٦٨/٣ .

(٣) شرح فتح القدير ٥٤/٧ ، ٥٥٥ .

(٤) المرجع السابق ص ٥٥٥ .

(٥) المرجع السابق ص ٥٥٤ .

هـ - هو قيام الثمن .

"لأن الثمن اذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة بل ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلاً وهو أهل والمالك يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره وفيتوقف العقد على الاجازة ، فاذا أجازته ماله بعد العقد فيرجع عليه بمثله أقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن ديناً لأنه اذا كان ديناً كان العاقد بائعاً من كل وجه ولا يكون مشترياً لنفسه أصلاً فتوقف على اجازة المالك فلذا أجاز كان مجيزاً للعقد فكان بدله". (١)

ثانياً - مذهب المالكية :

عقد الفضولي عند المالكية موقوف على اجازة المالك كالحنفية يقول الخرشي (٢) : "ومن باع ملك غيره بغير إذنه فإن البيع موقوف على اجازة المالك ، فان أجازته جاز ولو علم المشتري أن البائع فضولي وان رده رد خلافاً لا شهب". (٣) (٤)

ولا يحكم لعقد الفضولي عندهم بالوقف الا اذا كان المالك غائباً غيبة بعيدة لا يمكن فيها إعلامه حال العقد ، فإن كان المالك حاضراً وسكت حال العقد ، فإن العقد يلزمه ، وكذا اذا كان غائباً قريباً من

(١) بدائع الصنائع ٥/١٥٢ .

(٢) هو محمد بن عبدالله الخرشي وقيل الخرشي أبو عبدالله كان فقيهاً فاضلاً ورعاً له كتب منها " الشرح الكبير على متن خليل " و " منتهى الرغبة في حل الفاظ النخبة " لابن حجر توفي سنة ١١٠١ هـ ، الاعلام ٦/٤٤٠

(٣) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود العامري المصري المالكي قال الشافعي : ما رأيت أفقه من أشهب ، توفي سنة ٢٠٤ ، الديباج المذهب ص ٩٨ ، ٩٩ ، الاعلام ١/٣٣٣ .

(٤) الخرشي على مختصر خليل ٥/١٨ ، مواهب الجليل ٤/٢٦٩ وما بعدها حاشية الدسوقي ٣/١٢٠ .

مكان العقد بحيث يتسنى اعلامه^(١).

هذا كله عن حكم عقد الفضولي فيما اذا كان الفضولي بائعاً فما حكمه في حالة الشراء ؟

(٢)
قال في مواهب الجليل " وحكمه - يعني شراء الفضولي - كبيعه " .

أي أن شراء الفضولي موقوف كما أن بيعه موقوف .

ثالثاً - مذهب الشافعية :

لشافعية في بيع الفضولي قولان :

أصحهما : أنه باطل وهو قول الشافعي في الجديد .

الثاني : أنه موقوف وهو قول الشافعي في القديم .

وجعل الامام النووي رحمه الله القول بالوقف قول الشافعي في

الجديد أيضا ، استنتاجاً من قول الشافعي رحمه الله في البويطي

" ان صح حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير

إذنه ثم رضي فالبيع والعتق جائز ، ثم قال : وقد صح حديث عروة " .^(٣)

(٤)
" والقولان في بيع الفضولي جاريان في شرائه لغيره بغير إذنه " .

رابعاً - مذهب الحنابلة :

للحنابلة في بيع الفضولي روايتان :

الأولى : لا يصح البيع ، وهي الأصح .

(٥)
والثانية : يصح البيع والشراء .

(١) الخرشي على مختصر خليل ١٨/٥ ، مواهب الجليل ٢٦٩/٤ ، حاشية الدسوقي

(٢) مواهب الجليل ٢٧٢/٤ . ١٢/٣

(٣) المجموع ٢٥٩/٩ روضة الطالبين ٣٥٣/٣ ، مغني المحتاج ١٥/٢

(٤) المجموع ٢٥٩/٩

(٥) المغني والشرح الكبير ١٦/٤ كشف القناع ١٥٧/٣ ، ١٥٨

فالحنبلة لا اختلاف عندهم في الرواية في جواز الشراء وإنما
الاختلاف عندهم في بيعه فقط .

ولا غرو أن القول بالصحة هنا يقتضي الوقف .

خامساً - مذهب الظاهرية :

بيع الفضولي عند الظاهرية بيع باطل مفسوخ أبداً لا يحل لأحد
الإقدام عليه .

أشار إلى ذلك ابن حزم رحمه الله في محله بقوله : " ولا يحل
لأحد أن يبيع مال غيره بخير أو دن صاحب المال له في بيعه فإن وقع
فسخ أبداً سواء أكان صاحب المال حاضراً يرى ذلك أو غائباً ولا يكون
سكوته رضاً بالبيع طال المدة أو قصرت " . (١)

وحكم شراء الفضولي لدى ابن حزم رحمه الله لا يختلف
عن حكم بيعه فهو باطل كبيعته ، يقول ابن حزم رحمه الله : وكذلك
لا يلزم أحداً شراء غيره له إلا أن يأمره بذلك فإن اشترى له دون أمره
فالشراء للمشتري " . (٢)

(١) المحلى ٤ / ٤٣٤ .

(٢) المرجع السابق .

الأدلة :

أولاً - أدلة القائلين بالوقف :

استدلوا بالكتاب ، والسنة ، والقياس .

١ - الكتاب :

استدلوا منه بعموم الآيات الواردة في البيع مثل قوله تعالى

﴿ وأحل الله البيع ﴾^(١) الآية .

وقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم

بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ الآية .^(٢)

ووجه الدلالة منها :

" شرع الله سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل

من غير فصل بين ما اذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما اذا وجد

من الوكيل في الابتداء أمين ما اذا وجدت الاجازة من المالك

في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب

العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل " .^(٣)

(٤)

كما استدلوا بقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ الآية

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٢٩ .

(٣) بدائع الصنائع ١٤٨/٥ ، ١٤٩ .

(٤) سورة المائدة آية رقم ٢ .

ووجه الاستدلال بها :

ان عقد الفضولي فيه إعانة لأخيه المسلم لأن الفضولي يكفي المالك مؤن العقد من تسليم المبيع وقبض الثمن ونحو ذلك ، وفيه إعانة للعاقب بتيسير حصوله على السلعة في زمن حاجته دون مشقة ، وفيه إعانة للفضولي بصيانة عبارته عن الإلغاء وحصول الثواب له من الله اذا قصد بذلك وجه الله ، ولهذه المصالح فهو من التعاون على البر والتقوى المأمور به في الآية .

٢ - السنة :

أ - ما رواه عروة البارقي (أنه) قال : دفع الي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لا شترى له شاة فاشتريت له شاتين فبعتهما احداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من أمره فقال : لا - بارك الله في صفقة يمينك فكان يخرج بعد ذلك الى كناسه الكوفة فيريح الريح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالا^(١) .

وجه الدلالة من الحديث :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم أذن لعروة بشراء شاة واحدة ولم يأذن له بشراء أخرى ، فتصرف عروة ببيع الشاة ثم الشراء بثمنها غير مأذون له فيه فهو فضولي بفعله هذا .

وقد روى حديث عروة البارقي السالف الذكر الامام البخاري في صحيحه بإسناد فيه مبهم - كما قال ذلك عنه الحافظ ابن حجر رحمه الله -

(١) سنن أبي داود ٣/٣٥٦ سنن الترمذي ٣/٥٥٨ ، سنن ابن

ماجه ٢/٨٠٣ ، مسند الحميدي ٢/٣٧٣ .

عن شبيب بن غرقدة قال : سمعت الحبي يتحدثون عن عروة " أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة ، فاشتري له به شاتين فباع احدهما بدينار فجاء بدينار وشاة ، فدعاه بالبركة فبيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه " . (١)

ووجه الابهام في الحديث :

أن شبيباً راوي الحديث لم يسمع الحديث عن عروة مباشرة وإنما سمعه عن الحبي .

ب - و حديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال الثالث : اللهم استأجرت أجراً فأعطيتهم أجراً غير رجل واحد ترك الذي له وذهب فشرمت أجره حتى كشرت منه الأموال فجاء بعد حين ، فقال : يا عبدالله أجرى ، فقلت : كل ما ترى من أجرك من الابل والبقر والغنم والرقيق ، فقال : يا عبدالله لا تستهين بي ، فقلت : لا استهزئ ، فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئاً . (٢)

ووجه الدلالة منه :

أن في تنمية المؤجر لا جرة العامل دون إذنه فضالة .

٣ - القياس :

قالوا إن عقد الفضولي عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على اجازة المالك كالوصية بأكثر من الثلث فإنها تقف على اجازة الورثة بالاجماع . (٣)

(١) صحيح البخارى ١٣٥/٦ .

(٢) صحيح البخارى ١٤٧/٤ ، صحيح مسلم ٢٠٩٩/٤ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٧ / ٥٢ ، ٥٣ .

ثانياً - أدلة القائلين ببطلان عقد الفضولي :

استدلوا بالبطلان بالسنة والقياس :

١ - السنة :

أ - ما رواه حكيم بن حزام قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي لأتبع له من السوق ثم أبيعه ؟ قال : " لا تبع ما ليس عندك " . (١)

وجه الدلالة من الحديث :

أنه قد ورد في الحديث نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان أى ما ليس في ملكه وحيازته حال قيام العقد ، وبيع الفضولي بيع ما ليس في ملكه ولا في حيازته فيكون منهياً عنه بنص الحديث ، وما كان منهياً عنه فهو باطل .

ب - ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا طلاق الا فيما تملك ، ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك ، ولا وفا " نذر الا فيما تملك " .

قال الامام النووي رحمه الله - رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة ومجموعها يرتفع عن كونه حسناً ويقتضى أنه صحيح " . (٢)

(١) سنن أبي داود ٢٨٣/٣ ، سنن الترمذى ٥٣٤/٣ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ،

سنن النسائي ٢٨٩/٧ ، سنن ابن ماجه ٢٣٧/٢ / البيهقي

٢٩٧/٥ ، ٣٠٧ ، ٣٣٩ .

(٢) المجموع ٣٩٣/٩ سنن أبي داود ٢٥٨/٢ ، سنن الترمذى

٤٨٦/٣ ولم يذكر البيع . سنن ابن ماجه ٦٦٠/١ ولم يذكر البيع . سنن

البيهقي ٣١٨/٧

ووجه الدلالة من الحديث :

في قوله صلى الله عليه وسلم : " ولا بيع الا فيما تملك " حيث
نص على أن البيع لا يقع على غير المملوك ، وتصرف الفضولي تصرف من غير
مالك فيقتضي البطلان بهذا الحديث ، ويدخل في عمومه .

٢ - القياس :

قاسوا بطلان بيع الفضولي على بطلان بيع الطير في الهواء
فقالوا : إن بيع الفضولي بيع شيء لا يُقَدَّر على تسليمه فلم يَجُزَّ كبيع
الطير في الهواء . (١)

*

مناقشة الأدلة :

أولاً - مناقشة أدلة القائلين بوقف عقد الفضولي على اجازة
المالك .

ناقش القائلون ببطلان عقد الفضولي أدلة القائلين بوقفه بما يلي :

(٢)

ناقشوا استدلالهم بقوله تعالى * وتعاونوا على البر والتقوى *

الآية ، بأن بيع الفضولي ليس من باب التعاون على البر والتقوى بل هو

من التعاون على الأثم والعُدوان . (٣)

وناقشوا استدلالهم بحديث عروة البارقي بأنه قد روى من طريقين :

(١) المجموع ٣٦٣/٩

(٢) سورة المائدة آية رقم ٢

(٣) المجموع ٢٦٣/٩

الأولى : وفيها سعيد بن زيد أخو حماد بن زيد وهو ضعيف ، وفيها أيضا لمازة بن زبار وهو غير معروف العدالة .

الثانية : معتله ، لأن شبيب بن غرقدة لم يسمع الحديث من عروة وإنما سمعه من الحي .

ثم لو صح فلا حجة لهم فيه أصلاً لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمره بشراء شاه واحدة فقط فتصرف عروة بشراء شاتين يجعل الشراء له لعدم موافقته لأمر الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويصبح الدينار مضموناً عليه أما بالتعدي أو باعتباره ديناً عليه ثم لما باع إحدى الشاتين بدينار أعطاه للرسول صلى الله عليه وسلم مقابل ما أخذ منه وأهدى إليه الشاة الباقية . (١)

وحمل البعض حديث عروة البارقي على أنه كان بفعله وكيلاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة .

والدليل على أنه وكيل وكالة مطلقة أنه باع الشاة وسلمها واشترى وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها ولا يجوز عند أبي حنيفة شراء الثانية موقوفاً على الإجازة . (٢)

وناقشوا استدلالهم بحديث حكيم بن حزام بأنه قد روي من طريقين :

الأولى : عند أبي داود وفيها رجل مجهول لا يُدرى من هو وما كان هذا شأنه لا تقوم به حجة .

(١) المحلى ٤٣٧/٨ .

(٢) المجموع ٢٦٣/٩ .

الثانية : عند الترمذى وفيها انقطاع لأنه رواه عن حبيب بن أبي ذئب عن حكيم بن حزام ، وقال : لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب عنده لم يسمع من حكيم . (١)

وناقشوا استدلالهم بقصة أصحاب الغاران هذا شرع لمن قبلنا وفي كونه شرعاً لنا خلاف ، فاذا قلنا بأنه شرع لمن قبلنا فلا دلالة فيه ، وان قلنا بأنه شرع لنا ، فالحديث محمول على أنه اشتراه بأرز في الذمة ، ولم يعطه اياه بل عينه له فلم يتعين من غير قبض بل بقي على ملك المستأجر . (٢)

وأجابوا عن قياسهم ببيع الفضولي على الوصية بأنه قياس ممنوع لأن الوصية تحتل الغرر وتصح بالشيء المجهول والمعدوم والبيع ليس كذلك . (٣)

ثانياً - مناقشة أدلة القائلين بالبطلان :

ناقش القائلون بانعقاد عقد الفضولي أدلة القائلين بمنعه

بمايلي :

(٤)

ناقشوا استدلالهم بحديث حكيم بن حزام " لا تبع ما ليس عندك "

أن المراد بقوله " لا تبع " نهى عن البيع الكامل النافذ الذى تجرى فيه الأحكام بين طرفيه بمجرد انعقاده . (٥)

(١) المجموع ٢٦٣/٩ ، نيل الأوطار ٧١/٦ ، تحفة الأئمة ٤٧٤/٤

معالم السنن ٥١/٥

(٢) المجموع ٢٩٣/٩ ، المحلى ٤٣٦/٨ ، فتح البارى ٤٠٩/٤ ،

عمدة القارى ٥٢/١٦

(٣) المجموع ٢٩٣/٩

(٤) سبق تخريجه ص ١٢١

(٥) المبسوط ج ١٣/١٤ ، شرح فتح القدير ٥٢/٦

أو أن المراد به : أن يبيع ما ليس عنده ثم يشتري المبيع ثم
يسلمه للبائع بحكم عقده الأول معه دون عقد جديد .

وناقشوا قياسهم بطلان بيع الفضولي على بطلان بيع الطير
في الهواء بأن بيع الفضولي يختلف عن بيع الطير في الهواء .

ووجه اختلافه : أن الطير في الهواء ليس عليه ملك لأحد
(١)
قبل البيع وما لا يقع عليه الملك أو ليس مملوكاً لأحد لا يكون محلاً للبيع .

(١) شرح فتح القدير ٥٣/٦

مناقشة وترجيح

بعد هذا العرض المتقدم لأدلة الفريقين القائلين بصحة عقد الفضولي وأنه موقوف على اجازة المالك ان اجازته نفذ والا بطل والقائلين ببطلانه يترجح لي - والله أعلم - قول الحنفية والمالكية أنه صحيح موقوف على اجازة المالك ان اجازته نفذ والا بطل لقوة أدلتهم ، وبخاصة حديث عروة البارقي فهو نص في المسألة ، وموّد يد لعمومات الكتاب القاضية بأن الأصل في العقود أو البيع الحل .

ولا يقال بأن حديث عروة البارقي فيه سعيد بن زيد أخو حماد وقد قيل عنه أنه مجهول فقد وثقه ابن سعد ، وقال حرب^(١) : سمعت أحمد أثنى عليه^(٢) .

وقال المنذرى والنووى اسناده حسن صحيح لمجيئه من وجهين :

قال النووى رحمه الله في المجموع : بعد ذكره لسانيد حديث عروة - واسناد الترمذى صحيح ، واسناد الاخرين حسن فهو حديث صحيح .^(٣)

كما قد روى حديث عروة الامام البخارى في صحيحه باسناد فيه مبهم عن شبيب .

ووجه الابهام أن شيباً لم يسمعه من عروة وانما سمعه عن الحي ، والحي مجهولون - كما قيل في الأدلة المتقدمة الا أن هذا الابهام

(١)	هو حرب بن اسماعيل بن خلف الحنظلي الكرمانى ابو محمد كان جليل
(٢)	تلخيص الحبير ٥٥/٣
(٣)	المجموع ٢٩٢/٨

القدر سمع من الامام احمد رحمه الله ، انظر طبقات الحنابلة ١٤٥/١

مردود بأن رواية الحي له تدل على أنهم كثير فاستغنى بكثرتهم عن
تسميتهم. (١)

وإذا صح حديث عروة - رضي الله عنه - وهو صحيح - وجب العمل
بمقتضاه ولا يقال إنه محمول على أنه رضي الله عنه كان وكيلًا وكالة مطلقة
لأن أمره صلى الله عليه وسلم بشراء شاة واحدة ينفذها.

وتصرف عروة بشرائها ثم بيعها لا يدل على الإطلاق لكونه
لم يؤمر به فلو كان توكيله صلى الله عليه وسلم له توكيلًا مطلقًا لبينه
بالقول لما تقرر في الأصول من أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.
(٢)

أما استدلال المخالفين بحديث (لا تبع ما ليس عندك) وغيره
فهي عمومات، وحديث عروة خاص ببيع الفضولي فيحمل العام على الخاص.
أما استدلالهم بالقياس فهو مردود لأنه قياس مع وجود النص.

(١) فتح الباري ٤٠٤
(٢) سبق تخريجه ص ١٢١.

الفرع الثاني

الفسخ بسبب ظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً

قلنا فيما سبق ان فوات شرط من شروط النفاذ يوجب وقف العقد ،
والعقد الموقوف قابل للفسخ بطبيعته ، وقد تكلمنا عن الفسخ بسبب فوات
شرط الملك ، وهنا نتكلم عن الفسخ بسبب فوات شرط خلو المبيع من تعلق
حق الغير به .

وصورة تخلف هذا الشرط أن يشتري شخص داراً فتظهر الدار
مستأجرة * أو مرهونة ، وهو لا يعلم بذلك وقت العقد ، فالعقد هنا موقوف
على اجازة المشتري ان شاء أجاز البيع وان شاء رده ، وانما كان البيع
موقوفاً هنا لأن ركن البيع الذي هو الصيغة قد صدر من أهله في محله
الذي هو المال المتقوم المملوك وهو مع ذلك مقدور التسليم من غير أن يلزمه
ضرر بدليل أنه يستطيع أن يوفك الرهن عنه بأن يسدد الدين ، وبأخذ
المبيع .^(١)

صاحب الفسخ بهذا الخيار هو المشتري بشرط أن لا يعلم
بذلك ، وانما كان له الخيار لأن مقتضى العقد المطلق تسليم المبيع في
الحال ، وهنا تعذر التسليم فيثبت له الخيار لتعذره .
أما اذا علم المشتري بأن المبيع مستأجر أو مرهون فلا خيار له لأنه
رضي بالتسليم في الجملة .

(١) البدائع ٥/٥٥ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٤ .

وهل يثبت الخيار للمستأجر والمرتهن أولاً يثبت لهما ؟

صرحوا بعدم ثبوت الخيار للمستأجر .

أما المرتهن فيجوز أن يثبت له الخيار .

وانما قيل بثبوت الخيار للمرتهن دون المستأجر لأن حق

المستأجر ثابت في المنفعة دون العين لأن الإجارة عقد على المنفعة

ذاتها لا على العين ، والبيع عقد وارد على العين فاختلف التصرف باختلاف

محل العقد فلا يثبت له الخيار بخلاف حق المرتهن فإنه ثابت فـ

العين نفسها لأنه يستوفي دينه من بدل العين بأن يبيعها عند

تعذر افتكاكها من قبل الراهن ، ولهذا لو أمضى البيع قام الثمن قيام

العين لبقائه رهناً فكان البيع تصرفاً فـ

محل حق له فيثبت له الخيار . (١)

(١) بدائع الصنائع ١٥٥ / ٥ ، ١٥٦ .

الفصل الثالث :

الفسخ بسبب خيانت التروي.

الفصل الثالث

في الفسخ بسبب خيارات التروى

وفيه المباحث الآتية :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب خيار المجلس .
- المبحث الثاني : في الفسخ بسبب خيار الشرط .
- المبحث الثالث : في الفسخ بسبب خيار الرجوع .

المبحث الأول

في الفسخ بسبب خيار المجلس

وفيه الفروع الآتية :

- الفرع الأول : في حقيقته لغة وشرعاً .
- الفرع الثاني : في خلاف العلماء في خيار المجلس .
- الفرع الثالث : في ما يسقط به خيار المجلس .
- الفرع الرابع : في المجال التطبيقي لخيار المجلس .

الفرع الأول

حقيقة خيار المجلس لغة وشرعاً

خيار المجلس مركب من مضاف ومضاف اليه ، ولا بد لمعرفة أى مركب من معرفة أجزائه أولاً ثم معرفته ثانياً .

فالخيار في اللغة : اسم من الاختيار ، والتخير ، ما يختاره الشخص ويطلق ويراد منه التفويض ، ففي اللسان : وخيرته بين الشيئين فوضت اليه الخيار .^(١)

(٢) وفي الشرع : طلب خير الأمرين من امضاء البيع أو فسخه .
والمجلس مكان الجلوس ، والمراد به هنا مكان التباعد .^(٣)

وبعد أن عرفنا خيار المجلس باعتباره مركباً ، أعود لتعريفه بكونه علماً على خيار المجلس .

قال في مواهب الجليل : ومعنى خيار المجلس أن يثبت الخيار للمتبايعين مدة جلوسهما .^(٤)

والتعريف المختار له : حق يثبت للعاقدين بعد تمام العقد وقبل التفريق بالأبدان .

(١) لسان العرب ج٤ باب الرأء فصل الخاء ص ٢٦٦ .

(٢) كشف القناع ١٩٨/٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٤٠٩/٤ .

الفرع الثاني

خلاف العلماء في خيار المجلس

أجمع الفقهاء على ثبوت الخيار للعاقدين قبل التفريق بالأقوال^(١)،
واختلفوا في ثبوته بعد التفريق بالأقوال وقبل انقضاء المجلس بالتفريق
بالأبدان - فنفاه الفقهاء السبعة^(٢) في المدينة ، وإبراهيم النخعي^(٣) ،
ونفاه من الفقهاء الذين دونت مذاهبهم الحنفية وأكثر المالكية ، وفيما
يلي نصوصهم .

قال المرغيناني في الهداية : " وإذا حصل الإيجاب والقبول
لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم روية " .^(٤)
وقال الدردير في الشرح الكبير : إنما الخيار بشرط أي لا يثبت
إلا بالشرط لا بالمجلس فإنه ليس معمولاً به عندنا " .^(٥)
واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس .

(١) نيل الأوطار ١٨٧/٥ .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٥ ، والفقهاء السبعة هم :
سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد بن أبي
بكر الصديق ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، وعبيد الله بن عبد الله
ابن عتبة بن مسعود ، وسليمان بن يسار .

(٣) هو إبراهيم النخعي بن يزيد بن قيس بن الأسود أبو عمران ،
فقيه أهل الكوفة ومفتيها ، قال الشعبي ما ترك بعده أعلم منه ،
مات سنة ٩٦ ، سير أعلام النبلاء ٥٢٠/٤ ، طبقات الحفاظ
ص ٣٦ .

(٤) الهداية ٢١/٣ والمرغيناني هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل
الفرغاني شيخ الإسلام برهان الدين المرغيناني العلامة المحقق
أقرله أهل عصره بالفضل والتقدم ، نشر المذهب وتفقه عليه الجم
الغفير ، مات سنة ٥٩٣ - الجواهر المضية في طبقات الحنفية
٦٢٧/٢ .

(٥) الشرح الكبير للدردير ٩١/٣ .

أولاً - الكتاب :

١ - قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) الآية.

وجه الدلالة من الآية :

ان الله سبحانه وتعالى أمر عباده المؤمنين بالوفاء بالعقد ، وأمره يقتضي وجوب الالتزام بالعقد ، والقول بخيار المجلس ينافي أصل العقد الذي هو اللزوم ، والذي أمرت به الآية ، فخيار المجلس ينافي صريح الآية .

٢ - قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٢) الآية.

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى أباح الأكل من التجارة بعد تراضي العاقدين ، والبيع تجارة ، وفي هذا دليل على نفي خيار المجلس ، وصحة الملك بمجرد العقد .

٣ - قوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ ۝ ﴾^(٣) الآية

وجه الدلالة من الآية :

أمر الله سبحانه وتعالى عباده المؤمنين بالاشهاد عند التبائع ، والاشهاد لا يكون الا بعد صدور الإيجاب والقبول من العاقدين ، وإذا صدر الإيجاب والقبول منهما وأشهدا لزم البيع ، ولا سبيل الى القول بخيار المجلس حينئذ لأن القول به يقتضي ابطال الشهادة المأمور بها في الآية وهو باطل .

(١) سورة المائدة آية رقم ١٠١

(٢) سورة النساء آية رقم (٢٩)

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

ثانياً - السنة :

١ - ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله " . (١)

وجه الدلالة من الحديث :

صرح النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لا يجوز للعاقد أن يفارق صاحبه مخافة أن يطلب منه الاقالة ، والاقالة لا تكون إلا بعد تمام العقد وانتقال المبيع وإذا تم البيع وانتقل المبيع فلا معنى لخيار المجلس حينئذ .

٢ - ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه " . (٢)

وجه الدلالة من الحديث :

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن البيع قبل القبض ، فإذا قبض المشتري المبيع جاز البيع سواء أكان قبضه له في مجلس العقد أم بعده ، والبيع لا يقال بجوازه إلا بعد ملك المبيع .

٣ - ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : " كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر ، فكنت على بكر صعب لعمر فكسان يغلبنني فيتقدم أمام القوم ، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه فباعه من رسول الله

(١) سنن الترمذی ٥٥٠ / ٣ وقال حديث حسن ، / النسائي ٢٥١ / ٧ ، سنن

٢٥٢ ، سنن البيهقي ٢٧١ / ٥ .

(٢) صحيح البخاري ٢٢ / ٣ ، صحيح مسلم ٧ / ٥ .

صلّى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " هولك يا عبد الله ابن عمر تصنع به ماشئت " . (١)

يقول الامام المنجي في كتابه اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ففي هبة النبي صلى الله عليه وسلم قبل التفرق دليل على أن البيع لازم قبلها " . (٢)

ثالثا - القياس :

قاسوا عدم ثبوت خيار المجلس في عقد البيع على عدم ثبوته في عقد النكاح والخلع والعتق . . . الخ بجامع كونهما عقد ومعاوضة فقالوا : إن كلا من عقد النكاح والخلع والعتق والكتاب عقود معاوضة تتم دون خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا بالعقد فيها فمكذا البيع " . (٣)

وأثبتته من الصحابة علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وأبوهريرة وأبو برة الأسلمي . (٤)

وأثبتته من غير الصحابة طاووس (٥) ، وسعيد بن المسيب (٦) ،

-
- (١) صحيح البخارى ١٩/٣ .
(٢) اللباب ٤٨٨/٢ .
(٣) شرح فتح القدير ٢٥٩/٦ .
(٤) هونضلة بن عبيد الأسلمي أسلم قديما وشهد فتح مكة توفي سنة ٦٤ هـ ، سير أعلام النبلاء ٤٠/٣ .
(٥) هو طاووس بن كيسان اليماني أبو عبيد الرحمن الحميري مولا هم الفارسي ثقة فقيه فاضل مات سنة ١٠٦ هـ ، سير أعلام النبلاء ٣٨/٥ ، تقريب التهذيب لابن حجر ٣٧٢/١ .
(٦) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عابد بن عمران القرشي المخزومي أحد العلماء الأثبات والفقهاء الكبار قال ابن المديني لا أعلم في التابعين أوسع علما منه ، مات سنة ٩٤ هـ ، سير أعلام النبلاء ٢١٧/٤ ، تقريب التهذيب ٣٠٥/١ .

- وعطاء (١) وشريح القاضي (٢) والحسن البصري (٣) والشعبي (٤)
والزهري (٥) وابن جريج (٦) والأوزاعي (٧) وابن أبي ذئب (٨) ،
والليث بن سعد (٩) ، وسفيان بن عيينة (١٠) ويحيى القطان (١١)

- (١) هو عطاء بن أبي رباح الإمام شيخ الاسلام مفتي الحرم أبو محمد القرشي مولاهم مات سنة ١١٤ هـ ، سير أعلام النبلاء ٨٨/٥ .
- (٢) هو شريح بن الحارث بن قيس الكوفي النخعي القاضي أبو أمية ثقة مات قبل الثمانين أو بعدها . سير أعلام النبلاء ١٠٠/٤ ، تقريب التهذيب ٣٤٩/١ .
- (٣) هو الحسن بن أبي الحسن البصري واسم أبيه يسار الأنصاري مولاهم ثقة فقيه فاضل مشهور ، مات سنة ١١٠ هـ ، سير أعلام النبلاء ٥٦٣/٤ .
- (٤) هو عامر بن شراحيل الشعبي أبو عمرو ثقة مشهور فقيه فاضل قال مكحول : ما رأيت أفقه منه . مات سنة ١٠٤ هـ ، سير أعلام النبلاء ٢٩٤/٤ ، تقريب التهذيب ٣٨٧/١ .
- (٥) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبد الله بن شهاب بن عبد الله ابن الحارث بن زهرة بن كلاب القرشي الزهري كنيته أبو بكر الفقيه الحافظ متفق على جلالته واتقانه مات سنة ٢٥ تقريبه ، التهذيب ٢٠٧/٢ .
- (٦) هو عبد الملك بن أبي سليمان بن جريج الأُموي مولاهم المكي ثقة فقيه فاضل مات سنة ٥٠ هـ ، تقريب التهذيب ٥٢٠/١ .
- (٧) هو عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو الأوزاعي أبو عمر الفقيه ثقة جليل ، مات سنة ٥٧ هـ . تقريب التهذيب ٤٩٣/١ .
- (٨) هو محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب العامري أبو الحارث المدني أحد فقهاء الأئمة ، قال أحمد : كان ثقة صدوقاً مات بالكوفة سنة ١٥٩ هـ ، انظر الطبقات الكبرى للسيوطي ص ٨٩ .
- (٩) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهري أبو الحارث البصري أحد الأعلام ، قال يحيى بن بكير : ما رأيت أحداً أكمل ممن الليث بن سعد ، ثقة ولد سنة ٩٤ هـ ومات سنة ١٧٥ هـ ، سير أعلام النبلاء ١٣٦/٨ .
- (١٠) هو سفيان بن عيينة بن أبي عمران بن ميمون الهلالي ، أبو محمد الكوفي ثم المكي ، ثقة حافظ فقيه امام حجة ، مات في رجب سنة ٩٨ هـ . تقريب التهذيب ٣١٢/١ ، سير أعلام النبلاء ٤٥٤/٨ .
- (١١) هو يحيى بن سعيد بن فروخ التميمي أبو سعيد القطان البصري ، ثقة متقن حافظ . مات سنة ٩٨ هـ ، تقريب التهذيب ٣٤٨/٢ .

وعبد الرحمن بن مهدي (١) وعبد الله بن الحسن العنبري (٢) وسوار
القاضي (٣) ، وسلم بن خالد الزنجي (٤) وابن المبارك (٥) ، وعلي بن
المديني (٦) واسحق بن راهويه (٧) وأبو ثور (٨) وأبو عبيد (٩) ،
والبخاري (١٠) وسائر المحدثين وآخرون . (١١) وقال به من المالكية (١٢)

-
- (١) هو عبد الرحمن بن مهدي بن حسان العنبري مولاهم أبو سعيد
البصري ثقة ثبت ، قال ابن المديني : ما رأيت أعلم منه .
مات سنة ١٩٨ ، تقريب التهذيب ١/٤٩٩ . طبقات الحفاظ ١٤٤ .
- (٢) هو عبد الله بن الحسن بن الحصين بن أبي الحر العنبري ، البصري
قاضيها ثقة فقيه ، مات سنة ١٩٨ ، تقريب التهذيب ١/٥٣١ .
- (٣) هو سوار بن عبد الله بن قدامة التميمي العنبري كان قاضي البصرة
صدوق محمود السيرة ، مات سنة ٥٦ ، تقريب التهذيب ١/٣٣٩ .
- (٤) هو سلم بن خالد المخزومي مولاهم المكي المعروف بالزنجي
فقيه صدوق ، مات سنة ٧٩ ، تقريب التهذيب ٢/٢٤٥ .
- (٥) هو عبد الله بن المبارك المروزي مولى بني حنظلة ثقة ثبت فقيه
عالم جواد مجاهد جمعت فيه خصال الخير ، تقريب التهذيب
١/٤٤٥ .
- (٦) هو علي بن عبد الله بن جعفر بن نجيع السعدي مولاهم أبو الحسن
ابن المديني البصري ثقة امام أعلم أهل عصره بالحديث وعلمه
حتى قال البخاري ما استصغرت نفسي الا عنده . مات سنة ٢٣٤
تقريب التهذيب ١/٤٠ .
- (٧) هو اسحاق بن ابراهيم بن مخلد الحنظلي أبو محمد بن راهويه
المروزي ثقة حافظ مجتهد قرين أحمد بن حنبل ، مات سنة
٣٨ ، تقريب التهذيب ١/٥٤ .
- (٨) هو أبو ثور ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي أبو ثور
الفقيه صاحب الشافعي ، ثقة مات سنة ٢٤٠ ، تقريب التهذيب
١/٣٥ .
- (٩) هو أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادي الامام المشهور ، ثقة فاضل
مات سنة ٢٢٤ ، تقريب التهذيب ٢/١١٧ .
- (١٠) هو محمد بن اسماعيل البخاري بن ابراهيم بن المفيرة الجعفي
أبو عبد الله البخاري جيل الحفاظ وامام الدنيا ، ثقة ، مات
سنة ٢٥٦ ، تقريب التهذيب ٢/١٤٤ .
- (١١) المحلي ٨/٣٥٤ .
- (١٢) الفواكه الدواني ٢/١٢٤ حاشية الدسوقي ٣/٩١ .

عبد الله بن حبيب (١) والسيوري (٢) وعبد الحميد الصائغ (٣) وابن
عبد البر (٤).

وأثبتته أيضا من أصحاب المذاهب المدونة الشافعية والحنابلة
والظاهرية ، وفيما يلي عرض لأقوالهم من كتبهم .

قال الامام النووي في المنهاج : يثبت خيار المجلس في أنواع
البيع . (٥)

وقال الخرقى في مختصره : والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار
ما لم يتفرقا بأبدانهما . (٦)

وقال ابن حزم في المحلى : وكل متبايعين صرفا أو غيره فلا
يصح البيع بينهما أبدا وان تقابضا السلعة والشن ما لم يتفرقا بأبدانهما
من المكان الذى تعاقدوا فيه البيع . (٧)

- (١) هو عبد الملك بن حبيب الفقيه الكبير العالم الأندلسي أبو مروان
السلمي بن المرداس القرطبي ولد سنة ١٧٠ كان رأسا في مذهب
مالك فقيها نحويًا شاعرًا اخباريًا نسابه طويل اللسان متصرفا
في فنون العلم مات سنة ٢٣٩ هـ . طبقات الحفاظ ١/٢٣٧ ،
الديباج المذهب ص ١٥٤ .
- (٢) هو أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث كان فاضلا نظارا
زاهدا له تعاليق على المدونة توفي سنة ٤٦٠ بالقيروان . الديباج
المذهب ص ١٥٨ .
- (٣) هو عبد الحميد بن محمد الهروي المعروف بابن الصائغ يكنى أبا
محمد كان فاضلا فقيها له تعاليق على المدونة توفي سنة ٤٨٦ .
الديباج المذهب ص ١٥٩ .
- (٤) هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري
القرطبي الامام الحافظ ولد سنة ٣٦٨ كان فقيها ، مالكيًا ، عالما
بالقرآن والحديث والرجال والخلاف ، له مؤلفات كثيرة منها
التمهيد شرح الموطأ والاستذكار مات سنة ٤٦٣ ، طبقات
الحفاظ للسيوطي ص ٤٣١ ، ٤٣٢ .
- (٥) مغني المحتاج من المتن ٤٣/٢ وانظر روضة الطالبين ٣/٤٣٢ .
- (٦) مختصر الخرقى ص ٦٤ ، والخرقى هو عمر بن الحسين بن عبد الله
ابن احمد ابو القاسم الخرقى له مصنفات كثيرة في المذهب الحنبلي
احترقت ولم يبق منها الا المختصر ، توفي سنة ٣٣٤ ودفن بدمشق
طبقات الحنابلة ٢/٧٥ .
- (٧) المحلى ٨/٣٥١ .

واستدلوا بالسنة :

- ١ - ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ، ما لم يتفرقا الا بيع الخيار . (١)
- ٢ - ما رواه ابن جريج قال : أُمِّي على نافع اسم عبد الله ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا تباع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار ، فاذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع ، زاد ابن عمر في روايته قال نافع : فكان اذا بايع رجلا فأراد أن لا يقبله فمضى هنيهة ثم رجع اليه . (٢)
- ٣ - وعن عبيد الله بن دينار أنه سَمِعَ ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا الا بيع الخيار . (٣)
- ٤ - ما رواه عبد الله بن الحارث عن حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وان كذبا وكثما محقت بركة بيعهما . (٤)

(١) صحيح البخارى ١٨/٣ بلفظ المتبايعان ، صحيح مسلم ٥/٩٠ .
(٢) صحيح مسلم ٥٠/١٠٠ .
(٣) صحيح البخارى ١٨/٣ ، صحيح مسلم ٥/١٠٠ .
(٤) صحيح البخارى ١٨/٣ ، صحيح مسلم ٥/١٠٠ بلفظ محق .

٥ - ما رواه الليث عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : اذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر ، فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع . (١)

وعن أبي الوضئ قال : غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتها فلما أصبحا من الغد حضر الرجل إلى فرسه ليسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال : بيني وبينك أبو برزة في ناحية العسكر ، فقال له : هذه القصة ، فقال : أترضيان أن أقض بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا . (٢)

ووجه الدلالة من الحديث باختلاف طرقه :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم جعل للمتبايعين الخيار في بيعهما ما دام في مجلس العقد ولم يتفرقا بأبدانهما أو يتخابرا ، وهذا هو المعنى لخيار المجلس .

٧ - عن أبي الزبير عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم خير أعرابياً بعد البيع . (٣)

٨ - ما رواه البخاري عن ابن عمر قال : بعث أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا بالوادي بمال له بخيبر فلما تباعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يراودني في البيع ،

صحيح صحيح
(١) / البخاري ١٨/٣ / سلم ١٠/٥ بلفظ (محق) .

(٢) البيهقي ٢٧٠/٥ / ابن ماجه ٢٣٦/٢ سنن

(٣) سنن الترمذي ٥٥١/٣ وقال حديث حسن غريب ، سنن ابن ماجه ٢٣٦/٢ .

وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا ، قال عبدالله : فلما
وجب بيعي وبيعه رأيت اني قد غبنته أني سقته الى أرض ثمود بثلاث
ليال ، وساقني الى المدينة بثلاث ليال . (١)

*

مناقشة الأدلة

أولاً - مناقشة أدلة الاثبات :

أجاب نفاة خيار المجلس على ما استدل به المبتون لخيار المجلس
بعدة أجوبة ، وأنا هنا أذكر أهم تلك الأجوبة :

١ - المراد بالمتبايعين في حديث " البيعان بالخيار " . الحديث
المتشاغلان بالبيع مجازاً . (٢)

٢ - التفرق الوارد في الحديث تفرق أقوال لا تفرق أبدان ،
يدل عليه ورود في الكتاب والسنة ، والمراد به تفرق أقوال (٣) ،
من ذلك قوله تعالى * وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته * (٤) ؛
وقوله تعالى * وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم
البينة * (٥) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " افترقت اليهود على احدى أوشتين
وسبعين فرقة ، وتفرقت النصارى على احدى أوشتين وسبعين فرقة ، وتفرقت
أمتي على ثلاث وسبعين فرقة " (٦)

-
- (١) صحيح البخارى ١٩/٣ .
(٢) الفروق للقرافي ٢٧٢/٣ شرح الزرقاني ٣٢١/٣ .
(٣) الباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٨٥/٥ ، شرح الزرقاني ٣٢١/٣ .
(٤) سورة النساء آية رقم ١٣٠ .
(٥) سورة البينة آية رقم ٤ .
(٦) سنن أبي داود ١٩٧/٤ ، ١٩٨ ، وسنن الترمذى ٢٥/٥ ، وقال :
حديث حسن صحيح .

٣ - الخيارالوارد في الحديث محمول على خيارالقبول لا خيارالمجلس، أى ان البائع اذا قال للمشتري بعثك بكذا فله الخيار ما لم يقل المشتري قبلت (١)، وليس المراد ظاهر الحديث فقد اشتهر عن أبي حنيفة قوله في حديث " البيعان " . . . الحديث رأيت لو كانا في سفينة كيف يفترقان ؟ (٢)

٤ - الحديث معارض بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، والقول بخيار المجلس يقتضي الغرر لأن كل من المتعاقدين لا يدري هل يحصل له الثمن أو المشون ؟ (٣)

٥ - الامام مالك رفع الحديث بعمل أهل المدينة على ترك العمل به لأن عمل أهل المدينة بمنزلة المتواتر ، وهو أقوى من خبر الواحد عنده . (٤)

ثانياً - مناقشة أدلة النفي :

أجاب مبتدئ خيارالمجلس عن أدلة نفيه بالاجوبة الآتية :

- أجابوا عن استدلالهم بالآية * الا أن تكون تجارة عن تراض منكم * الآية (٥)، بأن الآية عامة مخصوصة بالادلة الصحيحة الصريحة القاضية باثبات خيارالمجلس .

- (١) شرح فتح القدير ٢٥٨/٦
- (٢) شرح الزرقاني ٣٢١/٣
- (٣) المرجع السابق، الفروق ٢٧٢/٣
- (٤) شرح الزرقاني ٣٢١/٣ ، الفروق ٢٧٢/٣
- (٥) سورة النساء آية رقم (٩)

وأجابوا عن استدلالهم بقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا
(١)
بالعقود ... ﴾ الآية ، بأن العقود المأمور بالوفاء بها في الآية ، العقود
الموافقة للسنة لا العقود المخالفة لها ، فإنه لا يجوز الوفاء بها قطعاً ،
وخيار المجلس بهذه المثابة موافق للسنة ولا يتعارض العمل به مع الآية
لأن العقد لا يسمى عقداً الا بتفرق العاقدين من مكانهما الذي تعاقدوا
فيه أو جعل الخيار أحدهما للآخر بعد التعاقد ، فإذا لم يتم أحد
الأمرين فللزوم للعقد لعدم موافقته للسنة الآمرة بذلك . (٢)

(٣)
وأجابوا على احتجاجهم بقوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾
الآية ، أنه ليس في الآية نص ولا دليل على بطلان التفرق الوارد في
الحديث ولا ذكر له أصلاً .

فإن نص الآية إنما هو الأمر بالاشهاد عند التتابع ، والذي أنزلت
عليه هذه الآية ، هو الذي أعلننا ما البيع المباح من المحرم ؟ وهو
الذي أخبر أنه لا بيع أصلاً الا بعد التفرق أو التخيير فعلم يقينا أن قوله
تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ أمر بالاشهاد بعد التفرق أو التخيير
بأن يقول أحدهما : اخترت الامضاء ونحوه لا قبله . (٤)

وأجابوا عن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه : إلا أن
يكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله . . الحديث (٥)
ان هذا الحديث لا يدل على نفي خيار المجلس بل يدل على اثباته
كما فعله الامام الترمذى في جامعه حيث جعله دليلاً للمخالفين . (٦)

-
- (١) سورة المائدة آية رقم ١
(٢) المحلى لابن حزم ٣٥٨/٨
(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢
(٤) المحلى لابن حزم ٣٥٨، ٣٥٧/٨
(٥) سبق تخريجه ص ١٣٥
(٦) سنن الترمذى ٥٥٠/٣

قال الامام النووي - : لأن معنى الحديث مخافة أن يختار الفسخ
فمعبّر بالاقالة عن الفسخ ، والدليل على هذا أشياء :

أحدها : أنه صلى الله عليه وسلم أثبت لكل واحد منهما الخيار
ما لم يتفرقا ، ثم ذكر الاقالة في المجلس ، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج
الى الاقالة ، فدل على أن المراد بالاقالة الفسخ .

والثاني : لو كان المراد حقيقة الاقالة لم يمنعه من المفارقة
مخافة أن يقيله ، لأن الاقالة لا تختص بالمجلس .^(١)

وأجابوا عن الحديث الذي نهى فيه الرسول صلى الله عليه وسلم عن
بيع الغرر بأن نفاة خيار المجلس يشبتون خيار الشرط على ما فيه من الغرر
كما يقولون ، وحديث خيار المجلس أصح منه فلماذا لا يشبتوه ؟ ثم
بتقدير أن فيه غرراً فقد أباح الشارع الغرر في مواضع معروفة كالسلم
والاجارة والحوالة وغيرها .^(٢)

وأجابوا على استدلالهم بقصة البكر وشراء النبي صلى الله عليه
وسلم له من عمرو واعطائه لعبدالله بن عمر بأن لا تعارض بين هذا
الحديث ، والاحاديث المثبتة لخيار المجلس .
وعلى فرض التعارض فالجمع بين الحديثين ممكن بأن يكون فراقه
صلى الله عليه وسلم لعمر بعد العقد بأن تقدم عليه أو تأخر عنه ثم وهبه
لعبدالله بن عمر . كما أنه ليس في الحديث دليل لاثبات خيار المجلس
أو نفيه .

(١) المجموع ٩ / ١٨٨ .

(٢) طرح التشريب للامام العراقي وابن أبي زرع ٦ / ١٥٥ .

واذا كان ذلك كذلك ، فتلك القصة واقعة عينيه لا تقوم بها

الحجة لابطال ما جاء به السنة الصحيحة الصريحة القاضية باثبات

خيار المجلس ، فإنها لا تخلوا من أمرين :

أن تتقدم على الأحاديث المثبتة لخيار المجلس ، وحينئذ فلا حاديث

قاضية عليها ، واما أن تتأخر فيحمل تأخرها على أنه صلى الله عليه وسلم

اكتفى بالبيان السابق^(١) .

أما استدلالهم بحديث^(٢) من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى

(٢٠)

يستوفيه كما فلا يدل اشتراطه القبض في الحديث على نفي خيار المجلس

ذلك أن القبض لا يحدث في الغالب الا بعد انقضاء المجلس .

وأجابوا على استدلالهم بالقياس حيث قاسوا البيع على النكاح ،

والنكاح لا يثبت فيه خيار المجلس باتفاق ، فكذا البيع .

بيان النكاح لا يقع في الغالب الا بعد رؤية ونظر فلا يحتاج

الى خيار بعده ، ولأن في اثبات الخيار في النكاح مضرة على المخدرات

لما فيه من رد للمرأة بعد ابتذالها ونهاب حرمتها والحاقها بالسلع .^(٣)

(٢) سبق تخريجه ص ١٣٥ .

(١) فتح الباري ٣٣٥ / ٤ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٧ / ٤ .

مناقشة وترجيح

بالتأمل في أدلة الفريقين وردود كل منهما على الآخر يظهر لي
- والله أعلم - أن أدلة الجمهور - الشافعية والحنابلة والظاهرية -
راجحة على أدلة المخالفين لهم . وذلك الرجحان لأمر :
١ - أن حديث "البيعان بالخيار" ^(١) "عمدة الجمهور ومثار
الخلاف حديث صحيح لا ينازع في صحته أحد . قال ابن قدامة
في المغني : رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبدالله بن عمر وعبدالله ، وعبدالله
بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برة الأسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر
وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبدالله بن عمرو ،
وابن جريج والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم ، وهو صريح في
حكم المسألة ، وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته
له وثبوته عنده .

وقال الشافعي : لا أدرى هل اتهم مالكاً نفسه أو نافعاً ؟
وأعظم أن أقول عبدالله بن عمر . ^(٢)

وقال ابن حزم - بعد أن ساق أسانيد حديث "البيعان
بالخيار" . . . - : وهذه أسانيد متواترة متظاهرة منتشرة توجب العلم
الضروري . ^(٣)

وقال النووي : وهذه الأحاديث الصحيحة ترد على هو " لا " وليس
لهم عنها جواب صحيح والصواب ثبوته كما قال الجمهور . ^(٤)

(١) سبق تخريجه ض ١٤٠ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٦/٣ .

(٣) المحلى ٣٥٢/٨ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٤/٦ .

وقال ابن عبد البر المالكي : أكثر المالكية والحنفية في الاحتجاج
لمذهبنا في رد هذا الحديث بما يطول ذكره وأكثره تشغيب لا يحصل
منه على شيء لازم لا مدفع له . (١)

٢ - أن بعض الصحابة رضي الله عنهم عملوا بمقتضى هذا الحديث
وأثبتوا خيار المجلس قبل التفرق بالابدان كما فعل ابن عمر وأبو برة ولم
يوجد لهم مخالف من الصحابة .

٣ - وإذا تأملنا ما أجابه المخالفون على حديث " البيعان
بالخيار . . . " وجدناه لا يخدم دلالة الحديث ، فالحديث صريح
الدلالة على اثبات خيار المجلس ، وما قيل من أن المراد بالتفرق تفرق
أقوال لا أبدان مردود بفعل ابن عمر راوى الحديث وعدم انكار الصحابة
وهم أفهم لمراده صلى الله عليه وسلم من غيرهم لمعايشتهم ومخالطتهم له .
وقد رد ابن قدامة رحمه الله القول بأن التفرق الوارد في الحديث
تفرق أقوال من وجوه منها :

الأول - اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين
تفرق بلفظ ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف
فيه .

الثاني - أن هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم أنهما بالخيار
قبل العقد في انشائه واتمامه أو تركه . (٢)

وأما ما ورد عن الإمام مالك وأنه رفع الحديث بعمل أهل المدينة
فهو اصطلاح له وحده لا يوافقه عليه العلماء قاطبة ولا مشاحة في الاصطلاح

(١) طرح الشريب ١٥٤/٦

(٢) المغنى والشرح الكبير ٧/٤

إذا فهم المعنى . وأما استدلالهم بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه "فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله" (١)

فالاستقالة في الحديث ، المراد بها الفسخ ، وما يدل على ذلك ما قلناه وهو جعل الامام الترمذ رحمه الله الحديث دليلاً للمخالفين ، وكما فسرهما به الامام البيهقي رحمه الله في سننه . (٢)

وأيضاً فإن حديث " البيعان بالخيار ... " أصح اسناداً من (٣)

حديث عمرو بن شعيب فلا يعترض به عليه .

*

الفرع الثالث

ما يسقط به خيار المجلس

تبين مما سبق أن خيار المجلس يثبت للمتعاقدين في العقد ما دام في مجلس العقد ولم يتفرقا أو يتخaira .

وسنتكلم هنا عن كل من التفرق والتخاير باعتبارهما منصوص عليهما في الحديث ، ثم نردف ذلك بالكلام على غيرهما مما ينقطع به خيار المجلس ولم ينص عليه صراحة في الحديث .

أولاً - التفرق :

(٤) لا خلاف بين القائلين بخيار المجلس وبعض نفاة أيضاً

- (١) سبق تخريجه ص ١٣٥ .
 (٢) سنن البيهقي ٥/٢٠٠ .
 (٣) سبق تخريجه ص ١٤٠ .
 (٤) نفاة خيار المجلس ينقسمون الى قسمين ، قسم منهم يرفع الحديث رفعاً كلياً كالمالكية ، وكن ادعى الاضطراب أو النسخ للحديث من الحنفية فهو لا لا يقولون بالتفرق أصلاً ، وقسم آخر لا يرفع

فـ في لزوم العقد بالتفرق ، وذلك لورود حديث ابن عمر السابق به " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " (١) ، غير أن التفرق الوارد في الحديث بحاجة الى تفسير ، ولما كان كذلك ، فقد اختلف العلماء في تفسيره . فالمثبتون لخيار المجلس فسروه بتفرق الايدان وأثبتوا خيار المجلس ، (٢) والنافون له فسروه بتفرق الاقوال ، ونفوا خيار المجلس ، وقالوا غاية ما يملكه العاقدان من الخيار هنا هو خيار القبول . (٣)

والمثبتون لخيار المجلس معهم فعل ابن عمر نفسه ، وهو راوي الحديث وأعلم بمعناه من غيره ففعله رضي الله عنه بمنزلة البيان لمراد الرسول صلى الله عليه وسلم لا سيما اقرار بعض الصحابة له ، ولا يكون اقرارهم له الا عوَاباً لا متناع اقرارهم للخطأ .

هل هناك حد للفرق ؟

ليس للتفرق حد ينتهي إليه بل ذلك موكل الى أعراف الناس وعاداتهم ، فما اعتاده الناس ،^٤ أو تعارفوا عليه أنه تفرق عند تفرقاً ولزم به العقد وما لا فلا يُعَد كذلك . (٤)

==
الحديث ، وانما يرى أن التفرق في الحديث تفرق أقوال لأبدان
فهو لا مشبتون للتفرق ابتداء ، وانما اختطفوا مع المشبتين فيه هل
يحمل على تفرق الأبدان أو يحمل على تفرق الأقوال ؟ ولذلك
يستقيم القول بأن بعض نفاة الحديث يقولون بالتفرق وهو مقتضى
الكلام المذكور.

(١) سبق تخريجہ ص ١٤٠، الجمل علی شرح المنہج ٣/٦٠ حاشیة
(٢) مفنی المحتاج ٢/٤٥، الجمل علی شرح المنہج ٣/٦٠ حاشیة

البجيرم على شرح الخطيب ٢٨/٣، منتهى الإرادات ١/٣٥٦،

شرح منتهى الارادات ١٦٧/٢ ، كشف القناع ٢٠٠/٣
 (٣) شرح فتح القدير ٢٥٨/٦
 (٤) شرح منتهى الارادات ١٦٧/٢ ، كشف القناع ٢٠١/٣ ، روضة

الطالبين ٤٣٨/٣، المجموع ١٨٠/٩.

ولا عبء في التفرق بالقصد بل متى فارق صاحبه عُد مفارقاً وبطل
الخيار بها^(١) لما روي عن ابن عمر أنه كان إذا اشترى شيئاً يعجبه شيء هنيهة
ليلزم البيع^(٢).

والتفرق بالابدان يختلف باختلاف موضع المبيع ، فإن كان
العاقدان في بيت واسع أو في السوق ، فالتفرق بأن يهشي أحدهما
مستديراً لصحابه خطوات ، وإذا كان العاقدان في دار صغيرة فيصعد
أحدهما سطحها أو بخروجه منها يتم التفرق^(٣) ، وهكذا .

قال الامام أحمد بن حنبل رحمه الله : " إذا أخذ هذا كذا
وأخذ هذا كذا فقد تفرقا " .^(٤)

*

ثانياً - التخايير :

التخايير ، هو أن يتلفظ أحد العاقدين أو كليهما بما يدل على
لزوم العقد ، كأن يقولوا تخايرنا العقد أو امضينا أو الزمنا أو يقول أحدهما :
أمضيت العقد أو الزمته ، وما أشبه ذلك .

التخايير هل يقطع الخيار ؟

لا خلاف بين الفقهاء أن التفرق ينقطع به خيار المجلس كما بينت
ذلك سابقاً ، أما التخايير فعند الشافعية ينقطع به خيار المجلس^(٥) ،
وعند الحنابلة فيه روايتان :

-
- (١) سبق تخريجه ص ١٤٠ .
(٢) كشف القناع ٢٠١/٣ شرح منتهى الارادات ١٦٨/٢ .
(٣) روضة الطالبين ٤٣٨/٣ كشف القناع ٢١١/٣ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) روضة الطالبين للنووي ٤٣٧/٣ ، مغني المحتاج ٤٤/٢ .

الأولى : أن خيار المجلس يستد إلى التفريق ، ولا ينقطع بالتخاير قبل العقد أو بعده ، لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم ، حديث " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " من غير تخصيص ولا تقييد .

الثانية : أن خيار المجلس يبطل بالتخاير وصححها ابن قدامة ^(١) لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر " فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع " ، وفي لفظ " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع " . ^(٢)

والتخاير ، أما أن يكون في ابتداء البيع أو بعده من العاقلين أو أحدهما .

فالتخاير في ابتداء العقد من العاقلين كأن يقول البائع للمشتري : بعتك على أن لا خيار بيننا ، فيقول المشتري : قبلت . فيسقط الخيار حينئذ ، والتخاير من أحد العاقلين كأن يتبايعا على أنه لا خيار لأحدهما بعينه ، فينقطع خياره ، ويبقى خيار الآخر .

أما التخاير بعد العقد من العاقلين كليهما كقولهما تخايرنا العقد أو أمضيناه ، أو أبطلنا الخيار أو أفسدناه ونحو ذلك .

والتخاير من أحد العاقلين بعد العقد كاختيار أحدهما لزوم العقد فيسقط حقه في الخيار ويبقى خيار الآخر .

والتخاير في الحالات السابقة كلها تخاير صريح ، وقد يكون ضمناً

كتبايعهما العوضين بعد قبضهما في المجلس ، فذلك الفعل منهما يتضمن رضاها بلزوم العقد . ^(٣)

(١) المغني والشرح الكبير ١٠/٢ والرواية الأخيرة هي التي نص عليها في شرح منتهى الإرادات البهوتي ١٦٨/٢ وفي الكشاف ٣/٢٠٠ .

(٢) سبق تخريجه ص ١٤١ .

(٣) تحفة المحتاج ٣٣٧/٤ .

ثالثاً - التصرف :

يحرم على العاقدین التصرف في المبيع أو الثمن في زمن الخيار ،
فإذا تصرفا أو أحدهما في ملكه الأيل اليه بعد انقضاء ^{ذلك} الخيار أو تصرف البائع
في المبيع ، فهل ينفذ تصرفه ؟ وإذا كان كذلك فهل يسقط الخيار
أولا يسقطه ؟ ، انفراد فقهاء الحنابلة بتوضيح تلك الأحكام دون
غيرهم من الفقهاء القائلين بخيار المجلس .^(١)

وفيما يلي إيضاح ذلك وفق مذهبهم .

التصرف في زمن الخيار ، أما ان يكون من المشتري أو من البائع
ولكل حالة حكم يخصها .

١ - تصرف المشتري :

إذا تصرف المشتري والخيار له نفذ تصرفه وبطل به خياره سواء
أكان تصرفه بالعقد أم بغيره كالبيع والإجارة .

وكذا ينفذ تصرفه فيما إذا كان الخيار لهما أو للبائع فقط ،
إذا استأذن البائع في التصرف أو كان تصرفه مع البائع كأن يبيعه المبيع
الذي اشتراه منه ، أما إذا كان الخيار لهما أو للبائع ولم يستأذن البائع
أولم يكن تصرفه معه فلا ينفذ تصرفه إلا في العقد فقط دون غيره من سائر
التصرفات ، ومتى تصرف المشتري في المبيع انقطع خياره نفذ تصرفه أو
لم ينفذ .

(١) ذكر ابن حجر : أن خيار المجلس ينقطع بتصرف العاقدین في
المعقود عليه بالبيع إلا أن الظاهر من كتبهم أنها تخالف هذا
القول ، تحفة المحتاج بهامش حواشي الشرقاوی ٤/٣٣٧ وانظر
مغني المحتاج ٢/٤٥ .

٢ - تصرف البائع :

إذا تصرف البائع في الثمن والخيار له نفذ تصرفه ، وسقط به خياره
أما إذا تصرف في المبيع فلا ينفذ تصرفه سواء أكان الخيار له أم للمشتري
أم لهما لأن ملك المبيع تحول للمشتري إلا إذا تصرف في المبيع بإذن
من المشتري فيصح تصرفه ويكون ذلك الإذن من المشتري توكيلاً للبائع
وسقط لخيارهما. (١)

*

الفرع الرابع

المجال التطبيقي لخيار المجلس

تنقسم العقود بالنسبة لثبوت خيار المجلس فيها وعدم ثبوت
الى ثلاثة أقسام :

١ - عقود جائزة كالشركة والوكالة والعارية فلا يثبت فيها خيار
المجلس باتفاق الفقهاء. (٢)

٢ - عقود لازمة ، وهي قسمان :

أ - لازمة من طرف واحد كالرهن فلا يثبت فيها خيار

المجلس كالعقود الجائزة على الصحيح .

ب - لازمة من الطرفين ، وهي قسمان :

* عقود لازمة من الطرفين لا يقصد منها العوض كالنكاح والخلع فلا
يثبت فيها خيار المجلس باتفاق الفقهاء. (٣)

-
- (١) كشاف القناع ٢٠٨/٣ ، ٢٠٩ ، شرح منتهى الإرادات ١٧٣/٢ .
(٢) الافصاح لابن هبيرة ٣٢٠/١ .
(٣) المرجع السابق .

* وعقود لازمة من الطرفين يقصد منها العوض كالبيع فهي محال
ثبوت خيار المجلس ، الا أن الشافعية يشترطون لثبوت خيار المجلس
فيها أن تكون المعاوضة محضة وهي التي تفسد بفساد عوضها
نحو أنواع البيع . (١)

ومن العقود التي يثبت فيها خيار المجلس عند الحنابلة كل عقد
قبضه شرط لصحته كالسلم . (٢)

٣ - عقود متعددة بين اللزوم والجواز كالساقاة والمزارعة
ان قيل انها لازمة ثبت فيها خيار المجلس على التفصيل السابق ، وان قيل
انها جائزة فلا يثبت فيها خيار المجلس . (٣)

- وابن
(١) حواشي الشرواني/القاسم على تحفة المحتاج ٣٣٢/٤ .
(٢) كشاف القناع ١٩٩/٣ ، شرح منتهى الارادات ١٦٧/٢ .
(٣) روضة الطالبين ٤٧٣/٣ وما بعدها .

المبحث الثاني

في الفسخ بسبب خيار الشرط

وفيه الفروع التالية :

- | | |
|--------------|------------------------------------|
| الفرع الأول | : حقيقة خيار الشرط . |
| الفرع الثاني | : خلاف الفقهاء في خيار الشرط . |
| الفرع الثالث | : صاحب خيار الشرط . |
| الفرع الرابع | : مجال خيار الشرط . |
| الفرع الخامس | : مبطلات خيار الشرط . |
| الفرع السادس | : ملك المبيع في زمن خيار الشرط . |
| الفرع السابع | : خلاف الفقهاء في مدة خيار الشرط . |

الفرع الأول

حقيقة خيار الشرط

خيار الشرط مركب من مضاف ومضاف اليه ، ولا بد لمعرفة
أى مركب من معرفة أجزائه أولاً ، ثم معرفته ثانياً باعتباره علماً على
شيء معين . وقد عرفنا فيما سبق معنى الخيار ، ومعنى الشرط ، ولا
يختلف معناهما هنا عن معناهما هناك فنكتفي بالمعنى السابق ، لكن
أشير هنا الى نوع الاضافة في هذا المركب ، فهي من قبيل اضافة الشيء
الى سببه أى الخيار الذى سببه الشرط .
وبعد معرفة خيار الشرط باعتباره مركباً^{تركيباً} / اضافةً أعود لتعريفه
بكونه علماً .

فأقول : تعرض فقهاء المذاهب المعتمدة لتعريف خيار الشرط
باعتباره علماً أو مفهوماً لقبياً على شيء معين هو " خيار الشرط " وهذه
التعريفات في الحقيقة والواقع لا تعدوا اصطلاحاتهم فيها مذاهبهم ،
ولئن دلت أحياناً على غير مذاهبهم فليس ذلك باعتبار الارادة والقصد
- فيما يظهر - وانما باعتبار الموافقة المجردة أو باعتبار أن حقيقة خيار
الشرط لا تختلف في غالب المذاهب .

وأنا هنا أستعرض تلك التعريفات وأناقشها بما يقتضيه المقام
ثم أعقب ذلك بالتعريف المختار .

أولاً - تعريف الحنفية :

عرف ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار خيار الشرط بقوله :

" خيار الشرط مركب اضافة صار علماً في اصطلاح الفقهاء على
(١) ما يثبت - أى بالشرط - لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الامضاء والفسخ .

وبالنظر الى هذا التعريف ، نلاحظ أنه عرف خيار الشرط بما يقتضيه حقيقة مذهب الحنفية المكون من قول الامام نفسه والصاحبين .

وتلك ميزة لهذا التعريف تجعله صالح الاعتبار من حيث الجملة وان كان بحاجة الى ايضاح ، ويان لا يُخْرِجُهُ عن حيز^{الايجاز} المطلوب مراعاته في سائر التعاريف .

وهذه الميزة المذكورة لهذا التعريف يفتقر اليها تعريف الامام الجرجاني في كتابه التعريفات والذي سبق به ابن عابدين ان يقول الجرجاني :

(١)
" أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل " .

فكما هو واضح من هذا التعريف ، أنه قاصر الدلالة على رأى أبي حنيفة القائل بأن الخيار لا يجوز أكثر من ثلاث ، أما رأى صاحبين القائلين بجواز الزيادة عليها فلا يشمل هذا التعريف فهو " غير جامع " .

ثانياً - تعريف المالكية :

عرف المالكية خيار الشرط بأنه " بيع وقف بته أولاً على امضاء يتوقع " . (٢)

وهذا التعريف على وجازته لا يعطي صورة حقيقية لمعنى خيار الشرط فإنه قد جعل الخيار بيعاً .

فهو في الحقيقة ليس تعريفاً للخيار ، وانما تعريف للمعقد الذي ورد عليه الخيار فجعله غير لازم .

(١) التعريفات للجرجاني ص ١٢٠ .
(٢) الخرشي على خليل ١٩/٤ .

ثالثاً - تعريف الشافعية :

لم يذكر الشافعية تعريفاً خاصاً بخيار الشرط ، بل قسموا الخيار إلى قسمين خيار نقص ، وخيار شهوة ، وأدخلوا خيار الشرط في القسم الثاني وعرفوه أعنى - خيار الشهوة - بقولهم " ما لا يتعلق بفوات شيء " . (١)

فهذا التعريف على ما فيه من قصور يندرج فيه ثلاثة خيارات ، الـ المجلس ، الشرط ، الروية .

وبشموله لهذه الخيارات لا يكون مانعاً فلا يصلح تعريفاً لخيار الشرط ، لأن من شروط التعريف أن يكون جامعاً مانعاً لا أفراد المعرف ، وهنا انتقض أحدهما .

رابعاً - تعريف الحنابلة :

عرف البهوتي من الحنابلة خيار الشرط بقوله : " - أن يشترطاه - أى الخيار في العقد أو يشترطاه بعد زمن الخيارين - أى خيار المجلس والشرط - إلى أمد معلوم " . (٢)

وبالتأمل في هذا التعريف ، نلاحظ أنه أوفى دلالة على

خيار الشرط من التعريفات السابقة لبيانه ما يلي :

سبب ثبوته وهو " الشرط " ، وفيه يثبت ؟ في العقد ولمن يثبت

للعاقدين ، ووقت ثبوته وهو زمن الخيارين ، وتوقيته بوقت معلوم .

(١) المجموع ١٢٥ / ٩

(٢) شرح منتهى الإرادات ١٦٨ / ٢

ورغم شمول التعريف لهذه الأمور إلا أنه لم يعطسنا صورة
حقيقية لذات الخيار الثابت بالاشتراط فلم يبين لنا أن الخيار حق
العاقدين في إضاء العقد أو فسخه .

التعريف المختار :

والتعريف الذى أراه مناسباً لهذا الخيار هو : حق يثبت لمن
اشترطه من العاقدين أو من يقوم مقامهما يملك بموجبه فسخ
العقد .

الفرع الثاني

خلاف الفقهاء في خيار الشرط

اتفقت المذاهب الأربعة على جواز اشتراط الخيار في العقدة
معلومة . (١)

وخالف في ذلك ابن حزم رحمه الله وقال : وكل بيع وقع بشرط
خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً أو لغيرهما خيار ساعة أو يوم أو
ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل فهو باطل تخيراً إنفاذه أو لم يتخيراً . (٢)

الأدلة :

أولاً : أدلة الجمهور على جواز اشتراط الخيار في العقد .

استدل القائلون بثبوت خيار الشرط بالسنة والاجماع .

١ - السنة :

أ - ما رواه محمد بن اسحق^(٣) عن نافع عن ابن عمر قال :
كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً وكان قد سفح في رأسه مأمومه فجعل
له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار فيما اشترى ثلاثاً وكان قد ثقل
لسانه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : بع وقل لا خلاية ، فكنت

(١) الهداية ٢٧/٣ ، حاشية الدسوقي ٩١/٣ ، مفني المحتاج

٤٦/٢ منتهى الارادات ١/٣٥٥ .

(٢) المحلى ٣٧٠/٨ .

(٣) هو محمد بن اسحق بن يسار بن خيار العلامة الحافظ الأخباري

أبو بكر القرشي المطلبى مولا هم المدني صاحب السيرة النبوية
ولد سنة ٨٠ كان من أحفظ الناس ، قال الذهبي : قلت كان
في المغازي علامة مات سنة ١٥٠ هـ ، سير أعلام النبلاء ٣٣/٧ .

أسمعه يقول : لا خذابة لا خذابة وكان يشتري الشيء ويجي به أهله فيقولون هذا غال فيقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني فسيبي . (١)

ووجه الاستدلال من الحديث :

أن الأصل في البيع بالخيار أنه فاسد ، ولكن لما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ الخيار فيما ابتاع ثلاثة أيام دل هذا على جواز شرط الخيار . (٢)

ب - ما رواه أبو هريرة مرفوعا : المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين . (٣)

ووجه الاستدلال من الحديث :

بين صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أن الشروط معتبرة ، وأنها مشروعة ، وأنه يجب على المسلم الوفاء بما اشترطه على نفسه ، ومن هذه الشروط خيار الشرط فيكون معتبرا بنص الحديث .

ج - ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد بعدها صاعا من طعام لا سمراء . (٤)

قال الامام السرخسي في المبسوط : ففيه دليل جواز اشتراط الخيار

-
- (١) رواه الحاكم في المستدرک ٢/٢٢ وقال عنه الذهبي في التلخيص على المستدرک صحيح ولقد روى هذا الحديث بروايات كثيرة بعضها لم تذكر الخيار أصلا كرواية الصحيحين البخاري ١٩/٣ مسلم ١١/٥ الترمذی ٥٥٢/٣ سنن الدارقطني ٥٥/٣، سنن البيهقي ٢٧٣/٥، وغيرهم ومن رواه بذكر الخيار الدارقطني في سننه ٥٥٠/٣ .
- (٢) شرح فتح القدير ٢٩٩/٦ .
- (٣) المستدرک ٥٠/٢ .
- (٤) صحيح مسلم ٥/٦ .

في البيع ، والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام^(١).

٢ - الاجماع :

ومن نقل الاجماع على خيار الشرط واستدل به على ثبوت خيار

الشرط : النووي في المجموع حيث قال : اعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الاجماع وقد نقلوا فيه الاجماع وهو كاف^(٢).

ومن نقل الاجماع أيضا على خيار الشرط الكمال بن الهمام في كتابه

شرح فتح القدير فقال : هذا وشرط الخيار مجمع عليه^(٣).

ثانياً : دليل ابن حزم على نفي خيار الشرط :

استدل ابن حزم لنفي خيار الشرط بدليل من السنة وآثار من

الصحابة رضي الله عنهم .

١ - السنة :

استدل ابن حزم بحديث بريرة^(٤) المشهور وقصتها مع عائشة

رضي الله عنها وهو كما يلي باحدى روايات الامام البخارى رحمه الله .

ما رواه بإسناداه الى عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت بريرة

فقلت إني كاتبة أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، فقالت

عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة واعتقك فعلت ويكون

(١) المسوط ٣٨/١٣ .

(٢) المجموع ١٩٧٩ .

(٣) شرح فتح القدير ٣٠٠/٦ .

(٤) بريرة صحابية جليمة مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كانت

قد اشترتها واعتقتها كان لها زوج خيرها الرسول صلى الله عليه

وسلم فيه بعد عتقها فاختارت فراقه . سير أعلام النبلاء ٢٩٧/٢ .

ولا وءك لي فذهبت الى أهلها فأبوا ذلك عليها فقالت : إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولا لهم فسمع بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألني فأخبرته فقال : خذها فاعتقها واشترطي لهم الولا فإنما الولا لمن أعتق . قالت عائشة : فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد : فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فأيا شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم اعتق يا فلان ولي الولا إنما الولا لمن أعتق . (١)

وجه الدلالة من الحديث :

ما قال ابن حزم : وكان اشتراط الخيار المذكور شرطاً ليس في كتاب الله تعالى ولا في شيء من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان فيها لكان في كتاب الله تعالى ، لأن الله تعالى أمرني كتابه بطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم فوجب بطلان الشرط المذكور يقيناً وإذا هو باطل فكل عقد لم يصح إلا بصحة ما لم يصح فلا صحة له بلا شك ، فوجب بطلان البيع الذي عقد على شرط خيار . (٢)

(١) صحيح البخاري ١٢٧/٣ ، صحيح مسلم ٢١٤/٤ .

١٢٨

(٢) المحلى ٣٧٦/٨ .

مناقشة الأدلة

أولاً : مناقشة أدلة مثبتة خيار الشرط :

ورد ابن حزم النافى لخيار الشرط أدلة المثبتين كلها بما يلي :

فرد استدلالهم بحديث حبان بن منقذ بأنه ليس فيه دلالة على اشتراط الخيار للمتبايعين أولاً أحدهما ، والذي في الحديث " إنما هو خيار يجب لمن قال عند التبايع لا خلافة بائعاً كان أو مشترياً سواء رضي بذلك معاملة أو لم يرض - رآلى أن قال : فأى شبهة بين هذين الحكمين وبين خيار يتفقان برضاها على اشتراطه لأحدهما أو لغيرهما " (١)

ورد استدلالهم بحديث المصراة بأنه عار عن الدلالة على خيار الشرط أصلاً ، والخيار الثابت به إنما هو للمشتري فقط دون البائع سواء رضي بذلك أم لم يرض .

وأيضاً - فإنه خيار ثبت بالشرع لا بالشرط فكيف يجوز الاحتجاج بالخيار فيه على عقد جرى باتفاق العاقدين على رضاها بشرط الخيار لهما أولاً أحدهما أو لغيرهما ؟ (٢)

ورد استدلالهم بحديث " المسلمون عند شروطهم ، بأن هذا الخبر لا يصح لأنه عن كثير بن زيد (٤) وهو مطرح باتفاق ولا يحل الاحتجاج بما روى " .

(١) المحلى ٣٧٦/٨

(٢) المرجع السابق .

(٣) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٤) هو كثير بن زيد يكنى أبا محمد مولى لبنى سهم توفي في خلافة ابي جعفر ، وكان كثير الحديث قال عنه ابن حجر صدوق يخطئ ، انظر الطبقات الكبرى لابن سعد القسم المتم ص ٤٢٣ ، تقريب التهذيب ١٣٣/٢

ثم قال ابن حزم " ومن طريق أخرى عن كذاب عن مجهول عن مجهول مرسل مع ذلك ، وعن عطاء مرسل " . (١)

وعلى فرض صحته ، فليس فيه دلالة أصلاً على اشتراط الخيار لأن شروط المسلمين ليس سبيلها العموم بل لو كان كذلك لجاز اشتراط الشروط المحرمة كاشتراط شرط الزنا والسرقه ولزمت ، وانما المـسـرـاد بالشروط/ التي جاء بإباحتها كتاب الله تعالى أو قررتها الشريعة. (٢)

أما استدلالهم بالاجماع فقد أورد ابن حزم آثاراً متفرقة عن الصحابة والتابعين مؤيداً بها ما يقول ومبطلاً بها أقوال غيره القائلين بخيار الشرط - واجماعهم حيث قال بعدها " فأين تهويلهم بالمصاحب الذي لا يعرف له مخالف " . (٣)

ولم يكتف ابن حزم رحمه الله تعالى بتوجيه تلك الآثار على مقتضى كلامه على ما في توجيهه لها من بعد ، بل حاول دون جدوى أن يثبت بها اجماع الصحابة والتابعين على ما يقول حين قال " فإن كان ما روى عن الصحابة والتابعين في ذلك اجماعاً فلا حجة في قول لم يأت به نص ولا اجماع " . (٤)

وبالتأمل في هذه الآثار نرى أنها لا تدل في الحقيقة على ابطال خيار الشرط ولا تنقض الاجماع بل تظهر مدى مبالغة ابن حزم في نقض دعوى غيره وطريقه ومقارنته للخصوم .

(١) المحلى ٣٧٦/٨

(٢) المرجع السابق ص ٣٧٥

(٣) المرجع السابق ص ٣٧٤

(٤) المرجع السابق ص ٣٧٥

ثانيا - مناقشة أدلة ابن حزم :

قلنا ان ابن حزم نفى خيار الشرط ، واستدل لنفيه له بحديث
بريرة المشهور ، وفيما يلي مناقشة استدلاله به .

أن هذا الحديث لا دلالة له فيه على ابطال خيار الشرط بل
فيه دليل على ابطال صوره واحدة من صور خيار الشرط ، وهي ما اذا كان
الشرط منافياً لمقتضى العقد - ونحن نقول بابطاله فيها كما ذهب - ومن
المعلوم أن ابطال صوره واحدة من صور الحكم لا يدل على ابطال الحكم
بالكلية بل يدل على ابطاله في تلك الصورة فقط .

كما ان هذا الحديث المستدل به لابن حزم يلخص منه جواز
اشتراط الخيار على خلاف ما قال ابن حزم ، والدليل على ذلك قوله صلى الله
عليه وسلم فيه " واشترطي لهم الولاء " .

فان قوله صلى الله عليه وسلم هذا يدل على جواز الاشتراط
في الأصل وإلا لما قال لعائشة ذلك لانتفاء أن يأمر النبي صلى الله عليه
وسلم باشتراط ما ليس له أصل شرعي يدل على جوازه .

كما أنه صلى الله عليه وسلم قد نبه على العلة التي من أجلها أبطل
الخيار هنا وهي كونه ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم ، وفي ذلك ارشاد لنا - نحن المسلمين - بأن ما كان من الشروط موجوداً
في كتاب الله أو سنته صلى الله عليه وسلم فهو معتبر وما لا فلا . وخيار
الشرط موجود في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعليه اجماع العلماء
الذى لا يكون الا عن دليل والا كيف يحتاج به ؟ وسيأتي ايضاح ذلك عند
مناقشة ابن حزم في انكاره للاجماع . فدل ذلك على ثبوته لا على نفيه
كما قال ابن حزم رحمه الله .

مناقشة وترجيح

وبالنظر لادلة الفريقين نلاحظ أن قول الجمهور باثبات خيار الشرط هو الأرجح - والله أعلم - لقوة ما استدلوا به .

فحديث حبان بن منقذ الذي استدلوا به قد روى بعده روايات بعضها يقوى بعضاً ، فقد روى مره بالارسال وأخرى بالاتصال . ومن رواه بالاتصال الامام البخارى في تاريخه الكبير ^(١) وحكم له النووى بالصحة ^(٢) ، ورواه أيضا الحاكم في المستدرک بإسناد صحيح كما قال ذلك الذهبي ^(٣) ، ورواه البيهقي وابن ماجه بإسناد حسن كما قال ذلك النووى . ^(٤)

والحديث وان كان مداره على محمد بن اسحق صاحب المغازى ، إلا أن الاكثرين وثقوه وإنما عابوه بالتدليس ، وفي هذه الرواية صرح بالسماع فقد قال " في روايته حدثني نافع والمدلس اذا قال حدثني أو أخبرني أو سمعت ونحوها من الالفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند الجماهير وهو مذهب البخارى ومسلم / المحدثين وجمهور من يعتد بهم . ^(٥)

هذا كله عن صحة الحديث وثبوته ، فماذا عن دلالة على المراد ؟ هذا الحديث في الحقيقة لا يدل دلالة صريحة على اثبات خيار الشرط لأنه لو كان صريحاً فيه لانتفى الخلاف ، ولكن عدم صراحته هنا في اثبات خيار الشرط لا تنفي دلالة عليه لأن الحديث هنا قد أثبت مطلق الخيار ، واذا ثبت ذلك وجب العمل بهذا الخيار والا للزم منه اخلاء الحديث عن الفائدة وهو باطل .

(١) التاريخ الكبير ١٧/٨ - ١٨

(٢) المجموع ١٩/٩

(٣) المستدرک ٢٢/٢

(٤) المجموع ١٩/٩

(٥) المرجع السابق .

ولكن ما هو الخيار الثابت هنا ؟ هل هو خيار الشرط أو غيره ؟
بالنظر في الدليل نجد أن المراد بالخيار هنا هو خيار الشرط ذلك أنه
جاء في الحديث : اذا بايعت فقل لا خلافة أى اشترط أن لا تخلص
أى تخشى - والله أعلم - .

وأيضاً فعند اثبات مطلق الخيار يتعين حمله هنا على خيار
الشرط لأن الخيارات الأخرى قد ثبتت بأدلة أخرى صريحة فيحمل عليه ،
هذا وما زال الحديث شار انتقادات كثيرة هي :

١ - أن حديث حبان بن منقذ خاص به لا يتعداه إلى غيره
وقد صرح بالخصوصية جمع من العلماء منهم الامام محمد بن الحسن / أبي حنيفة ،
والامام البيهقي (٢) وغيرهما .

ولعل منشأ الخصوصية - والله اعلم - ما كان يعاني منه حبان بن
منقذ الذى ورد الحديث في شأنه من ضعف في عقله بسبب آفة أصابته
فيه كما صرح بذلك بعض رواة الحديث .

ورغم أقوال هؤلاء العلماء الأجلاء رحمهم الله إلا أن القول
بالخصوصية فيه نظر ذلك أن الخصوصية لا تثبت بمجرد الاحتمال بل لابد
من التنصيص عليها كتنصيصه صلى الله عليه وسلم على أن شهادة خزيمة
تعدل شهادة رجلين . (٣)

- (١) الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٢٩ .
(٢) سنن البيهقي ٥ / ٣٢٤ .
(٣) المستدرک ١٨ / ٢ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد
ورجاله باتفاق الشيخين ثقات ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .

ولعل هذا هو السرفي السبب الذي جعل الامام أبله محمد بن
حزم لا يلجأ الى القول بها عند نفيه لدلالة الحديث المذكور على خيار
الشرط، وأيضاً لو كان الحديث خاصاً لما قيل بها هنا واستدل بها هناك
على خيار الغبن .

٢ - أن حديث حبان لم يرد فيه ذكر لخيار الشرط * أصلاً
فلا يحتج به عليه - وقد سبق معنا توجيه دلالة عليه فلا سبيل إلى
إعادتها هنا .

وعدم النص على خيار الشرط في الحديث هو الذي حدا بكثير
من الفقهاء إلى عدم الاحتجاج به ، ومن هو لا الحنابلة فقد استدلوا
بعمومات أخرى غيره كحديث " المسلمون عند شروطهم " ^(١) ولقد ذكرنا
فيما سبق قول الامام النووي واعلم أن أقوى ما يحتج به على خيار الشرط
الاجماع .

٣ - أن حديث حبان بن منقذ مجاله خيار الغبن لا الشرط
لورود ذلك في بعض روايات الحديث أنه كان يُغبن في البيوع ، وهذا
الاعتراض هو أوجه الاعتراضات السالفة لكونه قاطعاً لمحل النزاع ، وبه
تحمل الروايات المطلقة على الروايات المقيدة لا سيما أنها في واقعة
واحدة .

غير أنه من المفيد القول أن ورود الحديث أو حمله على خيار
الغبن لا ينفي دلالة على غيره لما تقرر في الأذهان من أن النص الشرعي
الواحد قد يدل على أكثر من حكم إذا كان محتملاً له بل قد يصبح الحديث
الواحد قاعدة كلية لمسائل جزئية متعددة .

وعلى ذلك فالحديث يحتمل خيار الغبن والشرط معاً .

كما أن قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث " لا خلافة " كالشرط
أى لا غبن ، ومعنى ذلك أن قوله جنس في الاشتراط سواء أكان الشرط
بسبب الغبن أم بسبب غيره ، فيجوز له الفسخ^(١) بسبب اشتراط الغبن
أو بسبب اشتراط غيره مما يجوز اشتراطه.

(١)

أما حديث "المسلمون عند شروطهم" الذى قال عنه ابن حزم انه
" لا يصح " فقد روى من عدة طرق من حديث أبي هريرة وعائشة وأنس وعمر
ابن عوف ورافع بن خديج وعبد الله بن عمر.

وكثير من زيد الذى ضعفه ابن حزم في رواية أبي هريرة فقط
والحديث بمجموع طرقه يرتقى إلى درجة الصحيح لغيره. (٢)

أما اثبات الاجماع ، فقد نقله جمع من العلماء^(١) أشرنا الى بعضهم عند
ايراد الأدلة ، ولكن هذا الاجماع من الاجماع التي لا تخلو من مخالف ،
وهو من قبيل الاجماع الفقهيّة - الذي يفترفيه الخلاف اليسير خلاف
الواحد أو الاثنين ممن لا يعتبر قولهم عند الانفراد في الغالب كالاجماع
الذى ينقله الامام ابن المنذر وغيره ، وهو المعنى بقول الامام أحمد رحمه
الله من نقل الاجماع فقد كذب ولكن ليقل لا أعلم في ذلك خلافاً ، وهذا
الاجماع درج عليه العلماء وتلقوه بالقبول ودونوه في كتبهم واحتجوا به +
واذا عرفنا أن الاجماع ما يحتج به في هذه المسألة فما هو

مستنده ؟

بعد ايراد أدلة القائلين بثبوت خيار الشرط يظهر ما استدلوا
عليه فيه ، وهي الأدلة السارة بمجموعها كعموم حديث " المسلمون عند
شروطهم " وحديث حبان بن منقذ .

(١) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٢) ارواء الغليل ٥ / ١٤٥ .

ومن الغريب ^١ أن ابن حزم رحمه الله شن هجوماً عنيفاً على الاجماع المذكور في هذه المسألة في كتابه المحلى كما أوردناه في معرض مناقشته لأدلة الجمهور أبطل فيه هذا الاجماع على حسب قوله ، ثم جاء في كتابه مراتب الاجماع ، وأثبت ما نفاه في كتابه المحلى ، وهذا الفعل منه دليل قوي على اعتبار الاجماع دليلاً في هذه المسألة . (١)

أما كيف حصل لابن حزم هذا التناقض العجيب ، فلعله كان يظن أولاً أن الاجماع المذكور في المسألة من الاجماع المتفق عليها ، فلما شرع في كتابه المحلى بالبسط للمسائل ومناقشة الأدلة ظهر له أن الاجماع المستدل به على خييار الشرط مجرد دعوى لا أساس لها ، وبذلك يكون كتابه المحلى متأخراً من حيث الزمن عن الكتاب الأول (٢)

(١) مراتب الاجماع لابن حزم ص ٨٦ .

(٢) الاختيارات الفقهية ص ١٢٥ وانظر الخير وأثره في العقود ص ٢١١ .

الفرع الثالث

صاحب خيار الشرط

خيار الشرط لا بد لاشتراطه في العقد والعمل بمقتضاه في المستقبل عند ارادة الفسخ أو الاجازة من اراده ، وهذه الارادة في الواقع لا تعدو شخص العاقدين لأن العقد إنما عقد من أجلهما ولمصلحتهما فامضاه أو فسخه موقوف على اشتراط الخيار لهما أو لأحدهما .
والمراد بالعاقدين هنا ما هو أعم من المالكين فيشمل المالكين والوكيلين والوصيين وغيرهما من له الحق في إبرام العقد .
وإذا عرفنا أن الخيار يثبت للعاقدين فلكل منهما حق اشتراطه لنفسه وللعاقد الآخر .

فاشتراطه لنفسه مثل أن يقول البائع للمشتري : بعتك هذه السلعة على أني بالخيار ثلاثة أيام ، واشتراطه للعاقد الآخر كأن يقول : بعتك هذه السلعة بكذا ولك الخيار فيها ثلاثة أيام .
ولهما أيضا أن يتفقا في اشتراطهما على مدة الخيار كأن يتفقا على أن يكون خيار الشرط ثلاثة أيام .
ولهما أيضا أن يشترطا لأحدهما مدة معينة ولآخر أخرى تختلف عن الأولى كأن يشترط أحدهما الخيار ثلاثة أيام ويشترط الآخر يومين .
هذا كله لا خلاف فيه بين الفقهاء . (١)

(١) الهداية ٢٧/٣ شرح فتح القدير ٢٩٨/٦ ، ٢٩٩ ، مجمع الأنهر ٢٣/٢ ، حاشية الدسوقي ٩١/٣ مغني المحتاج ٤٦/٢ روضة الطالبين ٤٤٦/٣ منتهى الإرادات ٣٥٢/١ .

لكن اذا اراد العاقدان أو أحدهما أن يشترطا أو يشترط أحدهما
الخيار لأجنبي عن العقد فهل لهما أوله ذلك ؟
المذاهب الأربعة ^(١) ما عدا زفر من الحنفية على جواز اشتراط
الخيار للأجنبي عن العقد .
والمراد بالأجنبي هنا من لا علاقة له بالعقد أصلاً سواء أكان
حاضراً أم غائباً .

واستدلوا بما يلي :

- ١ - أن اشتراط الخيار للأجنبي فيه معنى اشتراط الخيار
للعاقدين أنفسهما لأن المشتراط يجعل غيره نائباً عنه في التصرف
بحكم الخيار ، ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار له .
- ٢ - ولأن جواز اشتراط الخيار للحاجة لدفع الغبن ، وقد
يشترى الانسان شيئاً وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرطه لمن يكون
مهتدياً من صديق أو قريب حتى ينظر له ، فللحاجة اليه صار كاشتراط الخيار
للعاقدين . ^(٢)

وقال زفر من الحنفية : لا يجوز اشتراط الخيار للأجنبي ،
واستدل بما يلي :

- ١ - أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه
لغير العاقدين كاشتراط الثمن على غير المشتري . ^(٣)

- (١) الهداية ٣٠/٣ الشرح الكبير للدردير ٩٨/٢ .
مغني المحتاج ٤٦/٢ منتهى الارادات ٣٥٨/١ .
- (٢) الهداية ٣٠/٣ ، شرح فتح القدير ٣٢٠/٦ ، ٣٢١ .
- (٣) الهداية ٣٠/٣ .

٢ - ولأن في اشتراط الخيار تعليقاً لفسخ البيع بفعل الغير والعقود لا تحتل التعليق.

٣ - القياس على خيار العيب والروءية.

فخيار العيب والروءية لا يجوز شرطهما لغير العاقلين فكذا خيار الشرط. (١)

*

مناقشة وترجيح

بالنظر الى ما استدل به الفريقان يظهر لي - والله أعلم - رجحان ما قاله الجمهور من ثبوت الخيار للأجنبي لأن الخيار حق للعاقلين ممكن الانتقال فيجوز لهما التنازل عنه أو تليكه لمن شاء كصائر حقوقهم التي تقبل الانتقال.

أما استدلال به زفر فغير مسلم قوله : إن الخيار من مواجب العقد ، فلا يجوز اشتراطه كاشتراط الثمن على غير المشتري .

فإن موجبات العقد هي مقوماته وما يتعلق بتلك المقومات من الشروط والخيار ليس شيئاً من ذلك بل هو أمر زائد على العقد أوجبه الشارع بإيجاب العاقد له على نفسه أو غيره لمصلحة العاقلين ، والدليل على ذلك انه اذا لم يشترط العاقدان أحدهما الخيار لا يؤثر ذلك في العقد ولا يفسده أو يبطله ، وإنما يؤثر فيه برفع اللزوم الى وقت معلوم ، أما تخلف الثمن الذي هو من موجبات العقد باعتباره من مقاصد العقد فلا شك أنه مؤثر في العقد وموجب لبطلانه فافترقا .

(١) الهداية ٣٠/٣ . شرح فتح القدير ٣٢٠/٦ ، ٣٢١ .

وأما قوله " أن اشتراط الخيار تعليق لفسخ البيع بفعل الغير،
والعقود لا تحتل التعليق .

فإننا نقول إن اشتراط الخيار ليس تعليقاً لذات البيع بل هو تعليق
للخيار الذي هو الفسخ ، والفسخ يقبل التعليق ، وتعليق الفسخة غير
تعليق البيع .

أما قياسه خيار الشرط على خيار الروية ، فقياس ممنوع لعدم ظهور
العلة أو تحققها في المقيس ، فإن خيار الروية والعيب لم يثبتا بفعل
أو قول من المالك لهما بل ثبتا بغير اثباتهما له فلا إرادته لهما في
ثبوته بل إرادتهما في العمل بمقتضاه عند وجود المقتضي كالعيب
في خيار العيب ، ومع الغائب في خيار الروية .

بخلاف خيار الشرط الذي لا بد من اشتراطه عند العقد من
العاقدين ولا يثبت بغير الاشتراط .

الفرع الرابع

مجال ثبوت خيار الشرط

من المعلوم أن خيار الشرط لا يثبت الا في العقود ، و اذا عرفنا
أن خيار الشرط لا يثبت الا في العقود بقي علينا أن نتساءل هل يثبت
في كل العقود أو في بعضها دون بعض ؟

من البديهي القول أن خيار الشرط لا يثبت الا في العقود اللازمة
دون الجائزة لأن الخيار ما شرع الا للفسخ ، والعقود الجائزة يتمكن
العاقدان من فسخها بأصل وضعها فلا معنى لثبوت خيار الشرط فيها .
وقول شيخ الاسلام ابن تيمية أن الخيار - يعني خيار الشرط - يثبت في
كل العقود محمول على ذلك ^(١) ، أما الأئمة الأربعة فلا يرون ثبوته
في كل العقود بل ثبوته مقيد عند الحنفية بالعقود اللازمة القابلة
للفسخ فيخرجون مثل النكاح لعدم قابليته للفسخ عندهم . ^(٢)

أما الشافعية والجنابلة فيثبتونه في البيع الذي يشترط فيه
القبض في المجلس .

ويثبتونه أيضا فيما هو بمعنى البيع كالصلح على مال والهبة
بعض ونحو ذلك . ^(٤)

- (١) المغني والشرح الكبير ٤/ ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ .
- (٢) الاختيارات الفقهية ص ١٢٥ . الخيار وأثره في العقود ص ٢٧٢ .
- (٣) حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٧ .
- (٤) منهاج الطالبين ص ٤٧ الوجيز ١/ ١٤١ منتهى الارادات ١/ ٣٥٧ كشف القناع ٣/ ٢٠٢ .

والذى أرجحه ، ما ذهب اليه الحنفية من أن خيار الشرط لا يثبت إلا في العقود اللازمة القابلة للفسخ لأن المعنى الذى شرع لأجله الخيار الذى هو الفسخ يتحقق في كل عقد يقبل الفسخ ، ولأن نصوص الشارع في اثباته عامة فيحمل العموم على ما يقتضى الإمكان وهو ما ذكرنا .
وفيما يلي العقود التى تقبل الفسخ كما أوردها الأحناف :

- | | |
|---------------------|---------------------|
| ١ - عقد البيع . | ٩ - الرهن . |
| ٢ - المزارعة . | ١٠ - العتق . |
| ٣ - المعاملة . | ١١ - الكفالة . |
| ٤ - الاجارة . | ١٢ - الحوالة . |
| ٥ - القسمة . | ١٣ - الابرأه . |
| ٦ - الصلح على مال . | ١٤ - الوقف . |
| ٧ - الكتابة . | ١٥ - الشفعة . (١) |
| ٨ - الخلع . | |

(١) حاشية ابن عابدين ٥٧٠ / ٤

الفرع الخامس

مطلات خيار الشرط

من المتفق عليه أن الأصل في العقود اللزوم ، ومعنى ذلك أن الخيار أو الفسخ طارىء على العقد ، ولها كان طارئاً عليه ومخالفاً لأصله الذي هو اللزوم ، فقد جاءت النصوص الشرعية بتوقيته .

ومن المعلوم أن ما كان مؤقّتا بوقت ينتهي عند الفقهاء^{بانتها} وقته لكن بطلان الخيار لا ينحصر في انتهاء المدة المقررة له فقط بل هناك أمور أو تصرفات إذا وقعت أبطلت الخيار وإن لم تنته مدته . وعلى ذلك فيمكننا التفريق بين ما هو انبها للخيار وبين ما هو اسقاط له .

فإنها الخيار يكون بانتهاء مدته ، واسقاطه يكون قبلها بفعل أو قول من له الخيار .

وفيما يلي تفصيل مطلات خيار الشرط :

أولاً : انتهاء المدة دون اختيار من له الخيار .

وانتهاء الخيار بانتهاء مدته ، مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة . (١)

واستدلوا بما يلي :

١ - أن الخيار مؤقت بوقت محدود ، والمؤقت ينتهي عند

انتهاء وقته .

(١) البحر الرائق ٢٠/٦ بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ ، المجموع ١٩٥/٩ ،

كشاف القناع ٢٥١/٣ .

٢ - أن مدة الخيار مدة ملحقة بالعقد فينتهي خيار الشرط بانتهاء تلك المدة ، قياساً على الأجل في العقد فإنه ينتهي بانتهاء وقته . (١)

٣ - ولأن الحكم ببقاء المدة يقتضي بقاء الخيار في غير ما اشترط فيه ، والشرط سبب لثبوت الخيار ، فلا يجوز أن يثبت بالخيار ما لم يثبت بالشرط أو يتناوله .

٤ - ولأن البيع مقتضي للزوم ، وإنما تخلف لزومه لوجود الشرط فمتى انتهى الشرط عاد للزوم لزوال ما يعارضه كما لو أمضوا العقد . (٢)

وقال المالكية^(٣) والقاضي أبو يعلى من الحنابلة^(٤) : إن العقد لا يلزم بانتهاء مدة الخيار .

فانتهاء الخيار عندهم لا يعني لزوم العقد بل متى انتهى الخيار كان للعاقدة حق الفسخ مع عدم وجود الخيار .

إلا أن المالكية يحددون الفترة التي لا يلزم فيها العقد عندهم بعد انتهاء أمد الخيار باليوم واليومين . (٥)

واستدل لهم ابن قدامة بالقياس على الأيلاء حيث لا يلزم المولي الفیئة بانتهاء الأجل فقال : " لأن مدة الخيار ضربت لحق له

(١) فتح القدير ٢٦٨/٥ بدائع الصنائع ٢٦٢/٥ ، المغني والشرح

الكبير ١١٣ ، ١١٢/٤

(٢) المغني والشرح الكبير ١٣/٤ والمجموع ١٩٥/٩

(٣) حاشية الدسوقي ٩٥/٣

(٤) المغني والشرح الكبير ١٢/٤ وأبو يعلى هو القاضي محمد بن الحسين

ابن محمد الفراء أبو يعلى كان عالم زمانه وفريد عصره ، أما ما في الأصول والفروع له مؤلفات كثيرة منها " العدة " و " مختصر الدرر " و " الكفاية " و " أحكام القرآن " توفي سنة ٤٥٨ هـ . انظر طبقات

الحنابلة ١٩٣/٢ شذرات الذهب ٣٠٦/٣ ، الاعلام ١٠٠/٦

(٥) حاشية الدسوقي ٩٥/٣

لا لحق عليه ، فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الأجل في حق المولي .

ولقد أجاب رحمه الله على استدلالهم هذا بعد إيراد له بنفي الحكم في الأصل وهو الإيلاء . بأن المدة المضروبة في الإيلاء ليست لالزام الحكم وإنما هي للمطالبة ، والمطالبة تستحق بحضي المدة ، بخلاف المدة في الخيار فإنها مضروبة لالزام الحكم ، وهو اللزوم . (١)

والراجع هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الخيار ^{ينتهي} بانتهائها مدته لأنه لا معنى لتوقيت الخيار إلا انتهاءه . بانتهاء الوقت وإلا لم يكن للتأقيت فائدة .

ثانياً : تصرف من له الخيار في المبيع في مدة الخيار .

من له الخيار إما أن يكون بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً ، وتصرفه سقط لخياره أياً كان نوع ذلك التصرف بالفسخ أو الإجازة .

وفيما يلي تفصيل أحكام الفسخ والإجازة اللذين هما من سقطات خيار الشرط :

١ - التصرف بالفسخ .

إذا تصرف من له الخيار في المبيع وقصد بتصرفه الفسخ ، فتصرفه لا يخلو إما أن يكون تصرفاً قولياً أو تصرفاً فعلياً .

(١) المغني والشرح الكبير ٤/ ١١٢، ١١٣ .

أ - التصرف القولي :

فالتصرف بالقول ، كقول من له الخيار فسخت البيع أو أبطلته أو نقضته أو رفعت أو قول المشتري ردت الثمن أو قول البائع استرجعت المبيع ونحو ذلك ، وهذا النوع من التصرف يسمى تصرفاً اختيارياً .

ب - التصرف الفعلي :

وهو أن يتصرف من له الخيار في المبيع تصرف المالك ان كان الخيار للبائع أو في الثمن ان كان عينا وكان الخيار للمشتري . كما لو باع المبيع أو اعنته أو دبره أو كاتبه أو أجره أو وهبه أو رهنه ونحو ذلك^(١).

٢ - تصرف من له الخيار بالاجازة :

والتصرف بالاجازة كالتصرف بالفسخ تكون بالقول والفعل .

أ - التصرف بالقول :

نحو ان يقول من له الخيار أجزت البيع أو أمضيته أو أوجبت أو أسقطت خياري أو أبطلته ونحو ذلك .

ب - التصرف بالفعل :

وهو أن يتصرف في المبيع تصرف المالك فيما اذا كان الخيار للبائع، أو يتصرف المشتري في الثمن فيما اذا كان الخيار له .
كأن يمتق المبيع أو يدبره أو يكاتبه ونحو ذلك .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٧١ ، ٢٧٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٥ ،

مغني المحتاج ٢ / ٤٩ ، كشف القناع ٣ / ٢١٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٦٧ ، وانظر المراجع السابقة لهذا المرجع .

ثالثاً - هلاك المبيع :

هلاك المبيع اما أن يكون قبل القبض أو بعده .

فإن كان قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء في بطلان الخيار ^(١) ،

وعليه الكاساني بقوله " لأنه لو كان باتاً - يعني العقد - لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط أولى لأنه أضعف منه " ^(٢) .

وان كان الهلاك بعد القبض فقد اختلف الفقهاء فيه هل يبطل

الخيار أو لا يبطله ؟

فقال المالكية والحنابلة ^(٣) يبطل الخيار وعليه ابن قدامه

بقوله - " لأنه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب اذا تلف بالعيب " ^(٤) .

إلا أن للحنابلة رواية أخرى تمنع بطلان الخيار بالتلف بعد

القبض إذا كان الخيار للبائع ، وله الفسخ ومطالبة المشتري بالقيمة ، وهي اختيار القاضي أبي يعلى وابن عقيل منهم ^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ٢٧٢/٥ حاشية الدسوقي ٥/٣ ، روضة الطالبين

٤٥١/٣ ، المغني والشرح الكبير ١٢/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٤٥١/٥ .

(٣) حاشية الدسوقي ١٠٥/٤ المغني والشرح الكبير ١٢/٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق . وابن عقيل هو علي بن عقيل بن محمد بن عقيل

ابن أحمد البغدادي المقرئ الفقيه الأصولي الواعظ المتكلم

أبو الوفاء أحد الأعلام له مؤلفات منها " الفنون " وفي الفقه

كتابه " المغني " و " عمدة الأدلة " الروايتين والوجهين "

توفي سنة ٥١٣ هـ ، الذيل على طبقات الحنابلة ١٤٢/١ .

واستدلوا لها بالسنة والقياس .

أولاً: السنة :

(١)

حديث " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " .

ووجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل للمتبايعين الخيار ما لم يتفرقا من مجلس العقد ، فإذا تفرقا من مجلس العقد أو تخايرا بطل الخيار بهما ولا يبطل بغيرهما ما لم ينص عليه فيه كالهلاك بعد القبض .

ثانياً : القياس :

قاسوا عدم بطلان الخيار بالطف على ما اذا اشترى ثوباً بثوب ، فطف أحد الثمين ، ووجد العاقد الآخر بالثوب الآخر عيباً فله الرد والرجوع بقيمة التالف .

فقالوا : " ولأنه خيار فسخ لم يبطل بطف المبيع كما لو اشترى ثوباً بثوب فطف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فإنه يرد ، ويرجع بقيمة ثوبه كذا ها هنا " . (٢)

أما الحنفية ، ففرقوا في حكم الهلاك بين ما اذا كان الخيار للبائع أو للمشتري فإذا هلك المبيع والخيار للبائع بطل العقد وإذا بطل العقد أو انفسخ بطل الخيار ، وظلوا بطلان العقد بأن المبيع صار بحالة لا يحتمل معها انشاء العقد عليه فلا يكون محتملاً للاجازه فيبطل العقد ضرورة . (٣)

(١) سبق تخريجه ص ١٤٠ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ١٢/٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٧٢ .

هذا اذا كان تلف المبيع في زمن خيار البائع بغير استهلاك
الاجنبي أو استهلاك المشتري .

فإذا تلف المبيع باستهلاك الاجنبي له فلا يفسخ البيع) والبائع
باق على خياره لأنه يهلك الى بدل وهو الضمان وانما قيل بالضمان
هنا لوجود سبب وجوبه وهو الاتلاف لمال الغير لأن خيار البائع
يُبقى المبيع في ملكه والهالك إلى بدل موجود معنى فكان المبيع
موجوداً فيحتمل الاجازة سواء في ذلك أكان المبيع تحت يد المشتري
أم تحت يد البائع .

وكذلك لو كان المستهلك للمبيع المشتري " لأنه وجب الضمان
عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه
فكان المبيع قائماً معنى فكان الخيار على حاله ان شاء فسخ البيع واتبع
المشتري بالضمان وان شاء أجازته واتبعه بالثمن : (١)

وأما ان كان الخيار للمشتري فلا يبطل البيع وانما يبطل الخيار
فقط ويلزم البيع . (٢)

أما الشافعية فبنوا حكم الهلاك على ملكية المبيع في زمن الخيار
ولهم في ملكية المبيع في زمن الخيار ثلاثة أقوال - للبائع - للمشتري - موقوف .
وفيما يلي حكم الهلاك تبعاً لكل قول .

١ - اذا هلك المبيع ، والملك للبائع يفسخ البيع ولا خيار .

٢ - اذا هلك المبيع ، والملك للمشتري ، أو موقوف .

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٣٢ .

(٢) المرجع السابق .

فيه قولان :

أحدهما : ينفسخ البيع ، ولا خيار لأن الهلاك حصل قبل أن

يستقر العقد .

والآخر : وهو أصحهما لا ينفسخ لأنه دخل في ضمان المشتري

بقبضه له .

وعلى القول بعدم الانفساخ فهل يبقى الخيار أو ينقطع ؟

وجهان :

أولهما : ينقطع الخيار قياساً على انقطاع خيار العيب بالهلاك .

وأصحهما : لا ينقطع كما أن التخالف لا ينقطع بهلاك البيع^(١) .

هذا كله إذا كان التلف بآفة سماوية .

أما إذا كان التلف باتلاف مطف .

فإذا كان التلف حاصلًا والمبيع بيد المشتري في مدة الخيار ، فلمن

يملك الخيار حق فسخ البيع أو مضاؤه ، لأن الحاجة الداعية للخيار قائمة

بعد الاتلاف^(٢) وكذا الحكم فيما لو قبض المشتري المبيع في زمن الخيار

ثم أودعه عند البائع فتلف في يده فهو كما لو تلف في يد المشتري^(٣) .

رابعاً - حدوث عيب في زمن الخيار .

اختلف الفقهاء فيما إذا ظهر عيب في المبيع في زمن خيار الشرط

هل يسقطه أو لا يسقطه ؟ وفيما يلي تفصيل أقوالهم :

(١) روضة الطالبين ٣ / ٤٥١ ، ٤٥٢ .

(٢) المجموع ٥ / ٢٠ ثم قال بعد ذلك ، وقال الخراسانيون إذا تلف في

يد المشتري فإن قلنا الملك للبائع يفسخ البيع كالتلف ، وإن قلنا

للمشتري أو موقوف نظر إن ألتفه أحبني بُنِيَّ علو ما لو تلف

بآفة سماوية ... الخ

(٣) روضة الطالبين ٣ / ٤٥٣ .

١ - قول الحنفية :

نقصان المبيع في زمن خيار الشرط يسقط الخيار عند الحنفية لأن
من شروط الرد أن يكون المردود مثل المقبوض .

إلا أن أبا يوسف رحمه الله يخص من عموم عدم الرد ما إذا انقضى
المبيع بفعل البائع ، فالمشتري في هذه الصورة عنده - على خياره ان شاء
بالمضى البيع وأخذ أرش النقصان وان شاء فسخ ورجع بالثمن .

والمراد بالعيب الذي يسقط الخيار هنا هو العيب الذي لا يمكن
زواله أو رفعه كقطع يد العبد .

أما إذا أمكن زواله كمرض الدابة في وقت الخيار فلا يسقط الخيار
إذا زال قبل انتهاء أمد الخيار .

أما إذا لم يزل واستمر حتى انتهاء وقت الخيار، فإن حكمه حكم
العيب الذي لا يمكن زواله . (١)

ويقول الحنفية بأن الخيار يسقط بتعيب المبيع في مدته ، قال
الحنابلة واستثنوا من ذلك ما إذا كان المبيع من غير المضمونات على المشتري
لعدم القبض كالبيع بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ، فللمشتري هنا
رد المبيع بالعيب الحادث بعد العقد وقبل القبض . (٢)

(١) بدائع الصنائع ٢٦٩/٥ ، شرح فتح القدير ٣٠٨/٦ .

(٢) كشاف القناع ٢٠٢/٣ .

٢ - قول المالكية :

المبيع عند المالكية ، اما ان يتعيب أو يتلف بعضه ، والخيار للبائع ، أو يتلف بعضه والخيار للمشتري .

أ - تلف بعض المبيع ، والخيار للبائع :

فاما أن يكون تعيبه بفعله أو بفعل المشتري .

١ - تعيب المبيع بفعل البائع نفسه ، ففعله اما أن يكون على وجه العمد أو على سبيل الخطأ .

وفي صورتين يسقط خياره ، وللمشتري الخيار بين امضاء البيع أو فسخه فان اختار الامضاء رجع بحصة التالف ان كان تلف البعض يعتمد من البائع وإلا فلا يرجع بشيء . (١)

٢ - تعيب المبيع بفعل المشتري .

اذا تعيب المبيع بفعل المشتري ، والخيار للبائع فالفقهاء المالكية في تعيبه قولان :
أولهما : أن للبائع الخيار بين رد المبيع وأخذ أرش العيب أو امضاء البيع والرجوع بالثمن سواء في ذلك أكان النقصان عمداً أو خطأ .

ثانيهما : أن للبائع الخيار كما سبق فيما اذا كانت الجناية على المبيع عمداً .

أما اذا كانت خطأ فللمشتري الخيار بين أخذ المبيع مع دفعه للثمن وارش الجناية أو يترك المبيع للبائع وعليه دفع مقدار جنايته . (٢)

(١) الشرح الكبير : للدردير ١٠٥/٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ١٠٥/٣ .

ب - تلف بعض المبيع والخيار للمشتري :

تلف بعض المبيع والخيار للمشتري اما أن يكون بفعل البائع أو بفعل المشتري نفسه .

١ - أن يكون تلف بعض المبيع بفعل البائع .

فإن كان تلف بعض المبيع بغير عمد من البائع فللمشتري الخيار بين أخذ المبيع ناقصاً ولا شيء له لأن بيع الخيار مخل فجنابة البائع على ملكه (١) - وبين رده للبائع .

وان كان تلف البعض بفعل عمد من البائع ، فللمشتري الخيار بين الامضاء وأخذ مقدار التلف من البائع أو الفسخ .

يقول المواق في ذلك : " ان كان الخيار للمشتري فجنو البائع عمداً فإن لم يتلف المبيع كان للمشتري أن يفرم البائع قيمة الجنابة ويأخذه معيباً ويدفع الثمن أو يرده " (٢) .

٢ - أن يكون تلف بعض المبيع بفعل المشتري نفسه .

فان كان تلف بعض المبيع بفعل عمد من المشتري اعتبر فعله ذلك رضا بالبيع وسقط به خياره وان كان تلف بعض المبيع بغير عمد من المشتري - أي خطأ - فهو على خياره ، فله رد المبيع ورد معه مقدار النقصان وله امساكه ولا شيء له .

(١) الشرح الكبير للدردير ٣ / ١٥٠ .

(٢) التاج والاكيل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل ٤ / ٤٢٣ ، والمواق هو محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري الشهير بالمواق فقيه مالكي كان عالم غرناطة وامامها له مؤلفات هما (التاج والاكيل) و (سنن المهتدين في مقامات الدين) توفي سنة ٨٩٧ هـ ، نيل الابتهاج ص ٣٢٤ ، الأعلام

٣ - قول الشافعية :

حكم تلف البعض من حيث كونه يسقط الخيار أولاً يسقطه كسلف الكل . ومسألة التلف عند الشافعية مبنية على ملكية المبيع في زمن الخيار ولهم في ذلك ثلاثة أقوال هي : للبائع - للمشتري - موقوف .

فإذا كان الملك للبائع انفسخ المبيع .

وإذا كان الملك للمشتري أو موقوفاً فقولان :

الأول : ينفسخ ، فإذا قيل بالانفساخ في البعض التالف كأن كان المبيع عشرين فتلف أحدهما فهل ينفسخ في الباقي أيضاً ؟ ينفسخ لما فيه من تفريق الصفقة .

الثاني : وإن قيل بعدم الانفساخ فهل يسقط خياره في الباقي ؟ قولان مبنيان على القول بجواز رد أحد العبدتين إذا اشتراهما مع شرط الخيار فإن قيل بالجواز جاز الرد ولم يسقط الخيار، وإن قيل لا يجوز ففي عدم سقوط الخيار فيما بقي وجهان (١) .

خامساً - زيادة المبيع في زمن الخيار :

إذا زاد المبيع في زمن الخيار فما حكم زيادته هل تمنع الرد وتبطل الخيار أولاً تمنعه ؟
للفقهاء في ذلك مذهبان :

(١) روضة الطالبين ٤٥٣/٣ ، وانظر لتأصيل المسألة ص ٤٥١ ، المجموع

الأول : مذهب الحنفية :

الزيادة عند الحنفية .

اما أن تكون زيادة متصلة أو منفصلة ، وكل منهما اما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة منه .

وفيماء يلي بيان حكم كل نوع من تلك الأنواع :

١ - الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل مثل : سمن الحيوان وجمال الرقيق تمنع الرد وتبطل الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا تمنع ولا تبطل بالخيار .

٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كصبغ الثوب والبناء على الأرض تمنع الرد وتبطل الخيار لأن هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع ، فكانت مسقطاً للخيار .^(١)

٣ - الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالولد والبويض ونحوها تمنع الرد وتبطل الخيار .

٤ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالصدقة والكسب وقسمها الكاساني الى قسمين :

أ - زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل لكنها بدل الجزء الفائت كالارش أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر^(٢) تمنع الرد وتبطل الخيار كالمنفصلة المتولدة .

(١) بدائع الصنائع ٢٧٩/٥ ، ٢٨٠٠ .

(٢) قال في المغرب العقر صدق المرأة اذا وطئت بشبهة ، المغرب

ب - زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، ولا هي بدل الجزء
الفائت أو ما هو في معنى الجزء الفائت كالصدقة والكسب والغلة لا تمنع
الرد ولا تبطل الخيار. (١)

الثاني : مذهب المالكية والشافعية والحنابلة :

الظاهر من نصوصهم أن الزيادة في البيع في زمن الخيار لا تمنع
الرد عندهم أي كان نوع تلك الزيادة متصلة أو منفصلة متولدة أو غير
متولدة. (٢)

سادساً - الأخذ بالشفعة :

وصورها بما إذا اشترى رجل داراً وشرط الخيار فيها مدة معينة
ثم حدث أن بيعت داراً أخرى بجوارها فيأخذها المشتري الذي اشترط
الخيار بالشفعة ، فإن أخذه لها بهذه الصورة دليل تملكه للأرض الأولى
فكان دليلاً على إجازته. (٣)

سابعاً - إجازة أحد الشريكين :

بأن تبايع الشريكان عينا مع غيرهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام
مثلاً فأجاز أحدهما البيع بطل الخيار ولزم البيع وهذا عند أبي حنيفة
رضي الله عنه. أما عند صاحبين فلا يبطل الخيار ويبقى الشريك الآخر
على خياره. (٤)

(١) بدائع الصنائع ٢٧٩/٥ ، ٢٨٠٠

(٢) حاشية الدسوقي ١٠٤/٣ ، المجموع ٢١٤/٩ روضة الطالبين

٤٤٩/٣ ، كشف القناع ٢١٧/٣ ، ٢١٨٠

(٣) شرح فتح القدير ٣٣٠/٦

(٤) بدائع الصنائع ٢٦٨/٥ حاشية ابن عابدين ٥٨٣/٤

ثامناً - بلوغ الصبي في مدة الخيار :

إذا اشترط الأب أو الوصي الخيار لصغير لم يبلغ ثم بلغ في مدة الخيار بطل الخيار ، ولزم البيع عند أبي يوسف رحمه الله .
ووجه قوله : " أن الخيار يشبث للولي وهو ولاية الفسخ والاجازة ، وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبي ولهذا لم ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار " . (١)

وقال محمد بن الحسن : ينقل الاجازة الى الصبي ولا ينتقل الفسخ بل يبق طكاً للولي .

ووجه قوله : " أن الولي يتصرف في مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعاً لعجزه عن التصرف بنفسه ، وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا أنه يملك الفسخ لأنه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولي في البيع أنه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة . (٢)

تاسعاً - عجز المكاتب :

إذا كاتب السيد عبده وفي خلال المكاتبه اشترى العبد أو باع بشرط الخيار لنفسه ثم عجز عن أدائه الكتابة فإن الخيار يسقط ضرورة .
" لأنه لما عجز رد الى الرق فلم يبق له ولاية الفسخ أو الاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت " . (٣)

(١) بدائع الصنائع ٢٦٨/٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) البدائع ٢٦٨/٥ ، البحر الرائق ١٩/٦ .

هذا عند الحنفية .

أما عند المالكية ، فلا يسقط الخيار بل ينتقل إلى السيد .

يقول الدسوقي في حاشيته شارحاً قول صاحب الشرح الكبير :

" قوله وانتقل لسيد مكاتب " أى أن المكاتب إذا باع سلعة بخياره أو اشترى سلعة بخياره ثم عجز عن أدائها نجوم الكتابة قبل انقضاء زمن الخيار فإنه ينتقل ما كان له من الخيار لسيده فإن شاء السيد أمضى البيع وإن شاء رده ولا كلام للمكاتب بعد عجزه لأن اختياره بعد عجزه يوجب له التصرف الرقيق بغير إذن سيده . " (١)

(١) حاشية الدسوقي ٣ / ١٠١ .

عاشراً - موت من له الخيار في مدة الخيار :

أجمع الفقهاء على أنه إذا مات العاقد الذي ليس له خيار فالآخر على خياره^(١)، ومعد اجماعهم على ذلك اختلفوا في سقوطه بموت من له الخيار قبل انتهاء أمد الخيار.

فقال أبو حنيفة : ينقطع الخيار، ويسقط بموت من له^{الخيار} ويلزم

البيع .

ووجه ما قال : إن الخيار لا تأثير له في انعقاد العقد ابتداءً وإنما تأثيره في العقد بنقضه، والخيار محض صفة، والصفة لا تقبل الانتقال لأنها لا تحتله، والإرث إنما يكون فيما يقبل الانتقال أو يحتله لافي غيره مما لا ينتقل^(٢).

ووافق أبا حنيفة الحنابلة إلا أنهم اشترطوا لعدم ارثه عدم مطالبة من له الخيار بالخيار قبل موته .

فإن طالب به قبل موته جاز لورثته ارث خياره .

ووجه ما قالوا : إن الخيار حق ثبت لفسخ العقد وهو لا يجوز الاعتياض عنه، فلا يجوز ارثه كخيار الرجوع في الهبة .^(٣)

(١) شرح فتح القدير ٣١٨/٦ ، المجموع ٣١٠/٩ .

(٢) المبسوط ١٣/٤٢ ، ٤٣ ، شرح فتح القدير ٣١٨/٦ .

(٣) الشرح الكبير مع المغني ٧٧/٤ .

وقال المالكية والشافعية : إن خيار الشرط لا يسقط بموت من له

الخيار بل ينتقل الخيار الى ورثته ما

دامت مدته لم تنته. (١)

ودليلهم - القياس :

١ - قاسوا عدم سقوط خيار الشرط بموت من له الخيار على

عدم سقوط الرهن وحبس المبيع لأجل الثمن . فقالوا :

* أنه - أي خيار الشرط - حق ثابت لصلاح المال فلم يسقط

بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن . (٢)

٢ - قاسوا عدم سقوطه بالموت على عدم سقوط كل من الأجل

وخيار العيب بالموت بجامع كونهما حق مالي .

فقالوا : خيار الشرط حق مالي فيملكه الوارث بالانتقال كما

يملك الأجل وخيار العيب .

٣ - قاسوا عدم سقوطه بموت من له الخيار على الفسخ بالتحالف

بجامع كونهما حق مالي .

فقالوا : ولأنه حق فسخ فينتقل الى الوارث كالفسخ

بالتحالف . (٣)

للدردير

(١) الشرح الكبير / ١٠٢ / ٣ المذهب ٠٣٤٤ / ١

(٢) المذهب ٠٣٤٤ / ١

(٣) المغني والشرح الكبير ٠٧٧ / ٤

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء مع أدلتها يظهر لي رجحان قول المالكية والشافعية من أن الخيار ينتقل إلى الورثة بموت من لــــه الخيار لأن الخيار حق العاقد والحق ينتقل إلى الورثة لقولــــه صلى الله عليه وسلم : " من ترك مالا أوحقا فلورثته " (١).

(١) قال الشيخ الألباني : صحيح ، وهو من حديث أبي هريرة رضي الله عنه - أخرجه البخاري (٦٠/٢ ، ٤٩٠/٣) ومسلم (٦٢/٥) وابن ماجه (٢٤١٥) وأحمد (٢٩٠/٢ و ٤٥٣) من طريق الزهري عن أبي سلامة بن عبد الرحمن عنه . انظر ارواء الغليل ٢٥٨/٥ ، ٢٥٩ .

الفرع السادس

ملك المبيع في زمن خيار الشرط

الخيار لا يمنع انعقاد العقد ، بل يؤخر لزمه فقط إلى وقت معين . يجب لمن له الخيار من العاقدين حق فسخ العقد أو إضائه في ذلك الوقت ، فإذا كان الخيار يجعل العقد غير لازم فمن يملك المبيع في تلك الفترة - أعني فترة وجود خيار الشرط فقط - هل يملكه البائع أو يملكه المشتري أو يكون موقوفاً ؟ .

وقبل الإجابة على هذا السؤال ، لا بد من الإشارة إلى أنه لا خلاف بين الفقهاء في انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكه الثمن إلى البائع في العقد اللازم النافذ الخالي من الخيار .

أما إذا كان العقد غير لازم بأن كان فيه خيار شرط فقد اختلفوا في ملكية المبيع لمن تكون على أقوال .

القول الأول : للحنفية :

يفرق الحنفية في ملك المبيع في زمن خيار الشرط بين أن يكون الخيار للعاقدين ، وبين أن يكون لأحدهما .

١ - حالة كون الخيار للعاقدين :

لا خلاف بين فقهاء الحنفية أن ملكية المبيع فيها للبائع ، والثمن للمشتري . يقول ابن الهمام : وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري . (١)

(١) شرح فتح القدير ٣٠٦/٦ .

وعلل الكاساني ذلك بقوله - لأن المانع من الانعقاد في حق
الحكم موجود في الجانبين جميعاً وهو الخيار. (١)

٢ - أن يكون الخيار لأحد العاقلين .

وفي هذه الحالة إما أن يكون للبائع أو للمشتري .

أ - حالة كون الخيار للبائع فقط .

فملك المبيع يكون له ، والتمن يخرج عن ملك المشتري .

يقول صاحب العناية : فإذا كان للبائع - يعني الخيار - ،

فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والتمن يخرج عن ملك المشتري
بالاتفاق . (٢)

واستدلوا بالمعقول :

فقالوا : إن البيع لا يكون بيعاً إلا بالتراضي من الطرفين ،

والبيع الذي فيه خيار للبائع يمنع رضاه بالبيع لأن الخيار لا يمكن

أن يعمل في البيع إلا بوجود الشرط الذي هو دليل الرضا فلا يوجب
الخيار حكم الرضا في حق البائع فلا يخرج البيع عن ملكه. (٣)

ب - أن يكون الخيار للمشتري فقط .

فالمبيع لا يدخل في ملكية البائع ، والتمن يكون في ملكية

المشتري ، يقول صاحب العناية : وإذا كان للمشتري - يعني خيار

(١) البدائع ٥/٢٦٥ .

(٢) العناية ٦/٣٠٥ .

(٣) شرح فتح القدير ٦/٣٠٦ .

الشرط - فالبيع يخرج عن ملك البائع والشن لا يخرج عن ملك المشتري. (١)

واستدلوا بالمعقول :

فقالوا : إن العقد في جانب البائع لازم لوجود السبب الذي هو الرضا ، وانتفاء ما يمنع عمله في محل العقد ، وهذا لأن الخيار مقصور على المشتري ، ولكونه مقصوراً عليه فإنه يمنع خروج البديل عن ملكه لأن الخيار إنما شرع نظراً له لا للبائع. (٢)

ولكن إذا خرج البيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري ، فهل يدخل في ملك المشتري أولاً يدخل ؟

قال أبوحنيفة رحمه الله : لا يدخل البيع في ملك المشتري إذا كان الخيار له .

واستدل له بالمعقول :

بأن خيار المشتري يمنع خروج الشمن عن ملكه فلو قلنا بملكته للبيع للزم من ذلك الجمع بين البدلين - البيع والشن - في ملك رجل واحد في عقد المعاوضة ، وهو لا يجوز لأن المعاوضة بناها على المساواة ، ولأن الخيار إنما شرع لتحقيق مصلحة المشتري ولو ثبت ملك المشتري للبيع إذ ربما يعتق عليه من غير اختيار منه كذا إذا كان قريبه. (٣)

(١) العناية ٣٠٥/٦

(٢) الهداية ٢٨/٣ شرح فتح القدير ٣٠٦/٦

(٣) الهداية ٢٨/٣ شرح فتح القدير ٣٠٧/٦

وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف : يدخل في ملك المشتري
إذا كان الخيار له .

واستدلا بالمعقول :

فقالا : إن المبيع زال عن ملك البائع ، وإذا زال عن ملك
البائع اقتضى زواله عن ملكه أن يدخل في ملك المشتري لأنه لو لم
يدخل في ملك المشتري لكان المبيع زائلاً لا إلى ملك مالك أى سائياً
ولا سائياً في الاسلام .

وكذا الحكم إذا كان الخيار للبائع فالمبيع يبقى على ملكه ،
والثمن يخرج عن ملكه ، وإذا قلنا يخرج عن ملكه فلا يدخل في ملكية
المشتري عند أبي حنيفة . (١)

القول الثاني : للمالكية :

ملك المبيع في زمن خيار الشرط عند المالكية للبائع ، وهو قول
للشافعية ورواية عند الحنابلة (٢) .

يقول الدسوقي : والملك للبائع أى والملك للمبيع بخيار
في زمنه للبائع وهذا هو المعتمد وعليه فالامضاء نقل المبيع من ملك
البائع الى ملك المشتري . (٣)

(١) الهداية ٢٨/٣ ، شرح فتح القدير ٣٠٧/٦ .

(٢) حاشية الدسوقي ١٠٣/٣ المذهب للشيرازي ٣٤٥/١ .

(٣) حاشية الدسوقي ١٠٣/٣ .

وعله الشيرازى بقوله : لأنه لا يملك التصرف الا بالعقد ،
وانقضاء الخيار فدل على أنه لا يملك الا بهما . (١)

القول الثالث : للحنابلة :

وهو أن ملك المبيع في زمن خيار الشرط للمشتري ، وهو
قول للشافعية ، يقول ابن قدامة : وينتقل الملك الى المشتري
بنفس العقد في أظهر الروايتين . (٢)

واستدلوا بالسنة والقياس .

أولاً - السنة :

١ - ما رواه مسلم بسنده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
قال " من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع " . (٣)

٢ - ما رواه البخارى بسنده عن الرسول صلى الله عليه وسلم
أنه قال " من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرته للبائع الا أن يشترطه
المبتاع " . (٤)

ففي جعله صلى الله عليه وسلم الثمرة للمشتري بالاشتراط
تنصيب على ملكية المشتري للمبيع .

ولأن البيع بالخيار بيع صحيح فينتقل الملك بعده كالببيع

اللازم العارى من الخيار .

(١) المذهب ٣٤٥/١

(٢) المقنع ص ١٠٣ المذهب ٣٤٥/١

(٣) صحيح مسلم ١٢/٥

(٤) صحيح البخارى ٣٥/٣ صحيح مسلم ١٦/٥

ولأن البيع في حقيقته تطيك لكونه المقصود منه بدليل قول
القائل ملكتك فيجب به الملك كغيره من البياعات. (١)

"ولأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس
العقد كالنكاح". (٢)

*

الخلاصة :

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء ، والذي يمكن به معرفة
مذاهبهم على وجه التفصيل ، أعود لتلخيص تلك الأقوال بشكل
موجز - ليتضح به محل اتفاقهم من محل اختلافهم - في النقاط
التالية :

١ - أن ملكية المبيع في زمن خيار الشرط للبائع ، وملكيتها
الثلث للمشتري ، وهو قول المالكية ، وقول للشافعية ، ورواية عند الحنابلة ،
ووافقهم عليه الحنفية فيما إذا كان الخيار للعاقدين معاً ، أو كان
الخيار للبائع في قول أبي حنيفة وصاحبيه إلا أن أبا حنيفة ينفرد
هنا عن صاحبيه بالقول إن الثمن موقوف لا يدخل في ملك
المشتري .

٢ - أن ملكية المبيع للمشتري ، وملكيتها الثلث للبائع ، وهو قول
الحنابلة ، وقول للشافعية ، وقول محمد بن الحسن وأبي يوسف من
الحنفية فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وملكيتها الثلث تكون له أيضاً .

(١) المغني والشرح الكبير ٣٠/٤ ، ٣١ ،

(٢) المذهب ١/٣٧٥ .

٣ - أن ملكية المبيع موقوفة وهو قول للشافعية ، وقول
لأبي حنيفة ، فيما إذا كان الخيار للمشتري ، أما الثمن فلا يرى وقفه
هنا بل هو للمشتري .

*

مناقشه وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء في ملكية المبيع في زمن الخيار
لمن تكون ؟ يتجلي لي أن الراجح قول الحنابلة أن ملكية المبيع
في زمن خيار الشرط للمشتري لقوة ما استدلوا به من السنة ، فقد استدلوا
منها بدليلين صحيحين صريحين في أن ملك المبيع في زمن خيار
الشرط لمن اشترطه من العاقدين ، ولا يقال إن الحديثين وردا مورد
الخصوص ، فالحديث الأول خاص بشراء العبد ومعه مال ، والحديث
الثاني خاص بشراء النخل ، فإن العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

الفرع السابع

خلاف الفقهاء في مدة خيار الشرط

لخيار الشرط ثلاث حالات :

الأولى - فاسدة باتفاق الفقهاء .

كما اذا لم يسم مدة محددة لثبوت الخيار كأن يقول : اشتريت هذا على أني بالخيار أو أني بالخيار ابداً .

الثانية - جائزة باتفاق الفقهاء .

كما اذا حدد مدة خيار الشرط بثلاثة أيام فما دونها .

الثالثة - مختلف فيها بين الجواز والفساد . (١)

وهي زيادته على ثلاثة أيام .

فقال أبو حنيفة وزفر والشافعية : لا تجوز زيادة خيار الشرط

فوق ثلاثة أيام .

وعلى ذلك تواردت نصوصهم .

فعند الحنفية ، يقول المرغيناني : خيار الشرط جائز في البيع

للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها . (٢)

(١) العناية ٢٩٩/٦ .

(٢) الهداية ٢٧/٣ .

وعند الشافعية يقول النووي : وإنما يجوز - يعني خيار الشرط - في مدة معلومة لا تزيد عن ثلاثة أيام * (١)

واستدلوا بالسنة :

١ - حديث حبان بن منقذ السابق وفيه أنه كان رجلاً ضعيفاً وكان قد سفع في رأسه مأمومه فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار فيما اشترى فكنت أسمه يقول : لا خذابة لا خذابة وكان يشتري الشيء ويجيء به أهله فيقولون : هذا غال ، فيقول : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرني في بيعي * (٢)

وجه الدلالة من الحديث :

أن الأصل في بيع الخيار أنه فاسد ، ولكن لما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ الخيار بثلاثة أيام ولم يزد عليها كان فعله على الله عليه وسلم دليلاً لمشروعيته في ثلاثة أيام فقط لورود النص بها ، وامتنعت الزيادة لبقائها على الأصل .

٢ - ما رواه أبوهريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : * من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر * (٣)

(١) المنهاج ص ٤٧ .

(٢) سبق تخريجه ص ١٦٤

(٣) صحيح مسلم ٠٦/٣

وجه الدلالة من الحديث :

لما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن اشترى مصراة وهو يعلم بها الخيار بين ردها ومعها صاع من تمر أو امساكها ، وكان قد جعل لحبان بن منقذ الخيار ثلاثة أيام أيضا دل فعله صلى الله عليه وسلم في الحديثين على أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام .

وقال المالكية : إن مدة خيار الشرط تختلف باختلاف المبيع ، ففي الدار شهر وستة أيام . . . وفي الدابة والثوب ثلاثة أيام وفي الرقيق جمعه .

يقول العلامة خليل في مختصره : انما الخيار بشرط كشهرا في دار ولا يسكن وجمعه في رقيق واستخدامه وكثلاثة في دابة وكيوم لركوبها . . . وكثلاثة في ثوب . (١)

واستدلوا بالمعقول :

فقالوا : إن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان امكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع . (٢)

وقال الحنابلة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية بجواز زيادة مدة خيار الشرط على ثلاثة أيام .

وعلى ذلك تواردت نصوصهم .

(١) مختصر خليل ص ١٨٠ .

(٢) بداية المجتهد ١٥٨/٢ .

ففي المنتهي - الثاني - يعني النوع الثاني من أنواع الخيار-
أن يشترطاه في العقد أو زمن الخيار الى أسد معلوم". (١)

وفي الهداية - وقال - يعني الصاحبين - يجوز اذا سمى
مدة معلومة. (٢)

وهذا القول محكي عن الحسن بن صالح والعنبري وابن أبي
ليلي وإسحاق وأبي ثور. (٣)

واستدلوا بالسنة والقياس .

أولاً - السنة :

١ - حديث " المسلمون عند شروطهم ". (٤)

ووجه الدلالة فيه :

ان الحديث يدل على مشروعية الشروط ، ومن هذه الشروط خيار
الشرط ، ولما كان الحديث مطلقاً وغير مقيد بمدة معينة دل ذلك
أيضاً على جواز خيار الشرط في المدة الطويلة والقصيرة .

٢ - ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار الى شهرين . (٥)

ثانياً - القياس :

قاسوا خيار الشرط على الا* جل في العقد بجامع أن كل منهما

مدة ملحقة بالعقد .

(١) منتهى الارادات ٣٥١ / ١ .

(٢) الهداية ٢٧ / ٣ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٩٧ / ٤ .

(٤) سبق تخريجه ص ١٦٩

(٥) لم أجده في كتب الحديث التي اطلعت عليها .

فقالوا : خيار الشرط مدة ملحقه / فهي موكولة للعاقدين في مدة
التقدير قياساً على الأجل ، فإن تقديره موكول اليهما . (١)

*

مناقشة الأدلة

أولاً - مناقشة أدلة القائلين بجواز زيادة مدة خيار الشرط عن
ثلاثة أيام .

ناقش المانعون لزيادة أمد الخيار عن ثلاثة أيام أدلة المجيزين

لها بما يلي :

١ - ناقشوا استدلالهم بأثر ابن عمر أنه أجاز الخيار الى شهرين

من وجوه :

أ - انه لم يعرف في شيء من كتب الحديث .

ب - أنه لا يطابق الدعوى ، لأن الدعوى جواز الخيار أكثر من

ثلاثة أيام طالت المدة أوقصرت ، والأثر لا يدل الا على

جزء الدعوى وهي جوازه في شهرين فقط ولا يدل على

أكثر من ذلك . (٢)

ج - أن الخيار الوارد في أثر ابن عمر خيار مطلق فيجوز أن

يكون المراد به خيار الروئية أو العيب . (٣)

(١) المغني والشرح الكبير ٩٧/٤ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٠٢/٦ .

(٣) العناية ٣٠٠/٦ .

(١)

٢ - وناقشوا استدلالهم بحديث "المسلمون عند شروطهم" .

ان الأصل في القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار ، وانما يجوز
لثبوت النص به للحاجة اليه ، وهذه الحاجة ترتفع بثلاثة أيام .^(٢)

ثانياً - مناقشة أدلة القائلين بأن مدة الخيار تختلف باختلاف

المبيع .

ناقش ابن قدامة رحمه الله أدلة المالكية بأن مدة الخيار تختلف
باختلاف حاجة المبيع اليها . بأن التقدير بحسب الحاجة لا يصح ،
لأن الحاجة يتعذر ربط الحكم بها لخفائها واختلافها ، وانما يصلح
أن يربط الحكم بمغتنمتها وهو الاقدام عليها ، فإنه يصلح أن يكون ضابطاً
لربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم والالجل^(٣) .

(١) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٢) الميسوط ٤١/١٣ ، ٤٢ .

(٣) المغني ومعه الشرح الكبير ٩٨ ، ٩٧/٤ .

ثالثا - مناقشة أدلة المانعين لزيادة أمد الخيار على ثلاثة أيام

ناقش الحنابلة أدلة المانعين لزيادة مدة خيار الشرط عن ثلاث

بما يلي :

فنوقش استدلالهم بحديث حبان بن منقذ .

بأن ما روى فيه من اشتراط الخيار ثلاثة أيام غير ثابت .
وبالإضافة إلى ذلك ، فقد روى عن أنس رضي الله عنه خلافه .^(١) وعلى
فرض ثبوته فهو خاص بمراد به العام .

أما استدلالهم بحديث المصراة فلا دلالة فيه على أن مدة خيار
الشرط ثلاثة أيام لا نصاً ولا تنبيهاً وكل الذي فيه أنه أجاز لمن
اشترى مصراة ردها في ثلاث والخيار الثابت بالتصرية غير الخيار الثابت
بالشرط .

وأیضا ، فإن هناك فارقاً بين اقتصار خيار التصرية على ثلاث ،
وزيادة خيار الشرط عليها .

وهو أن التصرية الموجبة للرد تظهر في ثلاث في الغالب ،
فقيد النص بها ، أما خيار الشرط فليس هناك شيء يتوقف ظهوره
على الشرط فاشتراطه مجرد شهوة للمشتري فلا فرق بين اشتراطه
الكثير والقليل لتساويهما في المعنى .

وناقشوا استدلالهم بالمعنى ، وهو أن الخيار ينافي مقتضى

العقد ، وهو اللزوم .

(١) المغني والشرح الكبير ٩٢/٤ ، ٩٨ ،

بأن ذلك غير صحيح ، لأن مقتضى البيع نقل الملك في المبيع
للمشتري ونقل ملك الثمن للبائع ، والخيار لا ينافي ذلك .
وعلى فرض التسليم بأن الخيار ينافي مقتضى العقد إلا أنه
قد خولف الأصل ، هنا لمعنى في المحل ، وإذا خولف الأصل لمعنى
في محله ، وجب أن يتعدى الحكم لتعدية ذلك المعنى . (١)

(١) المغني ومعه الشرح الكبير ٩٧/٤ ، ٩٨٠ .

مناقشة وترجيح

بالنظر في أدلة الفريقين القائلين بجواز الزيادة في أمد الخيار على ثلاث والمانعين لها .

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من جواز زيادة أمد الخيار عن ثلاثة أيام لأن حديث " المسلمون على شروطهم " ^(١) أصل في إباحة الشروط دون تحديد بمدة قصيرة أو طويلة ، ولم يرد حديث صحيح بتقييدها في خيار الشرط فتبقى على مقتضى الإطلاق .

وأيضاً ، فإن خيار الشرط شرع للحاجة ، والحاجة داعية لاشتراط المدة الكثيرة كالقليلة .

وأما ما استدل به المخالفون من حديث " واشترط الخيار ثلاثة أيام " ، فنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث .

وأيضاً ، فالحديث في دلالة على أصل المسألة نظر ، فكيف يستدل به على جزئها ؟

ولئن سلحنا أنه يدل على اشتراط الثلاث فقط ، فلا نسلم حصره فيها بل هو من قبيل التنبيه على جواز اشتراط الأقل كالأكثر ، أو أنه تعبير بالغالب أي أن الغالب في الاشتراط هو اشتراط ثلاثة أيام .

(١) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

المبحث الثالث

في الفسخ بسبب خيار الروءية

وفيه فروع :

الفرع الأول : حقيقة خيار الروءية لغة وشرعاً .

الفرع الثاني : ما المراد بالروءية ؟؟

الفرع الثالث : شروط ثبوت خيار الروءية .

الفرع الرابع : خلاف العلماء في خيار الروءية .

الفرع الخامس : توقيت خيار الروءية ، وكونه على الفور أو على

التراخي .

الفرع السادس : العقود التي يجرى فيها خيار الروءية .

الفرع السابع : ما يسقط به خيار الروءية .

الفرع الأول

حقيقة خيار الروءية لغة وشرعا

خيار الروءية مركب من مضاف ومضاف اليه ، والاضافة هنا من قبيل
اضافة الشيء الى سببه أى الخيار الذى سببه الروءية ، وقيل الاضافة
من اضافة الشيء الى شرطه . (١)

والروءية في اللغة مفرد وجمعها روى ، وهي الا بصار بحاسة
البصر ، ومن ذلك "الرياء" وهو اظهار العمل للناس ليرووه ويظنوا
به خيرا . (٢)

يعرف بأنه
أما خيار الروءية شرعا فيمكن أن / حق المشتري في امضاء العقد
أو فسخه اذا اشترى ما لم يروه .

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٣٥ / ٦ .

(٢) المصباح المنير ١ / كتاب الرأء ص ٢٤٧ .

الفرع الثاني

ما المراد بالروءية ؟؟

خيار الروءية ثبت بالنص عند القائلين به ، والنص علق الخيار بالروءية فما المراد بالروءية هنا ؟ هل المراد بها الروءية البصرية كما هو المعنى الحقيقي لها والمتبادر من لفظها ، أو المراد بالروءية ما هو أعم من ذلك فتكون من قبيل عموم المجاز وتصبح الروءية بمعنى الابصار فرداً من أفراد عموم المجاز ؟

وللاجابة على ذلك لا بد من القول إن فقهاء الحنفية المشبته لخيار الروءية والمفصلين لإحكامه دون غيرهم من العلماء قالوا : إن المراد بالروءية هنا ما هو أعم من الروءية بالبصر وهو العلم بالمعقود عليه على الوجه الذي يلائمه ، يقول ابن الهمام : ولا بد من كون المراد في الحديث بالروءية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالروءية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الروءية من أفراد المعنى المجازي .^(١)

وعلى ذلك فالروءية هنا العلم بالمعقود عليه أي كان ذلك العلم سواء أكان بالبصر كان كان المعقود عليه عقاراً أو بغيره كالشم في المشمومات كسائر أنواع العطور أو بالجس كما إذا اشترى شاة أو بالسمع كالدفوف المعدة للغزو .^(٢)

(١) شرح فتح القدير ٣٣٧/٦ حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٤ وما بعدها .

الفرع الثالث

شروط ثبوت خيار الروءية (عند من يقول بجواز بيع الغائب)

لا يثبت خيار الروءية في بيع الغائب مطلقاً دون شرط أو قيد بل لا بد من توفر شروط نص عليها الفقهاء لثبوته هي بمثابة قيود له فمتى توفرت تلك الشروط ثبت الخيار، ومتى انتفت ^{كلها} أو بعضها انتفى الخيار . وهذه الشروط هي :

١ - أن يكون المعقود عليه من الأعيان كالدهر والدواب والأرض ونحو ذلك ، فإن كان المعقود عليه من غير الأعيان المتعينة بالتعيين كالديون فلا يثبت فيه خيار الروءية . وعلى الكاساني ذلك بقوله : " لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا يفسخ العقد برده لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيسبق العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله فإذا اقتضى برده وهكذا إلى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيداً بخلاف ما إذا كان عيناً ، لأن العقد يفسخ برده لأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً فكان الرد مفيداً .

ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض أيضاً ، فكان الرد مفيداً فلا يرد عليه الفسخ . (١)

٢ - أن يكون العقد من المعقود القابل للفسخ كالبيع والاجارة ونحوهما . فان كان العقد مما لا يقبل الفسخ كالمهر وبديل الصلح عن قصاص والخلع فلا يجرى فيها خيار الروءية ولو كانت من الأعيان .

لأن خيار الروءية لا يفيد في تلك العقود ، لأن الرد في هذه العقود لا يوجب الفسخ وإذا كان كذلك بقي العقد قائماً ، وقيام العقد يقتضي المطالبة بالعين لا بالثمن المقابل لها ، فلو قيل إن للمشتري الحق في رد المبيع بخيار الروءية كان له حق الرد مطلقاً ، وحينئذ فلا يجوز للبائع المطالبة بالثمن ما دام خيار الروءية قائماً . (١)

٣ - عدم روءية المبيع حال قيام العقد أو قبله .
فإذا رأى المشتري المبيع حال العقد امتنع الخيار ، وكذا إذا رآه قبل العقد بزمان يسير لم يتغير فيه المبيع . (٢)

٤ - روءية المعقود عليه بعد العقد .
قال ابن الهمام مشيراً إلى أنها شرط والاضافة من قبيل اضافة الشيء إلى شرطه لأن الروءية شرط ثبوت الخيار وعدم الروءية هو السبب لثبوت الخيار عند الروءية . (٣)

(٤)
قال ابن عابدين : ان الروءية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار .

(١) شرح فتح القدير ٣٣٨/٦ ، ٣٣٩ .

(٢) البدائع ٢٩٢/٦ .

(٣) شرح فتح القدير ٣٣٥/٦ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٣ .

الفرع الرابع

خلاف العلماء في خيار الروء يسقة

خيار الروء يسقة فرع عن بيع الغائب لأن كل من أجاز بيع الغائب قال فيه بخيار الروء يسقة ومن منعه منع خيار الروء يسقة.

لذا فاننا بحاجة الى معرفة الخلاف في بيع الغائب ليتسنى لنا معرفة من أجاز خيار الروء يسقة ممن منعه.

وبيع الغائب هو - بيع - ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما (١)

قال في تهذيب الفروق :

" المبيعات نوعان : مبيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في جواز بيعه ، ومبيع غائب أو متعذر الروء يسقة فهنا اختلف العلماء " (٢) فأجازه قوم ومنعه آخرون .

وقبل ذكر خلاف الفقهاء أود أن أشير الى سبب اختلافهم وهو

ما نص عليه صاحب تهذيب الفروق حين قال : هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحسن هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الفرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الفرر اليسير . (٣)

(١) مغني المحتاج ١٨/٢ .

(٢) تهذيب الفروق ٢٧٢/٣ .

(٣) المرجع السابق .

مذاهب الفقهاء في بيع الغائب

أولاً - مذهب الحنفية :

الظاهر أن الأصل عند الحنفية في بيع الغائب الجواز كما هو المفهوم من كتبهم ، ولكن هل القول بالجواز مطلقاً دون قيود أوله قيود كالإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه أو معرفة جنسه ونحو ذلك ؟

الذي في الهداية وغيرها من المختصرات جواز اطلاق بيع الغائب بأي صورة كان ونصه في الهداية : " ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز له الخيار إذا رآه ، ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء رده " . (١)

ونقل ابن الهمام في كتابه شرح فتح القدير عن المبسوط : أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالاجماع ثم قال : لكن اطلاق الكتاب - يعني الهداية - يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع أو لا وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول : بعثت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا : اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده ، وطائفة قالوا : لا يجوز من كل وجه ، والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذي خيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول بعثت شيئاً بعشرة " . (٢)

قال ابن عابدين : - وحاصله - يعني الكلام السابق بعد نقله له - التوفيق بين ما قاله عامة المشايخ ، وما قاله بعضهم بحمل اطلاق

(١) الهداية ٣٢/٣ الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص ٢٨٠ ،

مختصر الطحاوي ص ٨٤ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٣٥/٦ .

(٣) المغنى ومعه الشرح الكبير ٩٨٠٩٧/٤ .

الجواب على ما قاله شمس الأئمة وغيره من لزوم الإشارة إليه أو إلى مكانه
إذا لا يصح بيع ما لم يعلم جنسه أصلاً أي لا يوصف ولا بإشارة. (١)

ثانياً - مذهب المالكية :

بيع الغائب / المالكية ^{عند} أما أن يوصف أو لا يوصف وفي كـ
الحالتين ، أما أن يباع بشرط اللزوم أم بشرط الخيار أو على السكوت ،
فإن بيع الغائب على الوصف فإنه يجوز في الحالات الثلاث السابقة إلا أنه
يشترط لجوازه إذا بيع بالصفة على اللزوم شرطان -

١ - أن لا يبعد جداً فإن بعد جداً كبعد خراسان من أفريقية
فلا يجوز .

٢ - أن توجد مشقة في رؤيته فإن لم يكن في رؤيته مشقة فلا يجوز. (٢)

أما إذا بيع الغائب بغير وصف فلا يجوز إلا على شرط الخيار فقط ،
وقد أشار الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير إلى تلك الصور فقال :
اعلم أن بيع الغائب فيه ست صور لأنه إما أن يباع على الصفة أو بدونها
وفي كل منها إما أن يباع على البت أو على الخيار أو على السكوت وكلها
جائزة إلا ما يبيع بدون الصفة على اللزوم أو السكوت. (٣)

ثالثاً - مذهب الشافعية :

قال الشيرازي في المذهب : " ولا يجوز بيع العين الغائبة
إذا جهل جنسها أو نوعها. (٤)

(١) حاشية ابن عابدين ٥٩٣/٤

(٢) الشرح الكبير للدردير ٢٧/٣

(٣) حاشية الدسوقي ٢٥/٣

(٤) المذهب ٣٥٠/١

ولكن اذا عرف الجنس والنوع في بيع الغائب هل يجوز البيع أو

لا يجوز ؟ في السألة قولان :

الأول : قال في القديم ، والاملاء والصرف من الجديد :

يصح .

الثاني : وقال في الأم والبويطي وعامة الكتب الجديدة :

لا يصح . (١)

ولقد اختلف علماء الشافعية في الأصح من القولين .

فصحح البغوي (٢) والرويانى (٣) صحته ، وصحح الاكثرون

بطلانه ، ومن صحح القول بالبطلان المزني (٤) والبويطي (٥)

(١) المجموع ٢٩٠/٩ .

(٢) هو الحسين بن مسعود الفراء البغوي أبو محمد الطلق بمحيى
السنة كان اماماً جليلاً ورعاً زاهداً فقيهاً محدثاً مفسراً له
مصنفات منها " شرح السنة " و " المصابيح " و " التفسير
المسمى معالم التنزيل " ، توفي في شوال سنة ٥١٦ . طبقات
الشافعية لابن السبكي ٢١٤/٤ ، ٢١٥ .

(٣) هو أحمد بن محمد بن أحمد الامام الكبير أبو العباس الرويانى
صاحب الجرجانيات روى عن القفال المروزي . طبقات الشافعية
لابن السبكي ٣٢/٣ .

(٤) هو الامام العلامة الفقيه ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل
ابن عمرو بن مسلم المزني المصري تلميذ الشافعي ولد سنة
١٧٥ قال عنه ابو اسحاق : كان زاهداً عالماً مناظراً محجاً
غواصاً على المعاني الدقيقة توفي سنة ٢٦٤ . انظر طبقات الشافعية
لابن السبكي ٢٣٨/١ وسير اعلام النبلاء ٤٩٢/١٢ .

(٥) هو الامام العلامة الفقيه يوسف أبو يعقوب بن يحيى المصري البويطي
صاحب الامام الشافعي لازمه فترة وفاق أقرانه كان اماماً زاهداً
دائم الذكر والعكوف على الفقه مات سنة ٢٣١ . انظر طبقات
الشافعية لابن السبكي ٢٧٥/١ ، سير اعلام النبلاء ٥٨/١٢ .

والربيع (١) وحكاة عنهم الماوردي (٢) وصححه ، وصححه الشيرازي (٣)
في التنبيه والرافعي (٤) في المحرر - قال النووي رحمه الله : وهو الأصح
وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب ، وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضع ،
ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعي فهو ناسخ لما قبله . (٥)

رابعاً - مذهب الحنابلة :

في بيع الغائب عند الحنابلة روايتان :

الأولى : لا يصح ، واليهما أشار في المقنع فقال : فإن اشترى ما لم
يره ولم يوصف له أو رآه ولم يعلم ما هو أو ذكر له من صفته ما لا
يكفي في السلم لم يصح البيع . (٦)

الثانية : يصح ، وأشار اليها في المقنع بقوله : وعنه يصح أى عن
الامام أحمد - وللمشتري خيار الرجوع . (٧)

(١) هو الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل الامام المحدث
الفقيه الكبير ابو مجد المرادي مولاهم المصري المؤذن صاحب الامام
الشافعي ومما قل علمه . انظر طبقات الشافعية لابن السبكي
٢٥٩/١ ، سير اعلام النبلاء ٥٨٧/١٢

(٢) هو الامام العلامة ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي
الشافعي له مصنفات كثيرة منها " الحاوي الكبير " و " الأحكام
السلطانية " مات في سنة ٤٥٠ ، انظر طبقات الشافعية لابن
السبكي ٣٠٣/٣ ، سير اعلام النبلاء ٦٤/١٨

(٣) هو ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي ابو اسحاق الشيرازي
كان يضرب به المثل في الفصاحة والمناظرة له مؤلفات منها
" التنبيه " و " المذهب " و " النكت في الخلاف " توفي سنة
٤٧٦ هـ انظر طبقات الشافعية لابن السبكي ٨٨/٣

(٤) هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن القزويني
الرافعي كان اماماً ورعاً زاهداً تقياً له مؤلفات كثيرة منها شرح
الوجيز والشرح الصغير ، و المحرر وشرح مسند الشافعي
وغير ذلك . توفي سنة ٦٢٣ . انظر طبقات الشافعية الكبرى لابن
السبكي ١١٩/٥ ، ١٢١

(٥) المجموع ٢٩٠/٩

(٦) المقنع ص ٩٩ (٧) المرجع السابق .

خامساً - مذهب الظاهرية :

الظاهرية لا يجيزون بيع الغائب بدون صفة ويجيزونه اذا وصف ،
سواء أكان الموصف هو البائع أم المشتري ، فإن بيع الغائب بغير صفة
فالبيع باطل مفسوخ وان بيع بالصفة وجدت فالبيع لازم فان لم توجد
فهو باطل .

ونصه في المحلى : فإن بيع شيء من الغائبات بغير صفة
ولم يكن ما عرفه البائع لا بروية ولا بصفة من يصدق فالبيع فاسد
مفسوخ أبداً لا خيار في جوازه أصلاً ، ويجوز ابتياع المرء ما وصفه له المشتري
صدقه أو لم يصدقه ، فإن وجد البيع بتلك الصفة فالبيع لازم ، وان وجد
بخلافها فالبيع باطل ولا بد (١)

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء يتضح لنا ما يلي :

أن الحنفية يجوزون بيع الغائب بشرط الإشارة إليه أو إلى مكانه
كما حقق ذلك ابن عابدين . وكذا المالكية يجوزون بيع الغائب اذا بيع
بالصفة سواء كان على اللزوم أو السكوت أو الخيار إلا أنهم يشترطون لجوازه
اذا بيع على اللزوم توفر شرطين سبق بيانهما . أما اذا بيع ولم يوصف
فيمنعونه الا اذا شرط فيه الخيار .

والشافعية لهم قولان ، أحدهما عدم الجواز وكذا الحنابلة لهم
قولان أشهرهما عدم الجواز .

(١) المحلى ٣٤٢/٨

والظاهرة يمنعون جوازه اذا لم يوصف ، فاذا وصف جاز البيع ،
ولا خيار لأن المشتري اذا وجد المبيع كما وصف لزم البيع عندهم واذا
لم يجدها فالبيع باطل .

وعلى القول بالمنع لبيع الغائب مطلقا سواء وصف أو لم
يوصف الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي واسحق .^(١)

*

الأدلة

أولاً - أدلة مجيزي بيع الغائب :

استدل مجيزوا ببيع الغائب بالكتاب والسنة والقياس .

١ - الكتاب :

قوله تعالى * وأحل الله البيع .. *^(٢) الآية

وجه الدلالة من الآية :

أنها بينت أن الأصل في البيع الحل وهي عامة فتبقى على
عمومها ، ولا يجوز إخراج أى نوع من أنواع البيوع من هذا العموم
إلا ما ورد الدليل بإخراجه ، ولم يرد دليل بإخراج بيع الغائب من
هذا العموم بل ورد الدليل بإثباته وهذا دليل جوازه .

(١) المغني والشرح الكبير ٢٥ / ٤ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ .

٢ - السنة :

أ - ما رواه البخاري^{بسند} إلى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال :
بعث من أمير المؤمنين عثمان مالاً بالوادي بمال له بخيبر ، فلما تبايعنا
رجعت على عقبي حتى خرجت من بيتي خشية أن يُراد في البيع ، قال عبد الله
: فلما وجب البيع بيني وبينه ، رأيت أني قد غبنته ، بأنني سقته إلى أرض
ثمود بثلاث ليال ، وساقني إلى المدينة بثلاث ليال . (١)
قال الامام المنبجي : فقد تبايعا ما لم يكن بحضرتهما . (٢)

ب - ما رواه الامام الطحاوي بسنده إلى علقمة بن أبي وقاص
الليثي قال : اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان رضي الله عنه
مالاً ، فقليل لعثمان : انك قد غبنت وكان المال بالكوفة - قال وهو
مال آل طلحة الآن بها ، فقال عثمان : لي الخيار لأنني بعثت ما لم أراه
وقال طلحة : لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أراه فحكم بينهما جبير بن
مطعم ف قضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان رضي الله عنهما . (٣)

وجه الدلالة من الحديث :

هو في تحكيمهما لجبير بن مطعم رضي الله عنه وقضاؤه بالخيار
لطلحة حيث كان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم
فكان اجماعاً .

(١) صحيح البخاري ٥٨/٣

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٨٨/٢

(٣) شرح معاني الآثار ١٠/٤ سنن البيهقي ٢٦٨/٥

ج - ما رُوي بسنده عن أبي بكر بن أبي مریم عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه " . (١)

د - ما رُوي بسنده عن عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه " . (٢)

وروي هذا أيضا عن أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين . (٣)

قال ابن الهمام في كتابه شرح فتح القدير تعقبيا على حديث مكحول وإشارة الى أنه مرسل : والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مریم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها ، وقد روى هذا الحديث أيضاً الحسن البصري وسلمه بن المحبق (٤) وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضا ، وعمل به مالك وأحمد وهو من نقل عنه تضعيف ابن أبي مریم فدل قبول العلماء على ثبوته . (٥)

(١) سنن الدارقطني ٣/٥٤، سنن البيهقي ٥/٢٦٨ .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) هو سلمة بن المحبق الهذلي صاحب يكنى أباسنان سكن البصرة وذكر أبو سليمان بن زبر في الصحابة أن سلمة لما بشر

بابنه سنان وهو بحنين قال : لسهم أرمي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحب الي مما بشرتموني به . انظر الاصابة

٤/٢٣٤ .

(٥) شرح فتح القدير ٦/٣٣٧ .

غير أن قول ابن الهمام عمل به أحمد ومالك ليس على ظاهره ويوجه إليه مايلي :

١ - أن الامام مالك لم يطلق العمل به كما قال الحنفية ، فإنه إنما يُجيز بيع الغائب إذا شُرطَ فيه الخيار أو وُصِفَ ، وحينئذ قد لا يكون عمله بالحديث وإنما عمله بالشرط .

٢ - أن الامامين الجليلين - مالك وأحمد - رحمهما الله لم يعملوا بالحديث وإنما عملا بقصة طلحة فيما يظهر) وهي أصح من الحديث المروى بذلك .

٣ - أن الامام أحمد وإن كان له قول بجواز بيع الغائب بدون صفة فهو على خلاف المشهور عنه في المذهب كما بينت سابقا ، وإنما مذهبه المنع من بيع الغائب إلا إذا وصف بما يكفي السلم فيه ، وعلى فرض أنه عمل بالحديث فعمله به محمول على أنه لم يعلم تضعيف ابن أبي مريم ، فلما علم ضعفه ترك العمل به كما هو المشهور عنه .

٣ - القياس :

أ - قاسوا جواز بيع الغائب على النكاح بجامع كونهما عقد معاوضة .

فقالوا : بيع الغائب عقد معاوضة فلا يشترط لصحته رواية المعقود عليه كالنكاح فإنه لا يشترط فيه رواية الزوجة . (١)

ب - قاسوا جواز بيع الغائب على جواز بيع الجوز والبيض في قشره

فقالوا :

(١) المبسوط ١٢٣/٧٠ .

إن المقصود بالعقد في بيع الغائب مستور بغيره ، وهذا الستور فيه لا يمنع جواز الشراء ، قياساً على ما اذا اشترى جوزاً أبيضاً ما هو مستور ، فالشراء جائز وان كان المقصود بالعقد مستوراً^(١) .

*

ثانياً - أدلة المانعين لبيع الغائب :

استدل مانعوا بيع الغائب بثلاثة أدلة من السنة والقياس .

١ - السنة :

أ - ما رواه أبو هريرة وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر^(٢) .

والغرر هو المستور العاقبة ، وهذا المعنى متحقق في بيع الغائب فيكون بيع الغائب داخلاً في عموم النهي .

ب - ما رواه حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : لا تبع ما ليس عندك^(٣) .

وبيع ما ليس عند الانسان هو بيع ما لم يكن موجوداً عنده وقت إبرام العقد . وبيع الغائب بيع شيء غير موجود حال العقد فيكون داخلاً في عموم النهي الوارد به الحديث .

ج - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملاسة والمنازة^(٤) .

(١) المرجع السابق ٧٠/١٣ .

(٢) صحيح مسلم ٣/٥ ، سنن أبي داود ٢٥٤/٣ ، سنن الترمذی

٥٣٢/٣ ، سنن النسائي ٢٦٢/٧ ، سنن ابن ماجه ٧٣٩/٢ .

(٣) سبق تخريجه ص ١٤١

(٤) صحيح البخاري ٢٥/٣ ، صحيح مسلم ٢/٥ .

والعلة في النهي عنهما أنهما غير مرئيين ، وهذا المعنى متحقق في بيع الغائب فيكون النهي عن الملامسة والمنازعة شاملاً للنهي عن بيع الغائب .

٢ - القياس :

- أ - قاسوا عدم جواز بيع الغائب على عدم جواز بيع النوى في التمر .
فقالوا : بيع الغائب بيع غير مرئي فلا يصح قياساً على بيع النوى في التمر فإنه لا يصح ، والجامع بينهما أنهما غير مرئيين ^(١) .
- ب - قاسوا عدم جواز بيع الغائب غير المرئي على عدم جواز السلم إذا لم يكن موصوفاً .
فقالوا : بيع الغائب بيع غير مرئي ، ولم يوصف فلا يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم ^(٢) .

(١) المجموع ٣٠٠ / ٩ ، المغنى والشرح الكبير ٢٥ / ٤ .

(٢) المرجع السابق .

مناقشة الأدلة

أولاً - مناقشة أدلة مجيزي بيع الغائب :

أجاب المانعون لبيع الغائب على أدلة المجيزين له بالأجوبة

التالية :

(١) أجابوا أولاً عن احتجاجهم بقوله تعالى ﴿ وَأَحْلِ اللَّهُ الْبَيْعَ ۝ ٠٠ ﴾
الآية ، بأن الآية عامة مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر . (٢)

وأجابوا ثانياً عن حديث مكحول بأن المحدثين متفقون على تضعيفه

وتضعيفهم له من وجهين :

١ - أنه حديث مرسل لأن مكحول تابعي لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم .

٢ - ان في اسناده أبا بكر بن أبي مريم وهو ضعيف باتفاق المحدثين . (٣)

ولقد أجاب الامام المنجي الحنفي في كتابه اللباب عن تضعيف

ابن أبي مريم بقوله : " فان قيل قال الدارقطني ابن أبي مريم ضعفه أحمد ويحيى وأبو حاتم وأبو زرعة قيل له هذا طعن مبهم فلم يقبل " . (٤)

والجواب على ذلك ما قاله النووي في كلامه السابق من اتفاق العلماء

على تضعيفه وبعد هذا الاتفاق لا يسأل عن سبب تضعيفه .

وأيضاً فإن ابن حجر رحمه الله ذكر في ترجمته له قوله أنه " ضعيف "

وكان قد سرق بيته فاختلف ولعل هذا سبب تضعيفه . (٥)

(١) سورة البقرة رقم الآية ٢٧٥ .

(٢) المجموع ٣٠١ / ٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٣٠١ ، ٣٠٢ .

(٤) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٨٩ / ٢ .

(٥) تقريب التهذيب ٣٩٨ / ٢ .

وكذا الجواب عن حديث أبي هريرة فإنه أيضاً ضعيف باتفاقهم
وعمر بن ابراهيم بن خالد الكردي مشهور بالضعف ووضع الحديث .

قال عنه الذهبي : كذاب .
وقال عنه الخطيب : غير ثقة . (١)

وقال الدارقطني : " عمر بن ابراهيم يقال له الكردي يضع الحديث
وهذا باطل لا يصح لم يروها /، وانما روى عن ابن سيرين موقوفاً " . (٢)
ولو صح الحديث فلا حجة فيه أصلاً لأنه يحتمل أن المشتري بالخيار
بين العقد على المبيع وبين تركه . (٣)

وأجابوا على استدلالهم بقصة عثمان وطلحة بأنها قول صحابي
وقول الصحابي مختلف في حجته ، وانما يكون حجة اذا انتشر بين الصحابة
ولم ينتشر ولا يعارض بقول الصحابي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم . (٤)
وأيضاً فإن القصة تحتمل أن عثمان وطلحة تباعا بالصفة . (٥)

والجواب عن الحديث الصحيح والذي انفرد بالاستدلال به على اثبات
خيار الروية الامام المنجي في كتابه اللباب أنه ليس فيه / تباعا ما لم
يكن بحضرتها ، وليس فيه ذكر لخيار الروية أصلاً ، والذي فيه انما
هو خيار يثبت للمتعاقدين عند التباع وهو خيار المجلس بدليل قول ابن
عمر رجعت على عقبي . . . ولو كان الخيار الثابت في الحديث هو خيار
الروية لما خرج ابن عمر من بيت عثمان خشية المراده في البيع لأن
العقد لا يلزم عثمان قبل الروية وحينئذ لا فائدة للفرقة .

-
- (١) ميزان الاعتدال ١٨٠ / ٣ المغني في الضعفاء ٤٦٢ / ٢ رقم ٤٤١٨ .
(٢) سنن الدارقطني ٥٥ / ٣ .
(٣) المغني والشرح الكبير ٢٥ / ٤ .
(٤) المجموع ٣٠٢ / ٩ .
(٥) المغني والشرح الكبير ٢٥ / ٤ .

وأيضاً فإنه يقال في القصة هنا ما قيل في سابقتها من أنها قول
صحابي / وهو ليس بحجة إلا بالانتشار، ولم تنتشر.
وأجابوا عن قياسهم بيع الغائب على النكاح بنفي العلة في الأصل
حيث قالوا : إن النكاح لا يقصد منه العوض ولا يفسد بفساده ولا بترك
ذكره ولا يدخله الخيار .

ولأن المعقود عليه في النكاح استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها،
ولأن الحاجة داعية لترك الروية في النكاح للمشقة غالباً كما أن فـي
اشتراط الروية ضرراً بالمخدرات. (١)

وأجاب بعض العلماء بقلب الدليل المذكور فقالوا :
" عقد معاوضة فلا يثبت فيه خيار الروية كالنكاح " . (٢)
وأجابوا عن قياسهم بيع الغائب على الجوز واللوز
" أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما في الروية كصبرة الحنطة ولأن في
استثناء باطنهما مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الغائب " . (٣) (٤)

*

ثانياً - مناقشة أدلة المانعين لبيع الغائب :

ناقش المجيزون لبيع الغائب أدلة المانعين له بما يلي :

فأجابوا عن استدلالهم بالحديث الذي نهى فيه صلى الله عليه
وسلم عن بيع الفرر^(٥) بأن بيع الغائب ليس من بيع الفرر ، بيان ذلك :

(١) المجموع ٣٠٢/٩ ، المفني والشرح الكبير ٢٥ / ٤ .

(٢) الفروق ٣ / ٢٤٩ .

(٣) المجموع ٣٠٢/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص ٢٢٩ .

أن العقد في بيع الغرر مبني على شيء ليس بواقع أصلاً وبناءً
العقد على شيء غير واقع هو عين الغرر لا أنه يظهر للمشتري خلاف
قصده فيكون متضرراً بذلك، والنهي عن بيع الغرر في الحديث إنما هو للضرر
ولا ضرر في بيع الغائب قطعاً لأنه إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار
عند الرواية .

أما إذا أثبتناه له فلا ضرر فيه أصلاً بل فيه محض مصلحة (والاحكام
إنما شرعت لمصالح العباد قطعاً فكان مشروعاً قطعاً). (١)

(٢)
وأجابوا عن حديث " لا تبع ما ليس عندك " بأنطيس المراد ما ليس
بمرثي بل المراد ما ليس في الملك اتفاقاً، والدليل على ذلك قصة الحديث
فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : يا رسول الله إن الرجل يطلب مني
السلعة ليس عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستجبهها فأشترتها
فأسلمها إليه . . . (٣)

(٤)
وأجابوا عن احتجاجهم بحديث النهي عن بيع الملامسة والمنازة
بأن هذين البيعين ليسا من بيع الغائب بل هما من بيع الحاضر كما هو
واضح من الحديث . (٥)

وأجابوا عن قياسهم بيع الغائب على منع السلم إذا لم يكن موصوفاً
بقولهم : إن ثمة farkا بين السلم وبيع الغائب هو أن السلم يشترط فيه أن
يكون في الذمة ، والبيع البعيني لا يشترط فيه ذلك بدليل أنه لو رآه وأسلم
فيه لم يصح . (٦)

-
- (١) شرح فتح القدير ٢٣٦/٦
(٢) سبق تخريجه ص ١٢١
(٣) العناية بهامش شرح فتح القدير ٢٣٦/٦
(٤) سبق تخريجه ص ٢٢٩
(٥) المحلى ٣٤٠/٨
(٦) الفروق ٢٥٠/٣

وأجابوا عن قياسهم بيع الغائب على بيع النوى في التمر بأن جهالة
المبيع منفية بوجود الصفة . (١)

*

مناقشة وترجيح

بالنظر في أدلة الفريقين المجيزين لبيع الغائب والمانعين له .
نلاحظ أن القول بالمنع لبيع الغائب هو الأرجح وذلك لعدة أمور :

١ - اتفاق المحدثين على تضعيف سند الحديث المستدل به
للمجيزين " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " ^(٢) لأن في طريقه
عمر بن ابراهيم الكردي وهو " كذاب " وأبا بكر بن أبي مريم وهو ضعيف .
وأي حديث هذا شأنه لا يحتج به ولا يعارض به أصول الشرع
وقواعده القاضية بالنهي عن بيع كل ما فيه غرر والمستنده إلى السنة
الصحيحة .

وأما استدلالهم بقصة طلحة وعثمان وجبير بن مطعم فهي من
قول الصحابة واجتهاد منهم ، وقول الصحابة ليس بحجة على الصحيح إلا إذا
انتشر/ ولم ينتشر ولا يعارض بها قول الرسول صلى الله عليه وسلم .

أما استدلالهم بالقياس فلا قياس مع النص .

وأيضاً فإن قياسهم بيع الغائب على النكاح قياس ظاهر الفساد
لأن النكاح لا يكون إلا بعد مقدمات بها ينتفي الغرر ، والروية للمخطوبة
شروعة وممكنة حال العقد ، فلا يقال بجوازه كالنكاح .

(١) الفروق ٣ / ٢٥٠ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٢٢ .

والجواب عن قياسهم ببيع الغائب على جواز بيع الجوز واللوز في
قشره ، بأن الجوز واللوز موجود حال العقد ويمكن تسليمه للمشتري في
الحال ولا يقال بأن المقصود بالبيع هو ما في جوفه لأن القشر جزء من
المبيع فهو مقصود بالبيع .

الفرع الخامس

توقيت خيار الروءية وكونه على الفور أو على التراخي

من المعلوم أن النص الثابت به خيار الروءية جاء مطلقاً غير مقيد بمدة يثبت فيها خيار الروءية .

ورغم إطلاقه إلا أن الفقهاء القائلين بخيار الروءية اختلفوا في توقيته على قولين .

أحدهما : أنه مؤقت بإمكان الفسخ بعد الروءية فلو تمكن المشتري من الفسخ فلم يفسخ سقط الخيار وأصبح العقد لازماً وإن لم يجز العقد .

ثانيهما : أنه غير مؤقت بوقت محدود بل هو ثابت في جميع العمر ما دام لم يصدر من المشتري ما يدل على رضاه بالعقد من قول أو فعل (١) قال في مجمع الأنهر :

وهو الصحيح لإطلاق النص والعبارة لعين النص لا لمعناه (٢).

وعلى الخلاف في توقيته، ينسحب الخلاف في ثبوته على الفور أو على التراخي فالذين قالوا بتوقيته جعلوه مؤقَّتاً بالروءية فمتى رأى العقد وجب عليه المبادرة إلى الفسخ .

والذين قالوا بعدم تأقيته اعتبروه على التراخي فالمشتري

(١) البدائع ٥ / ٢٩٥ مجمع الأنهر ٢ / ٣٥٠

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٣٥٠

بالخيار الى وقت صدور ما يدل على رضا بالعقد من قول أو فعل .
ولكن القول بالتراخي المطلق لا تميل اليه النفس لأن فكرة
التراخي المطلق تنافي لزوم العقد ، وتجعل العقد في حيز عدم اللزوم
معنى وهو ما ينافي مقتضى العقد الوارد فيه خيار الرجوع .
فالقول بجعل الخيار على الفور هو إعطاء المشتري حق التروى المعقول
الذى لا يخرج العقد عن لزومه .
وأيضاً فالخيار الثابت به خيار الرجوع فيه اشارة واضحة الى
ذلك حين قيد الخيار بالرجوع ، والقول بالتراخي يلغي فائدة هذا القيد .
والله أعلم .

الفرع السادس

العقود التي يجرى فيها خيار الرجوع

سبق أن ذكرنا في شروط ثبوت خيار الرجوع أن من شروط ثبوته أن يكون في الأعيان ، وأن يكون في العقود القابلة للفسخ .
فمتى تخلف أحد الشرطين أو كلاهما فلا يقال بثبوت خيار الرجوع حينئذ .

فإذا كان العقد من غير الأعيان كالسلم فلا يثبت فيه خيار الرجوع ولو كان قابلاً للفسخ وكذا لو كان العقد من الأعيان ولكنه غير قابل للفسخ كالمهر وبديل الصلح عن القصاص لا يثبت فيه خيار الرجوع لأنه لا فائدة من ثبوته فيها . (١)

وبناءً على اشتراطهم ما سبق فقد خصوا - أعني الحنفية - خيار الرجوع بالعقود الأربعة التالية :

- ١ - الشراء للأعيان .
- ٢ - الإجارة .
- ٣ - القسمة .
- ٤ - والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه . (٢)

(١) شرح فتح القدير ٣٣٨/٦ .

(٢) المرجع السابق ، حاشية ابن عابدين ٥٩٢/٦ ، ٥٩٣ .

الفرع السابع

ما يسقط به خيار الروء يـــــــة

الأصل عند الحنفية أن ما يسقط خيار الشرط والعيب يسقط خيار الروءية إلا أنهما يسقطان بالاسقاط الصريح ، وخيار الروء يـــــــة لا يسقط بذلك لا قبل الروءية لأنه لا يثبت إلا بالروءية فلا خيار قبلها لأن اسقاط الشيء قبل أو ان ثبوته محال - ولا بعد الروءية لأن الخيار لم يثبت بالشرط وإنما ثبوته بالشرع لحكمه فيه فكان ثبوته حقا لله تعالى . (١)

وفيما يلي تلك المسقطات :

تنقسم مسقطات خيار الروءية الى قسمين ، ضروري واختياري .

أولاً - الاسقاط الاختياري :

وهو قسمان :

أ - اسقاط صريح كإجازة المشتري للبيع بقوله : أجزت أو رضيت به ونحو من ذلك .

ولا فرق في ذلك بين علم البائع بإجازة المشتري للبيع " أو عدم علمه " لأن الأصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا فلإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم " . (٢)

(١) البدائع ٥/٢٩٢ .

(٢) المرجع السابق .

ب - اسقاط دلالة ، وهو تصرف المشتري في المبيع بعد الروءية
أقبلها تصرفاً يدل على اجازته للبيع ورضاه به . (١)

وعلى ذلك فتصرف المشتري في المبيع قسماً :

الأول : تصرف مسقط للخيار قبل الروءية ومعدّها .

وهو كل تصرف يتعذر رفعه كالعق والتدبير ، والتصرفات التي
تجب بها حقوق للغير كالبيع بدون شرط الخيار ، وكالرهن والاجارة
لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطـل
الخيار . (٢)

الثاني : تصرف مسقط للخيار بعد الروءية ولا يسقطه قبلها ، وهو
التصرف الذي لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع أو المساومة
والهبة من غير تسليم * لأنه لو أبطل الخيار كان باعتباره دلالة على
الرضا وصريح الرضا قبل الروءية لا يبطل الخيار فبدلته أولى ،
ويبطله بعد الروءية لوجود دلالة الرضا * . (٣)

وما يمكن إلحاقه بهذا النوع من التصرف قبض المبيع قبل رؤيته
له وإنما كان القبض مسقطاً لخيار الروءية * لأن القبض بعد الروءية
دليل الرضا بلزوم البيع لأن للقبض شبهة بالعقد فكان القبض بعد
الروءية كالعقد بعد الروءية وذلك دليل الرضا كذا هذا * . (٤)

(١) الهداية ٣٣/٣ شرح فتح القدير ٣٤٠/٦ وما بعدها .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) شرح فتح القدير ٣٤١/٦ - ٣٤٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٩٦/٥ .

ثانياً - الاسقاط الضروي :

وهو كل ما أسقط الخيار ولزم به البيع من غير فعل من المشتري

مثل :

- ١ - موت المشتري ، فإذا مات قبل الروئية للمبيع أو بعد ها سقط الخيار ولم يورث .
- ٢ - اجازة أحد الشريكين - كما اذا اشترى رجلان سيارة على سبيل الشركة وكانت العين غائبة فأجاز أحدهما الخيار بعد روءيته للمبيع لزم العقد عليهما جميعا وسقط خيار الروئية .
- ٣ - هلاك بعض المبيع أو تعييره سواء كان العيب بفعل البائع أو بفعل الأجنبي أو بآفة سماوية .
- ٤ - زيادة المبيع في يد المشتري سواء كانت زيادته منفصلة أو متصلة متولدة أو غير متولدة على التفصيل السابق في خيار الشرط (١)

(١) هدايع الصنائع ٢٩٦/٥ .

الفصل الرابع :
الفسخ بسبب الإقالة .

الفصل الرابع

في الفسخ بسبب الاقالة

وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : في حقيقة الاقالة .

المبحث الثاني : في ركن الاقالة .

المبحث الثالث : في شروط الاقالة .

المبحث الرابع : في خلاف الفقهاء في ماهية الاقالة .

المبحث الخامس : في ثمرة الخلاف .

المبحث الأول

حقيقة الاقالة

أولاً : الاقالة لغة :

الرفع والفسخ ، يقال أقال الله عشرته اذا رفعه من سقوطه ،
واقلته البيع اذا فسخته . (١)

واختلف في أصل اشتقاق الاقالة : - ف قيل " إنها مأخوذة من القول ،
والهمزة للسلب فأقال بمعنى أزال القول كأشكاه بمعنى أزال شكايته .

ورَدَ بثلاثة أوجه :

- ١ - أنه يقال قلته - بالكسر - وهذا دليل على أن عينه باء لا واو فليس
من القول .
- ٢ - ولأنه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو .
- ٣ - في مجموع اللغة قال البيع قِيلاً وأقاله فسخه . (٢)

ثانياً : الاقالة اصطلاحاً :

عرفها ابن نجيم بأنها - رفع العقد السابق بلفظ . (٣)
وعرفها التسولي المالكي بأنها : رجوع كل من العوضين لصاحبه . (٤)

(١) الصحاح ٥ / باب اللام فصل القاف ص ١٨٠٨ ، المصباح المنير

١ / كتاب القاف ص ٥٢١ .

(٢) شرح فتح القدير ٦ / ٤٨٦ .

(٣) رسائل ابن نجيم ص ٣٢١ .

(٤) البهجة شرح التحفة ١ / ١٤٦ والتسولي هو علي بن عبد السلام بن
علي أبو الحسن التسولي فقيه مالكي ولي قضاء فاس له مؤلفات
منها " البهجة شرح التحفة " و " حاشية على شرح التاودي للامية
الزقاق " توفي سنة ١٢٥٨ هـ . انظر الأعلام ٤ / ٢٩٩ .

وعرفها ابن عرفة بأنها : ترك المبيع لبائعه بشئ (١)

وبالنظر لهذه التعاريف الثلاثة نجد أنها غير وافية بالدلالة

على معنى الاقالة ، ويرد عليها الاعتراضات الآتية :

- ١ - أنها لم تبين نوع العقد الذى ترد عليه الاقالة هل ترد على كل العقود أو ترد على العقد اللازم فقط ؟
 - ٢ - أنها أغفلت المناط الذى تقوم عليه حقيقة الاقالة ، وهو التراضي .
 - ٣ - أن التعريف الثالث يجعل مجرد الترك هو الاقالة مع أنه ثمرتها وفي ذلك من الدور ما لا يخفى .
- والتعريف الذى أراه مناسباً للاقالة هو :
- اتفاق العاقدين على رفع العقد اللازم بالتراضي .

(١) البهجة شرح التحفة ١٤٦/١ وابن عرفة هو محمد بن محمد بن عرفة الورعنى ، أبو عبد الله امام تونس وعالمها وخطيبها في عصره ، من فقهاء المالكية ، توفي سنة ٨٠٣ هـ الاعلام ٤٣/٧ .

البحث الثاني

ركن الاقالة

من المعلوم ان الاقالة لا تتم الا باتفاق العاقدين ، وهذا الاتفاق لا يكون الا بالايجاب والقبول .

فإذا صدر الايجاب والقبول من العاقدين تم ركن الاقالة وقامت بقيامه .

واذا عرفنا أن ركن الاقالة هو الايجاب والقبول فكيف يعبر عنهما ؟ هل يعبر عنهما بالماضي فقط أو تجوز بالمستقبل ؟

لا خلاف بين الفقهاء أن الايجاب والقبول في الاقالة يعبر عنهما بلفظين يدلان على الماضي مثل أن يقول أحدهما : أقلت ، ويقول الآخر قبلت .

أما اذا كان أحدهما للماضي والآخر للمستقبل كما لو قال أحدهما : أقلتني ، فقال الآخر : أقلتك .

فقد اختلف فقهاء الحنفية في جواز انعقادها بذلك على قولين :

الأول : لا تتعقد الاقالة بلفظين أحدهما ماض والآخر مستقبل ، وهو قول محمد بن الحسن رحمه الله ؛

وجه قوله : القياس على السبيع حيث ان البيع لا يقوم الا بالايجاب والقبول ، والاقالة كذلك ، وانعقاد البيع بالايجاب والقبول لا يتم الا بلفظ الماضي فكذا الاقالة .

ونص ما قال : " أن ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، فكذا ركن الاقالة (١) .

الثاني : تتعقد بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر يدل على المستقبل وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

ووجه ما قالا : أن لفظ الاستقبال موضوع للمساومة والمساومة في البيع معتاده للعاقدين فيحمل اللفظ على المساومة حقيقة وإذا حمل اللفظ - الاستقبال - على المساومة انتفى كونه إيجاباً ، وهذا بخلاف الإقالة لأنه لا يمكن حمل اللفظ فيها على حقيقته لعدم اعتبار المساومة فيها كالبيع فيحمل على الإيجاب ، ولهذا المعنى حملنا لفظ الاستقبال على الإيجاب في النكاح فكذا هنا .^(١)

(١) بدائع الصنائع ٣٠٦/٥ .

المبحث الثالث

شروط الاقالة

قلنا إن ركن الاقالة الإيجاب والقبول فإذا تم الركن ، فهل يكفي لظهور حقيقة الاقالة وصحتها أو الأبد من شروط يجب توفرها فيها تصح بها الاقالة وتترتب عليها بها ثمرتها المرجوة منها ؟

ما لا شك فيه أنه لا بد لصحة الاقالة من شروط ، وهذه الشروط هي :

١ - الرضا من العاقلين المتقابلين :

أما على أصل من قال بأنها بيع فالرضا شرط البيوع كلها باجماع الفقهاء ، وأما على أصل من قال بأنها فسخ ، فالعقد في الأصل تم بين العاقلين بالتراضي فكذا رفعه يكون بالتراضي .

٢ - اتحاد المجلس :

وانما اشترط لها اتحاد المجلس لأن الاقالة تفيد معنى البيع ، والبيع يشترط له المجلس فكذا الاقالة .

٣ - تقابض يدلي الصرف في اقالة الصرف :

سواء قلنا الاقالة بيع أو قلنا إنها فسخ في حق العاقلين .
أما على القول بأنها بيع فظاهر من أن التقابض في الصرف شرط لصحته .

وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله أن الاقالة فسخ في حق العاقلين فقط لأن القبض للبدلين انما وجوه لحق الله تعالى فلا يسقط باسقاط الحد له فلا بد من ظهوره في البيع فيظهر في حق

(١)
ثالث وهو الشفيع .

٤ - أن يكون المحل قابلاً للفسخ :

فإذا لم يكن قابلاً له بأن وجد مانع من موانع أسباب الفسخ كموانع خيار الشرط وخيار العيب - بأن زاد البيع زيادة مانعه للفسخ بطلت الاقالة .

وهذا الشرط لازم الوجود عند من يقول إن الاقالة فسخ ، لأن من شروط الفسخ بالاقالة أو غيرها أن يكون المحل قابلاً للفسخ فإذا لم يقبله لم يقبل الاقالة ضرورة (١) .

وأما من قال بأن الاقالة بيع فلا يشترط هذا الشرط لأن البيع بعد الزيادة قابل لورود البيع عليه فيكون محتملاً للاقالة .

وأما على قول أبي يوسف فالاقالة بعد القبض بيع عنده / والبيع بعد الزيادة محتمل للبيع وقابل له فيحتمل الاقالة .

وأما على قول محمد بن الحسن رضي الله عنه القائل بأن الاقالة فسخ عند الامكان فلا امكان هنا لأنها لو جعلت فسخاً لم يصح الفسخ مع الزيادة لكونها مانعه له . ولو جعلت بيعاً صحت الاقالة فتجعل بيعاً للضرورة ، وإذا كانت بيعاً انتفى اشتراط هذا الشرط لما قلناه سابقاً .

ه - قيام البيع وقت الاقالة :

فإذا هلك وقت الاقالة لم تصح ، أما قيام الثمن وقت الاقالة فلا يشترط . ووجه الفرق بين اشتراط قيام البيع وعدم اشتراط قيام الثمن هو : أن الاقالة لا تقوم إلا على البيع ، والبيع لا يقوم إلا على البيع لأنه مورد العقد ، لأن العقد لا يرد إلا على معين ، ولا معين فسي

(١) البدائع ٣٠٨/٦ ، ٣٠٩ .

العقد غير المبيع) ولا يقال بأن المعين هو الثمن لعدم احتماله للتعيين،
وان عين حقيقة لأن الثمن اسم لما في الذمة فلا يتصور ورود العقد عليه.
واذا عرفنا أن العقد لا يقوم إلا بالمبيع فإن هلك انتفى محل
حكم البيع فينتفي حكمه، وإذا انتفى البيع انتفت الاقالة التي هي
رفع العقد في الحقيقة، وإذا هلك الثمن ولم يهلك المبيع جازت
الاقالة لبقاء محل حكم البيع وهو المبيع. (١)

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٩.

المبحث الرابع

خلاف الفقهاء في ماهية الاقالة

أجمع الفقهاء على مشروعية الاقالة لقوله صلى الله عليه وسلم :
" من أقال مسلماً بيعة أقال الله عشرته " (١) زاد ابن ماجه " يوم
القيامة " (٢).

وبعد اجماعهم على مشروعيتها اختلفوا في حقيقتها هل هي
فسخ فتأخذ أحكام الفسوخ أوسع فتأخذ أحكام البيوع ؟
وفيما يلي تفصيل أقوالهم فيها مقرونة بأدلتهم :

وقبل ذكر أقوال الفقهاء ينبغي لنا تلمس سبب خلافتهم فيها ،
فالذي يظهر لي أن سبب اختلافهم هو شبه الاقالة بالفسوخ من
ناحية - ككونها تتوقف على العقد ، ولا تجوز الا بالثمن الوارد في العقد
دون زيادة أو نقص - وشبهها بالبيع من ناحية أخرى - كإفادتها
الملك لرأس المال .

فمن غلب شبهها بالبيع قال إنها بيع ، ومن غلب شبهها
بالفسخ قال إنها فسخ ، ومن راعى الناحيتين قال إنها فسخ في وقت
وبيع في آخر .

وبعد معرفة سبب خلافتهم أعود لتفصيل أقوالهم .

(١) سنن أبي داود ٢٧٤ / ٣

(٢) سنن ابن ماجه ٧٤١ / ٢

أولاً - مذهب الحنفية :

لفقهاء الحنفية في الاقالة هل هي فسخ أو بيع أربعة أقوال :
القول الأول : لا^{ان}بي حنيفة رحمه الله/ الاقالة فسخ في حق
العاقدين فقط ، بيع جديد في حق غيرهما كالشفيع . (١)

هذا اذا لم يكن ممانع من جعلها فسخا في حق العاقدين ،
فإذا تعذر جعلها فسخاً في حق العاقدين كما لو ولدت الأمة المبيعة
بعد القبض ، وكما اذا كان البيع عرضاً بالدراهم فإنها تبطل حينئذ .

ووجه قوله رحمه الله - أن الاقالة فسخ في حق العاقدين فإذا
تعذر بطلت - أن لفظ الاقالة ينهى عن الرفع أو الفسخ بدليل الاستعمال
فيهما ، والأصل أعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يجوز الحمل على
المجاز الا اذا تعذر الحمل على الحقيقة ، فإن تعذر الحمل عليهما
تعيين البطلان .

وانما قيل يتعين البطلان لأن ابتداء العقد لا يحتمل البيع
ليحمل عليه عند تعذر الفسخ ، لأن الفسخ ضد العقد فلا يجوز استعماله
فيه فيتعين البطلان حينئذ . (٢)

ووجه قوله إنها - بيع جديد في حق غير العاقدين كالشفيع هو
أن الاقالة عبارة عن نقل رأس المال ببذله ، فهي تغيد الملك كالبيع
ولشبهها بالبيع فلا يمكن اخلاؤها من حكمه فتكون بيعاً في حق ثالث
وهو الشفيع ، وانما كانت بيعاً في حق ثالث ، ولم تكن بيعاً في حق
العاقدين بل هي فسخ لاستحالة اجتماع الفسخ والبيع في عقد واحد . (٣)

(١) الهداية ٥٤ / ٣ ، ٥٥ ، شرح فتح القدير ٤٨٨ / ٦ ، بدائع الصنائع

٣٠٦ / ٥ ، مجمع الانهر ٢ / ٧١ ، ٧٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) شرح فتح القدير ٤٨٩ / ٦ بدائع الصنائع ٣٠٦ / ٥ .

القول الثاني : لاُبي يوسف رحمه الله : ان الاقالة بيع ، الا اذا
تعذر كونها بيعاً فتجعل فسخاً ، كما اذا كانت الاقالة قبل القبض فبي
بيع منقول .

فإذا تعذر جعلها بيعاً وفسخاً بطلت كما اذا كان المبيع عرضاً
بالدراهم فتقايلاً بعد هلاك العرض . (١)

ووجه قوله : ان البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال بالتراضي ،
وهذا المعنى موجود في الاقالة فكانت بيعاً لأن العبرة بالمعنى
لا باللفظ ولهذا أخذت أحكام البيع من ثبوت الشفعة فيها ، والرد
بالعيب ، ومطلانها بهلاك المبيع بعد الاقالة وقبل الرد . (٢)

القول الثالث : قال محمد بن الحسن رحمه الله : ان الاقالة
فسخ الا اذا تعذر جعل العقد فسخاً فيجعل بيعاً - كما اذا تقايلاً
بأكثر من الثمن الأول - الا اذا جعل العقد فسخاً أو بيعاً فتبطل
- كما اذا باع عرضاً بالدراهم بعد هلاك العرض . (٣)

ووجه ما قال : أن لفظ الاقالة في اللغة موضوع للفسخ ، والرفع
والدليل على ذلك الاستعمال فإنه يقال : أقلني عشرين : أى ارفع أثرها
بعد وجودها ، وهذا هو المعنى الحقيقي للفسخ فإنه ما هو الا رفع للواقع
من أن يكون واقعاً واذا أمكن العمل بالمعنى الحقيقي فلا يعمل بالمعنى
المجازى ، الا اذا تعذر العمل بالحقيقة ، وحينئذ يحمل على محتمله وهو
البيع لأنه بيع في حق ثالث . (٤)

(١) الهداية ٣/٥٥٥

شرح فتح القدير ٦/٤٨٧ ، ٥٤٨٨ بدائع الصنائع ٥/٣٠٦ ، مجمع الانهر ٢/٧٢٠

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الهداية ٣/٥٥٥

شرح فتح القدير ٦/٤٨٧ ، ٥٤٨٨ بدائع الصنائع ٥/٣٠٦ ، مجمع الانهر

٢/٧٢٠ ، ٧٣٠

(٤) المراجع السابقة .

القول الرابع : لزفر بن الهذيل رحمه الله : ان الاقالة

فسخ بكل حال (١) وسيأتي دليله مع أدلة الجمهور لموافقة لهم .

ثانياً - مذهب المالكية والظاهرية :

الاقالة بيع عند المالكية فيشترط لها ما يشترطه ، وتمتنع بما يمتنع

به . يقول أحمد الدردير رحمه الله : - والاقالة بيع فيشترط فيها ما يشترط فيه . ويمنعها ما يمنعه " . (٢)

وعليه الظاهرية ، يقول ابن حزم رحمه الله : والشركة والاقالة والغولية

كلها بيع مبتدأ لا يجوز في شيء منها الا ما يجوز في سائر البيوع لا تحاش شيئاً " . (٣) وهو قول للشافعية والحنابلة . (٤)

واستدلوا بما يلي :

١ - أن صفة البيع لم تتغير بالاقالة ، فقد عاد البيع بالحالة الأولى التي خرج بها .

٢ - أن الاقالة عبارة عن نقل الملك بعوض بالتراضي فكانت بيعاً كما قبل الاقالة .

ثالثاً - مذهب الشافعية والحنابلة :

للشافعية في الاقالة قولان ، أظهرهما أنها فسخ وكذا الحنابلة

لهم قولان ، أصحهما أنها فسخ ، ووافقهم زفر من الحنفية . (٥)

(١) بدائع الصنائع ٣٠٦/٥ .

(٢) الشرح للدردير ، حاشية الدسوقي ١٥٤ / ٣ .

(٣) المحلى لابن حزم ٣ / ٩ .

(٤) مغني المحتاج ٦٥ / ٢ ، المقنع ص ١٠٨ ، المغني والشرح الكبير

٢٥٥ / ٤ .

(٥) روضة الطالبين ٤٥٤ / ٣ ، مغني المحتاج ٦٥ / ٢ .

واستدلوا بما يلي :

١ - أن الاقالة في اللغة عبارة عن الإفساخ والرفع والدليل على ذلك الاستعمال يقال في الدعاء : أقلتني عشرين أى رفعها ، والأصل أن المعنى الشرعي هو ما ينبئ عنه المعنى اللغوي ، ورفع العقد فسخه .

٢ - أن الشارع الحكيم فرق بين لفظ البيع ولفظ الاقالة من حيث التسمية ، وإذا اختلفا في الاسم اختلفا في الحكم ، وإلا لم يكن لتفرقه من فائدة (١) .

٣ - الاجماع .

قال ابن المنذر : وفي اجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع اجماعهم على أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الاقالة ليست بيعاً .

٤ - أن الاقالة تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تتقدر به .

٥ - أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ يختلف عن اللفظ الأول ولا ينعقد به البيع فكانت فسخاً كالرد بالعيب (٣) .

والخلاصة :

أن للفقهاء في حقيقة الاقالة من حيث كونها فسخاً أو بيعاً : أربعة أقوال :

١ - أنها فسخ بكل حال ، وهو أظهر قول الشافعية والصحيح عند الحنابلة وقول زفر من الحنفية .

(١) البدائع ٥/٣٠٦ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٥/٢٢٥ .

(٣) المرجع السابق .

- ٢ - أنها بيع بكل حال ، وهو قول المالكية ، وعليه الظاهرية وأحد قولي الشافعية والحنابلة .
- ٣ - أنها فسخ في حق العاقلين بيع جديد في حق غيرهما ، إلا إذا امتنع جعلها فسخاً فتبطل ، وهو قول أبي حنيفة .
- ٤ - أنها بيع إلا إذا تعذر حملها عليه فتجعل فسخاً فإذا تعذر جعلها فسخاً أو بيعاً بطلت ، وهو قول أبي يوسف ، وهو مقتضى قول محمد بن الحسن إلا أنه يجعل الأصل فيها أنها فسخ على خلاف قول أبي يوسف .

مناقشة وترجيح

بالتأمل في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الاقالة هل هي بيع أو فسخ
بيع ؟ يبدو لي أن الراجح قول الشافعية والحنابلة وزفر أنها فسخ
بكل حال . لأن الحاجة داعية إلى القول بأنها فسخ والعقد اذا لزم
لم يجز للعاقدين فسخه ، ويلزم من ذلك الحرج والمشقة ، والقول بأن
الاقالة فسخ فيه رفع لما يقع فيه العاقدان من الحرج والمشقة ، لا يقال
بأن القول بأنها فسخ يناقض القول باللزم لأن العقد تم بالتراضي
فكذا رفعه بالتراضي ، كما أن القول بأن الاقالة بيع فيه إخلاء لفائدة
النص الوارد بالتسمية الخاصة^{بها} وبالحرص عليها ، ولا يمكن أن تخلو تلك
التسمية من فائدة والا للزم إخلاء هذا الحديث من الفائدة وهو باطل .
ولو تأملنا فيما استدل به أبو يوسف على أن الاقالة بيع من قوله
أن معنى البيع موجود فيها ، والعبرة بالمعنى لا باللفظ ، ولهذا فهي
تأخذ أحكام البيوع .

فغير مسلم قوله أنها تأخذ أحكام البيوع لأنها إنما تأخذ
أحكامه اذا كانت بيعاً ، وهذا لا يصدق على القول بأنها فسخ بل تأخذ
أحكام الفسوخ .

أما تفرقة أبي حنيفة بكونها فسخاً في حق العاقدين بيع في
حق غيرهما فقد كافانا مؤنة الرد على قوله ابن قدامة رحمه الله حين
قال :

" ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين
كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ، ولأن حقيقة الفسخ
(١)
لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص ، والأصل اعتبار الحقائق ."

المبحث الخامس

ثمرة الخلاف

لقد تولد من خلاف الفقهاء في حقيقة الاقالة هل هي فسخ أو بيع ؟ خلاف بينهم في بعض الفروع منها .

إذا تقابل العاقدان العقد بغير مسمى لثمن الأول أو سمياً أقل منه ، أو سمياً جنساً آخر غير الجنس الأول أو أجلاً الثمن ونحو ذلك ^(١) فإن ذلك يترتب عليه ما يلي :

أولاً - على القول بأنها فسخ :

تصح بالثمن الأول فقط ، فمتى زاد عليه أو نقص منه أو اختلف الجنس أو أجلاً الثمن ، فالاقالة باطلة .

وانما لم تصح لأنها فسخ ، والفسخ رفع العقد نفسه لا غيره ، وقد تم العقد بالثمن الأول فرفعه أو أزالته لا تكون إلا به ضرورة .

ثانياً - على القول بأنها بيع :

فمتى لم يجز البيع لم تجز الاقالة وهو ظاهر ، فتصح بالزيادة على الثمن الأول وبالنقصان منه وتأجيل الثمن ونحو ذلك .

ثالثاً - على القول بان الاقالة بيع إلا إذا ^{كان} مانع من جعلها بيعاً فتجعل فسخاً فإن امتنع كونها فسخاً أو بيعاً بطلت ان كانت الاقالة بعد القبض فهي على التسمية الأولى في العقد دون زيادة أو نقص . الخ لأنها بيع مبتدأ .

وان كانت قبل القبض وكان المبيع عقاراً فبيع أيضاً لامكان أن تجعل بيعاً لأن بيع العقار قبل القبض جائز عند من قال بهذا الرأي وهو أبو يوسف رحمه الله.

وان كان منقولاً ، فالاقالة فسخ لأنه لا يمكن أن تجعل بيعاً لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز.

رابعاً - على القول بأن الاقالة فسخ الا اذا امتنع جعلها فسخاً فتجعل بيعاً فإذا تعذرا بطلت . ان كانت قبل القبض فالاقالة لا تكون الا على الثمن الاول ، وتبطل الزيادة عليه والنقصان منه ، وكذا الاجل وتسمية الجنس الآخر ، وهي فسخ حينئذ لتعذر جعلها قبل العقد بيعاً .

وان كانت بعد القبض على الثمن الاول ولم يسميا الثمن أو اقل منه فالاقالة على الثمن الاول ، ويبطل النقصان منه او هي فسخ حينئذ .

وان تقابلا على زيادة في الثمن الاول أو على جنس آخر فالاقالة على ما اتفقا عليه وتكون وقتئذ بيعاً لتعذر جعلها فسخاً هنا لأن الفسخ لا يكون الا بالثمن الاول واذا تعذر حملها على البيع حملت على الفسخ (١)

الفصل الخامس:

الفسخ بسبب الغبن والغرير .

الفصل الخامس

في الفسخ بسبب الغبن والتفريـر

وفيه بحثان :

البحث الأول : في الفسخ بسبب الغبن .

البحث الثاني : في الفسخ بسبب التفريـر .

المبحث الأول

في الفسخ بسبب الغبن

وفيه ثلاثة فروع :

- الفرع الأول : في حقيقة الغبن لغة وشرعاً .
- الفرع الثاني : في كيفية التمييز بين الغبن الفاحش واليسير عند الفقهاء ، وبيان مقدار كل منهما .
- الفرع الثالث : في خلاف الفقهاء في الرد بالغبن الفاحش .

الفرع الأول

حقيقة الغبن لغة وشرعاً

أولاً : الغبن لغة :

في الصحاح : الغبن بالتسكين - النقص والخداع - في البيع ،
والغبن بالتحريك في الرأي يقال غبنته في البيع أى خدعته وقد
غبن فهو مغبون .

والغبينة من الغبن ، كالشتيمة من الشتم ، والتغابن بأن يغبن
القوم بعضهم بعضاً ومنه قيل " يوم التغابن " ليوم القيامة ،
لأن أهل الجنة يغبنون أهل النار .^(١)

وفي المصباح : غبنته في البيع والشراء غبناً من باب ضرب
مثل غلبه فانغبن وغبنه أى نقصه .^(٢)

ثانياً : الغبن شرعاً :

عرفه التاودي بأنه : شراء السلعة بأكثر من قيمتها مما
يتغابن الناس به أو بيعها بأقل كذلك .^(٣)

(١) الصحاح ج٦ / باب النون فصل الغبن ص ٢١٧٢ .

(٢) المصباح المنير ج٢ كتاب الغبن ص ٤٤٢ .

(٣) حلل المعاصم لبنت فكرين عاصم للتاودي ١٠٦/٦ .

والتاودي هو محمد التاودي بن محمد الطالب ، ابن سوده
المري الفاسي فقيه المالكية في عصره له مؤلفات منها " حاشية
على سنن أبي داود " و " شرح الأربعين النووية " توفي سنة
١٢٠٩ هـ ، شجرة النور الزكية ص ٣٦٣ الأعلام ٦/٦٢٠ .

وعرفه التسولي : بأنه شراء السلعة بأكثر من القيمة بكثير فيغبين المشتري أو يبيع بأقل من القيمة بكثير فيغبين البائع (١).

وعرفه أحمد القارى بأنه زيادة الثمن أو نقصه قدرا خارجا عن العادة وعرف البلد. (٢)

وبالنظر لهذه التعاريف ، نلاحظ أنها لا تعرف الا نوعا واحدا من أنواع الغبن وهو الغبن الفاحش ، أما الغبن اليسير فلا تشمله . ولعل النكته في تركيزها على الغبن الكثير فقط دون اليسير هي أن الغبن اليسير لا تأثير له في العقد ، ولا خلاف في لزوم العقد معه ، فالعقد معه بمنزلة العقد المجرد عن الغبن ، ولما كان كذلك لم يعتبر غبنا اعتبارا بجانب التأثير.

ولكن خروجه عن التعاريف المذكورة لا يسلب عنه مسمى الغبن ولا يؤثر في اعتباره محرما كالكثير.

ولما كان كذلك فقد وجب دخوله في التعريف لا سيما أن التعريف للغبن من حيث هو غبن لا من حيث ثبوت الخيار به ، وحينئذ يقتضي المقام ادخاله وبذلك فإنها غير جامعة .

(١) البهجة شرح التحفة ٢/١٠ والتسولي هو محمد بن محمد بن محمد ، القاضي أبوبكر ، الاندلسي الغرناطي كان فقيهاً حافظاً فقيهاً له مؤلفات منها " النوادر " و " اراجيز في الأصول " و " النحو والقراءات " توفي سنة ٨٢٩ هـ . انظر نيل الابتهاج ص ٢٨٩ ، الاعلام ٤٥ / ٧ .

(٢) مجلة الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي ص ١١٣ مادة ٢٠٩ والقارى هو أحمد بن عبدالله القارى ، قاضي حجازى من أصل هندي تعلم في المدرسة الصولتية بمكة ، توفي بالطائف سنة ١٣٥٩ هـ انظر الاعلام ١ / ١٦٣ .

ويمكن أن يعرف الفبن بنوعيه : الفاحش واليسير ، أخذاً من مجموع التعريفين الأولين بما يلي :

" شراء السلعة بأكثر من قيمتها أو بيعها بأقل منها " .

فقولنا " شراء " جنس يدخل فيه الشراء مع الفبن وبدونيه ،

وقولنا " بأكثر من القيمة " قيد جي به لبيان أن المراد بالشراء هو الشراء

بالأكثر ، ولا خراج شراء السلعة بثمنها المساوي أو الأقل .

وهذا الجزء من التعريف - يشمل الفبن بنوعيه - الكثير واليسير ،

في حالة الشراء فقط .

ولما كان الفبن يجرى في جانب البائع أيضا جي بالجزء الثاني

من التعريف

الفرع الثاني

كيفية التمييز بين الغبن الفاحش واليسير عند الفقهاء

وبين مقدار كل منهما

اتفق الفقهاء على أن الغبن قسمان ، فاحش ويسير ، واتفقوا - أيضاً - بأنه لا رد بالغبن اليسير . (١)

وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في ثبوت حق الرد بالغبن الكثير . وقبل استعراض أقوال الفقهاء في الغبن الفاحش ، أشير إلى ضابط كل من الغبن الفاحش واليسير في جميع المذاهب .

أولاً - مذهب الحنفية :

قال في تكملة شرح فتح القدير :

" اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير - يعني

الغبن - :

١ - منهم من قال ما يتغابن الناس به قليل ، وما لا يتغابن الناس فيه كثير .

٢ - ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو القليل ، وما لا يدخل فهو كثير .

٣ - ومنهم من قال ذلك مفوض إلى رأي القاضي . (٢)

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٣٣٤ / ١ وعبارته : واتفقوا على أن الغبن

في البيع بما لا يفسخه لا يوثق في صحته .

(٢) تكملة شرح فتح القدير ٨٥ / ٨

قال صاحب نتائج الأفكار - تعقيباً على الأقوال الثلاثة -

والصحيح ما روى محمد رحمه الله في النوادر^(١) - يعني الأول .

ومثلوا للغبن الفاحش بما اذا باع بعشرة مثلاً .

فقال بعضهم يساوي خمسة .

وقال بعضهم يساوي ستة .

وقال بعضهم يساوي سبعة .

فهو غبن فاحش لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد من المقومين .

ومثلوا للغبن اليسير بما اذا قال بعضهم يساوي ثمانية ،

وقال بعضهم يساوي تسعة ، وقال بعضهم يساوي عشرة ، فهو يسير .^(٢)

ولكن فقهاء الحنفية المتأخرين لم يرتضوا ذلك ، وحاولوا ضبط

المقاييس القضائية بشكل أدق فحدوا الغبن الفاحش بما يعادل نصف

عشر القيمة في العروض المنقولة ، والعشر في الحيوان ، والخمس في العقارات .

فما بلغ هذا فهو فاحش ، وما دونه فهو يسير .^(٣)

ثانياً - مذهب المالكية :

المعيار عند المالكية في التمييز بين الغبن الفاحش واليسير العادة ،

فكل ما اعتاد الناس التغاين به فهو الغبن اليسير ، وما لم يعتادوا التغاين

به فهو الكثير أو الفاحش .

(١) تكملة شرح فتح القدير ٨ / ٨٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥ / ١٤٣ .

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز م ١٦٥ ، ص ٧٤ ، المدخل

الفقهي العام ١ / ٣٧١ .

ولقد حاول بعض فقهاء المالكية ضبط ذلك ، فحد الفبن الفاحش بما زاد على الثلث ، ولكن هذا التحديد لم يشتهر في المذهب عندهم ، وهو ما أشار إليه صاحب التحفة بأن شرط الرد بالثلث إنما هو على خلاف المشهور في المذهب ، فيبقى القول بالعادة هو المعيار كما صرحت به عامة كتبهم . (١)

ثالثاً - مذهب الشافعية :

المعيار عند الشافعية في التمييز بين الفبن الفاحش ، واليسير هو العرف والعادة ،

والفبن الفاحش عندهم هو ما لا يحتمل غالباً .
والفبن اليسير ما يحتمل غالباً كدرهم في عشرة وهجائز) والبيع به صحيح .

وليس هذا هو المعيار الصحيح للتمييز بين نوعي الفبن عندهم بل المعيار الصحيح في التمييز بينهما " العادة " كما قلنا سابقاً .
فإليها أشار ابن أبي الدم (٢) حين قال : " والعشرة ان تسوم فيها بالمائة فلا يتسامح بالمائة في الألف ، ولا بالألف في العشرة فالصواب المرجوع الى العادة . (٣)

----- البيحة في شرح

(١) بلغة السالك ١٠٦/٢ / التحفة ١٠٦/٢ ، القوانين الفقهية

ص ٢٣ .

(٢) هو ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن أبي الدم أبو اسحاق ولد بحماة سنة ٥٨٣ هـ ، حدث بحلب والقاهرة وله شرح الوسيط وكتاب " أدب القضاء " توفي سنة ٦٤٢ ، انظر طبقات الشافعية الكبرى ٤٧/٥ ، الأعلام ٤٩/١ .

(٣) مغني المحتاج ٢٢٤/٢ ، الاقناع ٢٩٧/١ ، اعانة الطالبين ٩/٣ ،

السراج الوهاج ٤٧/٥ ، ص ٢٤٩ ، زاد المحتاج ٢٥٣/٢ .

رابعاً - مذهب الحنابلة :

المعيار عند الحنابلة في التمييز بين الفحين الفاحش واليسير

" العادة " كالمالكية والشافعية .

وعلوه بأن الشرع لم يرد فيه تحديد للفحين فيرجع فيه إلى

العرف قياساً على القبض والاحراز فإن الطريق اليهما العرف .

قال في الشرح الكبير " والأولى تحديده - يعني الفحين

الكثير - مما لا يتغابن الناس به في العادة ، ولا تحديد للفحين في

المنصوص عن أحمد وحده أبو بكر ^(١) في التنبيه ، وابن أبي موسى ^(٢)

في الارشاد بالثلث وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم :

" والثلث كثير " ^(٣) وقيل السدس ^(٤) . وهذا القول الذي ذكره صاحب

الشرح الكبير هو تحديد للفحين الفاحش فقط لا اليسير .

ويفهم منه أن ما كان أقل من الثلث أو ما يتغابن به الناس فهو

الفحين اليسير .

(١) هو أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر المعروف بالخلال من كبار

فقهائ الحنابلة وجامع فقه أحمد له مصنفات منها " الجامع في

الفقه " و " العلل " و " السنة " ، توفي سنة ٣١١ هـ .

انظر طبقات الحنابلة ١٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٩٧/١٤ .

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي موسى ، أبو علي الهاشمي القاضي

الفقيه الحنبلي صنف الارشاد في المذهب ولد سنة ٣٤٥ هـ ،

وتوفي سنة ٤٢٨ هـ ، انظر طبقات الحنابلة ١٨٢/٢ .

(٣) صحيح البخاري ١٨٧/٣ ، صحيح مسلم ١٨٦/٣ ، ١٨٧ .

(٤) الشرح الكبير مع المغني ٧٧/٤ ، منتهى الارادات ٣٠٩/١

شرح منتهى الارادات ١٧٢/٢ .

الفرع الثالث

خلاف الفقهاء في الرد بالغبن الفاحش

وبعد أن عرفنا طريقة التمييز بين الغبن الفاحش ، واليسير أعود
ليبان خلاف الفقهاء في الغبن الفاحش .

اختلف الفقهاء في الغبن الفاحش هل يثبت به الرد للمغبون
أولا يثبت ؟

وفيما يلي تفصيل لأقوال الفقهاء في ثبوت الخيار بالغبن الفاحش .
أولاً - مذهب الحنفية :

الأصل عند الحنفية أنه لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية
وهو المفتى به عندهم . (١)

ولكن هل عدم الرد بالغبن الفاحش عندهم على الإطلاق أو
مقيد بقيود ؟

أفتى بعض علماء الحنفية بالإطلاق كما في القنية . (٢)
وذكر الامام السمرقندي رحمه الله في كتابه تحفة الفقهاء أن
رواية الرد محمولة على المغبون الذي لم يفر أما ان غر فله الرد
مطلقاً . (٣)

وبالرد اذا غر أفتى صدر الاسلام وغيره . (٤)
قال ابن عابدين : وهو الصحيح . (٥)

(١) الدر المختار ١٤٢/٥ ، ١٤٣ ، ١٤٤

(٢) المرجع السابق .

(٣) تحفة الفقهاء ١٠٨/١

(٤) الدر المختار ١٤٣/٥

(٥) حاشية ابن عابدين ١٤٣/٥

ثانياً - مذهب المالكية :

المشهور عند المالكية أنه لا رد بفجن ، ولو خالف العادة الا في
الصور التالية ، فإنه يفتي فيها بالرد : (١)

١ - اذا استأمن أحد العاقدين الآخر أو استسلم له فله
الرد باتفاق . والاستئمان هو أن يقول أحد العاقدين للآخر كم قيمته لاخذه
بها ؟ أولاً بيعه بها ؟ فيقول له : قيمته كذا ، والواقع أنها
ليست كذلك .

والاستسلام بأن يقول المشتري للبائع : بعني كما تبيع
للناس فإنني لا أعلم القيمة أو يقول البائع اشترمني كما تشتري من
غيري . (٢)

واستدلوا لثبوت الرد بالاستئمان والاستسلام بقوله صلى الله
عليه وسلم " غبن المسترسل حرام " وفي رواية " ربا " . (٣)

٢ - اذا كان المغبون نائباً عن غيره في بيع وشراء كالوكيل
والوصي ، قال أبو عمر - ابن عبد البر - اتفقوا أن النائب عن غيره في بيع
أو شراء من وكيل أو وصي اذا باع واشترى بحالا يتغابن الناس بمثله أنه
مردود . (٤)

(١) حاشية الدسوقي ١٤٠/٣ بلغة السالك ٦٨/٢ البهجة شرح

التحفة ١٦/٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ١٤/٣ .

(٣) ضعيف الجامع الصغير ٢٧٢/٣ .

(٤) حلل المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، للتاودي ١٠٦/٢ .

وفي مقابل المشهور يرد بالفحين عندهم بثلاثة شروط : (١)

- ١ - ألا يمضي على البيع عام ، فان جاوز البيع عاماً كاملاً فلا يجوز الرد .
- ٢ - أن يكون القائم به جاهلاً بما صنع .
- ٣ - أن يكون بالثلث فما زاد وقع .

قال في بلغة السالك : " وبهذا أفتى المازي (٢) وابن عرفة والبرزلي (٣) ومضى عليه ابن عاصم (٤) في التحفة حيث قال :

ومن يفحين في مبيع قاما
فشرطه أن لا يجوز العامما
وأن يكون جاهلاً بما صنع
والفحين لثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالاحكام
وليس للعارف من قيام (٥)

(١) البهجة شرح التحفة ٠١٠٦/٢

(٢) هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازي ابو عبدالله محدث من

فقهائ المالكية نسبة الى " مازر " بجزيرة صقلية ولد سنة
٤٥٣ وتوفي سنة ٥٣٦ ، انظر الديباج المذهب ٥٤٥/٢ ،
الاعلام ٠٢٧٧/٢

(٣) هو أبو القاسم بن أحمد بن محمد البلوي القيرواني المعروف
بالبرزلي أحد أئمة المالكية بالمغرب كان ينعت بشيخ الاسلام
قال السخاوي توفي بتونس عن مئة وثلاث سنين كان مولده عام
٧٤١ هـ ووفاته سنة ٨٤٤ هـ

الاعلام ٠١٧٢/٥

(٤) هو محمد بن محمد بن محمد ابوبكر ابن عاصم ، القاضي من فقهاء

المالكية بالاندلس له مؤلفات منها تحفة الاحكام في نكت
العقود والاحكام وارجيز في الاصول و" النحو " ، توفي سنة
٨٢٩ هـ ، انظر نيل الابتهاج ص ٢٨٩ ، الاعلام ٠٤٥/٧

(٥) بلغة السالك ٠٦٨/٢

قال الدسوقي في حاشيته : قلت : والعمل به مستمر عندنا بفاس" (١) ، لكن ابن رشد رحمه الله لم يرتض هذه الأقوال وردها بقوله (٢) : وهو غير صحيح لقوله عليه الصلاة والسلام " لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " (٣).

الثالث مذهب الشافعية :

الأصل عند الشافعية أنه لا رد بفبن فاحش .
قال ابن السبكي رحمه الله : قال أصحابنا لا يثبت الخيار بالفبن سواء أتفاحش أم لا : (٤)
لكن الناظر في فقه الشافعية يلاحظ أنهم يثبتون الخيار في تلقى الجلب فهل فعلهم هذا يخالف أصلهم ؟

يجيب على ذلك الامام الغزالي في كتابه الوجيز بقوله :
" ولا يثبت بالفبن خيار اذا لم يستند الى تغرير يساوى تغرير المصراه حتى لو اشترى جوهره رآها فإذا هي زجاجة فلا خيار " (٥).

- (١) حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ .
(٢) بلغة السالك ٦٨/٢ وابن رشد هو محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد المالكي يكنى أبا الوليد فقيه وقته له مؤلفات منها " البيان والتحصيل " و " كتاب المقدمات " توفي سنة ٥٢٠ هـ الديباج المذهب ص ٢٧٨ ، الأعلام ٥/٣١٦ .
(٣) صحيح البخاري ٣/٢٤ ، صحيح مسلم واللفظ له ٥/٦٢٥ . المعنى ومعه الشرح الكبير ٦/٣٧٨ .
(٤) تكملة المجموع لابن السبكي ١٢/٣٢٦ ، وابن السبكي هو علي بن عبد الكافي بن علي ، السبكي الأنصاري ، شيخ الاسلام وأحد المفسرين والحفاظ في وقته له مؤلفات منها " الدر المنظم في التفسير ومختصر طبقات الفقهاء " توفي سنة ٧٥٦ هـ . الأعلام ٤/٣٠٢ .
(٥) الوجيز ١/١٤٣ ، والغزالي هو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي

ودليلهم على اثبات الخيار بالغبن اذا كان فيه تغرير يساوي
تغرير المصراه ، حديث المصراه نفسه كما هو المتبادر من عبارة الوجيز .
أما دليلهم على عدم الرد بالغبن فهو لما روي أن حبان بن
منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال :
اذا بايعت فقل " لا خلا به " ولك الخيار ثلاثاً ^(١) .

قال ابن السبكي : ووجه الدلالة منه ظاهره لأنه لو كان يثبت
الخيار بالغبن بينه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعيد
اشتراط خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثاً بقوله " لا خلا به " .
كما استدلوا بالمعقول ، فقالوا :

إن المعقود عليه خال من العيوب ، ولم يدلسه البائع وما حصل
من غبن للمشتري تفريط منه فلم يثبت له الخيار ^(٢) .

رابعاً - مذهب الحنابلة :

الحنابلة يثبتون خيار الغبن في صور ثلاث :

أولها - تلقي الركبان أو الجلب :

والركبان : جمع راكب وهو في الأصل راكب البعير ثم اتسع

=====

الامام الجليل ابو حامد ، حجة الاسلام له نحو مائتي مصنف

منها " احياء علوم الدين " و (" المستصفى في الاصول ")

و " المنحول " توفي سنة ٥٠٥ هـ ، طبقات الشافعية

الكبرى ١٠١/٤ ، شذرات الذهب ١٠/٤ ، الاعلام ٢٢/٧ .

(١)

سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٢) تكملة المجموع لابن السبكي ٣٢٦/١٢ .

(٣) المرجع السابق .

فيه فاطلق على كل راكب والمراد به هنا القادمون من السفر بجلوبه - وهو ما يجلب للبيع - وان كانوا مشاة". (١)

ولا فرق في التلقي بين قصده وعدم قصده ، فمتى تلقاهم فاشترى منهم أو باع لهم فهم بالخيار اذا نزلوا السوق وعرفوا أنهم غنوغبنكجاوز العادة ، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه " لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار". (٢)

ثانيهما - النجش " وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ، وهو حرام ، والعقد معه صحيح ، ويثبت للمشتري مع النجش الخيار اذا غن غبنًا يجاوز العادة قياسًا على ثبوت الخيار بالتلقي .

ويشترط لثبوت الخيار بالنجش شرطان :

- ١ - أن يكون الناجش حاذقاً " لأن تغرير المشتري لا يحصل إلا بذلك " .
- ٢ - " وأن يكون المشتري جاهلاً فلو كان عارفاً واغترى بذلك ، فلا خيار له لعجلته وعدم تأمله " . (٣)

ومن النجش ما يلي :

- ١ - قول البائع اعطيت في السلعة كذا وهو كاذب .
- ٢ - لو " أخبر أنه اشترى السلعة بكذا " وهو زائد عما اشتراها به . (٤)

(١) الكشف ٢١١/٣ .

(٢) صحيح البخاري ٢٨/٣ بلفظ " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التلقي وأن يسبح حاضر لباد " ، صحيح مسلم ٥/٥ ، واللفظ له .

(٣) الكشف ٢١١/٣ .

(٤) المرجع السابق .

ثالثها - المسترسل وهو الجاهل بالقيمة من بائع وشتر ،
ولا يحسن يماكس .^(١)

فمن اشترى شيئاً وهو بتك الحال صح العقد ، وثبت له
الخيار قياساً على ثبوته في تلقي الجلب .^(٢)

خامساً - مذهب الظاهرية :

الفبن عند ابن حزم يقع في البيع على ثلاث حالات :

الأولى - أن يشترط العاقدان ابتداءً خلوا العقد منه ، فان وقع
الفبن مع الاشتراط فهو بيع باطل مفسوخ أبداً .

الثانية - أن يعلم العاقدان بقدر الفبن ويتراضيا به ، فالعقد
صحيح لازم .

الثالثة - ان لا يعلم العاقدان أو أحدهما بقدر الفبن ، ولم
يشترطاً أو أحدهما السلامة منه ابتداءً ، فالعقد صحيح لكنه
غير لازم للمغبون .

وفي هذه الصور الثلاث يقول ابن حزم :

" ولا يحل بيع شيء بأكثر مما يساوي ولا بأقل مما يساوي اذا
اشتراط البائع أو المشتري السلامة إلا بمعرفة البائع والمشتري معاً
بقدر الفبن في ذلك ورضا هما به ، فإن اشترط أحدهما السلامة
ووقع البيع كما ذكرنا ولم يعلما قدر الفبن أو علمه أحدهما ثم وجد
فبن على أحدهما ولم يكن علم به فللمغبون انفاذ البيع وأورده ، فإن فات
الشيء المبيع رجع المغبون منهما بقدر الفبن " .^(٣)

(١) كشف القناع ٣ / ٢١١ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٤ / ٧٩ .

(٣) المحلى ٨ / ٤٣٩ .

أدلة ابن حزم :

استدل ابن حزم على وقوع الغبن حين اشتراط خلو العقد منه ، وأن وقوعه بتلك الصورة يبطل للعقد .

بحديث حبان بن منقذ لما أمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يقول : " لا خلا به " عند البيع وجعل له الخيار ثلاثاً في انفاذ البيع أورده : (١)

وجه الدلالة من الحديث :

أنه صلى الله عليه وسلم أبطل البيع الذى اشترط فيه الخلا به وانفذ البيع الصحيح الذى علم صاحبه بالخلا به فيه ورضي بها ، ان اختار الامضاء معها .

يقول ابن حزم : فأبطل عليه السلام الخلا به وأنفذ بيوعه الصحاح ، والتي يختار انفاذها بعد المعرفة ولم يحجر عليه . (٢)

واستدل لصحة العقد ، ولزومه اذا علم العاقدان بقدر الغبن وتراضيا به بما يلي :

١ - قصة جمل جابر رضي الله عنه ، وشراء النبي صلى الله عليه وسلم له منه ، فعن جابر بن عبد الله قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فتخلف غاضى فذكر الحديث وفيه فما زال يزيدي ويقول : والله يغفر لك . (٣)

(١) سبق تخريجه ص ١٦٩

(٢) المحلى ٨ / ٤٤٢ .

(٣) صحيح البخارى ٣ / ١٥ ، ١٧٤ ، ٢١٧ ، صحيح مسلم ٤٣ / ١٧٦ ، ١٧٧ .

ووجه الدلالة من الحديث :

أن عطاء الرسول صلى الله عليه وسلم الأول لا يخلو من أمرين ، أما أن يكون عطاء الرسول صلى الله عليه وسلم يساوي قيمة الجمل أو أقل من قيمته أو أكثر منها .

فإن كان عطاؤه أكثر من القيمة فقد زاده عليها بعد ذلك ، وفي هذا دليل جواز البيع بالزيادة على القيمة بتراضيها . وإن كان عطاؤه عليه السلام أقل من القيمة لعدم علمه بها لأنه صلى الله عليه وسلم لا يساوم بما لا يجوز ، ولا يخدع أحدا ولا يفشده ولا يفره فقد جعل للبائع - جابر - الخيار ثم زاده بعد ذلك إلى أن رضي بامضاء البائع ، وهذا هو قولنا . (١)

٢ - قوله صلى الله عليه وسلم : " لا يسم المسلم على سوم أخيه " . (٢)

قال ابن حزم : فيه إباحة المساومة وهي عند كل من يدري اللغة العربية معروفة وهي أن يسأل أحدهما ثمنًا يعطيه الآخر أقل ، فلو كان إعطاء أقل من القيمة أو طلب أكثر منها طلبا باطلا لما أباحه الله تعالى على لسان رسوله " . (٣)

٣ - ما رواه زيد بن خالد الجهني " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، قال : ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضعفير " .

(١) المحلى ٥٤٤٣/٨

(٢) صحيح البخارى ١٧٦/٣ صحيح مسلم ٤/٣ واللفظ له .

(٣) المحلى ٥٤٤٣/٨

قال ابن شهاب : والضعيف الحبل . (١)

قال ابن حزم : فأباح عليه السلام بيعها بحبل من شعر اذا رضي بائعها بذلك .

٤ - ما جعل عليه السلام لحبان بن منقذ من الخيار في رد البيع أوامضائه وكان يخدع في البيوع . (٢)

ففي الحديث اجازة للبيع الذى فيه غش وخديعة اذا رضي المفسوش بها ، واستدل ابن حزم على قوله بثبوت الخيار فيما اذا لم يعلم العاقدان أو أحدهما بالغبن ، ولم يشترط الخيار . بمايلي :
أ - قوله تعالى ﴿ الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٣) الآية
ووجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى علق البيع بالرضا ، والمشتري أو البائع اذا ابتاع أنواع مع الغبن وهولا يعلم به فقد اختل رضاه بذلك فيتخير .

ب - حديث حبان بن منقذ ، وجعل الرسول صلى الله عليه وسلم الخيار له ثلاثا ان شاء أمسك وان شاء رد اذا قال لا خلا به .
فدل الحديث على أنه لا يحل البيع أو الشراء بالغبن الا بعلم المخدوع وطيب نفسه فإذا علم ذلك بعد العقد فله الخيار بين امضاء العقد أو رده . (٤)

(١) صحيح البخارى ٤٢/٣ من طريق أبي هريرة رضي الله عنه

صحيح مسلم ١٢٤/٥ واللفظ له .

(٢) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٣) سورة النساء آية رقم ٢٩١ .

(٤) المحلى ٤٤٢/٨ .

الخلاصة

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء يظهر لي :

أنهم متفقون على جواز الرد بالغبن الفاحش فـ في
الجملة ، إلا أنهم يختلفون فيه ، هل الأصل فيه الرد أو عدم الرد ؟
فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يظهر
من كلامهم أن الأصل عدم الرد .
وبناءً على ذلك فهم يضيقون نطاقه ، ولا يثبتونه إلا على سبيل
الاستثناء .

فالحنفية والشافعية لا يثبتونه إلا إذا صحبه تقرير
فإذا لم يصحبه تقرير فلا رد ، فكأنهم يجعلون سبب ثبوت الرد هو
التقرير المقارن للغبن لا الغبن ذاته ، إلا أن الشافعية يشترطون
في التقرير أن يساوي تقرير المصراه ، والحنفية يطلقون ، والمالكية
المشهور عندهم لا رد إلا في الصور التالية :

المستأمن - المسترسل - النائب عن غيره .

والحنابلة يثبتونه في ثلاث صور فقط :

تلقى الركبان ، النجش ، المسترسل .

وفي مقابل ذلك ، الظاهرية ، فإنهم يعممون جواز الرد به إذا

لم يعلمه العاقدان .

مناقشة وترجيح

ما سبق من استعراض لأقوال الفقهاء بأدلتها ، يظهر
لي أن الراجح هو جواز الرد بالغبن الفاحش كما هو القدر المتفق
عليه من أقوال الفقهاء ، كما بينت ذلك^{في} الخلاصة .

فالرد بالغبن ما جاء به نصوص الشريعة عامها ، كحديث
حبان بن منقذ ، وخاصها كحديث تلقى الجلب .

ولا يقال بأن حديث حبان بن منقذ خاص به لا يتعداه إلى
غيره ، فقد بينت فيما سبق أنه لا دليل على القول بالخصوصية .

أما كيفية العمل بالأحاديث الواردة في الغبن فكما يلي :

١ - يعمل بحديث حبان بن منقذ في حالة اشتراط الخلا به
أو الغبن^{أو نحوهما} .

٢ - يعمل بالأحاديث الخاصة الواردة بمشבות الخيار كحديث
تلقى الجلب . يقاس على تلقى الجلب كل ما اشترك معه فسي
علة حكمه كالناجش ، والمسترسل ، والمستأن .

المبحث الثاني

في الفسخ بسبب التعرير

وفيه ثلاثة فروع :

- الفرع الأول : في حقيقة التعرير لغة وشرعاً .
- الفرع الثاني : في الفسخ بسبب التعرير القولي في بيع الأمانة .
- الفرع الثالث : في الفسخ بسبب التعرير الفعلي للتصيرية ونحوها .

الفرع الأول

حقيقة التفرير لغة وشرعا

١ - حقيقته لغة :

التفرير في اللغة الحظر ، وفي الحديث " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التفرير " . (١)

ومثاله بيع السمك في الماء ، والطير في الهواء . (٢)
والتفرير : حمل النفس على التفرير . (٣)

٢ - حقيقته شرعاً :

الاغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد ، وحمله عليه .

والتعريف المختار له أنه : حمل أحد العاقدين الآخر على العقد

بوسيلة كاذبة (٤)

أقسام التفرير : ينقسم التفرير باعتبار الوسيلة الحاملة عليه إلى قسمين :

١ - تفرير قولي ، وهو حمل أحد العاقدين الآخر على العقد بوسيلة قولية كاذبة ، ومن أمثلة ذلك الكذب في بيع الأمانة بأن يقول أعطيت في السلعة كذا وهو كاذب .

٢ - تفرير فعلي ، وهو حمل أحد العاقدين الآخر على العقد بوسيلة فعلية كاذبة ، ومن هذا القبيل تصرية الشاة لتظهر أنها كثيرة اللبن وفي الحقيقة ليست كذلك .

(١) سبق تخريجه ص ٢٢٩ .

(٢) الصحاح ج ٢ باب الراء فصل الغين ص ٧٦٨ ، المصباح المنير ج ٢ كتاب الغين ص ٤٤٥ .

(٣) الصحاح ج ٢ باب الراء فصل الغين ص ٧٦٩ .

(٤) المدخل الفقهي العام ١ / ٣٧٩ .

الفرع الثاني

في الفسخ بسبب التفجير القولي في بيع الأمانة

وفيه المطالب الآتية :

المطلب الأول : في معنى بيع الأمانة .

المطلب الثاني : في شرائط بيع الأمانة .

المطلب الثالث : في حكم ظهور الخيانة في بيع الأمانة .

*

تمهيد :

المقصود من بيع الأمانة - بيع المراجعة والتولية والشركة والوضيمة -

وهذه البيوع بحثها الفقهاء على سبيل الاجمال الحاصل من تشابهها في تكوينها وأحكامها ، فمن حيث التكوين لها فإن منشأها واحد إذ أن مبناها جميعا على رأس المال في عقد سابق لها .

ومن حيث الأحكام أن الخيانة فيها تجيز للمشتري حق فسخ العقد ، أو حط مقدار الخيانة عنه على خلاف بين الفقهاء في ثبوت أحد الأمرين السابقين .

إلا أن هذا الاجمال في بحوث هذه البيوع قد تبالغ فيه بعض المذاهب حتى تخرجه عن معرض الاستيفاء الى معرض الخل ، ولئن عللوا ذلك الاجمال بتعليلات هي في نظرهم مبررات له إلا أنها لا تخليه من اعتراض في الجملة .

وأحسن ما يقال في ذلك أنه اصطلاح لهم ولا مشاحة في الاصطلاح عند فهم المعنى .

وهو لا هم المالكية حيث قصرنا بيع الأمانة على المراجعة

فقط ثم يليهم في الاجمال الحنفية حيث فصلوا أحكام التولية والمراوحة فقط ثم تأتي بعد ذلك بقية المذاهب .

واستناداً على ما سبق من تقرير الاجمال في بيوع الأمانة من حيث ثبوت الخيار فيها أو عدم ثبوته ، فإنني في هذا البحث سأعتمد كما اعتمد أصحاب المذاهب .

وبذلك يعلم أن الإشارة في هذا البحث إلى بعض هذه البيوع والاستدلال له لا يعني اهمال سواء بل يعني أن غيره من بيوع الأمانة مثله في الحكم ————— الا اذا وجد فرق في الحكم بين بعضها ، بينت ذلك مع الدليل ، كما يظهر ذلك جلياً من تفرقة الامام أبي حنيفة بين التولية والمراوحة في حكم الخيار .

*

المطلب الأول

معنى بيوع الأمانة

الشركة والمراوحة والتولية والوضيعة نوع من أنواع البيوع يشترط لها ما يشترط له إلا أنها تختلف عن البيع بأن بناها على رأس المال في عقد سابق لها .

ولما كان السبيل لمعرفة رأس المال هو البائع الذي هو المشتري في العقد الأول سميت هذه البياعات بيوع الأمانة لأن البائع أمين فيما اشتراه بالعقد الأول برأس المال الأول ولا يعرف ذلك إلا من جهته أوبينة ان وجدت ، ولا توجد في الغالب .

وعلى هذا فقد عرف الفقهاء بيوع الأمانة بتعاريف متعددة لا تخرج في مجموعها عن هذا التعريف .

نقل المشتري ما اشترى برأس ماله أو نقل بعضه بقسطه من
الثن أو زيادة معلومة عليه أو نقص منه كذلك.

شرح التعريف :

فقولنا : " نقل المشتري ما اشترى برأس ماله " هذا معنى التولية .

وقولنا : " أو نقل بعضه - أى بعض رأس المال - بقسطه من

الثن " هذا معنى الشركة .

وقولنا : " أو زيادة عليه معلومة - أى على رأس المال - ، هذا

معنى المراجعة .

كذلك

وقولنا : " أو نقص منه " / ، أى من رأس المال - هذا

معنى المواضع أو المحاطة .

*

المطلب الثاني

شروط صحة بيعات الأمانة

من المعلوم أن خيار الفسخ أو الفسخ لا يثبت إلا في عقد صحيح
أو قابل للصحة كما بينت ذلك سابقاً وإذا كان ذلك كذلك ، فلا بد
لنا من معرفة شروط بيوع الأمانة التي يتوقف عليها صحة عقدها ليتسنى
لنا ذكر الخلاف في جواز فسخها عند ظهور الخيانة فيها .

ومما ينبغي التنويه به هنا أن بيوع الأمانة نوع من البيع ،
لذلك فإنه يشترط لها ما يشترط له ، ولسنا هنا بصدد تعداد تلك
الشروط العامة لكل البيوع ، وإنما غرضنا هنا بيان الشروط الخاصة
ببيوع الأمانة ، والمزيدة على الشروط العامة .

وهذه الشروط الخاصة ببيع الأمانة هي :

١ - أن يكون العقد الأول صحيحاً ، فإذا كان فاسداً لم تجز بيعات الأمانة. (١)

٢ - أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني. (٢)

* لأن المراجعة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات كلها. (٣)

ويشترط في العلم بالثمن البائع والا فكيف يتصور الاخبار

به من غير علمه ؟

٣ - أن يكون مقدار الربح معلوماً لهما. (٤)

* لأنه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات. (٥)

وكذا يشترط أن يكون مقدار النقصان معلوماً في المحاطة،

ومقدار الاشراك معلوماً في الشركة.

٤ - أن يكون رأس المال من ذوات الأمان كالمكيلات والموزونات .

(١) البدائع ٢٥٢/٥

(٢) المرجع السابق ٢٤١/٥ ، كشف القناع ٢٢٩/٣ ، مغني المحتاج

٧٨/٢

(٣) البدائع ٢٢٠/٥

(٤) المرجع السابق ٢٢١/٥ ، الشرح الصغير ٢١٨/٣ ، ٢١٩ ، مغني

المحتاج ٧٨/٢ ، شرح منتهى الإرادات ١٨٣/٢

(٥) البدائع ٢٢١/٥

- ه - أن لا يقابل الثمن في العقد الأول بجنسه من الأموال الربوية.
- فإن قوبل الثمن بجنسه مما يدخله الربا بأن اشترى مكيلاً أو موزوناً بجنسه مع التماثل فلا يجوز بيعه مرابحة ^(١) لأن المrabحة بيع بالثمن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون ربها. ^(٢)
- وكذا لا يجوز أن يبيع المكيل بجنسه أو الموزون بجنسه مواضعة لما سبق، ويجوز بيعه له تولية لأن المنع من بيعه مرابحة أو مواضعة هو وجود الربا ولم يتحقق وجوده في التولية لكونها بيع بالثمن الأول دون زيادة أو نقص ^(٣).
- وكذا يجوز له بيعه على سبيل الاشتراك، لأن الاشتراك تولية لكن ببعض الثمن. ^(٤)

*

المطلب الثالث

حكم ظهور الخيانة في بيعات الأمانة

قلنا ان المrabحة والتولية والشركة والوضيعة لا بد فيها من معرفة رأس المال في عقد سابق لها .

ورأس المال لا يعرف الا من جهة البائع ، لذا فإنه يفترض فيه أن يكون أميناً ، فإذا حدث أن خان البائع في بيعات الأمانة بأن أخبر بزيادة على رأس المال فبان كذبه بأن أخبرت بيته بكذبه مثلاً .

(١) البدائع ٥ / ٢٢١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

فما حكم هذه البيوع بالنسبة للمشتري عند ظهور الخيانة فيها ؟
هل يجوز له أن يفسخ العقد عند ظهور الخيانة في بيع الأمانة
أولا يجوز له الا حط مقدار الخيانة فيها بأن يحط مقدار الزيادة في
التولية والاشراك ، ومقدار الزيادة مع ربحها في المراجعة ، ومقدار
الزيادة ووضعيتها في المواضع ؟
اختلف الفقهاء في ذلك ، وفيما يلي بسط أقوالهم بأدلتها :

أولاً - مذهب الحنفية :

لفقهاء الحنفية في حكم ظهور الخيانة في المراجعة والتولية

ثلاثة آراء :

الرأى الأول - لا يبي حنيفة رحمه الله أن المشتري بالخيار في المراجعة
فقط ، وفي التولية يسقط البائع مقدار الخيانة من الثمن .
واستدل على أن المشتري لا يملك الخيار بظهور الخيانة
في التولية بل له اسقاط مقدار الخيانة من الثمن فقط .
بقوله : إن البائع لو لم يضع مقدار الخيانة في التولية لا تكون
توليه لأن البائع يزيد بفعله هذا/الثمن الأول فيتغير التصرف
إلى بيع آخر بثمن آخر لا يصدق عليه اسم التولية وليس مراداً ،
بل المراد التولية . (١)

واستدل لقوله بثبوت الخيار للمشتري في المراجعة عند ظهور
الخيانة فيها أن البائع لو لم يضع مقدار الخيانة في المراجعة لم
يغير ذلك في التصرف ولا يخرجها عن كونها مراجعة ، وتفاوت

الهداية ٥٦/٣ ،
(١) شرح فتح القدير ٥٠٠/٦ ، ٥٠١ ، مجمع الأنهر ٢/٧٦ .

الربح لا تأثير له في حكم المراجعة ، لأن المراجعة ما سميت بذلك الا لوجود الربح فيها فتفاوته بالزيادة لا يمنع صحتها .

وإذا قيل ببقاء عقد المراجعة حال الزيادة قيل بالتخيير حينئذ .^(١)

الرأى الثاني : لأبي يوسف رحمه الله ، أن على البائع أن يحط مقدار الخيانة في المراجعة والتولية جميعاً عند ظهورها .

واستدل لذلك بقوله - الأصل أن العقد الثاني لا يسمى تولىه ومراجعة الا ببنائه على عقد سابق له معلوماً فيه رأس المال ، فإذا تم البناء للعقد الثاني بهذه الكيفية سمى العقد حينئذ تولية ومراجعة ، فإذا ظهرت الخيانة في هذا العقد فلا بد من الرجوع الى العقد الأول ، والبناء عليه ، ومقتضى البناء أن يحط البائع الزيادة في عقد التولية والمراجعة غير أنه يضع في التولية قدر الخيانة من رأس المال فقط ، وفي المراجعة يضع قدر الخيانة من رأس المال ومن الربح .^(٢)

الرأى الثالث : لمحمد بن الحسن رحمه الله . أن المشتري بالخيار في المراجعة والتولية جميعاً عند ظهور الخيانة فيهما .

واستدل لقوله هذا بما يلي :

ان الاعتبار في التولية والمراجعة للتسمية لأن الثمن فيهما يجب أن يكون معلوماً حتى ينعقد العقد ، ولا سبيل للعلم به الا بالتسمية ، وإذا كانت معتبرة تعلق العقد بها ، وكل من التولية والمراجعة ترويح وترغيب فيكون ذكرهما وصفاً مرغوباً فيه كوصف العبد بكونه كاتباً ، وكوصف السلامة من العيوب ، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة فله الخيار كالرد بالغيب .^(٣)

(١) شرح فتح القدير ٥٠٠/٦ ، ٥٠١ . وانظر المبسوط ٨٦/١٣ ، ٨٧ بدائع

الصنائع ٥/٢٢٦ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابق .

الخلاصة

أن للحنفية في ظهور الخيانة في بيعات الأمانة ثلاثة آراء ، طرفان
ووسط :

- الأول : ينفي الخيار مطلقاً ، وهو رأى أبي يوسف رحمه الله .
الثاني : يثبت الخيار مطلقاً ، وهو رأى محمد بن الحسن رحمه الله .
الثالث : يفرق بين التولية والمراوحة ، فينفي الخيار في الأولى
ويثبت في الثانية ، وهو رأى أبي حنيفة رحمه الله .

ثانياً - مذهب المالكية :

المالكية يفرقون في حكم ظهور الخيانة في بيعات الأمانة بين
حالتين :

الأولى : ظهور الخيانة والسلعة قائمة :

وهنا - أى في حالة قيام السلعة - لا يخلو الحال من أمرين
أن يكذب البائع ، أو يغش ، فإذا كذب البائع في ثمن السلعة البيعة
بأن أخبر أنه اشتراها بمائة ريال وقد اشتراها بتسعين .
فإذا حط للمشتري الزيادة مع ربحها فالبيع لازم ولا خيار له .
وان لم يحط الزيادة مع ربحها فالبيع غير لازم للمشتري وله الخيار بين
الرد والتسك .

يقول أحمد الدردير رحمه الله في هذه الصورة : وان كذب
البائع أى زاد في خياره كأن يخبر أنه اشتراها بخمسين ، وقد كان اشترى
بأربعين وسواء كان عامداً أو خطأ لزم البيع للمشتري ان حطه أى البائع

الزائد المكذوب به وربحه فإن لم يحطه لم يلزم المشتري وخير بين التماسك والرد .^(١)

أما إذا غش البائع المشتري فلا يكون البيع لازماً له ، ويثبت له الخيار بكل حال . وإلى ذلك أشار أحمد الدردير رحمه الله فقال : بخلاف الغش فلا يلزمه - يعني المشتري - ويثبت له الخيار بين التماسك والرد .^(٢)

الثانية - ظهور الخيانة والسلعة تالفة .

ففي حالة الغش يلزم المشتري الأقل من الثمن والقيمة يوم قبضها ، وفي الكذب يخير المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه أو قيمتها ما لم تزد القيمة على الكذب وربحه فإن زادت عليهما خير المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه أو دفع الكذب وربحه . يقول أحمد الدردير في ذلك : فإن فاتت ولو بحالة سوق ، ففي الغش يلزم المشتري أقل الثمن الذي بيعت به والقيمة يوم قبضها ولا يضرب ربح عليها أو في الكذب خير المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه أو قيمتها ما لم تزد على الكذب وربحه فإن زادت خير بين دفع الصحيح وربحه أو الكذب وربحه .^(٣)

والخيار هنا للمشتري ، وهو الذي صوبه الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير وقيل الخيار للبائع .^(٤)

(١) الشرح الكبير للدردير ١٦٨/٣ ، ١٦٩ ، حاشية الدسوقي ١٦٨/٣ ، ١٦٩ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ١٦٩/٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) حاشية الدسوقي ١٦٩/٣ .

ثالثاً - مذهب الشافعية :

ظهور الكذب في المراجعة عند الشافعية ضربان ، خيانة ،
وغلط ، ولكل حكم .

١ - ظهوره خيانة :

إذا ظهر الكذب خيانة من البائع ففي سقوط الزيادة مع ربحها
قولان ، أظهرهما - تسقط ، والثاني لا تسقط .
فعلى القول بالسقوط طريقان أظهرهما لا خيار .

٢ - ظهور الكذب غلطاً :

فلمشتري الخيار سوا* قبل بسقوط الزيادة مع الربح أوقيل بعدم
السقوط إلا أن كان عالماً بكذب البائع ^(١) * فيكون كمن اشترى معيباً
وهو يعلمه * ^(٢)

رابعاً - مذهب الحنابلة :

عند الحنابلة في حكم ظهور الخيانة في بيعات الأمانة روايتان :
أصحهما - عدم ثبوته كما نقلها الخرقى في مختصره ، وانما له حط
مقدار الخيانة فقط . ^(٣)

واستدلوا لها :

بأن المشتري رضي المبيع بالزيادة التي خان بها البائع ،

(١) روضة الطالبين ٥٣٣/٣ مغني المحتاج ٧٩/٢ ٧٨٠ .

(٢) روضة الطالبين ٥٣٣/٣

(٣) مختصر الخرقى ص ٦٢ منتهى الارادات ٣٦٧/١ .

فإذا ظهر السبع بأقل من رأس المال الذي ذكره البائع فلا خيار للمشتري ، لأن المشتري قد رضي المبيع بالثمن الزائد في الخيانة فإذا بان الثمن أقل فلا ضرر عليه بل فيه مصلحة وفائدة كما لو اشترى عبداً بأنه معيب فبان صحيحاً واشتراه بأنه أمي فبان كاتباً ، وكما إذا وكله في شراء شيء معين بثمانين فاشتراه بسبعين فلا خيار في الحالات السابقة كلها. (١)

والثانية - يثبت الخيار للمشتري بظهور الخيانة في بياعات الأمانة) وهي الرواية المنصوصة عن الامام أحمد رحمه الله نقلها حنبعل عنه (٢) .

واستدلوا لها بما يأتي :

١ - أن البائع إذا خان ودلس في بيع الأمانة في اخباره بزيادة في الثمن الأول فلا يؤمن أن يكون خائناً ومدلساً في الاخبار بالثمن الثاني فيسبق حكم الخيانة قائماً به فللمشتري الخيار حينئذ يدفع به خيانة البائع .

٢ - ولأن المشتري قد يكون له غرض في الشراء بالثمن الصحيح كأن يكون حالفاً أو وكيلاً أو نحو ذلك. (٣)

(١) المغنى والشرح الكبير ١٠٣/٣ المسائل الفقهية من كتاب

الروايتين والوجهين ٠٣٤٦/١

(٢) المراجعين السابقين .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٠٢٦٥/٤

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء ، يظهر لي أن الراجح أنه لا خيار في بيوع الأمانة أصلاً بل يحط البائع عن المشتري مقدار الخيانة مع ربحها في المراجعة ومع وضعيتها في المواضعة .

لأن تنفيذ العقد ممكن ورفع الضرر عن المشتري ممكن أيضاً برفع الزيادة عنه وإذا تمكنا من رفعه عن المشتري بغير الخيار رفعناه به إبقاء للعقد على أصله وهو اللزوم .

أما ما استدل به محمد بن الحسن على القول بالخيار في بيوع الأمانة بأن العبرة في التولية والمراجعة للتسمية ، وإذا كانت معتبرة تعلق العقد بها .

فيرد عليه أن العبرة في العقود بمعانيها دون ألفاظها ، فالعبرة في التولية هو كونها بيع برأس المال ، والعبرة في المراجعة بكونها بيع برأس المال وربح معلوم ، وهكذا في الاشراك والوضيعة .

وما يدل على اعتبار المعنى دون اللفظ في بيوع الأمانة اختلافهم في سمي الوضيعة فبعضهم يسميها بها وبعضهم يسميها محاطة ولا بأس بتسميتها مناقضة ونحو ذلك .

ولأن التسمية في الواقع إنما تنشأ عن المعنى قاعتر المعنى دون اللفظ وما اللفظ في الحقيقة إلا دليل المعنى .

ولو سلمنا أن العبرة في التولية والمراجعة بالتسمية ، فلا نسلم أن كلا من التولية والمراجعة ترويج وترغب فيكون ذكرهما كذكر الوصف المرغوب فيه كوصف العبد بالكتابة .

لأن التولية اسم على نوع معين من البيوع وكذا غيرها من بیاعات
الأمانة ، أما الكتابة هنا فهي محض صفة للعبد لا عين العبد فافتراقا
فالخيار نشأ عن اضافتها للعبد لأنها بالاضافة اليه تصبح بمنزلة الشرط
لا لعين العبد .

وأما استدلال الحنابلة على روايتهم الأخرى القائلة بالخيار
في بيع الأمانة - بقولهم ان حكم الخيانة ما زال قائماً بالبائع لاحتمال
خيانته بالثمن الثاني .

فإننا نقول ان خيانة البائع بالثمن الثاني مظنونة ، وخيانته بالأول
مقطوع بها لظهورها لنا .

ولأن ظن الخيانة بالثمن الثاني مدفوع برجوعه عن الثمن
الأول لأن رجوعه تأنيب لنفسه ومراجعة لها للوصول بها إلى
الحق فيبعد أن يخطيء في الثمن لذلك .

واذا ثبت ما ذكرنا ، فإنه يتأيد بما تقرر في القواعد من
أنه لا عبرة بالظن البين خطؤه . والله أعلم .

الفرع الثالث

في الفسخ بسبب التفجير الفعلي التصريحية ونحوها

المطلب الأول

حقيقة التدليس لغة واصطلاحاً

أولاً - حقيقته لسففة :

التدليس في أصله دلس ، والدلس الستر والظلمة ، ومنه المخادعة يقال فلان لا يدالس أى لا يخادع ، ومنه التدليس في البيع وهو كتمان عيب السلعة عن المشتري . (١)

قال ابن فارس : الدال ، واللام ، والسين ، أصل يدل على ستر وظلمه ، فالدلس دلس الظلام ، ومنه قولهم : لا يدالس أى لا يخادع ومنه التدليس في البيع ، وهو أن يبيعه من غير ابانة عن عيبه فكانه خادعه وأتاه به في ظلام . (٢)

ثانياً - حقيقة التدليس اصطلاحاً :

عرفه أحمد الدردير بقوله : هو أن يفعل البائع فعلاً فسي السبيع يظن به كمالاً وليس كذلك . (٣)

فصل الدال ص ٩٣٠

(١) الصحاح ٣/ باب السين/ المصباح ١٩٨/١ . كتاب الدال

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج ٤ باب الفاء والسين وما يشلثيهما مادة فسخ ص ٥٠٣ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ١/ ١١٥ .

وعرفه أحمد القاري بأنه فعل ما يتوهم به المشتري أن في المبيع
صفة توجب زيادة الثمن أو كتمان العيب . (١)

وبمعرفة حقيقة التدليس يتيسر لنا معرفة خيار التدليس
المقصود بالبحث فهو حق المشتري في فسخ العقد أو أمضائه ، إذا
فعل البائع في المبيع ما يوهم كمالاً .

*

المطلب الثاني

خلاف العلماء في ثبوت الخيار بالتدليس الفعلي

الأصل المستند عليه خيار التدليس هو حديث المصراة المشهور
لأن التصريفة نوع من أنواع التدليس .

ولما كان الأصل في خيار التدليس ثبوت الرد بالتصريح ، فقد
اقتضى المقام بحث خلاف العلماء في التصرية من حيث جواز الرد بها
أو عدم جوازه ليتسنى لنا معرفة من أجاز الرد بها من منعه ، وبالتالي
من أجاز الرد بالتدليس جملة ، ومن منعه .

فأقول : اختلف الفقهاء في التصرية في بهيمة الأنعام هل
يجوز لمن وجدها كذلك ولم يكن يعلم بها الرد أولاً يجوز له / أساكنها
فقط ؟

وقبل الخوض في خلاف العلماء فيها أبين معنى التصرية لغة
وشرعاً .

(١) مجلة الأحكام الشرعية فسي المذهب الحنبلي ص ١١٢ .

التصرية في اللغة :

تطلق على عدة معان ، منها الجمع ، الحبس ، القطع ، الفصل ، يقال صرى الشاة تصرية اذا لم يجلبها أياما حتى يجتمع اللبن في الضرع وصرى الماء في ظهره اذا احتبسه ، وصرى الحاكم بين الخصوم اذا قطع وفصل بينهم^(١) ، والمعنى المناسب هنا من تلك المعاني للمعنى الاصطلاحي لها هو الحبس والجمع يؤيده قول الامام البخارى رحمه الله .

والمُصْرَاة التي صَرَى لبنها وحقن وجمع فلم يحلب أياما ، وأصل التصرية حبس الماء يقال منه صريت الماء اذا حبسته . (٢)

وقول الامام الشافعي رحمه الله في معنى التصرية : ربط أخلاف الناقة أو الشاة ، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكشر فيظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها . (٣)

خلاف العلماء في الرد بالتصرية لغة واصطلاحاً . أعود لخلاف الفقهاء فيها ، فأقول : لا خلاف بين الفقهاء في أن التصرية حرام لورود النهي بذلك .

قال ابن هبيرة : وانفقوا على أنه لا يجوز تصرية الابل والبقر والغنم للبيع تدليساً على المشتري . (٤)

(١) الصحاح ج٦ باب الياء فصل الصاد ص ٢٣٩٩ ، المصباح ج١ كتاب الصاد ص ٣٣٩ .

(٢) فتح البارى ٣ / ٣٦٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الافصاح ٣٤٥ / ١ وابن هبيرة هو يحيى بن محمد بن هبيرة

الوردى البغدادي ، الوزير العادل صدر الوزراء ، عون الدين ، أبو المظفر كان عالماً فاضلاً عابداً ولد سنة ٤٩٩ هـ وتوفي سنة ٥٦٠ هـ

ذيل طبقات الحنابلة ١ / ٢٥١ ، الأعلام ١٧٥ / ٨

كما اتفقوا أيضاً على أن العقد معها صحيح وهو ما يفيد الحديث
الوارد بذلك .

وبعد اتفقهم على صحة العقد اختلفوا فيه هل هو عقد لازم
أو عقد غير لازم - "أى فيه خيار - ؟

وانحصر خلافهم في قولين :

القول الأول : لا خيار لمن اشترى مصراه ، وهو قول الامام أبي حنيفة
ومحمد بن الحسن رحمهما الله ، يقول ابن عابدين : والحاصل كما فسي
الحقائق - يعنى كتاب تبين الحقائق للزيلعي - اذا اشتراها - يعنى
المصراة - فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردّها عندنا* (١)

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا :

ان مطلق البيع يقتضي أن يكون المبيع سليماً من العيوب ، فإذا ظهر
بالمبيع عيب تنعدم به صفة السلامة ثبت الخيار ، وظهور قلة اللبن
لا تنعدم صفة السلامة لأن اللبن ثمرة ، وبانعدام الثمرة لا تنعدم صفة
السلامة ، وإذا لم تنعدم السلامة بانعدام الثمرة فلا تنعدم بقلتها
من باب أولى ، وإذا ثبتت صفة السلامة للمبيع انتفى العيب الموجب للخيار
ضرورة* (٢)

القول الثاني : يثبت الخيار لمن اشترى مصراة من بهيمة الأنعام
إذا لم يكن عالماً بها وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية (٣)

(١) حاشية ابن عابدين ٥ / ٤٤٠ . وانظر مختصر الطحاوى ص ٧٩ ، ٨٠ .

(٢) المبسوط ١٢ / ٣٩٠ .

(٣) مواهب الجليل ٤ / ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، مغني المحتاج ٢ / ٦٣ ، منتهى

الارادات ١ / ٣٦ ، المحلى ٩ / ٦٦ .

وأبي يوسف ^(١)، وعامة أهل العلم ^(٢)، واستدلوا لثبوت الخيار بالتصريفة
بالسنة والقياس .

أولاً - السنة :

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : " لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير
النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعاً من
تمر" ^(٣)

ففي الحديث تنصيص على أن المشتري بالخيار في المصراة بعد
حلبها بين امساكها أو ردها ورد معها صاعاً من تمر .

ثانياً - القياس :

قاسوا جواز الرد بظهور التصرية على جواز الرد بالتدليس فيما
إذا كان البيع جارية فسود البائع شعرها بجامع أنهما نوع من أنواع
التدليس يخطف الثمن باختلافه .

فقالوا : إن التصرية نوع من أنواع التدليس يخطف الثمن
باختلافه فأوجب الرد قياساً على ما إذا كان البيع جارية شمطاً فسود
شعرها . ^(٤)

-
- (١) مختصر الطحاوى ص ٨٠ .
(٢) المغنى والشرح الكبير ٢٣٣/٤ .
(٣) صحيح البخارى ٤/٣ صحيح مسلم ٩/٥ .
(٤) المغنى ومعه الشرح الكبير ٢٣٣/٤ .

مناقشة أدلة المثبتين للخيار بالتصيرية

من المعلوم أن عمدة استدلال الجمهور في ثبوت الخيار بالتصيرية هو حديث المصراة نفسه ، فقد ورد التنصيص فيه صراحة على الخيار وهو حديث صحيح لا يخالف في صحته وثبوته أحد .

يقول ابن عبد البر : " هذا الحديث مجمع على صحته وثبوته من جهة النقل " . (١)

ولما كان الأمر كذلك ، فقد دار نقاش المخالفين لهذا الحديث على أمور أخرى غير طريق الطعن فيه من جهة النقل .

فأخذوا في الرد عليه اتجاهات عديدة متنوعة حيناً ومتباينة حيناً آخره ، حصرها بعضهم في ثلاث طرق :

الطريق الأولى : مذهب من اشترط من فقهاء الحنفية فقه الراوي لتقديم الحديث على القياس . (٢)

وعلى هذا خرجوا حديث المصراة ، فأبوهريرة رضي الله عنه راوي هذا الحديث ليس من المشهورين بالفقه بين الصحابة كابن مسعود وغيره فلا يقدم خبره على القياس ، وهو مذهب عيسى بن أبان (٣) وعليه أكثر المتأخرين .

(١) فتح الباري ٣٦٥ / ٤ .

(٢) المبسوط ٤٠ / ١٣ .

(٣) هو عيسى بن أبان بن صدقة ، أبو موسى الامام الكبير القاضي ، تفقه

على محمد بن الحسن ، كان سخيّاً جداً حسن الحفظ للحديث فقيهاً بارعاً حتى قيل عنه : ما في الاسلام قاض أفقه منه في

وقته . الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٦٧٨ / ٢ ، ٦٧٩ .

وخالف في ذلك أبو الحسن الكرخي ومن سار في ركابه وقال :
انه لا يشترط أن يكون الراوي للخبر فقيهاً حتى يقدم على القياس
بل متى جاء الخبر عن عدل ضابط (ولم يخالف الكتاب والسنة المشهورة
قبل ، وقدم على القياس .

قال أبو اليسر (١) : واليه مال أكثر العلماء (٢).

الطريق الثاني : أن هذا الحديث خبر واحد مخالف للكتاب
والسنة والاجماع والقياس وخبر الواحد لا يفيد الا الظن ومع ذلك
فهو مخالف للأصول العامة المقطوع بها ، وما كان مخالفاً للأصول
لا يقدم عليها عند العمل (٣).

وجه مخالفته للكتاب :

أن الضمان يتقدر بالمثل لا سيما اذا كان المضمون من المتلفات
قال تعالى * فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (٤) الآية
وقال تعالى * وان تبتم فلکم رؤس أموالکم (٥) الآية .
وقال تعالى * وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به (٦) الآية

-
- (١) هو محمد بن محمد بن الحسين ، البزدوي ، أخو الامام علي
البزدوي ، كان امام الحنفية في بلاد ما وراء النهر توفي سنة
٤٩٣ انظر الجواهر المضية ٩٨/٤ .
- (٢) المرجع السابق ص ٥٣٨ ، ٥٣٩ .
- (٣) المسوط ٤٠/١٣ حاشية ابن عابدين ٤٤/٥ ، الجواهر المضية
٥٤٠ ، ٥٣٩/٤ .
- (٤) سورة البقرة آية ١٩٤ .
- (٥) سورة البقرة آية ٢٧٩ .
- (٦) سورة النحل آية ٢٦ .

وفي الحديث الضمان بالتمر ، والتمر ليس مثيلاً للبن ، فالحديث
مخالف للقرآن لذلك .

وجه مخالفته للسنة :

١ - أن الضمان متقدر بالمثل فيها كالكتاب ومع تقديره بالمثل
فهو تابع للمتلف ، فإذا كان المتلف كثيراً كان الضمان كذلك ، وإذا كان
قليلاً فلا ضمان . (١)

ومن هذا قوله صلى الله عليه وسلم " من اعتق شقصاً له في عبد
قوم عليه نصيب شريكه أن كان موسراً " . (٢)

وتوجيه الدليل أن الشريك لما اعتق شقصه عتق العبد كله
وبالعتق وجب الضمان على المعتق لشقص شريكه لأن اعتاقه بمنزلة
اتلافه فيضمن لشريكه غير المعتق مقدار شقصه .

(١) الجواهر المضيئة ٥٣٩/٤ ، ٥٤٠ .

(٢) صحيح البخاري ٣ / ١١٨٢ ، صحيح مسلم ١٥١/٢ .

٢ - ان التصرية نوع من أنواع العيوب ، وخيار العيب لا ينافى بوقت بخلاف خيار المصرة فإنه مؤقّت بثلاثة أيام ، فكان مخالفاً لها بذلك (١) .

ووجه مخالفته للاجماع :

أن الاجماع قد انعقد على تعيين المثل أو القيمة وقت الهلاك .

ووجه مخالفته للقياس :

أن المتلفات اما أن تكون من ذوات الاًمال فتضمن بالمثل أو تكون من غير المثليات فتضمن بالثمن أو القيمة .

(٢)

وضمن اللبن بالتمر ليس شيئاً من ذلك فيكون مخالفاً للقياس .

الطريق الثالث :

ان حديث المصرة منسوخ واختلفوا في ناسخه (٣) ، فقال قوم ناسخه حديث " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " . (٤)

ووجه نسخه به : أن الحديث قطع الخيار هنا بالفرقة فلما قطعها به دل ذلك أن لا خيار بعد الفرقة الا ما استثناء الحديث بقوله " الا بيع الخيار " وقيل ناسخه الاًحاديث الواردة في رفع العقوبة

(١) المبسوط ٤٠/١٣ ، فتح الباري ٣٦٦/٤ .

(٢) الجواهر المضية ٥٤٠/٤ ، المبسوط ٤/١٣ .

(٣) عقود الجواهر المنيفة ٢٢١/١ ، ٢٢٢ ، فتح الباري ٣٦٥/٢ ،

طرح الشريب ٨٤/٥ ، الجواهر المضية ٥٤١/٤ .

(٤) سبق تخريجه ص ١٤٧

بالمال كحديث بهز بن حكيم في الزكاة * من أداها طاعها فله أجرها
والأخذناها منه وشرط ماله عزمه من عزومات ربنا * (١)

وقيل سوى ذلك. (٢)

*

مناقشة ردود الحنفية على حديث المصراة

ناقش القائلون باثبات الخيار بالتصرية ردود المانعين له بما يلي ،
وقبل تلك المناقشة لهم أود أن أناقش القول بتقديم القياس على الخبر
إذا كان راويه غير فقيه .

بأن هذا القول غير وجهيه ، لأن العبرة بالمروي ، وقد قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم * رب حامل فقه غير فقيه * (٣)

وناقشوا قولهم بأن الحديث مخالف للأصول من الكتاب
والسنة والاجماع والقياس ، بمنع المخالفة لها اجمالا

وأما على سبيل التفصيل فقولهم بأنه مخالف للكتاب ، فإن الضمان
يتقدر بالمثل .

فغير مسلم أن التقدير يكون بالمثل في جميع المتلفات ، بل يكون
المثل في العقوبات ، أما المتلفات فتضمن بالمثل وغير المثل كما في

(١) سنن أبي داود ١٠١/٢ ، سنن النسائي ١٥/٥ ، المستدرک
٣٩٨/١ ، المسند ٢/٤ ، ٤ وحكم عليه الألباني بالحسن ، ارواه

الخليل ١٦٣/٣ .

(٢) عقود الجواهر المنيعة ١٢١/١ ، ٢٢٢ ، فتح الباری ٣٦٥/٤ ،

طرح التثريب ٨٤/٥ .

(٣) سنن ابن ماجه ١٠١٥/٢ سنن الدارمي ٨٦/١ .

الحديث المتنازع فيه ، وناقشوا قولهم بأن الحديث مخالف للسنة لأن الأصل أن التلف يتبع الضمان فإذا كثر التلف كثر الضمان وإذا قل التلف قل الضمان .

يمنع عموم القاعدة فيما يجرى عليه الضمان يدل عليه أن الموضحة من الشجاج : أرشها مقدر لا يختلف مع اختلافها بالكبر والصغر وكذا الغرة في الجنين مع اختلافه . (١)

يقول ابن حجر : والحكمة في ذلك أن كل ما يقع فيه التنازع فليقدر بشيء معين لقطع التشاجر ، وتقدم هذه المصلحة على تلك القاعدة فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري ، ولو عرف مقداره فوكل الى تقديرهما أو تقدير أحدهما لا فضى إلى النزاع والخصام ، فقطع الشارع النزاع والخصام وقدره بحد لا يتعد يانه فصلاً للخصومة . (٢)

وناقشوا قولهم بأن التصرية عيب والعيب لا يتأقت ، وهي مؤقتة بثلاث .

بأن ما ثبت بالمصرأة من حكم يخالف ما يماثله في الحكم فلا غرابة أن يكون منفرداً عن غيره بوصف زائد .

قال ابن حجر : والحكمة فيه أن هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الخلقة من اللبن المجتمع بالتدليس فشرعت لاستعلام العيب . (٣)

(١) فتح البارى ٣٦٦/٤ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

وناقشوا قولهم بالنسخ بأن النسخ لا يثبت بمجرد الاحتمال بلا
لا بد من دليل يدل عليه ، ولا دليل مع مدعيه ، وما يدل على عدم
النسخ اختلافهم في النسخ له ^(١) فقرة ناسخه حديث النهي عن
بيع الدين بالدين ^(٢) ومرة يقولون ناسخه حديث " الخراج بالضمان " ..
الخ ^(٣)

أما قولهم بأن ناسخه حديث " البيعان بالخيار " والفرقة
قاطعة للخيار ، وإذا قطعت انتفى الخيار بعدها إلا ما استثنى بالنص
بقوله " إلا بيع الخيار " . فغير مسلم أن الخيار الثابت بالمصرّة من
قبيل هذا الخيار حتى يقطعه الفرقة بل هو من قبيل خيار العيب ، وخيار
العيب لا تؤثر فيه الفرقة ولا تقطعه . ^(٤)

قال ابن حجر رحمه الله : ومن الغريب أنهم لا يقولون بخيار
المجلس ثم يحتجون به فيما لم يرد فيه . ^(٥)

وقولهم ان النسخ له إلا حديث الواردة بالنهي عن العقوبة
بالمال كحديث بهزبن حكيم السالف الذكر .

فقد أجيب عنه بأن التصريّة لو كانت من قبيل الغرامة بالمال
للزم من ذلك أن تكون الغرامة من الهافع باعتبار الموجد لها مع أن
حديث المصرّة يقضي بتفريم المشتري فافترقا . ^(٦)

- | | | | |
|-----|---------------------|-----|---------------------------------|
| (١) | فتح الباري ٣٦٥/٤ | (٣) | سنن أبي داود ٧٨/٣ ، سنن النسائي |
| {٢} | فتح الباري ٣٦٥/٤ | | سنن الترمذي ٣٧٧/٢ |
| (٥) | المرجع السابق ٣٦٥/٤ | | |
| (٦) | المرجع السابق ٣٦٥/٤ | | |

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء بأدلتها في التصريفة هل يثبت بها الرد أولا يثبت ؟

يظهر لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور القائل بجواز الرد بالتصريفية بشرطها ، لأن الحديث الذي هو مناط استدلالهم صحيح لم يَنَازَع في صحته وثبوته أحد وبالإضافة إلى صحته فهو صريح الدلالة في إثبات الخيار بها ، ولم يوجد ما يعارضه ما هو أقوى منه أو في درجته فيستعين القول به .

أما قول المخالفين أن الحديث منسوخ فمجرد دعوى والنسخ لا يثبت بالاحتمال بل لا بد من دليل قاطع على رفع الحكم ولم يوجد .
أما استدلالهم بالمعقول فلا قيام له ولا حاجة في قبالة النص ،
وأيضاً :

فلئن سلمنا قولهم " أن مطلق البيع يقتضي سلامة " البيع " فلا نسلم بأنه بقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لأن اللبن ثمرة ومعدنها لا تنعدم صفة السلامة . . الخ .

بل صفة السلامة تختل بقلة اللبن لأن اللبن وإن كان ثمرة إلا أنه مقصود بالبيع تبعاً لأن المشتري ما أقدم على البيع إلا لما يتيقنه من كثرة اللبن المتبادر من التصريفية ، فإذا ظهر له أن البيع ليس كما يتيقنه ثبت له الخيار لاختلال بعض المقصود من العقد ، واختلال بعض المقصود من المعقود عليه يوجب الخيار كاختلاله جميعه ، وكالعيب المخل ببعض المقصود من العقد .

المطلب الثالث

ضابط خيار التدليس

قلنا إن الأصل في خيار التدليس هو حديث المصراة ، وحديث المصراة لا يدل في حقيقته إلا على صورة واحدة من صور التدليس ، وهي التدليس في الحيوان فقط مع أن الفقهاء القائلين به متفقون على أنه يشترط في غير الحيوان - عدا الظاهرية - .

فالتدليس إذا لم ينطوئ التصرية ذاتها فيقتصر الحكم عليها بل ينطوئ ما فيها من التلبس .

يقول الامام النووي رحمه الله في ذلك - هذا الخيار- يعني خيار المصراة - غير منوط بالتصريح لذاتها ، بل لما فيها من التلبس ، فيلحق بها ما يشاركها فيه . (١)

وإذا عرفنا أن مناط الخيار الثابت بالتصريح التدليس على المشتري فما هو ضابطه ؟

اختلف الفقهاء في ضابط التدليس الموجب للرد ، وفيما يلي

مذاهبهم :

أولا - مذهب المالكية :

يظهر ضابط التدليس عند المالكية من تعريفهم له بقولهم :
التفريغ الفعلي وهو أن يفعل البائع فعلاً في المبيع يظن به كمالاً وليس كذلك . (٢)

(١) روضة الطالبين ٣/٤٠٩ .

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/١١٥ .

وعلى ذلك فالضابط هو فعل البائع في المبيع على وجه يظهر به المبيع كاملاً ، فإذا خلا به المشتري لم يجده على تلك الحال .
فهم يشترطون لثبوت الرد بالتدليس أن يكون الفعل الصادر من البائع يظن به كمالاً ، فمتى كان فعل البائع لا يظهر كمالاً في المبيع فلا تدليس بذلك .

ثانياً - مذهب الشافعية :

أما الشافعية فالضابط للتدليس عندهم يظهر من خلال قول الشيرازي في كتابه المذهب في معرض تعليقه لبعض الصور التي يثبت بها خيار التدليس - لأنه - يعني الفعل - تدليس بما يختلف به الثمن . (١)

أما ابن السبكي رحمه الله فقد ذكر : ان أئمة المذهب نصوا بأن كل تبليس حال محل التصرية من البهيمية اذا فرض اختلاف فيـه ثبت الخيار فلو جعد الرجل شعراً تجعيداً لا يتميز عن تجعيد الخلقة ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشتري فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجموعة . (٢)
وبهذا السور الكلي المصدر به هذا الضابط يظهر أن مدار الخيار بالتدليس عند الشافعية على الفعل المظهر للشيء على حقيقته وفي الواقع ليس كذلك .

(١) المذهب ١/ ٣٧٦ .

(٢) تكملة المجموع لابن السبكي ٢/ ٩٥ .

ثالثاً - مذهب الحنابلة :

الضابط عند الحنابلة هو ما أشار اليه ابن قدامة بقوله : وكل تدليس يختلف الثمن لأجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجمده أو يحمر وجهها أو يضرر الماء على الرحاء ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت^{به} الخيار لأنه تدليس ما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية. (١)

(١) المغني والشرح الكبير ٢٣٧/٤ .

المطلب الرابع

ما يلزم رده بدل اللبن اذا كان التدليس بالتصريفة

اذا ثبت الخيار بالتدليس ، واستكمل شروط ثبوته ، فإن معنى ثبوت الخيار هو ثبوت أحد أمرين : الفسخ أو الاجازة .

فإذا اختار المشتري الاجازة فلا أرش له بالتدليس عليه لأن النص الثابت به هذا الخيار لم يذكر الأرش ، ولأن التدليس غير العيب فلا يثبت به أرش لأن الأرش لا يثبت إلا بالعيب ولا عيب هنا .

أما اذا اختار المشتري الفسخ فعليه رد العين المبيعة ورد معها بدل اللبن اذا كان التدليس بالتصريفة من بهيمة الأنعام كالابل والبقر والغنم هذا اذا حلبها ، فاذا لم يحلبها فلا يرد معها شيء لأن الرد انما كان مقابل اللبن المحلوب ولم يحلب هنا .

أما اذا كان التدليس في غير بهيمة الأنعام فلا يرد معها شيء أصلاً سواء أكان التدليس بما يمكن حليه كالجارية أم كان بتحميم شعر الجارية أو تجميعه .

فإذا عرفنا أنه يجب على المشتري رد بدل اللبن المحلوب في بهيمة الأنعام فما الذي يرد بدله ؟

اختلف الفقهاء القائلون بالرد في نوع المردود على ثلاثة أقوال .

القول الأول :

يُرد صاع من تمر ، وهو قول الليث وإسحق وأبي عبيد

وأبي ثور (١) والشافعي وأحمد (٢) .

واستدلوا بحديث المصراة ، وفيه : " ان شاء ردها وصاعا من تمر " وفي لفظ للبخاري " من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضىها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر " . (٣)

القول الثاني :

يرد صاع من غالب قوت البلد ، قال به مالك (٤) وهو قول للشافعية . (٥)

واستدلوا بحديث المصراة السابق ، وقالوا انه قد جاء في بعض ألفاظه " ورد معها صاعا من طعام " وفي بعض ألفاظه " ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا " . (٦)

ووجه الدلالة من الحديث :

أنه لما اختلفت روايات الحديث فورد في رواية ذكر التمر وفي أخرى ذكر الطعام وفي ثالثة ذكر القمح دل هذا على اعتبار القوت مطلقاً جمعاً بين الروايات . (٧)

القول الثالث :

يرد قيمة اللبن ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله لأنه ضمان متلف فيقدر بقيمته كسائر المتلفات . (٨)

-
- (١) المغني والشرح الكبير ٢٣٤/٤ .
 (٢) روضة الطالبين ٤٦٢/٣ مغني المحتاج ٦٤/٢ ، منتهى الارادات ٣٦٠/١ ، كشف القناع ٢١٤/٣ .
 (٣) سبق تخريجه ص ٣٠٠ .
 (٤) حاشية الدسوقي ١١٦/٣ .
 (٥) مغني المحتاج ٦٤/٢ .
 (٦) سبق تخريجه ص ٣٠٠ .
 (٧) مغني المحتاج ٦٤/٢ .
 (٨) حاشية ابن عابدين ٤٤/٥ ولانظر التعليل المغني ومعه الشرح الكبير .

مناقشة أدلة المانعين لرد التمر مقابل لبن المصرة

ناقش ابن قدامة في كتابه المانعين لرد التمر بدل اللبن بمايلي :

١ - أن المراد بالطعام الوارد في حديث المصرة التمر لأن

الحديث قد ورد مطلقا في بعض روايته ومقيدا في أخرى بالتمر .

والمطلق والمقيد اذا وردا في قضية واحدة حمل المطلق على

المقيد وهما هنا كذلك .

٢ - أن حديث ابن عمر الذي استدل به المخالفون " ورد معها

مثل أو مثلي لبنها قمحا ليس على ظاهره باتفاق الفقهاء ان لا أحد منهم

يقول بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها ، ثم أنه بهذه الرواية شك من

الراوى مخالف للأحاديث الصحيحة فلا يعمل عليه .

٣- اما قول أبي يوسف أن ضمان اللبن ضمان لمطف فيقدر بالقيمة

كسائر المتلفات .

فهو قياس في مواجهة النص فلا يلتفت اليه .

كما أنه لا يبعد أن يقدر الشارع بدل هذا المتلف قطعا

للمنازعة كما قد ورد التقدير في مواضع مثل تقديره بدل الآدمي

ودية أطرافه ونحو ذلك كما أنه يتعذر حمل الصاع الوارد

في الحديث على أنه قيمة للبن فلذلك تم ايجابه من ثلاثة أوجه :

١ - أن القيمة هي الاثمان لا التمر .

٢ - أنه أوجب في المصرة في الابل والغنم جميعا صاعا من تمر مع

اختلافها في اللبن من حيث الكثرة والقلّة .

٣ - أن لفظ الحديث يفيد العموم فيدخل في عمومته كل
مصراة ولا يمكن أن يساوى لبن كل مصراة صاعا .
وإذا فرض الامكان فيجب تعيين الصاع لأنه القيمة الواجبة
بالشرع فلا يجوز العدول عنها . (١)

وبهذه المناقشة القيمة من الامام موفق الدين ابن قدامة يظهر
يظهر رجحان قول الجمهور بان المشتري يبد صاع من تمر مقابل اللبن
المحلوب لا من غيره .

(١) المغني ^{ومعه} والشرح الكبير ٢٣٤/٤ .

الفصل السادس:

الفسخ بسبب فوان بعض المقصود من العقد

الفصل السادس

في الفسخ بسبب فوات المقصود من العقد

وفيه المباحث التالية :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب خيار العيب .
- المبحث الثاني : في الفسخ بسبب/فوات الوصف المشروط .
خيار
- المبحث الثالث : في الفسخ بسبب تفريق الصفقة .
- المبحث الرابع : في الفسخ بسبب الرجوع في الهبة .

تمهيد :

الأصل المستند عليه هذا الفصل هو خيار العيب ووجه استناده عليه ظاهر في كون العيب يفوت المقصود من العقد .

وليس المراد بالفوات هنا هو الفوات الكلي فقط بل يشمل الفوات الجزئي لأن العيب بالمبيع مثلاً قد يفوت المقصود من العقد تفويتاً كلياً ، كما إذا ارتكب العبد جناية توجب قوداً ، أو يفوت ببعض المقصود من العقد كما لو كان سارقاً ، فإن السرقة وإن كانت عيباً إلا أنها لا تفوت الانتفاع به جملة .

وما يدخل في هذا الفصل :

الفسخ بسبب تفريق الصفقة ووجه دخولها فيه أن تفريق الصفقة يوجب عيباً في المبيع لكون المشتري يتضرر بالتفريق ما لا يتضرر بعده كما يدخل فيه الفسخ بسبب فوات وصف شروط في صلب العقد .
ووجه دخوله فيه أن الاشتراط يوجب السلامة من فوات الشروط ، فإذا لم يكن المبيع كما اشترط فقد فانت السلامة وفواتها يتخيل لفوات المقصود .

كما يدخل فيه الفسخ بسبب الرجوع في الهبة فقد صح الحنفية بأن من قبل الرجوع بالرد بالعيب .

ووجه دخول الرجوع بالهبة في هذا الفصل - أن الهبة يقصد منها في الغالب المكافأة والعوض أو يقصد منها البر أو نحو ذلك ، فبفوات ذلك يختل العقد فيقبل الفسخ .

وعلى ذلك ، فيكون في هذا الفصل المباحث التالية :

- ١ - الفسخ بسبب خيار العيب .
- ٢ - الفسخ بسبب فوات الوصف الشروط .
- ٣ - الفسخ بسبب تفريق الصفة .
- ٤ - الفسخ بسبب الرجوع في الهبة .

*

المبحث الأول

الفسخ بسبب خيار العيب

وفيه الفروع التالية :

- | | |
|--------|-----------------------------------------------|
| الأول | : حقيقة خيار العيب . |
| الثاني | : أدلة شرعية خيار العيب . |
| الثالث | : شروط ثبوت خيار العيب . |
| الرابع | : مجال خيار العيب . |
| الخامس | : حكم أخذ الأرش عن العيب . |
| السادس | : خيار العيب هل هو على الفور أو على التراخي ؟ |
| السابع | : مستطات خيار العيب . |

الفرع الأول

حقيقة خيار العيب

خيار العيب مركب اضافي من مضاف هو خيار ومضاف اليه هو العيب والاضافة هنا من قبيل اضافة الشيء الى سببه أي الخيار الذي سببه العيب ، ولما كان خيار العيب مركباً تركيباً اضافياً تحتم علينا تعريفه من وجهين :

الأول : باعتبار التركيب لما قد تقرر أنه لا يمكن معرفة المركب قبل معرفة أجزائه .

الثاني : باعتبار العلمية .

أولاً - تعريفه باعتبار كونه/تركيباً اضافياً :

لقد عرفنا فيما سبق معنى أحد أفراد هذا المركب وهو المضاف " خيار " أما الجزء الثاني من هذا المركب وهو المضاف اليه " العيب " ، فالعيب في اللغة مصدر من الفعل عاب يعيب عيباً وهو يأتي لازماً ومتعدياً ، تقول عاب المتاع أي صار ذا عيب ، وعبته أنا ، والمعائب العيوب ، وعيبه نسبة الى العيب .^(١)

أما معنى العيب في اصطلاح الفقهاء ، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذاهب تبعاً لاختلافهم في ضابطه ، وفيما يلي ضابط العيب في جميع المذاهب .

(١) الصحاح ج ١ باب الباء فصل العين ص ١٩٠ .

ضابط العيب الذى يثبت به الرد

خيار العيب يدور مع العيب وجوداً وعدمًا ، فمتى وجد العيب وجد الخيار ، وإذا لم يوجد العيب فلا خيار .
ولما كان خيار العيب يدور مع العيب في وجوده وعدمه ،
فقد اقتضى المقام بيان ضابط هذا العيب الذى يثبت به هذا الخيار .

وقيل ذكر هذا الضابط أود أن أشير الى السبب الذى من أجله أوجد الفقهاء هذا الضابط .

فأقول : السبب في ايجاد ضابط للعيب عند الفقهاء هو :
كون العيب محتمل الوجود والتجدد ، ولاحتمال ، هذا الوجود والتجدد
وضع الفقهاء ضابطاً للعيب يلجأ اليه عند وجود عيب جديد لم ينصوا
عليه .

وأنا أذكر هنا ضابط هذا العيب في جميع المذاهب .
فأقول : اختلفت عبارات الفقهاء في ضابط العيب الذى
يثبت به الخيار - وإن اتحدت من حيث المعنى والمرى - وهي كما يلي :
أولاً - ضابط العيب عند الحنفية :

العيب الذى يرد به لدى الحنفية هو " كل ما أوجب نقصان
الشن في عادة التجار كالأباق " .

وفي خزانة الفقه نقلاً عن البحر : العيب ما نقص العيّن
أو المنفعة والإفان أعدّه النجار عيباً كان عيباً وإلا فلا .

قال ابن نجيم في البحر الرائق : وهو أحسن ما في الكتاب (١)

- يعني التعريف السابق - .

ثانياً - ضابط العيب عند الملكية :

لا يرد بالعيب عند الملكية الا اذا توفر فيه أحد شرطين :

١ - عدم وجود وصف مشروط اشترطه المشتري له فيه
غرض كاشتراط كون الأمانة طبخة فلا تكون كذلك فله الرد .

٢ - وجود نقص في المبيع تجرى العادة بالسلامة منه .
سواءً كان هذا النقص في الثمن كما لو وجد العبد سارقاً أم في المبيع
كالخصاء أم كان مؤثراً في نقص التصرف كالعسر أم كان مؤثراً
في العاقبة كالجذام في أحد الأبوين . (٢)

ثالثاً - ضابط العيب عند الشافعية :

العيب الذي يرد به عند الشافعية هو كل ما أنقص العيب
أو القيمة تنقيماً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثاله
عدمه .

شرح هذا الضابط :

قولهم كل ما أنقص العين كالخصاء .
ولم يكتفوا بنقص العين بل شرطوا فوات غرض صحيح لأنه

-
- (١) البحر الرائق ٤١/٦ ، ٤٢ ، شرح فتح القدير ٣٥٦/٦ ، مجمع
الأنهر ٤١/٢ .
- (٢) مواهب الجليل ٤٢٧/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، حاشية الدسوقي ١٠٨/٣
الخرشي على خليل ١٢٥/٥ بلغة السالك ٥٣/٢ ، شرح منج
الجليل ٦٣٠/٢ ، ٦٣١ ، ٦٣٢ .

لو قطع من ساق العبد قطعة صغيرة لا تورث شيئاً ، ولا تفوت غرضاً
لا يثبت الرد بخلاف ما لو قطع من أذن الشاة ما يمنع الاضحية يثبت
الرد لفوات الغرض ، وانما اشترطوا أن يكون الغالب في أمثال " المبيع " عدم العيب لأن الشيو به مثلاً في الإماماء معنى ينقص القيمة لكن لا يرد بها لأنه ليس الغالب في الإماماء عدم الشيو به . (١)

ضابط العيب عند الحنابلة :

العيب الذي يرد به لدى الحنابلة هو ما أنقص قيمته عادة كالخصاء .

والسبيل الى معرفة النقص هو عرف التجار . (٢)

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء في ضابط العيب الموجب للرد
يمكننا القول بأن العيب الموجب للرد عندهم هو ما أوجب نقصاناً في
المبيع أو الثمن ، وأن الطريق إلى معرفة النقصان هو العرف والعادة
لدى التجار .

وما أضافه بعض الفقهاء من قيود على ما سبق يدل عليها هذا
الضابط كتخلف الوصف المشروط لدى المالكية ، فإن قولهم - أعني الفقهاء -
ما أوجب نقصاناً يغني عن ذلك لأنه إذا اشترط صفة ثم تخلفت صدق
على المبيع أنه ناقص .

(١) روضة الطالبين ٤٦٣/٣ ، ٤٦٤ ، مغني المحتاج ٥١/٣ .

(٢) منتهى الارادات ٣٦١/١ الاقناع ٩٣/٢ ، كشف القناع ١٥/٣ <

وكذا يقال في القيود التي أوردها الشافعية كاشتراطهم أن يفوت العيب غرضاً صحيحاً وتشبههم لذلك بما لو قُطِع من ساق العبد قطعة صغيرة، فإنه يمكن أن يقال إن هذا لم يوجب نقصاناً لدى التجار. وبعد أن عرفنا معنى العيب لغةً واصطلاحاً يتيسر لنا معرفة خيار العيب باعتباره علماً أو مفهوماً لقيماً لشيء معين فهو حق المشتري أو البائع في فسخ العقد عند ظهور عيب بالمبيع أو الثمن.

الفرع الثاني

أدلة مشروعية خيار العيب

استدل الفقهاء لمشروعية خيار العيب بأدلة كثيرة متنوعة من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول ، وهذه الأدلة بعضها صريح الدلالة على الخيار وبعضها بحاجة الى توجيه . وفيما يلي تلك الأدلة :

١ - الكتاب :

قوله تعالى ﴿ لا أن تكون تجارة عن تراض منكم ۖ ﴾^(١) الآية .
ووجه الدلالة من الآية :-

ما نصت عليه من أن الرضا شرط في أصل البيع فمتى لم يتحقق في البيع لم يجز ، وظهور العيب في البيع بعد وجود العقد يقتضي التخيير لاختلال الرضا ، لأن اختلال الرضا من عقد دون انعدامه يوجب فسخه .

٢ - السنة :

أ - ما رواه أبو داود بإسناده عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فردّه عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمان "^(٢) .

(١) سورة النساء آية رقم ٢٩ +

(٢) سنن أبي داود ٧٨/٣ ، سنن النسائي ٣٥٤/٧ ، سنن

الترمذي ٣٧٧/٢

وجه الدلالة من الحديث :

أنه لما أخبر الرجل الرسول صلى الله عليه وسلم بأنه قد وجد عيباً
بالمبيع أمره الرسول صلى الله عليه وسلم برده فدل ذلك على مشروعية
الرد بالعيب .

ب - ما رواه عتبة بن عامر رضي الله عنه قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم " لا يحل لامرئ مسلم أن يبيع سلعة يعلم أن
بها راءاً إلا أخبر به " . (١)

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر بأنه لا يحل لمسلم أن
يكتسب العيب في السلعة عن أخيه المسلم ، فإذا حدث أن باع رجل لآخر
سلعته ومعا عيب ولم يبين له العيب فقد ارتكب البائع بفعله هذا
ما لا يحل وظلم أخاه بذلك ، والظلم مرفوع ، ولا يمكن رفعه بغير
الخيار فيرفعه به .

ج - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه
وسلم مرفي السوق على صبرة طعام فأدخل يده فيها فأصابته أصابعه
بللاً فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ فقال : يا رسول الله -
أصابته السماء ، فقال : " أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس
من غشنا فليس منا " . (٢)

(١) صحيح البخارى ٧٦/٣ .

(٢) صحيح مسلم ٦٩/١ .

وجه الدلالة من الحديث :

أنه لما بين صلى الله عليه وسلم أن الغش^{ليس} من طبائع المسلم لأن المسلم يحجزه إيمانه عن الغش ، فإذا حدث أن غش البائع المشتري بأي نوع من أنواع الغش كما لو لم يصرح بالعيب الموجود في المبيع فقد أثم ، وظلم المشتري وتعين عليه رفع الظلم عن المشتري ، ولا يمكن رفعه إلا بالخيار فيتخير .

د - ما رواه العداء بن خالد حين قال : كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبشة ولا غائلة . (١)

وجه الدلالة من الحديث :

أنه لما اشترى الرسول صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد رضي الله عنه ، واشترط عليه السلامة من العيوب دل ذلك على أنه يتخير عند فوتها ، وإلا لم يكن للاشتراط فائدة .

هـ - قال الكاساني رحمه الله^(٢) : الأصل في شروعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اشترى محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام . (٣)

(١) سنن الترمذى ٣٤٤ / ٢ ، ٣٤٥ ، وقال : هذا حديث حسن غريب

لا نعرفه إلا من حديث عباس بن الليث وقد روى عنه هذا

الحديث غير واحد من أهل الحديث .

(٢) سبق تخريجه ص ٣٠٠ .

(٣) البدائع ٢٧٤ / ٥ .

قال ابن قدامة رحمه الله : . . . واثبات النبي صلى الله عليه وسلم
الخيار بالتصريح تنبيه على ثبوته بالعيب .^(١)

٣ - الاجماع :

نقل الاجماع على خيار العيب جمع من العلماء منهم :
ابن قدامة رحمه الله حيث قال : إنه متى علم بالمبيع عيباً لم يكن
عالمًا به فله الخيار بين الاساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب
وكتمه أو لم يعلم لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً .^(٢)
وقال ابن جُزَي رحمه الله : وكتمان العيوب غش محرم باجماع .^(٣)

وقال ابن السبكي رحمه الله : وهذا الحكم متفق عليه للنصوص
الواردة فيه لا خلاف فيه بين العلماء .^(٤)

وقال الوزير ابن هبيرة رحمه الله : واتفقوا أن للمشتري السرر
بالعيب الذي لم يعلم به حال العقد . ما لم يحدث عنده عيب آخر
وأن له اساكه ان شاء بعد عثوره عليه .^(٥)

وقال ابن حزم رحمه الله : واتفقوا على أن من اشترى شيئاً
ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشتري سلامه ولا اشترط
الخلاصه ، ولا بيع منه ببراءة فوجد به عيباً . . . فلن للمشتري

(١) المغني والشرح الكبير ٢٣٨/٤ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزي ٢٩٠/١ .

(٤) تكملة المجموع ١١٠/١٢ .

(٥) الافصاح ٣٤٥/١ .

أن يردّه ويأخذ ما أُعطي فيه من الثمن وأن له أن يسكه ان أحب^(١).

٧ - المعقول :

قال ابن قدامة رحمه الله : ولأن الأصل السلامة والعيب حادث
أو مخالف للظاهر فعند الإطلاق يحمل عليها فمتى فأتت فأت بعض
مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن
كاملاً^(٢).

(١) مراتب الاجماع ص ٨٧.

(٢) المغني والشرح الكبير ٢٣٨/٤.

الفرع الثالث

شروط ثبوت خيار العيب

قلنا فيما سبق إن خيار العيب يدور مع العيب وجوداً وعدماً ،
وذلك لأن الخيار سبب عن العيب فمتى وجد العيب ، وجد الخيار ،
ومتى انتفى العيب انتفى الخيار الثابت به .

فإذا عرفنا أن قيام الخيار ، الذي هو مجال بحثنا باعتباره سبباً
من أسباب فسخ العقد متوقف على وجود العيب تحتم علينا دراسة
شروط العيب المؤثر في العقد ، والموجب للخيار .
وقبل ذكر هذه الشروط أود أن أشير إلى أن الفقهاء متفقون على
وجود شروط لخيار العيب من حيث الجملة ، وإن لم يشر بعضهم
إلى كونها شروطاً ، وما ينبغي الإشارة إليه - أيضاً - أن هذه الشروط
المختلفة بعضها شروط للخيار نفسه و بعضها شروط للعيب ، وكون
بعضها شروط للعيب لا يخرجها عن كونها شروطاً للخيار لأن الخيار سببه
العيب نفسه فإذا توفرت شروط العيب مع شروط الخيار ثبت الخيار
وإذا انتفى أحدها انتفى الخيار .

وهذه الشروط هي :

أولاً - حصول العيب في المبيع قبل تسليمه :

سواء في ذلك أكان حدوث العيب حين العقد - أي مقارناً له -

أم بعده .

فإذا كان حدوث العيب بالمبيع بعد التسليم فلا رد أصلاً * لأن

ثبوته - أي الخيار - لفوات وصف السلامة المشروطة في العقد دلالة ،
وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري . (١)

ثانياً - أن لا يعلم المشتري بالعيب حال قيام العقد :

فإذا علم المشتري بالعيب وقت قيام العقد أو قبله أو بعده قبل
التسليم فلا رد له لأن علمه بالعيب دليل رضاه به . (٢)

ثالثاً - أن يكون العيب في المعقود عليه نفسه :

فإذا كان العيب في غير المعقود عليه فلا اعتباره أصلاً ولا يؤثر
في لزوم العقد .

ومثله بمن باع حقاً له في سكنى حانوت لغيره وأعلمه بأن أجره
الханوت كذا فظهر للمشتري بعد البيع أن أجره الحانوت أكثر مما أخبر
به فلا رد للمشتري لأن هذا ليس بعيب في ذات البيع . (٣)

(١) البحر الرائق ٣٩/٦ ، البدائع ٢٧٥/٥ ، حاشية ابن عابدين

٠٢٧٥/٥

(٢) البحر الرائق ٣٩/٦ ، البدائع ٢٧٦/٣ ، حاشية ابن عابدين ٠٥/٤

(٣) حاشية ابن عابدين ٠٥/٤

رابعاً - أن لا يتمكن المشتري من ازالة العيب بلا مشقة : (١)

وبالتأمل في هذا الشرط عند القائلين به يفهم منه أنهم يقسمون العيب بحسب زواله وعدم^{زواله} / إلى ثلاثة أقسام :

أ - قسم يمكن زواله بيسر وسهولة وبلا مشقة وهذا القسم لا أثر له في البيع ولا يرد به أصلاً.

ومثله بمن اشترى جارية محرمة فإنه وإن كان احرامها عيباً وقت البيع إلا أنه محتمل الزوال ، وللبائع الحق في تحليلها متى شاء ، فلذلك انتفى حق الرد .

ب - قسم يمكن ازالته ولكن لا يزول الا بعد مشقة بالغة ، فهذا يجوز للبائع الرد به كما اذا اشترى عبداً فوجده آبقاً فله الرد .

ج - قسم لا يمكن زواله مطلقاً وهذا القسم لا خلاف في الرد به كقطع يد العبد .

خامساً ، عدم اشتراط البراءة من العيوب :

فإذا اشترط البائع على المشتري البراءة من كل عيب بأن قال : بعثك هذا العبد على أنني برىء من كل عيب أو شرط البراءة من عيب ما بأن قال : بعثك على أنني برىء من عيب كذا فهل يبرأ البائع باشتراطه البراءة على المشتري أو لا يبرأ ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال :

(١) البحر الرائق ٣٩/٦ حاشية ابن عابدين ٥٥/٤

الأول - قول الحنفية :

لا خلاف عند فقهاء الحنفية في اشتراط البراءة من حيث الجملة ،

وأن البائع يبرأ بها ، وإنما اختلفوا فيما بينهم في بعض التفاصيل .

فاشتراط البراءة من العيوب عندهم قسمان :

أ - براءة خاصة بأن يقول بعث منك على أني برى من عيب كذا
فهذا لا خلاف في براءة البائع منه وأنه لا يبرأ فيما سواه^(١).

ب - براءة عامة بأن يقول : بعثك هذا العبد على أني برى من
كل عيب فقد اختلف فقهاء الأحناف هنا في القدر الذي
يبرأ به البائع .

فقال أبو يوسف ، وأبو حنيفة في ظاهر الرواية يبرأ المشتري من كل
عيب موجود أو حادث قبل القبض^(٢) .

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله :

١ - أن نص البائع أو لفظه شامل للبراءة من العيوب جميعها ، فالقول
بأنه خاص بالعيوب الحادث عند العقد بحاجة الى دليل ، ولا
دليل عليه .

٢ - أن الغرض من اشتراط هذا الشرط هو قطع جواز الرد بالعيوب
مطلقاً ، ولا ينقطع الرد الا بدخول العيب الحادث فكان داخلاً
في الاشتراط بدلالة العقد^(٣) .

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٢٠ .

(٢) شرح فتح القدير ٦/٣٩٩ .

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٧٧ .

وقال محمد بن الحسن وزفر لا يدخل العيب الحادث فـي
اشتراط البراءة عموماً (١) .

وجه قول محمد رحمه الله :

١ - أن البراءة من العيوب يقتضي وجودها لأن البراءة عن غير الموجود
لا تتصوره والعيب الحادث لا وجود له حال البيع فلا يدخل
في البراءة المشترطة.

٢ - ولو دخل العيب الحادث في اشتراط البراءة فإنما دخوله
بالإضافة الى المستقبل ، والبراءة لا تحتل الإضافة لأن فيها
معنى التمليك. (٢)

هذه أدلة الحنفية من حيث التفصيل ، أما أدلتهم من حيث
الاجمال ، فكمايلي :

١ - ما روى زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه ابتاع مملوكاً
من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن
فيه بعيب فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فحلفه بالله
لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتبه فنكل عن اليمين فردّه عليه. (٤)

ثم عقب السرخسي رحمه الله على هذا الخبر بقوله : (فيستدل
باتفاقهم على جواز البيع) . (٥)

(١) شرح فتح القدير ٣٩٩/٦ .

(٢) البدائع ٢٧٧/٥ .

(٣) المبسوط ٩٢/١٣ .

(٤) سنن البيهقي ٣١٨/٥ الموطأ مع شرح الزرقاني ٢٥٥/٣ .

(٥) المبسوط ٩٢/١٣ .

٢ - لقول النبي صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم. (١)

ووجه الدلالة من الحديث :

ان في الحديث تنصيماً على صحة كل الشروط ، والبيع مع اشتراط
البراءة شرط من هذه الشروط فيكون صحيحاً بنص الحديث المتضمن
لدخوله فيه .

٣ - حديث علي رضي الله عنه حين بعثه الرسول صلى الله
عليه وسلم ليصالح بني جذيمة فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يديه
مال فقال : هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر* . (٢)

وجه الدلالة من الأثر :

في قول علي رضي الله عنه - هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، ففيه جواز الصلح عن الحقوق المجهولة ، واشتراط
البراءة من العيوب منها . فيكون جائزاً لفعل علي رضي الله عنه واقرار
النبي صلى الله عليه وسلم له .

قال في المبسوط : معقياً على الأثر - إن هذا اسقاط حق
لا يحتاج فيه إلى التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق* . (٣)

(١) سبق تخريجه ص ١٦٢

(٢) النهاية في غريب الحديث ٥/٢٢٦ .

(٣) المبسوط ١٣/٩٢ .

الثاني - قول المالكية :

البراءة من العيوب لا يجوز اشتراطها لدى المالكية إلا في الرقيق فقط ولا يجوز اشتراطها في غيره فإن شرطها في غير الرقيق فلا يثبت بها رد ، ولا اعتبار لها .

وإنما يجوز اشتراطها في الرقيق عندهم بالشروط التالية :

- ١ - أن تطول اقامته لدى البائع .
- ٢ - أن يجهل البائع العيوب التي تبرأ منها .^(١)

الثالث - قول الشافعية :

يجوز للبائع أن يشترط البراءة لدى الشافعية ، لكن إذا اشترطها فهل يبرأ عندهم ؟

لهم ثلاثة أقوال :

- ١ - أظهرها " أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه البائع دون غيره فلا يبرأ عن عيب بفسير الحيوان كالشهاب والمقار مطلقاً ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه ، والمراد بالباطن ما لا يطلع عليه غالباً " .^(٢)
- ٢ - " يبرأ من كل عيب عملاً بالشرط " .
- ٣ - لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالبرأ فيه وهو القياس .^(٣)

شرح

- (١) الشرح الكبير ٣/٨١٢ / منج الجليل ٢/٦٤٥ ، الخرشي ٥/١٣٥ .
- (٢) روضة الطالبين ٣/٤٧٠ ، ٤٧١ مغني المحتاج ٢/٥٥٣ .
- (٣) المراجعين السابقين .

واستدلوا لقولهم الأول أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان فقط
بحا روي عن ابن عمر رضي الله عنه ، أنه باع غلاماً بشمانئة درهم
وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه - وهو زيد بن ثابت رضي الله عنهما
لعبد الله بن عمر بالعبد دا لم تسمه لي فاخصمنا إلى عثمان رضي الله
عنه فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به دا يعلمه
فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فباعه بألف وخمسمائة (١).

الرابع - قول الحنابلة :

إذا اشترط البائع على المشتري البراءة من العيوب عند الحنابلة
فالشرط باطل ولا يبرأ البائع مطلقاً . (٢)

واستدلوا بالحديث السابق دليل الشافعية .
والقياس على الشفعة .

بأن قاسوا عدم سقوط خيار العيب باشتراط البراءة عند العقد
على عدم سقوط الشفعة بالاسقاط قبل العقد بجامع ثبوتها بعد
البيع . (٣)

والخلاصة

أن للفقهاء في البيع باشتراط البراءة خمسة مذاهب :

-
- (١) سبق تخريجه ص ٣٣٤ .
 - (٢) انتهى الارادات ٣٥٥/١ ، ٣٥٦ .
 - (٣) الكشف ١٩٦/٣ .

- ١ - يبرأ البائع مطلقاً ، وهو قول للشافعية ، وقول الحنفية اذا كانت البراءة خاصة بعيب معين .
- ٢ - لا يبرأ ، وهو قول الحنابلة ، وقول للشافعية ، ووافقهم المالكية الا أنهم جوزوا اشتراط البراءة في الرقيق وقالوا إن البائع يبرأ بها بشرطين سبق بيانهما .
- ٣ - يبرأ من العيب الموجود والحادث قبل القبض اذا كانت البراءة عامة ، وهو قول أبي يوسف ، وأبي حنيفة في ظاهر الرواية .
- ٤ - يبرأ من العيب الموجود دون الحادث قبل القبض ، وهو قول محمد بن الحسن ، وزفر من الحنفية .
- ٥ - يبرأ من عيب باطن في الحيوان ولا يبرأ من غيره ، وهو قول للشافعية .

مناقشة وترجيح

ما سبق من أقوال الفقهاء مع أدلتها يظهر لي أن الراجح - والله أعلم - قول من قال أنه يجوز للبائع اشتراط البراءة مطلقاً سواء أكانت عامة أم خاصة ، وأنه يبرأ بها لقوة أدلتهم لا سيما حديث " المسلمون على شروطهم " ^(١) وهو أصل عظيم في إباحة الشروط ، ولأن اشتراط البراءة بمنزلة الإخبار بالعيب ، والإخبار بالعيب يسقط الرد به فكذا اشتراط البراءة .

أما استدلال الشافعية بقصة غلام ابن عمر فلا دلالة فيها على أن البائع لا يبرأ إلا في الرقيق فقط كما قال المالكية أولاً يبرأ إلا من عيب باطن في الحيوان كما هو أحد أقوال الشافعية لعدم وجود ما يدل على الخصوصية بالعيب الباطن أو الرقيق وكل ما في الاثر أن الواقعة كانت في الرقيق فجرى الحكم فيها والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

أما استدلال الحنابلة ومن وافقهم على قولهم بأن البائع لا يبرأ باشتراط البراءة مطلقاً بالقياس على الشفعة فهو قياس مع الفارق .

لأن الشفعة لم تثبت بوجود خلل في ذات المعقود عليه فلا تسقط بالاسقاط مقصوداً ، أما خيار العيب فثبوته لوجود خلل في المعقود عليه فإذا اشترط البائع البراءة منه سقط فافتراقاً .

(١) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٢) سبقت ص ٣٣٤ ، ٣٣٧ .

سادساً - أن يظهر العيب عند المشتري بعد القبض .

فإذا لم يظهر العيب عند المشتري فلا رد ، سواء ظهر عند
البائع أو لم يظهر وهذا ما عليه عامة مشايخ الحنفية ، وقال بعضهم
يكتفى بثبوت العيب عند البائع في العيوب الأربعة التالية - الأبقاق
والسرقة والبول في الفراش والجنون - فلا يشترط ثبوتها عند المشتري
أما ما عدا هذه الأربعة فلا بد من ثبوته عند المشتري حتى تثبت
الروئية ، وبعض المشايخ فصل في العيوب الأربعة فقال : لا يشترط
ثبوت العيب عند المشتري إلا في الجنون أما في الأبقاق والسرقة والبول في
الفراش فلا يشترط . (١)

سابعاً - أن يوجب العيب نقصاناً في المبيع في عرف التجار :

وهذا الشرط يفهم من ضابط العيب عند الفقهاء .
فإذا لم يوجب العيب نقصاناً في المعقود عليه في عرف التجار
فلا يعتبر عيباً ولا يرد به .
وانما اشترط أن يوجب العيب نقصاناً * لأن ثبوت الرد بالعيب
لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به * . (٢)

(١) البدائع ٥ / ٢٧٥ ، ٢٧٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ / ٥ .

الفرع الرابع

مجال خيار العيب

تنقسم العقود بالنسبة لثبوت خيار العيب فيها الى ثلاثة

أقسام :

- الأول : عقود يثبت فيها خيار العيب بلا خلاف، وهي عقود المعاوضات.
- الثاني : عقود لا يثبت فيها خيار العيب بلا خلاف، وهي عقود التبرعات.
- الثالث : عقود مختلف في ثبوت خيار العيب فيها، وهي ما كانت خليطاً من عقود المعاوضات وعقود التبرعات أي عقود فيها صفة من النوعين كالهبة بثواب . (١)

هذا من حيث الاجمال ، أما من حيث التفصيل ، فقد نص الحنفية

على أن خيار العيب لا يثبت الا في العقود التالية :

- ١ - البيع .
- ٢ - المهر .
- ٣ - بدل الخلع .
- ٤ - بدل الصلح عن دم العمد .
- ٥ - الاجارة .
- ٦ - القسمة .
- ٧ - الصلح على مال . (٢)

ويضاف إلى العقود السابقة التي أثبت الحنفية فيها خيار العيب

الهبة بثواب ، وهي وإن اختلف الفقهاء فيها كما قال ذلك ابن رشد إلا إنني أرى ثبوته فيها لكونها عقد معاوضة كالبيع .

أما القول بأنها تحمل معنى التبرع فان ذلك التبرع قد زال

بالمعاوضة والنكاح يثبت فيه خيار العيب على خلاف قول الحنفية .

(١) بداية المجتهد ١٣١ / ٢

(٢) حاشية ابن عابدين ٥ / ٤٠

الفرع الخامس

حكم أخذ الأرش عن العيب

لا خلاف بين الفقهاء في أن الخيار اذا ثبت في عقد من العقود فإن ثبوته في ذلك يقتضي حصول أمرين هما الفسخ والاجازة ، والمشتري مخير بينهما في خيار العيب ، وكذا في غيره إن كان الخيار له .

فإن اختار المشتري اساك المبيع المعيب في حالة حصول الخيار بالعيب فهل له الحق في أخذ أرش ذلك العيب الحادث عند البائع ؟
اختلف الفقهاء في حكم ذلك على أقوال :

القول الأول :

ليس للمشتري أخذ أرش العيب وإنما له أخذ المبيع كما هو بكل الثمن أورده كذلك ، وهذا قول الحنفية والشافعية . (١)

واستدلوا بما يلي :

١ - أن الجزء الفائت من المبيع بسبب العيب وصف ، والأوصاف لا تقابل الأثمان في " مجرد العقد " . (٢)

(١) الهداية ٣٥/٣ ، المذهب ٣٧٧/١ ، نهاية المحتاج ٢٨/٤ ،

(٢) الهداية ٣٥/٣ ، شرح فتح القدير ٣٥٦/٦ ، ولقد بين

ابن الهمام معنى قول صاحب الهداية في الدليل المذكور " بمجرد العقد " فقال احترازاً عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة - يعني العيوب - كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري . ولهذا الاحتراز احتفظت بكلمة " بمجرد العقد " كما هي .

- ٢ - أن البائع لم يرخص بتحول المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى وقت العقد ، وفي اساك المشتري للمبيع مع دفع البائع له أرش النقصان تحول لملكه عنه بأقل من الثمن المسمى في العقد فيلحقه الضرر بذلك ، والمشتري وان كان متضرراً بحصول العيب في المبيع (١) إلا أنه بإمكانه دفع الضرر عنه برد المبيع ، وبرد المبيع ينتفي الضرر عنه .
- ٣ - واستدل لهم ابن قدامة في المغني بحديث المصراة فقال : لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الاساك من غير ارش أو الرد . (٢)

القول الثاني : للمالكية .

- المالكية ينفردون بتقسيم العيوب الى ثلاثة أقسام ، ولكل قسم منها حكم يخصه :
- أ - عيب متوسط بين المخرج عن المقصود - الكثير المفوت - وبين القليل ، ومثلوا له بحدوث عيب بالمبيع عند المشتري ، فإن له أن يتمسك بالعيب المفوت عنده ويأخذ أرش العيب القديم الحادث عند البائع ، وله أن يرد المبيع بالعيب الحادث عند البائع مع أرش العيب الحادث عنده .
- ب - عيب قليل جداً ومثلوه بالوعك أو الرمد أو الصداع بالعبد فهو لا يؤثر في المبيع أصلاً ولا يوجب الأرش عند التمسك بالمبيع بل للمشتري التمسك المجرد أو الرد المجرد عن الارش .

(١) شرح فتح القدير ٣٧٧/٦ وانظر المذهب ٣٧٧/١ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٢١٠/٤ .

ج - عيب غير معتاد وهو العيب المغفوت ، ومثله بافتراض البائع للجارية البكر . (١) وهذا العيب يوجب الأرش للمشتري على البائع عند التنازع ، ولا رد له ! (٢)

القول الثالث : للحنابلة .

للمشتري الخيار بين الرد والامساك مع الأرش في المبيع بالعيب بعيب حادث عند البائع ولم يعلم به المشتري . (٢)

واستدلوا بالقياس من وجهين :

الأول : القياس على ما لو تعيب المبيع عند المشتري فقالوا إنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الأرش كما لو تعيب عنده ، أي عند المشتري . (٣)

الثاني : القياس على ما لو اشترى عشرة أقمصة فبانت تسعة بجامع فوات جزء منها . فقالوا " ولأنه فاع عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة كما لو اشترى عشرة أقمصة فبانت تسعة أو كما لو أطفأه بعد البيع " . (٤)

(١) حاشية الدسوقي ١٢٦/٣ ، ١٣٠ .

(٢) المقنع ص ١٠٥ منتهى الارادات ٣٦٢/١ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٢٤٠/٤ .

(٤) المرجع السابق .

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء يظهر لي أن الراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الحنابلة من القول بثبوت الأرش للمشتري فيما إذا ظهر المبيع معيباً لأن المشتري ما أقدم على البيع إلا باعتباره أنه سالم من العيوب ، فيظهر العيب يتضرر المشتري به فيتخير بين الفسخ والتمسك بالمبيع مع أرش نقصه ، ولا يقال بأن الضرر يرتفع بثبوت الخيار بين الرد والامساك دون أرش لأن هذا وإن أوجب ارتفاع الضرر لأنه لا يرفعه رفعاً كلياً لأن اختيار المشتري التمسك بالمبيع دون إيجاب الأرش له يوجب نوعاً من الضرر عليه ، والخيار إنما شرع لرفع الضرر الحاصل باختلال السلامة ، فيملك المشتري الأرش عند اختياره الامساك رفعاً لمطلق الضرر عنه .

أما قول المخالفين إن الجزء الفائت بالعيب وصف ، والأوصاف لا تصلح لمقابلة الأثمان في العقود .

فلا نسلم أن الجزء الناقص من المبيع وصف لأن المشتري باقداً منه على البيع يتطلب فيه أموراً مقصودة له هي جزء منه فيجري العقود على مجموع تلك الأمور في العقود عليه ، ففوات جزء من تلك الأجزاء فوات من عين المبيع فالمشتري أخذ الأرش عند اختياره الامضاء للخلل في المبيع نفسه لا في وصفه .

سلمنا أن الجزء الفائت من العقود عليه وصف لكن لا نسلم أن الأوصاف لا تقابل بالاثمان مطلقاً بل تقابلها فيما إذا كانت هي الغرض من العقود عليه أو كان لها أثر بالغ في العين ، فمثلاً العبد الكاتب يختلف في البيع عن العبد الذي لا يعرف الكتابة من حيث الزيادة في الأول ، وهذه الزيادة لم تنشأ إلا عن الكتابة .

الفرع السادس

خيار العيب هل هو على الفور أو على التراخي ؟

إذا علم المشتري بوجود عيب ما في المبيع بعد القبض ، وكان العيب
الحاصل بالمبيع موجباً للرد ، فهل للمشتري تأخير الرد إلى أن يحدث
منه ما يدل على رضاه بالعقد من قول أو فعل أو تلزمه المبادرة إلى الرد
عقب علمه بالعيب فإذا لم يبادر سقط حقه في الفسخ ؟

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول :

أنه يجوز التأخير للرد مهما كان ذلك التأخير ما دام لم يحدث
من البائع ما يدل على رضاه ، وهذا قول الحنفية والرواية المعتمدة عند
الحنابلة . (١) ومقتضى كلام المالكية إلا أنهم يجعلون يوماً أو يومين
حدّاً أقصى لتراخي الرد بدون عذر يوجب له فإن كان ثم عذر جاز الرد
مطلقاً إلى زواله . (٢)

واستدلوا بالقياس على طلب القصاص من الجاني فإنه على التراخي .

ووجه القياس : أن في كل من القصاص والرد بالعيب رفع ضرر ،

(٣)

والقصاص يكون على التراخي فكذا الرد بالعيب .

(١) حاشية ابن عابدين ٣٢/٥ ، المقنع ١٠٦ / ، منتهى الإرادات

٠٣٦٤ / ١

(٢) حاشية الدسوقي ٠١٢١ / ٣

(٣) المغني والشرح الكبير ٠٢٣٨ / ٤

القول الثاني :

لا يجوز تأخير رد المبيع بالعيب بل متى علم العيب رد المبيع مباشرة، وان تأخر عن الرد بلا عذر كأكّل وشرب ونحوهما سقط حقه بالتأخير، وهو قول الشافعية، ورواية للحنابلة^(١) وضابط الغور هنا هو العرف والعادة فلا يؤمر المشتري بالعدو والركض لأجل الرد وله التأخير بنحو قضاء حاجة أو صلاة الى أن ينته^(٢).

واستدلوا بما يلي :

١ - أنه لا خلاف بين الفقهاء أن الأصل في البيع اللزوم، ومن الأدلة على ذلك، قوله صلى الله عليه وسلم في حديث " البيعان بالخيار " وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما بعد وجب البيع " ..^(٣)

وهذا يقتضي لزوم العقد من الطرفين، وأن لا خيار للمتبايعين بعد التفرق ثم ان خيار العيب انما ثبت بعد التفرق المقتضي اللزوم بالاجماع وغيره، والقدر المتفق عليه من الاجماع ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لا يتناوله الاجماع، ولا يدل عليه نص فيسبق على مقتضى اللزوم جمعاً بين الدليلين وتقليلاً لمخالفة الدليل ما أمكن.^(٤)

-
- (١) المذهب ٣٧٦/١، المقنع ص ١٠٦ المغني والشرح الكبير ٢٣٨/٤.
(٢) المجموع ١٤١/١٢، ١٤٢.
(٣) سبق تخريجه ص ١٤.
(٤) تكملة المجموع لابن السبكي ١٣٩/٢.

٢ - أن الرد بالعيب شرع لدفع الضرر ، والضرر يرتفع بالمبادرة بالرد وهي ممكنة . فالتأخير مع إمكان الرد تقصير وإذا كان كذلك أجرينا العقد على أصله وهو اللزوم . (١)

٣ - القياس على خيار الشفعة .

وجه القياس : أن خيار العيب ثابت بالشرع لرفع الضرر فهو على الفور كخيار الشفعة . (٢)

*

مناقشة وترجيح

بالتأمل في أقوال الفقهاء وأدلتهم يبدو لي رجحان قول من قال إن خيار العيب على التراخي لأن الشارع علق ثبوت الخيار بالعيب ، والعيب لا يظهر في الغالب إلا بعد فترة طويلة أما لعدم انتباه المشتري له أو أنه لا يأتي إلا في وقت معين يحتاج إلى زمن طويل . ولما كان الأمر كذلك ، فقد اقتضى الأمر التروي وعدم التسرع بالرد لاحتمال أن ذلك العيب عارض أو لاحتمال زواله من المبيع أو لاحتمال رضا المشتري به ، وفي هذا كله محافظة على اللزوم الموافق لمقتضى العقد .

(١) تكملة المجموع لابن السبكي ١٣٩/٢ .

(٢) المذهب ٣٢٦/١ .

الفرع السابع

مسقطات خيار العيب

إذا وجد المشتري عيباً بالبيع وكان العيب مستوفياً لشروط الرؤية
ثبت للمشتري حق الرد ولا يسقط إلا بحصول أحد الأمور الآتية :

١ - رضا المشتري بالعيب بعد العلم به .

فإذا صدر من المشتري ما يدل على رضاه بالعيب بعد أن علم به

سقط الخيار ، والرضا بالعيب قسمان :

أ - صريح بأن يقول رضيت بالعيب أو ألزمت البيع أو أوجبت أو أبطلته
ونحو ذلك .

ب - ودلالة ، وهو كل تصرف من المشتري يدل على رضاه بالبيع كأن يصبغ
الثوب أو يبني على الأرض أو يركب الدابة أو يأجر الدار ،
أو يخرجها عن ملكه بنحو بيع أو هبة أو وصية .^(١)

واعتبر المالكية السكوت بلا عذر ما يدل على الرضا بالعيب^(٢) ولا

يخفى دخوله في النوع الثاني من أنواع الرضا .

وانما اعتبر الرضا مانعاً من الرد * لأن حق الرد - يثبت - لغوات

السلامة المشروطة في العقد دلالة ولما رضي - المشتري - بالعيب بعد

العلم دل أنه ما شرط السلامة* .^(٣)

(١) البدائع ٢٨٢/٥ ، حاشية الدسوقي ١٢٠/٣ ، ١٢١ ، القوانين

الفقهية ص ٢٢٩ .

(٢) المرجع السابق / ١٢١ .

(٣) البدائع ٢٨٢/٥

• ولائنه - أى الخيار - ثبت نظراً للمشتري دفعاً للضرر عنه فإذا

رضي بالعيب لم ينظر لنفسه ورضي بالضرر .^(١)

٢ - الزيادة في المبيع .

إذا اشترى رجل من آخر شيئاً ثم وجد بالمبيع عيباً واستوفى العيب شروط ثبوت الرد به ، فإذا حدث أن زاد المبيع قبل الرد بأي نوع من أنواع الزيادة - الآتي تفصيلها - كأن سمن المبيع أو ولد فهل زيادته تمنع الرد بالعيب ، وتسقط الخيار ؟ ، اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال .
وقبل الشروع في ذكر أقوالهم بالتفصيل مقرونة بأدلتهم أبين أنواع الزيادة على سبيل الاجمال ، ثم أذكر بعد ذلك حكم كل نوع منها في جميع المذاهب . فالزيادة في المبيع على نوعين :

النوع الأول :

زيادة متصلة وهي نوعان أيضاً :

- أ - زيادة متصلة متولدة من الأصل كسمن الحيوان وكبره .
- ب - زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كصبغ الثوب ، والبناء على الأرض .

النوع الثاني :

زيادة منفصلة وتنقسم كسابقتها الى قسمين :

(١) بدائع الصنائع ٢٨٢/٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ١٢٢/٣ ، مغني المحتاج

٦٢ ، ٦١/٢ ، كشاف القناع ٢٢٠/٣ ، المغني والشرح الكبير ٢٣٩/٤

بدائع الصنائع ٢٨٥/٥

- أ - زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمره واللبن .
 ب - زيادة غير متولدة من الأصل كالكسب بالنسبة للعبد المبيع .
 هذه هي أقسام الزيادة ، وفيما يلي حكم كل نوع من حيث كونها
 تمنع الرد أو لا تمنعه .

أولا - أ - حكم الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن .

لا تمنع الفسخ عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو قول
 محمد بن الحسن من الحنفية ^(١) ، وقول عامة الحنفية إذا كانت الزيادة
 قبل القبض ^(٢) .

ووجه ذلك : أن الزيادة المتصلة المتولدة لا يمكن انفصالها
 عن الأصل فهي مبيعه معه ، وما كان تابعاً في البيع يكون تابعاً في
 الفسخ ^(٣) .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : تمنع الزيادة المتصلة المتولدة
 الرجوع بالعيب إذا كانت قبل القبض ، ولم يرز صاحبها - وهو المشتري -
 بردها ، وطلب مقدار ما ينقصه العيب عن المبيع ^(٤) .

ب - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كصبغ الثوب .
^(٥)
 لا تمنع الرد عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة .

(١) الشرح الكبير للدردير ١٢٧/٣ ، مغني المحتاج

٦١/٢ ، ٦٢ ، كشف القناع ٢٢٠/٣ ، المغني والشرح الكبير ٢٣٩/٤

بدائع الصنائع ٢٨٥/٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بدائع الصنائع ٢٨٥/٥ المذهب ٣٧٧/١ المغني والشرح الكبير ٣٣٩/٤ .

(٤) البدائع ٢٨٥/٥ .

(٥) الشرح الكبير للدردير ١٢٧/٣ مغني المحتاج ٦١/٢ ، ٦٢

الكشاف ٢٢٠/٣ .

ودليلهم ما سبق في الزيادة المتصلة المتولدة لكونهم لم يفرقوا بين الزيادة المتصلة المتولدة وغير المتولدة في الحكم بل جعلوها شيئاً واحداً باعتبار الاتصال .

أما الحنفية فإن الزيادة المتصلة غير المتولدة تمنع الرد بالعيب عندهم لأن هذه الزيادة ليست بتابعه - في البيع - بل هي أصل بنفسها^(١) .
ثانياً - الزيادة المنفصلة .

أ - الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالولد .
لا تمنع الرد عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، وقال بقولهم الحنفية إن كانت الزيادة المنفصلة المتولدة قبل القبض^(٢) .
ووجه هذا القول : أن الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل نماء حدث في ملك المشتري فلا يكون مانعاً للرد كما لو حدث في ملك البائع .
ولأنها نماء مفصل فيجوز رد الأصل بدونها كالكسب والثمرة الحاصلين عند المالك^(٣) .

وقال الحنفية : إن الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل تمنع الرد إذا حدثت بعد القبض ، لأن الزيادة تابعة للأصل في الحكم ، والأصل مبيع فهي مبيعة فلو قيل بالرد لرد الأصل فقط دون الزيادة ، وحينئذ ينفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة تحت يد المشتري دون مقابل من الثمن مع أنها مبيعة ، وهذا هو معنى الربا المحرم في الشرع^(٤) .

- (١) البدائع ٢٨٥/٥ .
- (٢) حاشية الدسوقي ١٢٧/٣ ، مغني المحتاج ٦٢/٢ ، شرح منتهى الإرادات ١٧٧/٢ ، البدائع ٢٨٥/٥ .
- (٣) المغني والشرح الكبير ٣٣٩/٤ .
- (٤) البدائع ٢٨٦/٥ .

ولما فرق الحنفية في الحكم في الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل بين ما اذا كانت قبل القبض فقالوا بأنها لا تمنع الرد كالجمهور ، وبين ما اذا كانت بعد القبض فقالوا لا تمنع الرد ، اضطروا الى بيان وجه الفرق بينهما فقالوا : بخلاف الزيادة قبل القبض لأنها لا ترد بدون الأصل أيضا احترازاً عن الربا بل ترد مع الأصل وردها مع الأصل لا يتضمن الربا . (١)

ب - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالكسب لا تمنع الرد باتفاق الفقهاء .

قال ابن قدامة رحمه الله في ذلك . وهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . (٢)

واستدلوا لذلك بما روته عائشة رضي الله عنها * أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به ، ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم ورد عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استفل غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم * الخراج بالضمان . (٣)

*

والخلاصة :

تتلخص في النقاط الآتية :

(١) بدائع الصنائع ٢٨٦/٥ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٢٣٩/٤ .

(٣) سيق تخريجه ص ٣٢٥ .

- ١ - لا تمنع الزيادة المتصلة المتولدة الرد ، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية وقول عامة الحنفية ان كانت قبل القبض .
- ٢ - تمنع اذا كانت قبل القبض ولم يرض بها المشتري وطلب مقدار النقصان وهو قول الامام أبي حنيفة رحمه الله .
- ٣ - لا تمنع الزيادة المتصلة المتولدة الرد وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة .
- ٤ - تمنع الزيادة المنفصلة الرد عند الحنفية فقط .
- ٥ - لا تمنع الرد الزيادة المنفصلة المتولدة عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وتمنع عند الحنفية فقط اذا كانت بعد القبض .
- ٦ - لا تمنع الزيادة المنفصلة غير المتولدة الرد باتفاق الفقهاء .

٣ - هلاك المبيع : (١)

اذا هلك المبيع عند المشتري كان هلاكه مانعاً للرد سواء كان الهلاك بفعل المشتري كأن يكون المبيع بقرة فيذبحها أو يخرجها عن ملكه بأن يبيعه أو يهبه أو يقفه أو يعتقه أو يدبره ونحو ذلك ، أو كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كأن تردى في بئر أو بأفة سماوية وإنما كان الهلاك مانعاً للرد " لغوات محل الرد " . (٢)

(١) البدائع ٢٨٣/٥ ، الشرح الكبير للدردير ١٢٤/٣ ،

روضة الطالبين ٤٧٢/٣ ، كشاف القناع ٢٢٢/٣ .

(٢) البدائع ٢٨٣/٥

٥ - زوال العيب قبل الرد : (١)

فإذا زال العيب من المبيع قبل الرد سقط الرد سواء أكان زواله قبل القبض أو بعده بنفسه كأن يكون به حمى أو بياض في عينه فيسبراً أو كان زواله بواسطة المشتري كأن يداوي العبد المريض إلى أن يشفى أو بواسطة البائع كأن يبيع أرضاً بها حجارة مدفونة في تركها ضرراً بالأرض على المشتري فيقطع تلك الحجارة إلا أن المالكية يشترطون لسقوط الرد ألا يكون العيب محتملاً للعود فإن كان محتملاً للعود - كبول العبد بالفراش أو مرضه أو جذامه ونحو ذلك - فلا يستنع الرد .

(١) حاشية ابن عابدين ٧٢/٤ ، حاشية الدسوقي ١١٩/٣ ، ١٢٠ ، تكملة المجموع ١١٣/١٢ ، حاشية البيجوري ٣٦٢/١٠

المبحث الثاني

الفسخ بسبب خيار فوات الوصف المشروط

المقصود بالشرط هنا هو الشرط في صلب العقد ، وليس كل شرط في صلب العقد يوجب الخيار عند فواته بل الذي يوجب الخيار منها هو ما كان من مصلحة العقد ^(١) والشرط الذي فيه مصلحة للعقد قسمان :

الأول : شرط صفة معينة في المبيع .

ومثال ذلك أن يشتري أمة على أنها طباحة أو عبداً على أنه كاتب أو دابة على أنها هملاجه ونحو ذلك .

فإذا وجد المشتري المبيع على نحو الصفة التي اشترطها فلا خيار له ، وإن وجدته على خلافها ثبت له الخيار ، ويسمى خيار خلف الصفة . وهذا الخيار مما لا خلاف فيه بين الفقهاء .

(١) الشروط في صلب العقد قسمان : صحيح ، وفاسد ، فالصحيح

ثلاثة أنواع : يوافق

١ - شرط مقتضى العقد كالتقايض فهذا لا أثر له على العقد لأنه بيان وتأكيده لمقتضى العقد .

٢ - شرط من مصلحة العقد وهو ما أثبتناه في الصلب .

٣ - شرط نفعاً معلوماً في بيع كسكنى الدار شهراً فيصح اشتراطه نص عليه أحمد وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، ولأنه يناقض مقتضى البيع فأشبهه ما لو شرط إلا يسلمه ذلك لأنه شرط تأخير تسليم

واستدلوا له بعموم قوله صلى الله عليه وسلم "المؤمنون عند شروطهم" (١).

الثاني : شرط صفة في الثمن .

ومثال ذلك اشتراط المشتري على البائع تأجيل الثمن أو اشتراط البائع رهناً معيناً بالثمن أو ضميراً معيناً .

فإذا لم يف له بما اشترط جا زللمشترط فسخ العقد . ويسمى هذا الخيار ، خيار فوات الوصف المشروط .

أما دليله فهو الحديث السابق .

وهذا الخيار ما اتفق عليه الاثمة الا ربعة (٢) أن للحنفية منحسراً خاصاً في اثباته .

فقبل اثبات هذا الخيار في العقد ينظرون للشرط ذاته هل هو شرط معلوم أو شرط مجهول ؟ (٢)

=== المبيع الى أن يستوفى البائع منفعته والفاقد ثلاثة أنواع :
أولها : أن يشترط على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجارة فهذا يبطل البيع ويحتمل أن يبطل الشرط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء ، وجوزه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسداً .

الثاني : شرط ينافي مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه أو متى نفق المبيع والا رده فهو شرط باطل في نفسه .

الثالث : أن يشترط شرطاً يعلق به البيع كقوله بعثك ان جئتني بكذا فلا يصح البيع لا نه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما اذا قال بعثك الى رأس الشهر . المغنى والشرح الكبير يتصرف

٤٨/٤ وما بعدها .

(١) سبق تخريجه ص ١٦٢ .

(٢) البدائع ١٧١/٥ ، ١٧٢ ، حاشية الدسوقي ٦٧/٣ مغنى المحتاج

٣٢/٢ ، ٣٣ ، شرح منتهى الارادات ١٦٠/٢ ، ١٦١ .

فإن كان شرطاً معلوماً ، فالبيع جائز استحساناً والقياس أن لا يجوز لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً .

وانما قيل بالجواز استحساناً * لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى (١) ، فأشبهه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يجب فساد العقد فكذا هذا ، فإذا رضى المشتري بالشرط ثم امتنع عن التسليم فهل يجبر عليه ؟ عند الأئمة الثلاثة - أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله - لا يجبر المشتري على التسليم لأن الرهن من عقود التبرع ، واشترطه فى البيع لا يخرجها عن كونه تبرعاً والجبر على التبرع غير مشروع فلا يجبر .

وعند زفر يجبر لأن الرهن باشرطه على المشتري يصير حقاً للبائع والجبر على التسليم من مقتضيات البيع فيجبر عليه . (٢)

وعلى القول بعدم الجبر فهل يفسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط ؟

يفسخ العقد اذا امتنع المشتري عن الوفاء بالشرط لعدم حصول الغرض ، ولكن قبل الفسخ يقال للمشتري * اما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع لأن البائع لم يرض بزوال

(١) البدائع ١٧٣/٥ .

(٢) المرجع السابق .

المبيع عن ملكه الا بوثيقة الرهن أو قيمته لأن قيمته تقوم مقامه ، ولأن الدين يستوفى مالية الرهن وهي قيمته واذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ .^(١)

هذا كله اذا كان الشرط معلوماً .

فإن كان الشرط مجهولاً ، فما الحكم ؟

اذا كان الشرط المشترط في العقد مجهولاً فالبيع فاسد .^(٢)

والحقيقة أنه لا خلاف عند الحنفية في ثبوت الفسخ في العقد الذي اشترط فيه شرط لمصلحة المشترط سواء أكان الشرط صحيحاً أم فاسداً ، لأنه ان كان العقد صحيحاً بأن كان الشرط معلوماً ، فيثبت الخيار للمشرط عند فوات الوصف المشروط .

وان كان العقد فاسداً بأن كان الشرط مجهولاً فقد استحق الفسخ وجوباً دفعاً للفساد .

وما ينبغي الإشارة اليه هنا أن الحنابلة ينفردون بتوسعة هذا الشرط عن بقية الأئمة فلا يكتفون باشتراط الاجل والرهن والضمين بل يضيفون أموراً أخرى يجوز اشتراطها وتوجب الخيار عند فواتها كاشتراط أن تنتج الأرض المبيعة كذا وكاشتراط كون الدابة لبونا أو حاملاً وغير ذلك من الشروط .^(٣)

(١) البدائع ٥/١٧٢ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) شرح منتهى الارادات ٢/١٦٠ ، ١٦١ .

المبحث الثالث

في الفسخ بسبب تفريق الصفقة

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الفسخ بتسفير الصفقة من حيث الجملة وانما الخلاف بينهم في تصوير الخيار الثابت بالتفريق وصورتيه ، ولهذا الاختلاف ، والتباين في كثير من الأحيان اقتضى المقام دراسته في كل مذهب من المذاهب على حدة لتظهر حقيقة هذا السبب بشكل متكامل يستطيع القارىء بها الوقوف على حدوده ومرامييه .

أولا - مذهب الحنفية :

المبيع عند الحنفية ، اما أن يستحق قبل القبض أو يستحق بعده ، فإن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ، ولم توجد الاجازة من المالك فبطل ، وللمشتري الخيار في الباقي ان شاء رد وان شاء أمضى البيع سواء كان الاستحقاق يوجب عيباً في الباقي أو لا يوجبه لأنه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا ^(١) .

وان كان الاستحقاق بعد القبض للبعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض أو على غير المقبوض .

فإن كان استحقاق البعض بعد قبض الكل بطل البيع فـ في القدر المستحق لما قيل سابقاً ثم ينظر بعد ذلك .

(١) بدائع الصنائع ٢٨٨/٥ ، حاشية ابن عابدين ٥/١٦٠

ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً كالدار والكروم والأرض والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضي به بحصته من الثمن وان شاء رد لأن الشركة في الأعيان عيب ، وكذلك ان كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيئاً واحداً من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدین فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزني فاستحق بعضه فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن لأنه لا ضرر في تبعضه عليه فلم يكن له خيار الرد . (١)

ثانياً - مذهب المالكية :

إذا استحق بعض المعقود عليه عند المالكية فإن الاستحقاق للبعض لا يخلو من حالين :

الحال الأول :

أن يكون مشاعاً فيما لا يمكن قسمته ، وليس ريعاً من غلة كبعض الحيوان ، فللمشتري الخيار في امساك الباقي ، ورجوعه بقدر المستحق من الثمن وارجاع المبيع لتضرره بالشركة سواء أكان القدر المستحق قليلاً أم كثيراً وان كان البعض المستحق مشاعاً فيما ينقسم أو فيما يتخذ للغلة فللمشتري الخيار أيضاً - إذا كان القدر المستحق يساوي الثلث فأكثر - بين امساك الباقي ، والرجوع بذلك القدر المستحق من الثمن وبين ارجاع المبيع .

(١) بدائع الصنائع ٢٨٨/٥ ، ٢٨٩٠ .

وان كان المستحق الشائع دون الثلث تعين التمسك بالباقي
ورجع بحصة المستحق من الثمن .

الحال الثاني :

أن يكون المستحق جزءاً معيناً ، فلا يخلو اما أن يكون متقوماً
أو مثلياً .

فإن كان متقوماً كالعروض والحيوان ، فإنما أن يكون المستحق وجه
الصفقة أو يكون المستحق غير وجهها .

فإن كان المستحق وجه الصفقة وجب رد البيع ولا يجوز التمسك
بالأقل ، وان كان المستحق غير وجه الصفقة تعين التمسك
بالباقي بقيته ، ورجع بحصة المستحق بالقيمة أيضاً .

وان كان البعض المستحق مثلياً فإن استحق الأقل رجع
بحصته من الثمن ، وان استحق الأكثر خیر في التمسك ، والرجوع
بحصته من الثمن أو الرد .^(١)

أما اذا كان تفريق الصفقة ناشئاً عن اجتماع حلال وحرام
كالعقد على سلعة مباحة وخمر أو خنزير أو غير ذلك .

فالصفقة غير صحيحة بالجملة وحكمها البطلان ، وقيل يصح في
الحلال بقسطه من الثمن فقط .

(١) حاشية الدسوقي ٥٤٦٩/٣

ولوباع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة ، صح البيع بينهما فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على اجازته . (١)

ثالثاً - مذهب الشافعية :

تفريق الصفقة يحصل عند الشافعية بالجمع بين شيئين يستنع الجمع بينهما .

فالجمع اما أن يكون في عقد واحد ، أو يكون في عقدين .

أ - الجمع بينهما في عقد واحد .

اما أن يكون التفريق في الابتداء ، أو يكون التفريق في الانتهاء .

القسم الأول :

التفريق في الابتداء ، وهو أنواع :

النوع الأول : أن يجمع بين شيئين يتعذرا اجتماعهما

كما لو جمع بين اختين في النكاح فالجمع باطل فيهما جميعاً .

النوع الثاني : أن يجمع بين شيئين لا يتعذر الجمع

بينهما ، وهونوعان أحدهما قابل للعقد ، والآخر غير قابل .

أولاً : القابل للعقد .

بأن يجمع بين عيسين له مختلفتي الجنس كعبد وثوب أو

متفقتي الجنس مع تفاوت القيمة كعبدين وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما .

وان كانا من جنس متفقتي القيمة كقفيزي حنطه واحدة ، وزع

الثمن عليهما باعتبار الأجزاء .

(١) القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

ثانياً : أن يكون أحد الشيعين قابلاً للعقد دون الآخر .

فغير القابل للعقد نوعان :

- ١ - متقوم كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة ، فيبطل البيع في عبد غيره وفي صحته في عبده قولان : أصحابهما يصح ووجه القول بالصحة أنه يصح العقد عليه لو أفردته فلا يتغير حكمه بضم غير ماله كما لو باع شقصاً وسيقاً فإنه يثبت له الشفعة في الشقص بلا خلاف كما لو أفردته .
ولأنه ليس له الحاق ما يقبل البيع بالآخر بأولى من عكسه .

٢ - أن لا يكون متقوماً - وهو نوعان :

- أ - يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع حراً وعبدًا ، فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقاً ، وفيه طريقتان أصحابهما الصحة .
ب - أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع خلاً وخمراً أصحابهما الصحة . (١)

القسم الثاني : أن يقع التفريق في الانتهاء . وهو ضربان :

- ١ - أن يكون التفريق من غير اختيار كما لو اشترى عبيدين ثم قبل قبضهما تلف أحدهما .

فإن العقد يفسخ في التالف ، وهل يفسخ في غير التالف ؟

طريقتان :

- أحدهما : أنه على القولين فيما لوجع بين عبد وحر .
وأصحابهما : القطع بعدم الانفساخ ، لأن الانفساخ طراً بعد

(١) فتح المبرين ~ ٢٣٣-٢٣٦ ، المجموع ٩ / ٣٨١ ، ٣٨٢ .

العقد فلا يتأثر به الآخر كما لو نكح أجنبيتين دفعة واحدة ، ثم ارتفع نكاح احدهما برده أو رضاع لا يرتفع نكاح الأخرى .

وعلى القول بعدم الانفساخ فهل يترك الفسخ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم وترد قيمته ، والثاني : لا وعليه حصته من الثمن .

٢ - أن يكون التفريق اختيارياً ، كما لو اشترى

عبدین صفقة واحدة ثم وجد بأحدهما عيباً فهل له رد المعيب فقط؟ على

قولين مبنيين على جواز تفريق الصفقة فيما إذا قيل بالجواز في بيع أحد

أفراد الصفقة ، وقياس البناء أن يكون القول بالجواز أظهر كما قال الرافعي ،

ولكن صح الكثير بالمنع من التفريق واحتجوا له : بأن الصفقة وقعت

مجتمعة ولا ضرورة إلى تفريقها فلا تفرق . (١)

ومتى حكم بالصحة فللمشتري الخيار إذا لم يستلم جميع المعقود عليه ،

فإن اختار الاجازة فله أخذ الباقي بقسطه من الثمن على أصح القولين . (٢)

رابعا - مذهب الحنابلة :

يحصل تفريق الصفقة عند الحنابلة بالجمع بين شيئين يتعذر

الجمع بينهما ، وللجمع ثلاث صور :

(١) فتح العرين شرح الوجيز ٨ / ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) الوجيز ١ / ١٤٠ ولقد أفاض الرافعي عند شرحه لكلام صاحب

الوجيز افاضة نفيسه جامعة ، وانما اعرضت عنها مراعاة للاختصار

انظر فتح العرين بهامش المجموع ٨ / ٢٥٤ .

الصورة الأولى :

* أن يبيع معلوماً ومجهولاً كقوله : بعثك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافاً لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط *.

الصورة الثانية :

أن يكون البيعان ما ينقسم الثمن عليهما بالافراد كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقديزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما. (١) ففي صحتها وجهان :

الوجه الأول : لا يصح ، لما يلي :

١ - أن الصفقة قد جمعت بين حلال وحرام ، ومتى اجتمعا غلب

الحرام الحلال .

٢ - أن الصفقة هنا لا يمكن الحكم بصحتها في كل البيع ، وإذا لم

يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه تبطل كما لو جمع

بين أختين في نكاح أو باع درهماً بدرهمين * . (٢)

الوجه الثاني : يصح فيما يملك بقسطه من الثمن ولا يصح في

ملك غيره (٣) لما يلي :

(١) المغني والشرح الكبير ٢٩١ / ٤ . كشف القناع ١٧٧ / ٣ شرح منتهى الإرادات ١٥٣ / ٢

(٢) المغني ومعه الشرح الكبير ٢٩١ / ٤

(٣) المرجع السابق : شرح منتهى الإرادات ١٥٣ / ٢

- ١ - أن الحكم يختلف بينهما عند انفراد كل منهما ، فإذا اجتمعا بقي كل واحد منهما على حكمه السابق كما لو كان المبيع شقصاً وسيقاً .
- ٢ - أن البيع قد وقع على ما يجوز بيعه من أهله - بالغ - عاقل - فسي محله - المال - بشرطه - الملك - فصح كما لو باعه منفرداً .
- ٣ - أن مقتضى البيع بهذه الصورة ظهور حكمه في محلين فختلف الحكم في أحد المحلين لعدم قابليته له فيصح في الآخر كما لو أشرك آدمي وبهيمة في الوصية . (١)

الصورة الثالثة :

أن يكون المبيعان معلومين ما لا ينقسم عليهما الثمن بالاجزاء كعبد وحر ، وخل وخمر ، وعبد وعبد غيره ، وعبد حاضر وآبق يبطل البيع فيما لا يصح بيعه وفي الآخر روايتان . (٢)

الأولى : لا يصح لما يلي :

- ١ - أن الثمن غير معلوم لأنه إنما يتعين بتقسيمه على القيمة وهي مجهولة فلم يصح البيع بالمجهول كما لو باعه المبيع برقمه .
 - ٢ - أن البائع لو صرح بالثمن فقال : بعتك هذه السلعة بقسطها من الثمن لم يصح فكذا إذا لم يصرح .
- الثانية : يصح لأنه متى سمى ثمناً في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه .

(١) المغني والشرح الكبير ٢٩١/٤ ، ٢٩٢ .

(٢) المغني ٢٩٢/٤ . كشاف القناع ١٧٨/٣ شرح منتهى الإرادات ١٥٤/٢ .

تفريق الصفقة والخيار :

قال ابن قدامة رحمه الله : ومتى حكنا بالصحة في تفريق الصفقة
وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وإن لم
يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فإن أنه لا يملك إلا نصفه
أو عبيدين فتبين أنه لا يملك إلا أحدهما فله الخيار بين الفسخ والاستاك
لأن الصفقة تبعضت عليه .

وأما البائع فلا خيار له لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه
بقسطه . (١)

(١) المغني مع الشرح الكبير ٤ / ٢٩١ ، ٢٩٢ .

المبحث الرابع

في الفسخ بسبب الرجوع في الهبة

وفيه مدخل وفروع :

- | | |
|--------------|-----------------------------------------------------|
| مدخل | : لخلاف العلماء في الرجوع في الهبة . |
| الفرع الأول | : في خلاف العلماء في رجوع الأب في هبته لولده . |
| الفرع الثاني | : في شروط الرجوع في الهبة لدى الجمهور ، |
| الفرع الثالث | : في خلاف العلماء في رجوع الأم في هبتها لولدها . |
| الفرع الرابع | : في خلاف العلماء في الرجوع في الهبة للأجنبي . |
| الفرع الخامس | : في صوافع الرجوع في الهبة للأجنبي عند من يقول به . |
| الفرع السادس | : في خلاف العلماء في رجوع الزوجة في هبتها لزوجها . |

مدخل : لخلاف العلماء في الرجوع في الهبة :

لا خلاف بين الفقهاء في امتناع الرجوع فيما وهبه الواهب
لذى رحمه المحرم غير الوالد فيما وهبه لولده ، ولا خلاف - أيضا -
في أنه لا رجوع فيما وهبه الزوج لامرأته (١)

واختلفوا فيما عدا ذلك وانحصر خلافهم في أمور ثلاثة :

- ١ - رجوع الأب في هبته لابنه .
- ٢ - رجوع الواهب في هبته للأجنبي .
- ٣ - رجوع الزوجة في هبتها لزوجها .

وقبل ذكر خلاف العلماء في هذه المسائل أشير إلى الأصل المستند
إليه هذا الخلاف بحسب ما يفهم مما أورده صاحب البدائع في كتابه
فأقول :

أصل الخلاف في تلك المسائل أنهم مختلفون فيما بينهم في عقد
الهبة ، هل الأصل فيه اللزوم فلا يرتفع لزومه إلا بمقتضى لرفعه أو الأصل
فيه أنه غير لازم ولا يلزم إلا بأسباب عارضة ؟

فالأول قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ،
وبناءً عليه فهم يضيقون مجال فسخ الهبة ، ولا يجوزونه إلا فيما أثبت النص
ولا يعدونه إلى غيره محافظة على أصل الهبة ، وهو اللزوم .

والثاني قال به الحنفية وبذلك فهم يتوسعون في فسخ

(١) المغني والشرح الكبير ٢٩٧/٦ .

الهيئة ولا يجعلون السبب في فسخها النص فقط بل يمدون النص الى كل معنى يقتضيه ، منشئين ضابطاً في ذلك يستندون عليه للقول بفسخ الهيئة ، وكل ما وافق ذلك الضابط قالوا بأنه يفسخ الهيئة ، وكل ما خالفه منعه ، ولا يرون لزومه الا بأسباب وموانع عارضة اذا عرضت له نقلته من حيز عدم اللزوم إلى حيز اللزوم .

فهم يقولون : ان الفسخ في الهيئة أو الرجوع فيها مرجعه ، الى خلل في ذات العقد كالخلل الحاصل بالعيب في البيع ، ومحافظة منهم على هذا الضابط لم يقولوا برجوع الأب في هيئة لابنه لعدم تحقق الخلل في العقد - وان ورد النص به - ويدخلون في ذلك الضابط ما يمكن ادخاله فيه ، فيثبتون الرجوع في الهيئة للأجنبي ، ولا يرون عدم الرجوع فيها الا بطر وموانع من الموانع الآتي بيانها .^(١)

وبعد ذكر منشأ الخلاف في هذه الأمور على سبيل الاجمال ، أعود لتفصيل أحكام كل أمر منها على حدة .

(١) بدائع الصنائع ١٢٢/٦ .

الفرع الأول

خلاف العلماء في رجوع الأب في هبته لولده

اختلف الفقهاء فيما اذا وهب الأب لابنه شيئاً - سواء أكان الابن صغيراً أم كبيراً ، ذكراً أم أنثى غنياً أم فقيراً - على قولين :
وقبل ذكرهما أحب أن أشير إلى سبب اختلافهم في هذه
السألة على سبيل الخصوص .

فالذي يظهر أن منشأ اختلافهم فيها هو اختلافهم في القاعدة
الأصولية المشهورة هل الاستثناء من النفي يكون اثباتاً ، أو نفياً ؟

فمن قال إنه اثبات ، وهم جمهور المالكية والشافعية والحنابلة

قال للأب حق الرجوع وحمل الحديث على تلك القاعدة .

ومن قال انه نفي وهم الحنفية ، قال لا حق للأب في

الرجوع وحمل الحديث على تلك القاعدة .

هذا هو سبب اختلافهم هنا ، وفيما يلي أقوالهم :

القول الأول :

للأب حق الرجوع فيما وهبه لابنه ، وهو قول الأوزاعي وإسحق

وابي ثور^(١) وعليه نصوص المالكية والشافعية والحنابلة ، فعند المالكية يقول الشيخ أحمد الدردير رحمه الله : " وجاز للاب فقط اعتصارها أى الهبة أى أخذها من ولده قهراً عنه بلا عوض مطلقاً ذكراً أم أنثى صغيراً أو كبيراً فقيراً أو غنياً ، سفيهاً أو رشيداً حازها الولد أو لا ."^(٢)

وعند الشافعية يقول الامام النووي رحمه الله في كتابه المنهاج : " وللاب الرجوع في هبة ولده ، وكذا سائر الأصول على المشهور ."^(٣)

وعند الحنابلة يقول ابن قدامة رحمه الله في المقنع : ولا يجوز لو اهب أن يرجع في هبته الا الاب ."^(٤)

وعند الظاهرية يقول ابن حزم رحمه الله - ومن وهب هبة صحيحة لم يجز له الرجوع فيها أصلاً" مذ يلفظ بها الا الوالد والام فيما أعطيا أو أحدهما لولدهما فلهما الرجوع فيه أبداً الصغير والكبير سواء ."^(٥)

واستدلوا بالسنة :

١ - ما روى النعمان بن بشير أنه قال : إن أباه بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نحلته ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال : لا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارجعه ."^(٦)

- | | |
|-----|-------------------------------------------------|
| (١) | المغني والشرح الكبير ٦/ ٢٢٠ . |
| (٢) | الشرح الصغير ٢/ ٣١٧ . |
| (٣) | منهاج الطالبين ص ٨٣ . |
| (٤) | المقنع ص ١٦٥ . |
| (٥) | المحلى ٩/ ١٢٧ . |
| (٦) | صحيح البخارى ٣/ ١٣٤ صحيح مسلم ٥/ ٦٥ واللفظ له . |

قال الامام الباقي رحمه الله - : * فوجه الدليل من ذلك أنه قد كان وهب لابنه الغلام ثم أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالارتجاع ، ولولم يكن الارتجاع بهبته منه جائزاً لما أمره بذلك * . (١)

٢ - ما رواه طاووس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال * ليس لأحد أن يعطي عطية فيزعم فيها الا الوالد فيما يعطي ولده * . (٢)

ووجه الدلالة من الحديث :

تظهر في استثناءه صلى الله عليه وسلم الوالد من عموم النفي ، والاستثناء من النفي اثبات ، فيكون المعنى أنه لا يجوز الرجوع في الهبة أصلاً إلا الوالد فإنه يجوز له الرجوع .

القول الثاني :

(٣) ليس للوالد الرجوع في هبته لابنه ، وهو قول الثوري والعنبري ، وعليه نصوص الحنفية ، وهو رواية عند الحنابلة .

يقول السرخسي رحمه الله : * اذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه عندنا * . (٤)

(١) المنتقى ١١٦/٦

(٢) سنن أبي داود ٢٩١/٣ ، سنن الترمذي ٥٨٣/٣ ، سنن ابن ماجه

٥٧٩٥/٢

(٣) المغني والشرح الكبير ٢٧٠/٦ ، ٢٧١

(٤) المبسوط ٥٤/١٢ ، ٥٥

واستدلوا : بالسنة ، والقياس ، والمعقول .

١ - السنة :

أ - قوله صلى الله عليه وسلم " العائد في هبته كالعائد في قبته " . (١)

ووجه الدلالة من الحديث :

أنه صلى الله عليه وسلم شبه العائد في هبته بالكلب اذا استقاء ثم عاد اليه ، والقيء يحرم الرجوع فيه فكذا الهبة ، وإلا لم يكن للتشبيه فائدة .

ب - وبما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : " من وهب هبة لصله رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب ^{الشواب} يرى أنه انما يراد به / فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض . (٢)

٢ - القياس :

قاسوا امتناع رجوع الأب فيما وهب لابنه على امتناع رجوع الابن فيما وهب لأبيه أو على امتناع الرجوع في هبة الأخ لأخيه .

فقالوا : ولأن الهبة قد تهت لذي الرحم المحرم ملكاً وعقداً فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لأبيه أو الأخ لأخيه . (٣)

صحيح

(١) / البخارى ٣ / ١٣٤ / مسلم ٥ / ٦٤٠

صحيح

(٢) شرح معاني الآثار ٤ / ٨١ ، ٨٢ ، سنن البيهقي ٦ / ١٨١ ، ١٨٢

(٣) المبسوط ١٢ / ٥٥٠ وقال عنه في ارواء الغليل ٦ / ٥٥

صحيح موقوف .

٣ - المعقول :

قالوا في رجوع الأب في هبته لولده معنى قطيعة الرحم
لأن الأب برجوعه فيما وهب لابنه يكون حاملاً له على عقوقه ، والأصل في
الأب أن يحمل ابنه على بره به لا على عقوقه له لكونه مأموراً بأمره
بالبره (١).

*

مناقشة الأدلة

أولاً - مناقشة أدلة المثبتين لرجوع الأب بما وهب لولده .

ناقش المانعون للأب من رجوعه فيما وهب لولده أدلة المثبتين

للرجوع له بما يلي :

فناقشوا استدلالهم بحديث النعمان بن بشير بأنه لم ينقل
في شيء من كتب الحديث المشهورة أن النعمان لم يكن بالغاً ، وما نقل
من أنه كان ابن سبع سنين أو كان يحمله أبوه على عاتقه فوروده في غير
المشاهير ، وعلى ذلك فيحتمل أنه كان بالغاً ، ولم يسلم إليه الموهوب ،
وما دام لم يقبض الموهوب فله الرجوع ، وهو ما نقول به .

ويحتمل - أيضاً - أن الموهوب له كان صغيراً حال الهبة ، ففوض

أبوه حق الهبة له إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ليهبه له إذا رآها
صلى الله عليه وسلم صحيحه ، وذلك يكون المعنى في قوله صلى الله
عليه وسلم أرده أي امسك عليك مالك وارجع لرحلك .

وقيل إن فعله كان على سبيل الوصية لا على سبيل الهبة ، بدليل اعتبار التسوية بين الأولاد والتسوية لا تكون إلا في الوصية ، وبدليل قول النعمان بن بشير فرجع أبي في وصيته .^(١)

وناقشوا استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث :
 " ... الا الوالد " بأن " الا " هنا بمعنى " الواو " فيكون المعنى
 " ليس لأحد ... ولا الوالد " . وورود " الا " بمعنى الواو واقع
 ومستساغ ، فقد ورد ذلك في القرآن الكريم في مواضع ، منها قوله تعالى
 * الا الذين ظلموا منهم ... * الآية ، أى : إلا الذين ظلموا^(٢)
 منهم ، وقوله تعالى * وما كان لمو من أن يقتل مو منا الا خطأ ... * الآية^(٣)
 أى ولا خطأ .^(٤)

أو أن المراد بقوله صلى الله عليه وسلم : " الا الوالد " فانه
 يجوز له أن ينفرد بأخذ قدر حاجته من مال ابنه اذا كان فقيراً ، وانما
 سمي ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر ، وان لم يكن كذلك حكماً .^(٥)

*

ثانياً - مناقشة أدلة المانعين :

ناقش المشتون لحق الرجوع للأب فيما وهب لولده أدلة

المانعين له بما يلي :

- (١) المبسوط ٥٥/١٢ ، ٥٦ ،
- (٢) سورة البقرة آية رقم ١٥٠ .
- (٣) سورة النساء آية رقم ٩٢ .
- (٤) المبسوط ٥٥/١٢ .
- (٥) المرجع السابق .

- ١ - أن حديث " العائد في هبته كالعائد في قبته " عام ، وحديث " ليس لأحد أن يرجع في هبته إلا الوالد " خاص ، فيبينون^(٢) العام على الخاص .^(٣)
- ٢ - أن الأثر المروى عن عمر أعم من الدعوى ، فالدعوى رجوع الأب في هبته والأثر يدل على رجوع الأب وغيره ، فلم يفرق رضي الله عنه بين رحم محرمة أو غير محرمة وهم يفرقون .
- ٣ - أما استدلالهم بالقياس فلا وجهة له مع وجود النص .

(١) سبق تخريجه ص ٣٧٥ .

(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .

(٣) المغنى ومعه الشرح الكبير ٢٧٢/٦ .

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء مع أدلتها ، وتوضيح مناقشة كل فريق لهقابلة يتضح لي أن الراجح ما ذهب اليه الجمهور من جواز رجوع الأب فيما وهب لولده لقوة ما استدلوا به ، وخاصة حديث " ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع .. إلا الوالد " (١) فهو نص صريح في المسألة لا يحتمل التأويل ، أما أدلة المخالفين فهي أدلة عامة ، وهذا خاص فيحمل العام على الخاص .

والمتبع لنصوص الشرع يلحظ أنها حثت بل أوجبت على الأبناء الطاعة للأب (٢) وأصل هذا المبدأ ، وقررت في غير موضع ، قال تعالى : ﴿ ولا تقل لهما أف ... ﴾ الآية (٣) ، وإذا قلنا برجوع الأب في ماله الموهوب لولده لم نخرج عن هذا المبدأ العظيم لا سيما أن النص الثابت به الرجوع للأب يوافق هذا المبدأ ، وفي منع الرجوع مخالفة لهذا المبدأ لا سيما أنه لم يرد بتلك المخالفة نص صريح يقررها ، وكل ما ورد في ذلك قول عمر : من وهب هبة أراد بها صلة رحم .. الخ الاثر (٣) ، وصلة الرحم تشمل الأب وغيره ، فيحمل قول عمر على امتناع الرجوع لغير الأب بقرينة الحديث ، ولو فرض أن المراد بقول عمر الأب وغيره فهو قول لعمر لا يعارض به نص الحديث لاحتمال أنه لم يبلغه .

(١) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .

(٢) سورة الاسراء آية ٣٣ .

(٣) سبق تخريجه ص ٣٧٥ .

ومن المعلوم أن الشرع قد أباح للاب أخذ ما يشاء من مال
ابنه بل قررت النصوص الشرعية أن الابن وماله لأبيه ، فإذا جاز
للأب أن يأخذ من مال ابنه الخاص به ما يشاء جاز له أن يأخذ
ماله الموهوب لولده من باب أولى - والله أعلم - .

الفرع الثاني

شروط الرجوع في الهبة لدى الجمهور

عرفنا فيما سبق أن الجمهور من المالكية والشافعية والظاهرية يقولون بجواز رجوع الأُب في هبته لابنه استناداً إلى النص الوارد بذلك فهل القول بجواز الرجوع مطلقاً أو له شروط إذا توفرت ثبت حق الرجوع له ، وإذا انتفت أو شي منها انتفى حقه في الرجوع ؟

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بجواز الرجوع للأُب فيما وهبه لولده في أن هناك شروطاً لثبوت حق الفسخ له ، وإنما الخلاف بينهم في كيفية إيراد تلك الشروط ، وهذه الشروط هي :

١ - أن لا يزول ملك الموهوب له عن الهبة .

فإن زال ملك الولد عنها بأن باع الموهوب له أو وقفه أو وهبه ونحو ذلك امتنع حقه في الرجوع ^(١) لأن فعله هذا أبطـال لملكه . ^(٢)

٢ - أن لا يزول تصرف الموهوب له عن الهبة . ^(٣)

وزوال تصرفه يمكن تقسيمه إلى قسمين :

(١) حاشية الدسوقي ١١١/٤ ، مغني المحتاج ٤٠٢/٤ ، كشف

القناع ٣١٣/٤

(٢) المغني والشرح الكبير ٢٢٤/٤

(٣) القوانين الفقهية ص ٣١٥ حيث قال : إنما يجوز الاعتصار - يعني

الرجوع - بخمسة شروط وأن لا يحدث الموهوب له فيها حدثاً .

مغني المحتاج ٤٠٢/٢ ، المغني والشرح الكبير ٢٧٥/٤

- أ - زوال كلي كالحجر على الولد لمصلحة الدائنين فيتعلق حقهم بالهبة .
- ب - زوال جزئي كرهنه للموهوب له .
- وفي كلا الحالتين وشبههما يمتنع الرجوع * لأن في ذلك إبطال لحق غير الوالد * (١)
- ٣ - أن لا تتغير الهبة عن حالها .
- فإن تغيرت ، فاما أن تتغير بالزيادة أو بالنقصان .
- أولاً - تغيرها بالزيادة :
- والزيادة إما أن تكون متصلة أو منفصلة .
- فالمنفصلة كسمن الحيوان وكبره وتعلم صنعة ونحو ذلك تمنع الرجوع في رواية عند الحنابلة ، وهي مقتضى كلام المالكية (٢) .
- واستدلوا بدليلين من القياس :
- أولهما : قاسوا الزيادة المتصلة على الزيادة المنفصلة .
- فقالوا : الزيادة المتصلة في الهبة زيادة حادثة في ملك الولد ، ولم تنتقل إليه من أبيه فلا يجوز الرجوع فيها كالمنفصلة .
- ثانيهما : قاسوا امتناع الرد بالزيادة المنفصلة على امتناع رجوع الزوج بالمهر أو بعضه لعله كونهما استرجاعا للمال بالفسخ بغير عيب في العوض .

(١) المغني ومعه الشرح الكبير ٢٧٥ .

(٢) حاشية الدسوقي ١١١/٢ ، المغني والشرح الكبير ٢٧٥/٦ .

فقالوا : الرجوع بالموهوب الزائد زيادة متصلة رجوع بالمال
بفسخ لم ينشأ عن عيب في العوض فمنع الزيادة المتصلة كالرجوع
بالمهر أو بعضه .^(١)

وقال الشافعية : لا تنع الزيادة المتصلة الرجوع في الموهوب ،
وهو رواية عند الحنابلة .^(٢)

واستدلوا بالقياس على الزيادة قبل القبض وعلى الزيادة المنفصلة
فقالوا : " الزيادة المتصلة زيادة في الموهوب فلا تنع الرجوع كالزيادة
قبل القبض ، وكالزيادة المنفصلة " .^(٣)

أما الزيادة المنفصلة كالولد والشرة فلا تنع الرجوع ، قال ابن
قدامة : بخير خلاف نعلمه .^(٤)

أما تغير المبيع بالنقصان كهزال الحيوان أو مرضه ، فقد صرح
المالكية بأنه يمنع الرجوع .^(٥)

٤ - أن تخلو الهبة عن تعلق حق الغريبها .

فإن تعلق بها رغبة لغير الولد كما لو أعطى الولد ديناً بسبب
الهبة أو زوجوه لأجلها أو تزوجت البنت بسببها امتنع الرجوع ، لأن قصد

(١) المغني والشرح الكبير ٢/٢٧٨ ، ٢٣٩٠ .

(٢) مغني المحتاج ٢/١٦١ ، المغني والشرح الكبير ٢/٢٧٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الشرح الكبير للدردير ٤/١١١ ، ١١٢ ، القوانين

الفقهية لابن جزي ص ٣١٥ حيث قال " وإن لا تتغير الهبة
عن حالها " ، فشمـل كلامه هذا التغير بالزيادة والنقصان .

الدائن والمزوج للولد ، أو المتزوج للبت تعلق بالهبة من حيث كونه لم يقدم على العمل الا من أجل الهبة فيستنع الرجوع حينئذ ، وهو قول المالكية ، والحنابلة في رواية . (١)

واستدلوا بما يلي :

١ - أن الهبة تعلق بها حق غير الولد وفي الرجوع ابطال حقه ، وهو ضرر ، والضرر مرفوع لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " . (٢)

٢ - أن في ذلك احتمال لا يقع ضرر بالمسلمين ، والتحويل لا يقع ضرر بهم غير جائز .

وللحنابلة رواية أخرى تقول بحق الرجوع للأب .

واستدلوا لها :

١ - بعموم الأحاديث الواردة بالرجوع للأب فيما وهب لولده .
٢ - أن حق الزوج أو الدين لم يتعلق بذات المال الموهوب ، فلا يمنع الرجوع به . (٣)

-
- (١) الشرح الكبير للدردير ١١١ / ٤ ، المغنى والشرح
الكبير ٢٧٥ / ٦
(٢) سنن ابن ماجه ٧٨٤ / ٢
(٣) المغنى ومعه الشرح الكبير ٢٧٨ / ٦

الفرع الثالث

خلاف العلماء في رجوع الأم في هبتها لولدها

عرفنا فيما مضى أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية يقولون بالرجوع للأب فيما وهبه لولده، وهنا نتساءل عن الأم هل لها الرجوع فيما وهبته لولدها كالأب أو أن الرجوع قاصر على الأب ولا يشمل الأم ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

للأم الرجوع في هبتها لولدها كالأب، وهو المذهب عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة هي ظاهر كلام الخرقي^(٢)، وقول الظاهرية^(٣)، ووافقهم المالكية إلا أنهم يشترطون لرجوعها في هبتها لولدها شرطين هما :

- ١ - أن يكون الولد الموهوب له كبيراً أو صغيراً ذاك الأب .
- ٢ - وأن لا تريد بهبتها ثواب الآخرة .^(٤)

- (١) روضة الطالبين ٣/٣٧٩ .
- (٢) المغني والشرح الكبير ٦/٣٠٧ .
- (٣) المحلى ٩/١٢٧ .
- (٤) حاشية الدسوقي ١١٠/٤ وقال في موضع آخر ص ١١١، وحاصل فقه المسألة أن الأم إذا وهبت لولدها فإن كان وقت الهبة كبيراً كان لها الاعتصار سواء كان للولد أب وقت الهبة أم لا، وإن كان الولد وقت الهبة صغيراً كان لها الاعتصار إن كان له أب وقت

واستد لوا بالسنة .

١ - قوله صلى الله عليه وسلم " ليس لأحد أن يعطي عطية
فيرجع فيها إلا الوالد " (١)

وجه الدلالة من الحديث :

أن الحديث استثنى الوالد من عموم النفي ، وففظ الوالد ينهى
عن المعنى الذي استحق لأجله الرجوع وهو الأبوة ، وهو مشترك بين الأم
والأب باعتبارهما سبب الولادة ، فيشتركان في الحكم لاتحاد سببه .

٢ - ما جاء في بعض روايات حديث النعمان بن بشير :
" سوا بين أولادكم " (٢)

وجه الدلالة من هذه الرواية :

أمره صلى الله عليه وسلم بالتسوية بين الأولاد بقوله " سوا
بين أولادكم " والأمر هنا يقتضي وجوب التسوية بين الأولاد ، والأمر
هنا عام لم يفرق بين رجال ونساء فيدخل فيه النساء كالرجال ، والرجوع
بالهبة سبيل إلى التسوية بل قد يتعين سبيلاً فيها كما لو لم يعط
الولد الثاني كعطاء الأول .

====
الهبة سواء كان ذلك الأب عاقلاً أو مجنوناً موسراً أو معسراً ، فان
يتم الولد الصغير بعد الهبة فهل لها الاعتصار نظراً إلى
أنه وقت الهبة غير يتم أوليس لها الاعتصار نظراً ليطه حال
الاعتصار قولان وان كان الولد الصغير حين الهبة لا أب له
فليس لها الاعتصار قولاً واحداً ولوبعد بلوغه " ص ١١١ .

(١) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .

(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٣ .

٣ - أن الأم دخلت في جزء من حديث النعمان السابق الذكر فينبغي دخولها في بقية مثل قوله صلى الله عليه وسلم فيه " فارده " وقوله " فارجه " .

٤ - أن الأم لما تساوت مع الأب في تحريم تفضيل أولادها بعضهم على بعض في العطية فينبغي أن تتساوى معه في الرجوع بهبتها للابن فيما فضله به حتى تخرج من الإثم وتزيل الضرر المحرم الحاصل بالتفضيل كالأب^(١) .

القول الثاني :

ليس للأم حق في الرجوع فيما وهبت لولدها ، وهو رواية للحنابلة نص عليها الامام أحمد رحمه الله ، قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والأم لا تأخذ^(٢) .
وهي الرواية الصحيحة في المذهب وعليها أكثر الحنابلة^(٣) .

- (١) المغني والشرح الكبير ٣٠٧/٦ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، والأثرم هو : أحمد بن هاني الطائي الأثرم الاسكافي ، أبوبكر جليل القدر حافظ امام ، كان حافظاً للحديث عارفاً به ، يعلم العلوم فلما صلب الامام أحمد ترك ذلك ، وكان شديد التيقظ حتى قيل عنه إن أحد أبوييه جنى من شدة تيقظه . طبقات الحنابلة ٦٦/١ وما بعدها .
(٣) المغني والشرح الكبير ٣٠٧/٦ .

واستدلوا لها :

بما رُوي عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا : " ان أطيّب ما أكلتم
من كسبكم وان أولادكم من كسبكم " (١).

وجه الدلالة من الحديث :

نص الحديث على أن خير المأكل وأطيّبه ما كان من كسب الرجل ،
أي من ثمرة عمله ، والولد من كسبه فله الأكل من ماله ، والرجوع
في هبته له وأن ذلك حلال لا شيء فيه بل هو بالنسبة إليه من أطيّب
الحلال ، ولم يذكر في ذلك الأم وأن ولدها من كسبها كالرجل ،
فدل ذلك على التفريق بينهما في الحكم فيفرق بينهما فيما وهبا لولدهما
فيقال بالرجوع له دونها لكون النص خاصا به .

ولما فرق الحنابلة بين الأب والأم في الهبة لولدهما فقالوا للأب
الرجوع دون الأم بينوا وجه الفرق بينهما فقالوا : " أن للأب ولا يـ
على ولده ويحوز جميع المال في الميراث والأم بخلافه " . (٢)

(١) سنن أبي داود / ٣٥٢٨ ، ٣٥٢٩ ، سنن النسائي ٢ / ٢١١
سنن الترمذی ١ / ٢٤١ ، سنن الدارمي ٢ / ٢٤٧ ، سنن ابن ماجه

٢٢٩ وغيرهم .

(٢) المغني والشرح الكبير ٦ / ٣٠٨ .

مناقشة وترجيح

ما سبق من أقوال الفقهاء يظهر لي أن الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن للأم حق الرجوع في هبتها لولدها كالأب ، ولأن الشارع الحكيم قد أوجب للأم حقوقاً على ولدها كالأب بل قدمها على الأب في بعض الحقوق كقوله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الأب حق بالصحة ، فقال للسائل : أمك ثلاثاً ولم يقل أبوك إلا في الرابعة. (١)

ولأن القول بأن للأم الرجوع في هبتها لابنها هو الموافق لمقتضى الأصول والقواعد مثل قوله تعالى ﴿ ولا تقل لهما أف ﴾ (٢) الآية ومتى امتنع الرجوع من قبل الابن فقد أصبح معرضاً للوعيد بنص القرآن الكريم.

ولأن أوامر الشرع في الأبوين إما أن ترد بالنص عليهما جميعاً وحينئذ يشملهما الحكم جميعاً أو ترد بلفظ الوالد دون الأم وهناتدخل الأم في عموم الأمر في الغالب ، وهي هنا كذلك ، ولا تخرج من عموم لفظ الأب إلا إذا دلت القرائن على إرادته دونها أو ترد أوامره بالترقة بينهما في الحكم وحينئذ يفرق بينهما فيه .

ولئن سلمنا أن لفظ الحديث لا يدل عليها هنا ، فهو يدل عليها بطريق القياس ، أما العلة فهي ظهور المناسبة حيث إن المعنى الذي شرع له الرجوع للأب ، وهو كون الأب سبب ولادة الابن متحقق في الأم فيشتركان في الحكم لاشتراكهما في اتحاد السبب ، كما أشرت لذلك فسي معرض توجيه دلالة الحديث .

(١) صحيح مسلم ٢/٨ .

(٢) سورة الاسراء آية رقم ٢٣ .

الفرع الرابع

خلاف الفقهاء في الرجوع في الهبة للأجنبي

إذا وهب شخص لآخر هبة وكان الموهوب له أجنبياً عن الواهب فهل يجوز للواهب الرجوع فيما وهب ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين ، وقبل بيانهما بأدلتهم أشار إلى المراد بالأجنبي هنا .

قال صاحب العناية : والمراد بالأجنبي هنا من لم يكن ذارحاً منه - أي الواهب - فخرج منه من كان ذارحاً وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي^(١) .

وبعد أن عرفنا المراد بالأجنبي - موطن الخلاف - أعود لبيان أقوال الفقهاء في حكم الرجوع في الهبة له .

القول الأول :

ليس للواهب حق الرجوع فيما وهب للأجنبي ، وهو قول أبي ثور^(٢) وعليه نصوص المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية .

فعند المالكية في المدونة : قلت هل يجوز لأحد من الناس أن يعتصر هبته في قول مالك جد وجدة أو خال أو خالة أو عم أوعمة أو غيرهم أيجوز لهم أن يعتصروا؟ قال : لا أعرف الاعتصار يجوز في

(١) العناية ٣٩/٩ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٢٩٥/٦ .

(١)

قول مالك لا أحد من الناس إلا والدًا أو ولده ولا أرى ذلك لأحد غيرهما .

وعند الشافعية يقول النووي في المنهاج : ولأب الرجوع في هبة

ولده ، وكذا سائر الأصول على المشهور .

وقال في موضع آخر : ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيدة بنفي

الثواب . (٢)

وعند الحنابلة يقول ابن قدامة في المقنع : ولا يجوز لواهب

أن يرجع في هبته إلا الأب . (٣)

وعند الظاهرية يقول ابن حزم في المحلى - ومن وهب هبة صحيحة

لم يجزله الرجوع فيها أصلاً منذ يلفظ بها إلا الوالد والأم فيما أعطيا

أو أحدهما لولدهما فلهما الرجوع فيه أبداً . (٤)

واستدلوا بما يلي :

١ - الكتاب :

(٥)

أ - قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ الآية

ووجه الاستدلال من الآية :

ان الله سبحانه وتعالى أمرنا بالوفاء بالعقود ، وأمر يقتضي الوجوب

حيث لا قرينة صارفة له عنه ، ولا قرينة هناك تصرفه عن الوجوب ، والهببة

عقد فيجب الوفاء بها بنص الآية .

(١) المدونة ١٣٧/٦ .

(٢) المنهاج ص ٨٢ .

(٣) المقنع ص ١٦٥ .

(٤) المحلى ١٢٧/٩ .

(٥) سورة المائدة آية ١ .

ب - قوله تعالى ﴿ ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ (١)

ووجه الدلالة من الآية :

ان الله سبحانه وتعالى نهانا عن ابطال أعمالنا والقول برجوع
الواهب للأجنبي في هبته يصدق عليه أنه يبطال لعمل ثم يبين العاقدین
فهو منهي عنه بنص الآية .

٢ - السنة :

العمومات السابقة الناهية عن الرجوع في الهبة مثل قوله صلى الله
عليه وسلم " العائد في هبته كالعائد في قيئه " . (٢)

وحديث « ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع عنها الا الوالد
فيما وهب لولده » حيث قصر الرجوع على الوالد فيسبق ما عداه على
حكم النفي " . (٣)

٣ - القياس :

قاسوا امتناع الرجوع بالهبة للأجنبي على امتناع الرجوع بالهبة
لذی الرحم المحرم .

فقالوا : لأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته
كذي الرحم المحرم . (٤)

- (١) سورة محمد آية رقم ٣٣ .
- (٢) سبق تخريجه ص ٣٧٥ .
- (٣) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .
- (٤) المغني والشرح الكبير ٢٩٦/٦ .

القول الثاني :

للواهب للأجنبي حق الرجوع فيما وهب ، وهو قول النخعي
والشوري واسحاق ^(١) وعليه نصوص الحنفية .

يقول المرغيناني : وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها . ^(٢)
واستدلوا بالكتاب ، والسنة ، واجماع الصحابة ، والمعقول .

١ - الكتاب :

قوله تعالى * وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو
ردوها * ^(٣)

وجه الدلالة من الآية :

أن التحية ترد ويراد بها جملة معان منها : السلام ،
والثناء ، والهبة ، ولفظ التحية مشترك ، والمشارك لا يترجح أحدهما
الابدليل ، وقد دل الدليل على أن المراد بالتحية هنا الهبة بقرينة
قوله تعالى في نفس الآية * أو ردوها * لأن الرد لا يتحقق الا
في الاعيان دون الأعراس ، وإذا قلنا إن الاعادة لا تكون الا في الاعيان
تعين حمل المشترك هنا على الهبة . ^(٤)

٢ - السنة :

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم " الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها " ^(٥) أي يحوز .

(١) المغني والشرح الكبير ٢٩٦/٦ .

(٢) الهداية ٢٢٢/٣ .

(٣) سورة النساء آية ٨٦ .

(٤) البدائع ١٢٨/٦ المبسوط ٥٣/١٢ .

(٥) سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ سنن الدارقطني ٤٤/٣ سنن البيهقي ١٨١/٦ .

قال الالباني في ارواء الغليل ٥٩/٦ ضعيف والصواب فيه انه موقوف
على عمر رضي الله عنه .

ووجه الدلالة من الحديث :

أنه صلى الله عليه وسلم لما جعل الواهب أحق بالرجوع في هبته
ما لم يشب منها أى يعوض دل ذلك على أنها تفسخ بغوات المقصود
منها ، والهبة للأجنبي يقصد بها الواهب مصلحة ما فعند فوتها
يتخير .

٣ - اجماع الصحابة :

قال في البدائع : واما اجماع الصحابة فإنه رُوي عن سيدنا عمر
وعن سيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد
وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبننا ، ولم يرد عن غيرهم خلافهم
فكان اجماعاً . (١)

٤ - المعقول :

أن الهبة للأجنبي قد يقصد بها الواهب المكافأة والعوض
عرفاً وعادة ، وقد يقصد بها البر بالموهوب له والاحسان اليه ، وقد يتخلف
المقصود منها ، وتختلف المقصود من عقد يحتل الفسخ كالهبة يرفع
لزومه فيحق للعاقد فسخه كما يحق للمشتري فسخ البيع بالعيب
الحادث عند البائع . (٢)

(١) بدائع الصنائع ١٢٨/٦

(٢) المرجع السابق المبسوط ٥٣/١٢ ، ٥٤ ،

مناقشة وترجيح

بالنظر والتأمل في أدلة الفريقين القائلين بالرجوع في الهبة للأجنبي ، والمانعين لها يظهر لي أن الراجع ما قال به جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية لقوة ما استدلوا به ، فالأحاديث المستدل بها لهم - وإن كانت عامة - إلا أنها صريحة في النهي عن الرجوع في الهبة فيدخل في عموم النفي الهبة للأجنبي لعدم وجود نص صريح لإخراجها ، لا يقال إن هذا العموم يعارضه حديث "الواهب أحق بهبته ما لم يشب عنها" ^(١) لأن أحاديث الجمهور أصح ثبوتاً من هذا الحديث كحديث "العائد في هبته كالعائد في قبته" ^(٢) أخرجه الشيخان وغيرهما .

وأيضاً فإن دليل المخالفين - أعني الحديث السابق - لم يفرق بين ما كان هبة لذي الرحم المحرم ، وما كان هبة لذي الرحم الذي ليس بمحرم فمن أين لهم هذا التفريق ؟ وبذلك فالحديث لا يطابق الدعوى .

أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿ فحيوا بأحسن منها ﴾ ، وقولهم إن المراد بالتحية في الآية الهبة ، فغير مسلم ، بل المراد بالتحية هنا السلام القولي المعروف وهو الذي يوافق نظم القرآن الكريم ، وعليه المفسرون ، والدليل على عدم إرادة الهبة قوله تعالى في الآية نفسها ﴿ فحيوا بأحسن منها أو ردوها ﴾ ، فإن مقتضى الآية أنه يجوز رد أحسن من الموهوب مطلقاً وبناءً عليه ، فإنه يجوز رد الهبة مع زيادتها سواء كانت زيادة متصلة أو منفصلة ، ولا قائل بذلك ، فلما علم أن زيادة

(١) سبق تخريجه ص ٣٩٣ .

(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٥ .

(٣) سورة النساء آية رقم ٨٦ .

الهيئة تمنع الرد للهيئة دل ذلك على عدم ارادتها في الآية.

وايضا فانه لو كان المراد بالتحية الهيئة لوجب على الموهوب له رد بدل الهيئة لمقتضى الأمر الوارد في الآية ، وذلك تخرج الهيئة عن كونها عقد تبرع في الجملة وهذا لا قائل به أيضا .

ولئن سلمنا أن المراد بالآية الهيئة - وهو بعيد - لكانت عامة في الرد لا فرق فيها بين الأجنبي وغيره ، فتبقى التفرقة بحاجة الودليل .

أما استدلالهم بإجماع الصحابة فلا نسلم لهم عدم المخالف ، فقد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه .

أما استدلالهم بالمعقول فلا قيام له مع النص .

وأیضا فإنه لا تلازم بين الهيئة وإرادة العوض أو المكافأة ، فإن الشخص قد يهب لآخر مع القطع بعدم المكافأة والعوض .

الفرع الخامس

موانع الرجوع في الهبة للأجنبي عند من يقول به

قلنا إن الحنفية يقولون إن الهبة عقد غير لازم ، وإنما تلزم بأسباب عارضة فما هي تلك الأسباب أو الموانع التي إذا عرضت للهبة نقلتها من حيث عدم اللزوم إلى حيث اللزوم؟

١ - هلاك الهبة :

إذا هلكت الهبة بأي سبب من أسباب الهلاك امتنع الرجوع للواهب قال الكسائي : لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنها ليست موهوبة لانعدام ورود العقد عليها .^(١)

٢ - خروج الهبة عن ملك الموهوب له :

فإذا خرجت الهبة من ملك الأجنبي بنحو بيع أو هبة فإن خروجها عن ملكه مانع للواهب من الرجوع فيها . لأن الخروج حصل نتيجة لتسليط الواهب الموهوب له على ملكه بالهبة فلا يجوز له نقضه بعد ذلك .

ولأنه بخروج الهبة عن ملك الموهوب له تجدد ملك فيها لغيره ، والملك يتجدد بتجدد سببه .^(٢)

٣ - موت أحد العاقلين :

سواء كان الميت هو الموهوب له أو الواهب فإنه يمنع الرد

(١) البدائع ١٢٨/٦

(٢) الهداية ٢٢٨/٣

"لأنه يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته - يعني في الحكم - وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ان هو ما أوجبه . (١)

٤ - زيادة الموهوب زيادة متصلة :

فإذا زاد الموهوب زيادة متصلة امتنع الرد سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له كصبغه للشوب الموهوب أو ببناءه على الأرض الموهوبة أو غير فعله كسمن الجارية الموهوبة له ، وسواء في ذلك أيضا - أكانت الزيادة متولدة من الأصل كالثمرة أو غير متولدة كتعلم صنعة .

وانما امتنع الرد بالزيادة المتصلة " لأن الزيادة ليست بموهوبة ان لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا (٢) .
أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع أصلا سواء أكانت زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد أو غير متولدة منه كالكسب .

قال في البدائع - لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ ، وانما ورد على الأصل ، ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة . (٣)

٥ - العوض عن الهبة :

أ - لقوله صلى الله عليه وسلم : الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها . (٤)

(١) الهداية ٢٢٨/٣ .

(٢) البدائع ١٢٩/٦ .

(٣) المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٤) سبق تخريجه ص ٣٩٣ .

أى يعوض .

ب - أن أخذ العوض من الموهوب له دليل على أن مقصود الواهب من الهبة هو العوض ، فإذا عوض فقد حصل على مقصوده .
(١)

٦ - ما يجرى مجرى العوض :

وهو ثلاثة أنواع :

أ - صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى الرحم المحرم لقوله صلى الله عليه وسلم " الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها " أى يعوض .

ووجه الدلالة من الحديث :

ما قاله الكسائي : صلة الرحم عوض معنى لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فدخل تحت النص .
(٢)

ب - الزوجية : وإنما امتنع الرجوع في هبة أحد الزوجين للآخر هو أن صلة الزوجية كصلة القرابة الكاملة لتعلق التوارث بها دائما وامتناع حجب الحرمان بها ، والقرابة الكاملة تمنع الرجوع فكذا ما يماثلها .

ج - قصد الثواب : فلا رجوع في الهبة للفقير بعد القبض لأن قصد الثواب بمنزلة الصدقة والصدقة لا رجوع فيها بعد القبض .
(٣)

(١) البدائع ١٢٨/٦

(٢) المرجع السابق ص ١٣٢

(٣) المرجع السابق ص ١٣٣

الفرع السادس

خلاف العلماء في رجوع الزوجة في هبتها لزوجها

اختلف الفقهاء في الزوجة هل لها حق الرجوع فيما وهبت لزوجها
أوليس لها ذلك ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

لا رجوع لها فيما وهبت لزوجها ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ،
والنخعي ، وربيعه والثوري وعطاء وقتادة وأبي ثور ^(١) وأبي حنيفة ^(٢)
وهو مقتضى كلام المالكية والشافعية ورواية عن الامام أحمد ^(٣) هي ظاهر
كلام الخراقي ، واختيار أبي بكر منهم . ^(٤)

واستدلوا بالكتاب والسنة .

١ - الكتاب :

أ - قوله تعالى * الا أن يعفوا الذي بيده عقدة
النكاح * ^(٥)

- (١) المغني والشرح الكبير ٢٩٧/٦ .
- (٢) الهداية ٢٢٨/٣ .
- (٣) الشرح الصغير ٣١٧/٢ حيث قال : وجاز
للأب فقط لا الجد . اعتصموا بها أي الهبة أي أخذها ، وهذا
يدل بمفهومه أنها لا تجوز لغير الأب . وانظر المدونة ١٣٩/٦
روضة الطالبين ٣٧٩/٥ المغني والشرح الكبير ٢٩٧/٦ .
- (٤) المرجع السابق .
- (٥) البقرة آية ٢٣٧ .

ولعل وجه الدلالة من الآية هو :

أن الله سبحانه وتعالى قد أوجب للمرأة نصف المهر اذا طلقها الزوج قبل الدخول ولا يسقط ذلك الا باسقاطها له صراحة ، فإذا أسقطته سقط ، فكذا اذا وهبت لزوجها مهرها مثلاً فقد سقط حقها فيه ولا تملك الرجوع فيه لأن هبتها له بمنزلة الاسقاط .

ب - قوله تعالى ﴿ فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ (١)

ووجه الدلالة من الآية :

فيها أمر الله سبحانه وتعالى بإعطاء النساء مهورهن ثم بيانه بعد ذلك بأنهن ان تنازلن عن حقوقهن بطيب نفس منهن جاز الأكل منها ولا حرج على الأكل ، والآية وان كانت في المهور إلا أن سبيلها العموم ، والهبة تدخل في هذا العموم لأنه يصدق عليها أنها أعطيت بطيب نفس فلا رجوع فيها بمقتضى الآية .

٢ - السنة :

عموم الأحاديث المتقدمة الناهية عن الرجوع في الهبة مثل قوله صلى الله عليه وسلم : " العائد في هبته كالعائد في قيئه " (٢) وقوله صلى الله عليه وسلم : " ليس لأحد الرجوع في هبته الا الوالد " (٣)

٣ - المعقول :

قال الكاساني رحمه الله : " فلا يرجع كل واحد من الزوجين

(١) سورة النساء آية رقم ٤ .

(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٥ .

(٣) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .

فيما وهبه لصاحبه لأن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها . (١)

القول الثاني :

للزوجة الرجوع فيما وهبته لزوجها ، وهو قول شريح والشعبي ورواية عن الامام أحمد (٢) قال الاثرم : سمعت أحمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيت جعل النساء غير الرجال . (٣)

واستدلوا بما يلي :

- ١ - حديث : " انما يرجع في الهواهب النساء وشرار الاقوام . (٤)
 - ٢ - حديث عمر " ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وايا امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به . (٥)
- ففي هذين الاثرين تنصيص على أن للزوجة الرجوع فيما وهبته لزوجها كما هو ظاهرهما .

القول الثالث :

للزوجة الرجوع في هبتها لزوجها ان كان سألها ذلك ثم ضارها بنحو طلاق أو غيره ، وهي الرواية الثالثة عن الإمام أحمد والمنصوص عليها

- (١) البدائع ١٣٣/٦ .
- (٢) المغني ومعه الشرح الكبير ٢٩٢/٦ .
- (٣) المرجع السابق .
- (٤) المصنف لابن أبي شيبة ٤٧٣/٦ ، شرح معاني الآثار ٨٢/٤ .
- (٥) المصنف لعبد الرزاق ١٥٥/٩ .

(١) في المنتهى .

فان سألها وتبرعت بها فلا رجوع لها ، وهو مفهوم هذه الرواية .

قال ابن قدامة : فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة

قرينة من مسألتها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها

الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفساً ، وانما أباحه

الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى * فان طبن لكم عن شيء

(٢)

منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً * .

(١) المغني والشرح الكبير ٢٩٢/٦ ، منتهى الارادات ٢٢٧/٢ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٤ .

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء بأدلتها يظهر لي أن الراجح - والله أعلم - قول من قال إنه لا رجوع للزوجة فيما وهبت لزوجها لأن الأداة الدالة على المنع من رجوع الواهب في هبته عامة، ولم يخص منها إلا الأب وتطحق به الأم لاشتراكها معه في المعنى، أما غيرهما فلا يجوز له الرجوع لعدم وجود دليل التخصيص .

واستدل القائلون برجوع الزوجة في هبتها لزومها بأثر^(١) إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام^(٢) لا دلالة فيه .

ولئن سلمنا دلالة فلا يعارض النصوص الصريحة الصحيحة .

ولو سلمنا معارضته فهو محمول على مجرد الندم على ما وهب وتلك صفة توجب الذم لا أن المراد حقيقة الرجوع .

أما أثر عمر فهو مجرد قول له ، ولا يعارض به قوله صلى الله عليه وسلم .

(١) سبق تخريجه ص ٤٠٢ .

الفصل السابع :

الفسخ بسبب تعذر تنفيذ العقد .

الفصل السابع

الفسخ بسبب تعذر تنفيذ العقد

ويشتمل على المباحث التالية :

- المبحث الأول : الفسخ بسبب الافلاس .
- المبحث الثاني : الفسخ بسبب اختلاف المتبايعين .
- المبحث الثالث : الفسخ بسبب العذر في الاجارة .
- المبحث الرابع : الفسخ بسبب امتناع التسليم .

تمهيد :
سبق أن قلنا إن العقد ينقسم إلى ثلاثة أقسام : لازم ،
وغير لازم ، وجائز .

فالعقد الجائز يتمكن العاقدان من فسخه بأصل وضعه كالشركة .
والعقد غير اللازم - الثابت فيه أحد الخيارات - ، يتمكن العاقدان
من فسخه بالخيار الثابت فيه .

أما العقد اللازم الخالي من الخيار فيجب على العاقدين الوفاء
به دون تركه ، فإذا حدث أن تعذر الوفاء به بأن امتنع تسليم البع
مثلاً أو امتنع تسليم الثمن مثلاً ، أو طرأ على العاقد عذر فسي
الإجارة ، فإن الفقهاء قد صرحوا بفسخ العقد من حيث الجملة
على خلاف بينهم في الفروع يأتي تفصيلها ، فكيف يمكن تأصيل
فسخ العقد اللازم ، وما هو مستنده ؟

وهذا يقتضينا البحث والتنقيب في أسباب الفسخ لمعرفة
ما يصلح منها مستنداً لتلك الحالات ، وهه يستخلص الضابط العام
لتلك الأشياء المتأثرة ليحكم به على كل ما يستجد من حالات هي في
الواقع لا تخرج عن ذلك الضابط .

وبإزالة النظر في أسباب الفسخ يظهر أن الفسخ بسبب
الافلاس ، والفسخ بسبب اختلاف المتبايعين هما المستند للفسخ
عند تعذر تنفيذ العقد .

وعلى ذلك يكون الضابط الكلي هو تعذر تنفيذ العقد .
فالأصل في التعذر خيار الافلاس ، وخيار الاختلاف كما ذكرت ،
ودالتهما عليه ظاهرة .

فالعقد الذى طرأ عليه الافلاس تعذر فيه تسديد المشتري للثمن ، فينفسخ بذلك بموجبه الشرعي وهو الحديث الوارد به .
والعقد الذى اختلف فيه المتبايعان تعذر فيه تسليم الثمن من المشتري لادعاء البائع اكتر منه ، وتعذر فيه تسليم المبيع من البائع لعدم رضاه بالثمن ناقصا .

وعلى ذلك فيكون في هذا الفصل أربعة مباحث :

- المبحث الأول : في الفسخ بسبب الافلاس .
- المبحث الثاني : في الفسخ بسبب خيار اختلاف المتبايعين .
- المبحث الثالث : في الفسخ بسبب العذر في الاجارة .
- المبحث الرابع : في الفسخ بسبب امتناع التسليم .

المبحث الأول

الفسخ بسبب الافلاس

وفيه فروع :

الفرع الأول : في حقيقة الافلاس لغة وشرعاً .

الفرع الثاني : خلاف العلماء في جواز الفسخ لمن وجد متاعه بعينه عند المفلس .

الفرع الثالث : شروط الرجوع لمن وجد عين ماله .
عند المفلس .

الفرع الرابع : المجال التطبيقي لخيار الافلاس .

الفرع الأول

حقيقة الافلاس لغة وشرعا

أولاً : الافلاس لغة :

قال في المصباح : أفلس الرجل كأنه صار الى حال ليس له
فلوس كما يقال أقهر اذا صار الى حال لا يقهر عليه . (١)

والفلس مفرد ، وجمعه مفاليس ، وحقيقته الانتقال من حال
اليسر الى حال العسر . (٢)

ثانيا : الافلاس عرفاً :

يمكننا أن نعرف الافلاس اصطلاحاً ، بأنه حالة تطرأ على الشخص
تمنعه من التصرف في ماله بمقتضى الشرع مراعاة لحقوق الدائنين .
وأما الفلس : فقد عرفه الفقهاء بتعاريف كثيرة هي في جملتها
مختلفة الألفاظ متواردة المعاني والأهداف .
تفيد أن الفلس من عليه ديون كثيرة ، وماله لا يفي بسدادها
أولا يزيد عليه .

ومن هذه التعريفات :

- ١ - ما جاء في المغني : الفلس من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من
دخله . (٣)
- ٢ - ما جاء في الخرشي : الفلس من أحاط الدين بماله أي زاد عليه
أوساواه . (٤)

(١) المصباح المنير ج ١ كتاب الفاء ص ٤٨١ الصحاح ج ٣ باب السين فصل
المصباح المنير ١ / ٤٨١ .
(٢) المغني والشرح الكبير ٤ / ٤٥٦ .
(٣) الخرشي على خليل ٢ / ٢٦٣ .
(٤) الفاء ص ٩٥٩ .

الفرع الثاني

خلاف العلماء في جواز الفسخ لمن وجد متاعه بعينه

عند المفلس

لا خلاف بين الفقهاء في أن مجرد الحكم بالافلاس على شخص لا يوجب الخيار لغيره ممن باعه أو تعامل معه بأي وجه من وجوه التعامل الأخرى، قبل الافلاس ما دام المفلس قد تصرف في المبيع بأي نوع من أنواع التصرف كالبيع والهبة ونحوهما.

لأن الخيار أو الفسخ لا يثبت في عقد من العقود إلا بمسند شرعي أو وصول العاقدين في العقد إلى حالة لا يمكن معها امضاء العقد .

وعقد المفلس بهذه الحالة ليس له مستند شرعي يثبت به فسخه ، وهو في نفس الوقت عقد يمكن امضاؤه بين طرفيه المفلس والبائع ، ولا يحول دون امضائه افلاس المشتري بالثمن لأن الثمن حين الامضاء يكون ديناً في ذمة المفلس إلى يساره أو يكون البائع له أسوة الغرماء في مال المفلس هذا كله إذا تصرف المفلس في المبيع قبل افلاسه .

فإذا لم يتصرف المفلس في المبيع بأن بقي المبيع عنده بعينه لم يتغير عن هيئته التي كان عليها حال العقد ، فهل يجوز للبائع الذي وجد سلعته باقية بعينها عند المفلس فسخ العقد ، وأخذ عين ماله ؟ للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : للبائع فسخ البيع إذا وجد سلعته بعينها لدى

المفلس لم يتغير ولم تتبدل ، وهو مروى عن عثمان وعلي وأبي هريرة عن الصحابة ، وقال به/غيرهم عروة والأوزاعي والعنبري وإسحاق وأبو ثور

وابن المنذر^(١) ، وعليه تواردت نصوص المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية .

فعند المالكية ورد في مختصر خليل رحمه الله : وللغريم أخذ عين ماله المجازعته في الفلّس لا الموت ولو مسكوفاً^(٢) .

وعند الشافعية يقول النووي في المنهاج : من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلّس فله فسخ البيع واسترداد المبيع .^(٣)

وعند الحنابلة يقول الخرقى في مختصره : وإذا فلّس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ، ويكون أسوة الغرماء^(٤) .

وعند الظاهرية يقول ابن حزم في المحلى : ومن فلّس من حسي أوميت فوجد إنسان سلعته التي باعها بعينها فهو أولى بها من الغرماء وله أن يأخذها ، فإن كان قبض من ثمنها شيئاً أكثره أو أقله رده ، وإن شاء تركها وكان أسوة الغرماء^(٥) .

- (١) المحلى ١٢٦/٨ .
- (٢) مختصر خليل ص ٢٠٣ وانظر شروحه كالخرشي ٢٨١/٥ ، منح الجليل ١٤٨/٥ ، مواهب الجليل ٣٢٥/٢ .
- (٣) المنهاج ص ٥٨ وانظر شروحه ، مغنى المحتاج ١٤٨/٢ ، نهاية المحتاج ٣٢٥/٤ .
- (٤) مختصر الخرقى ص ٧٠ ، المقنع ص ١٢٤ ، منتهى الإرادات ص ٤٣٠ .
- (٥) المحلى ١٢٥/٨ .

واستدلوا بصريح السنة ، والقياس .

أولاً : السنة :

ما رواه أبوهريّة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به " . (١)

فالحديث نص صريح في ثبوت حق الفسخ لمن باع للمفلس فوجد متاعه عنده بعينه لم يتغير ولم يتبدل .

ثانياً : القياس :

قاسوا جواز الفسخ بالافلاس على جواز فسخ السلم عند تعذره بجامع جواز الاقالة فيهما .

فقالوا : عقد المفلس يجوز فسخه بالاقالة فيجوز فسخه عند تعذر الثمن كالمسلم فيه اذا تعذر . (٢)

القول الثاني : لا يملك البائع حق الفسخ اذا وجد سلعته بعينها لدى المفلس .

فعلى هذا القول يكون المفلس أحق بالسلعة ، والبائع لسه أسوة الفرماء بثمنها في مال المفلس ، وهذا قول ابراهيم النخعي ، والحسن البصري ، والشعبي في رواية ووكيع بن الجراح وعبيد الله بن شبرمة (٣) وعليه نصوص الحنفية منها ما جاء في الهداية : " ومن أفلس

(١) صحيح البخارى ٠٨٦/٣ صحيح مسلم ٣١/٥ ، ٣٢٠ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٢/٤٥٧ .

(٣) عمدة القارى ١٢/٢٤٠ .

وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه (١).

واستدلوا بالكتاب ، والمعقول :

أولاً : الكتاب :

عموم قوله تعالى ﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ﴾* (٢) الآية

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى أمر بانظار المعسر ، فالمشتري مستحق

الانظار بنص الآية ، و اذا استحق الانظار لم يكن للبائع حق فسخ العقد

قبل الانظار ، لأن الانظار من الله سبحانه وتعالى ، فيكون أولى من

استحقاق البائع للفسخ (٣).

ثانياً : المعقول :

أن الافلاس شحجز عن تسليم شيء لم يكن مستحقاً بالعقد

وهو تسليم الثمن نقداً للبائع ، والعجز عن تسليم ما ليس مستحقاً بالعقد

لا يثبت الحق في استرداد السلعة للبائع لأن المستحق بالعقد انما

هو الدين ، وهو وصف في ذمة ، والذمة باقية بعد الافلاس كبقائها قبله

لم تتغير ، والذمة يشترك فيها المفلس وغيره (٤).

(١) الهداية ٢٨٧/٣ وانظر مجمع الأنهر ٤٤٣/٢ ، حاشية

الطحطاوى ٨٦/٤ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢ .

(٣) المسوط ١٩٢/١٣ .

(٤) الهداية ٢٨٧/٣ ، المسوط ١٩٨/١٣ ، نتائج الأفكار

مناقشة الأدلة

أولاً - مناقشة أدلة الجمهور :

ناقش الحنفية أدلة الجمهور القائلين بثبوت حق الفسخ للواجد متاعه بعينه عند الفسح بما يلي :

ناقشوا استدلالهم بحديث " من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو انسان قد أفلس فهو أحق به " (١)

١ - بأنه خبر واحد مخالف للأصول ، ووجه مخالفته أن السلعة بالقبض صارت ملكاً له وتحت ضمانه ، فالقول بأن البائع يملك الفسخ بالافلاس يجيز للبائع أخذ السلعة ، وبأخذه لها ينتقض العقد ، وبالتالي الطك " (٢)

٢ - أن المبيع في الواقع ليس عين مال البائع لأنه بالمبيع صار مالا لغيره ، وانما عين ماله ما يجري مجرى الغصوب والعواري والودائع وما أشبه ذلك لورود الحديث بذلك (٣) فقد جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : من سرق له متاع أو ضاع متاع فوجده عند رجل بعينه فهو أحق بعينه ويرجع المشتري على البائع بالثمن (٤)

(١) سبق تخريجه ص ٤١٢
(٢) الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن ٧٤ / ٢ حيث قال

لأن المشتري قد قبضه وصار في ضمانه ولم يشر إلى كون الحديث خبراً واحداً مخالف للأصول لكن كتب شروح الأحاديث كفتح الباري أشار إلى ذلك .

(٣) عمدة القاري ٢ / ٢٤٠

(٤) المرجع السابق .

٣ - الحديث معارض بما رواه الخفاف بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو في ماله بين غمائه أو قال فهو أسوة غمائه فيه " .
وعلى ذلك فتأول الرواية الأخرى على أن المشتري قد قبضه بغير إذن البائع أو مع شرط الخيار له ، وفي هاتين الحالتين نقول بثبوت حق الاسترداد (١) .

ثانيا - مناقشة أدلة الحنفية :

لم أرفيا اطلعت عليه من مراجع ، مناقشة لاستدلال الحنفية على مذهبهم القائل بأن البائع لا يملك حق الرجوع في عين ماله إذا أدركه بعينه عند إنسان قد أفلس . ويمكن مناقشة أدلتهم بما يلي :
(٢) - الآية التي استدلو بها * وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة *
عامة في الإفلاس ، ومنه الإفلاس بالدين عند حلوله ، والحديث خاص فيمن وجد متاعه بعينه عند المفلس فيحمل العام على الخاص ويعمل به فيما عدا المخصوص .
ويمكن أن يقال إن الأمر بالانظار في الآية وارد في حق المعسر الذي لا يجد البائع متاعه عنده وليس له مال أصلاً وهو الإفلاس الحقيقي الموافق لمقتضى الآية . أما في حالة وجوده عند المفلس فلا يصدق عليه لفظ الاعسار الذي يقتضي الامهال والانظار في الآية .

(١) المبسوط ١٩٨/١٣ هذا الحديث لم أجد له أثراً في كتب الحديث التي اطلعت عليها . والخفاف هو أحمد بن عمرو وقيل عمر بن مهران الشيباني ، الإمام أبو بكر الخفاف روى عن أبيه كان فاضلاً عارفاً بمذهب أصحابه . له مؤلفات منها " الحيل " و " الوصايا " و " الشروط الكبير " و " الشروط الصغير " وتوفي ببغداد سنة ٢٦١ هـ . الجواهر المضية في طبقات الحنفية ١/ ٢٣١ . (٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

وأيضاً فإن إعطاء الخيار للبائع لا ينافي الانظار الآمر به الآية
لأنه قد يرضى بالمشاركة للغرماء في مال المفلس ، وذلك موافق
لمقتضى الآية وتطبيقاته / لغيره برضاه ، وحينئذ فيحمل الأمر هنا على
الاستحباب في حق من وجد ماله عند المفلس بقرينة ورود الحديث .

أما استدلالهم بالمعقول ، فلا يعول عليه عند ثبوت النص في
المسألة ، وإضافة لذلك فلا نسلم قولهم ان الافلاس عجز عن تسليم
شيء لم يستحق بالعقد ، والعجز عما ليس مستحقاً لا يوجب الخيار
بل هو عجز عن تسليم شيء مستحق بالعقد لأنه عجز عن مطلق الثمن ،
والعجز عن الثمن سواء أكان ديناً أم غيره يوجب الفسخ ، ولا يتوهم
من قولنا " ديناً " أننا نجيز الفسخ قبل حلول الأجل ، لأن من شروط
الخيار بالافلاس الحلول ، بل المراد بالدين هنا هو الحال عند الافلاس .

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء ومناقشتها يتجلى لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور القائلين بثبوت حق الفسخ لمن وجد متاعه بعينه عند المفلس ، لقوة ما استدلوا به من السنة ، فالحديث المستدل به لهم صحيح لم ينازع في صحته أحد فقد رواه الشيخان وغيرهم ، وبالإضافة الى صحته فهو لا يحتمل التأويل لكونه نصاً صريحاً في المسألة ، ولا تعارضه الآية * وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة *^(١) لورودها عامة ، والحديث خاص فيحمل العام على الخاص كما قلنا سابقاً .

أما ما ناقش به المخالفون دلالة الحديث المذكور ، فلا تقوى على تضعيف دلالة فضلاً عن رده .

فقولهم إنه مخالف للأصول غير ظاهر ، ولئن عللوا ذلك - بأن السلعة بالقبض صارت للمشتري ، فلا يجوز أن يتحول ملكه عنه ، وذلك يفسخ العقد ، فيزول ملكه عن المبيع فإن هذا غير مسلم ، لأننا نقول ان السلعة في الأصل ليست ملكاً للمشتري بل هي للبائع ، وانما ملكها المشتري بالثمن ، فمناً الملكية هنا الثمن أو المبادلة فمتى امتنع الثمن الناقل للملكية رجعنا الى أصل الملك مع مراعاة المسامحة ولا يمكن الوصول اليه الا بالخيار فنقول به حينئذ .

وأيضاً فإنه قد تقرر في الأذهان أن النص الشرعي أصل بنفسه ، ولا يعارضه إلا ما هو في درجته فمتى لم يوجد ذلك فيبقى على أصليته وبالتالي العمل بمقتضاه ، وحديث ثبوت الخيار لم يوجد ما يعارضه ، ولا يقال بمعارضة الآية * وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة * له فان الآية لم يرد فيها ذكر للخيار فضلاً عن ابطاله لا نصاً ولا تنبيهاً فلامعارضة .

الفرع الثالث

شروط الرجوع لمن وجد عين ماله عند المفلس

قلنا ان الجمهور يقولون بجواز الفسخ لمن وجد متاعه بعينه لدى المفلس فهل القول بالجواز على اطلاقه أوله شروط اذا توفرت ثبت حق الفسخ ، واذا انتفت أو احدها انتفى حق الفسخ ، واصبح للبائع أسوة بالغيراء في مال المفلس؟ الذي يظهر من خلال مراجعة كتبهم أنهم متفقون على أن هناك شروطاً للفسخ في الجملة ، ولكنهم يختلفون في بعض هذه الشروط .

وسأذكر هنا هذه الشروط مبتدئاً بالتفق عليه بينهم ثم أثنى بالمختلف فيه .

وقبل الشروع في ذكر هذه الشروط أود أن أشير الى منشأ هذه الشروط ، وهو الحديث السابق سواء أكانت دلالة عليها صراحة ككون السلعة عند المفلس ، وكون المفلس حياً أم بواسطة الاضرار .

يقول ابن دقيق العيد في كتابه احكام الاحكام عند الكلام على هذا الحديث : المسألة الثالثة - لا بد من اضرار أمور يحصل عليها ، وان لم تذكر لفظاً مثل كون الثمن غير مقبوض ، ومثل كون السلعة موجودة عند المشتري دون غيره ، ومثل كون المال لا يفي بالديون احترازاً عما اذا كان مساوياً وقلنا بالحجر على المفلس في هذه الصورة . (١) وهذه الشروط هي :

(١) احكام الاحكام ٢٠٢/٣

أولا - أن لا يتعلق بالمبيع حق الغير :

ومثال ذلك أن يرهن المفلس المبيع أو يهبه .

فإن تعلق به حق الغير سقط حق الرجوع وأصبح للبائع أسوة بالغرما في مال المفلس ، ولا خلاف في ذلك ، قال ابن قدامة فـي المغني : ولا نعلم في هذا خلافاً ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " من وجد متاعه عند رجل قد أفلس فهو أحق به " (١) وهذا لا يكون واجداً لعين ماله عند المفلس بل قد تحولت عنه إلى غيره وقياساً على ما لو باع المفلس المبيع أو أعتقه .

ولأن في رجوع البائع اضراً بمن له حق الحبس وهو المرتهن ، فيما إذا كان المبيع مرهوناً ، والضرر لا يزال بمثله . (٢)

فعلو هذا - إذا كان المبيع رهناً - ينظر إلى دين المرتهن ان كان مساوياً لقيمة الرهن ، فلا كلام للغرما فيه ، فيباع الرهن ، وتعطى قيمته له ، وكذا إذا كان أقل من الدين ، وإن كان أكثر من دين المرتهن بيع الرهن ، وأعطى للمرتهن مقدار دينه ، والباقي يرد إلى مال المفلس ، ويشترك فيه كافة الغرما بما فيهم البائع للعين المرهونة للمفلس ، فإن بيع بعض الرهن فباقيه بين الغرما فيباع ويتقاسمونه بينهم ، ولا يرجع البائع للمفلس فيه بشي ، وهو مذهب الحنابلة .

ووجه قولهم أن البائع لم يجد عين ماله فلا يجوز له أخذ المبيع كما لو استغرق الدين كل العين .

(١) المغني ومعه الشرح الكبير ٤٧٩/٤ وانظر :
مغني المحتاج ١٦٠/٢ نهاية المحتاج ٣٣٢/٤ ، منتهى

الارادات ٤٣١/١
سبق تخريجه ص ٤١٢ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٤٧٩/٤ .

وقال الشافعية: للبائع الرجوع بالباقي وهو قول القاضي أبي يعلى
من الحنابلة. (١)

ووجه قولهم : لأنه - أي البائع - وجد عين ماله دون تعلق حق
الغير بها ، فيأخذها. (٢)

ثانياً - أن يكون المفلس حياً وقت ثبوت حق الاسترداد x

فإذا مات المفلس امتنع الفسخ ، ولزم العقد وصار للبائع أسوة
بالغرماء في تركه المفلس .

وهذا مذهب المالكية والحنابلة. (٣)

واستدلوا بالآتي :

١ - بما رواه أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ،
ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه فهو أحق
به ، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء. (٤)

(١) المغنى والشرح الكبير ٤ / ٤٨١ .

(٢) المرجع السابق ٤ / ٤٨١ .

(٣) مختصر خليل ص ٢٠٣ ، الخرشي ٥ / ٢٨٠ ، بلغة السالك

٢ / ١٣٥ حاشية الدسوقي ٣ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، المقنع ص ١٢٤

منتهى الارادات ١ / ٤٣٠ شرح منتهى الارادات ٢ / ٢٨٠

كشاف القناع ٣ / ٤٢٦ .

(٤) سنن أبي داود ٣ / ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

٢ - وبما رواه أبو اليمان عن الزبير عن الزهري عن أبي

سلمه عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتص منه شيئاً أو لم يقتص فهو أسوة الغرماء " (١)

ولأن المبيع تعلق به حق البائع والغرماء وهم الورثة فأشبهه المرهون في تعلق حق المرتهن به. (٢)

ولما فرق المالكية والحنابلة بين حكم الافلاس في حال الحياة وبين حكمه بعد الموت فقالوا في الأول بجواز الفسخ للبائع اذا وجد سلعته بعينها عند المفلس ، ومنعوه في الثاني فقالوا : البائع فيه أسوة الغرماء اضطروا الى بيان وجه الفرق بينهما فقالوا :

١ - ان ملك المبيع في حال حياة المفلس له وفي موته للورثة.

٢ - ان ذمة المفلس خربت خراباً كلياً يتضرر به الغرماء

اذا اختص البائع بالمبيع بخلاف حال الحياة فان ذمة المفلس ما زالت قائمة فاذا رجع البائع بعين ماله تعلق الغرماء بذمة المفلس فلا يلحقهم ضرراً أصلاً أو يلحقهم ضرر يسير. (٣)

وزهد الشافعية والظاهرية الى القول بجواز الفسخ لمن وجد سلعته بعينها عند المفلس ، ولو كان ميتاً. (٤)

(١) سنن ابن ماجه ٢ / ٧٩١ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٤ / ٥٠٦ .

(٣) المرجع السابق / شرح منج الجليل ٣ / ١٤٨ ، الخرشي ٥ / ٢٨١ .

(٤) نهاية المحتاج ٢ / ٣٢٥ ، المحلى ٨ / ١٧٥ .

واستدلوا بالآتي :

١ - عموم قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة عنه

"أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به" (١).

قال ابن حزم : - بعد أن ذكر طرق هذا الحديث : فهو نقل تواتر وكأفه لا يسمع أحدا خلافه ، وهذا عموم لمن مات أو أفلس حيا (٢).

٢ - وبما رواه الشافعي عن عبد الواحد الثقفي أنه سمع

يحيى بن سعيد يقول أخبرني أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن عمر ابن عبد العزيز حدثه أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام حدثه أنه سمع أبا هريرة رضي الله عنه يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به" (٣).

وبما رواه الشافعي أيضا عن ابن أبي زئب قال : حدثني

أبو المعتمر بن عمرو بن رافع عن ابن خلداه الزرقى وكان قاضيا بالمدينة أنه قال : جئنا أبا هريرة رضي الله عنه في صاحب لنا قد أفلس فقال : هذا الذى قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

"أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته

بعينه" (٤).

قال الشافعي : وبحديث مالك بن أنس وعبد الوهاب الثقفي عن

يحيى بن سعيد وحديث ابن أبي زئب عن أبي المعتمر في التغليس نأخذ ،

(١) سبق تخريجه ص ٤١٢ .

(٢) المحلى ١٧٦/٨ .

(٣) الأُم للشافعي ١٩٩/٣ .

(٤) المصدر السابق .

وفي حديث ابن أبي ذئب ما في حديث مالك والشقي من جملة التفليس ويتبين " أن ذلك في الموت والحياة سواء ، وحديثاهما ثابتان متصلان . (١)

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن الامام الشيرازي رحمه الله في كتابه المذهب ذكر تفصيلاً طريفاً عند الشافعية في حكم الرجوع في عين السلعة اذا مات المفلس فقال : " فان كان في غرماً الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله فان لم تفالتركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماً بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال في رجل أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجد به بعينه . " (٢)

فان كانت التركة نفي بالدين ففيه وجهان .

أحدهما : وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله : أن له أن يرجع في عين ماله لحديث أبي هريرة .

والثاني : لا يجوز أن يرجع في عين ماله ، وهو المذهب لأن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في البيع كالحي المبي ، وحديث أبي هريرة قد روى فيه أبو بكر النسابوري وان خلف وفاء فهو أسوة الغرماً . (٣)

(١) الأم للشافعي ١٩٩/٣
(٢) سبق تخريجه ص ٤١٢
(٣) المذهب ٤٣٢/١

مناقشة الأدلة

أولا - مناقشة أدلة المانعين لرجوع البائع بعين ماله اذا وجده بعد موت المفلس .

ناقش القائلون بالرجوع للبائع بعين ماله مطلقا سواء أكان المفلس حيا أو ميتا أدلة القاصرين للرجوع على الحياة دون الموت بما يلي :

- ناقشوا استدلالهم بحديث أبي بكر بن عبد الرحمن -

وفيه وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء .^(١)

(٢)

بأنه قد روى عن طريق اسحق بن ابراهيم بن جوهي وهو مجهول .

- وناقشوا استدلالهم بحديث الزبيرى عن الزهرى ،

بأنه قد روى من طريقين :

(٣)

أولهما : عن اسماعيل بن عياش .

(٤)

وثانيهما : عن بقيقه .

(٥)

وبقية واسماعيل ضعيفان .

سبق تخريجه ص ٤٢٠ .

(١) هو اسحاق بن ابراهيم بن جوهي الصنعاني ، عن سعيد بن سالم

(٢)

القداح ، وعنه علي بن بشر المقاريضي شيخ الطبراني ، وابنه محمد

ابن اسحاق شيخ الطبراني أيضا . تبصير المنتبه بتحريف المشتبه

للحافظ ابن حجر ٣٧٧/١ .

(٣) هو اسماعيل بن عياش بن سليم الحافظ الامام محدث الشام أبو

عتبه الحمصي العنسي مولاهم ولد سنة ١١٨ كان من بحور العلم

يحتج به اذا حدث عن الشاميين توفي سنة ١٨١ هـ ، سير أعلام

النبلاء ٣١٢/٨ تقريب التهذيب ٧٣/١ .

(٤) هو بقيقه بن الوليد بن صائد بن كعب ، الحافظ محدث حمص

أبو محمد الحميري ولد سنة ١١٠ ثقة اذا روى عن الثقات ، سير

أعلام النبلاء ٥١٨/٨ ، تقريب التهذيب ١٠٥/١ .

(٥) المحلى ١٧٩/٨ .

وناقشوا تفرقتهم بين الرجوع في حال الحياة ، والمنع له بعدها ،
بأنها لم ترد التفرقة عن الرسول صلى الله عليه وسلم بل وردت التسوية
بينهما كما جاءت بذلك النصوص المطلقة^(١).

*

ثانياً - مناقشة أدلة القائلين بالجواز .

أجاب المانعون لثبوت الخيار للبائع فيما اذا وجد متاعه بعينه
بعد موت المفلس بما يلي :

- فأجابوا عن حديث "أيما رجل أفلس فأدرك الرجل
ماله بعينه فهو أحق به"^(٢) ، بأن لا دلالة فيه أصلاً على جواز الرجوع
للبيع في حالة موت المفلس ، وإنما يدل بفهمه على عدم جواز الرجوع ،
وأن البائع أسوة الغرماء في مال المفلس كما أن المراد بقوله صلى الله
عليه وسلم في الحديث "ماله بعينه" عند المفلس ، وما وجد البائع هنا
ماله بعينه عند المفلس وإنما وجده عند ورثته ، فلا يكون أحق به ولا يتناوله
الخبر .

وأيضاً ، فالحديث مطلق وقد جاءت روايات أخرى تقيد .

- وأجابوا عن استدلالهم بالحديث العروى عن أبي المعتمر
عن الذرقى "أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده
بعينه"^(٣) بأنه مجهول الاسناد .

(١) المحلى ١٢٩/٨ .

(٢) سبق تخريجه ص ٤١٢ .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٢٢ .

قال ابن عبد البر - يرويه أبو المعتمر عن الذرقى وأبو المعتمر
غير معروف بحمل العلم.

ثم ان الاجماع قد انعقد على عدم العمل بهذا الحديث لأنه
جعل العين لصاحبها بمجرد موت المشتري ، بدون اشتراط افلاسه
أو تعذر سداؤه أو عدم قبضه للثمن وذلك مخالف لأقوال العلماء قاطبة.
(١)

*

مناقشة وترجيح

بعد استعراض أقوال الفقهاء بأدلتها ، يظهر لي أن الراجح
- والله أعلم - ما ذهب اليه المالكية والحنابلة من القول بأن البائع المفلس
أسوة بالفرما في مال المفلس اذا وجد سلعته بعينها بعد موت
المفلس لقوة أدلتهم.

فحديث أبي بكر بن عبد الرحمن ، وفيه " . . . وان مات الذي
ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الوفاء " .

مرسل ، وقد روى موصولا عن الزبيرى عن الزهرى عن أبي بكر
ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة : أيما رجل باع سلعة ، فأدرك سلعته
بعينها عند رجل قد أفلس ، ولم يقتض من ثمنها شيئا ، فهي له ، وان كان
قضاء من ثمنها شيئا ، فما بقي فهو أسوة الفرما ، وأيما امرئ هلك ،
وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أولم يقتض ، فهو أسوة الفرما .
(٢)

(١) المغني والشرح الكبير ٥٠٦/٤

(٢) سنن أبي داود ٢٨٧/٣ ، سنن الدارقطني ٣٠/٣ ، سنن

البيهقي ٥٤٦/٦

ولكن قيل ان في اسناده اسماعيل بن عياش ، قال عنه ابن حزم
(١) ضعيف ، وقال عنه الدارقطني : " اسماعيل بن عياش مضطرب الحديث ، ولا
هذا
يثبت/عن الزهري مسنداً وانما هو مرسل " .
(٢)

فقد قال الألباني : - قلت اسماعيل بن عياش صحيح الحديث
في روايته عن الشاميين عند أحمد والبخاري وغيرهما ، وهذا من روايته عن
(٣)
الزهري ، وهو شامي .

أما ما استدل به المخالفون من حديث أبي المعتمر ، أيما رجل
مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه .
(٤)

فأبو المعتمر قد قيل عنه إنه ليس بمعروف بحمل العلم قاله
ابن عبد البر ، وقال الذهبي لا يعرف ، وقال الحافظ ابن حجر : مجهول
(٥)
الحال .
(٦)

أما استدلالهم بعموم حديث " أيما رجل أفلس فأدرك الرجل
ماله بعينه فهو أحق به " (٧) حيث لم يفرق بين الفليس حال الحياة
والفليس حال الموت . فهو حديث عام وحديث أبي بكر بن
عبد الرحمن خاص فيحمل العام على الخاص .

- (١) المحلى ٠١٧٩/٨
- (٢) سنن الدارقطني ٠٣٠/٣
- (٣) ارواء الغليل ٠٢٧٠/٥
- (٤) سبق تخريجه ص ٤٢٢
- (٥) المغني ومعه الشرح الكبير ٠٥٤٨/٤
- (٦) ارواء الغليل ٠٢٧٢/٥
- (٧) سبق تخريجه ص ٤١٢

ثالثا - أن يكون الثمن باقيا عند المفلس بكماله لم يقبض البائع منه شيئا .

فان قبض البائع من ثمن السلعة شيئا ، فهل يجوز الرجوع في عين المال ؟ للفقهاء في ذلك آراء ثلاثة :

الرأى الاول : أنه يثبت للبائع حق الرجوع بأن يرد الثمن المقبوض ويأخذ سلعته ان شاء أو يتركها للمفلس ويشارك الغرماء بما بقي من الثمن ، وهو قول المالكية .

يقول أحمد الدردير في الشرح الكبير : ولمن وجد سلعته باقية عند المفلس وكان قد قبض قبل التفليس بعض ثمنها ولو أكره رد بعض ثمن قبض ، وأخذها وله تركها والمحاصة بباقي الثمن .^(١)

الرأى الثاني : يثبت للبائع حق الرجوع بحصة ما بقي من الثمن وهو قول الشافعية ، يقول الشيرازي في المذهب : وان وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه رجع بحصة ما بقي من الثمن .^(٢)

لأنه اذا جاز للبائع الرجوع في العين كلها عند عدم القبض جازله الرجوع في بعضها اذا لم يقبض كل الثمن .^(٣)

الرأى الثالث : لا يثبت للبائع حق الرجوع أصلا وهو قول اسحق وقول الشافعي في القديم ، وقول الحنابلة .^(٤)

(١) الشرح الكبير . للدردير ٢٨٦/٣ شرح / منح الجليل

١٥٥/٣ ، مواهب الجليل ٥٣/٣

(٢) المذهب ٤١٦/١ ، نهاية المحتاج ٣٣٢/٤ ، مغني المحتاج

١٦٠/٣

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المغني والشرح الكبير ٤٧٩/٤ المقنع ص ١٢٤ منتهى الارادات ١/٤٣٠ .

واستدلوا بالآتي :

بما رواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أيما رجل باع سلعته فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له وإن كان قد قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء " . (١)

ولأن في رجوع البائع في القسط الباقي عند المفلس تبعيضا للصفقة عليه واضارا به ، وليس للبائع الاضرار بالمشتري .

ولأن الافلاس سبب لفسخ البيع فلا يجوز تشقيقه قياسا على الفسخ بسبب الرد بالعيب . (٢)

(١) سنن أبي داود ٢٨٢/١٥ ، سنن ابن ماجه ٧٩٠/٥ ، سنن

الدارقطني ٤٧٤

(٢) المغني ومعناه والشرح الكبير ٤٧٩/٤ .

مناقشة وترجيح

والراجع في نظري - والله أعلم - ما ذهب اليه الحنابلة ومن وافقهم من القول بعدم الرجوع للبائع اذا قبض من ثمن السلعة شيئاً . لقوة ما استدلوا به لا سيما الحديث ، فهو يدل بمفهومه المخالف على أن البائع اذا قبض من ثمن السلعة شيئاً لا يملك الرجوع ، ومفهوم المخالفة حجة لدى جماهير الفقهاء .

أما قول المالكية برد البائع ما قبض ويأخذ السلعة أو يتركها ويشارك الفرما فقول وجيه لولا ورود الحديث بخلافه . ثم انه من قواعد الشرع وأصوله الثابتة أنه لا ضرار ولا ضرار والفسخ عند قبض جزء من ثمن المبيع فيه ضرر على المفلس بتشقيص الصفقة عليه وبذلك يرد على الشافعية القائلين بجواز الرجوع بقيمة الباقي من الثمن عند المفلس .

رابعاً - أن يبقى المبيع على الهيئة التي كان عليها حال البيع :

فإن تغيير المبيع عن تلك الحال فلا يخلو تغييره من حالين :

أولهما : أن يكون المبيع حنطه فتطحن فلا رجوع عند الملكية والحنابلة (١)

وقال الشافعية : للبائع الرجوع إن لم تزد قيمة المبيع بالطحن فإن زادت بالطحن ، فالأظهر أن المبيع يباع ، ويصبح المفسد شريكاً للبائع بالزيادة . (٢) * لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم فوجب أن لا يضيع عليه . (٣)

ثانيهما : إذا خلط المبيع بغير جنسه كقمح بشعير فلا رجوع عند الملكية والشافعية . (٤)

وقال الحنابلة : له الرجوع إذا خلط المبيع بتميز كقمح بشعير . (٥)

(١) شرح منج الجليل ١٥٠/٣ ، حاشية الدسوقي ٨٣/٣ ، شرح منتهى

الارادات ٢٨٣/٢ الكشاف ٤٢٦/٣ ، ٤٢٧ .

(٢) مغني المحتاج ١٦٣/٢ ، نهاية المحتاج ٣٣٧/٤ .

(٣) مغني المحتاج ١٦٣/٢ .

(٤) شرح منج الجليل ١٥٠/٣ ، مغني المحتاج ١٦٣/٢ .

(٥) كشاف القناع ٤٢٦/٣ ، ٤٢٧ .

خامسا - أن لا يزيد المبيع زيادة متصلة .

فان زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعه ونحو ذلك ،
فهل يجوز الرجوع ؟ للفقهاء في ذلك رأيان :

أولهما : لا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو قول المالكية
والشافعية ورواية للحنابلة^(١).

واستدلوا بالآتي :

١ - بعموم الحديث * من أدرك ماله بعينه عند رجل
أو إنسان قد أفلس فهو أحق به^(٢).

وجه الدلالة من الحديث :

نص الحديث على جواز الرجوع لمن وجد متاعه بعينه عند المفلس،
ولم يفرق بين ما اذا كان المبيع زائدا أو غير زائد ، فدل ذلك على جواز
الرجوع حال الزيادة في المبيع سواء كانت زيادة متصلة أو منفصلة.

٢ - القياس .

قاسوا جواز الرجوع لمن وجد ماله زائدا عند المفلس ، على
جواز رد المبيع المعيب بزيادته المنفصلة .

فقالوا : رجوع البائع بسلعته الباقية عند المفلس فسخ ، والفسخ
لا يمتنع بالزيادة المنفصلة فلا يمتنع بالمتصلة كالفسخ بالرد بالعيب.^(٣)

(١) شرح منج الجليل ١٥٦/٣ مواهب الجليل ٥٣/٥ ، مغني المحتاج

١٦١/٢ ، نهاية المحتاج ٣٣٣/٢ ، المقنع ١٢٤ ، المبدع ٣١٢/٤ .

(٢) سبق تخريجه ومعه ص ١٢٤ ،
(٣) المغني والشرح الكبير ٤٦٧/٤ ، المهذب ٤٢٨/١ .

(١)

ثانيهما - أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع ، وهو قول الحنابلة .

واستدلوا بمايلي :

١ - أن الفسخ بالافلاس فسخ بسبب حادث فلا يملك به

الرجوع في السلعة الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع .

٢ - أنها زيادة حدثت في ملك المفلس فلا يملك البائع الرجوع

فيها كالمنفصلة ، وكالحاصلة بفعله .

٣ - أن النماء لم يحدث في ملك البائع ، ولم يصل إلى

المفلس عن طريق البائع فلا يستحق أخذ النماء من المفلس كما لا يستحق

أخذ بقية أمواله . (٢)

(١) مختصر الخرقى ص ٧٠ المقنع ٢٣٤ ، منتهى الإرادات ١/ ٤٣١ .

(٢) المغني ومعه الشرح الكبير ٢/ ٤٦٦ .

مناقشة وترجيح

والذى يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح ما قال به الجمهور من المالكية والشافعية ورواية الحنابلة أن للبائع الرجوع في سلحته الزائدة زيادة متصلة لعموم الأحاديث ولا يخص عمومها إلا بدليل التخصيص ولا دليل له .

أما قول المخالفين : بأن الزيادة حدثت في ملك المفلس فلا يملك البائع الرجوع كما لا يملك الرجوع بالزيادة المنفصلة .

فإن هناك فرقاً بين الرجوع بالزيادة المنفصلة ، والرجوع في المتصلة لأن الزيادة المنفصلة تقبل الانفصال والتجزئ ، أما المتصلة فلا يمكن انفصالها .

ولأن القول بأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع ، قول فيه إبطال لحق ثبت للبائع بالشرع ، فلا يبطل إلا بإبطاله له ، ولم يرد دليل الإبطال .

ولأن في منع البائع من الرجوع في عين ماله اضراً به ، واتلافاً لماله ، والضرر مرفوع بنص الشرع ، فيحق له الرجوع رفعاً للضرر عنه .

أما قولهم إنه ناء لم يحدث في ملك البائع ، ولم يصل إلى المفلس عن طريق البائع فلا يستحقه ، كما لا يستحق أخذ أمواله .

فغير مسلم كونه ناء حدث في ملك البائع ، بل هو ناء حادث في ملكه لأن الملكية مرتبطة بدفع الثمن للبائع ، فإذا تعذر الدفع عاد الملك للبائع ، ولا يقال بأن القول بأن ملكية المبيع للبائع يلزم منه أن تكون الزيادة له ، فلا تلازم بين كون المبيع للبائع وبين ثمرته ،

فان المانع من بقاء الزيادة على ملك المفلس هو عدم التجزئ أو تعذر انفصالها ، فلو أمكن فصل الزيادة بأن كانت منفصلة بقيت على ملكه ، ولم يرجع بها البائع سلمنا أنه نداء حادث في غير ملك البائع ، ولكن لا نسلم أنه لم يصل الى المشتري - المفلس - عن طريق البائع ، بل وصل اليه عن طريقه ، لأن الزيادة المتصلة انما حصلت له بالمبادلة مع البائع والا لو انتفت المبادلة فكيف يحصل المشتري المفلس على المبيع وبالتالي الزيادة ؟ .

*

سادساً - أن تكون السلعة باقية بعينها لدى المفلس لم يتلف جزء منها .

فان تلف بعض السلعة المبيعة للمفلس كانهدام بعض الدار مثلاً فما الحكم ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

أولهما : للبائع الرجوع في الباقي ، ويخاص الغرماء بالتالف ، وهو قول الأوزاعي والعنبري ^(١) وعبيد الله بن الحسين ^(٢) وعليه المالكية والشافعية ^(٣) .

واستدلوا : بتساوي الاستحقاق بين البائع والمفلس ، فاستحقاق البائع للمبيع بالثمن كاستحقاق المشتري للمبيع في يد البائع بالثمن . ^(٤)

(١) المغني والشرح الكبير ٢٦١/٤ .

(٢) الاشراف على مذاهب أهل العلم لابن عبد البر ١/ ١٤٠ .

(٣) الاكلیل شرح مختصر خليل ص ٣١٢ الشرح الكبير للدردير

٢٨٦/٣ ، حاشية الدسوقي ٢٨٦/٣ ، منهاج

الطالبين للنووي ص ٥٨ ، مغني المحتاج ١٦٠/٢ ، ١٦١ .

(٤) المهذب ٤٢٢/١ .

ثانيهما : ليس للبائع حق الرجوع اذا تلف بعض السلعة في يد
المفلس وهو قول اسحق ومه قال الحنابلة. (١)

واستدلوا : بعموم قوله صلى الله عليه وسلم " من أدرك متاعه
بمعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به ". (٢)

وجه الدلالة من الحديث :

ان الحديث نص على اشتراط وجود عين السلعة لمن أراد الرجوع
في ماله لدى المفلس والسلعة التالفة بعضها لا يطلق على من وجدها
أنه وجد عين ماله .

٢ - ولأن ادراك البائع للسلعة بمعينها عند المفلس لا يفضي
الى المنازعة والخصومة عند الرجوع فيهما بخلاف ما اذا وجد بعض
السلعة ، وقلنا بالرجوع فيه فان رجوعه قد يفضي الى الخصومة والمنازعة . (٣)

سابعاً - أن يستنع الفرما من فدائهم للبيع :

فان لم يستنعوا من فدائه ، ولو فدوه بما لهم الخاص ، أو بما ل
المفلس لم يجز للبائع أخذه حتى لو ضمنوا له الثمن ، وكانوا ثقة أو
أعطوه كفيلا ثقة لم يأخذه . (٤)

-
- (١) مختصر الخرقى ص ٧٠ المقنع ص ٢٢٤ ، منتهى الارادات ١ / ٤٣١ .
(٢) سبق تخريجه ص ٤١٢ .
(٣) المغني والشرح الكبير ٤ / ٤٦١ .
(٤) الشرح الكبير للدروير ٣ / ٢٨٣ ، انفراد بهذا
الشرط والذي يبعده المالكية .

ثامنا - أن يكون البيع ما يمكن استرداده :

فان لم ^{يمكن} استرداد ما أفلس به المشتري فلا يجوز الرجوع كما
إذا أفلس الزوج بصداق زوجته بعد الدخول فلا رجوع لها ، وانما
نملك المحاصة مع الغرماء فقط ، وانما قالوا لا رجوع لها لتعذر الرجوع
في البضع . (١)

(١) الشرح الكبير للدردير ٢٨٣/٣

الفرع الرابع

المجال التطبيقي لخيار الافلاس

قلنا فيما مضى أن خيار الافلاس ثابت بالنص " من أدرك ماله بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به " ^(١).

وهنا نتساءل عن ثبوته هل يكون في كل العقود أو أنه خاص ببعض العقود دون بعض ؟

بإعادة النظر الى الحديث السابق نلاحظ أنه عام فيبقى على عمومته ولكن هذا العموم قد ورد ما يخصه بالبيع في بعض روايات الحديث ، فكيف العمل ، هل يعمل بالعام ، أو يحمل على الخاص ؟ بالرجوع الى أقوال الفقهاء ، يظهر لنا أنهم قد عملوا بالحديثين معا فخصوا عموم الحديث الأول بالمعاضات المحضة ، فأخرجوا بالمعاضات نحو الهبة فانها لا معاوضة فيها ، وأخرجوا بالمحضة نحو النكاح ، والصلح عن دم وانما خصوا الحديث الأول بالمعاضات المحضة لكون الحديث الثاني قد ورد في نوع منها وهو البيع ، وهو معاوضة محضة من طرفيه فيتعدى المعنى الى كل عقد فيه معنى المعاوضة المحضة كالبيع وهم بهذا قد عملوا بالحديثين معا كما ذكرنا . ^(٢)

(١) سبق تخريجه ص ٢٤١٢

(٢) التاج والاكيل لمختصر خليل ، ٥٠/٥ ،

مغني المحتاج ١٥٨/٢ ، الانصاف للمرداوى ٥٣٥٢/٥

المبحث الثاني

الفسخ بسبب اختلاف المتبايعين

وفيه الفروع التالية :

- الفرع الأول : في معنى خيار اختلاف المتبايعين وشروط ثبوته .
- الفرع الثاني : في كيفية التحالف، ومن يبدأ بالحلف من العاقلين ؟
- الفرع الثالث : خلاف الفقهاء في التحالف وقت هلاك السلعة .
- الفرع الرابع : صور يثبت فيها التحالف .
- الفرع الخامس : اذا تحالف العاقدان هل يفسخ العقد بنفس التحالف أولاً بد من فسخه ؟
- الفرع السادس : العقود التي يثبت فيها التحالف .

الفرع الأول

المطلب الأول : معنى خيار اختلاف المتبايعين وشروط ثبوته

الاضافة هنا من قبيل اضافة الشيء الى سببه كنوع الاضافة في سائر الخيارات أى الخيار الذى سببه اختلاف المتبايعين .
أما معناه فهو : حق العاقدين في فسخ العقد عند اختلافهما وتحالفهما .

*

المطلب الثاني

شروط ثبوته

بالتأمل في هذا الخيار نستطيع استنباط الشروط الآتية لثبوته :

١ - أن يختلف العاقدان :

فاذا لم يقع اختلاف بينهما فلا خيار لأن الخيار مآشرع هنا إلا لأجل الاختلاف أو وقع اختلاف ، ولكن استطاع العاقدان رفعه بأن رضي أحدهما بقول الآخر أو كانت مع أحدهما بينة دون صاحبه سقط الخيار .

٢ - أن يتحالفا :

والتحالف مرتبة بعد الاختلاف ملازمة له لا تنفك عنه ، فاذا اختلف العاقدان فلم يتحالفا فلا خيار لهما أو حلف أحدهما ونكل الآخر ، فلا خيار لهما أو تحالفا ثم رضي أحدهما بقول الآخر فلا خيار ولا فسخ .

٣ - أن يجعلا في تحالفهما بين النفي والاثبات فيحلف البائع مثلا ما بعته بكذا بل بكذا ، ويحلف المشتري ما اشترته بكذا بل بكذا .

*

الفرع الثاني

المطلب الأول - كيفية التحالف

إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن مثلا بأن قال البائع للمشتري بعتك هذه السلعة بثمانين ، فقال المشتري : بل بسبعين فان كان لأحدهما بينة حكم له بها وان لم يكن لهما بينة أولهما بينة متعارضة ، ولم يرض أحدهما بقول صاحبه تحالفا بأن يقول البائع مثلا ما بعته بسبعين ، وانما بعته بثمانين ، ويقول المشتري ما اشترته بثمانين ، وانما اشترته بسبعين ، وتفسخا البيع (١) .

*

المطلب الثاني

من يبدأ بالحلف من العاقدين ؟

عرفنا أن الاختلاف في العقد لا يكفي لثبوت حق الفسخ للعاقدين بل لا بد أن يتحالفا ، فإذا قلنا يتحالفا فمن يبدأ بالحلف منهما ؟
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

(١) شرح فتح القدير ٢٠٥/٨ روضة الطالبين ٥٢٥/٣ ، المغني

ومعه الشرح الكبير ٥٢٨٨/٤

القول الأول :

يبدأ باليمين البائع ، وهو قول المالكية والحنابلة وأحد أقوال
ثلاثة للشافعية^(١) ، قال الشيرازي في المذهب "وهو الصحيح".^(٢)

واستدلوا بالآتي :

- ١ - بما رواه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
" إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة ،
أو يتتاركان ".^(٣)

ووجه الدلالة من الحديث :

أنه صلى الله عليه وسلم جعل القول قول البائع عند الاختلاف ،
ولا معنى لجعله صلى الله عليه وسلم القول للبائع إلا التخيير له بين أن
يأخذ البيع بما قال المشتري أو يبدأ بالحلف .

- ٢ - أن جهة البائع أقوى من جهة المشتري لأن البيع بعد
التحالف يعود إليه ، فكانت جهته أقوى كصاحب اليد .^(٤)

- ٣ - ولأن البائع ملك الثمن بالعقد ، والمشتري لم يملك
البيع إلا بتمام القبض.^(٥)

(١) حاشية الدسوقي ١٨٨/٣ ، مغني المحتاج ٩٥/٢ ، كشف القناع ٢٣٦/٣ .

(٢) المذهب ٢٦٧/٤ .

(٣) سنن أبي داود ٢٨٥/٣ ، سنن النسائي ٣٠٢/٧ ، سنن ٣٠٣ ، المستدرک

للحاكم ٤٥/٢ ، صحيحه ووافقه الذهبي ، سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ ،

سند الامام أحمد ٤٤٤٢/٦ ومابعدها ، والحديث صحيح لروايته

من عدة طرق .

(٤) المغني والشرح الكبير ٢٦٧/٤ ، مغني المحتاج ٩٦/٢ .

(٥) مغني المحتاج ٩٦/٢ .

القول الثاني :

يبدأ بيمين المشتري ، وهو قول الحنفية ، وقول للشافعية . (١)

واستدلوا بالمعقول :

١ - أن المشتري أشد انكاراً من البائع وذلك لأنه يطالب

بالثمن أولاً .

٢ - أن المشتري يتعجل نتيجة النكول وهي الزام البائع بالثمن ،

فلو قيل بأن البائع يبدأ باليمين للزم من ذلك تأخر المطالبة بتسليم المعقود

عليه الى وقت ايفاء الثمن . (٢)

٣ - ان المبيع ملك للمشتري فيتقوى جانبه بذلك .

٤ - ان البائع يدعى زيادة في الثمن ينكرها المشتري والأصل

براءة ذمته . (٣)

(١) شرح فتح القدير ٢١٨/٨ ، روضة الطالبين ٥٢٩/٣ .

(٢) الهداية ١٦٢/٣ .

(٣) مغني المحتاج ٩٦/٢ .

مناقشة وترجيح

بالتأمل في أقوال الفريقين وأدلتهم يبدو لي أن قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة هو الأرجح لأن فيما رواه ابن مسعود "فالقول قول البائع ^(١) الخ" دليل على أن البائع يبدأ باليمين والا خلا من الفائدة .

أما قولهم بأن المشتري أشد انكاراً لمطالبته بالثمن فيبدأ باليمين فغير ظاهر لتساويهما في الإنكار، فالقول بأن أحدهما أشد انكاراً لا دليل عليه .

(١) سبق تخريجه ص ٤٤١ .

الفرع الثالث

خلاف الفقهاء في التحالف وقت هلاك السلعة

لا خلاف بين الفقهاء في جواز التحالف والسلعة قائمة . أما اذا كانت السلعة تالفة فقد اختلفوا في جواز التحالف على مذهبين :

المذهب الأول :

لا تحالف اذا كانت السلعة تالفة وهو قول ابراهيم النخعي والثوري والاولاد^(١) وأبي حنيفة وأبي يوسف واحد الروايتين عند الحنابلة وهي اختيار ابي بكر منهم .^(٢)
واستدلوا بالسنة والمعقول :

١ - السنة :

ما جاء في بعض روايات حديث التحالف من قيد " والسلعة قائمة " .^(٣)

ووجه الدلالة من هذه الرواية :

انها تدل بفهومها المخالف أن التحالف لا يشرع عند

فوات السلعة .

٢ - المعقول :

أ - أن التحالف بعد قبض المبيع مشروع على خلاف القياس

ووجه كونه مشروعاً على خلاف القياس أن البائع سلم للمشتري ما يدعيه ،

(١) المغني^{ومعه} بالشرح الكبير ٢٦٨/٤ .

(٢) الهداية ١٦٣/٣ المغني^{ومعه} بالشرح الكبير ٢٦٨/٤ .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٤٤

وانما قيل به حال قيام السلعة لورود النص به ، ولحصول الفائدة من الفسخ
أما بعد الهلاك فلا يقال بالتحالف لعدم وجود الغرض منه ، وهو الفسخ
لأن العقد قد زال بالهلاك .^(١)

ب - ولا^٢ نه لا ينظر للاختلاف في سبب الفسخ بعد حصول
المقصود بغيره ، ولا^٣ نه لا ينظر لكل فائدة في العقد بل ينظر إلى
الفائدة ، التي هي من مواجب العقد ، وفائدة دفع زيادة الثمن الحاصلة
بالفسخ ليست من موجبات العقد فلا ينظر لها ، هذا اذا كان الثمن
دينا فان كان الثمن عينا فيتحالفان لأن المبيع قائم في الجملة ، وقيامه
بأحد جانبيه فينظر لفائدة الفسخ حينئذ ثم يرد مثل الهالك اذا كان
مثلياً أو قيمته ان لم يكن مثلياً .^(٢)

ج - ولا^٤ نه لا خلاف بين العاقدین في انتقال السلعة إلى
المشتري هنا ، ولا خلاف بينهم أيضاً في قدر معين من الثمن ، وانما
الاختلاف بينهم في الزائد على ذلك القدر فالبايع يدعيه ، والمشتري
ينكره والقول قول المنكر .^(٣)

المذهب الثاني :

يتحالفان عند الهلاك كما يتحالفان عند قيام السلعة ، وهو
مذهب المالكية والشافعية والحنابلة .^(٤)

- (١) الهداية ١٦٣/٣ المغني والشرح الكبير ٢٦٨/٤ ومعه
(٢) الهداية ١٦٣/٣
(٣) المغني والشرح الكبير ٢٦٨/٤
(٤) حاشية الدسوقي ١٩٠/٣ روضة الطالبين ٥٧٥/٣ ، كشف
القناع ٢٣٦/٣

واستدلوا بالسنة والقياس .

١ - السنة :

عموم قوله صلى الله عليه وسلم " اذا اختطف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار " (١).

قال أحمد : ولم يقل فيه " والمبيع قائم " الا يزيد بن هارون ، قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا هذه الكلمة لكنها في حديث معين . (٢)

٢ - القياس :

القول بالتحالف حال الهلاك على القول بالتحالف حال قيام المبيع .

فقالوا : إن كلا من العاقدين يدعي عقدا ينكره الآخر فيشرع التحالف كحال قيام السلعة . (٣)

(١) سبق تخريجه ص ٤٤١ .
(٢) المغني والمشرح الكبير ٢٦٨/٤ .
(٣) المرجع السابق .

مناقشة الأدلة

أولا - مناقشة أدلة القائلين بالتحالف عند الهلاك .

ناقش النافون لشروعية التحالف عند هلاك السلعة أدلة

المثبتين لها بمايلي :

فناقشوا استدلالهم بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : " إذا

اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار" ^(١) من وجوه .

١ - أنه قد جاء في بعض روايات الحديث ما يفيد التحالف

بحال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم " والسلعة قائمة " وحديثهم

مطلق فيحمل المطلق على المقيد لا سيما إذا كان ورود المطلق والمقيد

في واقعة واحدة وهما هنا كذلك " ^(٢) وما قيل من أن ورود قوله

صلى الله عليه وسلم " السلعة قائمة " على سبيل التنبيه أى يتحالفان وإن كانت

السلعة قائمة غير مراد بل ورود . على سبيل الشرط وهو المراد هنا ، لأن

قوله " إذا اختلف المتبايعان شرط " وقوله " والسلعة قائمة " بعينها

معطوف على الشرط فكان شرطا لأن موجب الاشتراط واحد . ^(٣)

٢ - ان التحالف بعد القبض مخالف للقياس ، وقد ورد به الشرع

حال قيام السلعة ، فيكون مخصوصا من القياس ، والمخصوص من القياس حال

قيامها لأنه عند القيام يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه

ينفسخ العقد فيعود الى كل منهما ماله بعينه ، فالعقد بعد هلاك

(١) سبق تخريجه ص ٤٤١ .

(٢) المبسوط ٣٢ / ١٣ .

(٣) المرجع السابق .

السلعة لا يحتمل الفسخ يدل عليه أنه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب،
فكذا بالتحالف^(١).

وناقشوا استدلالهم بالمعقول بأن كل واحد من العاقدين يدعى
عقداً ينفيه صاحبه .

ان الاختلاف في الثمن لا يوجب الاختلاف في ذات العقد والدليل
عليه يظهر فيما اذا وكل شخصاً لبيع له بألف فباع بالالفين جاز البيع
ولم يؤثر في العقد كما أن البيع بألف قد يصير بالالفين كما اذا باعه
مراوحة ، والبيع بالالفين قد يصير بألف فيما اذا باعه محاطة وهكذا^(٢).

*

ثانياً - مناقشة أدلة المانعين للتحالف حال هلاك المبيع :

ناقش القائلون بشرعية التحالف عند هلاك المبيع القائلين
بنفيها بما يلي :

ناقشوا استدلالهم بالمعنى أو المعقول في تفرقتهم بين
القول بالتحالف وقت القيام ، ونفيه وقت الهلاك ، بأنها تفرقة منقوضة
لأن المعنى الذى شرع له التحالف لا يختلف فيه حكم قيام السلعة
عن حكم تلفها ، فلا يفرق بينهما فيه .

وناقشوا قولهم بالتحالف وقت قيام السلطة وتعليقهم له بأنه
مقول به للحديث الوارد فيه ، وما عداه يبقى على الأصل ، وهو عدم
التحالف ، بأن لفظ التحالف لم يرد في شيء من الآثار أصلاً .

(١) المبسوط ١٣/٣٢٠ .

(٢) المرجع السابق .

ولئن سلم لكم مخالفة الأصل هنا الآن أنه خولف لمعنى فيه ، وإذا
خولف الأصل لمعنى ، وجب تعديه ذلك المعنى فيقاس عليه ، فيقاس
حينئذ التحالف حال هلاك السلعة على التحالف وقت قيامها ، ويقال
به فيه . (١)

*

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء مع أدلتها ومناقشتها يظهر لي
- والله أعلم - رجحان قول من قال بأن لا تحالف وقت هلاك السلعة
فقد استدلوا بأحدى روايات الحديث وفيها " والمبيع قائم " وهي
رواية صحيحة . (٢)

وإذا قيل بصحتها وجب العمل بمقتضاها فتكون مقيدة لروايات
الاطلاق ، وما قيل إن قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث " والمبيع قائم
قائم " جاء على سبيل التنبيه أى يشرع التحالف ، وإن كان المبيع قائما
أونحوا من هذا غير ظاهر لأنه يلغى فائدة هذا القيد ، وأعمال
الدليلين أولى من إهمالهما أو أحدهما

(١) المعنى والشرح الكبير ١٦٨/٤ ومع

(٢) إرواء الغليل ١١٦/٥ حيث قال صحيح ، وانظر ص ١٧١ ،

حيث قال : صحيح لمجموع طرقه وهي ست .

الفرع الرابع

صور يثبت فيها التحالف

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الفسخ أو الخيار عند اختلاف

المتبايعين وتحالفهما من حيث الجملة .

وانما الخلاف بينهم في بعض الصور هل يجرى فيها التحالف

وبالتالي الفسخ أولا تحالف ولا فسخ ؟

وقيل ذكر تلك الصور أشير الى أن الفقهاء يذكرون في باب

التحالف الكلام على حالات من التحالف لا يثبت بها فسخ ، كأن يكون

الحلف من أحد العاقلين ونحو ذلك وهذه الصور لا تهمنا هنا فهي

شيء ، وانما الذي يهمنا هنا - باعتبار أن له علاقة ببحثنا - هي الصور

التي اتفق الفقهاء على أنها تثبت الخيار أو اختلفوا فيها ، أما ما كان

متفقا عليه ما لا يثبت الفسخ فلا نذكره هنا .

وهذه الصور هي :

١ - اختلاف المتبايعين في قدر الثمن .

كقول البائع للمشتري بعتك هذه السلعة بعشرين فيقول المشتري

بل بعشرة .

فقد اختلف الفقهاء في التحالف المترتب عليه ثبوت الخيار في تلك

الصورة على أقوال :

القول الأول :

(١) يتحالفان ، وهو قول شريح وأبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد

(١) شرح فتح القدير ٢٠٥/٨ حاشية الدسوقي ١٨٨/٣ ، ١٨٩ ،

المهذب ٣٨٧/١ ، كشف القناع ٢٣٦/٣

واستدلوا بدليلين من السنة :

١ - ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لو أن الناس أعطوا بدعائهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه ^(١) .
ووجه الدلالة من الحديث :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم صرح بأن اليمين على المدعى عليه ،
والبائع مدعى عليه بأقل ما يدعى به ، والمشتري مدعى عليه بأكثر ما يدعى به فوجبت اليمين عليهما جميعا ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ولا
بيئة فيتحالفا .

٢ - بما جاء في بعض ألفاظ حديث التحالف ، والذي رواه
ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة ولا بيئة بينهما تحالفا " ^(٢) .

القول الثاني :

لا تحالف ، والقول قول البائع أو يترادان البيع وهو قول
الشعبي ، وحكاه ابن المنذر عن الامام أحمد رحمه الله ^(٣) .

صحيح

(١) صحيح البخاري ١٤٥/٥ ، مسلم ج ٣ / ١٣٣٦ .

(٢) زيادة لفظ (تحالفا) في حديث التحالف ما لا أصل له ، ولم تذكر
في شيء من كتب الحديث ، وإنما ذكرها الفقهاء في كتبهم انظر ارواء

الغليل ١٧١/٥ .

(٣) المغني ومعه الشرح الكبير ٢٨٨/٤ .

واستدلوا لذلك :

بما رواه ابن مسعود عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال :
" إذا اختلف البيعان ، وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان
البيع " (١) .

القول الثالث :

لا تحالف ، والقول قول المشتري مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر
وهو رواية عن الإمام أحمد ، لأن البائع يدعى قدرا زائدا في الثمن ينكره
(٢)
المشتري والقول للمنكر .

(١) سبق تخريجه ص ٤٤١ .

(٢) المغني ومعه الشرح الكبير ٢٨٨/٤ .

مناقشة وترجيح

بالتأمل في أقوال الفريقين يظهر لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور بأن البائع يتحالفان متى اختلفا في قدر الثمن ، لأن موجب التحالف قد وجد مع انتفاء المانع ، فيقال به .

أما ما استدل به القائلون بعدم التحالف ، وإن القول في الاختلاف قول البائع فلا دلالة في قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن مسعود ، فالقول قول البائع أو يترادان^(١) ، فإن المعنى فيه ، فالقول قول البائع ، في البدء باليمين ، يدل عليه قوله بعده " أو يترادان البيع " ، والتراد لا يكون إلا بعد التحالف .

أما قول من قال بأن لا تحالف والقول قول المشتري فمخالف للنص

من وجهين :

١ - جعلهم القول قول المشتري ، والحديث قد جعله للبائع ، وأن القول محمول هنا على البدء بالحلف لا على نفي التحالف ابتداءً .

٢ - نفي الخيار ، والحديث قد دل عليه بقوله أو يترادان .

أما استدلالهم بأن البائع يدعي زيادة والمشتري ينكرها والقول للمنكر فغير مسلم أن المشتري منكر فقط بل كل منهما منكر .

(١) سبق تخريجه ص ٤٤١ .

٢ - التحالف في شرط من الشروط الصحيحة .

إذا اختلف العاقدان في شرط من الشروط الصحيحة ، كاشتراط
الاجل ، أو رهن أو ضمن ، أو خيار فهل يتحالفان ؟ ويفسخ العقد ؟
للفقهاء في ذلك رأيان :

الرأى الأول : يتحالفان ، وهو قول زفر من الحنفية والشافعية
واحدى الروايتين عن أحمد^(١) ، ووافقهم المالكية في الصور الثلاث الأولى ،
وخالفهم في اشتراط الخيار ، وقالوا لا تحالف فيه ، والقول في الاختلاف
قول مدعى عدم الخيار^(٢) .

واستدلوا بالقياس .

فقالوا : الاختلاف في الأمور المذكورة اختلاف في الصفة فجاز
أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن^(٣) .

الرأى الثاني : لا تحالف والقول قول المنكر مع يمينه وهو مذهب
الحنفية ما عدا زفر .

واستدلوا بالمعقول :

فقالوا : ان الاختلاف بين المتبايعين لا يوجب التحالف الا عند
حصوله في أحد العوضين من ثمن وسلعة لورود النص بالتحالف فيهما .

ابن

(١) مجمع الأنهر ٦٤/٢ ، حاشية / عابدين ٥٦١/٥ ، المذهب
٣٨٩/١ التنبيه ص ١٦٩ ، المقنع ص ١١٢ المغنى والشرح الكبير
٠٢٦٩/٤

(٢) حاشية الدسوقي ٠١٩٣/٣

(٣) المغنى^{ومعه} والشرح الكبير ٧٦٩/٤ تكملة المجموع ٠٨١/١٣

ووجه وروده فيهما أن الشارع علق إيجاب التحالف باختلاف المتبايعين ، ولفظه المتبايعين أصل اشتقاقها من البيع فيثبت التحالف فيما ثبت فيه البيع ، والبيع يتم بالثمن والسلعة ، وما عدا ذلك لا يتم به البيع كالأجل ، وشرط الخيار لكون النفي لا يدل عليهما لا صراحة ولا معنى وهو بذلك - أعني الاختلاف في الشرط الصحيح كاشتراط الأجل - يشبه الاختلاف في الحط والبراء لأن بانهدام ما ذكر من شرط الأجل أو الخيار لا يؤثر في قيام العقد لأن العقد يسدون شرط أو أجل جائز . فإذا اختلفا في الأجل والشرط مثلاً فتخالفا انتفيا - الأجل والشرط - ، وانتفاؤه هـ لا يؤثر في صحة العقد بخلاف انتفاء غيرهما كقدر الثمن مثلاً فإنه يؤثر في صحة العقد ، ويجعله فاسداً . (١)

(١) نتائج الأفكار ٢١١/٨ ، العناية
٢١١/٨ ، حاشية ابن عايد ٥٦٠/٥ ، مجمع الأنهر
٠٢٦٤/٢

مناقشة وترجيح

مما سبق من بسط لاقوال الفقهاء مع أدلتها يتجلي لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور القائل بالتحالف عند الاختلاف في شرط من الشروط الصحيحة ، لأن المعنى الذي شرع له التحالف متحقق عند الاختلاف في الشروط الصحيحة .

أما قول المخالفين بأن التحالف لا يجرى الا عند الاختلاف في أحد العوضين من ثمن وسلعة .

فهذا الحصر غير مسلم ، لأن لفظة المتبايعين - في الواقع - لا تدل على ما قالوا بل تدل على خلافه ، ووجه دالته على / الحصر في العوضين أن المراد ما هو أعم من العوضين ، فيشمل العوضين والمتبايعين أنفسهما .

والمتبايعان يختلفان في العوضين وفي غيرهما ، فيجرى بينهما التحالف في حال اختلافهم سواء أكان اختلافهما في العوضين أم في غيرهما كاختلافهما في شرط من الشروط الصحيحة .

ثم ان القول بحصر التحالف في العوضين لا يدل عليه الحديث ، فالقول به تقييد لا إطلاق النص بالمعقول ، وهو غير جائز .

سأنا ، أن التحالف يجرى في العوضين فقط ، لكن لا نسلم أن الاختلاف في شرط من الشروط الصحيحة اختلاف في غير العوضين ، لأن الأجل والشرط وغيرهما من الشروط الصحيحة ما شرعا الا توثيقا للمبادلة ، فالاختلاف فيهما اختلاف في البدلين .

الفرع الخامس

إذا تحالف العاقدان هل يفسخ العقد بنفس التحالف

أو لا بد من فسخه ؟

إذا تحالف العاقدان ، ولم يرض أحدهما بقول صاحبه ، فإن العقد يحل بينهما وإذا قلنا يحل فما نوع ذلك الحل هل هو بالفسخ أو بالانفساخ ، وإذا كان بالفسخ فمن له حق الفسخ فيه الحاكم أو العاقد ؟

أما على القول بالانفساخ فظاهر أن الانفساخ لا يحتاج إلى إرادة بل متى تحالفا فقد انفسخ العقد من حين التحالف .

وعلى ذلك فقد اختلف الفقهاء في فسخ العقد الذي يجري عليه التحالف هل يكون فسخه بنفس التحالف أو لا بد من أن يفسخه الحاكم أو غيره ؟

وكان خلافهم على قولين :

القول الأول : إذا تحالف العاقدان فإن العقد لا يفسخ بنفس التحالف بل لا بد من فسخه وهذا ما قال به المالكية عدا سحنون وابن عبد الحكم والحنابلة ^(١) والصحيح عند الحنفية والشافعية ^(٢).

شرح

- (١) جواهر الأكليل ٥١٠/٤ منج الجليل
- ٧٤٦/٣ حاشية الدسوقي ١٨٩/٣ ، المقنع ص ١١٧ منتهى
- الارادات ٣٦٩/١ ، شرح منتهى الارادات ١٨٥/٥
- (٢) مجمع الأنهر ٢٦٤/٢ نتائج الأفكار ٢١٠/٨ ، المذهب
- ٣٨٨/١ ، مغني المحتاج ٩٦/٢ .

واستدلوا بما يلي :

١ - أن العقد الذي جرى عليه التحالف عقد صحيح فلا
ينفسخ بالتحالف كما لو أقام كل من العاقدين بيئة على دعوى صاحبه.^(١)

٢ - أن العقد لا ينفسخ بالبيئة فيما لو أقام كل من
العاقدين على ادعاء صاحبه والبيئة أقوى من اليمين فلأن لا يفسخ
العقد بالتحالف^(٢) أولى .

وعلى هذا القول القائل بأن العقد لا يفسخ بنفس التحالف
فمن يفسخه ؟ الحاكم أو العاقدان أو غيرهما ؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : يفسخه القاضي وهو قول الحنفية .^(٣)

ووجه ما قالوا : ان التحالف لم يثبت دعوى العاقدين فيسبق
بينهما بضمن غير معلوم فيفسخه القاضي دفعا للنزاع .^(٤)

الثاني : يفسخه الحاكم وهو قول المالكية ، وقول للشافعية .^(٥)

ووجه ما قالوا :

١ - أن الفسخ بالتحالف فسخ بالاجتهاد فيحتاج الى حاكم كفسخ
النكاح بالعيب .

- (١) المغني^{ومعه} والشرح الكبير ٢٦٢/٤ .
(٢) المذهب ٣٨٨/١ ، مغني المحتاج ٩٦/٢ .
(٣) الهداية ١٦٢/٣ مجمع الأنهر ٢٦٤/٢ نتائج الأفكار ٢١٠/٨ .
(٤) المراجع السابقة .
(٥) حاشية الدسوقي ١٨٩/٣ جواهر الاكليل ٥١٠/٤ المذهب ٣٨٨/١ نهاية المحتاج ١٦/٤ .

٢ - أنه فسخ لدفع النزاع بين المتعاقدين ولا يدفع تنازعهما
الى الحاكم فكان بيده. (١)

الثالث : يفسخه المتعاقدان أنفسهما ، وهو قول الحنابلة ووجه
عند الشافعية. (٢)

واحتدلوا بالسنة :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم في حديث الاختلاف " أو يترادان
البيع " والظاهر من الحديث أنهما يستقلان بالفسخ .

٢ - ورد أن ابن مسعود رضي الله عنه باع الأشعث بن
قيس رقيقاً من رقيق الأُمارة فقال عبد الله : بعثك بعشرين ألفاً ، قال
الأشعث : اشتريت منك بعشرة آلاف ، فقال عبد الله : سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إذا اختلف البيعان وليس بينهما
بينة ، والبيع قائم بعينه فالقول قول البائع أو يترادان البيع " . (٣)

٣ - ما روى عن عبد الطك بن عبيدة قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم " إذا اختلف المتبايعان استخلف البائع ثم كان
المشتري بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك " . (٤)

(١) المذهب ٣٨٨/١ ، مغني المحتاج ٩٦/٢ ، نهاية المحتاج

٠١٦٠/٤

(٢) المقنع ص ١٠٧ ، منتهى الارادات ٣٦٩/١ ، المذهب ٣٨٨/١

مغني المحتاج ٩٦/٢ .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٤١ .

(٤) سنن الدارقطني ١٨/٣ سنن البيهقي ٠٣٣٣/٥

قال ابن قدامة رحمه الله في المغني : " وهذا ظاهر في أنه
يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار اليه فأشبهه من له خيار الشرط أو
الرد بالعيب ، ولا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال
بالطلاق . " (١)

الثاني : يفسخ العقد بنفس التحالف ، وهو قول للحنفية
والشافعية وقول سحنون وابن عبد الحكم من المالكية . (٢)

ووجه ما قالوا :

١ - أن العقد يفسخ بنفس التحالف كأنفساخ النكاح باللعان
بنفس التحالف . (٣)

٢ - بالتحالف صار الثمن مجهولا والبيع لا يثبت مع جهالة
العوض فوجب أن يفسخ . (٤)

- (١) المغني والشرح الكبير ١٦٢/٤ .
(٢) مجمع الأنهر ٢٦٤/٢ نتائج الأفكار ٢١٠/٨ ، المذهب
٣٨٨/١ ، مغني المحتاج ٩٦/٢ ^{شرح} منح الجليل ٧٤٦/٣ ،
جواهر الكليل ٥١/٤ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ١٨٩/٣ ، المذهب
٣٨٨/١ ، مغني المحتاج ٩٦/٤ .
(٤) المذهب ٣٨٨/١ .

مناقشة وترجيح

ما سبق من عرض لأقوال الفقهاء مع أدلتها يظهر لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور القائل بأن العقد الذي جرى عليه التحالف لا يفسخ بنفس التحالف ، بل لا بد من فسخه بدليل .

أنه لو رضي أحد العاقدين بقول الآخر بعد التحالف قبل رضاه وحكم به ، وهذا الرضا المعمول به ينعدم عند القول بالانفساخ بنفس التحالف لأن العقد قد انفسخ قبل الرضا فلا أثر له بعده .

وأما قولهم إن العقد يفسخ بنفس التحالف كالنكاح فإنه يفسخ باللعان ، فإن ثمة farkا بين الفسخ بالتحالف في البيوع وبين الفسخ باللعان في النكاح ، فإن المتلاعنين لا يمكن أن يجتمعا في العقد بعد اللعان ، وهذا منتف في العقد الذي جرى عليه التحالف فإنه يمكن أن يعود العقد على حقيقته بعد التحالف كأن يرضى أحد العاقدين بقول صاحبه .

وعلى هذا القول فإن العقد لا يفسخ بنفس التحالف بل لا بد من فسخه فمن يملك فسخه ؟

أرجح هنا قول الحنابلة أن حق الفسخ بالتحالف للعاقدين لأن التحالف ما شرع إلا لمصلحة العاقدين فهو لا يعدوهما ، ولكن القول بأن العاقدين يملكان الفسخ بالتحالف ليس على إطلاقه ، بل ذلك مقيد بعدم التنازع بينهما فمتى تنازع العاقدان فسح الحاكم أو نائبه العقد بينهما .

الفرع السادس

العقود التي يجرى فيها التحالف

يجرى التحالف في عقود المعاوضات ، يقول الامام النووي في كتابه
روضة الطالبين : يجرى التحالف في جميع عقود المعاوضات كالسلم
والاجارة ، والقراض ، والمساواة والجماعة ، والصلح عن دم والكتابة ثم
في البيع ونحوه . (١)

(١) روضة الطالبين ٥٧٦/٣

المبحث الثالث

الفسخ بسبب العذر في الاجارة

تمهيد :

لا خلاف بين الفقهاء في ان الاجارة تقبل الفسخ ، صرحوا بذلك في كثير من المواضع من باب الاجارة بل أن بعض الفقهاء أفرد باباً مستقلاً لفسخ الاجارة ، ولكن القول بأن الاجارة تقبل الفسخ ليس على إطلاقه ، لأن الاجارة عقد لازم ومعنى كونها عقداً لازماً أنها لا تقبل الفسخ إلا في حدود ضيقة كما هو الشأن في العقود اللازمة . وبناءً على القول بلزوم عقد الاجارة فإن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ضيقوا مجال فسخه حتى لا يخرجوه عن كونه عقداً لازماً في الجملة .

ووافق الحنفية الجمهور في الحالات التي يفسخ بها عقد الاجارة عندهم ، وزادوا عليها حالة أخرى رأوها مناسبة لفسخه هي " العذر " .

وبذلك فهم يوسعون مجال فسخ الاجارة ، وسنرى أن قولهم هذا - فيما بعد - يقتضى اخراج الاجارة عن أصلها وهو اللزوم .

*

خلاف الفقهاء في الفسخ بسبب العذر في الاجارة

اختلف الفقهاء في العذر الحادث في الاجارة هل يعتبر سبباً موجباً لفسخها عند ارادته ؟ أولاً يعتبر كذلك ؟

وقبل ذكر خلافهم أبين ضابط العذر الموجب للفسخ - عند ارادته - عند من يقول به ؟ فأقول : العذر الذي يثبت به الفسخ عند القائلين به هو " كل فعل سبب نقض المال أو تلفه " (١) .

(١) حاشية رد المحتار ٨١/٦ نقلا عن جامع الفصولين .

ومثاله - كما لو استأجر شخصا لخياطة ثوبه فبدى له أن لا يخطئه أو استأجره ليعبئ له دارا ثم بدى له أن لا يبني أو استأجره ليجتمع ثم بدا له أن لا يجتمع وما شابه ذلك .
وبعد ذكر ضابط العذر الموجب للفسخ أعود لخلاف الفقهاء فيه . فلفقهاء في جواز الفسخ بالعذر مذهبان :

المذهب الأول :

لا تفسخ الاجارة بالعذر ، وهو قول سفيان الثوري وأبي ثور وعليه المالكية والشافعية والحنابلة .^(١)

واستدلوا بما يلي :

١ - قاسوا عدم جواز فسخ الاجارة بالعذر على عدم جواز فسخ البيع به بجامع عدم جوازهما مع استيفاء المنفعة بغير عذر .
فقالوا : في عقد الاجارة لا يجوز فسخه مع امكان استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر فلا يجوز مع العذر في غير المعقود عليه كالبيع .

٢ - عقد الاجارة لا يجوز فسخه لعذر المكري ، فلا يجوز فسخه لعذر المكترى لأنه لو قيل بجواز فسخه لعذر المكترى للزم القول به لعذر المكري تسوية بين العاقلين ، ودفعاً للضرر عنهما جميعاً ، ولم يجزها هنا فلا يقال بجوازه هناك .^(٢)

(١) بداهة المجتهد ٢/٢٦ ، المذهب ١/٤١٢ ، كشف القناع ٤/٢٣ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٦/٢٠ .

المذهب الثاني :

تفسخ الاجارة بالعذر وهو مذهب الحنفية والظاهرية (١) .

واستدلوا بمايلي :

١ - أن الحاجة داعية الى الفسخ وقت العذر لأنه

لوقيل يلزوم العقد حال تحقق العذر لتضرر صاحب العذر منه
فالفسخ مانع للضرر وله ولاية رفعه عنه . (٢)

٢ - أن الفسخ الذي سببه العيب انما هو لدفع الضرر الناتج

عن العيب لا لعيب نفسه ، فاذا وجد الضرر حال ايفاء العقد يكون ذلك
عذرا في الفسخ وان لم يوجد العيب في المعقود عليه . (٣)

(١) المبسوط ٢/١٦ ، مجمع الأنهر ٣٩٩/٢ المحلى ١٨٧/٨ .

(٢) البدائع ١٩٧/٤ .

(٣) المبسوط ٢/١٦ البدائع ١٩٧/٢ مجمع الأنهر ٣٩٩/٢ .

مناقشة وترجيح

بالتأمل في أدلة الفريقين يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو قول الجمهور من أن الاجارة لا تقبل الفسخ بالعدر لأن الأصل في الاجارة وغيرها من العقود اللزوم لقوله تعالى * يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ^(١) والقول بأن الاجارة تقبل الفسخ بالعدر يخالف هذا اللزوم .

كما أن العذر في الاجارة لا يحدث خلافا في ذات المعقود عليه ، والفسخ لا يثبت الا اذا كان ^{في} ثم خلل / المعقود عليه ، كالخلل الحادث بالعيب .

أما قولهم بأن الحاجة تدعو للفسخ حال العذر لوجود الضرر ، وهو مرفوع ، فانا نقول - ان الحاجة لا تصلح مناطا للفسخ ليعلق الحكم بها لعدم انضباطها فهي تختلف من شخص لآخر كما أنه يشترك فيها الموءجر والمستأجر .

أما قولهم بأن الفسخ بالعيب لا أجل للضرر لا لأجل العيب ، والضرر يوجد بالعذر فيفسخ العقد لذلك .

فغير مسلم أن الفسخ للضرر لا لعيب ، بل الفسخ للعيب نفسه لأنه لو كان الفسخ بالضرر لعلق الخيار به ، فلما علق الفسخ بالعيب دل على أن الحكم لا يعلق بغيره ، ولأن الضرر قد يكون لغير العيب فهو أعم من العيب .

(١) سورة المائدة آية رقم (١) .

المبحث الرابع

الفسخ بسبب امتناع التسليم

المبحث الرابع

الفسخ بسبب امتناع التسليم

الأصل في البيع المطلق أن يكون تسليم البديلين من مقتضياته ،
فعلى المشتري تسليم الثمن للبائع ، وعلى البائع تسليم المبيع للمشتري .
فإذا حدث أن تكلأ أحد العاقلين عن التسليم لما التزم به فهل
للعاقدين الآخر فسخ العقد ؟

المبدأ العام عند الفقهاء أنه لا حق للعاقدين في فسخ العقد مادام
العقد لازماً ، وكان إجبار الممتنع عن تسليم التزامه ممكناً بأن يرفع أمره إلى
القضاء فيتولى القضاء إجباره على تسليم ما التزم به .

لكن إذا طلب الطرف الآخر - صاحب الحق - الفسخ فهل يجاب

اليه ؟

الذي عليه فقهاء الحنفية أنه لا فسخ بامتناع التسليم ، وليس لصاحب
الحق إلا المطالبة بالوفاء بالعقد دون فسخه بأن يرفع أمره إلى الحاكم ،
والحاكم يجبر الممتنع على تسديد ما التزم به قبل صاحبه لأن الغرض من
القضاء الفصل بين الخصومات ، وإيصال ذوي الحقوق لحقوقهم .^(١)

والذي عليه الحنابلة جواز الفسخ عند امتناع التسليم من العاقلين

أو أحدهما وامتناع التسليم يتجلى في صورتين :

الصورة الأولى : امتناع المشتري من تسليم الثمن للبائع .

وتتجلى هذه الصورة فيما إذا كان المشتري معسراً بالثمن أو كان الثمن
غائباً عَجَبَةً بعيدة عن مكان العقد ، أو كان المشتري غنياً ماطلاً فللطرف الآخر
الفسخ .

يقول ابن قدامة في ذلك : وان كان - يعني الثمن - دينا اجبر
البائع على التسليم ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن ان كان حاضرا
وان كان غائبا - يعني الثمن - بغيذاً أو كان المشتري معسراً فللبائع
الفسخ . (١)

ويقول ابن تيمية رحمه الله : والمبيع اما عين واما دين ، فالعين
يكون العيب فيها ، والدين يكون العيب في محله ، فاذا كان المدين عاجزاً
عن الوفاء فهذا عيب .

ولهذا قال أصحابنا - يعني الحنابلة - : له الفسخ اذا بان
المشتري معسراً ، أو ماله غائباً اما مسافة القصر أو ما دونها على أحد
الوجهين ، وكذلك ان كان جاحداً أو ماطلاً . (٢)

الصورة الثانية : امتناع البائع من تسليم المبيع للمشتري .

وتتجلى هذه الصورة فيما اذا امتنع البائع من تسليم المبيع على سبيل
المماطلة للمشتري أو على سبيل الجحود للبيع ونحو ذلك ، فإن للمشتري
فسخ العقد .

ويدخل في هذه الصورة ما اذا جرى البيع على مغبوب يعلم به
الطرفان ، وكان المشتري يظن في نفسه القدرة على استخلاصه من غاصبه ، ثم
عجز عنه ، فله الفسخ والرجوع بالثمن . (٣)

(١) المقنع ص ١٠٨ .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٣ .

(٣) منتهى الارادات ٣٤٢ / ١ حيث قال الفتوحى في الشرط الخامس من
شروط البيع : " - ولا مغبوب - يعني ولا يصح بيع مغبوب - الا
لغاصبه أو قادر على أخذه ، وله الفسخ ان عجز " انظر الفروع ٢١ / ٤ .

لشعنا
بیوی

الخاتمة

بعد الفراغ من دراسة موضوع (الفسخ في العقود المالية) يمكنني أن استخلص من هذه الدراسة أهم نتائجها في النقاط التالية :

- ١ - ان تقسيم العقود الى عقود مالية، وعقود غير مالية يتبين من المقصود من العقد ذاته ، فإذا كان المقصود منه المال فهو عقد مالي ، وان لم يكن المقصود منه المال فهو عقد غير مالي ، وان اشتمل عليه .
- ٢ - اختلف الفقهاء فيما يطلق عليه اسم المال هل يعم كل ماله قيمة مادية بين الناس أو يخص منه بعض الأموال ؟ وبناءً عليه فلا تسمى مالا .

الراجع : أن المال يشمل كل ما يمكن ادخاره وحيازته لعدم وجود نص بتقييده فيبقى على مقتضى العموم ، وينبغي على ذلك ما يلي :

- أ - أن المنافع أموال ، فيضمن متلفها بالفوات والتفويت .
- ب - أن حقوق الارتفاق أموال ، فيجوز بيعها مع أصلها ومنفردة عنه .
- ج - أن الديون أموال ، فتأخذ أحكام المال في سائر أحوالها .

٣ - تبين من معنى الفسخ اصطلاحاً أنه لا يرد الا على عقد له وجود شرعي ، وبناءً على ذلك فلا يرد على العقد الباطل لأنه غير منعقد شرعاً .

٤ - يفترق الفسخ عن الانفساخ بأنه يحتاج الى ارادة تباشره بخلاف الانفساخ فلا يحتاج اليها .

٥ - يتسامح في الفسوخ ما لا يتسامح في العقود من ذلك أنها لا يدخلها الربا بخلاف العقود .

٦ - الغبن عند الفقهاء قسمان : فاحش ويسير ، وضابط ذلك العرف ، فما تعارف الناس على التغابين به فهو اليسير وما لم يتعارفوا على التغابين به فهو الفاحش ، أما حكمهما فلا رد بالغبن اليسير باتفاق الفقهاء ، أما الفاحش فقد ظهر من خلال البحث أن الفقهاء متفقون على الرد به من حيث الجملة ، وإنما اختلفوا فيه هل الأصل الرد به أو الأصل عدم الرد ؟

والراجع : أنه يرد بالغبن الفاحش في مواطن النص ويلحق بها ما يشاء ركنها في علة حكمها .

٧ - إذا فوات المقصود من العقد كله أو بعضه استحق العقد الفسخ ، والأصل في الفسخ بالفوات الفسخ بسبب خيار العيب ، وما يعتبر من قبيل الفسخ بالفوات ما يلي :

أ - الفسخ بسبب تفرق الصفقة .

ب - الفسخ بسبب فوات الوصف الشروط في صلب العقد .

ج - الفسخ بسبب الرجوع في الهبة .

٨ - ضابط العيب الموجب للرد عند الفقهاء هو ما أوجب نقصاناً في المبيع أو الثمن ، والطريق لمعرفة النقص العرف والعادة لدى التجار .

٩ - ظهر من خلال البحث أنه لا خلاف بين الفقهاء في فسخ الهبة من حيث الجملة ، وإنما الخلاف بينهم في بعض المسائل هل يثبت بها الفسخ أو لا يثبت بها ؟ .

والأصل المسند إليه هذا الخلاف هو خلافهم في عقد الهبة هل هو عقد لازم فلا يفسخ إلا بمقتضى لفسخه كغيره من العقود اللازمة أو عقد جائز فلا يلزم إلا بأسباب عارضة ؟

ذلك
والصحيح أنها عقد لازم، مناء على/ فانها لا تفسخ الا فيما جاء به
النص كهيئة الوالد لولده ، أو كان موافقا له في علة حكمه كرجوع الأم فسي
هبتها لولدها .

١- . للعاقدين أو أحدهما فسخ العقد اللازم الخالي من الخيار
اذا تعذر استيفاؤه ، والأصل في الفسخ بالاستعذر خيار الافلاس ، وخيار
اختلاف المتبايعين ، وما يندرج في ذلك الفسخ بسبب العذر لدى الحنفية ،
والفسخ بسبب امتناع التسليم لدى الحنابلة .

الفناني

فهرس الآيات

<u>الآية</u>	<u>رقمها</u>	<u>الصفحة</u>
--------------	--------------	---------------

(سورة البقرة)

(الا الذين ظلموا)	١٥٠	٣٧٧
(فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)	١٩٤	٣٠٢
(الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح)	٢٣٧	٤٠٠
(لا اكراه في الدين)	٢٥٦	٩٢
(وأحل الله البيع)	٢٧٥	٢٢٥، ١١٨، ١٠٠
(وان تبتم فلکم رؤوس أموالکم)	٢٧٩	٣٠٢
(وان كان زوعرة فنطرة الى ميسرة)	٢٨٠	٤١٧، ٤١٥، ٤٠٣
(ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين)	٢٨٢	٤٨
(وأشهدوا اذا تباعتم)	٢٨٢	١٤٤، ١٣٤
(لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت)	٢٨٦	١١٢

(سورة النساء)

(فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)	٤١	٤٠٣، ٤٠١
(وأحل لكم ما وراء ذالك أن تبغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين)	٢٤	٣٧
(الا أن تكون تجارة عن تراض منكم)	٢٩	١٠٧، ١٠٦، ١٠٣، ١٠٠
		١١٨، ١٣٤، ١٤٣، ٢٧٨

<u>الآية</u>	<u>رقمها</u>	<u>الصفحة</u>
(وَاِذَا حِيَّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنِ مِنْهَا أَوْ دُونَهَا)	٨٦	٣٩٣ ، ٣٩٥
(وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً)	٩٢	٧٢
(وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يَغْنِ الْإِلَهُ كِلَا مِنْ سَعْتِهِ)	١٣٠	١٤٢
<u>(سورة المائدة)</u>		
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ)		(٣٩١ ، ١٤٤ ، ١٣٤ ، ٧ ، ٣)
• ٤٦٧		
(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى)	٢	١٢٢ ، ١١٨
(لَا يُوَءِّدُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغُوفِ أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُوَءِّدُكُم بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ)	٨٩	٧
<u>(سورة النحل)</u>		
(وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ)	١٢٦	٣٠٢
<u>(سورة الاسراء)</u>		
(وَلَا تَقُلْ لَهَا أَفْ)	٢٣	٣٧٩ ، ٣٨٩
<u>(سورة النور)</u>		
(وَلَا تَكْرَهُوا فِتْيَانَكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنْ أَرَادُوا تَحَصُّنًا)	٣٣	٩٢
<u>(سورة محمد)</u>		
(وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ)	٣٣	٣٩٢
<u>(سورة النجم)</u>		
(وَإِنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى)	٣٩	١١٢

<u>الآية</u>	<u>رقمها</u>	<u>الصفحة</u>
<u>(سورة الطلاق)</u>		
(فطلقوهن لعدتهن)	١	٩٩
(و ان كن اولات حمل فانفقوا عليهن)	٦	٨٤
<u>(سورة البينة)</u>		
(وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة)	٤	١٤٢

فهرس الاٲحادس وآثار

<u>الصفءة</u>	<u>الحديث</u>
	(ابتاع زس بن ثابت ملوكا من عبءالله بن عمرو
٣٣٤	رضس الله عنهما)
٢٠٨	(أءاز الخيار الى شهرس)
	(اذا اءطف البسعان ولس بسسبسا بسس فهو ما سقول
٤٥٩ ، ٤٥٢ ، ٤٤٧ ، ٤٤٦ ، ٤٢٤ ، ٤٤١	رب السلعة أو ستتاركا)
	(اذا اءطف المتباسعان والسلعة قائمة ولا بسس بسسبسا
٤٥١	تءالفا)
	(اذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخسار ما لم
١٤١	سفرقا)
	(اذا تباع المتباسعان بالسبع فكل واحد منهما بالخسار
١٤٠	من بسسه)
	(اشترى طلعة بن عبسءالله من عثمان بن عفان رضي الله
٢٢٦	عنه ما لا)
٣٨٧ ، ٣٨٦ ، ٣٧٣	(أكل ولءك نءلته مثل هذا)
١٤٢	(افترقت السهود على اءى أو اثنتس وسبعس فرقة)
٢٧٧	(ان زنت فاءلءوها)
٣٨٨	(ان اطسب ما أكلتم من كسبك وان اولاءكم من كسبك)
٢٣	(انما الاٲعال بالنساة وانما لكل امرىء ما نوى)
١٠٤	(انما السبع عن تراض)
٤٠٤ ، ٤٠٢	(انما سرجع فس المواهب النساء وشرار الاٲقوام)
	(ان الله وضع عن أمتس الءطأ والنسسان وما استكرهوا
١٠٧ ، ١٠٤	علسه)

الحدیث	الصفحة
(ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة)	٤٠٢
(أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه)	٤٢١
(أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو	
في ماله بين غمائه)	٤١٥ ،
(أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض	
الذي باعه من ثمنه شيئا)	٤٢٠ ، ٤٢٦ ، ٤٢٩
(أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه)	٤٢٢
(بارك الله لك في صفقة يسينك)	١١٩
(بعث أمير المؤمنين مالا بالوادي بمال له بخيبر)	١٤١ ، ٢٢٦
(بيع وقل لا خلافة)	١٦١ ، ٢٠٦ ، ٢١٣ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨
(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار)	١٣٥
(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك	
لهما)	١٤٠ ، ١٨٤ ، ٣٠٧ ،
(البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه)	١٤٠
(خذنها فاعتقها واشترطي لهن الولاء)	١٦٤
(الخراج بالضمان)	٣٠٧ ، ٣٢٥ ، ٣٥٣
(خير أعرابيا بعد البيع)	١٤١
(رب حامل فقه ليس بفقيه)	٣٠٥
(شهادة خزيمه تعدل شهادة رجلين)	١٦٩
(السعائد في هبته كالعائد في قيئه)	٣٧٥ ، ٣٧٨ ، ٣٩٢ ، ٣٩٥ ، ٤٠١
(غبن المسترسل حرام)	٢٧٠
(فما زال يزيديني ويقول والله يغفر لك)	٢٧٦

الحدیث	الصفحة
(كل بیعین لا بیع بینهما حتی یتفرقا الا بیع الخيار)	١٤٠
(لا تبیع ما لیس عندك)	٢٣٤ ، ٢٢٩ ، ١٢٤ ، ١٢١
(لا تصرؤا الابل والبقر)	٣٣٤
(لا تلقوا الجلب)	٢٧٤
(لا ضرر ولا ضرار)	٣٨٤
(لا طلاق الا فیما تطلق)	١٢١
(اللهم استأجرت اجرا فاعطيتهم أجرهم غیر رجل واحد)	١٢٠
(لا یبیع حاضر لباد)	٢٧٢
(لا یحل لامریء مسلم أن یبیع سلعة)	٣٢٦
(لا یحل مال امریء الا عن طیب نفس)	١٠٧ ، ١٠٦
(لا یسم المسلم علی سوم أخیه)	٢٧٧
(لو أن/ أعطوا بدعاویهم لا دعوى ناس من الناس)	٤٥١
(لیس لأحد أن یعطي عطیة فیرجع فیها الا الوالد)	٣٧٩ ، ٣٧٧ ، ٣٧٤
	٤٠١ ، ٣٩٢ ، ٣٨٦
(المسلمون علی شروطهم)	١٦٢ ، ١٧٠ ، ١٧١ ، ٢٠٨ ، ٢١٠ ، ٣٣٥
	٣٥٧ ، ٣٥٩
(من ابتاع طعاما فلا یبیعه)	١٣٥
(من ابتاع مصراة فهو فیها بالخيار ثلاثة أيام)	٣١٣ ، ٢٠٦
(من أحق الناس بصحبتي قال امك)	٣٨٩
(من أداها طائعا فله أجرها)	٣٠٥
(من أدرك ماله بعینه عند رجل أو انسان قد افلس فهو أحق به)	٤١٤ ، ٤١٢ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٥ ، ٤٢٧ ، ٤٣٢
	٤٣٦ ، ٤٣٨

الصفحة	الحديث
١٦٢	(من اشترى شاة مصراة)
٢٣٥، ٢٢٧	(من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه)
٣٠٣	(من اعتق شقصا في عبد)
٢٥١	(من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته)
	(من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه
٢٠٢	المبتاع)
	(من باع نخلا بعد أن يؤمر فشمرته للبائع الا أن
٢٠٢	يشترطه المبتاع)
١٩٧	(من ترك مالا أو حقا فلورثته)
	(من سرق له متاع أو ضاع متاع فوجده عند رجل بعينه
٤١٤	فهو أحق بعينه)
٣٢٦	(من غشنا فليس منا)
٣٧٩، ٣٧٥	(من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم)
٣٠٧	(نهى عن بيع الدين بالدين)
٢٨٢ - ٢٢٩	(نهى عن بيع الغرر)
٢٢٩	(نهى عن الملامسة والمنايذة)
	(هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله
٣٣٥	عليه وسلم)
	(هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من
٣٢٧	العداء بن خالد)
١٣٦	(هولك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت)
٠٣٩٨، ٣٠٠، ٣٩٩، ٣٩٣	(الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها)

فهرس الأعلام المترجم لهم

الاسم	الصفحة
ابراهيم بن خالد بن اليمان (ابو ثور)	١٣٨
ابراهيم بن عبد الرحمن بن الفرکاح	١٣
ابراهيم بن عبد المنعم بن أبي الدم	٢٦٧
ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادی	٢٢٣
ابراهيم بن محمد بن السرى الزجاج	٣
ابراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي	٢٤
ابراهيم بن يزيد بن قيس النخعي	١٣٣
ابوبكر بن مسعود بن احمد الكاساني	٨٥
أبو القاسم بن أحمد البرزلي	٢٧١
أحمد بن ادريس القرافي	٥٨
أحمد بن عبدالله القارى	٢٦٣
أحمد بن علي أبوبكر الرازى الجصاص	٦
أحمد بن عمرو الشيباني أبوبكر الخصاص	٤١٥
أحمد بن فارس ، أبوزكريا	٥٢
أحمد بن محمد بن أحمد الدردير	٣٥
أحمد بن محمد بن مكي الحموى	٤٩
أحمد بن محمد بن هارون أبوبكر الخلال	٢٦٨
أحمد بن هاني* الأثرم	٣٨٧
اسحاق بن ابراهيم بن جوى	٤٢٤
اسحاق بن ابراهيم بن راهويه	١٣٨
اسماعيل بن عياش بن سليم	٤٢٤
اسماعيل بن يحيى المزني	٢٢٢

الاسم	الصفحة
أشهب بن عبد العزيز العامري	١١٥
بريرة (رضي الله عنها)	١٦٣
بقية بن الوليد بن صائد	٤٢٤
حرب بن اسماعيل	١٢٦
الحسن بن أبي الحسين البصري	١٣٧
الحسين بن مسعود الغراء البفوي	٢٢٠
الربيع بن سليمان المرادي	٢٢٣
زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم	٥
سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب	١٣٦
سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي	١٣٧
سلمة بن المحبق (رضي الله عنه)	٢٢٧
سوار بن عبد الله العنبري	١٣٨
شريح بن الحارث بن قيس الكوفي	١٣٧
طاووس بن كيسان اليماني	١٣٦
عامر بن شراحيل الشعبي	١٣٧
عبد الحميد بن محمد بن الصائغ	١٣٩
عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري	١٣٩
عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي	٣١
عبد الرحمن بن عمر الأوزاعي	١٣٧
عبد الرحمن بن مهدي بن حسان	١٣٨
عبد السلام بن سعيد سحنون	١٠٥

الاسم	الصفحة
عبد الكريم بن الفضل الرافعي	٢٢٣
عبد الله بن الحسين الكرخي	٨٧
عبد الله بن المبارك المروزي	١٣٨
عبد الملك بن أبي سليمان بن جريج	١٣٧
عبد الملك بن حبيب الفقيه	١٣٩
عبد الله بن الحسن العنبري	١٣٨
عطاء بن أبي رباح الامام	١٣٧
علي بن أبي بكر المرغيناني	١٣٣
علي بن عبد الكافي السبكي	٢٧٢
علي بن حمزة الكسائي	٩٢
علي بن عبد السلام التسولي	٢٤٤
علي بن عبد الله بن جعفر (ابن المديني)	١٣٨
علي بن عقيل بن احمد بن عقيل	١٨٣
علي بن محمد الماوري	٢٢٣
عمر بن الحسين الخرقى	١٣٩
عيسى بن أبان بن صدقة	٣٠١
القاسم بن صدقة (أبو عبيد)	١٣٨
كثير بن زيد (أبو محمد)	١٦٥
الليث بن سعد بن عبد الرحمن	١٣٧
مبارك بن أبي الكرم بن الأشعر	٢٦
محمد بن احمد أبو زهرة	٣٧
محمد بن احمد بن جزى الكلبي	

الاسم	الصفحة
محمد بن احمد بن أبي موسى	٢٦٨
محمد بن احمد بن رشد	٢٧٢
محمد بن احمد بن سهل ابوبكر السرخسي	٩٤
محمد بن احمد بن عبد العزيز (ابن النجار)	٨٣
محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي	٣٥
محمد بن اسحاق بن يسار	١٦١
محمد بن اسماعيل البخاري	١٣٨
محمد بن بهادر الزركشي	٣١
محمد بن التاودي بن أحمد الطالب	٢٦٢
محمد بن الحسين أبو علي	١٨٠
محمد بن عبد الله الخرشي	١١٥
محمد بن علي بن عمر المازري	٢٧١
محمد بن محمد بن احمد الغزالي	٢٧٢
محمد بن محمد بن الحسين (ابو اليسر)	٣٠٢
محمد بن محمد الشربيني	٣٥
محمد بن محمد بن عرفة	٢٤٥
محمد بن محمد بن محمد (أبو بكر بن عاصم)	٢٧١
محمد بن محمد بن محمد التسولي	٢٦٣
محمد بن مسلم الزهري	١٣٧
محمد بن منصور الاسبيجاني	٨٦
محمد بن يوسف المواق	١٨٩
مسلم بن خالد الزنجي	١٣٨

<u>الاسم</u>	<u>الصفحة</u>
منصور بن يونس البهوتي	٣٢
نضلة بن عبيد (أبوبرزة)	١٣٦
يحيى بن زياد بن عبدالله الفراء	٩٢
يحيى بن سعيد القطان	١٣٧
يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير	٢٩٨
يوسف بن عبدالله بن محمد عبد البر	١٣٩
يوسف بن يحيى البويطي	٢٢٢

فَهَرَسُ الدُّصَاوِرِ وَالْمَرْجَعِ

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم .
- أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ،
- للعلامة تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد المتوفى
- سنة ٧٠٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .
- أحكام القرآن للجصاص ،
- تأليف الامام حجة الاسلام ابي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص
- الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ،
- طبعة مصورة عن الطبعة الاولى طبع بمطبعة الاوقاف الاسلامية في
- دار الخلافة العلمية ، الناشر دار الكتاب العربي .
- الاحكام في اصول الأحكام ،
- لأبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ،
- دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٠ هـ .
- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام ابن تيميه ،
- اختارها العلامة علاء الدين أبو الحسن علي بن أحمد بن عباس
- البعلبي الدمشقي المتوفى سنة ٨٠٣ ، تحقيق محمد حامد الفقي
- الناشر : دار المعرفة .
- الخيار واثره في العقود ، تأليف د / عيد الستار أبو غدة ، ط / ٢ ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م
- طبعة مطبعة مقهوي - الكويت .
- ارواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل ،
- للشيخ محمد ناصر الدين الألباني بإشراف زهير الشاويش ،
- المكتب الاسلامي الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ .
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ،
- للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ،
- دار الكتب العلمية ، الطبعة الاولى ٣٩٩ هـ بيروت لبنان .
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ،
- تأليف الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ،
- دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٠ هـ .

- الاشراف على مذاهب أهل العلم ،

للامام الحافظ محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري المتوفى

٣١٨ هـ تحقيق محمد نجيب سراج الدين ،

باشراف الشيخ عبد الغني محمد عبد الخالق ، دار الثقافة ،

الطبعة الاولى ١٤٠٦ هـ .

- الاصابة في تمييز الصحابة ،

لشيخ الاسلام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني

المعروف بابن حجر المتوفى سنة ٨٥٢ هـ وبذيله كتاب

الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، لا بي عمر يوسف بن عبد الله

محمد بن عبد البر ، تحقيق طه محمد الزيني ، الطبعة الاولى

الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .

- اعانة الطالبين ،

للعامة المسند أبي بكر المشهور بالسيد البكري وبهامشها فتح

المعين للمؤلف ، الطبعة الرابعة دار احياء التراث العربي .

- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين

والمستشرقين لخير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين ،

الطبعة السادسة ١٩٨٤ م .

- الافصاح عن معاني الصحاح للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى

ابن محمد بن هبيرة الحنبلي المتوفى سنة ٥٦٠ هـ ، ملتزم الطبع والنشر
المؤسسة السعدية بالرياض .

- الفواكه الدواني للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى (ت ١٢٠١ هـ)

دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .

- الاقتاع في حل الفاظ أبي شجاع ،

تأليف شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ،

وبهامشه تقرير الشيخ عوض بكماه ، وبعض تقارير لشيخ الاسلام

الشيخ ابراهيم الباجوري ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ، لبنان .

- الاقتناع في فقه الامام أحمد بن حنبل ،

للعلامة أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفي
سنة ٩٦٨ هـ تصحيح وتعليق عبداللطيف محمد موسى السبكي ،
الناشر : دارالمعرفة بيروت لبنان .

- الاكليل شرح مختصر خليل ،

للعلامة المحقق محمد الأثير ، صححه وعلق حواشيه أبو الفضل
عبدالله الصديق الغماري ، قدمه وترجم للمؤلف الاستاذ عبدالوهاب
عبد اللطيف ، الناشر مكتبة القاهرة لصاحبها علي يوسف سليمان .
- الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المجل أحمد
ابن حنبل ، تأليف شيخ الاسلام العلامة الفقيه المحقق علاء الدين
أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ٨١٧ - ٨٨٥ هـ ،
صححه وحققه محمد حامد الفقي ، دار احياء التراث العربي ،
الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ .

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين ابن نجيم ،
دارالمعرفة للطباعة والنشر الطبعة الثانية .

- البحر المحيط لمحمد بن يوسف الشهير بابي حيان الأندلسي الغرناطي
المتوفى سنة ٧٥٤ هـ وبهامشه :

- ١ - تفسيرالنهرالماد من البحرالمحيط لأبي حيان .
- ٢ - كتاب الدر اللقيط من البحر المحيط للامام تاج الدين الحنفي
النحوي تلميذ أبي حيان ٧٤٩ هـ ،
الطبعة الثانية دارالفكر ١٤٠٣ هـ .

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود
الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، دارالكتاب العربي الطبعة
الثانية ١٤٠٢ هـ .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن
رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى ٥٩٥ هـ
دارالفكر .

- بدرالمنتقى في شرح شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر في شرح
ملتقى الأبحر للمحقق عبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف
بداماد أفندي ، دار احياء التراث العربي .
- بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذاهب الامام مالك للشيخ احمد بن
محمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد
ابن محمد بن الدردير ، دار المعرفة .

- البهجة في شرح التحفة ،
لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي وبهامشه شرح الامام
أبي عبدالله محمد النابودي المسمى بحلق المعاصم لبنت فكر
ابن عاصم ، دار الفكر .

- تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي ،
الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية .
- التاج والاكلیل لمختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف
ابن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق والمتوفى في رجب
سنة ٨٩٧ هـ ، دار الفكر الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ .

- التاريخ الكبير ،
تأليف الحافظ النقار شيخ الاسلام جيل الحفاظ وامام الدنيا
أبي عبدالله اسماعيل بن ابراهيم الجعفي البخاري المتوفى سنة
٢٥٦ هـ / ٨٦٩ م ،

- تبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ القسم الأول تحقيق محمد علي النجار مراجعة علي محمد البجاوي ، الناشر المكتبة العلمية بيروت لبنان .
- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ،

تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ببولاق مصر
سنة ١٣١٤ هـ وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد
الشليبي ، دار المعرفة ، الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ببولاق
مصر سنة ١٣١٤ هـ .

- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذی ،
للامام الحافظ أبي العلى محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم
المباركفوري المتوفى ١٣٥٣ هـ
أشرف على مراجعة أصوله وتصحيحه عبد الوهاب عبد اللطيف
دار الفكر للطباعة والنشر ١٣٩٩ هـ

- تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندی المتوفى سنة ٥٣٩ هـ
دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .

- تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام شهاب الدين أحمد بن حجر
الهيثمي بهامش حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ
احمد بن قاسم العبادي ،
دار الفكر للطباعة والنشر .

- تخريج الفروع على الأصول للامام ابي المناقب شهاب الدين محمود بن
أحمد الزنجاني المتوفى سنة ٦٥٦ هـ ،
حققه وعلق حواشيه الدكتور محمد أديب الصالح ، الطبعة الرابعة
مؤسسة الرسالة .

- ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة ،
للاستاذ الطاهر أحمد الزواوي ، الطبعة الثانية ، عيسى البابي
الحلبي وشركاه .

- التعريفات للشريف علي بن محمد الجرجاني ، دارالكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - بيروت - لبنان .
- تفسير أبي السعود المسمى ارشاد العقل السليم الى مزايا القرآن الكريم ، للقاضي أبي السعود محمد بن محمد العمادى المتوفى سنة ٩٥١ هـ دار احياء التراث العربي ، الناشر دار المصحف .
- تقريب التهذيب للعلامة احمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ حقه وعلق عليه وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف ، دار المعرفة بيروت لبنان .
- تكملة فتح القدير المسمى نتائج الافكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندى ومعه :
١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى حلبى وبسعدى افندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .
- تكملة المجموع شرح المذهب لابن السبكي ، دار الفكر .
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لخاتمة الحفاظ شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، صححه ونسقه وعلق عليه السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، ١٣٨٤ هـ .
- التمهيد في أصول الفقه ، تأليف محفوظ أحمد بن الحسن أبو الخطاب اللوزاني الحنبلي ، المتوفى سنة ٥١٠ هـ ، دراسة وتحقيق الدكتور مفيد محمد أبو عشة ، الناشر دار المدني ، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ .
- التنبيه في الفقه الشافعي للإمام أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، اعداد مركز الخدمات والأبحاث الثقافية . عالم الكتب الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ .

- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق للقرافي ،

عالم الكتب بيروت .

- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ،

دار الكتاب العربي القاهرة ١٣٨٧ هـ .

- جامع البيان عن تأويل آي القرآن ،

لأبي جعفر بن محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ ،

حققه وعلق حواشيه محمد محمد شاكر ،

راجعه احمد محمد شاكر ، الطبعة الثانية ١٩٧٣ م

دار المعارف بمصر .

- الجامع الصغير للإمام المجتهد أبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني ،

المتوفى سنة ١٨٩ هـ مع شرحه النافع الكبير لعبد الحي اللكنوي

المتوفى سنة ١٣٠٤ هـ ،

من منشورات ادارة القرآن والعلوم الاسلامية - كراتشي - باكستان .

- الجمل على شرح المنهج ، للشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج

لشيخ الاسلام زكريا الانصاري ، دار احياء التراث العربي ،

بيروت - لبنان .

- الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد

بن نصر الله القرشي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٥ هـ .

تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، دارالعلوم ،

الرياض ١٣٩٨ هـ .

- حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ،

دار الفكر ١٣٩٩ هـ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ

- حاشية البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد المحلى ،

على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب السبكي

وبهامشه تقارير الشربيني دار الفكر ١٤٠٢ هـ .

- حاشية البيجرمي على شرح الخطيب المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب الطبعة الأخيرة ١٤٠١ هـ دار الفكر .
- حاشية ابراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع الناشر دار الفكر .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ، وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عيش ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لعبدالله حجازي بن ابراهيم الشهير بالشرقاوي مطبعة البابي الحلبي سنة ١٣٦٠ هـ .
- حاشية الطحطاوي على الدر المختار للعلامة السيد أحمد الطحطاوي الحنفي ١٣٩٥ هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .
- الحجة على أهل المدينة للامام الحافظ المجتهد الرباني أبي عبدالله محمد ابن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ رتب أصوله وصححه وعلق عليه مهدي حسن الكيلاني العلامة المحقق القادري ، عالم الكتب الهند .
- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة للحافظ جلال الدين عبدالرحمن السيوطي بتحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم ، دار احياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ .
- حق الارتفاق للدكتور التويجري ، رسالة دكتوراه .
- حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم بهامش البهجة شرح التحفة و توزيع دار الفكر بيروت .

- حواشي الشيخ أحمد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي دار الفكر للطباعة والنشر .
- الخرخشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ العدوي ، دار صادر بيروت .
- الدر المختار على شرح تنوير الأبصار في فقه الامام أبي حنيفة النعمان ، مع حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ ، دار الفكر ١٣٩٩ هـ .
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب تأليف الامام العلامة برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون وبهامشه نيل الابتهاج بتطريز الديباج للمحقق أحمد بن أحمد بن أحمد ابن عمر بن محمد أقيت عرف بابا التبتكتي ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
- الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ، الناشر دار المعرفة بيروت لبنان .
- رسائل ابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، حقق أصوله وقدم له وعلق عليه الشيخ خليل الميس ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ .
- روح المعاني تفسير في القرآن العظيم والسبع المثاني للعلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ طبعة جديدة مصححة ومنقحة ١٣٩٨ هـ دار الفكر .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين للامام النووي ، اشرف زهير الشاويش الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ ، المكتب الاسلامي .

- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، تأليف الامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٢٠ هـ ،

المطبعة السلفية ، ومكتبتها الطبعة الرابعة ١٣٩٧ هـ .

- زاد المحتاج بشرح المنهاج للعلامة الشيخ عبدالله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي حققه وراجعته عبدالله بن ابراهيم الانصاري ، منشورات المكتبة العصرية صيدا بيروت الطبعة الاولى .

- السراج الوهاج شرح العلامة المحقق محمد الزهري الغمراوي على متن المنهاج لشرف الدين يحيى النووي ، الناشر دار المعرفة .

- سنن ابن ماجه ، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه ، وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي .

- سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدى ٢٧٥ هـ ، مراجعة وضبط وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد .

- السنن الكبرى للإمام المحدث الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين

ابن علي البيهقي ٤٥٨ هـ ، وفي زيله الجوهر النقي ،

للعلامة علاء الدين محمد علي بن عثمان المارديني الشهير " بابن

التركمانى " المتوفي سنة ٧٤٥ هـ ، ويليهِ فهرس الأحاديث

اعداد الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي ، دار المعرفة

بيروت .

- سنن الترمذى بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ، دار احياء التراث العربي .

- سنن الدارقطني للإمام علي بن عمر الدارقطني المتوفي سنة ٣٨٥ هـ وزيله التعليقات

المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي

عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه السيد عبدالله ها شم يمانى

المدني ١٣٨٦ هـ دار المعرفة بيروت - لبنان .

- سنن الدارمي للإمام الحافظ عبدالله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي المتوفي سنة ٢٥٥هـ حقق نصه وخرج أحاديثه وفهرسه
فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع المعلمي ،
الناشر دارالكتاب العربي الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ .
- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندی
المكتبة العلمية بيروت - لبنان .
- سير أعلام النبلاء تصنيف الامام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان
الذهبي المتوفي سنة ٧٤٨ هـ ،
الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ مؤسسه الرسالة .
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ،
تأليف العلامة الجليل الاستاذ الشيخ محمد بن محمد بن مخلوف
دارالكتاب العربي بيروت لبنان ،
طبعة جديدة بالأوفست عن الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ المطبعة
السلفية ومكتبتها .
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب للمؤرخ الفقيه الأديب ابي الفلاح
عبدالحی ابن العماد الحنبلي المتوفي سنة ١٠٨٩ ، منشورات
دارالافاق الجديدة ، بيروت .
- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه وبالهامش شرح
التوضيح للتنقيح ،
دارالكتب العلمية بيروت .
- شرح التوضيح للتنقيح بهامش شرح التلويح على التوضيح ،
دارالكتب العلمية ، بيروت .
- شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك للإمام محمد الزرقاني ،
دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠١هـ .

- الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير بهامش

بلغفة السالك لا قرب المسالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي

دار المعرفة بيروت - لبنان .

- شرح العناية على الهداية بذيل شرح فتح القدير ،

للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي

المتوفي سنة ٧٨٦ هـ ، دار الفكر .

- شرح فتح القدير للامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ،

المعروف بابن الهمام المتوفي سنة ٦٨١ هـ

ومعه :

١ : شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين محمد بن محمود

البابرتي المتوفي سنة ٧٨٦ هـ .

٢ : حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى

حلي المتوفي سنة ٩٤٥ هـ .

دار الفكر الطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ .

- الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير بهامش حاشية الدسوقي ، دار الفكر .

- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر

في أصول الفقه ، تأليف العلامة محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي

الفتوحى الحنبلي المعروف بابن النجار المتوفي سنة ٩٧٢ هـ ،

تحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد دار الفكر بدمشق .

- شرح المجلة للمرحوم سليم رستم با ز اللبناني ، دار احياء التراث العربي

طبعة الثالثة .

- شرح معاني الآثار للامام ابي جعفر احمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك

بن سلمة الازدى الاحجرى المصرى الطحاوى الحنفى المولود سنة

٢٢٩ هـ والمتوفي سنة ٣٢١ ، حققه وعلق عليه محمد زهرى النجار ،

الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ دار الكتب العلمية .

- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل للعلامة الشيخ محمد عlish

وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل ، دارصادر .

- شرح منتهى الارادات ،

لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١

دار الفكر .

- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ،

تأليف اسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار

دارالعلم للملايين بيروت الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ .

- صحيح البخارى ،

دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

- صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج ،

الناشر دارالمعرفة لبنان .

- صحيح مسلم بشرح النووي ،

دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان .

- ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير) ،

للشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الاسلامي ،

الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ .

- ضوابط العقد في الفقه الاسلامي ،

تأليف عدنان خالد التركماني ، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ،

دارالشروق .

- طبقات الحفاظ للسيوطي للإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١٦هـ)

راجع النسخة وضبط اعلامها لجنة العلماء بأشراف الناشر دار الكتب العلمية

ط / ١ ، ١٤٠٣هـ .

- طبقات الحنابلة ، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ،
الناشر دار المعرفة بيروت لبنان .
- طبقات الشافعية للأسنوى ،
تأليف جمال الدين عبد الرحيم الأسنوى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ ،
تحقيق عبد الله الجبوري دار العلوم الرياض ١٤٠١ هـ
- طبقات الشافعية الكبرى
لشيخ الاسلام تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب ابن تقي الدين السبكي ،
الطبعة الثانية دار المعرفة بيروت لبنان .
- الطبقات الكبرى لابن سعد ، لتابعي أهل المدينة ومن بعدهم (من ريع الطبقة
الثالثة الى منتصف الطبقة السادسة) دراسة وتحقيق : د / زياد محمد منصور
مكتبة العلوم والحكم ، ط / ٢ ، ٨ ، ١٤٠٨ هـ القسم المتمم .
- طبقات المفسرين ، للحافظ شمس الدين محمد بن علي بن أحمد الداودي ،
المتوفى سنة ٩٤٥ بتحقيق علي محمد عمر ،
الناشر : مكتبة وهبة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢ هـ .
- طح الشريب في شرح التقريب لزين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن
الحسين العراقي المولود عام ٧٢٥ المتوفى عام ٨٠٦ هـ ولولده
الحافظ أبي زرة العراقي المولود عام ٧٦٢ هـ المتوفى عام ٨٢٦ هـ ،
الناشر دار احياء التراث العربي بيروت .
- عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الامام أبي حنيفة ما وافق فيه الأئمة
الستة أو أحدهم ، جمع العلامة محمد متفضي الزبيدي ،
عني بتصحيحه وتنسيقه السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ،
مكتبة الشيكشي بالأزهر بمصر .
- عمدة القارى شرح صحيح البخارى للعلامة البدر العيني ،
دار احياء التراث العربي .

- العين أول معجم في اللغة العربية للخليل بن أحمد الفراهيدي المتوفى

سنة ١٧٠ هـ تحقيق الدكتور عبدالله درويش ، مطبعة العاني ،

بغداد ١٣٨٦ هـ .

- غز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه لابن نجيم المصري ،

شرح أحمد بن محمد الحنفي الحموي رحمه الله ،

دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .

- فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ،

للامام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٧٧٣ - ٨٥٢ هـ ،

دار المعرفة بيروت .

قرأ أصله تصحيحا وتحقيقا وأشرف على مقابلة نسخه المطبوعة والمخطوطة

عبد العزيز بن عبدالله بن باز .

رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه واستقصى أطرافه ، ونبه على أرقامها في كل

حديث محمد فؤاد عبد الباقي .

قام بإخراجه وتصحيح تجاربه وأشرف على طبعه محب الدين الخطيب .

- فتح العرين للامام الرافعي بهامش المجموع للنووي ، دار الفكر .

- الفروق للامام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن

الصنهاجي المشهور بالقرافي .

عالم الكتب ، بيروت .

- فسخ الزواج بحث مقارن بين الشريعة الاسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية

والقوانين العربية للدكتور احمد الحجي الكردي ،

الناشر : اليمامة .

- القواعد للحافظ ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ

في الفقه الاسلامي ، الناشر دار المعرفة بيروت لبنان .

- قواعد الاحكام في مصالح الانام للامام المحدث سلطان العلماء أبي محمد

عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، المتوفى سنة ٦٦٠ هـ .

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

- القوانين الفقهية لابن جزي ،
دار الفكر .
- الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل ،
تأليف شيخ الاسلام أبي محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ،
تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الاسلامي الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ .
- كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس البهوتي
١٠٤٦ هـ ، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ،
الناشر : مكتبة النصر الحديثية .
- كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوى ،
تأليف الامام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ هـ
على نفقة دار الكتاب العربي ١٣٩٤ هـ بيروت لبنان .
- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للامام أبي محمد علي بن زكريا المنجي
المتوفى سنة ٦٨٦ ، تحقيق الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد ،
دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة .
- لسان العرب للامام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ،
دار صادر ، بيروت .
- مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني
(الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) ،
تأليف الدكتور علي محي الدين علي القره داغي ، الطبعة الاولى ،
١٤٠٦ هـ دار البشائر الاسلامية بيروت - لبنان .
- المبدع في شرح المقنع لأبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبدالله
ابن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي المتوفى سنة ٨٨٤ ، المكتب الاسلامي
سنة ١٩٨٠ م .
- المبسوط لشمس الدين السرخسي ،
دار المعرفة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ١٣٩٨ هـ .

- مجلة الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي ، لأحمد بن عبدالله القارى
دراسة وتحقيق د / عبد الوهاب ابراهيم ابوسليمان ، د / محمد ابراهيم
أحمد علي ، الناشر تهامة جدة .
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للمحقق عبدالله بن الشيخ محمد بن
سليمان المعروف بداماد أفندى ، دار احياء التراث العربي .
- المجموع شرح المذهب للامام النووى ، ويليه فتح المعرين شرح الوجيز للامام
عبد الكريم امين محمد الرافعي ويليه تلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير
لاهن حجر دار الفكر .
- المحلى للامام أبي محمد علي بن سعيد بن حزم المتوفى ٤٥٦ هـ ،
تحقيق لجنة احياء التراث العربي في دارالافاق الجديدة ،
منشورات دارالافاق الجديدة بيروت .
- المحلى للامام أبي محمد علي بن سعيد بن حزم المتوفى ٤٥٦ هـ ،
طبعة دار الفكر .
- مختصر الخرقى من مسائل الامام المبجل أحمد بن محمد بن حنبل ،
تأليف واختيار الامام أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى المتوفى بدمشق
سنة ٣٣٤ تحقيق زهير الشاويش المكتب الاسلامي ، الطبعة الثالثة
١٤٠٣ هـ بيروت .
- مختصر خليل تأليف الشيخ خليل بن اسحق المالكي ،
صححه وعلق عليه ووضع ترجمته العلامة خليل الشيخ أحمد النصر ،
الطبعة الأخيرة ١٤٠١ هـ دار الفكر .
- مختصر الطحاوى للمحدث الفقيه أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامه الطحاوى
المتوفى سنة ٣٢١ هـ ، عني بتحقيق أصوله والتعليق عليه أبو الوفا
الأفغانى ، عنت بنشره لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدرآباد
الدكن بالهند .
- مختصر أحكام المعاملات الشرعية (العقد) لعلي الخفيف ،
مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٤ هـ ، القاهرة .

- المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى احمد الزرقا ،

الطبعة التاسعة مطابع ألف باء - الأديب دمشق .

- المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس ،

دار صادر للطبعة الأولى ،

- مراتب الاجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات لابن حزم ،

نقد مراتب الاجماع لابن تيمية ، دارالكتب العلمية بيروت .

- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى ،

تحقيق الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم ، مكتبة المعارف الرياض ،

الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .

- المستدرك على الصحيحين في الحديث للحافظ الكبير أبي عبدالله محمد

ابن عبدالله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفى سنة ١٤٥ هـ وفي ذيله

تلخيص المستدرك للامام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أحمد الذهبي
المتوفى سنة ٨٤٨ . دارالكتب العلمية .

- المستقصى من علم الأصول لحجة الاسلام أبي حامد الغزالي داراحياء التراث العربي .

- المسند للامام الحافظ الكبير أبي بكر عبدالله بن الزبير الحميدى المتوفى سنة

٢١٩ حقق أصوله وعلق عليه المحدث حبيب الرحمن الأعظمي ،

عالم الكتب بيروت ، مكتبة المتنبى القاهرة .

- المسودة في أصول الفقه جمعها شهاب الدين أبو العباس الحنبلي الحراني

الدمشقي ، تحقيق وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد ،

دار الكتاب العربي ، بيروت لبنان .

- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ،

تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى عام ٧٧٠ هـ

المكتبة العلمية ، بيروت لبنان .

- المصنف لعبد الرزاق ، للحافظ الكبير أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني

ولد سنة ١٢٦ وتوفي سنة ٢١١ ،

عني بتحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه والتعليق عليه الشيخ المحدث

حبيب الرحمن الأعظمي ،

- من منشورات المجلس العلمي الطبعة الأولى ١٣٩٠ هـ ، ويطلب من المكتب الاسلامي .
- المصنف في الأحاديث والآثار تأليف الحافظ بن عبدالله بن محمد بن أبي شيبة
حققه وصححه الأستاذ /عبد الخالق الأفغاني ، الدار السلفية ، ط / ٥ ، ٣٥٥ هـ /
٩٧٥ م .
- معالم السنن لأبي سليمان الخطابي مع مختصر سنن أبي داود للحافظ
المنذرى ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، ومحمد حامد الفقي ،
الناشر دار المعرفة بيروت .
- المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم بك .
المنشر دار الانصار بالقاهرة .
- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين احمد بن فارس بن زكريا ،
بتحقيق وضبط عبد السلام هارون ، طبعة دار الكتب العلمية -
اسماعيليان نجفي ايران رقم خيابان ارم .
- المغرب في ترتيب المعرب للإمام أبي الفتوح ناصر بن عبد السيد بن علي
المطرزي ، الناشر دار الكتاب العربي بيروت لبنان .
- المغني في أصول الفقه ،
تأليف الامام جلال الدين أبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي ،
٦٢٩ - ٦٩١ هـ تحقيق الدكتور محمد بن مظهر بقا ،
جامعة أم القرى مركز البحث العلمي و احياء التراث الاسلامي ، كلية الشريعة
والدراسات الاسلامية مكة المكرمة .
- المغني في الضعفاء للإمام الحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان
الذهبي ولد سنة ٦٧٣ هـ وتوفي سنة ٧٤٨ هـ ، حققه وعلق عليه نور الدين
عتر ، الطبعة الأولى ١٣٩١ هـ الناشر دار المعارف سورية حلب .
- مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الخطيب
المشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي
مع تعليقات للشيخ جولي بن ابراهيم الشافعي ، دار الفكر
- المغني تأليف الشيخ العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد
ابن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٣٣٤ هـ ، ويليه الشرح الكبير على

متن المقنع تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ،

ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ ، دار الكتاب العربي ،

بيروت لبنان .

- المفردات في غريب القرآن ،

تأليف أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهاني ٥٠٢ هـ

تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني ، دار المعرفة بيروت لبنان .

- المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني ،

تأليف الامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ،

الطبعة الاولى دار الكتب العلمية ١٣٩٩ هـ بيروت .

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للدكتور أحمد فراج حسين ،

الدار الجامعية ١٩٨٦ م .

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للامام محمد أبو زهرة ،

الناشر : دار الفكر العربي .

- المنتقى للامام الباجي ،

الناشر : دار الكتاب العربي الطبعة الرابعة ١٤٠٤ هـ .

- منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد

ابن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار ،

تحقيق عبدالغني عبد الخالق ، عالم الكتب .

- المنشور في القواعد . لمحمد بن عبدالله الزركشي المتوفي سنة ٧٩٤ هـ ت : د / تيسير

فائق احمد حمود ، راجعه د / عبدالستار ابو غدة ، ط / ١ ، ١٢ ، ١٤ هـ

طباعة مؤسسه الخليج للطباعة والنشر الكويت .

- منحة الخالق على البحر الرائق بهامش البحر الرائق ، الطبعة الثانية ،

دار المعرفة بيروت لبنان .

- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في فقه مذاهب الامام الشافعي ،

تأليف أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ،

وبالهامش منهاج الطلاب للشيخ زكريا الانصاري ، دار المعرفة بيروت لبنان .

- المذهب في فقه الامام الشافعي ومذيله النظم المستعذب في شرح غريب المذهب،

لأبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي المتوفى سنة ٧٦٤ هـ

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة

الثالثة ١٣٩٦ هـ.

- الموافقات في أصول الشريعة لأبي اسحق الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ،

وعليه شرح جليل لتحرير دعاويه وكشف مراميه وتخريج أحاديثه، ونقد

آرائه نقداً علمياً يعتمد على النظر العقلي وعلى روح التشريع

ونصوصه، بقلم الاستاذ عبدالله دراز وقد عني بضبطه وتفصيله

ووضع تراجمه الاستاذ محمد عبدالله دراز المدرس بقسم التخصص

بالمعهد الشريف . المكتبة التجارية بمصر.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن

المغربي المعروف بالحطاب ٩٠٢ - ٩٥٤ هـ،

ومهامشه التاج والاكلیل لمختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف

الشهير بالمواق والمتوفى في رجب سنة ٨٩٢ هـ،

الطبعة الثانية دار الفكر ١٣٩٨ هـ.

- الموسوعة الفقهية، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي،

يصدرها المجلس الأعلى للشئون الاسلامية، القاهرة ١٣٨١ هـ.

- الموطأ برواية محمد بن الحسن،

طبعة احياء التراث الاسلامي، القاهرة.

- ميزان الاعتلال في نقد الرجال،

تأليف أبي عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ،

تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، الطبعة الأولى ١٣٨٢ هـ،

- النعت الاكمل لاصحاب الامام أحمد ابن حنبل من سنة ٩٠١ - ١٢٠٧ هـ،

تأليف محمد كمال الدين بن محمد الغزالي المتوفى سنة ١٢١٤ هـ،

وعليه زيادات واستدراكات حتى نهاية القرن الرابع عشر الهجري،

- نظرية العقد لابن تيمية، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

- تحقيق وجمع محمد مطيع الحافظ ، نزار أباطة ، دار الفكر ١٤٠٢ هـ .
- نهاية السؤل شرح المنهاج للقاضي ناصر الدين البيضاوي ، المتوفى سنة ٦٨٥ هـ
تأليف الشيخ جمال الدين الأسنوي الشافعي ، المطبعة السلفية ومكتبتها ،
عالم الكتب بيروت ١٩٨٢ م .
- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي
رضي الله عنه ، تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة
ابن شهاب الرملي الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ
ومعه حاشية ابن الضياء نور الدين علي بن علي الشبراطسي المتوفى
سنة ١٠٨٧ هـ وبالهامش حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن
أحمد المعروف بالمغربي المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ .
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، شرح منتقى الأخبار للشيخ العلامة
محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ،
دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .
- نيل الابتهاج بتطريز الديباج المذهب لأحمد بن أحمد بن أحمد بن عمر
بن محمد أقيت عرف بابا التنبكي بهامش الديباج المذهب لابن فرحون
دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
- الهداية شرح بداية المبتدى تأليف برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر
ابن عبد الجليل الراشدي المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ،
الناشر المكتبة الاسلامية .
- الوجيز في فقه الامام الشافعي لحجة الاسلام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي
الناشر : دار المعرفة بيروت ١٣٩٩ هـ .

فہرست الملوخات

فهرس الموضوعات العامة

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
كلمة الشكر	-
المقدمة	أ - هـ
تمهيد :	١
القسم الأول : في حقيقة العقد لغة واصطلاحاً ،	
وبيان تقسيمات العقود	٢
أولاً : حقيقة العقد لغة واصطلاحاً	٣
١ - حقيقة العقد لغة .	٣
٢ - حقيقة العقد اصطلاحاً .	٤
التعريف المختار	٦
ثانياً : تقسيمات العقود	٨
١ - تقسيم العقود من حيث التسمية وعدمها	٩
أ - العقود المسماة	٩
ب - العقود غير المسماة	١٠
٢ - تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها	١١
أولاً - العقد الصحيح	١١
أ - الصحة لدى الجمهور	١٢
ب - الصحة لدى الحنفية	١٢
ثانياً - العقد غير الصحيح	١٣
١ - العقد الباطل	١٣
٢ - العقد الفاسد	١٤
سبب الخلاف بين الفقهاء في العقد الفاسد	١٥

- ٣ - تقسيم العقود من حيث التوقف
والنفاز ١٧
- ٤ - تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه ١٩
- أولا : العقود اللازمة ١٩
- ثانيا : العقود الجائزة ٢٠
- ثالثا : العقود المختلف فيها بين اللزوم والجواز ٢٠
- ٥ - تقسيم العقود من حيث اشتراط القبض لصحتها
وعدم اشتراطه ٢١
- ١ - عقود يشترط فيها القبض ٢١
- ٢ - عقود لا يشترط فيها القبض ٢١
- ٦ - تقسيم العقود الى عقود تملك وعقود اسقاط ٢٢
- اولهما - عقود تملك ٢٢
- ثانيهما - عقود اسقاط ٢٢
- ٧ - تقسيم العقود الى عقود مالية وعقود غير مالية ٢٣
- القسم الثاني : في حقيقة المال ، وما يطلق عليه ٢٥
- أولا : حقيقة المال لغة وشرعا ٢٦
- ١ - حقيقته لغة ٢٦
- ٢ - حقيقته شرعا ٢٦
- أولا - تعريف الحنفية ٢٧
- بم تثبت المالية ؟ ٢٩
- ثانيا - تعريف الجمهور للمال ٢٩
- ١ - تعريف المالكية ٣٠
- ٢ - تعريف الشافعية ٣٠

الموضوع	الصفحة
٣ - تعريف الحنابلة	٣٢
عناصر المالية لدى جمهور الفقهاء	٣٣
ثانيا : خلاف الفقهاء في مالية المنافع	٣٤
مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة	٣٤
مذهب الحنفية	٣٨
الراجع	٤٠
ثالثا : مالية حقوق الارتفاق	٤٢
أ- معنى حقوق الارتفاق لغة وشرعا	٤٢
١ - معنى الحق	٤٢
٢ - معنى الارتفاق	٤٢
ب - خلاف الفقهاء في مالية حقوق الارتفاق	٤٤
مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة	٤٤
مذهب الحنفية	٤٥
الراجع	٤٦
رابعا : في مالية الديون	٤٨
أ- حقيقة الدين لغة واصطلاحا	٤٨
ب - مالية الديون	٤٩
الفصل الأول : في حقيقة الفسخ واحكامه العامة	٥١
المبحث الأول : حقيقة الفسخ لغة وشرعا	٥٢
أ - حقيقته لغة	٥٢
ب - حقيقة الفسخ شرعا	٥٢
المبحث الثاني : انحلال العقد	٥٤

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث : الفرق بين الفسخ والانفساخ	٥٦
المبحث الرابع : حكم الفسخ من حيث كونه رخصة أو عزيمة	٦٠
المبحث الخامس : الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ؟	٦٢
المبحث السادس : شروط الفسخ العامة	٦٦
المبحث السابع : بيان العقد الذى يرد عليه الفسخ شرعا	٧١
المبحث الثامن : علاقة الفسخ بالخيار	٧٨
المبحث التاسع : يفتقر في الفسخ ما لا يفتقر في العقود	٨٠
<u>الفصل الثاني : في الفسخ بسبب فوات شرط</u>	٨١
المبحث الأول : في الفسخ بسبب فوات شرط الصحة	٨٢
وفيه فروع :	
الفروع الأول : حقيقة الشرط لغة وشرعا	٨٣
أولا × حقيقته لغة	٨٣
ثانيا - حقيقته شرعا	٨٣
اطلاقات الشرط	٨٤
الفرع الثاني : موجب فوات شرط الصحة (الفساد)	٨٥
المطلب الأول : سبب استحقاق العقد الفاسد الفسخ	٨٥
المطلب الثاني : من له حق الفسخ في العقد الفاسد	٨٦
المطلب الثالث : ما يسقط به حق الفسخ في العقد الفاسد	٨٧
المسقط الاول تصرف المشتري في المعقود عليه	٨٨
= الثاني - زيادة المبيع في يد المشتري	٨٨
- الثالث - نقصان المبيع عند المشتري	٩٠

	الفرع الثالث : الفسخ بسبب فوات شرط الرضا
٩٢	(الاكراه)
٩٢	المطلب الأول : حقيقة الاكراه لغة وشرعا
٩٢	أولا - حقيقته لغة
٩٣	ثانيا - حقيقته شرعا
٩٤	المطلب الثاني : أركان الاكراه
٩٥	المطلب الثالث : شروط الاكراه
٩٦	المطلب الرابع : انواع الاكراه
٩٧	المطلب الخامس : خلاف العلماء في انعقاد عقد المكره
٩٧	تمهيد *
٩٩	القول الأول للحنفية
١٠٠	القول الثاني لزفر
١٠١	نوع الفساد الحاصل بالاكراه
١٠٣	القول الثالث للشافعية والحنابلة
١٠٥	القول الرابع للمالكية
١٠٧	مناقشة وترجيح
١٠٩	المبحث الثاني : في الفسخ بسبب شرط النفاذ
	الفرع الأول : في الفسخ بسبب فوات شرط الملك
١١٠	(الفضاله)
١١٠	١- حقيقة الفضولي
١١٠	٢- خلاف الفقهاء في عقد الفضولي
١١١	مذاهب الفقهاء في عقد الفضولي
١١٢	أولا - مذهب الحنفية
١١٥	ثانيا - مذهب المالكية
١١٦	ثالثا - مذهب الشافعية

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
رابعاً - مذهب الحنابلة	١١٦
خامساً - مذهب الظاهرية	١١٧
الأدلة	١١٨
أولاً - أدلة القائلين بالوقف	١١٨
ثانياً - أدلة القائلين ببطان عقد الفضولي	١٢١
مناقشة الأدلة	١٢٢
أولاً - مناقشة أدلة القائلين بوقف عقد الفضولي	١٢٢
ثانياً - مناقشة أدلة القائلين بالبطان	١٢٤
مناقشة وترجيح	١٢٦
الفرع الثاني : الفسخ بسبب ظهور المبيع مستأجراً	
أومرهونا	١٢٨
الفصل الثالث : الفسخ بسبب خيارات التروى	١٣٠
المبحث الأول : في الفسخ بسبب خيار المجلس	١٣١
الفرع الأول : حقيقة خيار المجلس لغة وشرعاً	١٣٢
الفرع الثاني : خلاف العلماء في خيار المجلس	١٣٣
مذهب الحنفية والمالكية وأدلته	١٣٣
مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية وأدلته	١٤٠
مناقشة الأدلة	١٤٢
أولاً - مناقشة أدلة الإثبات	١٤٢
ثانياً - مناقشة أدلة النفي	١٤٣
مناقشة وترجيح	١٤٧

الموضوع	الصفحة
الفرع الثالث : ما يسقط به خيار المجلس	١٤٩
اولا - التفرق	١٤٩
هل هناك حد للتفرق ؟	١٥٠
ثانيا - التباير	١٥١
ثالثا - التصرف	١٥٣
الفرع الرابع : المجال التطبيقي لخيار المجلس	١٥٤
المبحث الثاني : في الفسخ بسبب خيار الشرط	١٥٦
الفرع الاول : حقيقة خيار الشرط	١٥٧
الفرع الثاني : خلاف الفقهاء في خيار الشرط	١٦١
الادلة	١٦١
اولا - ادلة الجمهور على جواز اشتراط الخيار في العقد	١٦١
ثانيا - دليل ابن حزم على نفي خيار الشرط	١٦٣
مناقشة الادلة	١٦٥
اولا - مناقشة ادلة مثبتي خيار الشرط	١٦٥
ثانيا - مناقشة ادلة ابن حزم	١٦٧
مناقشة وترجيح	١٦٨
الفرع الثالث جـ صاحب خيار الشرط	١٧٣
الفرع الرابع : مجال خيار الشرط	١٧٧
الفرع الخامس : مبطلات خيار الشرط	١٧٩
اولا - انتهاء المدة دون اختيار من له الخيار	١٧٩
ثانيا - تصرف من له الخيار في المبيع في مدة الخيار	١٨١

الموضوع	الصفحة
ثالثا - هلاك المبيع	١٨٣
رابعا - حدوث عيب في زمن الخيار	١٨٦
خامسا - زيادة المبيع في زمن الخيار	١٩٠
سادسا - الاخذ بالشفعة	١٩٢
سابعا - اجازة احد الشريكين	١٩٢
ثامنا - بلوغ الصبي في مدة الخيار	١٩٣
تاسعا - عجز المكاتب	١٩٣
عاشرا - موت من له الخيار في مدة الخيار	١٩٥
الفرع السادس : ملك المبيع في زمن الخيار	١٩٨
خلاف الفقهاء فيه	١٩٨
القول الاول : للحنفية	١٩٨
القول الثاني : للمالكية	٢٠١
القول الثالث : للحنابلة	٢٠٢
مناقشة وترجيح	٢٠٤
الفرع السابع : خلاف الفقهاء في مدة خيار الشرط	٢٠٥
مذهب ابي حنيفة وزفر والشافعية	٢٠٥
مذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن وابي يوسف	٢٠٧
مناقشة الادلة	٢٠٩
اولا - مناقشة ادلة القائلين بجواز زيادة مدة خيار الشرط	
على ثلاثة أيام	٢٠٩
ثانيا - مناقشة ادلة القائلين بان مدة الخيار تختلف	
باختلاف المبيع	٢١٠
ثالثا - مناقشة ادلة المانعين الزيادة امد الخيار على ثلاثة	
أيام	٢١١
مناقشة وترجيح	٢١٣

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث : في الفسخ بسبب خيار الروءية	
الفرع الأول : حقيقة خيار الروءية لغة وشرعا	٢١٥
الفرع الثاني : ما المراد بالروءية ؟	٢١٦
الفرع الثالث : شروط ثبوت خيار الروءية	٢١٧
الفرع الرابع : خلاف العلماء في خيار الروءية	٢١٩
مذاهب الفقهاء في بيع الغائب	٢٢٠
اولا - مذهب الحنفية	٢٢٠
ثانيا - مذهب المالكية	٢٢١
ثالثا - مذهب الشافعية	٢٢١
رابعا - مذهب الحنابلة	٢٢٣
خامسا - مذهب الظاهرية	٢٢٤
الأدلة :	
اولا - أدلة مجيزى بيع الغائب	٢٢٥
ثانيا - أدلة المانعين لبيع الغائب	٢٢٩
مناقشة الأدلة	٢٣١
اولا - مناقشة أدلة مجيزى بيع الغائب	٢٣١
ثانيا - مناقشة أدلة المانعين لبيع الغائب	٢٣٣
مناقشة وترجيح	٢٣٥
الفرع الخامس : توقيت خيار الروءية وكونه على الفور أو	
على التراخي	٢٣٧
الفرع السادس : العقود التي يجرى فيها خيار الروءية	٢٣٩
الفرع السابع : ما يسقط به خيار الروءية	٢٤٠

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
اولا - الاسقاط الاختياري	٢٤٠
ثانيا - الاسقاط الضروري	٢٤٢
<u>الفصل الرابع : في الفسخ بسبب الاقالة</u>	٢٤٣
المبحث الاول : في حقيقة الاقالة	٢٤٤
المبحث الثاني : ركن الاقالة	٢٤٦
المبحث الثالث : شروط الاقالة	٢٤٨
المبحث الرابع : خلاف الفقهاء في ماهية الاقالة	٢٥١
اولا - مذهب الحنفية ودليله .	٢٥٢
ثانيا - مذهب المالكية والظاهرية ، ودليله .	٢٥٤
ثالثا - مذهب الشافعية والحنابلة ، ودليله .	٢٥٤
مناقشة وترجيح	٢٥٧
المبحث الخامس : ثمة الخلاف	٢٥٨
<u>الفصل الخامس : في الفسخ بسبب الغبن والتفجير</u>	٢٦٠
المبحث الاول : في الفسخ بسبب الغبن	٢٦١
الفرع الاول : حقيقة الغبن لغة و شرعا	٢٦٢
الفرع الثاني : كيفية التمييز بين الغبن الفاحش	
والميسر عند الفقهاء بيان مقدار كل	
منهما	٢٦٥
الفرع الثالث : خلاف الفقهاء في الرد بالغبن الفاحش	٢٦٩
اولا - مذهب الحنفية	٢٦٩
ثانيا - مذهب المالكية	٢٧٠

الموضوع	الصفحة
ثالثا - مذهب الشافعية	٢٧٢
رابعا - مذهب الحنابلة	٢٧٣
خامسا - مذهب الظاهرية	٢٧٥
مناقشة وترجيح	٢٨٠
المبحث الثالث : في الفسخ بسبب التفرير	٢٨٠
الفرع الأول : في حقيقة التفرير لغة وشرعا	٢٨٢
الفرع الثاني : في الفسخ بسبب التفرير القولي في	
بيوع الامانة	٢٨٣
المطلب الأول : معنى بيوع الامانة	٢٨٤
المطلب الثاني : شروط صحة بيعات الامانة	٢٨٥
المطلب الثالث : حكم ظهور الخيانة في بيعات الامانة	٢٨٧
اولا - مذهب الحنفية	٢٨٨
ثانيا - مذهب المالكية	٢٩٠
ثالثا - مذهب الشافعية	٢٩٢
رابعا - مذهب الحنابلة	٢٩٤
مناقشة وترجيح	
الفرع الثالث : في الفسخ بسبب التفرير الفعلي	
(التصرية ونحوها)	٢٩٦
المطلب الأول : حقيقة التدليس لغة واصطلاحا	٢٩٦
المطلب الثاني : خلاف العلماء في ثبوت الخيار بالتدليس	
الفعلي	٢٩٧
التصرية لغة واصطلاحا	٢٩٨
خلاف العلماء في الرد بالتصرية	٢٩٨

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
القول الأول . ودليله .	٢٩٩
القول الثاني ، ودليله .	٢٩٩
مناقشة أدلة المثبتين للخيار بالتصريه	٣٠١
مناقشة ردود الحنفية على حديث المصراة	٣٠٥
مناقشة وترجيح	٣٠٨
المطلب الثالث : ضابط خيار التدليس	٣٠٩
المطلب الرابع : ما يلزم رده يدل اللبن اذا كان التدليس	
بالتصريه	٣١٢
خلاف العلماء القائلين بالرد في نوع المردود	٣١٢
القول الأول ، ودليله .	٣١٢
القول الثاني ، ودليله .	٣١٣
القول الثالث ، ودليله .	٣١٣
مناقشة أدلة المانعين لرد الترمقابل لبن المصراة	٣١٤
<u>الفصل السادس : الفسخ بسبب فوات المقصود من العقد</u>	٣١٧
تمهيد	٣١٨
المبحث الأول : الفسخ بسبب خيار العيب	٣١٩
الفرع الأول : حقيقة خيار العيب	٣٢٠
ضابط العيب الذي يثبت به الرد	٣١٢
الفرع الثاني : أدلة مشروعية خيار العيب	٣٢٥
الفرع الثالث : شروط ثبوت خيار العيب	٣٣٠
اولا - حصول العيب في المبيع قبل تسليمه	٣٣٠
ثانيا - أن لا يعلم المشتري بالعيب حال قيام العقد	٣٣١

الصفحة

الموضوع

٣٣١	ثالثا - ان يكون العيب في المعقود عليه نفسه
٣٣٢	رابعا - ان لا يتمكن المشتري من ازالته بلامشقة
٣٣٢	خامسا - عدم اشتراط البراءة من العيوب
٣٤٠	سادسا - ان يظهر العيب عند المشتري بعد القبض
٣٤٠	سابعا - أن يوجب العيب نقضانا في المبيع في عرف التجار
٣٤١	الفرع الرابع : مجال خيار العيب
٣٤٢	الفرع الخامس : حكم اخذ الارش عن العيب
٣٤٢	القول الاول ، ودليله .
٣٤٣	القول الثاني ، ودليله .
٣٤٤	القول الثالث ، ودليله .
٣٤٥	مناقشة وترجيح
	الفرع السادس : خيار العيب هل هو على الفور أو على
٣٤٦	التراخي
٣٤٦	القول الاول ، ودليله .
٣٤٧	القول الثاني ، ودليله .
٣٤٨	مناقشة وترجيح
٣٤٩	الفرع السابع : مسقطات خيار العيب
٣٤٩	١ - رضا المشتري بالعيب بعد العلم به
٣٥٠	٢ - الزيادة في المبيع
٣٥٤	٣ - هلاك المبيع
٣٥٥	٤ - زوال العيب قبل الرد

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الفسخ بسبب خيار فوات الوصف المشروط	٣٥٦
الاول - شرط صفة معينة في المبيع	٣٥٦
الثاني - شرط صفة في الثمن	٣٥٧
المبحث الثالث : الفسخ بسبب تفريق الصفقة	٣٦٠
اولا - مذهب الحنفية	٣٦٠
ثانيا - مذهب المالكية	٣٦١
ثالثا - مذهب الشافعية	٣٦٣
رابعا - مذهب الحنابلة	٣٦٥
المبحث الرابع : الفسخ بسبب الرجوع في الهبة	٣٧٩
مدخل	٣٧٠
الفرع الاول : خلاف العلماء في رجوع الاب في	
هبته لولده	٣٧٢
القول الاول ، ودليله .	٣٧٢
القول الثاني ، ودليله .	٣٧٤
مناقشة الادلة	٣٧٦
اولا - مناقشة أدلة المثبتين لرجوع الاب بما وهب لولده	٣٧٦
ثانيا - مناقشة أدلة المانعين	٣٧٧
مناقشة وترجيح	٣٧٩
الفرع الثاني : شروط الرجوع في الهبة لدى الجمهور	٣٨١
الفرع الثالث : خلاف العلماء في رجوع الام في	
هبتها لولدها	٣٨٥
القول الاول ، ودليله .	٣٨٥
القول الثاني ، ودليله .	٣٨٧
مناقشة وترجيح	٣٨٩

الصفحة

الموضوع

الفرع الرابع : خلاف الفقهاء في الرجوع في الهبة

٣٩٠

للاجنبي

٣٩٠

القول الأول ، ودليله .

٣٩٣

القول الثاني ، ودليله .

٣٩٥

مناقشة وترجيح

الفرع الخامس : موانع الرجوع في الهبة للاجنبي

٣٩٧

عند من يقول به

الفرع السادس : خلاف العلماء في رجوع الزوجة

٤٠٠

في هبتها لزوجها

٤٠٠

القول الأول ، ودليله .

٤٠٢

القول الثاني ، ودليله .

٤٠٢

القول الثالث ، ودليله .

٤٠٤

مناقشة وترجيح

الفصل السابع : الفسخ بسبب تعذر تنفيذ العقد

٤٠٦

تمهيد

٤٠٨

المبحث الأول : الفسخ بسبب الافلاس

٤٠٩

الفرع الأول : حقيقة الافلاس لغة وشرعا

الفرع الثاني : خلاف العلماء في جواز الفسخ لمن وجد متاعه

٤١٠

بمعينه عند المفلس

٤١٠

القول الأول

٤١٢

أدلة القول الأول

الموضوع	الصفحة
القول الثاني	٤١٢
أدلة القول الثاني	٤١٣
مناقشة الأدلة	٤١٤
اولا - مناقشة أدلة الجمهور	٤١٤
ثانيا - مناقشة أدلة الحنفية	٤١٥
مناقشة وترجيح	٤١٧
الفرع الثالث : شروط الرجوع لمن وجد عين ماله	
عند المفلس	٤١٨
اولا - أن لا يتعلق بالمبيع حق الغير	٤١٩
ثانيا - أن يكون المفلس حيا وقت ثبوت حق الاسترداد	٤٢٠
مذهب المالكية والحنابلة وأدلتهم	٤٢٠
مذهب الشافعية والظاهرية وأدلتهم .	٤٢١
مناقشة الأدلة	٤٢٤
اولا - مناقشة أدلة المانعين لرجوع البائع بعين ماله	
إذا وجده بعد موت المفلس	٤٢٤
ثانيا - مناقشة أدلة القائلين بالجواز	٤٢٥
مناقشة وترجيح	٤٢٦
ثالثا - أن يكون الثمن باقيا عند المفلس بكامله لم يقبض	
البائع منه شيئا	٤٢٨
رابعا - أن يبقى المبيع على الهيئة التي كان عليها حال	
البيع	٤٣١
خامسا - أن لا يزيد المبيع زيادة متصلة	٤٣٥

الموضوع	الصفحة
سادسا - ان تكون السلعة باقية بعينها لدى المفلس لم	
يتلف جزء منها	٤٣٥
سابعا - أن يتمتع الغرما من فدائهم للمبيع	٤٣٦
ثامنا - أن المبيع مما يمكن استرداده	٤٣٧
الفرع الرابع : المجال التطبيقي لخيار الافلاس	٤٣٨
المبحث الثاني : الفسخ بسبب اختلاف المتبايعين	
الفرع الأول : في معنى /اختلاف المتبايعين	
وشروط ثبوته	٤٣٩
المطلب الأول : معنى اختلاف المتبايعين	٤٣٩
المطلب الثاني : شروط ثبوت الخيار باختلاف المتبايعين	٤٣٩
الفرع الثاني : في كيفية التحالف ومن يبدأ بالحلف من	
العاقدين .	
المطلب الأول : كيفية التحالف	٤٤٠
المطلب الثاني : من يبدأ بالحلف من العاقدين ؟	٤٤٠
الفرع الثالث : خلاف الفقهاء في التحالف وقت هلاك	
السلعة	٤٤٤
المذهب الأول وأدلة	٤٤٤
المذهب الثاني وأدلة .	٤٤٥
مناقشة الأدلة	٤٤٧
اولا - مناقشة أدلة المانعين للتحالف حال هلاك المبيع	٤٤٨
مناقشة وترجيح	٤٤٩

الموضوع	الصفحة
الفرع الرابع : صور يثبت فيها التحالف	٤٥٠
١ - اختلاف المتبايعين في قدر الثمن	٤٥٠
القول الأول ، وأدلته .	٤٥٠
القول الثاني ، وأدلته .	٤٥١
القول الثالث ، وأدلته .	٤٥٢
مناقشة وترجيح	٤٥٣
٢ - التحالف في شرط من الشروط الصحيحة	٤٥٤
الرأى الاول ودليله	٤٥٤
الرأى الثاني ودليله	٤٥٤
مناقشة وترجيح	٤٥٦
الفرع الخامس : اذا تحالف العاقدان هل ينفسخ العقد بنفس التحالف أولا بد من فسخه ؟	
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين	٤٥٧
القول الأول ودليله	٤٥٧
القول الثاني ، ودليله	٤٦٠
مناقشة وترجيح	٤٦١
الفرع السادس : العقود التي يجري فيها التحالف	٤٦٢
المبحث الثالث : الفسخ بسبب العذر في الاجارة	٤٦٤
تمهيد	٤٦٤
خلاف الفقهاء في الفسخ بسبب العذر في الاجارة	٤٦٤
المذهب الأول ودليله	٤٦٥
المذهب الثاني ودليله	٤٦٦
مناقشة وترجيح	٤٦٧
المبحث الرابع : الفسخ بسبب امتناع التسليم	٤٦٨
الخاتمة	٤٧١
الفهارس : فهرس الآيات	٤٧٥
فهرس الأحاديث والآثار	٤٧٨
فهرس الأعلام المترجم لهم	٤٨٢
فهرس المصادر والمراجع	٤٨٨
فهرس الموضوعات	٥٠٣