

الفصل الثاني
في العقود

في العقود

التعريف بالعقد:

العقد في اللغة بفتح العين وتسكين القاف وضم الدال: اسم من عَقَدَ، على وزن فَعَلَ من فَعَلَ.

وهو بهذا المعنى اللغوي يعني به الرابط والشّد، يقال: عقدت الحبل أي ربطته أي ربط بين الحبلين بعضهما ببعض.

وهذا المعنى الحسّي للعقد، وهو الأصل، ثم حُمِلَ إلى كل ما أفاد الربط في المعاني الحكمية، كما في البيع والعهد والقلب.

يقال: عقدت البيع إذا ربطته، أي ربطت بين طرفي البائع والمشتري. وعقدت العهد، إذا ربطت عهداً بينك وآخر.

ومنه: اعتقدت بكذا، أي إذا آمنت به، واشتد قلبك به، ومن هذا كلمة: عقيدة، ومعتقد واعتقاد.

والعُقْدَة: موضع العقد، وهو ما عُقِدَ عليه.

والعُقْد بكسر العين، أي القلادة.

فمن جهة اللغة، فقد تعددت معاني العقد، لأنه شامل لما فيه ربطاً، في كل من الحبل والبيع والعهد والقلب^(١).

وأما في اصطلاح الفقهاء فالعقد هو الربط بين طرفي الإيجاب والقبول. كما في عقد البيع، فهو الربط بين طرفي الإيجاب والقبول المتمثل بكل من

(١) القاموس المحيط مادة: عقد، وكذلك مختار الصحاح.

جهتي البائع والمشتري . وكما في عقد الإجارة، فهو الربط بين طرفي الإيجاب والقبول المتمثل بكل من جهتي المؤجر والمستأجر .

الفرق بين العقد والتصرف :

التصرف هو عبارة عن كل ما يصدر عن الشخص، وأما في الاصطلاح فهو: كل ما يصدر عن شخص بإرادته ورتب عليه الشارع نتائج حقوقية .

والعلاقة التباينية بين العقد والتصرف تكون بالبيان التالي :

التصرف يقسم الى قسمين اثنين، هما:

١ - تصرف فعلي .

٢ - تصرف قولي .

أما الأول فهو ما كان قوامه عملاً غير لساني مثل: إحراز المباحات والإنفاق .

وأما الثاني فهو بنفسه ينقسم إلى قسمين اثنين :

١ - تصرف عقدي .

٢ - تصرف غير عقدي .

فأما التصرف العقدي فقوامه أن يتكون من قولين جانبيين يرتبطان . أي ما يكون فيه اتفاق ارادتين، كالبيع والإجارة والشركة .

وأما غير العقدي فهو على وجهين :

١ - نوع منه يتضمن إرادة انشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة .

فهذا النوع عند فريق من الفقهاء قد اعتبر عقداً، نظراً لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطه للحقوق، فهي في نظرهم عقودٌ وحيدة الطرف، كالعقود ذات الطرفين من حيث الإرادة والمنشئة .

٢ - نوع لا يتضمن إرادة منصبّة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، لكنه من أصناف أخرى ترتب عليها نتائج حقوقية، وذلك مثل: الدعوى والإقرار

والإنكار والحلف .

فهي إخبار لا يترتب عليه مؤاخذات وأحكام قضائية متعددة . فما كان من هذا النوع يعتبر تصرفاً قولياً محضاً ، وليس فيه أية شبهة عقد . وعند البعض الآخر بل هو داخل في مضمون العقد^(١) .

وأن العقود بهذا المعنى التوسعي يكون مرادفاً للفظ «التصرف» ولأن التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليه أثراً شرعياً في المستقبل .

والبعض الآخر لم يرتضي هذا ، وقال : إن التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الإرادة المنفردة ، ولما يلي :

١ - إن التصرف لا يختص بالأقوال بل يشمل الأفعال ، وهو قولي وفعلي : والقولي يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقود ، ولو بمعناه الواسع والدعوى والإقرار .

الوعد :

الوعد هو التعهد ، وإذا كان مجرداً فهو تعهد لا يستند إلى سبب^(٢) .

والوعد عند الوفاء به هو شيء محمود عليه ، إذ الوفاء بالوعد يعتبر آية من آيات الإيمان ؛ ولو كان العكس ، أي الخلف به ، فيعتبر شيئاً مذموماً ، ولأن الخلق بالوعد آية من آيات النفاق ؛ وفي هذا قوله ﷺ : «آية المنافق ثلاث : إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اتّمن خان»^(٣) . وفي رواية «أربع من كنّ فيه كان منافقاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا حدّث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر ، وإذا عاهد غدر»^(٤) ، ويكون أشر الخلق ذلك الذي يعد ومن نيته عدم الوفاء

(١) هو الإمام محمد أبو زهرة رحمه الله .

(٢) انظر : النظرية العامة في الموجبات والعقود/٣٤٧ .

(٣) روي في الصحيحين عن طريق أبي هريرة .

(٤) روي في الصحيحين عن طريق عبد الله بن عمرو بن العاص .

بوعده، ويكون أيضاً مخالفاً في الوعد ذلك الذي يعد ومن نيته الوفاء ثم يبدو له التخلف فيخلف من غير عذر له في الخلف، فهو أيضاً أثم نظراً لهذا الخلف^(١).

هذا من حيث الجزاء الأخروي - ديانة - وأما من حيث الجزاء القضائي أي: الحياة الدنيا، ومن حيث الإلزام وعدمه، فقد تعرض لهذه المسألة السادة الفقهاء، فجاءت أقوالهم على الشكل التالي:

١ - الوجوب والإلزام، وهو مذهب بعض الفقهاء كابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر.

٢ - مجرد الوعد غير ملزم إلا إذا اقترن بذكر السبب، أو أن أدخل الموعود في كلفة، فحينئذ يلزمه الوفاء بما وعد، وهذا القول محكي عن الإمام مالك.

٣ - عدم الإلزام والوجوب، وهو رأي جمهور الفقهاء، وهو الراجح إلا إذا كان الوعد معلقاً على شرط، مثل قوله: بئع هذا الثوب لفلان، وإن لم يعطك الثمن فأنا أعطيك، ولم يعط المشتري الثمن، فيلزم الواعد بأداء الثمن المذكور، بناء على وعده المعلق، لاعتباره كفالة لازمة وإلا فلا^(٢).

ومثل هذه التصرفات القولية، وإن ترتب عليها أحكام، ولكن لا تعد عقوداً بوجه من الوجوه. فالمناسب أن التصرف أعم من العقد عموماً مطلقاً.

فكل عقد تصرف ولا عكس، أي ليس كل تصرف عقداً.

وهذا ما يسمى بالعموم والخصوص المطلق بين الشئيين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه^(٣).

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي/٤٠٤.

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية مادة/٨٤، وانظر: محمصاني في النظر في الموجبات والعقود/٣٤٧ المحلى لابن حزم ج ٨/١١٢٥، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢/٣٧٢.

(٣) مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام ج ١/٣٠٨.

وقد يطلق على العقد اتفاق، لكنه ذو أثر شرعي، أي إنشاء العلاقة الإلزامية. وليس كل اتفاق عقداً، فلو اتفق اثنان على نزهة أو على قضاء سهرة معاً، فلا عقد بينهما، حيث لا ارتباط إلزامي لعلاقة إلزامية فيما بينهما.

وقد يقرب من كلمة العقد العهد، فيقال: عاقده أو عاهده، بمعنى واحد. وفي عذا تعريف المجلة للعقد «التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول، والانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»^(١).

ونظراً لأهمية التعامل فيما بين الناس، وحيث التوقف عادة على جهتين اثنتين، فقد اعتبر ما يحصل من كلام أو نحوه بين طرفين صالحين للتعامل وبمقومات معينة، قد ارتبط بعضه البعض، كما يرتبط الحبل بالحبل ويعقد فيما بينهما.

فقد تنزّل فيما بين الطرفين مقام ما بين الحبلين المنعقدين ببعضهما البعض، ولذا فهو عقد.

والوفاء بالعقد أمر واجب وإلزامي، وكما في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٢)، فيلزم بالعقد وبآثاره، ديانة وقضاء.

في مقومات العقد:

المراد بالمقومات ما يقام به العقد، بما يتطلب من أركان وشروط وضوابط، وحيث يتأثر العقد بها وجوداً وعدمياً وخللاً.

فوجود العقد متوقفٌ على الأركان.

وعدمه متوقف على فقدانها أو بعضها.

ونقصانه بما يوجد من خلل وعيوب..

وهكذا... ..

(١) انظر: المجلة مادة/١٠٣، ١٠٤، وانظر: محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

شرح وتبيان المقومات :

أولاً - في الأركان :

الأركان جمع لكلمة ركن، والركن في اللغة من رَكَنَ، يقال: ركن إليه، أي مال إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾^(١).

وركن الشيء أي جانبه الأقوى، وهو ما يؤدي إليه ويستند عليه. نظراً لقوته ومنعته. ومنه ركن البيت، أي ما يحمل عليه البيت ويقوم^(٢).

هذا في اللغة، وأما في الاصطلاح فالركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلاً في ذات الشيء نفسه.

كما في القراءة وكونها ركن في الصلاة، وكذلك الركوع والسجود، وهكذا..

وهذا التعريف العام للركن من الناحية الأصولية، وأما من جهة الركنية في العقود، فهو الإيجاب والقبول، وبيانه لدى الفقهاء:

قال الحنفية: أركان العقد كما هو ظاهر في تعريفاتهم، هو الإيجاب والقبول، وعلى الإيجاب والقبول يتوقف العقد والانعقاد.

قال صاحب الهداية: البيع ينعقد بالإيجاب والقبول. والمراد بالانعقاد: تعلق كلام أحد الطرفين العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في محله^(٣).

وكان الإيجاب والقبول ركن البيع لأنهما يدلان على التبادل أو ما يقوم مقامهما. وكذلك الأمر عند الحنابلة أن العقد ينعقد بالقول الدال على البيع والشراء، وهو: الإيجاب والقبول، وبالمعاطاة^(٤).

(١) سورة هود، الآية: ١١٣.

(٢) القاموس المحيط مادة ركن.

(٣) انظر: الهداية بشرح العناية الفتح ج ٢٤٨/٦.

(٤) المغني ج ٣/٥٦٠، منار السبيل ج ١/٣٠٦.

وعند المالكية: أركانه ثلاثة: العاقد والمعقود عليه والصيغة. ويكفي في الصيغة: كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة^(١).

وعند الشافعية: أركان العقد ثلاثة عاقد ومعقود عليه وصيغة^(٢).

وكما يبدو جلياً عند التحقيق أنه وإن تعددت أركان العقد وتباينت بين بعضهم البعض، فهو تباين شكلي لفظي نظراً للوصول لنفس النتيجة.

قول الحنفية بالركنية على الإيجاب والقبول متوافق مع قول الآخرين على العاقد والمعقود عليه والصيغة، لأنه لا إيجاب ولا قبول بدون موجب وقابل ولا عقد على شيء وهمي ولا يظهر أثر الانعقاد عليه.

وهذا ما أفصح به شارح الهداية: وأما ركنه بالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما^(٣).

فما لا يوجد العقد إلا به هو، عاقدان + معقود عليه + صيغة.

وهذه مقومات العقد الأساسية التي تمثل الركنية، ولا وجود للعقد، إلا

بها.

١ - العاقد وما يجب فيه:

وجود العاقد في العقد ركن من أركانه ومقوم من مقومات وجوده.

وقد اشترط في العاقد الأهلية والصلاحية لإنشاء العقود، وإلا فلا وجود له. ومن ثم ينبغي تبيان الأهلية اللازمة في العاقد وحتى يكون صالحاً للتحمل والأداء.

والأهلية هي الصلاحية، يقال: فلان أهلٌ لذلك، أي صالح له. والإنسان تبعاً للمراحل التي يمرّ بها في حياته الدنيا، تتنوع صلاحيته بتنوع هذه المراحل.

(١) أسهل المدارك ج ٢/٢٢٠.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٣.

(٣) فتح القدير ج ٢/٢٤٨.

والمراحل هي :

١ - مرحلة الأجنة .

٢ - مرحلة ما بعد الولادة إلى ما قبل بلوغ سن التمييز .

٣ - مرحلة سن التمييز إلى ما قبيل البلوغ .

٤ - مرحلة البلوغ فما بعدها .

ولكل مرحلة من هذه الأنواع صلاحية متناسبة معها، ولذلك قسمت الأهلية إلى قسمين اثنين، وكذلك كل قسم إلى اثنين .

القسم الأول من الأهلية أهلية الوجوب

وأهلية الوجوب هي صلاحيته لوجوب الحقوق الشرعية له . وهي أهلية من بعد لا يزال جنيناً في بطن أمه .

وميزة هذه الأهلية أنها تصلح لأن يجب له الحق كالإرث والوصية والنسب ودون صلاحيتها لوجوب حق عليه .

(أ) أهلية الوجوب الناقصة :

وفي هذه المرحلة، النفس لا تملك الذمة الكاملة، بل هي قاصرة، والذمة (*) هي محل الوجوب؛ وإنما تثبت هنا الأهلية نظراً لكونها لا توجد إلا بقيام الذمة الصالحة، والذمة هنا ناقصة أو قاصرة، فكانت الأهلية قاصرة مراعاة لوضع الذمة إذ التعلق الكامل لا يكون إلا بالذمة الكاملة، وفي هذه المرحلة لا يجب عليه شيء البتة .

(ب) أهلية الوجوب الكاملة :

هي صلاحيته لوجوب الحقوق له وعليه .

(*) الذمة في اللغة العهد، وفي الشرع نفس لها عهد سابق، والمراد بالنفس ما يشير إليه كل واحد بقوله (أنا) . والمراد بالعهد السابق، العهد الذي عاهد الإنسان ربّه يوم الميثاق .

وتحصل له هذه الأهلية عقب ولادته، فإذا ما وُلِدَ وُجِدَتْ له ذمة صالحة لتعلق الحقوق بها؛ وعلى وجوب الحقوق له وعليه إجماع الفقهاء^(١).
ولكن تعلق الحقوق ووجوبها عليه ليس على الإطلاق، بل هناك من الحقوق ما لا تجب عليه.

وفيها ينظر إلى نوعية الحقوق، فإن كانت من باب دخول شيء إلى ملكيته كان يشترط له الولي شيئاً ما، فإنه يثبت له، ووجب في ماله الثمن.

وإن كان الحق من باب حقوق العباد وكان من باب الغرامات أو العوض أو النفقة فإنه يلزمه؛ ولو حصل من الولد في هذه المرحلة أن أتلّف مال آخر فإنه يضمن، وكذلك في ثمن المبيع ولزوم النفقة، كنفقة الأقارب، ولأنها مؤنة متعلقة باليسار فإن كان معسراً فلا.

والمقصود إزالة حاجة القريب بوصول كفايته إليه، وذلك بالمال عن طريق أداء وليه. وأما ما كان من باب العقوبة كالقصاص أو الجزاء كحرمان الميراث فإنه لا يجب عليه، لأنه لا يصلح لحكمه، وهو المطالبة بالعقوبة أو الجزاء وليس ضرب الصبي هذا من قبل وليه معتبراً من باب العقوبة، بل هو من باب التأديب.

وأما ما كان من باب حقوق الله تعالى، فإنها تجب عليه متى صح القول بحكمه، كالعشر والخراج، فإنهما في الأصل من المؤن، ومعنى العبادة والعقوبة فيهما ليسا بمقصودين، والمقصود منهما المال، وأداء الولي في ذلك كأدائه.

ومتى بطل القول بحكمه لا يجب عليه كالعبادات الخالصة، كالصوم والصلاة والحج وغيره، إذ العبادة فعل يحصل عن اختيار على سبيل التعظيم، ولا يتصور ذلك منه. وكذلك الأمر في العقوبات كالحدود والقصاص لانعدام الحكم، وهو المؤاخظة بالفعل^(٢).

(١) انظر: شرح المنار/٣٣٣.

(٢) شرح المنار/٣٣٥.

القسم الثاني أهلية الأداء

وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. وهي اثنتان:

(أ) أهلية أداء قاصرة:

ومبنى هذه الأهلية على القدرة القاصرة للإنسان بكل من عقله القاصر وبدنه العاجز. وحيث لا خلاف في أن الأداء يتعلق بقدر قدرة فهم الخطاب، وهي بالعقل.

وقدرة العمل به وهي بالبدن، فإذا كان تحقق القدرة بهما يكون كما لها بكما لهما، وقصورها بقصورهما، والإنسان في أوّل أحواله عديم القدرتين، ولكن فيه استعداد أن يوجد كل واحد منهما بخلق الله تعالى إلى أن يبلغ درجة الكمال، وقبل بلوغها تكون قاصرة، كالصبي، فإن كل واحدة من القدرتين قاصرة فيه، ويبنى على هذه الأهلية صحة الأداء، بمعنى أنه لو وقع الأداء يكون صحيحاً ولا يجب، وهذا بشكل عام.

والأحكام اتجه هذه الأهلية منقسمة إلى قسمين اثنتين: مجموعة تحت حقوق الله تعالى وحقوق العبد.

فأما حقوق الله تعالى فهي كما يلي:

١ - إن كان ما يقوم به حسناً لا يتحمل غيره كالإيمان صحّ منه، بلا لزوم أداء ولأنه منفعة محضة، وفي هذا قول علي رضي الله عنه: سبقتكم إلى الإسلام طراً.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح إيمانه قبل البلوغ في حق أحكام الدنيا فيرث أباه الكافر، لأنه ضرر، وأما في حق أحكام الآخرة فالقول بصحته واجب لأنه نفع محض وليس من ضرر في ثبوت الإسلام في حق الآخرة ثبوته في أحكام الدنيا.

٢ - وإن ما يقوم به قبيحاً بحيث لا يحتمل غيره، كالردة مثلاً، فلا يجعل عفواً، ولكن لا يقتل به لأن القتل ليس من أحكام عين الردة، بل من حكم المحاربة، ولم توجد منه قبل البلوغ، بل يجبر على الإسلام، وهذا رأي كل من الإمام ومحمد رحمهما الله.

وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله: لا يحكم برده في حق أحكام الدنيا لأنها ضرر محض، وإنما حكم بإيمانه لأنه نفع محض.

٣ - وإن كان فيما بين الحسن والقبيح، كالصلاة والصوم، فيصح الأداء من غير لزوم عهدة، أي ضمان، ويعني إذا شرع فيه لا يجب إتمامه والمضي فيه، حتى إذا أفسده لا يجب عليه القضاء.

وفي صحة الأداء بلا لزوم نفع محض لأنه يعتاد أداؤها فلا يشق ذلك بعد البلوغ^(١).

وأما حقوق العبد:

فينظر فيه من جوانب عدة، هي:

١ - إن كان من باب النفع المحض له، كقبوله للهدية أو للصدقة وقبضهما فإنه يصح أداؤه، أي مباشرته لما كان من هذا الباب، لأنه محض منفعة، فيثبت في حقه بناء للأهلية القاصرة.

٢ - إن كان من باب الضرر المحض كالوصية مثلاً، فإن فيها إزالة ملك من غير منفعة تعود إليه، ولذا فلا تعتبر مباشرته للوصية في صالحه، فلا تصح.

٣ - إن كان دائراً بين النفع والضرر، كالبيع، وحيث دورانه بين الربح والخسارة وبالتالي بين النفع والضرر، وكذلك الإجارة ونحوه. فإن أداءه ومباشرته لمثل هذا، يعتبر صحيحاً وموقوفاً على رأي وليه، وقصور رأيه يجبر بانضمام رأي الولي إليه^(٢).

(١) شرح المنار/٣٣٦.

(٢) نفس المرجع، تسهيل الوصول إلى علم الأصول/٣٠٦، علم أصول الفقه/١٣٨.

(ب) أهلية أداء كاملة :

وقوام هذه الأهلية القدرة الكاملة من العقل والبدن، وحُدّد هذا بالبلوغ عاقلاً؛ لأن إلزام الأداء قبل الكمال يكون حرجاً، والحرج مدفوع ومنهي عنه، ولما لم يكن إدراك كمال العقل إلا بعد تجربة وتكلف عظيم، أقام الشرع البلوغ(*) الذي يعتدل لديه العقل في الأغلب مقام اعتدال العقل تسييراً بدليل قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ».

والمراد بالقلم الحساب والحساب إنما يكون بعد لزوم الأداء. فإذا بلغ عاقلاً، حاز أهلية الأداء الكاملة، وأصبح أهلاً للبيع والشراء وإنشاء سائر العقود وتنفيذها، ودون عودة إلى إذن الولي أو توقف عليه، وذلك طالما لم يطرؤ ناقض يستوجب حرجاً

وأما أدائه في حال المرحلة التمييزية - أهلية الأداء القاصرة - فما يعتبر من باب العقود فإنه ينعقد صحيحاً، لكنه موقوف وغير نافذ إلا بإذن الولي، فإن أجازه نفذ، وإلا فلا.

فشرطه أهلية المتعاقدين، أي أن يكونا عاقلين، ولا يشترط البلوغ، ولكنه إذا لم يجز الولي البيع يكون باطلاً^(١).

وعقد المميز صحيح، وسواء اشترط الاذن أن يتقدم الإنشاء أم لا.

(*) الغالب لدى الأئمة، وهو رأي الجمهور أن زمن من البلوغ الحكمي هو خمس عشرة عاماً لكل من الذكر والأنثى، وهذا التقدير الزمني كائن عند فقدان البلوغ الطبيعي حسيّاً. والبلوغ الطبيعي يكون بالحیضة للجارية أو بإمكانية الحمل أو بالاختلام ونحوه، ولا يكون هذا لأقل من تسع سنوات للجارية واثني عشر سنة للغلام.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى تقدير البلوغ الحكمي لدى الجارية بسبعة عشر عاماً وبثمانية عشر عاماً لدى الغلام. وقال صاحبه بقول الجمهور، والفتوى على رأيهما/انظر الحيض وأحكام الشرعية للمؤلف/٦، أصول الفقه لأبي زهرة/٢٦٧.

(١) فتح القدير ج ٦/٢٤٨، الأشباه والنظائر/٣٠٨.

ويبقى موقوفاً على إجازة وليه، وهو رأي الجمهور^(١). ومعهم الجعفرية^(٢).
وذهب الشافعية إلى أن الصغير مميزاً كان أم لا، لا يصلح لإنشاء
العقد، ولا ينعقد له عقد ما لم يبلغ عاقلاً راشداً.

والرشد عندهم أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله^(٣).
وهو رواية لدى الحنابلة^(٤).

وقد استدلت الشافعية لما ذهبوا إليه بما يلي:

١ - أن الصبي غير مكلف لأنه بعد لم يبلغ، والبلوغ مناط التكليف،
حيث الوقوف على العقل، ولأنه قبل ذلك أشبهه بغير المميز، ولا يثبت له
أحكام العقلاء قبل وجود هذه المظنة.

٢ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ
قِيَامًا﴾^(٥)، ووجه الاستدلال: أن التصرف في البيع والشراء في معنى إعطاء
السفهاء المال لاستلزام البيع والشراء لبذل المال، والجامع بينهما نقص
العقل الموقع لكل منهما في إضاعة المال في غير طريقه الشرعي^(٦).

واستدل المجيزون لإنشائه العقود بما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ
مِنْهُمْ رَشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٧)، والمراد: اختبروهم لتعلموا رشدهم
ويتحقق هذا بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء، وليعلم هل يغبن أم
لا؟.

(١) فتح القدير ج ٦ ، الأشباه والنظائر، وانظر: المغني ج ٤ / ٢٧٤ ، القوانين الفقهية / ٢٢١ ،

أسهل المدارك ج ٢ / ٢٢٠ .

(٢) منهاج الصالحين ج ٢ / ٢٤ .

(٣) مغني المحتاج ج ٢ ج ٦ .

(٤) المغني ج ٤ / ٢٧٤ .

(٥) سورة النساء، الآية: ٥ .

(٦) المغني ج ٤ / ٥٠٦ ، الميزان الكبرى ج ٢ / ٦٢ .

(٧) سورة النساء، الآية: ٦ .

٢ - هو عاقل مميز محجور عليه، فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد، وليس هو كغير المميز لأنه لا يعقل المصلحة بتصرفه، لعدم تميزه ومعرفته، ولا حاجة إلى اختباره نظراً لحاله المعلوم.

وأما الصبي المميز فإن آثار وجريان تصرفاته تكون على وقف المصلحة، وهذا كله ضمن إطار إذن الولي وإجازته^(١).

مسألة الرشد

اتفق الفقهاء على وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلغ. ثم اختلفوا فيما إذا بلغ غير راشد، هل يستمر منعه من تصرفه بماله؟ أم أنه يُعطى ماله ويتحمّل مسؤوليته؟

فذهب الجمهور إلى أنه لا يُعطى ماله إلا بحصوله على هاتين الصفتين، البلوغ والرشد، حتى ولو صار شيخاً كبيراً.

وبه قال كل من الشافعية والمالكية والحنابلة وصاحباً أبي حنيفة.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ غير راشد يستمر عليه المنع إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن بلغ هذا العمر أعطي إليه ماله وإن لم يرشد محتجاً بقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾^(٢).

ووجه الاستدلال: أنه قد بلغ بهذا العمر أشده وصلح أن يكون جَدّاً، فضلاً عن كونه حُرّاً بالغاً عاقلاً^(٣).

واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول. أما المنقول: فقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم

(١) المغني ج ٤، الميزان الكبرى ج ٢.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

(٣) المغني ج ٤/٥٠٧.

منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم^(١)، وقوله تعالى: ﴿ولا توتوا السفهاء أموالكم﴾^(٢)، ففي الآية الأولى على الدفع على وجود شرطين اثنين، وهما: البلوغ والرشد. وفي الآية الثانية: النهي عن إعطاء المال والتمكن منه إلى السفية، وهو من لا رشد له، وكما في قوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل فليمل وليه بالعدل﴾^(٣) حيث إثبات الولاية على السفية، ولأنه مبذر لماله، فلا يجوز إليه كمن له دون ذلك.

وأما ما ذكر من استدلال للإمام أبي حنيفة، فإن ما استدل به المانعون هو أقوى في الدلالة على ما ذهبوا إليه لكون استدلالاً بالمنطوق، بخلاف الاستدلال بالمفهوم. وكذلك ما ذهب إليه من استدلال بكونه لغاية خمس وعشرين سنة يصبح جداً، فهو تحكّم ولا دليل عليه.

وبناء على ما ذكر: فإنه على رأي الجمهور لا يعطي إليه ماله ولا يصح تصرفه ولا إقراره كالصبي والمجنون، ولكونه خطراً على ماله.

وعلى مذهب أبي حنيفة أنه قبل بلوغه الخمس وعشرين سنة يصح بيعه وإقراره وإنما لا يسلم إليه ماله، لأن البالغ عنده لا يحجر عليه، وإنما منع ماله للأب.

صفة الرشد:

الرُّشد من رشد بالفتح، وكذلك الرّشاد، وهو ضد الغني.

وأما عند الفقهاء فهو عند أكثرهم، ومنهم مالك وأبو حنيفة وأحمد هو الصلاح في المال.

وقال الشافعي: الرشد هو الصلاح في الدين والمال، فمن كان فاسقاً

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

فهو غير رشيد وإن كان بارعاً في التجارة، ولأن إفساده لدينه يمنعه الثقة في حفظ ماله، كما يمنع فيقول قوله وثبوت الولاية على غيره^(١).

والراجح ما ذهب إليه جمهور العلماء بناءً لما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢) وفسّر الرشد عند ابن عباس هنا بالصلاح في أموالهم، وكذلك قال مجاهد بالعقل.

٢ - العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا. وأنه مصلح لماله، وما الحجر إلا من أجل الحفاظ على ماله، وما دام محافظاً على ماله فقد تحققت الصحابة أو لا لزوم إلى الحجر عليه.

٣ - الرشد لا يقابله الفسق، وإلا لم تصح تصرفات وعقود الكافر، ولأنه غير عدل.

٤ - أنه إذا كان بفسقه ينفق أمواله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد، فهو غير رشيد لتبذيره لماله ووضعه في غير فائدة تعود عليه، لا لكونه فاسداً الأخلاق والمروءة.

وليس بل لازم فيمن كان سيء الأخلاق والمروءة أن يكون مضيعاً لماله، بل قد يكون العكس، أن مثل هؤلاء يحرصون على تكبير أموالهم والازدياد في أملاكهم^(٣).

الحجر على السفه بعد الرشد:

قد علم سابقاً أن الصبي متى بلغ عاقلاً، فإن كان راشداً سلم إليه ماله، وإن كان غير راشد، تسلم إليه أمواله ببلوغه خمساً وعشرين سنة عند الإمام أبي حنيفة، وعند الآخرين، فلا تسليم له إلا بالرشد، ومهما بلغ من العمر.

(١) المغني ج ٤/٥١٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

(٣) المغني ج ٤/١١٧.

وأما إذا بلغ راشداً ثم طرأ عليه السفه فيما بعد، أيحجر عليه؟ أم لا؟ وهل يتوقف الحجر على حكم القاضي؟ أم لا؟

فمذهب الإمام أبي حنيفة أنه لا يمنع ماله ولا يحجر عليه، وإن سفه بعد رشد وأن تصرفه صحيح سواء كان لمصلحة أم لغيرها، لأنه مخاطب بحقوق الشرع ويحبس في الديون، وتجب عليه العقوبات.

وذهب الآخرون ومعهم صاحبنا أبي حنيفة إلى أنه يحجر عليه، وأن السفه إذا عاد إليه بعد فك الحجر عند حجر عليه.

ولأن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهه، وهو موجود ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع المال إليه، فإذا حدث أوجب انتزاعه المال، كالمجنون.

ولا يحجر عليه عند الشافعية وأحمد إلا الحاكم، لأن التبذير يختلف، ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد ولم يثبت إلا بحكم الحاكم. ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم، كالحجر على المفلس، وليس كالمجنون، حيث أن المجنون لا يحتاج إلى اجتهاد ولا خلاف فيه.

وقال الآخرون: بل يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره، لأن ذلك سبب الحجر، فأشبه المجنون.

متى حجر عليه، ثم عاد فرشد، فك عنه الحجر، ولا يزول إلا بحكم الحاكم^(١).

وبما أن الحجر مسألة تتعلق بها الولاية على نفس ومال الصغير وفاقد الأهلية، فإنه يقتضي تبيان الولاية وأحوالها ولو بشكل موجز، قصد تكملة الموضوع، وخاصة أن ذمة غير ذمة صاحب الملك تتولى أمر التصرف من عقود ونحوه، وبما يعود بالمنفعة على نفس المولى عليه وماله، حفظاً وتنمية ورعاية.

(١) انظر: المغني ج ٤/٥١٨.

ولذا ستعرض فيما بعد للتعريف بالولاية وأقسامها وأحوالها وشروطها.

الصيغة وما يجب فيها

مما هو معروف في أصول الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز أخذ مال الآخر إلا برضاه، وكما في قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِكُمْ رَحِيمٌ﴾^(١).

وحيث أن البشرية مفضولة على التكامل في حياتهم من جهة احتياج الفرد للآخر والإنسان للإنسان، وأن الله تعالى قد شرع وبيّن لعباده الكسب الحلال من الكسب الحرام، وأن الأصل في ملكية الإنسان ألا تخرج منه إلا برضاه، وأن الرضا أمر باطني، وباطن الإنسان لا يعلمه إلا من خلقه، وأن هذا كله يستدعي ويقتضي اعتماد دلالات ظاهرة بيّنة يؤخذ منها رضا المتعاقدين بالتمليك والتملك.

وعلى هذا فقد اقتضى الأمر لدى الفقهاء لدلالات معيّنة تؤدي إلى المقصود وتحقق المطلوب.

وتعددت نوعية الدلالة، من لسان إلى كتابة إلى معاطاة، ونحوها من دلالات واضحة الفهم ودون غموض أو إبهام، وقصد إبعاد التنازع فيما بين المتعاقدين.

هذه الدلالات هي وسائل تفيد التعبير عما في نفس المتعاقد حول الشيء الذي يُعقد عليه فيما بينه وبين الآخر، وإن كانت أولى الدلالات وأولاها هي:

(أ) دلالة اللسان:

وحيث الترجمة لما في القلب، ما لم يكن هناك من أمر طارئ. وكما

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

قد قيل :

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلاً
وبما أن وسيلة اللسان هي وسيلة التخاطب الحضارية فيما بين البشر،
فالأمر يستدعي تبيان مادة اللفظة وصيغتها ونسبتها إلى طرفي التعاقد.

١ - مادة اللفظة :

مادة اللفظة تكون عادة متناسبة مع نوعية العقد، من بيع وإجارة ونكاح
ونحوه، ففي عقد البيع: عند الحنفية البيع ينعقد بكل لفظ ينبيء عن
التحقيق، مثل: بعت واشترت ورضيت، أعطيت بكذا، خذه بكذا، أجزت،
قبلت، أمضيت، ونحوها من الألفاظ الدالة على معنى البيع والشراء^(١).

وبهذا قال الحنابلة ولم يحصرُوا المادة بلفظ معين، كبتت واشترت،
بل بكل لفظ يؤدي إلى معنى البيع، ولأن الشارع لم يخصه بصيغة معينة^(٢).
وأما المالكية والشافعية فقد نصّوا على تعيين مادة القول لعقد البيع في لفظي
البيع والشراء، والتمليك والتملك، وقالوا بوجوب الصراحة في القول، ولا
يكون صريحاً إلا باللفظ الدال على التمليك والتملك دلالة ظاهرة على البيع
والشراء^(٣).

وفي عقد الإجارة: مادة القول تكون بما يدل على تمليك المنافع
يعرض مثل أجرتك، أعرتكها مدة كذا وكذا، وهبتك منافعها مدة شهر بكذا،
ولم ير الحنفية اقتصار اللفظ على مادة الاشتقاق من ذات الإجارة، بل تتعدى
إلى غيرها ما دامت تدل على معنى الإجارة^(٤).

وهو رأي الحنابلة، إذ يقولوا: وتنعقد الإجارة بلفظ أجرتك وما في

(١) فتح القدير ج ٦/٢٤٩، الحاشية ج ٤/٩، الاختيار ج ٢/٤.

(٢) كشف القناع ج ٣/١٤٦، المغني ج ٣/٥٦١.

(٣) بداية المجتهد ج ٢/١٥١، مغني المحتاج ج ٢/٥.

(٤) الحاشية ج ٥/٣.

معناها كالكرء والتملك^(١).

وعند الشافعية أن الإجارة تنعقد بالاشتقاق من مادتها: أجزت، لأنه لفظ موضوع له، ومن مادة الكراء (أكريتك) ومن مادة التملك (ملكتك منافع).

ومنعوا انعقادها بلفظ البيع، لأن البيع موضوع لتمليك الأعيان، لا المنافع^(٢).

وأما في عقد النكاح، فإنه ينعقد بما يصح به من لفظ النكاح والزواج وما وُضع لتمليك العين في الحال، كالوطء والملك والهبة^(٣).

وكذلك الأمر لدى المالكية، حيث ينعقد لديهم بكل ما يدل على الرضا كالنكاح والزواج والهبة والصدقة والمنح، ومع ذكر الصداق^(٤).

ولم يوافق على هذا الشافعية، وحصروا المادة بالاشتقاق من الزواج والنكاح وأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح. ولأن الشهادة شرط في النكاح، فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح^(٥).

وبه قال الحنابلة، ولكون هاذان اللفظان هما الواردين في القرآن الكريم في شأن عقد الزواج، وفي القبول يصح أيضاً بلفظ: قبلت ورضيت^(٦).

وعند الظاهرية: أن لكل عقد ألفاظاً لا تكون إلا بها، وأن هذا الأمر من باب التوقيف، وأن هذا لا يُعلم إلا بالنصوص^(٧).

(١) كشاف القناع ج ٣/١٤٦.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٣٣٣، المهذب ج ١/٣٠٤.

(٣) تبين الحقائق ج ٢/٩٦.

(٤) الفواكه الدواني ج ٢/٢٣.

(٥) المهذب ج ٢/٤٢.

(٦) منار السبيل ج ٢/١٤٦.

(٧) المحلى ج ٨/٣٥٠.

وعند الجعفرية: لا خطر على قول ما دام هذا القول دالاً على المقصود من العقد وإن لم يكن صريحاً فيه^(١).

٢ - صيغة المادة:

والمقصود بها صيغة مادة اللفظ من حيث الزمن، ومدى دلالتها على كل من معنى العقد ورضا المتعاقد.

وصيغة العقد، وكما في عقد البيع: هي عبارة عن كل لفظين يثبتان عن معنى التملك والتملك ماضيين، كبتت واشترت أو حالين إن لم يقرنا بسوف والسين كأبيعت فيقول أشترى، أو أحدهما ماضي والآخر حال، ولكن لا يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني. فإن نوى به الإيجاب للحال صحّ على الأصح، وإلا فلا. إلا إذا استعملوه للحال كالماضي كأبيعت الآن لتمخضه للحال، وأما المتمخض للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلاً. إلا الأمر إذا دلّ على الحال، كخذه بكذا فقال: أخذت أو رضيت، صح بطريق الاقتضاء^(٢).

وعلى ضوء ما تقدم يتبين ما يلي:

١ - إذا كانت صيغة كل من الإيجاب والقبول بالماضي، انعقد العقد ودون حاجة إلى نية.

٢ - إذا كانت صيغة كل من الإيجاب والقبول حاليين لم يقرنا بسوف والسين نحو: أبيعت، أشترى، انعقد لكنه متوقف على النية.

وكذلك الأمر إذا كان أحدهما ماضي والآخر حالاً، فإنه يحتاج إلى النية، أي الحال. نظراً لغلبة استعماله - الحال والمضارع - في الاستعمال حقيقة أو مجازاً.

فإن نوى الإيجاب صحّ، وإلا فلا. إلا إذا استعمل للحال وتغلب لدى أناس فإنه آنذاك يصبح كالماضي، ولا يحتاج إلى نية نحو: أبيعت الآن

(١) منهاج الصالحين ج ٢/٢٠.

(٢) الحاشية ج ٩/٤.

لتمخضه للحال وأما المتمخض للاستقبال فلا يصح، سواء نوى بذاك الحال أم لا، لكون الأمر متمخضاً للاستقبال، وعلى هذا المضارع المقرون بسوف والسين، نحو: سوف أشتري لمن قال، سأبيعك.

واستثني من المتمخض للاستقبال: عقد النكاح، حيث ينعقد بالأمر، كما في: زوّجني، فإذا قال: زوجتك، كان ممثلاً أمر الموكل مزوّجاً له وولياً لمن زوّجها، والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع».

إن لفظ الأمر في النكاح جعل إيجاباً لأن النكاح لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه لا يكون إلا بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالباً، فلا يكون لفظ طلبه أعني «زوجني» مساومة، بل هو تحقيق فاعتبر إيجاباً، بخلاف البيع لا يكون مسبقاً بمثل ذلك فكان الأمر فيه مساومة، فلا يتم العقد بمجرد وجود الآخر^(١). وعدم صحة العقد بالأمر، سوى الزواج، لدى الحنفية هو رواية لدى الحنابلة^(٢). وأما عند الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة العقد ينعقد بالأمر^(٣).

الإيجاب:

٣ - صاحب الإيجاب وصاحب القبول:

الإيجاب والقبول، وكما مرّ، هما ركن العقد، ولأنه بهما ينعقد العقد فيما بين المتعاقدين على الشيء المعقود عليه.

والإيجاب هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا أولاً، وسواء وقع من البائع كبعث، أو من المشتري كاشتريت.

والقبول هو الفعل الثاني، وسمي بالقبول نظراً للتمييز بين كلام الأول وكلام الثاني، وإن كان كلام أي واحد منهما يراد به الإثبات. وهذا قول

(١) الهداية بشرح الفتح والعناية ج ٦/٢٥٠.

(٢) المغني ج ٣/٥٦١.

(٣) مغني المحتاج ج ٢/٥٠، بداية المجتهد ج ٢/١٨٣، المغني ج ٣/٥٦١.

وعند الآخرين من الفقهاء: الإيجاب هو كلام البائع والقبول هو كلام المشتري. وفي الإجارة: كلام المؤجر هو الإيجاب وكلام المستأجر هو القبول. وسواء وقع كلام المؤجر أم كلام المستأجر^(٢).

(ب) دلالة الكتابة:

الأصل في الشريعة أن الإيجاب والقبول لا بدّ من اقتران أحدهما بالآخر في مجلس واحد. والأصل أن كل ما دلّ على معنى الإيجاب والقبول بين الطرفين ينعقد به العقد فيما بينهما^(٣).

وصورة الكتابة أن يكتب: أما بعد فقد بعث سلعتي، محددًا أوصافها منك. أو إليك بمبلغ محدد، فلما بلغ الكتاب الطرف الآخر، قال في مجلسه ذلك: اشتريت، فقد تمّ البيع بينهما، ثم يخبر الطرف بأنه قد اشترى منه السلعة المعينة بالسعر ذاته الذي قاله البائع، وهكذا...

والاعتبار لمجلس البلوغ، بمعنى أن الكتابة كالخطاب من جهة اعتبار مجلس البلوغ وإذا لم يجب فور وصوله، أجب فيما بعد في مجلس آخر، اعتبر هذا قبولاً. بمثابة ما إذا تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس ثان، أي الكتاب وبقاؤه في يد من أرسل إليه بمثابة التجديد له، ولذلك ليس بشرط أن يقبل في مجلس بلوغ الكتابة.

وامتاز عقد النكاح بالكتابة أنه لا بدّ من أن يقرأ على المرأة المطلوب الزواج بها، مثل قوله: زوجت نفسي منك على مهر قدره كذا. فلما وصلها الكتاب لا يعتبر منها قبولاً إلا إذا قرأت ما في الكتاب على شهود، وقالت: اشهدوا بأني قد قبلت بزواجي منه، أو أن تقول لهم: اعلّموا بأن فلاناً قد طلب مني الزواج واشهدوا بأني قد تزوجته.

(١) الهداية بشرح الفتح والعناية ج ٦/٢٤٨، الحاشية ج ٦/٤.

(٢) المغني ج ٣/٥٦١، أسهل المدارك ج ٢/٢٢٠، مغني المحتاج ج ٢/٣.

(٣) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنيهوري ج ١/٨٠.

(ج) دلالة الإرسال:

العقد عن طريق الإرسال هو نفسه عن طريق الكتابة، وكل ما في الأمر هو شخص مرسل يدل الكتاب ومبلغاً كلام من أرسله. ومثال أن يقول: اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً قد باع السلعة المعينة منك بكذا، فجاءه فأخبره، فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول، ولأن الرسول ناقل، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً. وإذا لم يجب بالقبول في مجلس أداء الرسالة، فلا عقد فيما بينهما، ولأن الاعتبار في الإرسال لمجلس أداء الرسالة^(١).

(د) دلالة الإشارة:

الإشارة هي وسيلة أمثال الأخرس والعاجز عن النطق وقائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح ونحوها من سائر العقود وكذلك التصرفات ما عدا بعض الأشياء كالحدود.

وكتابة الأخرس كإشارته، والمعتمد أنه لا يشترط عدم القدرة على الكتابة. ولا بدّ من أن تكون الإشارة معهودة وإلا فلا تعتبر.

هذا إذا كان أخرساً، وأما إشارة غير الأخرس، فإنه ينظر إليه، فإن كان معتقل اللسان ففيه خلاف.

والفتوى على أنه إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه.

وإن لم يكن معتقل اللسان فلا تعتبر إشارته^(٢)، وهو رأي الشافعية ومذهب المالكية والحنابلة إلى الاكتفاء بالإشارة ما دامت مؤدية لمراد المتكلم، حتى ولو كان قادراً على التلفظ بالصيغة.

(١) انظر ما يلي: الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٢٥٤، المسبوط ج ٣/٤١، الأشباه والنظائر/٣٣٦، مغني المحتاج ج ٢/٦، مصادر الحق ج ١/٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر/٣٣٦، الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٢٥٤، المسبوط ج ٣/٢١.

(هـ) دلالة التوقيعات :

خلاصة القول في الخط واعتباره، كما أفاد ابن عابدين: أن الخط المصدّر والمعنون مثل: سبب تحريره «أو في الوصول: وصل إلينا من يد فلان الفلاني كذا» أو علم بيان ما يكتب الرجل في دفتره مثل قوله: علم بيان الذي في ذمتنا لفلان الفلاني، وأن كلّه مصدّر معنون جرت العادة بتصديره بذلك. فمثل هذا إذا اعترف فإن خطّه يلزمه، وإن لم يكن مصدراً معنوناً لا يلزمه إذا أنكر الحال وإن اعترف بكونه كتبه بخطّه إلا إذا كان بائعاً أو صرافاً أو سمساراً. . وصك الصراف والسمسار حجة عرفاً.

ونقل أن الأمر لا يقتصر على السمسار والصراف والبيع، بل مثله كل ما جرت العادة به، فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء، والأكابر ونحوهم ممن يتعدّر الإشهاد عليهم، كما إذا كتبوا وصولاً أو صكوكاً بدين عليهم كتبوه وختموه بأختامهم المعروفة، فإنه في العادة يكون حجة عليهم.

ويشير ابن عابدين بالإلحاق إلى مبنى العرف قياساً على دفتر الصرف ونحوه. وضرب مثلاً على هذا: وجود صندوق فيه حرى مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلاني، فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطّه ذلك على دراهمه. وخطّه حجة عليه لا له^(١).

(و) دلالة الوسائل المستحدثة (تليفون/تليكس):

وكما قد سبق القول في اعتماد وصحة التعبير عن الإرادة بكتاب مرسوم أو إرسال يقوم بالتبليغ، وما الصحة إلا لأن هذه الوسائل والرشاقة في التعبير بين الطرفين بما تحمل في طياتها من دلالة بيّنة ظاهرة بها الإرادة الباطنة.

وليست الوسائل والوسائط محدودة مقصورة على عدد معين، بل الاعتبار لكل وسيلة ألفها الناس في التعبير والكشف عن إرادة الإنسان.

(١) نفس الحاشية ج ٤/٣٥٣، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١/٣٧١، الأشباه والنظائر/٣٤١.

فألفاظ العقد وصيغته قد يؤديها العاقد مباشرة بنفسه، أو قد يؤديها بواسطة شخص يرسله، وقد يؤديها بواسطة الآلة، كالتعاقد بالتليفون وبغيره من الوسائل المستحدثة كالتلكس ونحوه.

وكما أشار البعض إلى اعتباره من الوسائل التعبيرية ما يتعارفه الناس فيما بينهم ويصبح مألوفاً لديهم، وذلك كنشرة إعلان موقع عليها، أو كتاب موقع عليه ومكتوب باليد أو بالآلة الكاتبة، ومنه أيضاً عرض التاجر بضاعته للجمهور مع بيان أثمانها، يعتبر إيجاباً صريحاً منه.

إذن العقود تحصل بواسطة الهاتف والتلكس، سوى ما اشترط له منها من أمر الشهادة، وذلك كما في عقد الزواج، والذي لا بد منه من سماع الشاهد لكلام المتعاقدين، وهذا لا يكون إلا حضوراً أو بواسطة رسول أو كتاب بين^(١).

وعلى هذا فمن لا يشترط الشهادة، كالجعفرية فينبغي صحة عقد الزواج بواسطة الآلة^(٢)

ويلاحظ، أنه وإن صح التعاقد بواسطة، لكن يبقى شيء ملحوظ وهو أن التأكد من أمر الهاتف عسير وصعب، وذلك لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها، وكذلك يحصل الاختلاف عند الإنكار من أحدهما لأمر العقد، أو لبعض جزئياته ومضامينه.

ولذا فقد تلجأ المؤسسات التجارية إلى تملك الاثبات والذي قد يلزم موقف الإنكار، كأن تعتمد التسجيل للصوت، أو كحال التلكس والآلات المتطورة، التي تترك عند استعمالها صورة واضحة عما قد حصل من كلام. وهذا ما ينبغي أن يُلاحظ عند التعاقد بالآلة تداركاً للنزاع المتوقع، وخاصة أن الشهادة ليست شرطاً من شروط صحة العقد بشكل عام، ويلاحظ

(١) انظر: الوسيط للسنهوري/١٧٥، نظرية العقد للحسني/١٤٤.

(٢) انظر: أحكام الأسرة للدكتور محمد شليبي/١٠٨.

هنا حول عقد الصرافة وما قد اشترط فيه من شروط خاصة وبالذات، شرط التقابض في المجلس، وأن هذا صعب توفره في البعض من وسائل التعبير، كالهاتف والإرسال.

وأما في القوانين الوضعية، فإن المطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة لكونه مظهر الإرادة الخارجي الحسي، وأنه قد يكون تعبيراً صريحاً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمناً، وأما الصريح فهو الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس، فقد يكون هذا التعبير بألفاظ يؤديها اللسان مباشرة، أو يؤديها بالواسطة كما يحصل عند الاتصال بالتليفون أو استخدام رسول ينقل التعبير، وقد يكون بالكتابة من صورها، إذ يجوز أن تكون عرفية أو رسمية في سند أو رسالة، مخطوطة أو مطبوعة إلى غير ذلك من الصور، وقد يكون بالإشارة المتداولة عرفاً، وهي إشارة تواضع الناس على معنى خاص لها، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو هزها أفقياً أو هز الكتفين دلالة على الرفض...»^(١).

(ز) دلالة التعاطي:

التعاطي في اللغة من العطو بتسكين الطاء، والمراد به التناول، ومنه الإعطاء أي المناولة والمعاطاة^(٢).

وأما في الاصطلاح: هي عبارة عن وضع الثمن وأخذ المثل من تراضي منهما من غير لفظ. وإذا رفض صاحب السلعة البيع فلا ينقصد البيع.

ومن أمثلة البيع بالتعاطي: بيع الصحف وشراؤها عن طريق وضع الثمن وأخذها دون تلفظ، وكذلك بيع زجاجات العصير عن طريق الآلات المبردة، حيث يوضع المشتري الثمن ويحرك الآلة، ليتناول الزجاج، وبدون كلام، وهكذا..

(١) انظر: مبادئ القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدر/٣٢٥.

(٢) القاموس المحيط مادة/عطو.

وكون الإيجاب والقبول بصيغة معينة مضبوطة، وهو ركن العقد، وفي هذه الوسيلة ما بدا شيء من هذا، فلا البائع قال: بعت، ولا المشتري قال: اشتريت.

ولذا لم يتفق الفقهاء على انعقاد العقد - البيع - بهذه الطريقة، بل تعدد من أقوالهم إلى مذاهب ثلاث، هي:

١ - المذهب الأول وهو للشافعية ويقوم على عدم انعقاد العقد بالتعاطي، وذلك لضرورة وجود الصيغة، وأن الصيغة هي السبب الظاهر الدال على الرضا. وهو مقتضى مذهب داود الظاهري، نظراً لاعتباره الألفاظ معينة توقيفية^(١).

٢ - المذهب الثاني، وهو لبعض الشافعية، وبعض الحنفية ويقوم على أن المعاطاة تصح فيما كان من باب السلع الخسيسة لا النفيسة^(٢).

٣ - المذهب الثالث وهو لجمهور الفقهاء، ومن الحنفية والمالكية والحنابلة ويقوم على انعقاد العقد عن طريق التعاطي، وسواء كان في الخسيس من الأشياء أم من النفيس.

وقد استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بما يلي:

١ - أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف.

٢ - لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه رضي الله عنهم مع كثرة وقوع البيع فيما بينهم واستعمال الإيجاب والقبول، ولو كان لنقل إلينا نقلاً شائعاً، ولو كان شرطاً لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله ولا إغفاله.

٣ - أن الناس تتبايع في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره فكان ذلك إجماعاً.

(١) انظر: مغني المحتاج ج ٤/٢، المحلى ج ٨/٣٥٠.

(٢) مغني المحتاج ج ٤/٢، الحاشية لابن عابدين ج ٤/١١.

- ٤ - التفرّق عن تراضٍ يدل على صحته .
 ٥ - أنه يراد من الإيجاب والقبول الدلالة على التراضي فإذا وُجد ما يدل عليه من المساومة، والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد به .
 ٦ - البيع في الشرع اسم للمبادلة وهو شيء مرغوب بشيء مرغوب .
 ٧ - حقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والاعطاء .

ويستدل أيضاً بقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾^(١). ووجهة الاستدلال: أن التجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل، وهو تفسير التعاطي .

وكذلك بقوله تعالى: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين﴾^(٢) فأطلق اسم التجارة على تبادل وليس فيه قول البيع .

وكذلك بقوله تعالى: ﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به﴾^(٤).

وعلى هذا فالبيع بالتعاطي جائز في كل من الخسيس والنفيس، وهو الراجح^(٥).

ويستثنى من العقود عقد الزواج نظراً لخطر أمر الزواج وشدة حرمة فلا يصح العقد إلا بلفظ صريح أو كناية بينه^(٦).

□ □ □

-
- (١) سورة النساء، الآية: ٢٩ .
 (٢) سورة البقرة، الآية: ١٦ .
 (٣) سورة التوبة، الآية: ١١١ .
 (٤) سورة التوبة، الآية: ١١١ .
 (٥) انظر: المغني لابن قدامة ج ٣/٥٦١، الحاشية ج ٤/٣٠، أسهل المدارك ج ٢/٢٢١، القواعد النورانية الفقهية/١٠٥ .
 (٦) الحاشية ج ٢/٢٦٩، الأشباه والنظائر/٣٣٩ .

المبحث الأول محل العقد

محل العقد أو المعقود عليه ركن من أركان العقد ومقوم من مقومات وجوده، ولا وجود للعقد إلا به .

وما يقع عليه العقد لا يخلو عن كونه عيناً أو منفعة أو عملاً يُقدّم .

أما الأول فهو كالبيع .

وأما الثاني فهو كالإجارة والإعارة .

وأما الثالث فهو كعمل الإنسان من صناعة أو زراعة أو وكالة، ونحوه .

وعلى هذا فمحل العقد إما أن يكون عيناً أو منفعة أو عملاً .

وبالإمكان القول كونه عيناً أو منفعة، مدخلاً العمل في المنفعة، ولأن

العمل بذاته، منفعة يقوم بتقديمها الأجير بشكل عام .

وشيء قد امتازت به العقود في الشريعة الإسلامية، وأنه العماد والحق

في وجود سائر العقود، ألا وهو التقويم الشرعي، ولم يختص به عقد دون

آخر ولذا بقراءتك لأي عقد لا تجده قد خلا عنه .

والمراد بالتقويم الشرعي : أن يكون محل العقد في حكم الإباحة، بآلاً

يكون محرماً في الشريعة الإسلامية .

وما اجازته كان مقوماً شرعاً، وما كان مقوماً شرعاً جاز التعامل به، عيناً

كان أم منفعة، ومن خلال العقود، بل وسائر التصرفات، إذا توفرت فيها

الشروط المطلوبة في زاوية التعامل المتنوعة .

ما كان معتبراً من الأشياء الطاهرة والمنافع الجائزة، فالأصل فيه أن

تجري فيه العقود والتصرفات وتصح إذا توفرت الشروط والضوابط وما لم يكن

هناك مانع شرعي .

وبناء لهذا المنطلق فكل ما كان من الأشياء النجسة كالميتة والدم والخنزير وسائر ما يدخل تحت مفهوم النجاسة ويدخل في دائرتها، لا يصلح أن يكون محلاً للعقد، ولا يعتبر موجوداً إذا كان محله من هذه الدائرة .

والمنع هو الأصل في حكم التعامل بها، وذلك في الأحوال العادية حيث لا ضرورة ملجئة لتناولها، وسنلاحظ هذا تفصيلاً فيما بعد إن شاء الله . وكذلك الأمر فيما كان من باب المنهيات من المنافع، كالرقص والغناء وما خالف الآداب والأخلاق .

فلا يوجد العقد على منفعة محرّمة، كمن عقد عقد استئجار على غناء فيما بينه وبين امرأة، أو على غناء امرأة .

وكذلك كاستئجار رجل على أن يقتل رجلاً آخر أو يؤذيه أو يخطف ولده، وهكذا منافع وما شاكلها مما يعتبر من باب المنهيات لا تصلح أن تكون محلاً للعقد . لأنها غير مباحة شرعاً، ولا تقويم شرعي لها .

وقد تعرض السادة الفقهاء إلى منطلق ما يجوز أن يعقد عليه من الأشياء، فقال ابن رشد في البداية ما مفاده :

الأعيان المحرّمة البيع بنجاسات وغير نجاسات .

فأما بيع النجاسات فهي محرّمة البيع، والأصل فيها قوله ﷺ : « إن الله ورسوله حرّما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله : أرأيت شحوم الميتة فإنه يُطلى بها السفن ويستصبح، فقال : لعن الله اليهود حرّمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها » وقال في الخمر : إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها .

والنجاسات على نوعين اثنين هما :

١ - نوع اتفق المسلمون على تحريم بيعها، وهي الخمر والخنزير والميتة وكذلك الدم المسفوح .

٢ - النوع الآخر وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالأرواث والأزبال التي تستعمل في استصلاح الأراضي والبساتين.

فقد اختلف فيه: فقيل بجوازه مطلقاً وقيل بمنعه، وقيل بالتمييز بين العذرة والزبل، وهذا عند المالكية.

وأما عند الحنفية فقد أجازوا بيع السرجين - الزبل - ومنعوا بيع العذرة، وإذا خلطت بتراب أو رماد وغلب عليها صح، أي دون كراهة وهو الصحيح.

ومنع الشافعي وأحمد بيع السرجين، ولأنه كالميتة وذلك لنجاسته^(٣). والأصل فيما يعقد عليه أن يكون مالاً أو ملكاً.

والمال الذي يصلح أن يكون محللاً للعقد له شروط وضوابط، وعلى ضوءها تبين مدى صلاحية الشيء للعقد.

التعريف بالمال:

لتعريف المال عند فقهاء المسلمين وجهتان اثنتان، هما: الوجهة الأولى، وهي للحنفية ومبناها على المادية والحسية، وهو عندهم ما أمكن حيازه وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً جائزاً في غير حالات الضرورة».

وخصائص المال على ضوء هذا التعريف تقوم على كون المال عيناً من الأعيان أي مادة لها حيز.

وخرج بهذا عن المال المنافع والحقوق. وهي وإن كانت ذات قيمة فلا تدخل تحت مفهوم المال، وإن كانت داخلة تحت مفهوم الملكية.

وتقوم خصائص المال على إباحة الانتفاع بها شرعاً في الأحوال العادية.

وأما ما يباح للضرورة لا يكون مالاً، لأن المالية صفة من صفات الأموال العادية.

وخرج بهذا القيد كل ما لا يباح شرعاً في الأحوال العادية: ولذا فمجرد الإباحة للضرورة لا تجعلها مالاً، كالميتة والخنزير ونحوها مما هو محرم عادة. وخرج أيضاً عن مفهوم المال ما لا ينتفع به عادة وإن كان مباحاً، ومثلوا له بجنة القمح والأرز، وقطعة خشب ملقاة تافهة.

فالمال عند الحنفية هو الشيء العيني المباح والانتفاع به عبادة وبالإمكان حيازته وإحرازه.

وإن المنافع عندهم داخلة ضمن الملكية لا المالية، إذ الملك عندهم: هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص، وهي شاملة لكل من الشيء العيني والمنفعة.

والمال هو الشيء الممكن حيازته وادخاره لوقت الحاجة: وله وجود خارجي وحسي مادي؛ وعلى هذا عدّ عند هذا الفريق من الفقهاء.

١ - ما ليس مالاً ولا ملكاً، كالهواء والميتة والأدمي، لا يعتبر محلاً للعقد وللملكية.

٢ - ما ليس بمال ولكنه ملك كالمنافع والحقوق، يقبل عقود التمليك بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالإعارة والهبة والصدقة.

وقد لا يقبل، كحق الأم بالحضانة، فلو أرادت تملكه لغيرها بعوض أو بغير عوض، فإن هذا لا يصح.

٣ - ما كان مالاً، فإنه يقبل عقود البيع والشراء ويصلح أن يكون محلاً للعقد.

ويقوم هذا على عنصرين أساسيين، هما:

(أ) العينية: والمراد بها ذات وجود خارجي، كالسلع والأشياء المنقولة وغير المنقولة.

(ب) العرف: والمراد اعتياد الناس كلهم أو بعضهم تمّوله وصيانيته بحيث يجري فيه البذل والمنع.

(ج) أن يكون مقوماً شرعاً: بمعنى الإباحة.
فما لا يجري فيه البذل والمنع بين الناس لا يعتبر مالاً، ولو كان عينياً،
ومثلوا له بالإنسان، وكذلك حبة القمح.

الإنسان لكرامته، وحبّة القمح لحطّتها.
وما يعتاده الناس ويجري فيه البذل والمنع لكنه لا عين مادية له، لا
يدخل تحت نطاق المالية، بل يدخل تحت الملكية، وذلك كالحقوق
والمنافع^(١).

وما كان مالاً لكنه غير مقوم شرعاً فلا يصلح أن يكون محلاً للعقد ولا
يوجد به وذلك مثل الخنزير والخمر، فهو مال عند غير المسلمين، ومحرم عند
المسلمين.

تعريف المال عند جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المال: هو
ما أمكن صاحبه التسلط عليه ومنعه عن غيره ولو بحيازة مصدره.

ولم يشترطوا فيه العينية، أي المادة المحازة إمكانيّة الحيازة الحسية،
ولذا فالمنافع عندهم أموال، ولأنها تمنع بحيازة مصدرها ويتحقق الانتفاع
بالاستيلاء على مصادرها.

والمال عندهم كما هو عين فهو منفعة. وكذلك الحقوق، فإنها تعد
مالاً إذا ما جرى التعامل فيها وأصبحت ذات قيمة مالية.

بل ومن الفقهاء من قال بالتوسّع أكثر في مفهوم المال، فقال ما مفاده
المالية ليست إلا صفة للأشياء بناءً على تموّل الناس واتخاذهم إياها مالاً
ومحلاً لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعته الحاجة إلى ذلك، فمالت إليه
طباعهم وكان بالإمكان التسلط عليه والاستئثار به ومنعه من الناس.

(١) انظر مادة/١٢٦ من مجلة الأحكام العدلية: «المال ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن
ادخاره لوقت الحاجة».

ولا يلزم من تعريفه الجمهور للمال أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة، بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة إليه غير متعذر، وذلك متحقق في المنافع وفي كثير من الحقوق.

فإذا ما تحقق ذلك فيها، عدت من الأموال بناءً على عرف الناس وتعاملهم^(١).

وفي كتب الشافعية كما نقل عنهم أن المال لا يقع إلا على ماله قيمة يتباع بها. وتلزم متلفه، وإن قلت وما لا يطرحه الناس^(٢).

وعلى هذا فكل ماله قيمة لدى الناس، عيناً كان أم منفعة هو مال. وقيمة الشيء تكون تابعة لما فيه منفعة.

وكأن المنفعة هي الأصل في التقييم والاعتبار، وطبعاً بوجود الإباحة الشرعية. وأما الحنابلة فأمرهم واضح في اعتبار المنفعة وكونها مباحة لغير حاجة أو ضرورة. وحيثما تحقق هذا فهو مال وصالح لمحل العقد.

وأن المنفعة هي التي لا حرمة فيها في غير وقت الحاجة والضرورة، وإلا فيما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة فهو ليس بمال.

وهذا هو رأي الجمهور، وكما سلف ذكره، أي أن مناط اعتبار المالية هو المنفعة المباحة في عين كانت أم لغير عين، إما استيفاءً أو حيازة أو تقديراً، إذ لا قيام للمنفعة بنفسها.

فالمنافع أموال عند الجمهور، وغير أموال عند الحنفية لأنها لا تدخل تحت الحيازة المادية الحسية، ولذا فخرج عندهم عن مفهوم المالية، المنافع والحقوق المحضة، كحق الشفعة وحق المرور وخيار الشرط والعواري وخيار القبول، ونحوه. ولذلك فهي لا تورث عندهم، نظراً لعدم ماليتها، وما يورث هو المال^(٣).

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية لعلي الخفيف ج ٢/١٠.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي/١٩٧.

(٣) الحاشية لابن عابدين ج ٥/٥٠٣.

ونخلص إلى قول الجمهور في مفهوم المال، كل ذي قيمة بين الناس مالاً ما لم يكن محرماً الانتفاع به شرعاً^(١).

وعلى ضوء ما تقدّم:

إن ما يوجد به العقد وما يصلح له، هو ما اجتمعت الصفات التالية:
١ - أن يكون شيئاً تعارفه الناس فيما بينهم لما يوجد فيه من منفعة لهم.
وقد أصبح أمراً واقعاً ومعتاداً فيما بينهم على تقييمه، أي وضع له قيمة ويتبادلونه بهذا العوض.

٢ - أن يكون الانتفاع به مباحاً شرعاً، وإلا فلا.

وعلى ضوء ما تقدم وما يوجد من اختلاف في تحديد مفهوم المال.
إن العقد لا يوجد - أي باطل - إلا إذا كان المعقود عليه مالاً متقدماً.
وعند الحنفية حدّدت دائرة المعقود عليه بما كان مشروعاً بأصله، وأن كل ما أورث خللاً في ركنية المعقود عليه يجعل العقد باطلاً.

وعند المالكية ما يصلح أن يكون محلاً للعقد هو ما كان طاهراً لذاته منتفعاً به. فخرج بقيد الطهارة ما كان من باب الأنجاس، وخرج بشرط الانتفاع به ما لا ينتفع به، ومثلوا له بالخشاش وما لا يجوز الانتفاع به فهو كالعدم، ومثلوا له بآلات اللهو^(٢).

وعند الشافعية ما يصلح أن يكون محلاً للعقد ما تميّز بالخصائص التالية:

أولاً - طهارة عينه:

وخرج بهذا القيد ما كان نجساً لعينه، كالخنزير والميتة والخمر، وخرج أيضاً المنتجس الذي لا يمكن تطهيره، كالخلّ واللبن المنتجسين، ولأنهما في معنى النجس لعينه.

(١) الحاشية في الشريعة الإسلامية ج ٢/١٠، حق الابتكار في الفقه الإسلامي لفتحي الدريبي.

(٢) القوانين الفقهية/٢١٢.

وأما ما أمكن تطهيره كالثوب المتنجس ونحوه فبالإمكان تطهيره.
وينبغي أن يُبنى على هذا الأدهان المتنجسة ما دام بالإمكان تطهيرها،
وهو على الصحيح عندهم، وإن على الأصح من المذهب ألا يطهر نظراً
للوارد في وقوع الفأرة في السمن المائع وما ورد فيه من الإلقاء والطرح.
ونخلص من هذا القيد إلى مبنى: وهو أن يكون طاهراً أو قابلاً
للتطهير.

ثانياً - الانتفاع به شرعاً:

وما لا ينتفع به شرعاً لا يصح أن يكون محلاً لعقد، وما لا منفعة فيه إما
أن يكون لخشته وذلك كالحشرات وصغار دواب الأرض كالشعابين والعقارب
والفئران والنمل.

وإما لوحشيته كالأسد والذئب وكذلك ما كان من ذي مخالب الطيور
وحيث لا منفعة معتبرة. وأخذ الريش للزينة واقتناؤها للهو أو الهيئة فغير
معتبر.

ولو كانت المنفعة معتبرة كالصيد للفهد والقتال للفيل والعسل للنحل
والطير للإنيس بصوته، ونحوه صح أن يكون محلاً للعقد.

وكما يشترط في المنفعة أن تكون غير محرمة، وخرج عن الصلاحية ما
يتخذ من آلات اللهو كالطنبور والمزمار والعود، وكذلك التماثيل والأصنام،
فإنها معدة على هيئة لا يقصد منها سوى المعصية.

وفيما لو تكسرت الأصنام وكذلك آلات اللهو، وأصبحت حجارة كانت
صالحة لأن يعقد عليها، وأما على هيئتها، فهي إعداد معصية لا إعداد
إباحة^(١).

وأما عند الحنابلة:

إن كل مملوك أبيع الانتفاع به جاز بيعه إلا ما استثناه الشرع كالكلب.

(١) مغني المحتاج ج ٢/ ١٢٠.

ولأن الملك لإطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيع لغيره بذل ماله فيها توصلأ إليها ودفعأ لحاجته كسائر ما أبيع بيعه. وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهائم الأنعام أو مختلفأ في نجاسته كالبلغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد. فكله يجوز بيعه^(١).

وخلصا القول في خصائص محل العقد:

كل ما كان ذا قيمة مالية بين الناس ومنفعأ به شرعأ. وخرج عن الحل الصلاحية: ما ليس بمال كالميتة والدم، وكذلك ما كان محرماً في الشريعة وإن كان مباحأ عند الآخرين، كالخنزير والخمر. وخرج كل ما يعتبر من الأعيان النجسة.

وأما ما كان غير مأكول لكنه طاهر للمس، كالذواب، مثل: الحمر الأهلية وغيرها من الحيوانات مما لا يؤكل ولكنه غير نجس، فإنه صالح لمحلية العقد، واستثني منها ما كان من باب الحشرات والهوام المؤذية، وسوى ما استثني شرعأ.

ويتخرج على هذا ما يلي:

١ - نوع بالاتفاق على تحريم العقد عليه لكونه لا يوجد العقد به وذلك مثل: الخمر والخنزير والميتة والدم المسفوح وكذلك النجاسات كالبول والغائط.

٢ - نوع من النجاسات اختلف فيها، حيث مدعاة الضرورة إلى استعمالها، وذلك كالأرواح والأزبال التي تستعمل في استصلاح الأرض والبساتين.

ف قيل بجوازها وقيل بمنعها، وقيل بالتفريق بين نوع ونوع. أما الذين أجازوا فهم الحنفية، حيث قولهم بإجارة بيع السرجين، الزبل، وبمنع بيع العذرة، فإذا خلطت بتراب أو رماد وغلب عليها صح، أي

(١) المغني لابن قدامة ج ٤/٢٨٤.

دون كراهة، وهو الصحيح عندهم. تعارف أهل الأمصار على تباعه لزروعهم من غير نكير، وهذا يشكل منفعة لهم^(١).

وأما الذين منعوا فهم الشافعية والحنابلة، منعوا حتى بيع السرجين ولأنها أنجاس، فهي كالميتة^(٢).

وأما الذين فرّقوا فهم المالكية، فأجازوا بيع الأزبال ومنعوا ما كان من باب العذرة^(٣).

٣ - ما كان من باب الأشياء الطاهرة أو الأعيان فالأصل فيها صحة التعامل وأنهاصالحة لإنشاء العقود وللانتفاع بها، وليس بالضرورة أن يكون الانتفاع بطعامها لحرمة طعامها أو لوجود الضرر فيها، بل الانتفاع يتخطى الطعام، وذلك كالحمير الأهلية والبغال فإنهاصالحة لإنشاء العقد عليها، نظراً لعدم نجاستها ولوجود المنفعة بها كالحمولة والركوب ونحوه. ويدخل في هذا النوع كل حيوان ألفت الإنسان دون أن يكون من طبعه الأذى.

٤ - ما كان من باب الأشياء ما للأعيان الظاهرة وعُرف منها الأذى، كالهرة والكلاب والذئاب والوحوش وكذلك الطيور ذات المخالب، ونحوها من الحشرات المؤذية كالشعابين والعقارب. وكذلك الحشرات التي عرفت بالخسّة كالضفادع والسلحفاة. فما كان من هذا الباب مما ذكر أو شاكله فالأصل فيه أنه غير صالح لإنشاء العقود لأنها محرمة الطعام من ناحية ومن ناحية ثانية لا منفعة فيها، فضلاً عن طبعها الإيدائي.

وإذا ألفت منها العيش مع الإنسان، وحصل للإنسان منها منفعة معتبرة فهل يصح العقد عليه أم لا؟

فقد أجاب الفقهاء بكلامهم عن بيع الكلاب، فقالوا:

١ - أنه باطل مطلقاً وبه قال الشافعية والحنابلة والأوزاعي وداود

(١) الحاشية ج ٢٤٦/٥.

(٢) بداية المجتهد ج ١٥٨/٢.

(٣) نفس المرجع

الظاهري وذلك لكونها نجسة عندهم ولما ورد من النهي عن أكل ثمنها.

٢ - أنه جائز ونظراً لكونها طاهرة العين، وبه قال الحنفية.

٣ - أنه جائز فيما هو مأذون فيه :

وأن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه، وما ورد اتخاذه هو نوعان: كلب الماشية وكلب الصيد أو ما في معناه. وإن ما عدا هذين النوعين لا ينشأ العقد به ولا يصح.

وبه قال المالكية، ولأن الأصل في هذا النوع من الحيوانات والدواب غير مباحة الأكل ولا مباح الانتفاع بها سوى ما استثناه الشرع، وذلك ككلب الماشية وكلب الصيد، وما لم يكن مباحاً طعامه ولا مباحاً الانتفاع به لا يقوم العقد به ولا يصح.

واختلف الفقهاء فيما تنجس من الأعيان كالزيت الواقع فيه نجاسة. فاتفقوا على أنه لا يجوز أكله.

واختلفوا حول جواز بيعه، أيجوز أم لا؟

فذهب الجمهور إلى عدم جوازه لكونه متنجساً، ولأن الأنجاس لا تنشأ بها العقود. وذهب الإمام أبو حنيفة إلى جواز بيعه.

وعمدته: أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحُرم منه واحدة من تلك المنافع أنه لا يلزمه أن يحرمه منه سائر المنافع، ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة.

ولهذا الأصل: فإنه يخرج منه ما تعين من الخمر والخنزير والميتة والدم المسفوح، وتبقى سائر محرمات الأكل على الإباحة.

ويعني: أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز^(١).

وأما الآخرون فآبقوا على الأشياء المتنجسة في دائرة الأعيان النجسة،

(١) المغني لابن قدامة ج ٢٢١/٥.

ولذا منعوا بيعها. وأما في غير الأعيان النجسة أو المتنجسة، فإنهم متفقون على مراعاة المنافع منها وإن لم تكن مأكولة.

فإن كان فيها منفعة مباحة شرعاً ومعتبرة، ولها قيمة في عرف الناس، فإن هذا الشيء صالح لإنشاء العقد وصحة التعامل فيما بين الناس.

وعلى ضوء ما تقدم:

١ - الآلات المتخذة من أجل اللهو:

كالمزمار والعود ونحوه من عناصر تكوين الجوقة الغنائية اللاهية، فهي محرمة البيع وبالتالي غير صالحة لإنشاء العقود.

وكذلك ما يتخذ من أصنام وتمائيل. ولأنها وما قبلها معتبر من اعداد المعصية لا إعداد الإباحة.

٢ - الهوام والحشرات:

الأصل فيها عدم الصلاحية، فإذا ظهر لها منفعة واستخدمها الناس في منافعهم، فإنها تعتبر ذات قيمة بينهم، ويترتب على اتلافها الضمان. وقيل اتخاذها لمنافع الناس لم تكن ذات قيمة وغير مضمونة بالاتلاف.

٣ - الأمصال اللقاحية:

بطبيعتها قاتلة ومؤذية لكونها جرائم ذات ضار مضار، وقد أصبح لها الآن منافع تتخذ لحماية الإنسان من الهلاك، وذلك عن طريق التلقيح ضد الشلل والجذري، ونحوه من سائر الأمراض التي تتخذ عمليه التلقيح بجراثيمها بغية حصول المناعة لدى التلقيح حتى لا يؤدي بمفاجأة هذه الأوبئة.

وهي قبل ظهور منافع منها على الأصل في المنع لكونها حشرات وجراثيم وبظهور هذه المنافع، وكونها مباحة شرعاً، وتداول الناس لها لهذه المنافع وأصبحت ذات قيمة، أصبحت محلاً لأن يُعقد عليها.

ومن البدهة عندنا أن حماية الأنفس من الهلاك من مقاصد الشريعة

فإذا وضعت لها قيمة مالية صح هذا ولا خلاف.

وخاصة أن هذه المنافع هي من أجزاء حسية في تقديم المنافع هذه.

٤ - أجزاء الأدمي والعقود:

الأصل في الأدمي أن يملك لا أن يُملك، وإذا ما دخل تحت إطار المملوكية - الرق - فإنه ولا شئ حاصل بناءً لحالات الحروب، والتي يكون فيها واقعاً تحت حكم إمام الأمة، بين أحكام عدة، ومنها الاسترقاق، فهو عند هذه الحال يعتبر مالاً، أي محلاً لصلاحية العقد والتعامل، ما دام رقيقاً.

ولا يُعنى برقه أن يتصرف فيه سيده كما يشاء ودون ضوابط، بل هو في الرق: هو مسلوب لصفة هي قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه^(١).

وأما فيما عدا هذا، فالإنسان آدمي مكرم مصون عن الابتذال وهو أرفع وأعلى من أن يكون محلاً للتبادل المبتذل والتعامل بين الناس كحال السلع.

وشيء معروف عن محل العقد أنه شيء مبتذل، أي متراوح بين الأيدي في تصرفاتهم وعقودهم. وهذه الصفة لا تتوافق مع كرامة الأدمي.

فإذا كان الأدمي حراً، لا يصلح أن يكون محلاً للعقد، حتى ولا عضو من أعضائه وهذا هو الأصل كما هو عند الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة.

وإن شرف النوع الإنساني لا يتوافق وبيع أجزائه^(٢). وأن سقي المرأة لبناً لولد أخيها المسلم بلا ثمن يتناسب مع هذه الشرف الرفيع. وعند الشافعية ينطلق الحكم في أعضاء الأدمي من أمر الطهارة كما في لبن الأدمية وصحة بيعه انطلاقاً من طهارة عينه، وأما عند الحنابلة فمبنى الحكم على النفع وعدمه. وعلى أصل الشافعية أي ما يعتبر طاهراً من الأدمي صح وإلا فلا.

(١) فتح القدير ج ٦/٢٢٢.

(٢) نفس المرجع.

وعلى أصل الحنابلة أن ما ينتفع به من أجزائه صح بيعه، وبالتالي صح أن يكون محلاً للعقد، ويقول ابن قدامة في معرض الدفاع والاستدلال عما هو أصح في المذهب من جواز بيع لبن الأدمية، ويفارق العرق فإنه لا نفع فيه، ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها، وسائر أجزاء الأدمي يجوز بيعها، فإنه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس مملوكاً، وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه.

وفيه من هذا الكلام أنه يجوز بيع العضو المقطوع إذا انتفع به، وكما في عصرنا الحاضر من سلخ في الجلد كقطعة تؤخذ منه ويرقع بها البدن، ونحوه^(١).

وعلى تخريج الشافعية: أن جزء الحيوان كميته، وميته الأدمي طاهرة في الأظهر من المذهب، لأن الله تعالى كرم بني آدم، وقضية التكريم ألا يحكم بنجاسته ميتاً كان أم حياً.

والمنفصل منه إما رشحاً فهو كحيوانه حكماً وإما استحالة كالبول والدم فو نجس.

واللبن من الأعيان الطاهرة بموجب قوله تعالى: ﴿لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ﴾^(٢). وكذلك لبن كل حيوان يؤكل وما يحكم عليه بالطهارة فهو محل الصلاحية، وذلك في الأحوال العادية. والأدمي لديهم طاهر حياً ميتاً، وجزؤه طاهر، نظراً لمبدأ التبعية، سوى ما استحال فيه كالبول والدم فهو نجس وباستثناء اللبن لورود النص فيه، ولولا ورود النص فيه لكان شأنه شأن الدم.

وخلاصة القول في الأدمي وأجزائه في الأحوال العادية، أي التي لا ضرورة فيها.

١ - فريق من الفقهاء يعتبر الأدمي مخلوقاً مكرماً مصوناً عن الابتذال،

(١) المغني لابن قدامة ج ٥/٢٢٢.

(٢) سورة النحل، الآية: ٦٦.

وبالتالي فلا يصلح أن يكون محلاً للمالية فيما بين الناس، ولأن ما يرد عليه الملك فليس بمحرّم ولا مصون عن الابتذال، حتى وفي حال الرق، فإنه حلّ النفس لا الأعضاء والأجزاء.

وشرف النوع الإنساني يمنع من أن يكون الإنسان عرضة للابتذال والتّمول فيما بين الناس، وإن كان هذا الشرف لا يمنع من التقديم لما فيه منفعة لأخيه الأدمي ودون مقابل، وهو ما يتناسب مع شرف هذا النوع.

ويمثل هذا الفريق كل من الحنفية والمالكية.

٢ - وفريق آخر يتوجه إلى الاعتماد على وجود الطهارة في جزئه ووجود المنفعة منه، وهو أكثر توسعاً لجهة المنفعة، فحيث كانت المنفعة المباحة جاز البيع فيه وإلا فلا، وهو توجه الحنابلة وأما عند الشافعية فإنهم اقتصروا على مدى ما يعتبر من طهارة العين.

الدم:

لا شك فيه ولا خلاف أن طعام الدم المسفوح محرّم، وبموجب قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهْلٌ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾^(١).

وقيد الدم بالسفوح كما في قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أَهْلٌ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾^(٢).

والتحريم منصبٌ على كونه طعاماً ولأي دم كان حياً كان أم ميتاً، سوى الدم الجامد الباقي في العروق واللحم من الحيوان المذكّي المباح.

وليس من مسمّى دم مباح الطعام سوى اثنان فقط، هما: الكببد والطحال لقول النبي ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان: السمك والجراد والكببد والطحال».

(١) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

فالدّم هو أحد أجزاء الحيوان والأدمي المتحوّلة في الباطن والمحرم تناولها.

والدم عند انفصاله عن الجسم إلى الخارج يعتبر نجساً لذاته، بمعنى لا يجوز طعامه ولا لمسّه، فالدم من حيث ذاته فهو عين نجسة، والأصل فيها الحرمة، وأنها لا تصلح لأن تكون ثمناً أو مثنياً، وكذلك أنه غير مال بمعنى لا يتموله الناس عادة وما كان غير متمول عادة فهو غير مال.

ولكن الناس في هذا العصر يتمولونه حاجة وضرورة، وأقصد بالناس المؤسسات ذات الاهتمام والاختصاص، كالمستشفيات والمؤسسات الإنسانية ذات الاهتمام بالجانب الصحي في حياة البشر.

وعلى هذا وإن كان قد أصبح متمولاً لدى الجهات المختصة، فقد يلفت النظر من جهة عدم صفة التمول، لأنها عادة ينبغي أن تتوفر لدى الناس، فلا يحكم عليه بالتمول، ويواجه هذا الاحتمال بأن مثل هذه المادة من الحرج والعبث أن توجد بين أيدي كل الناس، بل ينبغي توفرها في أماكن استعمالها أي المؤسسات المختصة.

ولكن وإن حكمنا بتمول الناس لها فإنها لا تخرج عن كونها عيناً نجسة، حكم إباحة استعمالها مرتبط بالحاجة والضرورة، وإلا فلا، ومع العلم أنها لا تعطى إلا بقدر الحاجة والضرورة، ولكونها علاجاً يعطى عن غير الأكل والشرب، بل في الأوردة.

وكل هذا لا إشكال فيه ولا خلاف لدى الفقهاء، وإنما الذي ينظر إليه حول هذه العين.

مدى ما يملك الأدمي من أعضاء جسمه :

نفس الإنسان أمانة فيما بين يديه، روحاً وجسماً، فلا يحق له التصرف المطلق فيها عن طريق أي شيء تتأذى منه وتتوجع أو يؤدي إلى الهلاك.

فالله تعالى لم يكلفها فوق وسعها، أراد بها اليسر ومنع عنها العسر، وشرع لها الرخص عند الصعوبة في أداء العزائم.

ومما هو معلوم أن حماية نفس الإنسان وأعضاء بدنه من مقاصد الشريعة الإسلامية وما شرعية القصاص في النفس والأعضاء، وإقامة الحدود إلا صيانة حافظة لهذه الأشياء التي لا تجري الحياة دون حراستها وصيانتها.

ومطلوب من العبد أن يبعد عن نفسه الهلاك والأذى، ولم يكن بمباح الإقدام على المهالك إلا لما هو أسمى من هذه الحياة، ألا وهو الإقدام على الموت في سبيل الله تعالى.

ولذا فقد عدّ الانتحار جناية من الإنسان على نفسه، توعدده الشرع الحكيم العقوبة عليها، فقد قال ﷺ: «من قتل نفساً بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن نزل من جبل فقتل نفسه فهو ينزل في نار جهنم خالداً فيها أبداً»^(١).

فلا يحق له إيذاء بدنه إيجاباً أو سلباً حتى ولو بشكل العبادة، لأن العبادة المرضية هي التي لا يتأذى بها العبد، وكما في قصة الرهط الذين جاؤوا يسألون عن عبادة النبي ﷺ وقد تقالوها، فوجههم النبي ﷺ إلى أن الرضا باتباع السنة، حيث نهج التبعّد الذي هو مسلك العبادة المرضية، وحيث لا هلاك في النفس أو في البدن^(٢).

ومن هذا القبيل نهيهِ ﷺ عن صوم الوصال. وإلى هذا أشار النبي ﷺ «فإن لنفسك عليك حقاً ولنفسك حظاً ولأهلك حظاً»^(٣).

ومن أجل حماية النفس من الهلاك أبيع الممنوع للضرورة والتي تتوقف عليها^(٤). حماية الإنسان لنفسه، وكبرى الضروريات التي يحتاجها هي ما تتوقف عليها حياته بإبعاد الموت وموجباته، فأبيع الخنزير والميتة ونحوها من المحرمات بقدر ما يرخص، قال سبحانه: ﴿ممن اضطر غير باغ ولا عاد فلا

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) انظر: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان والتعليق عليه.

(٣) رواه مسلم.

(٤) انظر: سنن النسائي وشرحه للسيوطي ج ٤/٢٠٦.

إثم عليه^(١) وقال سبحانه: ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾^(٢).

وليس من إشكال في حال الضرورة للإنسان بأن ينقذ نفسه حتى ولو أدى هذا إلى الأعيان المحرمة، كالميتة ونحوها، لأنه اضطرار من غيربغي ولا إثم. وإنما الإشكال حول مدى ما يباح للعبد بأن يتصرف من أعضاء بدنه.

ويتكون جسم الإنسان من أجرام وسوائل، يدخل فيها اللحم والشحم والعظم وسائر محتوياته من الدم والبول والأمصال.

وما كان من السوائل له أصل في العطاء والمداواة، كاللبن في الرضاعة. وطبيعة تكوين أجزاء الجسم السائلة التحويل والتحول الزيادة والنقصان وفيما لو نقص من الأدمي دمٌ أو حصل ضعف بالإمكان تقويته عن طريق المداواة والغذاء، وكذلك في سائر السوائل.

ولا يوجد فيما يعتبر من السوائل عائق في التعويض لكمية السائل كالدم، ولا لمقداره واستخراج الدم من جسمه، الأصل فيه التعويض عن طريق التغذية والمداواة ولا يشكل على جسمه نقصاناً جرمياً يصعب أو يستحيل إعادته.

وأما في بقية أعضاء الجسم الجرمية كالأيدي والأصابع والكلى والأعين ونحوها مما ينتشر من تبرعات أو بيع ونحوه.

فهي لا تعوّض من خلال جسمه، كحال الدم، ويكون بهذا قد حرم نفسه اعطاء حياتها يقتضي وجودها، أو قد يحتاج إليها مستقبلاً، كمن أعطى كلية لشخص ثم أصيبت كليته الأخرى بأفة فلو كانت كليته الأولى موجودة لقامت بالمجهود المطلوب.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٣.

ويختلف الأمر في قطع جزء معين من الجلد لوضعه في مكان آخر منه أو من غيره، حيث أن الجلد لا يتوقف على سائرته لأنه عمليه ترقيع وتجميل في جسم الإنسان.

وشيء معروف هو أن المحظور لا يباح إلا في حال الضرورة التي تؤدي به إلى الهلاك فيما لو لم يأخذ بعامل النجاة، شرط ألا يكون على حساب إلحاق الهلاك والأذى الضار بغيره. فلو أخذ مقداراً من لبن الأدمية فلا يضرّ بها، فضلاً عن اعتياضها هذا المقدار عن طريق التغذية والمداواة، وكذلك الأمر فيمن أعطى مقداراً من دم لا يضر به من هلاك نفس أو تلف عضو أو خوف عليه.

وفي مثل هذا غير محظور عطاؤه، فضلاً عما له من أجر وثواب، وخاصة أن هذا الجزء يعوّض فيما بعد.

فاللبن والدم والسوائل بسائرهما من الأجزاء التي تعوّض، وسواء أدخلناها تحت الأعيان الطاهرة أو النجسة، وخاصة أن الأمر أمر ضروري تتوقف عليه حياة انسان حتى ولو أخذ صاحبها قيمة مالية كئتمن لها، فإن كانت من الأنجاس فهو لا يجوز، ولأن أمر جوازها أمر ضروري. ولولا الضرورة ما جاز هذا، والتمن حرام على آخذه.

وقد بحث المحدثون من العلماء هذه المسألة وبخلاصة القول:

١ - اختلفوا في مدى تصرف الإنسان نفسه، فمنع فريق منعاً مطلقاً وأنه لا يصح له إلا فيما يعود على مصلحة نفسه.

وأباح فريق وضمن الشروط والضوابط، نقل الأعضاء من جسم إلى جسم آخر كالكلية والقلب عقب الوفاة مباشرة.

٢ - اتفق الكل على حرمة العقد على أي جزء من أجزاء الأدمي ومن أعضائه حتى ولو كان من السوائل التي تعوّض، كالدم مثلاً.

وعلى هذا لا يصلح العضو من جسم الإنسان لأن يكون محلاً للعقد، تكريماً لا تحقيراً «ولقد كرّمنا بني آدم».

وهذا ما علاقته ببحثنا، ومن أراد المزيد فعليه بالعودة إلى هذه المسائل في مواضعها الخاصة^(١).

وإذا تبين لنا بأن كلاً من المالية والتقوم - شرعاً - ركناً من أركان المعقود عليه فما زال هناك ما يعتبر من أركان المعقود عليه.

٣ - الوجود، والمراد به: أن يكون المعقود عليه موجوداً عند العقد؛ فلا ينعقد على الشيء غير الموجود؛ وخرج بهذا الشرط المعدوم، مثل: بيع الثمر قبل ظهوره، وبيع ولد الشاة قبل الحمل.

وكذلك ماله حظر العدم، كبيع نتاج التاج، وكذلك ما يعتبر غير مضمون الوجود، مثل: العقد على الحمل، وعلى اللبن في الضرع فقد يكون حقيقة وقد يكون وهماً:

وفي هذا قوله ﷺ «نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها» ونهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الانسان وما كان وجوده على هذه الحال فهو تغرير، والغرر مفسد للشيء.

٤ - الملكية والمراد بالملكية وهو أن يكون المعقود عليه محازاً مملوكاً، وإلا فلا يعقد عليه، إذ لا ينعقد على ما لا ملكية فيه، كالأعشاب ومياه البحار ومياه الأنهار والهواء، وكل ما يعتبر خارجاً عن نطاق الحيازة، فإذا دخل في الحيازة انعقد عليه العقد كإحراز الصيد أو المياه أو الطير أو الهواء، ونحو ذلك.

وما لا يدخل تحت الملكية، كالإنسان الحر، فلا يصلح أن يكون محلاً للعقد، وكذلك ما الناس فيه شركاء قبل الحيازة^(٢).

(١) انظر: فتاوى في الطب للعلامة المحدث عبد الله بن الصديق العماري ص ١١/ قضاء التباريح والأدواء في حكم التشريع ونقل الإعطاء للشيخ ابراهيم اليعقوبي ص/١٠١ . فتاوى شرعية وبحوث إسلامية ج ٢/١٦٤، مفتي الديار المصرية سابقاً حسنين محمد مخلوف.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ج ٥/١٣٦، فتح القدير ج ٦/٤١٠، المغني ج ٤/٢٢١.

وخلاصة القول في المعقود عليه أنه يشترط فيه التالي :

١ - المالية، ٢ - التقويم، ٣ - الوجود، ٤ - الملكية.

وإذا توصلنا بالتوضيح الماضي، إلى أن المعقود عليه يجب أن يكون مباحاً شرعاً، فإذا لم يكن كذلك، كان العقد باطلاً، وكذلك الوجود والملكية، وهناك شروط أخرى تخص المعقود عليه فتعرف في حينه.

وأما عن المحل (المعقود عليه) في القانون، فإنه يقوم على الآتي :

١ - أن يكون ممكناً، كأن يكون عملاً أو امتناع عن عمل، أي ألا يكون مستحيلًا مطلقاً، ويكون بالنسبة للناس جميعاً.

وإذا كان محل الإلتزام إعطاء شيء، وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، ويتحقق وجوده أن يكون وقت العقد، أو أنه سيوجد في المستقبل.

٢ - أن يكون مشروعاً، فإذا كان المحل إعطاء شيء فيجب أن يكون مشروعاً، وإذا كان عملاً أو امتناع عن عمل وجب أن يكون مشروعاً أي أنها لا تخالف النظام العام والآداب.

٣ - أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، فإذا كان شيئاً وجب أن يكون هذا الشيء الذي يرد عليه العقد معيناً أو قابلاً للتعين.

فإن كان قبيحاً وجب ضبطه ووصفه بحيث تتميز عن غيره، كالأراضي فلا بدّ من ذكر مساحتها وموقعها وحدودها. وهكذا..

وإن كان مثلياً وجب تعيينه، كالقمح، نوعه، وصفه، حتى لا يختلط في غيره، فتقع المنازعة^(١).

ولو وضعنا هذه المواصفات للمعقود عليه في القانون في ميزان الشريعة الإسلامية لوجدنا ما يلي :

١ - بالنسبة لإمكانية المحل، فالشريعة الإسلامية تشترط فيه الإمكانية،

(١) انظر: د. عبد المنعم فرج الصّدّة: مبادئ القانون/٣٥٤.

وإلا فلا يصح العقد، لأنه حينئذ يقع على المستحيل، والتكليف بالمستحيل خارج عن نطاق التكليف، فالتكليف يكون ضمن الوسعة وكما في قوله تعالى: ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا﴾^(١).

ولذا كان من شروط العقد أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم وإلا فلا. وهو شرط في سائر العقود، وليس في البيع فحسب.

٢ - اشترط القانون وصف المعقود عليه وتعيينه حتى لا تكون من جهالة، وهو بهذا الشرط موافق للشروط في الشريعة الإسلامية حيث توجب في المعقود عليه أن يكون معلوماً العلم الواضح والمبعد للجهالة.

٣ - واشترط القانون الوجود أو إمكانية الوجود مستقبلاً. وهو شرط لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فالشريعة قد اشترطت في الشيء المعقود عليه الوجود، وخاصة في الأشياء، لا في العمل أو المنفعة ولذلك فالعقد على الإجارة جائز وإن كان المعقود عليه غير موجود عند العقد بل هو يتحقق شيئاً فشيئاً.

وأما في الأشياء كالسلع مثلاً، فالوجود شرط وإلا فالعقد باطل كبيع الثمرة وبعد لم تظهر، وبيع المعدوم أصلاً باطل.

وأما ما عدا الأشياء الحسية، فإنه ليس من شرط، بل الشرط هو الإمكانية أو إمكانية الحصول، وعلى هذا سائر العقود الواقعة على المنافع.

وكذلك في أشياء حسية مستقبلية استثناء نظراً لحاجة الناس إليها، ومنها: عقد الاستصناع وعقد السلم.

ومنحى القانون متوافق مع متطلعات الشريعة الإسلامية، وكما في الاتفاق على إقامة مستشفى بمواصفات معينة، مع أنها عند العقد غير موجوده. ولكن الأصل العام كما في الشريعة أن الوجود أمر مطلوب سوى مستثنيات. وأما المخالفة، فإن القانون يعتبر المخالفة الممنوعة هي تلك التي

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

تعود إلى نظامه وآدابه العامة، ولا شك أن المخالفة في الشريعة الإسلامية في المعقود عليه تجعله غير مباح، وذلك بالنسبة لنصوص الشريعة وأحكامها وقواعدها والآداب التي يتحلى بها الناس ضمن إطار الشريعة^(١).

شروط صحة العقد

الشروط كلمة شرط، بفتح الشين وسكون الراء، مصدر شَرَطَ. ويراد به: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم. أو أن تقول: ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلاً في ماهيته^(٢).

فالطهارة في الصلاة شرط لصحتها، مع أنها لا تعتبر جزءاً منها. وشرط القدرة على التسليم في عقد البيع، فإن العقد لا يصح إلا به، مع أنه خارج عملية تكوين وجود العقد. وكشرط التقابض في المجلس في عقد الصرافة، فإن العقد لا يصح إلا به مع أنه لا يعتبر داخلاً في ذات الصرافة نفسها.

وكشرط الشهادة في عقد الزواج، مع أن الشهادة خارجة عن وجوده بأركانه. وكشرط تحديد المدة الزمنية في عقد الإجارة، مع أنه خارج عن وجوده بأركانه وهكذا، فلكل عقد شروطه الخاصة التي يتميز بها.

والأثر الذي يترتب على عقد افتقد شرطاً من شروط صحته هو الفساد والمستوجب للفسخ، ولا يترتب عليه الآثار التي تترتب عليه فيما لو كان عقداً صحيحاً.

ويلاحظ: أن افتقاد شرط الصحة يختلف في آثاره فيما بين العبادات والمعاملات لدى الحنفية، فهو في العبادات سواء من حيث الفساد والبطلان. وأما في المعاملات، افتقاد الشرط يؤدي إلى الفساد مع وجود العقد، والبطلان

(١) انظر: د. محمصاني: النظرية العامة التوصيات والعقود/٣٢٣، وانظر: مبادئ القانون/٣٥٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء (شرط).

يترتب على افتقاده ركناً من أركانه لا شرطاً من شروطه. وهذا التفريق غالباً لا يوجد لدى الجمهور إلا في مستثنيات^(١).

شروط نفاذ العقد

ويشترط لنفاذ العقد شرطان اثنان، هما:

١ - الملك:

أي بأن يكون البيع مملوك للبائع، أي المعقود عليه، فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام ملكه في المعقود عليه.

٢ - الولاية:

فإذا لم يملك العاقد الولاية على المعقود عليه فإنه ينعقد موقوفاً، ولا ينفذ إلا بإجازة المالك للولاية، وعلى هذا بيع الصغير المميز.

والأصل في هذه الشروط، أن الأشياء التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة التمييز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجازته ينفذ وإلا فيبطل.

وعند الشافعي هي من شروط الانعقاد، فلا ينعقد أصلاً بدونه. ولذلك فتصرفات الفضولي باطلة.

وحجته: أن صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية، ولم يوجد أحدهما فلا تصح.

واحتج الحنفية بعمومات النصوص التي تفيد البيع، كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

(١) انظر صفحة ١٨٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) سورة الجمعة، الآية: ١٠.

آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم^(١). فهي تفيد مشروعية البيع من غير فصل بينما إذا وجد المالك بطريق الأصالة أو بطريق التبعية، حيث وجود الإجازة من المالك في الانتهاء.

وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده: فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خصّ بدليل.

وكذلك استدلت الحنفية بالسنة، بما روي أن النبي ﷺ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه، وأمره أن يشتري له أضحية، فاشتري شاتين ثم باع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ فدعا له بالبركة.

وجهة الاستدلال: أن حكيماً لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلولم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له الرسول ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه، لأن الباطل يُنكر.

واستدلوا بالمعقول، وهو:

أن تصرف العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا، وقد قصد البر والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك في زعمه لعله بحاجة إلى ذلك لكن لم يتبين إلى هذه الحالة لوجود المانع، وقد يغلب على ظنه زوال المانع، فاقد عليه نظراً لصديقه، وإحساناً إليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي هو محتاج إليه، والشواب من الله عزّ وجلّ بالإعانة على البر والإحسان، لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾^(٢)، ولقوله تعالى: ﴿وأحسنوا إن الله يحب المحسنين﴾^(٣).

شروط لزوم العقد:

وقد ينفذ العقد صحيحاً نافذاً لكنه غير لازم، ولذلك قد اشترط من

(٢) سورة المائدة، الآية: ٢.

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.

أجل لزوميته بأن يكون خائياً عن الخيارات، خيار التعيين وخيار الشرط،
وخيار الرؤية وخيار العيب^(١).

الإرادة ومدى أثرها في العقود

الأصل في الإرادة أنها باطنة، أمرٌ خفي قائم بالنفس، لا يعرفها
الآخرون إلا بأن تظهر بإحدى الوسائل التعبيرية المعروفة، كاللفظ والكتابة
والإشارة والتعاطي، وكما قد سبق الكلام في صيغ العقود، وأنها هي
المعتمدة للدلالة على حقيقة الرضا والقصد في نفس المتعاقد أو المتكلم.
وإلا كان الحكم عليها من باب الظنون والأوهام.

ولذا فقد لاقت الإرادة الباطنة والوسيلة المظهرة اهتماماً كبيراً عند
السادة الفقهاء والأئمة؛ وليس إلا بغية الوصول إلى الحق والحقيقة.

وقد يبدو من التكلم ما يعتبر من الوسائل المظهرة، ولكن لا يتأكد منها
على قصد قائلها، كأن يكون نائماً أو مجنوناً أو سكراناً أو مكرهاً أو هازلاً،
وإلى ما هنالك من أحوال قد تعترض على أهلية المتعاقد.

ومجمل تقسيمات المتكلم لا تخلو عن الأحوال التالية:

١ - أن يصدر عنه الكلام دون قصد منه أو اختيار، كما في حال النائم
والمجنون والصبي الصغير، فلا أثر لكلام هؤلاء عن أي تصرف من
تصرفاتهم، عقوداً كانت أم غير عقود كالايقاعات ونحوها.

وفي هذا قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ وعن
النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق»^(٢).

فإن مناط التكليف كامن في وجود العقل، وهؤلاء لا عقل معهم

(١) انظر: بدائع الصنائع ج ٥/١٣٦، المغني لابن قدامة ج ٤/٢٢١، فتح القدير
ج ٦/٤١٠.

(٢) انظر: تسهيل الوصول إلى علم الأصول/٣١٠، أعلام الموقعين ج ٣/١٢٠، نظرية
العقد لهاشم الحسني/١٩٨.

فيحملون مسؤولية ما يصدر عنهم من كلام.

وهل يدخل تحت هذه الحال كل من المكره والسكران؟

المكره:

هو من حمل على ما لا يرضاه، وهو على أقسام ثلاثة، هي:
(أ) ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار، كالإكراه بالتهديد بإتلاف النفس أو العضو، وهو ما يسمى بالإكراه الكامل.

(ب) ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، كالإكراه بالحبس والضرب الذي لا يخاف منه على هلاك النفس.

(ج) لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، وهو كالتهديد والتخويف المجرد، فمذهب الحنفية - وهم أصحاب هذا التقسيم - إلى أن المكره يبقى مخاطباً ومكلفاً وأهلاً للتكليف، نظراً لوجود ما به من الأهلية، وهو العقل والبلوغ، ولذا فيقع منه الطلاق وسائر الإيقاعات كالطلاق والرجعة والنذر ونحوه، وإن لم يرض بها وذلك لوجود القصد، فالإكراه أفسد الرضا ولم يفسد القصد.

وتقع العقود منه، كالبيع ونحوه مما يحتمل الفسخ ويتوقف على الرضا، فينقصد فاسداً، لفساد الرضا، وبحيث لو أجاز التصرف بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة صح العقد لزوال المفسد بالإجازة^(١).

وخلاصة قول الحنفية: أنه لا تأثير له على وجود العقد وإنما الإكراه هو مزيل لطيب النفس والرضا، وهذه المميّزة ليست من شرائط أركان العقد، بل هي من شرائط صحته، ولذا فيقع وإن كان فاسداً نظراً لفقدانه شرط الصحة، إذ مبنى العقود على الاختيار، وهو قد اختار وإن لم يكن راضٍ باختياره.

وأما في الإيقاعات كالطلاق واليمين والرجعة، فتقع منه كما تقع منه في العقود على سواء.

(١) تسهيل الوصول/٣٢٠.

وللرضا فيما بعد تأثير على العقد وآثاره، وليس له من تأثير على عقد الزواج نظراً للحديث القائل «ثلاث جدهن جدّ وهزلهن جد» وذكر منها الزواج والطلاق.

وعند الآخرين من الفقهاء: الإكراه سالب للاختيار، وسواء سلب الاختيار أو سلب الرضا، فسلب أحدهما هو سلب للآخر، وبناء لهذا فلا ينتج عن ألفاظ المكروه أو تعبيره الظاهر، كالكتابة مثلاً، أي عقد من عقود المعارضات وليس كما يقول الحنفية بفساد العقد ووجوده، بل يقولون ببطان العقد وأنه غير موجود، وسواء في المعاوضات أو في غيرها من الإيقاعات كالطلاق والرجعة، وفي هذا قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(١) ودون تفرقة ما بين عقد معاوضة أو نكاح أو إيقاعات.

وقال ابن القيم: المكروه قد أتى باللفظ المقتضي للحكم ولم يثبت عليه حكمه لكونه غير قاصد له، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه، فانتفى الحكم لانتفاء قصده وإرادته لموجب اللفظ، فعلم أن نفس اللفظ ليس مقتضياً للحكم اقتضاء الفعل لأثره» وقال: المكروه قد دفع الظلم عن نفسه.

السكران:

السكران من السكر، والسكر هو سرور يغلب العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له، فيمنع الإنسان من العمل بموجب تغطية عقله من غير أن يزيله^(٢).

والسكر قد يكون بسبب مباح كشرب الدواء المسكر، وشرب المكروه فيكون مانعاً له، كالإغماء فلا يقع منه طلاق ولا زواج ولا أي عقد من العقود.

وإن حصل له السكر ودون عذر مقبول، أي لا سبب مبيح كما سبق، فهذا لا ينافي الخطاب والالتزام، فتلزم أحكام الشرع وتقع عباراته في الطلاق

(١) أعلام الموقعين ج ٣/ ١٢٤.

(٢) تسهيل الوصول/ ٣١٦.

والبيع والزواج والإقرار، زجراً له عن ارتكاب المحظور.

وسوى أشياء كالردة والحدود الخالصة لله تعالى.

وهو كذلك رأي جمهور الفقهاء، أي على التفريق في الحكم بناء لاختلاف الحال في السكر^(١).

وابن القيم قد نقل الإجماع على عدم وقوع شيء إذا كان يعذر لسكره، وأما إذا كان لا يعذر، قال: فإن المتأخرين من الفقهاء اختلفوا فيه، والثابت عن الصحابة الذين لا يعلم منه خلاف بينهم أنه لا يقع طلاقه.

وقد رجح ابن القيم عدم وقوع شيء منه، لا عقود ولا طلاق ولو سكر بغير عذر وقال: والصحيح أنه لا عبرة بأقواله من طلاق أو عتاق ولا بيع ولا هبة ولا وقف ولا إسلام ولا ردة ولا إقرار.

ثم قال: والقياس الصحيح المحض على زائل العقل بدواء أو بنج أو سكر هو فيه معذور بمقتضى قواعد الشريعة، فإن السكران لا قصد له، فهو أولى بعدم المؤاخذه من اللاغبي ومن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له، وقد صرح أصحاب أبي حنيفة بأنه لا يقع طلاق الموسوس، وقالوا: لا يقع طلاق المعتوه^(٢).

وعلى عدم وقوع أي شيء قول الجعفرية^(٣).

٢ - أن يصدر الكلام عنه عن قصد واختيار ومن غير أن يعرف بمعاني الألفاظ، كمن يلقن شخصاً كلاماً ولا يدرك معناه، كأن يتلفظ بقول: بعث، اشترت، تزوجت، ولكنه جاهل بمعناها، ولا يدرك ما تؤدي إليه. فمثل هذا لا يترتب على كلامه أي شيء، لا في عقود ولا في إيقاعات.

(١) تسهيل الوصول، المدخل إلى الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى/٢٣٣،

نظرية العقد/٦٨.

(٢) أعلام الموقعين ج ٤/٤٩.

(٣) نظرية العقد/٦٨.

٣ - أن يصدر الكلام منه، وهو قاصدٌ للتلفظ به، وهو عالم بغاياتها ومتصورٌ لمعانيها ويقصد لها، فمثل هذا تترتب عليه سائر الأحكام.

٤ - أن يصدر الكلام منه وهو قاصدٌ له وعالم بغايات الكلام ومتصورٌ لمعانيها، لكنه غير قاصدٍ لها، فإما أن يقصد خلافها، وإما أن لا يقصدها ولا غيرها من المعاني.

أما الاحتمال الأول:

وهو أن يقصد بكلامه خلاف معناه، وهذا الاحتمال بذاته، قد يكون قصده لأمر جائز، كقوله لزوجته: أنت طالق، ويقصد من زوج قبله، كأن تكون متزوجة قبله برجل قد طلقها، أو كأن يقول لزوجته أنت عندي مثل أمي» ويقصد في الكرامة والمنزلة.

فمثل هذه الألفاظ وبهذا الاحتمال، لا تلزمه أحكامها فيما بينه وبين الله تعالى. وأما في القضاء، فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم تلزمه أيضاً لأن السياق والقرينة بينة على صدقه.

وإن لم تكن هناك من قرينة تدل على حسن نيته، فلا يقبل منه ادعاؤه. وقد يكون قاصداً لمعنى لا يجوز شرعاً، كالتعاقد في نكاح التحليل، والتعاقد على بيعه العنب لمن يتخذها للخمر.

وهنا نتعرض لهاتين المسألتين، مسألة عقد التحليل، وعقد البيع المؤدي إلى معصية.

(أ) أن يتخذ تعاقده بغية شيء محرم. ومثاله: نكاح التحليل.

نكاح التحليل أمرٌ منكرٌ بناءً لحديث رسول الله ﷺ «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له»^(١) وقوله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل والمحلل له»^(٢).

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه الخمسة إلا النسائي.

(٢) رواه ابن ماجه، انظر نيل الأوطار ج ١٥٧/٦ كتاب النكاح.

النصوص تقتضي حرمة هذا النوع من النكاح، نظراً لقصد الشيء المحرّم. وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا العقد، فذهب كل من أبي حنيفة والجعفرية والشافعية إلى القول بصحته، وإن كان فاعله آثماً.

وذهب كل من المالكية والحنابلة إلى فساد العقد، بمعنى أنه نكاح مفسوخ. وسبب الاختلاف اختلافهم في مفهوم النص، فمن فهم اللعن بالإثم فقط قال: النكاح صحيح، ومن فهم من التائم فساد العقد، قال: النكاح فاسد^(١).

ويلاحظ: أن من أخذ بالإرادة الظاهرة اكتفى بها، وصحّح العقد. ومن أخذ بالإرادة الباطنة، ووجدها لا تتوافق مع الشرع، قد أبطل العقد بناءً لضرورة توافق الإرادة الباطنة مع الشرع وإلا فلا.

والكل متفق على الإثم في هذا العقد، والاختلاف في العقد.

بيع العنب إلى من يتخذه خمراً:

ذهب أهل العلم إلى منع بيع العنب ممن يتخذه خمراً، وهو اتفاق فيما بينهم على كراهة هذا العقد سوى ما قاله الإمام أحمد بالحرمة وبعدم صحة العقد.

وحجة من قال بالكراهة:

أن البيع قد تم بأركانه وشروطه، فإن ما يؤاخذ به العبد هو المقاصد لا الوسائل، وهذا البيع من الوسائل، فضلاً عن كونه قد يحال بين المشتري وبينها لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره.

ومن حجّتهم على صحة هذا العقد: أن المعصية لا تقوم بعين البيع، بل بعد تغييره، وأن ما تقوم به المعصية بعينها ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع، كالسلاح من أهل الفتنة، لأن السلاح لا شيء من التغيير يحصل له^(٢).

(١) بداية المجتهد ج ٢/٦٣، نيل الأوطار ج ٦/١٦٥، أحكام الأسرة/٥٣٣.

(٢) الميزان الكبرى ج ٢/٦٧، المغني ج ٤/٢٤٥، الحاشية ج ٥/٢٥٠.

وأما من قال بعدم الصحة أصلاً فقد احتج بما يلي :
١ - قوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) وهذا يقتضي التحريم لأنه نهى بين واضح .

٢ - ما ورد في السنة من نهى عنها وعمّا يحيط بها . فقد ورد عن أنس أنه قال : «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة : عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقها وبائعها وأكل ثمنها والمشتري لها والمشتراة له»^(٢) .

وقوله ﷺ : «من حبس العنب أيام القطاف ممن يتخذه خمراً فقد تقمّم النار على بعيره»^(٣) .

وفي رواية أخرى بزيادة «من يهودي أو نصراني»^(٤) .
وهذا دليل واضح على تحريم بيع العنب ممن يتخذه خمراً لوعيد البائع بالنار .

قال الصنعاني : وهو مع القصد محرّم إجماعاً^(٥) .
والمراد بالقصد : التعمد للبيع إلى من يتخذه خمراً ولا خلاف في التحريم مع ذلك^(٦) وردّ القائلون بعدم الصحة على من صح العقد بحجة وجود أركانه وشروطه : بأن المانع من الصحة موجود، وهو النهي .

وإذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري إماصراحة وإما بقرائن تدل على ذلك .

وأما إن كان الأمر محتملاً، مثل : أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من

(١) سورة المائدة، الآية : ٢ .

(٢) رواه الترمذي وابن ماجه .

(٣) رواه الطبراني في الأوسط باسناد حسن .

(٤) رواه البيهقي في شعب الإيمان .

(٥) سبل السلام ج ٣ / ٣٠ .

(٦) نيل الأوطار ج ٥ / ١٧٤ .

يعمل الخل والخمر معها، ولم يتلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز.

وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق أو الفتنة، أو إجارة دار لبيع الخمر فيها، ونحوه فهي عقود باطلة^(١).

وخلاصة القول: أن البيع وإن علم ممن يتخذه صحيح لكنه آثم وحرام، ولكن حرمة لا تقتضي الفساد، لأن العلة هنا لأمر خارج عن إطار العقد من جهة أركانه وشروطه.

والحرمة فيه لكونه إعانة على معصية، وهو قول الجمهور^(٢)، وأما عند الإمام أحمد فالعقد باطل فضلاً عن الحرمة والإثم وكذلك كل بيع يستعان به على معصية.

والكل متفق على الحظرية المترتب عليها الإثم ديانة، وإنما الاختلاف من جهة القضاء، فالجمهور على صحة العقد، وأحمد على بطلانه^(٣).

الاحتمال الثاني:

وهو أن لا يقصد معاني الألفاظ ولا غيرها من المعاني.

وتحت هذا الاحتمال نلاحظ عبارة كل من الهازل والملجأ.

أما الهازل، فللعلماء في عبارته أقوال عدة.

١ - عدم الاعتداد بعبارته في إنشاء العقود لوجود القرينة الصارفة عن حقيقة إنشائه الناتجة عن إرادة، وهي الأصل في العقود؛ فإذا عدت الإرادة انتفى العقد؛ وهذا القول لبعض المالكية.

(١) المغني لابن قدامة ج ٤/٢٤٦.

(٢) نفس المرجع، مغني المحتاج ج ٢/٣٦، نيل الأوطار ج ٥/١٧٣، سبل السلام ج ٣/٣٠.

(٣) الميزان الكبرى ج ٢/٦٧، وأعلام الموقعين ج ٣/١٥٨.

٢ - الاعتداد بعبارته في إنشاء العقود وما يترتب عليها من آثار، وهو الراجح لدى الشافعية، لكون قصد النطق بالعبارة، دال على رضاه بالعقد دون التفات إلى ما يدعيه من هزل، لأن فتح مثل هذه الأبواب يعتبر خللاً في المعاملات وعدم استقرارها.

٣ - صحة عبارته في إنشاء العقود والتصرفات التي يستوي فيها الجد والهزل وهي العقود والتصرفات التي ورد الشرع بوجودها مع الجد والهزل. وهي: الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة واليمين.

وهو قول الحنابلة وأكثر المالكية والسبب في هذه التفرقة أن الأولى ورد فيها نص شرعي فهي حق الشرع، وحقوق الشارع لا تكون موضعاً للهزل واللعب، وأما ما تبقى من العقود فلم يرد بها نص، فتبقى على أصلها من حتمية الإرادة والقصد، وإذا طرأ عليها هزل انتفت فينفي العقد، ويكون باطلاً.

وفي حال ما إذا رضي الهازل بالعقد بعد بطلانه لا ينقلب صحيحاً لأن الباطل لا يلحقه صحيح.

٤ - عبارته صحيحة في العقود التي عدّها أصحاب القول الثالث، وأما باقي العقود والتصرفات فهي تصلح لإنشاء العقد ووجوده ولكنها غير صحيحة ولا يترتب عليها آثار لانقضاء الرضا الذي يعتبر شرطاً في صحته.

ومع هذا ينعقد العقد ويكون فاسداً، فإذا ما رضي الهازل انقلب من الفاسد إلى الصحيح؛ وهذا هو رأي الحنفية.

التلجئة:

التلجئة من ألجأ يقال ألجأه إلى كذا: أي اضطرّه إليه^(١).
وأما في الإصطلاح: فهو ما ألجأ إليه الإنسان بغير اختياره، كأن يخاف الرجل السلطان فيقول لآخر: إني أظهر أني بعت دارني منك، وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك.

(١) مختار الصحاح مادة (لجأ).

وكما عرفه صاحب رد المحتار: هو إظهار عقد بين اثنين وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو^(١).

ويعبر عنه بالعقد الصوري، بأن يتفقا في الظاهر على شيء وبأنه لغو، ولا يمثل إرادتهما الباطنة، بتفاهم فيما بينهما على صورة هذا العقد، نظراً لظرف معيّن ألجأهم إلى هذا العقد.

وبيع التلجئة هو عقد اختلف في حاله الفقهاء؛ فذهب الحنابلة وصاحباً أبي حنيفة إلى بطلانه، وحجتهم: أنهما لم يقصدا البيع، فلم يصح منهما كالهازلين، ولم يكن إلا بقصد الاحتماء ودون إرادة للبيع حقيقة.

وذهب كل من أبي حنيفة والشافعي إلى صحته، لأن البيع بأركانه وشروطه قد تمّ خالياً عن مقارنته لمفسد، فصحّ، كما لو اتفقا على شرط فاسد، ثم عقد البيع بغير شرط^(٢).

فمن ذهب إلى التصحيح فقد سلك مسلك الأخذ بما ظهر من الإرادة، ومن ذهب إلى البطلان فقد سلك مسلك الأخذ بما بطن من الإرادة.

□□□

(١) الحاشية ج ٢٤٢/٤.

(٢) الحاشية ج ٢٤٢/٤، المغني ج ٢٣٦/٤.

المبحث الثاني الشروط والعقود

إنه وإن كان الأصل في العقود للزوم وتنفيذ مقتضاها ودون توقف على شيء، بيد أن المقصود بالعقود تحقيق مصالح العباد وتأمين راحتهم، وأن هذا يقتضي من جانب آخر الأخذ بما يحقق للناس مصالحهم، وبمراعاة عدم الخروج عن خصائص العقود وضوابطها.

ولذا فقد تعرض الفقهاء إلى مسألة الشروط في العقود من حيث المبدأ، أيصح؟ أم لا؟ وإن صحت ففي أي جانب هي؟ وما مدى ما تصل إليه هذه الصحة؟ وما مدى تأثير هذه الشروط على العقود.

وإن اختلف الفقهاء في الأصول الضابطة للشروط مع العقود، فيجمعهم دوائر ثلاثة، دائرة تتميز بالتشديد والتضييق، وهي للظاهرية، ودائرة تتميز بالتوسعة لكن بتحفظ، وهي للجمهور، ودائرة تتميز بالتوسعة أكثر سوى ما استثناءه الشرع، وهي للحنبلة.

الدائرة الأولى – وهي للظاهرية:

الأصل في الشروط مع العقود عندهم المنع والحظر إلا ما ورد الشرع به، ولم يصححوا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه واستصحبوا الحكم الذي قبله، وطردوا ذلك طرداً جارياً.

الدائرة الثانية – وهي للجمهور:

فقد ذهب الحنفية إلى أنه لا يصح من الشروط إلا في العقود التي تقبل الفسخ، وإذا كان العقد غير قابل للفسخ فلا يصح الشرط فيه، كعقد النكاح، وحيث عدم قابليته للفسخ وبالتالي لا يبطل بالشروط، حتى ولو كانت فاسدة.

والشروط عندهم هي كما يلي :

١ - أن يكون موافقاً لمقتضى العقد

والمراد بمقتضى العقد، أي ما يفهم منه من صيغته بدون ذكر الشروط .

ومن هذه المقتضيات: تسليم البائع السلعة للمشتري وتسليم المشتري الثمن للبائع، ولأن التسليم والتسلم يفهم من العقد دون اشتراط .

فإذا اشترط في العقد تسليم المبيع فوراً، أو تسلّم الثمن فهو شرط صحيح وكذلك العقد، لأنه شرط يقتضيه العقد، وكذا فيما لو اشترط البائع حبس المبيع حتى يدفع له الثمن، وكذلك ما كان من الشروط موافقاً لمقتضى العقد في الزواج كأن تزوجه شرط أن ينفق عليها، أو أن يعاملها بالمعروف، فهو شرط لا يؤثر على العقد لأنه شرط معتبر من مقتضيات العقد، فضلاً عن عدم تأثر الزواج بالشروط حتى ولو كانت فاسدة، لأن الزواج من العقود التي لا تقبل فسخاً .

وإن اشترط في العقد ما يخالفه، كأن باعه شرط أن يقرضه مبلغاً من المال فهو شرط فاسد .

ووافق الحنفية في هذا كل من المالكية والشافعية .

٢ - أن يكون ملائماً لمقتضى العقد

والملاءمة هي التأكيد لموجبات العقد، كأن يبيعه شرط أن يقدم فلاناً كفيلاً .

٣ - أن يرد الشرع به

وذلك مثل اشتراط الخيار لفترة زمنية، كأن يبيعه شرط أن يكون له الخيار ثلاثة أيام .

فالقياس ألا يصح مثل هذا الشرط، لأنه يؤثر على مقتضى العقد ويخالفه . ولكنه أجاز لورود النص به هو قوله ﷺ: «إذا ابتعت فقل لا خلافة

عام أوقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدّها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بُريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: خذها واشترطي لهم الولاء، وإنما الولاء لمن أعتق. ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد، وما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق».

وجهة الاستدلال: أن قوله «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع، فليس في كتاب الله، وإن ما كان من السنة أو الإجماع فهو من كتاب الله بواسطة دلالة على إتباع السنة والإجماع.

ثانياً - الدليل العقلي:

وهو القياس، حيث القياس لجميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع، وبمنزلة تغيير العبادات، واعتبروا أن العقود مشروعة على وجه، ولا يجوز اشتراط ما يخالفها والشروط والعقود والتي لم تشرع تعدّ لحدود الله وزيادة في الدين.

القول الثالث، وهو للحنابلة.

يذهب الحنابلة إلى أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً.

وعلى هذا تقوم أصول أحمد وتجري، وأن هذا المذهب هو الأكثر تصحيحاً للشروط، وليس من الفقهاء أكثر تصحيحاً للشروط منه، ولعل ذلك يعود إلى ما قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ، وعن

الصحابة رضي الله عنهم ما لا تجده عند غيره من الأئمة، فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه .

وعلى ضوء منطلقهم وأصولهم تنقسم الشروط إلى قسمين اثنين، هما:

القسم الأول:

ويتضمن الشروط الصحيحة، وتعتبر لازمة في حق من اشترطت عليه، وأنه يلزمه الوفاء بها، وهذه الشروط على أنواع هي:

١ - ما كان من مقتضى العقد، كالتقايض في المجلس وحلول الثمن .

فشرطه وعدمه سواء، لأن ما اشترط لازم دون شرط .

٢ - ما كان فيه مصلحة للعاقدة، كأن يشترط عليه صفة في الثمن، كتأجيله أو تعجيل البعض إلى وقت معلوم، ومنه: اشتراط الرضى حتى يدفع الثمن وضممان شخص معين بالثمن أو بيعه، ولأنه يتضمن مصلحة تعود على العاقدة .

٣ - ما كان فيه اشتراط منفعة مباحة معلومة المبيع، كان يبيعه داراً ويشترط عليه أن يسكنها لمدة معلومة، كشهر مثلاً، أو لأي وقت محدود، وعلى هذا الاشتراط بالنسبة للسيارة بحمل أو بركوب، والاشتراط على البائع توصيل المبيع إلى البيت .

فهذه وأمثالها شروط يلزم الوفاء بها في حق من اشترطت عليه، ويكون البيع لازماً بالوفاء بها، وإلا فلا، أي يكون من حق صاحب الشرط فسخ العقد .

القسم الثاني:

ويتضمن الشروط الفاسدة، وهي أنواع ثلاثة:

١ - ما يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر، كأن يشترط عليه عقداً آخر، كأن يبيعه داراً ويشترط عليه أن يبيعه بيته، أو أن يشاركه في تجارة .

٢ - ما يكون منافياً لمقتضى العقد، كأن يشتري سلعة ويشترط عليه أن

تزوج وإذا كسدت فيردها عليه، أو أن يبيعه دون خسارة، فإذا خسرت كانت الخسارة عليه، أي على البائع.

٣ - ما يشترط ويتضمن تعليق البيع عليه، كأن يبيعه شيئاً شرط أن يأتيه بكذا. أو أن يشترط رضا فلان.

فمثل هذه الشروط هي شروط فاسدة.

وقد استدل الحنابلة بالنصوص العامة والخاصة من الكتاب والسنة، وأنه قد جاء فيها الأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك.

والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك. وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد: هو الوفاء به فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دلّ على أن الأصل فيه الصحة والإباحة^(١).

الشروط وعقد الزواج:

قد بانت أحكام هذه المسألة فيما قبل، وهي مجموعة بما يلي:

١ - كل ما كان من مقتضيات عقد الزواج، وشرطه أحدهما، يلزم الوفاء به.

٢ - كل ما كان مبطلاً لأصل العقد ابتداءً كالتأقيت فيه أو في الطلاق، فالشرط والعقد باطلان ولا وجود لهما.

٣ - كل ما كان من متناقضات العقد ومنافياً لمقصوده، كشرط عدم المجامعة، أو المعاشرة السيئة، لا التزام به مع بقاء العقد، ولأنه شرط يضاد ما يترتب مباشرة على عقد الزواج.

٤ - ما لا يعتبر من المتناقضات مع المقتضى للعقد، ولا من

(١) انظر: القواعد النورانية الفقهية/١٩٧، بتصرف.

المبطلات، كشرطها عليه إسكانها في مكان معين أو عدم تزوجه عليها، فهذه وأمثالها شروط لها فروق عند الفقهاء.

فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم اعتبارها ملزمة للرجل الزوج، فلا صحة لها ولا تأثير على بقاء العقد، وكذلك المالكية إلا أنه إن وفي بها فهو من باب الاستحباب.

وذهب الحنابلة إلى صحة هذه الشروط وأمثالها، وأنه يلزم الوفاء بها وإلا فلها فسخ النكاح.

وهؤلاء - كما سبق - الأكثر تصحيحاً للشروط وتوسعة لها ما لم تكن متعارضة مع المقصود الأصلي للعقد أو مقتضياته، أو مع شيء منهي عنه، كطلاق ضررتها، كأن قبلت معه بالزواج شرط طلاق ضررتها فهذا لا يجوز ولا يلزم به، وكذلك الاشتراط على الميراث مع أن الزوجة غير مسلمة، لنهي النبي ﷺ عن ذلك «لا يتوارث أهل ملتين».

فلو اشترطت عليه ميراثها منه أو اشترط عليها ميراثه منها، فهو شرط فاسد ولا يجوز.

أثر الشروط على العقود:

وعلى ضوء ما تقدم، فإن أثر الشروط على العقود يُبنى على منطلق كل دائرة فعند الظاهرية لا تأثير للشرط على العقد، وهو باطل، إلا ما قد ورد به نص أو إجماع، فإنه معتبر، فإن تحقق نفذ العقد، وإلا فالعقد باطل.

وعند الجمهور، إن كان الشرط في عقد لا يقبل الفسخ، كالنكاح مثلاً فإن الشرط يفسد والعقد صحيح، ولا تأثير له على حكم العقد ولا على آثاره.

وإذا كان الشرط في عقود المعاوضات المالية كالبيع، فإن كان صحيحاً فهو لازم، ويلزم الوفاء به في حق من اشترط عليه، ويكون البيع لازماً بالوفاء به، وإلا لصاحب الشرط حق فسخ العقد.

وإذا كان فاسداً وفي عقود المعاوضات، أبطل العقد.
وإذا اقترن بعقد من شأنه مبادلة المال بغير مال، فالعقد باق والشرط باطل وحده، وذلك كالقرض، كأن يقول له: أقرضتك على أن تخدمني شهراً فيلغو الشرط ويبقى العقد.

وإذا كان الشرط باطلاً، وهو ما لا مصلحة فيه لأحد منهما، ولا يقتضيه العقد، ولا من مؤكداته، ولم يرد أثر فيه، كالبيع بشرط عدم البيع فالشرط باطل والعقد باق على صحته، وسواء في العقود كلها، معاوضة كان أم غير معاوضة^(١).

□ □ □

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد/١٩٥، د. فراج/نظرية العقد/٤٣٢ هاشم الحسني.

المبحث الثالث الخيارات والعقود

الخيارات جمع لخيار، وهي حقوق تثبت للمتعاقد. وشرعت بغية الحفاظ على مقاصد العقود، منها ما قد ثبت للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن، كخيار الشرط، ومنها ما قد شرع نتيجة عقد على شيء ولم يره الطرف الثاني، كخيار الرؤية، ومنها ما قد شرع بسبب عيب في محل العقد، كخيار العيب وكذلك كل خيار ثابت يكون تابعاً لسببه، كخيار الغبن، وخيار الغرر وخيار المجلس وخيار النقد وخيار الصفقة.. .

والمقصد الكلي من ثبوت هذه الخيارات هو تحقيق رضا ورغبة المتعاقد في الشيء المعقود عليه، وحتى لا يدخل في ملكه شيء لا يرضى به فشرعت هذه الخيارات بغية ضمان مراد المتعاقد ورغبته المبدية في العقد، وكذلك الخيار بالنسبة للطرف البائع. فكما يثبت للمشتري يثبت للبائع كما في خيار الشرط وفي خيار النقد ونحوه.

أولاً:

خيار المجلس

والمراد إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فإلى متى يبقى إيجابه موجوداً؟ وما مدى زمن القبول من جهة الطرف الآخر؟

قال صاحب الهداية: «إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء ردّ، وهذا خيار القبول».

وإنما يمتد إلى آخر المجلس، لأن المجلس جامع المتفرقات،

فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة، دفعا للعسر وتحقيقاً للتيسر».

ولا يلزم الموجب بإيجابه قبل قبول الآخر، ولذا كان له أن يرجع عن إيجابه ولكن قبل قبول الآخر، ولأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى.

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية. وأنه ما دام الطرف الآخر لم يحصل منه القبول فلا التزام فيما بينهما، وان لكل واحد منهما الخيار في الإثبات وعدمه.

والخيار محدد بشيئين اثنين، هما:

١ - أن يصرح الطرف الآخر بالرفض، أو أن يرجع الموجب عن إيجابه صراحة قبل قبول الآخر.

٢ - أن يقوم أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر، لأن القيام دليل الإعراض عن العقد، واعتبر المجلس هنا من باب التيسير ورفع الحرج وإلا فالأمر ينبغي أن يكون بالتعاقب بين كلام المتعاقدين إيجاباً وسلباً.

فدفعاً للحرج ودركاً للمصلحة ودرءاً للمفسدة فقد شرع المجلس للتروي في القرار، وقسّر الحنفية: أنه بمجرد أن يقبل الطرف الآخر والموجب ما زال على إيجابه وقع العقد ولزم، ولا خيار بعد لواحد منهما، إلا لعيب أو عدم رؤية. وبهذا قال المالكية^(١).

وذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى أن الخيار باق ما لم يتفرقا أبدأناً، حتى ولو وقع الإيجاب والقبول فكل واحد منهما الرجوع إلى ما لم يتفرقا بأبدانهما، وهو قول أكثر أهل العلم، كما يقول صاحب المغني، ونسب هذا القول إلى عمرو ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وغيرهم، وكذلك إسحاق

(١) انظر: الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣٥٦، الاختيار ج ٢/٥، شرح ملا مسكين ج ٢/٢، الحاشية ج ٤/٢٠، بداية المجتهد ج ٢/١٨٢، أسهل المدارك ج ٢/٢٢١، نيل الأوطار ج ٥/٢٠٨.

وسعيد بن المسيّب وشريح والشعبي وعطاء وطاووس والزهري والأوزاعي^(١).
وقد احتج أصحاب هذا القول بكل من الدليل النقلي والدليل العقلي.

الدليل النقلي:

وهو قوله ﷺ «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما فتباعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع»^(٢).

وقوله ﷺ «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». وتفيد هذه النصوص وغيرها أن الأمر منوط بالتفرق بالأبدان^(٣).

الدليل العقلي:

وقد استدل بأن حاجة الناس داعية إلى مشروعية هذا الخيار، لأن الإنسان قد يبيع شيئاً أو يشتري ثم يبدو له أنه قد عُين أو أن الصفقة ليست في مصلحته فيندم ويحتاج إلى التدارك بالفسخ فيكون خيار المجلس مشروعاً، تداركاً لهذا المعنى^(٤).

وأما من قال بعدم مشروعية خيار المجلس (أبداناً) فقد استدلوا بكل من الدليل النقلي والعقلي.

الدليل النقلي:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ

(١) انظر: المغني لابن قدامة ج ٣/٥٦٣.

(٢) متفق عليه.

(٣) المغني ج ٣/٥٦٣.

(٤) انظر: نظرية الخيار في العقود الغفاري/٣.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٢.

تراضي منكم ﴿٢﴾.

وجهة الاستدلال:

أما في الآية الأولى: أنه بعد الإيجاب والقبول حذ بل العقد، وقد ألزمتنا بالوفاء به.

وأما في الآية الثانية أنه بعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراضي غير متوقف على التخيير.

وفي قوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تباعتم﴾^(١) وحيث إفادة التوثيق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع.

والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، وقولهم ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطاً لهذه الخصوص، ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار. والعقد الملزم يعرف شرعاً، وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة^(٢).

الدليل العقلي:

واستدل بالقياس، فكما في النكاح والخلع والعتق على مال، وكل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس، بل بمجرد اللفظ الدال على الرضا، فكذا البيع.

وفضلاً عن احتجاج هؤلاء لما ذهبوا إليه، فقد ناقشوا أدلة المثبتين لمشروعية خيار المجلس، فقالوا:

المراد بالمتبايعين في النص: المتشاغلان في البيع المساومان لا من تمّ البيع بينهما وانقضى لأنه مجازة، ولأنه يفهم من قول القائل: زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر المبيع متراوضان فيه،

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٢٥٨.

فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقة متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق.

وأن المراد بالتفرق بالنص تفرق الأقوال لا الأبدان، وكما في التفرق المفهوم من قوله تعالى في شأن أهل الكتاب ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾^(١).

وقوله ﷺ: «افترقت بنو إسرائيل على اثنتي وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة».

ومن أقوال المالكية أن عمل أهل المدينة قائم على عدم الأخذ بخيار المجلس وعمل أهل المدينة مقدّم على النص، كما هو في أصول مذهب مالك إذا تعارض النص معه^(٢).

وردّ المثبتون لخيار المجلس بالأبدان على انتقاد الأحناف ومن نحنا نحوهم من حمل التفرق على الأقوال والمعتقدات، وأن هذا يعتبر باطلاً لوجوه عدة، هي:

١ - عدم احتمال اللفظ له، إذ ليس بينهما تفرق بقول ولا اعتقاد.
٢ - أن هذا يؤدي إلى إبطال فائدة الحديث، لأنهما بالخيار قبل العقد في انشائه وإتمامه وتركه.

٣ - فقد جعل لهما بعد التبايع الخيار، حيث قوله ﷺ: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع».

٤ - فعل الصحابة، فإن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا تبايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع.

(١) سورة البينة، الآية: ٤.

(٢) بداية المجتهد ج ٢/١٨٤.

٥ - ولا يصح القياس، قياس البيع على النكاح، لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد رؤية ونظر، فلا يحتاج إلى الخيار بعده.

ولأنه أيضاً في ثبوت الخيار مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعفة وذهاب حرمتها بالرد وإحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه الخيار، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية^(١).

ثانياً:

خيار الرؤية

خيار الرؤية: أي خيار سببه الرؤية، من إضافة الشيء إلى شرطه، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار.

والمراد: أن عدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية. ومثاله: أن يشتري شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده، وكما إذا باع شيئاً في موضع لا يراه المشتري، وسواء وصف له الشيء أم لا، فله الخيار عند رؤيته، إن شاء أخذه بالثمن وإن شاء رده.

مشروعية خيار الرؤية:

اختلف السادة الفقهاء في خيار الرؤية، فمنعه الشافعي وأقره الجمهور، وإن اختلفوا في بعض الضوابط، وهو كذلك لدى الشافعي في المذهب القديم.

قال الحنفية: حتى يكون خيار الرؤية مشروعاً يجب أن يعرف المبيع بجنسه ووصفه وإلا فبالإشارة إليه أو إلى مكانه، وإذا لم يعرف حتى ولو بالإشارة إليه أو إلى مكانه فلا يصح.

والتعريف به هو الصحيح من المذهب، وفي قول بأنه ليس بشرط وهو

(١) المغني ج ٣/٥٦١. بتصرف.

جائز، والاطلاق يدل عليه، وإليه ذهب عامة مشايخ المذهب، وهو الأصح.

والأغلب على تقييده بالإشارة إن لم يوصف.

والمعروف عن الإمام الإطلاق ودون تقييد^(١).

وقيد المالكية باشتراط الصفة أو برؤية متقدمه، والمراد إذا أتى على

الصفة التي وُصف بها فهو لازم، وإلا فله الخيار^(٢).

وأما الحنابلة فقد جوزوا بيع الغائب شرط معرفة صفته، فإذا لم يكن

على الصفة المشترطة فله الخيار^(٣).

وأما الشافعية فعلى القديم من المذهب الجواز لكن ضمن قيود وصف

المبيع بذكر جنسه ونوعه. ولكن كما سبق أن الأظهر في المذهب هو أنه لا

يصح خيار الرؤية لأنه مبني على بيع الغائب، وبيع الغائب لا يصح عندهم،

والغائب هو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما نظراً لوجود الضرر، وهو منهي

عنه^(٤).

والحنفية هم أكثر الفقهاء توسعة وأخذاً بخيار الرؤية، وحسبما تقدم

على الإطلاق، وإن وردت أقوال بالقيود.

وحيث أن الحنفية هم الأكثر قولاً به فإننا نورد ما قد استدلوا به كمستند

لما ذهبوا إليه، واستدلّهم كامن بالنقل والعقل.

أما النقل فيما روى ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلًا من قوله ﷺ «من

اشتري شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه» وهو

حديث مرسل وبدون زيادة «إن شاء أخذه وإن شاء تركه»^(٥).

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/٣٣٥، الحاشية ج ٤/٦٤.

(٢) القوانين الفقهية/٢٢٠، بداية المجتهد ج ٢/١٦٨.

(٣) المغني ج ٤/٢٣٤.

(٤) مغني المحتاج ج ٢/١٨، الميزان الكبرى ج ٢/٦٠.

(٥) أخرجه الدارقطني (نصب الراية ج ٤/٩).

والمرسل عند أكثر أهل العلم حجة .
وقد ضعّف الحديث، لكن ابن الهمام يفيد قبول العلماء له وعلمهم به^(١) .

والحديث نص في الباب فلا يترك بلا معارض .
وهو بظاهره يفيد صحة البيع كالمريري ، وأن للمشتري حق الرد عند الرؤية للمبيع غير المرثي وقت العقد، وسواء وصف أم لا .
وردّ على الحنفية بأخبار تفيد الحظر لمثل هذا البيع .
وذلك قوله ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك »^(٢) « ونهيه ﷺ عن بيع الغرر »^(٣)
وهي نصوص لهذا البيع .

فقوله ﷺ لحكيم بن حزام (لا تبع ما ليس عندك) فهو واضح في النهي عن بيع ما ليس في ملكه بناءً لأصل الرواية : وهو أن حكيم بن حزام كان يبيع السلعة قبل أن يملكها ثم يذهب إلى السوق ليشتريها فيسلمها للمشتري فنهاه ﷺ عن بيع ما ليس عنده^(٤) .

واحتج الحنفية لما يقولون بما روي أن عثمان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة بن عبيد الله : إنك قد غبنت ، فقال : لي الخيار ، لأنني اشتريت ما لم أره ؛ وقيل لعثمان : إنك قد غبنت فقال لي الخيار ، لأنني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، ففضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة^(٥) .

والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ، لأن قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما يحكما فيها غيرهما ،

(١) فتح القدير ج ٦ / ٣٣٧ .

(٢) رواه الأربعة وحسنه الترمذي .

(٣) رواه مسلم .

(٤) الهداية بشرح العناية ج ٦ / ٣٣٦ .

(٥) رواه البخاري (نصب الراية ج ٤ /) .

فالعالم على الظن شهرتها وانتشار خبرها، فحين حكم جبير بذلك ولم يرد عن أحد خلافه، كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً.

وجهة الاستدلال: أن هذه الحادثة وإن كانت في معرض الإثبات لمن الخيار للبائع أم للمشتري؟ لكنها تفيد صحة بيع الشيء غير المرثي وغير الموصوف^(١).

وأما المعقول: أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور، وهو جائز، وأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإذا لم يوافق رده ولا نزاع ثمة بعد ذلك، وإنما يؤدي إلى المنازعة لو كان القول بانبرام العقد، وهو غير موجود. فصار بذلك لجهالة الوصف في العامين المشار إليه، فيجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة فإنها لا تفضي إلى المنازعة، وأنه لا ضرر في إجازته، وإنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، فلا ضرر فيه أصلاً، بل فيه مصلحة وهي إدراك حاجة كل من البائع والمشتري.

فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقف جواز هذا البيع على حضوره ورؤيته فربما تفوت مصلحته بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتره منه، فكان في شرع هذا البيع على الوجه المذكور من إثبات الخيار له عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر، وما شرع الأحكام إلا لمصالح العباد^(٢).

وأما احتجاج المانعين فإنه ينصب على كونه نوعاً من أنواع الغرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

وكذلك النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وما ليس عند الإنسان يتناول غير المملوك وغير الحاضر، وإن كان مملوكاً، وقد نهى ﷺ عن بيعه

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/٣٤٠.

(٢) الهداية بشرحي الفتوح والعناية ج ٦/٣٣٦.

على جهة الإطلاق، فيكون فاسداً وصف أم لم يوصف^(١).

وردّ عليهم بأن بعد بيان الجنس والنوع والوصف لم يكن هناك من غرر يؤدي إلى جهالة يتنازعان حولها، بل هي زائلة، ولا غرر.

وأن حديث «لا تبع ما ليس عندك» لا يفيد حظر بيع الغائب، بل المراد: ما ليس في ملكه.

قال البغوي: النهي في هذا الحديث عن بيوع الأعيان التي لا يملكها أما بيع شيء موصوف فيجوز^(٢).

فينصب النهي على ما ليس في ملك الإنسان ولا في قدرته. علماً بأن الشافعية يقولون بصحة بيع الشيء الغائب إذا رآه قبل البيع ولم تمض مدة يتغير فيها عادة حتى وقت العقد، كالأرض والحديد، لا الخضروات والفواكه والأطعمة^(٣).

والراجع من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الحنفية من صحة هذا البيع وثبوت الخيار عند الرؤية.

لمن يثبت حق الخيار:

خيار الرؤية حق ثابت للمشتري، وليس للبائع حق الخيار، كمن يرث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عند القائلين بثبوت هذا البيع، والأصل فيه قصة عثمان وطلحة وحكم جبير فيها.

وقت خيار الرؤية:

خيار الرؤية حق أثبتته الشارع للمشتري باستعماله له ويبعد عن نفسه الضرر، وعند رؤيته له، إما أن يقبل فيتم العقد وإما أن يردّه فيفسخ العقد. فقرر الحنفية بأن خيار الرؤية لا ينتهي إلا بالرؤية فعلاً، أو أن يتصرف فيه

(١) انظر: قليوبي وعميره ج ٢/١٦١، مغني المحتاج ج ٢/١٨، نظرية الخيار/١٦.

(٢) نيل الأوطار ج ٥/١٧٥.

(٣) مغني المحتاج ج ٢/١٨، نظرية الخيار للغفاري/١٧.

تصرفاً يدل على رضاه به، كبيعه أو رهنه أو استعماله، ونحو ذلك من التصرفات التي تدل عادة على الرضا به، أو أن يتعيب بيده أو يهلك، وحيث يتعذر الفسخ. وإذا لم يوجد من ذلك شيء يبقى خيار الرؤية له ولا يسقط.

فيبقى ما لم يوجد ما يبطله، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطله. وكالاستهلاك أو الرهن أو البيع، وكذلك كل ما يفيد الرضا بعد الرؤية.

وهو المختار في المذهب، وقيل غير ذلك، من أنه مؤقت يوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، بحيث لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره، وهو رأي الكرخي. وهو أحد قولي القديم من مذهب الشافعي^(١).

وفي قول آخر للشافعي أن الخيار يبقى ما دام مجلس الرؤية، فإذا انتهى سقط خياره ولزم العقد^(٢).

وما يذهب إليه الحنفية من ثبوت حق الخيار ودون تحديد لفترة زمنية، فإنه يشكل ضرراً على البائع، فلربما تمضي فترة زمنية طويلة ودون أن يختار فيتضرر البائع.

وكذلك القول باختياره فور رؤيته مضرٌ بالمشتري. ولعل الأصلح والأصح أن الخيار يثبت ما دام مجلس الرؤية قائماً، فإذا انتهى المجلس ولم يحصل فيه رد، سقط خياره وصار العقد لازماً، وكما هو أحد قولي القديم من المذهب الشافعي. وهو الراجح.

محل خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية في كل عقد قابل للفسخ. وخرجت العقود التي لا تقبل الفسخ، كعقد الزواج، والمهر، وبدل الخلع والصلح عن القصاص.

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/٣٤٠، الحاشية ج ٤/٦٥.

(٢) المجموع للنووي ج ٩/٢٨٩، نقلاً عن نظرية الخيار/٢١.

وما يثبت فيه خيار الرؤية شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تكون ديناً في الذمة وكذلك استتجار الأعيان التي لم تترى وقت الشراء ووقت الاستتجار، وما كان من القيميات عند التقاسم بين أناس مشتركين، فلكل منهما خيار الرؤية عند رؤية نصيبه، وكذلك الصلح عن مال على شيء معين لم يره عند الصلح، وذلك عند رؤية العين المصالح عليها^(١).

ثالثاً:

خيار الشرط

خيار الشرط من إضافة الشيء إلى سببه، أي: خيار سببه الشرط. وهو أحد الخيارات المرتبطة بالعقد، يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد علته. والأصل فيه المنع، لأنه مخالف لمقتضى البيع ولنهيه ﷺ عن بيع وشرط. ولأن الأصل في البيع لزوم تعاكس الملكين في البدلين، وألا يتخلف حكم العلة عن علته.

وبخيار الشرط يحصل التخلف، ولذا فهو مخالف للأصل والقياس.

مشروعيته:

شرع خيار الشرط وعلى خلاف الأصل والقياس، وذلك بما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يُغيب في البياعات، فقال له النبي ﷺ: إذا بايعت فقل: لا خلافة^(*) لي الخيار ثلاثة أيام^(٢).

وقال الشافعي رحمه الله: الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسداً ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصراة خيار ثلاثة في البيع، ورُوي عنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاثة فيما ابتاع^(٣).

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/٣٣٦، نظرية الخيار/٣٣.

(*) الخلافة يعني بها الحذيفة.

(٢) رواه الحاكم في المستدرک، ورُوي عن البيهقي في سننه، وكذلك ابن ماجه في سننه

والدارقطني، نصب الراية ج ٤/٦.

(٣) نفس المرجع.

وعلى مشروعية الخيار الجمهور من العلماء ومنهم الأئمة الأربعة .
وخالف في مشروعيته كل من الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل
الظاهر . واحتج هؤلاء بأن هكذا بيع هو غرر، والغرر منهي عنه .

وكذلك الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع
على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع .

وقالوا في حديث ابن حبان : إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما
شكا إليه ﷺ أنه يخدع في البيوع^(١) . والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور .

ومن قال بمشروعية هذا الخيار في أي جانب يكون . هل هو حق
للمشتري أو للبائع ؟ أولهما معاً ؟

خيار الشرط حق مشروع لكل من البائع والمشتري عند كل من الحنفية
وجمهور العلماء ، وعلى هذا عموم النصوص الواردة في شأن شرط الخيار ،
وأن هذا ليس حقاً فقط لجهة المشتري ، بل هو حق للطرفين .

ولأن الحكمة من مشروعيته هو ما يحتاج الناس إليه من التروي
والاستشارة والاستفسار ، حتى يكون المرء على بينه من مصلحته في الصفقة
التي يبيعها أو يشتريها ، وهذه الحكمة تستدعي أن يكون مشروعاً لكل من
المتعاقدين ، فضلاً عن قوله ﷺ «إذا بايعت» وهو يصدق بكونه بائعاً ومشترياً .

مدة خيار الشرط :

اتفق فيما بين الفقهاء على أنه إذا اشترطت مدة ثلاثة أيام فما دون أمر
جائز ، واختلفوا فيما إذا زاد عن هذه المدة إلى ثلاثة مذاهب ، هي :

المذهب الأول ويقوم على عدم مشروعية أكثر من هذه المدة ، وبه قال
كل من أبي حنيفة وزفر والشافعي .

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٢٦ .

المذهب الثاني ويقوم على عدم تقييده بمدة، قلت أم كثرت، قصرت أم طالت، وبه قال كل من صاحبي أبي حنيفة وأحمد وداود.

المذهب الثالث ويقوم على تقييدها بحسب الحاجة ونوع الصفقة، كالיום واليومين في اختيار الثوب، والشهر ونحوه في اختيار الدار، واليوم فيما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة والخضروات وهو مذهب المالكية.

حجة المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول بنفس النص الوارد في مشروعيته والتقدير فيه بثلاثة أيام:

ووجهة استدلالهم به:

١ - أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد، إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس، فيقتصر على المدة المذكورة فيه.

٢ - أن النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام، بل في أقل منهما.

والزيادة على الثلاث ليس في محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور، فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة، كما لا يجوز بالقياس.

ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعذر والفقهاء لا يبنى باعتباره لأن مثله زائل العقل^(١).

وعند أبي حنيفة إذا اشترط أكثر من ثلاثة أيام، ثم أجازته خلال الثلاثة أيام، فإنه يصح عنده، وخالفه فيه زفر.

واختلافهما هذا ناتج عن انعقاد العقد فاسداً، وعند الإمام أن المفسد قد أسقط قبل تفرره، وعند زفر أن العقد فاسداً وهو لا يتطلب جائزاً.

(١) فتح القدير ج ٦/٢٢٩، بداية المجتهد ج ٢/٢٢٧.

حجة المذهب الثاني :

أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع، وإذا كان ذلك هو المفهوم فوجب أن يكون ذلك محددًا بزمان إمكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب المبيع، فكأن النص ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى، وهو من باب الخاص أريد به العام^(١).

حجة المذهب الثالث :

الاستدلال من النص الوارد في المشروعية والتقدير بثلاثة أيام هو جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالّت المدة أم قصرت .
واستدل بالحاجة إلى التأخير حتى يندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن .
وجاز في أي مقدار تراضيا عليه وبقولهما^(٢) .

مدى تأثير خيار الشرط على العقد

١ - من حيث الصحة :

مذهب الجمهور الفقهاء أنه غير مؤثر على صحة العقد، فالعقد به صحيح وخالف ابن حزم وقال يبطلان العقد، وأنه إذا قبضه المشتري بإذن بائعه فهلك في يده بغير فعله فلا شيء عليه، فإن قبضه بغير إذن صاحبه لكن بحكم حاكم أو بغير حكم حاكم ضمنه ضمان الغضب. وكذلك إن أحدث فيه حدثاً ضمنه ضمان المتعدي^(٣).

وأما عند الجمهور :

ف عند الحنفية : أنه إذا كان الخيار للبائع فإنه يمنع خروج المبيع عن

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٢٧ .

(٢) نفس المرجع .

(٣) انظر: المحلّى ج ٨/٣٧٠ .

ملكه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع، وإن قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه القيمة، وبيان هذا:

أن البيع لا يكون إلا بالمرضاة، ولا مرضاة مع الخيار، لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب في حق البائع، لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط، وهو الرضا فلا يوجد حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه. ولا يملك المشتري التصرف فيه حتى وإن قبضه بإذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال.

وإذا كان الخيار للمشتري، فإن الخيار لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع، لأن البيع في جانب الآخر لازم، ولأن الخيار إنما يمنع خروج البديل عن ملك إجمال البيع لأنه شرع نظراً له دون الآخر ويملكه عند صاحبين، وبه قال الجمهور، ومنهم المذاهب الثلاثة الأخرى، ولا يملكه عند الإمام، فإن هلك في يده - المشتري - هلك بالثمن، وكذا إذا تعيَّب. بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع^(١).

وحجة الصحابين: أنه لما خرج المبيع عن ملك البائع، فلو لم يدخل في ملك المشتري لكان زائلاً إلى غير مالك، ولم يعهد هذا في الشرع في باب التجارة والمعاوضة، فيكون كالسائبة.

وأما عند الإمام وحيث القول بعدم ملكيته ودخوله في ذمة المشتري، فلما يلي:

١ - إن شرعية الخيار نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لا له، بأن كان المبيع قريبه فيعتقه من غير اختياره، فيعود على المشتري بالنقص.

٢ - لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه لأصبح البدلان - الثمن والمبيع - في ملك واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع.

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣٠٨.

والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاضين بتبادل ملكيهما. وما يحصل لا أصل له في الشرع - اجتماع البدلين في ملك أحد المتعاقدين نظراً لما تقتضيه المعاوضة من المساواة في الملكية^(١).

وعند السادة المالكية: المبيع في مدة الخيار على ملك البائع، سواء كان له الخيار أو للمبتاع أولهما، فإن تلف المبيع بسبب منه، فعلى البائع، سواء كان بيده أو بيد المبتاع إلا أن يكون بيد المبتاع ويغيب عليه أو يدعي تلفه ولا يعرف ذلك إلا بقوله فلا يصدق في ذلك.

ويكون عليه قيمة الشيء لأنه يتهم أن يكون غيبه وحسبه عن صاحبه، فيعتبر ذلك رضاً منه بذلك أي بالثمن^(٢).

وعند الحنابلة: أن الملك ينتقل بالعقد مع شرط الخيار لأحد المتعاقدين وإن كانوا لا يجوزون للعاقدين التصرف في محل العقد أو عوضه مدة الخيار بمعنى أنه لا يكون نافذاً في حال إذا كان الخيار لهما.

وإذا كان الخيار للمشتري وحده، وتصرف في المبيع نفذ تصرفه، ويكون ذلك منه إجازة، وكذلك إذا كان الخيار للبائع وحده وتصرف في الثمن فإن هذا التصرف يكون نافذاً ويعتبر رضاً منه بالمبيع^(٣).

وعند الشافعية: في أظهر الأقوال عندهم: أن المبيع يكون مملوكاً لمن له الخيار من المتعاقدين بائعاً كان أو مشترياً، والثمن مملوك للآخر.

هذا إذا كان الخيار لأحدهما، أما إذا كان الخيار لهما فالمبيع والثمن موقوفان، على معنى أنا لا نحكم بالانتقال أو عدمه إلا بعد الإمضاء أو الفسخ، فإن أمضيا العقد ظهر أن المبيع مملوك للمشتري وإن فسخا علم أنه كان على ملك البائع.

ولهم أقوال أخرى، وإن كان الأظهر هو ما ذكر^(٤).

(١) نظرية الخيار/٦٠.

(٢) نفس المرجع.

(٣) نفس المرجع.

(٤) نظرية الخيار/٦٣ نفس المرجع.

مسقطات خيار الشرط

ويسقط خيار الشرط بأسباب عدة، هي:

١ - إجازة العقد:

فإذا أجاز من بيده الخيار لزم العقد بإجماع الفقهاء .
والإجازة إما قول وإما فعل .
أما الإجازة القولية: فهي كقوله: أجزت البيع، وكذلك كل عبارة تدل على إبطال حقه في الفسخ، وكقوله: رضيت أو قبلت أو سقطت خياري، وهكذا .

وأما الإجازة الفعلية فهي كأن يبيع الشيء المعقود عليه أو أن يتصرف فيه في مصلحته وكذلك في كل تصرف لا ينفذ عادة إلا في الملك .
وكذلك الأمر إذا كان الخيار للبائع بأن يتصرف في الثمن تصرف المالك أو أن يصرح بالإجازة أو بأي لفظ يدل على الرضا .

٢ - فسخ العقد:

ويسقط خيار الشرط بأن يرد من له الخيار المقابل العوض الذي بيده، كأن يرد البائع الثمن إذا كان الخيار له، أو أن يرد المشتري المبيع إذا كان الخيار له، وذلك خلال المدة المشروطة وقبل انقضائها .

وهل يشترط علم الطرف الثاني بالإجازة أو بالرد أم لا؟
ففي حال الرد والفسخ لا يشترط علم الطرف الثاني بالرد والفسخ، وهو إما حقيقة كقوله: فسخت البيع، فإن كان بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وإن كان بغير علمه لا يجوز عند الإمام ومحمد رحمهما الله، أي لا يعتبر فسخاً .

وعند أبي يوسف يجوز، وهو قول جمهور الفقهاء .

واحتج الفريق الأول بأن من له الخيار تصرف في حق الغير بالرفع، أي يرفع العقد وهذا لا يخلو عن المضرة؛ فإذا كان الخيار للبائع فعسى المشتري أن يعتمد تمام العقد السابق، ويتصرف فيه دون علمه من قبل البائع فيترتب

عليه الزامه غرامة قيمته، وقد تكون قيمه أكثر من الثمن، ولا خفاء في الضرر يلحق بالبائع.

وفي حال ما إذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد ودون علم الآخر بهذا الفسخ فعسى أن يبان للسلعة هذه رواج في بيعها، ويمكث البائع لا يطلب اليها مشترياً بناءً لارتباطه، وإذا به يعلم بفسخ العقد فيما بعد أيام رواج السلعة ولا شك في هذا الضرر اللاحق.

وقالوا: إن التصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة، كما في عزل الوكيل قصداً حال عدم علمه. لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلاً بالشراء ويبطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلاً بالبيع^(١).

وبناءً على هذا: فلو كان في فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ.

وأما الذين أجازوا الفسخ ولو بغير علم الطرف الآخر. فقد احتجوا: بأن الفاسخ منهما سلط من جهة صاحبه، فلا يتوقف فسخه على علمه، كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل.

وردّ على الفريق الأول:

١ - أن ما يحتمل من لحوق الضرر بالبائع حيث مظنة عدم وجود مشتري فهذا يعود إلى تقصير البائع حيث لم يستكشف من المشتري في المدة عن الفسخ وعدمه.

٢ - وما يحتمل من مظنة لحوق الضرر بالمشتري فيما إذا كان الخيار للبائع بأن هذا غير لازم، وليس بأكثر، بل قد يكون أكثر من القيمة.

ورجّح الكمال بن الهمّام رأي الفريق الثاني^(٢).

(١) انظر: الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣١٥.

(٢) نفس المرجع.

وأما في حال الإجازة، فيسقط الخيار بعلمه وبدون علمه .
وفيما إذا كان الخيار لهما، فأيهما أجاز جاز البيع وأيهما نقض انتقض .
ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، اعتبر السابق لعدم المزاحمة . ولو
خرج الكلامان سواء، في رواية، القول قول من أجاز وفي رواية، القول قول من
فسخ .

٣ - هلاك البيع :

لو هلك المبيع في يد البائع والخيار له لا إشكال في فسخه ولا شيء
على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار . ولو قبضه
المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأنه منفسخ، ولا ثمن
إلا بتمام الرضا ولم يوجد .

ولو هلك بعد المدة يلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذاك بتمام
الرضا .

فذهب الحنفية إلى أن هلاك المبيع أو تعييه في يد المشتري ذي الخيار
يمنع الرد ويلزم بالثمن ويسقط خياره .

وإذا كان الخيار للبائع، فإنه لا يمنع الرد، وفي هلاكه يبطل ويضمن
المشتري القيمة^(١) . ويذهب المالكية إلى أنه بهلاك المبيع يسقط الخيار،
وهو على البائع، لأن يد المشتري يد أمانة، وتلفه على صاحبه إلا إذا غيَّب
عليه وادعى تلفه فلا يصدق لأنه متهم وعليه قيمته^(٢) .

وعند الشافعية: إذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع انفسخ العقد، وإن
كان للمشتري أو لهما لم يفسخ ويبقى الخيار، فإن أمضى العقد فالواجب
الثمن، وإن فسخ كان على المشتري رد بدل المبيع من المثل أو القيمة .

أما انفساخ البيع في الحالة الأولى فلأن المبيع مملوك للبائع، وإذا
هلك وتعذر فيه ثبوت الملك فينفسخ العقد .

(١) الحاشية لابن عابدين ج ٤/٥٢ .

(٢) أسهل المدارك ج ٢/٢٨٧ .

وأما في الحالة الثانية فلا يكون لهلاكه تأثير في العقد ولا في الخيار، لأن قيمة العين أو مثلها يقوم مقامهما فتجعل العين باقية حكماً لتحقيق الفائدة التي شرع الخيار من أجلها^(١).

وعند الحنابلة: باعتبار أن المبيع في خيار الشرط ينتقل إلى ملك المشتري من حين العقد فهلاكه في يده مسقط للخيار وملزم العقد، وسواء كان الخيار للمشتري أم للبائع وبهلاكه في يده يتعذر الرد ويتقرر العقد^(٢).

٤ - الزيادة والنقصان:

(أ) النقصان:

وهو تحت قول القائل: لو تعيب المبيع في مدة الخيار عيب نقصان فما الحكم؟

ف عند الحنفية: التعيب نقصاناً كالتعيب هلاكاً. فإذا هلك أو تعيب في يد المشتري بعيب لا يرجي زواله كأن قطعت يده، فإنه يلزمه الثمن ويمنع الرد، بخلاف ما لو كان يرجى برؤه وزواله في المدة بأن مرض، فإن مضت المدة ولم يبرأ لزمه البيع.

وعند أبي يوسف: أن خيار المشتري يبطل بأي عيب وبأي وجه إلا في حال النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره، بل إن شاء رده وإن شاء أخذ البيع وأخذ الأرش من البائع.

وإذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري أو تعيب فإنه يهلك بالقيمة. لامتناع الرد نظراً لامتناعه على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لا له، فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة ويبطل العقد.

وكذلك الحكم فيما إذا تعيب بفعل أجنبي أو آفة سماوية.

وفيما إذا تعيب بفعل البائع فلا يسقط به خيار المشتري، فإنه أجاز

(١) المجموع للنووي ج ٢١٩/٩ ونقلاً عن نظرية الخيار/٦٨.

(٢) منار السبيل ج ٣١٨/١.

البيع ضمن البائع النقصان، وعندهما يلزم البيع ويرجع بالأرش على البائع. وإذا كان الخيار للبائع وتعيّب في يده، فهو على خياره إن شاء أمضى المبيع وإن شاء فسخه، لأن التعيب بغير فعله لا يكون مضموناً عليه، حيث لا يسقط بحصته شيء من الثمن.

فإن أجازته فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء ترك لتعيّب المبيع قبل القبض.

وإن كان التعيب بفعل أجنبي لم يبطل البيع، والبائع على خياره، فإن شاء فسخ العقد واتبع الجاني بقيمة النقصان، وإن شاء أجازته واتبع المشتري بالثمن وللمشتري قيمة النقصان من الجاني.

ولو كان التعيب بيد المشتري فالبائع على خياره إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه، فإن أمضاه أخذ من المشتري جميع الثمن، وطالب المشتري فاعل العيب إذا كان أجنبياً واتبعه بقيمة النقصان.

وإن فسخه رجع على المشتري بقدر ما أنقصه العيب إن كان بأفة سماوية وإن كان بفعل أجنبي فهو بالخيار، إن شاء اتبع الجاني بقيمة النقص وإن شاء اتبع المشتري، والمشتري يرجع بها على الأصل^(١).

(ب) في الزيادة:

مذهب الحنفية: الأصل عندهم في الزيادة الطارئة على المبيع، أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع.

والزيادة إما متصلة أو منفصلة.

أما المتصلة فهي إما متولدة من المبيع أو غير متولدة.

والمتصلة المتولدة عن المبيع كالجمال والحسن، والغير متولدة فهي كالصبغ والخياطة. فإن كانت متولدة من أصل المبيع فهي تبع محض لعين

(١) فتح القدير ج ٦/٣٠٨، الحاشية ج ٤/٥٢، نظرية الخيار/٧١.

المبيع، وهي غير مسقطة للخيار.

وأما المنفصلة فهي إما متولدة، من المبيع كالولد والثمر. وإما غير متولدة فالكسب.

فإن كان الخيار للبائع فلا يسقط الخيار بالاتفاق، وملكية هذه الزيادة هي للبائع تبعاً لأصلها الباقي على ملكه في زمن الخيار، وسواء أمضى العقد أو فسخه.

وعند الحنابلة هي للمشتري، لانتقال الملكية بمجرد العقد في نظرهم فما زاد يكون مملوكاً له تبعاً لأصله وسواء فسخ العقد أو أمضاه.

وعند الحنفية: الزوائد تكون تبعاً لتحقيق السبب وهو العقد، فإن أبرم العقد فهي للمشتري، وإن لم يبرم - أي فسخ - فهي للبائع، لأن السبب لم يتحقق.

وإن كان الخيار للمشتري فقد اختلف الفقهاء حسب اختلافهم في انتقال الملكية للمشتري ومدى تأثير الخيار على العقد، فمن رأى خروج المبيع عن ملكية صاحبه إلى يد المشتري جعل الزيادة من حق المشتري، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء وخاصة الشافعية، والحنابلة؛ وعند المالكية، البيع يبقى على ضمان البائع مطلقاً، ولذا لا تدخل الزيادة على المشتري: ومع اتفاقهم على عدم تأثير الزيادة الحاصلة على شرطية الخيار.

وعلى أصل الحنفية، وعلى ما ذهب إليه الإمام: أن المبيع يكون لمن آل إليه الملك عنده، وعندهما تدخل في ملكية المشتري زمن الخيار، وهذا حسب أصلهم في مدى تأثير الشرط.

وعند الحنفية: أن الزيادة إن كانت متصلة ناشئة عن أصل المبيع كالسمن والجمال والبرء من المرض، أو كانت متصلة غير متولدة من الأصل كالكسب، فهي غير مسقطة للخيار.

وإن الزيادة المنصلة كالحسن فهي تبع محض ولا تأثير لها على الخيار

ولا تمنع الرد.

وأن غير المتولدة كالصبيغ تمنع الرد وتسقط الخيار.
وأما الزيادة المنفصلة غير الناشئة من الأصل كالكسب تكون مملوكة للمشتري سواء أمضى العقد أو فسخه عند صاحبين، وعند الإمام هي لمن آل إليه الملك. وإن كانت ناشئة من الأصل كالولد والثمار فهي مانعة من الرد ويلزم بها العقد. وحجتهم في ذلك:

إن الزيادة ليست بمبيعة، والفسخ لا يرد إلا على العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونها ربا، فليس للبائع أن يقول: أنا آخذه فتعين الإلزام والإلتزام^(١).

ولو ردّ المبيع دونها لأدى ذلك إلى شبهة الربا، فتبقى هذه الزيادة في ملك المشتري بلا عوض.

ولو ردت مع الأصل لكانت ربح ما لم يضمن، لكون الأصل في ضمان المشتري وهو منهي بالحديث «ونهي عن ربح ما لا يضمن».

وقد فرّق الحنفية بين الزيادة المنفصلة غير المتولدة والمنفصلة المتولدة كالكسب غير الولد والثمر المتولدة، وأن الكسب متولد من المنافع وهي غير الأعيان، والمنافع عن الأموال، وهي غير مبيعة، أما الولد والثمر فهي متولدة من نفس المبيع^(٢).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وأن للمشتري فسخ العقد ولا تأثير للزيادة على شرطية الخيار^(٣).

٥ - مضي المدة:

إذا مضت المدة المشترطة فيما بينهما ولم يردّ من له الخيار لزم العقد،

(١) فتح القدير ج ٦/٣٦٧.

(٢) نفس المرجع.

(٣) مغني المحتاج ج ٢/٥٠، بدائع الصنائع ج ٥/٢٦٤، ٢٨٦، كشاف القناع ج ٥/٥١، منار السبيل ج ١/٣١٧، المغني بن قدامة ج ٤/١٦٠.

وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً^(١).

وعلى هذا جمهور الفقهاء، وحجتهم في هذا:

١ - أن الخيار مؤقت بمدة محدودة، فينقطع بانقضائها.

٢ - الأصل في العقود اللزوم، وقد تخلف هذا الأصل بالشرط، فإذا

انقضت مدته ثبت الأصل، حيث لا مانع^(٢).

٦ - موت من له الخيار:

نصّ الحنفية على أن موت من له الخيار يسقط به الخيار، ولا ينتقل إلى ورثته ويبطل الخيار بموت من له الخيار، بأثماً كان أم مشترياً أم غيرهما، ولزم البيع. وبخلاف إذا مات من عليه الخيار، فالخيار باق للطرف الثاني بالإجماع.

وخيار الشرط عند الحنفية لا يورث، وكذلك الحنابلة^(٣) وعند كل من المالكية والشافعية، يورث، وينتقل إلى ورثته.

وحجة الحنفية: أن الخيار عبارة عن إرادة ومشيشة، وهي أوصاف شخصية لا تورث^(٤).

وحجة الجمهور: أن الخيار حق للإنسان لازم، فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين. فإنهما يورثان بالاتفاق، فضلاً عن قوله ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته»^(٥).

ووجه الاستدلال: أن الخيار حقّ فيكون لورثته^(٦)(*).

(١) الحاشية ج ٥٦/٤.

(٢) نفس المرجع، نظرية الخيار/٧٦.

(٣) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٣١٩/٦، منار السبيل ج ٣١٦/١.

(٤) بداية المجتهد ج ٢٢٩/٢.

(٥) بداية المجتهد ج ٥٦/٤.

(٦) بداية المجتهد ج ٢٢٩/٢.

(* وألحق الحنفية بخيار الشرط سائر الخيارات من خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار =

العقود التي يجري فيها خيار الشرط :

العقود التي يصح فيها خيار الشرط يجمعها: كل عقد لازم يحتمل الفسخ كالمزارعة والاجارة والبيع والصلح عن مال والكفالة والحوالة .

وخرج عن الصحة: كل عقد لا لزوم فيه، كالوصية والعارية والوديعة، وكذلك العقود التي لا تقبل الفسخ، كالنكاح والطلاق، والصرف والأيمان والنذر^(١).

وأما الآخرون فقد ذهبوا إلى صحته في عقود المعاوضات المالية بشكل عام، ومع مستثنيات لكل منهم، كاستثناء الشافعية والحنابلة للصرف والسلم ومبادلة الأموال الربوية.

وكاستثناء المالكية للحوالة والكفالة والرهن^(٢).

رابعاً:

خيار العيب

خيار العيب هو من جملة الخيارات التي تضاف إلى أسبابها، فقولنا: خيار العيب أي خيار سببه العيب.

وفي اللغة يقال: العيب والعَيْبة والعابُ بمعنى واحد، وعاب المتاع عيبة وعاباً، أي صار ذا عيب^(٣).

= الإقالة وخيار الرؤية، وغيره سوى خيار الرد بالعيب من البيوعات .
وعمدة الجمهور: أن الأصل أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقتها الحق وهذا المعنى للمال .

وعمدة الحنفية: أن الأصل أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من الحاق الحقوق والأموال .

(١) الحاشية ج ٤/٤٨ .

(٢) نظرية الخيار/٧٧ .

(٣) مختار الصحاح مادة (عيب) .

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً.
والفطرة هي الخلقة التي هي أساس الأصل.
فالعيب هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها^(١). وفي الاصطلاح هو العيب الذي يرد به المبيع ما ينقص الثمن^(٢).
وهو كذلك عند الشافعية، ويسمونه: خيار النقيصة، وهو المعلق بفوات مقصود مظنون، ونشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغرير. وخيار العيب من متعلقات القضاء العرفي، وهو ما يظن حصوله بالعرف وهو السلامة من العيب.

وعرفوه: كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاناً يفوت به غرض صحيح إذا غاب في جنس المبيع عدمه.

شرح التعريف:

قوله: «كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاناً» قيد يفيد أن الطالب في الأعيان السلامة، ولأن بدل الثمن يكون في مقابلة السليم.

قوله: «لا يفوت به غرض صحيح» قيد يفيد في نقص العين خاصة، احترازاً به عن فقدان شيء من ذات العين ودون أن تشكل شيئاً فيها أو أن يفوت غرضاً. مثلاً: لو اشترى شاة ليضحيتها أو ليفي نذراً، فوجدها مقطوعة الأذن: فقطع الأذن فيها، عيب بالنسبة لكونها أضحية أو نذراً، ولأنه يشترط فيها السلامة من مثل هذه، ولو اشترت لغير ذلك لا يعتبر هذا عيباً لأنه لا يفوت به غرض صحيح.

وقوله: «إذا غلب في جنس المبيع عدمه» قيد يرجع إلى القيمة والعين، العين قد عرفناها وأما القيمة فاحترازاً وقيداً يفيد أن ما تنقص به القيمة يعتبر عيباً، وذلك مثل: فقدان ذكران البقرة أو الثيران للخصاء وخاصة المقصود بها

(١) الحاشية ج ٤/٧١.

(٢) نفس المرجع.

حراثة الأرض فإن فقدان الخصاء يعتبر منقصاً للقيمة، وبالتالي فهو عيب^(١).

فالعيب آفة عارضة على الشيء المبيع، وهي قسمان اثنان، هما:

١ - آفة عارضة مصاحبة للخلقة والتكوين، مثل إصابة الشيء بآفة خلال تكوينه وخلقته، كما في زراعة القمح، وإصابته من بداية خلقة مما يخرج عن أصل فطرته كعدم بلوغه ونضجه، فتكون الحبة رقيقة ضعيفة لإصابتها بمرض من بدايتها.

٢ - آفة عارضة طارئة عليها فيما بعد تكوينها وخلقتها.

مثل: تسوس القمح وتعفنه، فهي آفة طارئة.

وكل من الآفتين يعتبر عيباً ما دام مما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة للشيء، وفي حال وجود الآفة العارضة المصاحبة للخلقة والتكوين، فلا تخلو من صفات، مثل الرداءة في الشيء، فإن الرداءة مما لا تخلو عنه أصل الفطرة، كالبرتقال الصغير، ومثل: القمح الرديء، فهو في مقابل القمح الجيد، ويعتبر أقل رغبة، لكنه لا يعتبر مصاباً بآفة عارضة تثبت بها العيب الذي يوجب خيار الرد^(٢).

ما يثبت به العيب:

يشترط لثبوت العيب الموجب للخيار، عند الحنفية: كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، والمراد بالثمن الثمن الذي اشترى به. وقوله: «عادة التجار» لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به.

والمرجع في هذا: كونه عيباً عند أهل الخبرة، وهم التجار وأرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، لكل تجارة أهلها، ولكل صنعة أهلها.

وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها.

(١) مغني المحتاج ج ٢/٥٠، قليوبي وعميرة ج ٢/١٩٩.

(٢) بحوث في البيوع في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الناصر العطار.

وسواء كان النقص كبيراً^(١) أم يسيراً^(٢).

وعند المالكية: «العيب الذي يرد به هو العيب الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن»^(٣).

وهو أنواع ثلاثة:

- ١ - عيب ليس فيه شيء، وهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن.
- ٢ - عيب فيه قيمة، وهو اليسير الذي ينقص من الثمن، فيحط عن المشتري من الثمن بقدر نقصان العيب، وذلك كالخرق في الثوب.
- ٣ - عيب ردّ، وهو الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن^(٣).

وعند الشافعية: هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه^(٤).

وعند الحنابلة: كما أفاد صاحب المغني في معرفة العيوب فقال: هي النقائص الموجبة لنقص المالية، ولأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصاً فيها يعتبر عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن وهم التجار وأن كل ما ينقص في عينها أو قيمتها عيبٌ، وما لا يعتبر نقصاً في عينها ولا في قيمتها لا يعتبر عيباً^(٥).

بين الحنفية والشافعية:

قال ابن عابدين: والضابط عند الشافعية أن العيب هو المنتقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع وعدمه،

(١) النقص الكبير: هو الفاحش فيما لو قوّم سليماً بألف، وقوّمه أهل الصنعة مع العيب بأقل من هذا.

(٢) النقص اليسير: هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، بأن يقوّم سليماً بألف ومع العيب بأقل، وقوّمه آخر مع العيب بألف أيضاً.

(٣) انظر: القوانين الفقهية/٢٢٩، أسهل المدارك ج ٢/٢٨٨.

(٤) مغني المحتاج ج ٢/٥٠.

(٥) المغني ج ٤/١٦٨.

فأخرجوا بفوات الغرض الصحيح ما لو بان فوات قطعة يسيرة من فخذة أو ساقه، بخلاف ما لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية، فله ردّها، وبالغالب ما لو كانت الأمة ثيباً مع أن الثيابة تنقص القيمة لكنه ليس الغالب عدم الثيابة».

قال في البحر: «وقواعدنا لا تأباه للمتأمل».

ونسب إلى الخانية تأييده، وكذلك البزازية، من شراء شاة الأضحية وعدم صلاحها له، وكذلك الشيء من أصل صنع وليس لوجود ما يفوت هذا الغرض.

وقال: وظهر أن قولهم في ضابط العيب ما ينقص الثمن عند التجار مبنى على الغالب ولذلك فهو غير جامع وغير مانع.

وقال: فعلم أنه لا بدّ من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية.

وأعاد بأن الخيارات الواردة على عرف التجار لا يفيد الحصر، بمعنى أن غير ذلك لا يعدّ عيباً^(١).

والظاهر أن الحنفية لم يدخلوا فوات الغرض المقصود في العيب المقتضي للخيار، مع أنه عند غيرهم، لأن الأحناف لا يفرقون بين العيب وفوات الوصف، وغيرهم فرّق بين فوات الوصف والعيب، ولذا كان هذا الاختلاف في الضابطية.

خلاصة القول في العيب المعتبر:

العيب المعتبر وما يشترط فيه من ضمان هو على الشكل التالي:

- ١ - العيب هو آفة عارضة يخلو عنها أصل الفطرة السليمة للشيء.
- ٢ - يثبت الخيار للمشتري في عقد البيع إذا كان العيب قديماً ومما يعتد به شرعاً. ويعتد بالعيب شرعاً إذا كان ينقص ثمن المبيع عند أرباب الخيرة أو ينقص عينه نقصاً يفوت به غرض صحيح أو يمنع الانتفاع بالمبيع

(١) الحاشية ج ٧٤/٤.

غالباً، وذلك كلّه إذا غلب في جنس المبيع عدمه، ولم يتسامح العرف به .
ويعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً عند العقد أو عند التسليم فيما
ضمانه على البائع .

٣ - يثبت للمشتري الخيار إذا فات الوصف المشروط صراحة أو
دلالة، طالما كان هذا الوصف مما يمكن الوفاء به، ولا يتعارض مع
الشرع^(١) .

شروط ثبوت الخيار بالعيب

حتى يكون للمشتري الخيار بالعيب يشترط ما يلي :

١ - أن يثبت عند البائع، وسواء كان قبل العقد أو بعده ما دام قبل
القبض .

٢ - ألا يكون للمشتري العلم بهذا العيب عند العقد أو القبض، ولأنه
إذا كان على علم وقت العقد أو وقت القبض وعقد عليه فإنه يعتبر رضا به،
وبالتالي فلا خيار له، وكذلك أن يراه حال القبض، ويقبضه على حاله .

٣ - ألا يكون البائع قد اشترط البراءة من عيب خاصة أو عامة .

٤ - ألا يكون بإمكان المشتري إزالة العيب بلا مشقة، فإذا كان
باستطاعته أن يزيله بلا مشقة، فإنه لا يعتبر عيباً، كنجاسة في ثوب أو مسمار
في خشبة .

حكم اشتراط البائع على المشتري من كل عيب:

مذهب الحنفية في البيع وشرط البراءة من كل عيب الجواز والصحة،
كأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا الشيء وأنا بريء من كل عيب .

ولا خصوصية للفظ، فكل ما يدل ويؤدي إلى معناه فهو كذلك .

ويدخل فيه الألفاظ المتعارفة، كأن يقول له: بعتك هذه الدار وهي كوم

(١) انظر بحوث في البيوع للدكتور عبد الناصر عطار/٣٧ .

تراب. وفي السيارة مكسرة محطمة، وبأي لفظ يدل على معنى البراءة من كل عيب^(١).

وحجتهم: أن هذا حق له، أي للمشتري، وبرضاه به، وقد أسقط حقه، فالبيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح عند الحنفية، سواء سمي العيوب أم لا. علمه البائع أم لا، وقف عليه المشتري أم لا، أشار إليه أم لا، موجوداً عند العقد والقبض، أو حدث بعد العقد قبل القبض. ومذهب المالكية: أن البراءة جائزة مما يعلم من العيوب^(٢).

ومذهب الشافعية: أن شرط البراءة لا يجوز إلا في الحيوان من العيوب الباطنة فقط ويشترط أن يكون البائع غير عالم به، وفيما لو عيّن العيب والبراءة منه يقتصر عليه، فلا يبرأ من عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان يعلمه، والباطن هو ما لا يطلع عليه غالباً^(٣).

ومذهب الحنابلة: أن الرواية قد اختلفت من الإمام أحمد في شرط البرائة من كل عيب:

الرواية الأولى: لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب.

الرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه وهو الأصح عندهم.

الرواية الثالثة: جواز البراءة من المجهول، وعلى هذا صحة البراءة من كل عيب.

وحجة الرواية الأولى: أن العيب مرفق بالبيع ولا يثبت إلا بالشرط، فلا يثبت مع الجهل بالخيار.

(١) الحاشية ج ٩٥/٤.

(٢) بداية المجتهد ج ٢٠٠/٢.

(٣) مغني المحتاج ج ٥٣/٢.

وحجة الرواية الثانية ما ورد أن عبد الله بن عمر باع إلى زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من كل عيب بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيباً فأراد ردّه على ابن عمر فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا، فردّه عليه، فباعه ابن عمر بألف درهم.

وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعاً.

وحجة الرواية الثالثة: وهي الموافقة لرأي الحنفية ما روى أن أم سلمة قد روت: أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه» وهذا يفيد بأن البراءة من المجهول جائزة، فصح من المجهول كالعتاق والطلاق، ولا فرق بين الحيوان وغيره^(١).

خلاصة القول في أقوال المذاهب:

من خلال ما سبق، يلاحظ: أن الأئمة الثلاثة، من المالكية والشافعية والحنابلة في دائرة، وأن الحنفية في دائرة.

فبعد الثلاثة (الجمهور): أن الأصل عندما لا يصح اشتراط البراءة من العيوب وإن استثنى كل مذهب البعض، فاستثنى الحنابلة العيب التي لا يعلمها البائع وقال بجواز اشتراط البراءة، واستثنى المالكية الباطن ولا علم له به. والشافعية استثنوا العيب الباطن بالحيوان.

وأما الحنفية فقد جوزوا اشتراط البراءة من كل عيب يعلمه أم لا، ظاهراً أم باطناً، سمّاه له أم لا^(٢).

ما يدخل تحت الشرط من العيوب:

ذهب كل من الإمام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف إلى أنه يدخل في

(١) المغني ج ٤/١٩٨.

(٢) انظر فتح القدير ج ٦/٣٩٩، ومذهب الحنفية: أن الإبراء إسقاط لا تمليك والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى النزاع، ولأن الجهالة، إنما أبطلت التمليكات لفوات التسليم بالعقد، وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلاً له، نفس المرجع.

البراءة من العيوب: العيوب الجديدة الحاصلة بعد العقد وقبل القبض.

وليس للمشتري حق الردّ بالعيب الحاصل بعد العقد إلى القبض.
ولأنه المقصود بالشرط وهو إلزام المشتري بالعقد وإسقاط حقه وحق
السلامة وبحيث يلزم المشتري.

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وزفر إلى عدم دخول العيب
الحاصل بعد العقد في البراءة من العيوب، وأن العيب الحاصل يعطي الحق
للمشتري الخيار.

وحجتهم في هذا: أن الشرط يتناول الثابت فقط دون الحادث. فلا
يتعدى إلى غير الموجود^(١).

توقيت خيار العيب:

ذهب الحنابلة إلى أن خيار الرد بالعيب على التراخي جائز، فمتى علم العيب
فأخّر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على رضاه.

وفي رواية أخرى لأحمد: هو على الفور وهو مذهب الشافعي مالك،
وأنه متى علم بالعيب فأخّر رده مع إمكانه، بطل خياره، لأنه يدل على
الرضا. وأسقط خياره كالتصرف فيه.

ويقوم هذا القول على ما يلي:

١ - الأصل في البيع اللزوم، والجواز عارض.

٢ - هو خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فكان فورياً، كالشفعة، تبطل
بالتأخير دون عذر.

٣ - التمكن من الرد: فإذا تمكن يتمكن من الرد فهو وقته، وإلا
يبطل، فلو علمه وهو يصلي أو يأكل أو يقضي حاجته، فله تأخيره حتى
يفرغ، لأنه لا يعدّ مقصراً.

(١) فتح القدير ج ٦/٣٩٩.

وإذا علم به بالليل فله تأخيرها إلى النهار.

وذهب الحنفية إلى أن خيار العيب يبقى ثابتاً بعد العلم بالعيب حتى يردّه، أو يفعل ما يدلّ على رضاه.

ووقت الرد على التراخي، وهو المعتمد، ما لم يرضى به صراحة أو دلالة. وقيل: بل إذا أمسكه بعد الإطلاع على العيب مع قدرته على الردّ كان رضاً، والمعتمد هو الأوّل.

ونخلص إلى القول الأوّل وهو للحنفية والرواية لدى الحنابلة المعتمدة، وحتى يحصل رضاه إما صراحة كأن يقول: رضيت، أو دلالة كأن يتصرف فيه ببيع أو رهن. وهو الراجح.

القول الثاني وهو للسادة الشافعية والمالكية ورواية لدى الحنابلة، ويقوم على التمكن من الرد، وإذا لم يرد بعد التمكن يكون راض به، وينتهي حقه في الخيار.

مسقطات الردّ بالعيب

وبما أن الشرع قد أعطى حق الخيار في القبول أو في الرد للمشتري إذا أطلع على عيب بالشيء الذي اشتراه. وكان هذا العيب به قبل القبض، وسواء كان عند العقد أو بعد العقد، وأن الخيار يبقى له إذا ما وجد عيباً ثابتاً حتى يحصل منه ما يدل على رضاه، صراحة أو دلالة، ودون توقيت مع مراعاة عدم الاضرار بالبائع، وذلك بصورة الإمهال لما فيه إجحاف بحقه.

ولكن قد تحصل أشياء يسقط بها أو بأحدها حقه في الرد، وهي ما يعبر عنها بالمسقطات، وهي قسمان إثنان، هما:

١ - هي أشياء يسقط بها حقه في الرد، ولا يحق له أن يرجع على البائع بشيء من النقصان، ويكون بعد علمه بالعيب ورضاه به صراحة أو دلالة، بأن يقول: رضيت به على عيبه أو بفعل ما يدل على رضاه به، كأن يرهنه أو يبيعه أو يتصرف به أي تصرف يعتبر فعلاً، دالاً على رضاه. ولأن البائع لم يرض بزوال ملكه عنه بأقل من المسمى فيتضرر به، ويرفع الضرر عن المشتري بإعطائه حق الرد، ولا أكثر.

والأصل في هذا: أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب.

وحيث يتمكن المشتري بعد علمه بالعيب أن يرد المبيع، والرد غير ممتنع برضا البائع فيصير المشتري ببيعه وبتصرفه في المبيع حاسباً المبيع، فلا يرجع بالنقصان.

وهو مذهب كل من الشافعي والثوري وأحمد في الصحيح من الروايات ولأن الرد ثبت لإزالة الضرر، وفي الرد على البائع إضرار به، ولا يزال الضرر بالضرر.

وفي رواية للإمام أحمد، أن للمشتري الرد، ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن، وإن شاء أمسكه وله الأرش، وبهذا قال مالك^(١).

٢ - وهذا القسم ليس كسابقه لأن سابقه لا يستطيع أن يرده بعد أن أظهر رضاه به ولا يستطيع أن يرجع بنقصان العيب، لأنه يتضرر البائع، إذ من حقه أن يخرج عنه ملكه إلا بهذا الثمن، وفي نفس الوقت بإمكان المشتري قبل تصرفه به أن يرده ودون امتناع من قبل البائع.

وأما هذا القسم من العيوب فإنه يختلف عن سابقه، نظراً لكون الرد ممتنع ودون توقف على رضا المشتري، ومثاله:

(١) فتح القدير ج ٦/٣٦٩، نظرية الخيار/٣٨.

العين المبيعة تهلك بيد المشتري ثم يطلع على عيب فيها كان قبل القبض أي عند البائع، فلا يمكن ردها لأنه متعسر بالهلاك، وكذلك فيما إذا كان قد تصرف فيها المشتري بعد ذلك قد أطلع على عيب فيها، وهذا التصرف يعتبر قد عيَّها، كأن يكون قماشاً فقطعه، وكأن يكون حيواناً فيهلك ثم يطلع فيه على عيب كان موجوداً سابقاً قبل القبض.

وينبغي أن يلاحظ في هذا القسم التالية:

١ - إن تعيب المبيع في يد المشتري، كأن يكون قماشاً فقطعه ثم أطلع على عيب ماضي، فإن له حق الرجوع بالنقصان، إلا إذا رضي البائع برده عليه بعد قطعه، فإنه يردّ عليه، ولأن الأصل في امتناع الردّ هو للعيب الحادث وما دام البائع الذي كان الامتناع لحقه، قد رضي به، فإنه لا يلزم بالنقصان بل له الحق في استرداده، وقد رضي بإسقاط حقه المتمثل في الامتناع.

٢ - إن هلك المبيع في يد المشتري ثم أطلع فيه على عيب، فلا شك أنه لا ردّ هنا، لأنه ممتنع لحق البائع في رفع الضرر عنه، وفي نفس الوقت يتضرر البائع للعيب الذي فيه، وهو غير راض به.

فذهب الحنفية إلى أن حق المشتري برجع النقصان، وكان الملك قائم والرد متعذر، وقد أطلع على عيب وذلك موجب^(١).

وبه قال الشافعية، وسواء كان الهلاك بأفة سماوية أم بغيرها كمرض أو كثرة طعام ونحوه^(٢).

وبهذا قال المالكية شرط أن يكون هلاكه بغير سبب العيب القديم، وإلا فإنه يرجع عليه بضمانه كلّ إن كان مدلساً وهلك بالسبب الذي دسّ فيه البائع. وكذلك النقصان^(٣).

(١) فتح القدير ج ٦/٣٦٩.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٥٤.

(٣) القوانين/٢٢٩.

وأما عند الحنابلة، فالأصل عندهم إما الرد والتأريش وإما الأخذ بالعيب، وأما إذا كان في المبيع عيباً في حال وجوده عند البائع، وعند البيع كتّمه البائع ودلّس فيه عليه حتى تعيب المبيع في يد المشتري فله الرد وأخذ ثمنه كاملاً ولا أرش عليه، وسواء كان الحادث بفعل المشتري أم بفعل غيره أم بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه، وسواء أكان ناقصاً للمبيع أم ذاهباً به كلّه. وإن لم يكن مدلساً في العيب فإن له الرجوع بالنقصان^(١).

ويبدو أن الراجح من هذا هو ما قد ذهب إليه المالكية وذلك في حال هلاك المبيع بسبب العيب الذي دلّس فيه البائع بأن يرجع بكل الثمن، وأما إذا لم يكن الهلاك بالسبب المدلّس فإنه يرجع بنقصان العيب^(٢).

٣ - هلاك المبيع بفعل المشتري:

نصّ الحنفية على أن امتناع الرد إذا كان بفعل المشتري فإنه لا يرجع بالنقصان، ولأن بفعله تعدّر الرد، وهو حابس له، وكان المبيع في يده يحبسه ويريد الرجوع، فصار كما إذا قتل النعجة المباعة، أو كما كان المبيع طعاماً فأكله المشتري، وهو ظاهر الرواية، وذهب أبو يوسف إلى أنه له الرجوع بالنقصان، وهو قول لمحمد والشافعية^(٣). وهو قول المالكية أيضاً^(٤).

وفيما لو أتلّف بعضاً منها، كقطع أكل بعضه أو باع بعضه، فكذلك الحكم عند الإمام وعند الصحابين يرجع بالنقصان^(٥).

ووجه استدلال الإمام: أن المتملك قد استفاد العوض وسقط ماله من ضمان. والرد ممتنع بسبب فعله، وهو يسقط حقه في الرجوع.

(١) المغني ج ٤/١٦٧.

(٢) نظرية الخيار/٣٧.

(٣) فتح القدير ج ٦/٣٧١.

(٤) القوانين/٢٢٩.

(٥) فتح القدير ج ٦/٣٧١.

ووجهة القائلين بالرجوع: أن ما قد أتلفه لا يسقط حقه في النقصان، لأن هذا الحق قد ثبت له تداركاً لما فاته، ولم يرض بإسقاطه.

٤ - تصرف الممتلك بالبيع :

وفيما لو تصرف الممتلك بالمبيع تصرفاً يخرج عن ملكه، كالبيع ونحوه، فقد اختلف الفقهاء حول إمكانية رجوعه بالنقصان على البائع أم لا؟

فمذهب الحنابلة أن له الرجوع في أي تصرف لأنه غير عالم بما فيه من عيب، فلم يكن التصرف دالاً على الرضا، فلا يسقط حقه.

ومذهب الحنفية قائم على التفرقة بين التصرف بعوض والتصرف بغير عوض، فإن كان بعوض فلا حق له في الرجوع، وإن كان بغير عوض، كان له الرجوع بقيمة النقصان، وذلك كالعقود، إذ في الأولى قد استفاد عوضاً دون الأخرى.

ومذهب الشافعية قائم على إمكانية عودة المبيع إلى التملك، كالبيع والهبة، فإن وله الرجوع، وإن لم يكن كالوقف، فلا الرجوع.

والراجع ما ذهب إليه الحنابلة، وهو حق المشتري في الرجوع بقيمة النقصان حينما يعلم بعد تصرفه في المعقود عليه، ومن غير فرق بين تصرف وآخر^(١).

مسألة انتقاص المبيع في يد المشتري

فيما قد مضى قد أشير إلى هذه المسألة، ونظراً لأهميتها نستعرض حكمها على ضوء المذاهب الفقهية.

مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أنه ليس له سوى الرجوع بالنقصان، وأنه لا يلزم البائع

(١) انظر: نظرية الخيار/٤٠ بتصرف.

بردّها، وأن البائع مخيّر بين أن يستردها، أو أنه يرجع عليه بنقصان العيب.
وحجتهم: أن في ردّها على البائع إضرار به لوجود العيب الحادث،
وبالإمكان رفع الضرر عن المشتري بدفع النقصان^(١).

ومذهب المالكية كما أفاد صاحب القوانين، كما يلي:

١ - عيب ليس فيه شيء، وهو العيب اليسير الذي لا ينقص من
الثلث.

٢ - عيب فيه قيمة، وهو اليسير الذي ينقص من الثلث، فيحط عن
المشتري بقدر نقص العيب، وذلك كالحريق في الثوب والصدع في الحائط.

٣ - عيب فاحش وهو عيب الرد.

وحدوث العيب عند المشتري يعطيه الخيار، إن شاء ردّه وردّ أرش
العيب الحادث عنده، وإن شاء تمسك به وأخذ أرش العيب القديم؛ وهذا ما
يسمى بالعيب القيمي، وأما إذا كان العيب فاحشاً فهو عيب الرد، فالمشتري
في هذه الحال بالخيار بين أن يرده على البائع أو يمسكه، ولا أرش له على
العيب، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده^(٢).

وهذا التقسيم في غير الحيوان، وأما في الحيوان ونحوه، فيرد بكل ما يحط
من القيمة قليلاً كان أم كثيراً، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة في سائر
المبيعات^(٣).

ومذهب الشافعية: يسقط الرد قهراً لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعينين.
والمشتري بالخيار، بين أن يؤرش العيب الحادث إلى البائع ويرده عليه، أو
أن يغرم البائع العيب القديم ولا يرد، ولأن في هذا رعاية للجانبين، إلا إذا
قبل البائع برده عليه وعلى عيبه فكان به ودون تأريش، أو أنهما يتراضيان على
تأريش الحادث، أو تأريش القديم.

(١) فتح القدير ج ٦/٣٦٤.

(٢) القوانين/٢٢٩.

(٣) القوانين/٢٣٠.

فإن اتفقا على أحد التارشين فذاك هو، وإلا فالأصح أن يجاب طالب الإمساك، بأن يطلب أحدهما الردّ مع الأرش الحادث، والآخر الإمساك مع أرش القديم، فيجاب لطالب الإمساك مع أرش القديم، وسواء أكان البائع أم المشتري لما فيه من تقرير العقد، وهذا الأظهر.

وفي الظاهر: أنه يجاب المشتري مطلقاً لتلبس البائع عليه.

وقيل: بل يجاب البائع^(١).

ومذهب الحنابلة: على أن المشتري بالخيار، بين الرد وأخذ الثمن كلّه والردّ مع أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن، ويبيّن الإمساك وله أرش العيب القديم.

وفي رواية عن أحمد: ليس له الرد وله أرش العيب القديم، وهو كقول الحنفية، ولأن الرد يثبت لازالة الضرر، وفي الرد على البائع إضراراً به، ولا يزال الضرر بالضرر^(٢).

وحجة الحنابلة فيما قد ذهبوا إليه: أن العيين قد استويا، وأن البائع قد دلّس به، وأن المشتري لم يدلّس، فكان رعاية جانبه أولى، ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني، فلا يزال إلا بدليل، وليس في المسألة إجماع ولا نص، والقياس إنما يكون على أصل، وليس لما ذكره الآخرون أصل، فيبقى الجواز بحاله، فإن ردّه فعليه أرش الحادث عنده لأن المبيع بجملته مضمون عليه، فكذلك أجزاءه إلا إذا زال، فيردّ ولا أرش عليه.

وإذا كان البائع قد دلّس في العيب عنده، فإن للمشتري ردّه وأخذ الثمن كلّه وإن تعيّب عنده، ولا أرش عليه^(٣).

□□□

(١) مغني المحتاج ج ٢/٥٩.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤/١٦٤.

(٣) نفس المرجع.

العيب المتوقفة معرفته على أحداث عيب فيه

وذلك مثل: البيض والجوز والبطيخ، ونحوه. فلو أنه اشترى عدداً من الجوز، أو بطيخاً، أو بيضاً، ولما كسرها، وجدها فاسدة، الجوز فاسد، والبطيخ فاسد، وكذلك البيض.

والفساد في داخل هذه الأشياء عيبٌ لأن الشراء أصلاً من أجله، والعقد واقع على ما في داخلها.

فذهب الحنفية إلى:

١ - إن كان ما في داخل العين المبيعة لا منفعة فيها البتة، فإنه يرجع بالثمن كله على البائع، ولأنه يتبين بالكسر أنه ليس بمال، إذ المال ما ينتفع به إما في المال وإما في المال، والمذكور ليس كذلك.

وبحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب، ولم يتناول منه شيئاً بعد ما ذاقه^(١).

٢ - إذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب، أو وضعه قليل فهو من العيوب لا من الفساد، فيرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان.

وذهب الشافعية إلى الرد على البائع وأخذ الثمن، ولا شيء على المشتري في الأظهر من المذهب، إلا إذا كان بالإمكان معرفة العيب القديم بأقل من هذه العيوب الحادثة، فيضمن أرشها، كما إذا استطاع أن يعرف العيب القديم بتقوير صغير فإنه يضمن التقوير الكبير، وهكذا.

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣٧٢.

وهناك قولان آخران:

١ - يردّ وعليه الأرش.

٢ - لا يردّ أصلاً.

والمذهب على الأول وهو الأظهر، وهو كأصل الأحناف.

ومن استدلال الشافعية على ما ذهبوا إليه: أن المشتري مسلّط على

كسرها لاستكشافها وكان هذا من قبل المملك^(١).

امتناع الرد لتعيّب المبيع بالزيادة:

هذه مسألة تعيّب فيها المعقود عليه بزيادة لا بانتقاص، كطحين قد

عجن أو قماش صبيغ، أو قماش خيط بذلة، أو أرض غرست، أو سيارة

دهنت، وهكذا فذهب الحنفية إلى التفصيل فيها فقالوا:

الزيادة إما أن تكون متصلة أو تكون منفصلة، وكل منهما إما أن يكون

متولداً من المبيع أو غير متولد.

١ - الزيادة المتصلة المتولدة من المبيع، كالحسن والهيئة، كما في

النعاج والحيوانات، فمثل هذه لا تمنع الردّ في ظاهر الرواية.

٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة من المبيع، كالصباغ في القماش

والخياطة فمثل هذه تمنع الردّ.

٣ - الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع، كالثمر للشجر، فهذه يمتنع

بها الرد؛ ولأن الفسخ لا يرد إلا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في

حق الشرع لكونه ربا.

وليس للبائع أن يقول: أنا آخذه، فتعيّن الرجوع بالعيب دفعا للضرر.

وليس للبائع أن يأخذه وإن رضي المشتري بترك الزيادة، لأن الامتناع

لم يتمخض لحقه، بل لحقه وحق الشرع بسبب ما يلزم من الربا حيث أن

الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا

(١) مغني المحتاج ج ٢/٥٩.

أو شبهته، ولشبهة الربا حكم الربا، فلا يجوز^(١).

٤ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من المبيع، كالكسب، لا يمتنع الرد بها، وأشاروا إلى طريقة الفسخ، بأن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة إلى المشتري مجاناً، بخلاف المتولد منه.

والفرق بينهما: أن الكسب ليس بجميع بحال ما، لأنه تولد عن المنافع والمنافع غير الأعيان^(٢).

وحاصله عند الحنفية: أنه يمتنع الرد في موضعين:

١ - في المتصلة غير المتولدة مطلقاً.

٢ - في المنفصلة المتولدة.

وذهب الحنابلة إلى ما يلي:

١ - إذا كانت الزيادة متصلة، كالسمن والكبر والتعلم، فإنه يردّها بنائها، لأن هذا الاتصال يتبع في العقود والفسوخ. وهو: كرأي الحنفية.

٢ - إذا كانت الزيادة غير متولدة من البيع، كالكسب، كأن استغلّها أي أخذ غلتها، وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالأجرة والكسب، فهو كلّه للمشتري في مقابل ما يضمن، لأن المبيع لو هلك هلك على حسابه، وهو معنى قوله ﷺ «الخراج بالضمان»^(٣).

ولا خلاف في هذا^(٤).

وهو قول الحنفية ومالك والشافعي، قال: ولا نعلم عن غيرهم خلافهم.

٣ - إذا كانت الزيادة متولدة من المبيع كالثمرة بالنسبة للشجرة، واللبن

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣٦٧.

(٢) الحاشية ج ٤/٨١.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، الأشباه والنظائر/١٥٢.

(٤) المغني ج ٤/١٦٠.

بالنسبة للأبصار، مثلاً فهي - الزيادة - للمشتري ويرد الأصل دونها.

وبه قال الشافعي وهو قول مالك.

ولم يقل به الحنفية، كما قد سبق، لكونها ربا أو شبهته، والرد ممتنع لحق الشرع، ولا يتوقف على رضا الطرفين.

وحجة القائلين بالرد:

١ - أن الزيادة حادث في ملك المشتري، فلم يمتنع الرد، كما لو كان في يد البائع، كالكسب.

٢ - أنه نماء منفصل، فجاز ردّ الأصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك^(١).

وتوجيه الشافعية: أن الزيادة المتصلة في المبيع، كالسمن هو تبع للأصل، وأن المنفصلة عيناً أو منفعة، كالحيوان والأجرة، فلا تمنع الرد، وتكون الزيادة المنفصلة من المبيع للمشتري ومن الثمن للبائع^(٢).

فعلى رأي الحنفية يرجع الممتلك بنقصان العيب على المملك ويمنع الرد. وعلى رأي الجمهور: له أن يرد، وما زاد عنده فهو له. بناءً لمبدأ: الخراج بالضمان.

موضع خيار العيب من العقود:

مما لا خلاف فيه أن خيار العيب يثبت في عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة، ونحوه.

ولا خلاف فيه أن العقود التي لا يقصد بها المعاوضة، لا تأثير للعيب فيها. كالهبات والصدقات.

واختلف في ثبوته في النكاح، فذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوته فيه.

(١) المغني ج ٤.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٦٢.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم ثبوته فيه، وأن النكاح لا شبه له بالبيع.

والقائلون به قاسوه على البيع، نظراً لشبهة البيع. وهم لا يعنون به في أي عيب كان، بل هو عيب يفضّ من مقاصد الزواج كالجنون والجذام وداء الفرج الذي يمنع الوطء، والعنة والخصاء في الرجل.

□□□

أثر الخيارات على العقود

للخيارات المشروعة آثار على العقود، وهي متنوعة حسب سببية الخيار.

في خيال المجلس:

يمنع لزوم العقد ما دام في المجلس وما لم يختارا إمضاء العقد. وأما من جهة انتقال الملكية فهي كما يلي: فذهب الحنابلة إلى صحته وإلى انتقال الملك بمجرد صدوره. وذهب الظاهرية إلى عدم صحة انتقال الملكية فيه، وإن جرى التقابض بين المتعاقدين في العوضين ما لم يتفرقا بدناً ولم يخير أحدهما الآخر، والبيع باق على ملك البائع كما كان، والتمن باق على ملك المشتري كما كان. والشافعية في الأظهر من المذهب إلى أن الملك موقوف.

وعند الحنفية ما دام الخيار موجوداً، فلا لزوم ولا انتقال، وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع^(١).

وفي خيار الرؤية:

ذهب كل من الحنفية والشافعية إلى أنه لا يمنع انتقال الملك، لأن السبب في نقل الملك قد وُجد، ويترتب عليه ملكه، حيث لا مانع، سوى أن الحنفية قالوا: إن الملك معه غير تام، بمعنى أن زواله لا يتوقف على رضا العاقد الآخر ولا على قضاء لاحتمال زوال الرضا عنه الرؤية.

والعقد غير لازم بالنسبة للمتملك؛ وإن اختلف في عدم اللزوم أهو من

(١) الهداية ج ٢١/٣.

وقت إنشاء العقد؟ أو من عند الرؤية فقط؟^(١).

وذهب المالكية إلى عدم انتقال الملك لاحتمال الفسخ، فالعقد غير مستقر والملك يترتب على العقد المستقر.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية^(٢).

وفي خيار الشرط:

يرى الحنفية إلى أن خيار الشرط يمنع انتقال الملكية في حق من له الخيار من المتعاقدين، بائعاً كان أم مشترياً، فلا يخرج ماله عن ملكه ومن لا خيار له منهما يرتفع ملكه عن ماله.

وفي دخوله في ملك الآخر، خلاف بين الإمام وصاحبيه، ورأي الإمام أنه لا يدخل في ملك العاقد الآخر، ورأي صاحبيه يدخل في ملكه^(٣).

وعند الشافعية في أظهر الأقوال عندهم: أن المبيع مملوك لمن له الخيار من المتعاقدين بائعاً كان أم مشترياً، والتمن مملوك للآخر. هذا إن كان الخيار لأحدهما، أما إذا كان الخيار لهما، فالمبيع والتمن موقوفان، بمعنى: أنه لا يحكم بالانتقال أو عدمه إلا بعد الإمضاء أو الفسخ.

ويرى المالكية في المشهور عندهم: أن الخيار يمنع من انتقال الملك سواء للطرفين أو لأحدهما.

وذهب الحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن الملك ينتقل بالعقد، سواء كان الشرط لأحدهما أو لكليهما.

ولا يميزون التصرف في محل العقد أو عوضه مدة الخيار بمعنى أنه لا يكون نافذاً إذا كان الخيار لهما.

(١) نظرية الخيار/٢٢.

(٢) نفس المرجع.

(٣) نفس المرجع.

وإذا كان الخيار للمشتري وحده وتصرف في المبيع عند قبضه يكون هذا منه إجازة.

وكذلك الأمر إذا كان الخيار للبائع وحده في صحة تصرفه في الثمن. ولعلّ الراجح عدم تحقق شرط الملك شرعاً وهو تمام الرضا، فلا انتقال للملك زمن الخيار^(١).

وفي خيار العيب، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه يغيّر صفة العقد من اللزوم الى الجواز بما يعطيه الممتلك من حق الفسخ. ولا تأثير له من حيث انتقال الملك فالملك منتقل معه وتام ومستتبع لسائر آثاره^(٢).

خيارات أخرى:

سبق الكلام عن الخيارات الأربع، وهي: خيار المجلس وخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب؛ وهي الخيارات الرئيسية ذات الأهمية الكبرى في العقود.

وتمشياً مع قواعد التعامل التي أثبتها الإسلام فيما بين الناس حتى تتم معاملاتهم على وفق الرضا والقبول، فقد حرصت الشريعة الإسلامية على أن يكون انتقال الملك من طرف إلى آخر على الوضوح والرضا، حتى لا يدخل شيء إلى ذمة الشخص كرهاً عنه، وحتى لا يخرج منه شيء كرهاً عنه، وكذلك إبعاداً للضرر الذي قد يلحق بالطرفين، أو بأحدهما لولا ضمانات الشريعة وضوابطها.

وكل ما يعود إلى الغبن أو التدليس أو التسرع أو التفرير، فقد قررت الشريعة الحفاظ منها، فشرعت خيارات تكون بيد من يقع به الضرر، فقررت خيار المجلس للتروي، وخيار الرؤية للرضا، وكذلك خيار العيب لإبعاد الضرر، وخيار الغبن وخيار التفرير الفعلي.

(١) انظر معني المحتاج ج ٢/٢٨، بداية المجتهد ج ٢/٢٢٣، نظرية الخيار/٦٣.

(٢) نفس المرجع.

وما قد يعود إلى رغبة المتعاقد فقد شرعت له اشتراط الخيارات المناسبة مع مصلحته، فقررت خيارات عدة أمثال: خيار الشرط وخيار النقد، وخيار فوات الوصف وإن كان الأمر يقتضي تبيان هذه الخيارات، فإنني أذكرها كتعريف ودون غوص في التفصيلات.

١ - خيار التعيين:

وهو: أن يشتري أحد الشئيين أو الثلاثة على أن يعين أو أن يقول المشتري: اشترت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أحدهما فللبائع أن يلزم المشتري أيهما شاء، إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه الباقي، وأما إذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار الشرط» وخيار التعيين جائز استحساناً عند الحنفية وقال الجمهور بطلانه، وهو القياس، نظراً لعدم تعيينه، فهو أحد اثنين أو ثلاثة، والباقي أمانة.

وعلى هذا الوجه يكون المبيع مجهولاً، ومقتضى القياس فساده، ووجه الاستحسان: أن الخيار قد شرع للإحتياج لدفع الغبن، والاحتياج إلى ذلك متحقق في هذا النوع من البيع لأن الإنسان يضطر أحياناً لأخذ رأي فيمن يعتمده فيما يشتريه، أو رأي أهله، وهذا دليل جواز هذا الخيار للمشتري، أما البائع، فهو أن الإنسان قد يرث مالاً قيماً ويتسلمه وكيله ولا يعرفه، فتمس الحاجة إلى البيع بهذا الشرط^(١).

ولذا فهو ثابت للبائع كما هو ثابت للمشتري، وذلك من باب الاستحسان.

٢ - خيار النقد:

هو خيارٌ لأحد طرفي العقد ينصب على إعطاء الطرف فترة زمنية محددة للالتزام، وإلا فلا بيع بينهما.

والأصل فيه، أي في البيع بخيار النقد، وهو القياس، عدم جواز البيع

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية شرح الاستاذ علي حيدر ج ١/ ٢٦٣.

الذي يشترط فيه خيار النقد، إلا أنه جَوَز استحساناً، ووجه الاستحسان الاحتراز من ماطلة المشتري، لأن المشتري إن لم يدفع، فالحاجة تمس إلى فسخ البيع.

وإذا حصل البيع بشرط خيار النقد، يكون لكل من البائع والمشتري. ويجب تعيين المدة فيه، ويفسد البيع إذا لم يؤده الثمن في المدة المعينة.

وخيار النقد لا ينتقل إلى الوارث لأنه من الحقوق المجردة، فلا يورث كخيار الرؤية وخيار التفرير^(١).

٣ - خيار الغبن:

وهو خيار سببه بيع السلعة بسعر زائد عن تقويم المقومين وهو الغبن الفاحش.

٤ - خيار التفرير:

وهو خيار سببه أن يفعل البائع في المبيع فعلاً، أو يقول فيه قولاً يظنه المشتري كمالاً، فإذا هوليس كذلك، كتصرية الشاة القليلة اللبن.

٥ - خيار الاستحقاق:

وهو خيار سببه ظهور بعض المبيع مستحقاً للغير كأن كان مسروقاً أو مبيعاً بعقد سابق أو نحو ذلك.

٦ - خيار بيع الفضولي:

وهو خيار سببه بيع الفضولي، وهو بيع موقوف على إجازة المالك فإن شاء أجازته وإن شاء رده.

٧ - خيار تفريق الصفقة:

وهو خيار سببه هلاك بعض المبيع قبل القبض أو بيان استحقيقه.

(١) راجع المصطلحات.

٨ - خيار عدم التسليم:

وهو خيارٌ سببه كون المبيع مستأجراً أو كونه مرهوناً أو نحو ذلك.

٩ - خيار البلوغ:

وهو خيارٌ سببه بلوغ من زوجت صغيرة - أي عقد عليها - حيث لها خيار الإبقاء على الزواج أو فسخه عند بلوغها.

١٠ - خيار الغرر:

وهو خيار سببه وجود جهالة في المبيع حين البيع.

□ □ □

المبحث الرابع أقسام العقود

قسّم الفقهاء العقود أقساماً تبعاً لاعتباراتها المتعددة وأهمها ما يلي:
تقسيم العقد باعتبار صفاتها:

أولاً - العقد الصحيح:

العقد الصحيح هو ما كان مشروعاً أصلاً ووصفاً. أي العقد الذي اجتمعت فيه سائر شروط الانعقاد وسائر شروط الصحة.
ومثاله: عقد البيع يعقده البالغ العاقل وبشروطه المطلوبة.

ثانياً - العقد الباطل:

العقد الباطل هو ما لا يكون من العقود مشروعاً بأصله. وسواء أكان مشروعاً يوصفه أم لا، أي العقد الذي افتقد شروط الانعقاد كلاً أو بعضاً.
ومثاله: كون أحد المتعاقدين غير مؤهل للتعاقد، كالمجنون، أو الصبي الصغير. فهو باطل، وليس له أي أثر من آثار العقود.

ثالثاً - العقد الفاسد:

العقد الفاسد هو ما شرع بأصله لا يوصفه. أي العقد الذي اجتمعت فيه سائر شروط الانعقاد، وافتقد شروط الصحة كلاً أو بعضاً.
ومثاله: بيع الشيء بثمن مؤجل إلى مدة غير معلومة؛ وبيع الشيء دون تعيينه أو معرفته، فكما قد مضى أنه من شروط صحة العقد معلومية الشيء المباع وكذلك معلومية الثمن.

ويفارق العقد الفاسد العقد الباطل من الآثار، فحيث لا يمكن للبطل أن يتقلب صحيحاً، تجد العقد الفاسد ينفذ بمجرد زوال صفة الفساد، وفي

المجلة مادة/٣٧٢ «لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله. كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً، أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً، بطل حق الفسخ في هذه الصورة».

وهذا التباين بين العقد الباطل والفاسد هو عند الحنفية، أما عند الآخرين من الفقهاء فالباطل والفاسد سواء، وهما لفظتان مترادفتان سوى ما استثنى من بعض العقود، كالوكالة والعارية والمضاربة، ونحوه.

رابعاً – العقد النافذ:

العقد النافذ هو العقد الذي لا يتعلق به حق الغير وأفاد آثاره في الحال. ويكون على هذه الصفة إذا باع ماله الخالص من تعلق حقوق الغير، وكان مؤهلاً للبيع. فهو صحيح نافذ.

خامساً – العقد الموقوف:

العقد الموقوف هو العقد الذي يتعلق به حق الغير ولا يفيد آثاره إلا عند إجازة صاحب الحق.

وهذا النوع من العقود يعتبر مقبولاً وخاصة عند الفقهاء الحنفية. فالموقوف لا يعد باطلاً، بل هو متوقف على رضا صاحب الحق الذي تعلق به حقه. أو على إجازته.

فإذا علم صاحب الحق بالعقد الموقوف وأجازه ووافق عليه ورضي به صار العقد نافذاً، وإذا لم يجزه ولم يرض به، فسخ العقد وعدّ كأنه لم يكن، وعدّ من أمثلة هذا النوع:

١ – عقد الفضولي:

الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي. أي كل من يتدخل بأمور غيره ويتصرف بها.

وعقد الفضولي : هو عقد يجريه الشخص في مال غيره ودون أن يكون وكيلاً عنه أو ولياً عليه؛ أي دون تفويض من صاحب المال أو إذن من الشرع، ولهذا فهو فضولي .

٢ - بعض عقود الصغير المميز:

كأن يبيع الصغير المميز ماله بلا إذن وليه، فإنه يكون موقوفاً. ونفاذ العقد متوقف على موافقة الولي وحسبما يرى من مصلحة الصغير في هذه الصفقة . وكذلك يبيع المرهون يكون موقوفاً، نظراً لتعلق حق الدائن المرتهن به، وكذلك بالنسبة لبيعه من قبل المرتهن؛ فلا بدّ من رضا الطرف الآخر، فإن أجازته صح ونفذ، وإن لم يجز بطل وانفسخ .

سادساً - العقد اللازم:

العقد اللازم هو العقد الصحيح النافذ العاري عن الخيارات. ولأن الخيار إذا وُجد يُعطي الحق لصاحبه في فسخ العقد أو البقاء عليه .

سابعاً - العقد غير اللازم:

العقد غير اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي تعلق به أحد الخيارات. كخيار الشرط وخيار الرؤية .

تقسيم العقود من حيث لزومها:

أولاً - العقود اللازمة من الطرفين:

وهي العقود التي لا يجوز لأحد من المتعاقدين بعد انعقادها أن يفسخها بدون رضا الآخر .

وأهم أنواعه، هي: البيع، الإجارة، الزواج الخالي عن الخيارات .

ثانياً - العقود غير اللازمة من الطرفين:

وهي العقود التي يكون فيها لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون رضا الآخر .

وأهم أنواعها: الوكالة، الشركة، المضاربة، الوديعة الإعارة.
ثالثاً - العقود اللازمة من أحد الطرفين وغير اللازمة من الطرف الآخر:
وهي العقود التي يكون لأحد الطرفين حق الفسخ وجوازه له. وتكون
لازمة على الآخر، بمعنى: أنه لا يجوز له فسخها من جانبه.
وأهمها: الرهن^(١).

□□□

(١) انظر: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية/٢٦٦ - ٢٧٢.

تقسيم العقد باعتبار الذمة

التعريف بالذمة:

الذمة بكسر الهمزة، جمع ذمم. وهي: العهد والأمان وفي الاصطلاح الذمة: هي صفة يصير الإنسان بها أهلاً للالتزام^(١).

ومنه: العهد؛ وعقد الذمة، والذي هو عهد يُعطى للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام بالحفاظ على أرواحهم وأموالهم وعدم المساس بأديانهم^(٢).

والأصل في الإنسان أن تتولى ذمته رعاية أمواله وأملاكه، وأن يكون التعهد أخذاً وعطاءً في ممتلكاته لذمته دون غيرها، وعليه يعود تعهده ربحاً وخسارة كما يعود عليه أثر تصرفاته المسلكية، أجراً ووزراً، ثواباً، وعقاباً، وعلى مقتضى قوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٣).

وهذا الأصل في تحمل التبعية حسبما تكليف النفس آثار تصرفاتها، عقوداً كانت أم غير عقود، من عهود ووعود ومسالك.

وكما قد سبق الكلام، أنها مواكبة للإنسان من كونه جنيناً في بطن أمه، وإن كانت ذمة ناقصة، وهي في تكامل إلى بلوغه العقل والرشد، وهي مرحلة الأهلية الكاملة، وجوباً وأداءً، وهي محل للوجوب نسبياً ابتداءً من ولادته، وتزداد النسبة بازدياد عمره ونمو عقله وحصول رشده، وأنداك تكون الذمة كاملة وهي متعلق الواجبات والحقوق.

(١) معجم لغة الفقهاء، مختار الصحاح.

(٢) نفس المرجع.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

وينقسم العقد باعتبار الذمة إلى إلزامية واختيارية.

١ - العقد باعتبار الذمة الإلزامية:

والمراد: ذمة أخرى إلزامية تقوم بحفظ رعاية ذمة قاصرة ناقصة تسهر على مصالحها وتنمية أموالها.

وهذه ينطبق عليها «الولاية» وبقسميها الخاصة والعامّة. وتكون على الصغار والمجانين والسفهاء، وتستمر حتى ذهاب أسبابها.

٢ - العقد باعتبار الذمة الاختيارية:

والمراد: ذمة أخرى اختيارية تتعلق بها الحقوق والرعاية لوحدها أو مع غيرها، أي دون إلزام لأحد الطرفين.

وهذه تنطبق على الذمة في كل من الوكالة والكفالة والحوالة. فبالوكالة ينقل أمر الشيء تدبيراً والتزاماً، من ذمة الأصيل - الموكّل - إلى الوكيل ومع بقاء ذمته. وبالكفالة ينتقل الأمر من ذمة مفردة، إلى ذمتين، وذلك بضم ذمة الكفيل إلى المكفول عنه.

وبالحوالة ينتقل الأمر من ذمة إلى ذمة أخرى، ودون بقاء ذمة المحيل وذلك ينقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى. وإليك البيان.

الولاية

التعريف بالولاية :

الولاية بفتح الواو وكسرهما، فبالفتح النصره، وبالكسرة الإمارة. فهي إمارة، ومنه: عقدت الولاية لفلان. وقد يُعنى بها: قسم إداري رئيسي في الدولة، والجمع ولايات. وقد يُعنى بها: مرتبة إيمانية ينسى فيها ما سوى الله ويفرغ قلبه لله. وقد يُعنى بها: حق تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى، ومنه: الولاية الخاصة: الولاية على أشخاص معينين. الولاية العامة: الولاية على غير أشخاص معينين، كولاية القاضي، وولاية أمير المؤمنين. الولاية على المال: قيام كبير راشد على مال المحجور عليه لحفظه ورعايته. الولاية على النفس: قيام راشد على قاصر لتربيته^(١). فالولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة؛ فولاية الأب مقدّمة على ولاية القاضي. ولا تكون الولاية العامة مع وجود الولاية الخاصة، ولذا اعتبر القاضي ولي من لا ولي له، فمن كان له وليّ خاص، كالأب والجد والوصي القيم فلا ولاية للقاضي أو للولاية العامة عليه. ومن جهة فإن الولاية تنقسم إلى تقسيّات عدة:

(١) معجم لغة الفقهاء (الولاية).

أولاً - تقسيم الولاية إلى ولاية ذاتية وإلى ولاية مكتسبة :

١ - الولاية الذاتية: وهي الولاية المستمدة من الذات، أي من ذات الشخص ومنها ولاية الأب وولاية الجد، فولايتهما مستمدة من ذاتيهما مقررة من قبل الشرع، وميزتها أنها لازمة غير قابلة للإسقاط والتنازل، ولا يستطيع القاضي عزلهما إلا إذا ثبت التقصير في حق من تولى أمره.

٢ - الولاية المكتسبة: وهي الولاية التي لا تتفرع من الذات، بل هي محصلة من قبل الخارج لاعتبارات معينة في نفسه. ومنها الوكيل والوصي المنصب.

ثانياً - تقسيم الولاية إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية:

١ - الولاية القاصرة: هي من قصر الولاية على النفس، وبحيث لا تتعدها وهي مرتبطة بالأهلية، أي أهلية الأداء الكاملة، فمن استوفاهها فقد كانت له ولاية لكنها قاصرة على نفسه.

٢ - الولاية المتعدية: وهي من تعدد ولايته إلى خارج حدود نفسه إلى الولاية على غيره، ذاتية كانت أم مكتسبة. ومنها ولاية الأب على صغاره، وولاية الوكيل^(١).

ثالثاً - تقسيم الولاية إلى ولاية على النفس وولاية على المال:

١ - الولاية على النفس: وهي قيام كبير راشد على قاصر لتربيته^(٢). وتمثل هذه الولاية برعاية شأن الصغير ومن في حكمه وموضوع هذه الولاية، هي القيام على حضائته والعمل على تربيته وتنشأته النشأة النافعة له في الدنيا والآخرة؛ ولذلك فهي تضم رعاية حفظه ورعايته مسلكه، من حضائته، والأصل فيها ابتداء أنها للأم ولجهة النساء، لأنها مرحلة تتطلب شفقة ورعاية مميزة في تربيته، وهي في جانب المرأة غالبية على وجودها في الرجل؛ وولاية تأديب

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد/٢٤٦.

(٢) معجم لغة الفقهاء.

وتدريب على التعاطي مع الحياة، وهي وإن كانت موجودة لدى النساء لكنها لدى الرجال هي الأقوى وهي الأغلب، ولذا يحكم بها للرجال^(١).

٢ - الولاية على المال: وهي قيام كبير راشد على مال المحجور عليه لحفظه ورعايته^(٢). والمحجور عليه متنوع، بتنوع أسبابه، منه الصغر ومنه الجنون. والولاية ثابتة على الصغير ومن بلغ مجنوناً وتكون بين ولايتين اثنتين هما:

١ - ولاية النسب:

وهي للأب ووصيه ثم للجد ووصيه. وسلطة هذه الولاية مستمدة من الشرع مباشرة ولا يستطيع القاضي عزله، إلا إذا ثبت تقصيره.

وهي مقدمة على ولاية القاضي.

٢ - ولاية القاضي:

وهي تكون حيث لا أب ولا وصيته ولا جد ولا وصيته.

والقاضي ولي من لا ولي له، وهو مؤتمن في ولايته، يباشر ولايته على أموال الصغار إما بنفسه، وإما بواسطة وصي أو قيم ينصبه للسهر على مصالحه المالية. ويكون الوصي أو القيم خاضعاً أمام القاضي الذي استمد ولايته منه^(٣).

وذهب البعض إلى أن الولاية على مال الصغير والمجنون هي للأب أو وصيه من بعده أو للحاكم عند عدمهما^(٣).

ولم يروا وجودها للجد أو وصيه، كما هو مذهب الحنفية.

فالولاية على المال، يختلف ترتيب الأولياء فيها عن الولاية على النفس. فهي في المال مقصورة على الترتيب الآتي:

الأب ومن بعده إلى وصيه ووصي وصيه، ومن بعدهم للجد ووصيه من

(١) معجم لغة الفقهاء.

(٢) الملكية ونظرية العقد للدكتور فرّاج/٢٤٦.

(٣) المغني لابن قدامة ج ٤/٥٢١.

بعده. وأما في غير المال، كالنكاح مثلاً فهي للأب ثم للابن ثم لابن الابن وإن بعد. ثم للجد وإن بعد، ثم للأم والشقيق ثم للأخ لأب. . هكذا حسب درجات القرابة، واختلفت الولاية فيما بين المال والنفس، نظراً لمصلحة المولى عليه التي يُراعى فيها الابتعاد عن من قد يقصروا أو قد تجوزوا في ماله.

وهذا مستبعد في الولاية على النفس من نكاح أو غيره.
ورأي الجعفرية ترتيب الولاية في المال هي كما يلي:
الأب ثم للجد، ثم لوصي الأب ثم للحاكم^(١).

الولاية بسبب السفه:

وإذا طرأ السفه على المجنون حجر عليه لدى أكثر أهل العلم، ولا يحجر عليه إلا الحاكم.

الولاية بسبب الجنون الطارئ:

من الحنفية من قال بعودة الولاية عليه إلى من كان قبل بلوغه رشيداً. ومنهم من قال بعودته إلى ولاية القاضي وحسبما يرى من مصلحته بتعيين من يقوم على ولايته، ويكون من أقامه القاضي على ولايته تابعاً له مباشرة، لا إلى الشرع، كما كان الحال قبل بلوغه راشداً.

والرأي الأول للإمام محمد بن الحسن، والرأي الثاني هو للإمام أبي يوسف.

الولاية بسبب السفه الطارئ:

منهم من قال باستمرارية الولاية السابقة، ولا يستوجب قضاء القاضي. وهو قول الإمام محمد، ووافقه أبو يوسف في الأصلي منه دون الطارئ.

وفي الطارئ يستوجب قضاء القاضي ويخضع لولاية القاضي، وهو الذي يعين له من يقوم على إدارة أمواله من أب أو جد أو غيرهما، ويخضع

(١) نظرية العقد في الفقه الجعفري للهاشمي / ٧٥.

لسلطة القاضي مباشرة^(١).

وفي المذهب الجعفري الولاية للحاكم في الأسباب الطارئة^(٢).

شروط صحة الولي :

يشترط فيمن يتولى أمر أموال فاقد الأهلية ما يلي :

١ - أن يكون ذا أهلية تامة الأداء أي كاملة؛ وخرج بهذا الصبي المميز وما دونه، وكذلك المجنون والسفيه، وكل من يحتاج إلى من يتولى آخر أمر أمواله.

٢ - ويشترط أن يستمد الولي مع المولى عليه الاتحاد في الدين، وهذا في الولاية الخاصة، أما إذا كانت الولاية ولاية عامة، كولاية القاضي والحاكم فلا يشترط هذا، نظراً لعموم ولايته.

٣ - أن يكون أميناً موثقاً به غير فاسق فسقاً يخشى منه التأثير على أموال المحجور عليه^(٣).

□□□

(١) الملكية ونظرية العقد/٢٤٩.

(٢) نظرية العقد/٧٥.

(٣) المراجع السابقة، وانظر: المغنى لابن قدامة ج ٤/٥١٨ وما بعدها. شرح منلا مسكين ج ١/١٦٧، الأشباه والنظائر/١٦٠، بداية المجتهد ج ٢/٣٠٢.

الوكالة

التعريف بالوكالة :

الوكالة بفتح الواو وكسرهما من وكل، يقال: وكله بأمر كذا توكيلاً^(١). والوكالة يعنى بها الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى، بمعنى الحفيظ، كما في قوله تعالى: ﴿وَحَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾^(٢).

وأما في الاصطلاح: فهي التفويض. تفويض شخص أمره إلى آخر وإقامته مقامه في التصرف^(٣).

وعرّفت بـ: إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم^(٤) وفي المال: تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه^(٥).

ومقتضى التعريفات هو واحد، وهو التفويض من شخص لآخر ليتصرف فيما يخصه، واعتماده عليه في الحفاظ بصورة شرعية.

الحكمة من مشروعية الوكالة:

الأصل في الأمر أن يقوم الإنسان بحفظ حاجاته والتصرف في أمواله وفيما يخصه. وقد يتعذر عليه ما ذكر نظراً لكثرة عمله أو لعدم وجوده كسفر، أو لعجزه عن القيام بالحفظ على أملاكه وما يخصه، فيحتاج إلى شخص يقوم مقامه في حفظ ممتلكاته وفي السهر على حقوقه، فيوكل غيره مقامه حرصاً

(١) مختار الصحاح مادة وكل.

(٢) سورة آل عمران، الآية: ١٧٣.

(٣) معجم لغة الفقهاء/٥٠٩.

(٤) الدر المختار الحاشية ج ٤/٤٠٠.

(٥) نفس المرجع.

على منفعه .

مشروعية الوكالة :

الوكالة عقد جائز، ثبت جوازها بمايلي :

١ - ما حصل من تفويض أهل الكهف إلى شخص منهم، كما في قوله تعالى : ﴿فابعثوا أحدكم بورككم هذه إلى المدينة﴾^(١)، ووجهة الدلالة: أن هذا يفيد الوكالة .

٢ - وفي السنة، ماروي عن النبي ﷺ : أنه وكلّ حكيم بن حزام بشراء الأضحية؛ ووكّل عروة البارقي، فلما سأل رسول الله ﷺ شيئاً أعطاه علامة، وقال: أتت وكيلى بخبير ليعطيك ما سألتني بهذه العلامة» .

وبما ورد فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، قالت: «طلقني زوجي ثلاثاً ثم خرج إلى اليمن فوكّل أخاه بنفقتي فخاصمته عند رسول الله ﷺ، فلم يجعل لي نفقة ولا سكنى» .

ووجه الدلالة: أن هذا يفيد جواز التوكيل اتفاقاً .

وبما روي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه، قال: «كان عليّ كرم الله وجهه لا يحضر خصومة أبداً، وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكلّ عقيلاً رضي الله عنه» .

وفي هذا جواز التوكيل بالخصومة .

شروط صحة الوكالة :

شروط صحة الوكالة متعددة حسبما تعود إليه :

١ - منها ما يعود إلى الموكل نفسه .

٢ - منها ما يعود إلى الوكيل .

٣ - منها ما يعود إلى محل الوكالة .

(١) سورة الكهف، الآية : ١٩

١ - أما ما يُشترط في الموكل :

أن يكون أهلاً للتصرف ومالكاً له، وإلا فلا يصح توكيله، لأن فاقد الشيء لا يعطيه؛ فلا تصح الوكالة من المجنون والصبي غير المميز.

ولا تصح من صبي يعقل - مميز - بتصرف ضار، كالهبة والصدقة، وصح بما يعود عليه بالنفع كالهديّة؛ وأما ما تردد بين الضرر والنفع، كالبيع والإجارة، فإن كان مأذوناً جاز، وإلا فهو موقوف على إجازة الولي.

فكل من صح تصرفه في شيء من نفسه، وكان مما تدخله النيابة، صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة(*)، حرّاً أو عبداً، مسلماً أو كافراً.

وصحت الوكالة، حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً، وهو قول الجمهور وصاحبي أبي حنيفة.

٢ - ما يشترط في الوكيل :

ما اشترط في الموكل اشترط في الوكيل، بالألّا يكون ممنوعاً شرعاً من تصرفه من الشيء الذي وكلّ فيه، ولا يصح توكيل الصبي المميز إلا إذا أذن له؛ وكذلك المجنون.

وصح توكيل المرأة عند الحنفية (موكله أو وكيله)، وعند الجمهور لا تصح في عقد النكاح لا أصلاً ولا وكالة.

٣ - ما يشترط في محل الوكالة :

المحل في الوكالة كالمحل في أي عقد، هو ما تمّ عليه العقد من

(*) وقال أبو حنيفة للخصم أن يمنع محاكمة الوكيل إذا كان الموكل موجوداً حاضراً لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه، كالدين عليه، والفتوى في المذهب على رأي صاحبين. وحجة الجمهور: أنه حق تجوز النيابة فيه، فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضا خصمه، ولأن الحاجة تدعو إلى الصحة، فإنه قد يكون له حق أو يدعي عليه ولا يحسن الخصومة، أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، وكما قد سبق الكلام بالنسبة للإمام علي كرم الله وجهه.

فتصح الوكالة في كل عقد وعمل صالح للنيابة، مثل: البيع والضمان وسائر العقود والفسوخ، والشركة والصرف، والمساقاة والطلاق والنكاح والصلح، ونحوه. ولا تصح الوكالة فيما يعتبر من باب العبادات البدنية، كالصلاة والصوم وصحت فيما فيه الجانب المالي مثل: الصدقة، الزكاة، الحج .

وكذلك لا تصح الوكالة فيما كان من باب الأيمان والشهادات لأن المقصود حصولها من شخص معين، وكذلك اللعان والظهار والطهارة من الحدث وهكذا. ولا تصح الوكالة على فعل المحرمات، كالغصب والسرقة والاعتداء على الآخرين والخطف وما شابه ذلك، وكذلك كل ما كان محرماً إتيانه أو غير صالح للنيابة .

فإذا استجمعت الوكالة شروطها، فإنها تنعقد، ويترتب عليها نتائج العقود والتصرفات، من ملكية البائع للمتن وملكية المشتري للمبيع، وكذلك إثبات الحقوق والدفاع من أجلها بالنيابة المعطاة .

فالوكالة: عقد كسائر العقود يلزمه الإيجاب والقبول .

أقسام الوكالة:

الوكالة قسمان إثنان، هما:

١ - وكالة عامة:

وهي التي تقع بالتوكيل العام الذي لا يسمي منه شيء دون شيء وهذا القسم من الوكالة مختلف فيه، فذهب الحنابلة إلى عدم صحته، وذهب الجمهور إلى صحته .

وحجة الحنابلة: أن في الوكالة العامة غرراً وخطراً، على الموكل نفسه . والجمهور على الأصل فيها، وهو الراجح .

ومقتضى الوكالة العامة: أن الوكيل مفوض في كل شيء إلا مستثنيات:

كالطلاق والعتاق والوقف والهبات والصدقات، وكذلك لا يملك الابراء عن الدين والحط منه، وكذا كل ما كان من باب التبرع؛ وهو المفتى به من المذهب الحنفي.

٢ - وكالة خاصة:

هي التي تقع على شيء أو عمل محدد، كأن يوكله في بيع قطعة أرض معلومة، معروفة المساحة والجهة؛ أو وكله في عمل معين كأن ينوب عنه في مسألة معينة، أو قضية.

والأصل في الوكالة الخاصة: التبيان التام، من الجنس والنوع والقدر والصفة، وأن كل جهالة مؤدية إلى النزاع، تكون في الوكالة الخاصة، تمنع الوكالة من الصحة.

بخلاف الوكالة العامة، حيث لا تؤثر فيها الجهالة، وإن كانت فاحشة. فلو قال له: وكلتك في زواجي من امرأة، أو قال: وكلتك في شراء منزل، أو شراء سيارة، ودون أن يحدد مواصفات ما قد وكله به فلا تصح الوكالة.

أنواع الوكالة:

وتتنوع الوكالة إلى وكالة مطلقة ووكالة مقيدة.

١ - الوكالة المطلقة:

المطلقة من الإطلاق، والمطلق: هو الذي لا قيد فيه ولا شرط. فتكون الوكالة المطلقة، هي الوكالة، عامة أو خاصة، المخالية من القيود كأن يقول له: وكلتك في بيع منزلي الكائن في محلة كذا، ودون أن يضع له ثمنًا معينًا.

٢ - الوكالة المقيدة:

هي الوكالة، عامة أو خاصة، التي اقترنت بما يقيد فعل الوكيل، كأن يقول: وكلتك في شراء سيارة مرسيدس (٨٢) لونها أخضر بثمن قدره مليونان ليرة لبنانية، أو على ثمن لا يزيد عن هذا المقدار. فهو مقيد بالثمن المحدد وبالمواصفات المطلوبة.

حكم عقد الوكالة :

ينظر إلى حكم عقد الوكالة من جانبين إثنين :

١ - الوكالة عقد جائز غير لازم؛ بمعنى أن للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء.

٢ - ومن جانب آخر: أن حكم هذا العقد، ترتب الآثار الشرعية عليه، كملكية البائع الثمن، وملكية المشتري المبيع.

مبطلات الوكالة :

تبطل الوكالة بما يلي :

١ - موت الوكيل.

٢ - فقدان عقله.

٣ - إرتداده، عند الإمام أبي حنيفة، وعندهما لا تبطل، بل تبقى تصرفاته نافذة ما لم يميت أو يقتل أو يحكم برده^(١).

□□□

(١) انظر في هذا الموضوع: الحاشية ج ٤/٤٠٠، المبسوط ج ١٩/٦، الهداية ج ٣/٣٦، بداية المجتهد ج ١/٣٢٦، المغني ج ٥/٩٩، الأشباه والنظائر/٢٥١، معجم لغة الفقهاء/٤٣٦.

الكفالة

تعريف الوكالة :

الكفالة في اللغة: هي الضم، ومنها قوله تعالى: ﴿وَكفَّلَهَا زكرياً﴾^(١) أي ضمها إلى نفسه وقوله ﷺ «أنا وكافل اليتيم كهاتين» أي ضمّ اليتيم إلى نفسه.

وأما في الشرع: الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً.
والمراد: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.
وهي أنواع عدة:

- ١ - كفالة بالنفس، كفالة الشخص بالعودة إلى السجن.
- ٢ - كفالة بالمال، كالكفالة بأداء ثمن السلعة التي اشتراها ديناً.
- ٣ - كفالة بالتسليم، كالكفالة بتسليم العين المؤجرة حين انتهاء مدة الإجارة. والكفالة بتسليم الولد حين انتهاء مدة الحضانة.
- ٤ - الكفالة المنجزة، كالكفالة التي لم تعلق بزمان معين ولا تكون مضافة إلى المستقبل.
- ٥ - الكفالة المعلقة، كالكفالة التي علق على زمن أو علق على تصرف معين^(٢).

(١) سورة آل عمران، الآية: ٣٧.

(٢) انظر ما يلي: مختار الصحاح مادة كفل، معجم لغة الفقهاء (كفالة)، الحاشية ج ٤/٢٤٩.

مشروعيتها:

هي جائزة شرعاً، تثبت مشروعيتها بالقرآن والسنة والإجماع أما القرآن فكما في قوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾^(١) ووجه الدلالة أن زكريا عليه السلام قد كفّل مريم عليها السلام ليطم أصابها أو لجذب حصل لبني إسرائيل أوقعهم في ضيق وشدة^(٢). وأما السنة فكما في قوله ﷺ «أنا وكافل اليتيم كهاتين».

وقوله ﷺ: «الزعيم غارم» ووجه الدلالة: أن الزعيم هنا هو الكفيل، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٤) وعلى هذا الإجماع.

وللكفالة أسماء عدة، فهي كفالة، وهي ضمان كما عند الحنابلة^(٥)، وهي حمالة، كما عند المالكية^(٦)، وكلها تؤدي إلى نفس المعنى؛ وكذلك الزعامة وحكمها من حيث الأثر: صيرورة ذمة الكفيل مضمونة إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة. أي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة^(٧).

شروط صحة الكفالة:

يشترط لصحة الكفالة:

- ١ - أن يكون الكفيل مجاز التصرف في ماله (*) رجلاً كان أو امرأة.
- ٢ - أن يكون المحل في الكفالة مضموناً على الأصيل، ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً.

(١) سورة آل عمران، الآية: ٣٧.

(٢) تفسير ابن كثير ج ١/٣٦٠.

(٣) رواه أبو داود في البيوع والترمذي وأحمد، انظر نصب الراية ج ٤/٥٧.

(٤) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٥) المغني ج ٤/٥٩٠.

(٦) بداية المجتهد ج ٢/٣١٩، شرح الخرشي ج ٦/٣٢٠.

(٧) الاختيار ج ٢/١٦٦.

(*) يخرج بهذا القيد كل من لا يجوز له التصرف في ماله كالمجنون والصبي.

٣ - أن يكون مقدور التسليم من الكفيل .

٤ - أن يكون الدين لازماً، وهو خاص بالكفالة بالمال .

وهل يشترط قبول المكفول له، حتى تصح الكفالة؟

فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد إلى اشتراط قبول المكفول له وصحته: أنه إثبات مال لأدمي، فلم يثبت إلا برضاه، أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء^(١).

وهو قول لدى أصحاب الشافعي^(٢).

وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط قبول المكفول له، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وحجتهم أن قتادة رضي الله عنه ضمن من غير رضا المضمون له عنه، فأجازته النبي ﷺ.

وبما روي في الصحيحين: أنه ﷺ أتى بجزاة فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير، فقال: صلوا علي صاحبكم، قال: أبو قتادة صلّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه فصلّى عليه». وكذلك روي عن علي رضي الله عنه.

٢ - هي وثيقة لا يعتبر فيها قبض، فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب^(٣). وقول الجمهور هو الراجح.

صيغة انعقادها:

صيغة انعقادها تكون حسب نوعية الكفالة.

فإن كانت كفالة بالنفس فتنعقد بأي لفظ ينبيء عن العهدة في الصرف والعادة، مثل: هذا إليّ، أو عليّ، أنا كفيل به أو قبيل أو زعيم، وما شابه.

(١) الاختيار ج ١٦٦/٢، الحاشية ج ٢٥١/٤.

(٢) مغني المحتاج ج ٢٠٠/٢.

(٣) المغني ج ٥٩١/٤، بداية المجتهد ج ٣٢٠/٢.

وإن كانت كفالة بالمال فتتعقد بكل ما ينبىء عن العهدة، مثل قول الكفيل: كفلت لك بمالك على فلان، أنا ضامن ما عليه من المال، وما شابهه.

تقسيم الكفالة إلى كفالة بالمال وكفالة بالنفس: الكفالة بالمال:

الكفالة بالمال: هي قول الكفيل: كفلت لك بمالك على فلان؛ أو أنا ضامن ما عليه من المال، والكفالة بالمال هي موضع اتفاق بين السادة العلماء^(١). ويلتزم الكفيل بكفالاته أمام المكفول له، بناءً لدخول ذمته بالمكفول به.

ولصاحب الحق مطالبة أيًا منهما بالحق، وأي منهما دفعه سقط عن الآخر ولا يبرأ المكفول عنه إلا بأداء المكفول، أو المضمون^(٢).

وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمته، أي الضامن، لأنه تبع، ولأنه وثيقة؛ فإن أبرىء الأصل زالت الوثيقة، كالرهن.

الكفالة بالنفس:

الكفالة بالنفس هي أن يكفل بدن من عليه مأل يصح ضمانه. فذهب أكثر أهل العلم إلى جوازها وصحتها، ومنهم: الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو المذهب لدى الشافعية.

وذهب الظاهرية وفي قول لدى الشافعية إلى عدم جوازها، وحجة الجمهور وأكثر أهل العلم: عموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وكذلك فإن مقصود صاحب الحق التوثق من حقه، وتام التوثق يكون بهذا» وأيضاً في جوازها مصلحة، وهي حاجة الناس، وأنه مروى عن الصدر الأول^(٣).

(١) المغني لابن قدامة ج ٥/١٨.

(٢) نفس المرجع.

(٣) نفس المرجع.

وأما الكفالة بالنفس عن بدن من عليه عقوبة كالحدود، فإنها لا تصح في نظر أكثر أهل العلم^(١).

وذهب الشافعية إلى أنها لا تصح فيما كان من حدود الله تعالى، وأما ما كان من حدٍ لجهة العبد، أو القصاص، فهي جائزة^(٢)؛ والراجح ما ذهب إليه الجمهور، وهو قولٌ لدى الشافعية.

وحجة الشافعية: أن الكفالة في العقوبة هي شبيهة بالكفالة بالمال. وحجة الجمهور:

١ - ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن النبي ﷺ قال: «لا كفالة له في حد».

ووجهة الإستدلال: أنه حد الأدمي حد، فلم تصح الكفالة فيه، كحدود الله تعالى.

٢ - الكفالة استيثاق، وهو حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر إخطار المكفول به، فلم تصح الكفالة بما هو عليه، كالزنا^(٣) وذكر صاحب المبسوط ما لا تجوز فيه الكفالة، فعّدّ منها:

١ - الحدود.

٢ - القصاص، سواء في عضو أو في نفس.

٣ - الأمانات، لكونها غير مضمونة على الأصل.

٤ - الرهن، لأن جواز الكفالة يختص بما يمكن إستيفاءه من الرهن فإن موجه ثبوت يد الإستيفاء، وكذلك الكفالة بالرهن على المرتهن فهي باطلة، لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح كالوديعة والعارية^(٤).

(١) المغني لابن قدامة ج ٤/٦١٦.

(٢) مغني المحتاج ج ٢.

(٣) المغني ج ٤/٦١٦.

(٤) المبسوط ج ١٢/٧٢.

إذا مات المكفول عنه سقطت الكفالة، ولم يلزم الكفيل شيء، وهو قول الجمهور، من الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم.

وقال المالكية: يجب على الكفيل غرم ما عليه.
والراجح ما ذهب إليه الجمهور، بناء لكون الحضور سقط عن المكفول عنه، فبريء الكفيل كما لو برىء الأصيل من الدين، فكذا الكفيل^(١).

□□□

(١) المغني ج ٤/٦١٧.

الحوالة

تعريف الحوالة:

الحوالة في اللغة مشتقة من التحول، بمعنى الانتقال، يقال: تحول من المنزل إلى المنزل، إذا انتقل عنه، وهي بفتح الواو وأفصح^(١).

وأما في مصطلح الفقهاء فهي عند الحنفية: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(٢). وعند الشافعية: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة^(٣). وعند المالكية: طرح الدين عن ذمة بمثله من أخرى^(٤). وعند الحنابلة وحسب اشتقاقها: هي من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة^(٥).

ومفاد الأقوال يكاد يكون واحداً، من حيث نقل ما يوجد في ذمة الأول الأصل، أو المحيل، إلى ذمة الآخر، أي المحتال عليه، مع شروط وضوابط معينة.

حكم الحوالة:

الحوالة جائزة شرعاً، ثبتت مشروعيتها بالسنة والإجماع. أما السنة فيما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مطل^(٦) الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء^(٧) فليتبع^(٨)» وفي لفظ «ومن أحيل على مليء

(١) مختار الصحاح مادة حول/معجم لغة الفقهاء (حوالة).

(٢) الاختيار ج ٣/٣.

(٣) مغني المحتاج ج ٢/١٩٣.

(٤) شرح الخرشي ج ٦/١٦.

(٥) المغني ج ٤/٥٧٦.

(٦) المطل: يُعنى به إطالة الدفع إلى مستحقه بخلاف العاجز، نيل الأوطار ج ٥/٢٦٦.

(٧) المليء: يعني به الغني.

(٨) متفق عليه انظر: نيل الأوطار ج ٥/٢٦٦، كتاب الحوالة والضمان.

فليحتل»^(١) وفي رواية عن طريق ابن عمر «مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على ملىء فاتبعه»^(٢) وعلى هذا الإجماع^(٣).

صفة الحوالة:

لما في الحوالة من التزام، ونقل هذا الالتزام من ذمة إلى ذمة، نظر لها وكأنها بيع، أن فالمحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه. وهذا بيع دين بدين، وبيع الدين بالدين باطل وغير جائز وقيل أن تأخير القبض رخصة، مستثنى حالها، نظراً لكونها مبنية على الرفق، لكن هذا القول ضعيف، وما عليه العلماء أنها ليست بيعاً، بل هي نقل وتحول والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس محمولاً على غيره.

لأنها لو كانت أيضاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض، نقلاً عن كونها بيع مال الربا بجنسه، ولهذا لا تجوز بلفظ البيع، ولا خيار فيها وهي ملزمة بمجرد العقد^(٤). فهي عقد استيفاء: وقيل بل هي عقد إرفاق.

فموجب عقد الحوالة يصبح المحتال عليه ملتزماً بالوفاء بما قد أحيل به^(٥).

شروط صحة الحوالة:

أولاً - الشروط العامة للحوالة:

يشترط للحوالة من أهلية المتعاقدين ما يشترط عند كل عقد. فيشترط بصحتها في المحيل العقل، فلا تصح حوالة مجنون وصبي لا يعقل. ويشترط رضاه، وخرج الإكراه.

(١) رواه أحمد انظر نفس المرجع.

(٢) رواه ابن ماجه، نفس المرجع.

(٣) المغني لابن قدامة ج ٤/٥٧٦.

(٤) انظر: المغني ج ٤/٥٧٦، نيل الأوطار ج ٥/٢٦٦، شرح منلا مسكين ج ٢/٥٧.

(٥) نفس المرجع.

وأما البلوغ فهو شرط نفاذ، وتكون صحة حوالة الصبي المميز موقوفة على رضا وليه وإجازته.

وهذه الشروط يطلب وجودها في طرفي العقد، وإلا فهو بين البطلان والوقف، والفساد، فهي باطلة من فاقد العقل كالمجنون، وهي موقوفة من صبي مميز، وهي فاسدة بالاكراه^(١).

ثانياً - الشروط الخاصة:

يشترط لصحة الحوالة ما يلي:

١ - رضا المحيل:

وهو بالإتفاق، لأنه الأصل في الحوالة، ولأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه، ولا خلاف في هذا^(٢).

٢ - رضا المحال^(*):

يشترط رضا المحال حتى تصح الحوالة، ولأن في الحوالة انتقال حقه من ذمة إلى ذمة أخرى، والذمم متفاوتة.

وهو رأي الحنفية، ورأي أكثر أهل العلم من الشافعية والمالكية^(٣) وذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط رضاه، بل عليه أن يلزم القبول.

قال صاحب المغني: ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال. فإذا أحيل على من هو ملىء بماله وقوله وغير جاحد ولا مماطل لزم المحتال القبول^(٤).

والراجع ما ذهب إليه الجمهور نظراً للاعتبارات المذكورة.

(١) الحاشية ج ٤/١٩٢.

(٢) الحاشية ج ٤/٢٨٩، المغني ج ٤/٥٧٦.

(*) المحال هو الدائن، ويقال له: محتال، محتال له، محال، محال له، حويل.

(٣) الحاشية ج ٤/٢٩٠، شرح الخرشبي ج ٥/١٦.

(٤) المغني ج ٤/٥٨٣.

٣ - رضا المحال عليه :

ذهب الحنفية إلى اشتراط رضا المحال عليه، وهو قول الظاهرية،
وأحد قولين لدى الشافعية .

وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط رضاه، وهو قول الحنابلة والمالكية
وقول لدى الشافعية . وحجة المشترطين: أن الحوالة إلزام بالدين ولا إلزام
دون التزام .

وحجة الجمهور: قوله ﷺ «إذا أحيى أحدكم على ملىء فليتبع» وهو
يفيد الجواز، ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكليه وقد أقام
المحال عليه مقام نفسه في التقييض فلزم المحال القبول، كما لو وكل رجلاً
في إيفائه^(١)، وهو الراجح .

٤ - محل الحوالة :

محل الحوالة هو المعقود عليه فيها من دين أو عين .
فذهب الحنفية إلى أنها - الحوالة - لا تقع إلا في الدين^(٢)؛ فإذا
كانت من باب الأعيان^(٣)، فلا تصح الحوالة^(٤) .

وهو كذلك، لأن النقل الذي تضمنته الحوالة نقل شرعي، وهو لا
يتصور في الأعيان، بل المتصور فيها النقل الحسي .
فهي في الدين لكونها نقلاً للوصف الشرعي^(٥) .

وعند كل من الحنابلة والشافعية، فهي تصح في كل ما يصح فيه السلم
من الأثمان والحبوب، وكل ما يثبت في الذمة بالإتلاف^(٦) .

(١) المغني ج ٤ .

(٢) الدينون تعرف بكل ما ثبت في الذمة من المال بعقد أو استهلاك أو استقراض .

(٣) الأعيان تعرف بماله قيام بنفسه، بخلاف العرض فإنه لا يقوم إلا بغيره .

(٤) الاختيار ج ٣/٤ .

(٥) الحاشية ج ٤/٢٩١ .

(٦) مغني المحتاج ج ٢/٢٥٢، المغني ج ٤/٥٧٩ .

وعند المالكية، تصح الحوالة في الديون وفي الأعيان، شرط ألا يكون المحال به عليه طعاماً من بيع، أن من سلم، حتى لا يدخلها بيع الطعام قبل قبضه^(١).

ونخلص إلى ما يلي:

١ - منهم من خصها بالديون (النقدين) وهي أوصاف تثبت في الذمة.
٢ - ومنهم من أجازها في النقدين وكذلك الطعام.
ويشترط في كل من الدينين التساوي قدرأً وصفة. فيجب التماثل في الحقيين، لأن الحوالة تحويل ونقل للحق، فينقل على صفته ويعتبر تماثلهما بما يلي:

١ - الجنس، فيحيل على الذهب بالذهب، وعلى الفضة بالفضة، ولا عكس.

٢ - الصفة، فيحيل بالصحيح على الصحيح، وعلى العثمانية بالعثمانية.

٣ - إتفاق أجل المؤجلين، وعدم تأجيل الحالين، فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً لم تصح، وكذلك الحال فإنه لا يتأجل.

وتجب أن تكون على دين مستقر، وخرج بهذا الدين السلم لأنه غير مستقر، لكونه بعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه. والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي ﷺ «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٢).

أحكام الحوالة:

إذا توفرت شروط الحوالة برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا في مستثناة مثل: رجوع المحتال على المحيل في حال هلاك المال، أي أن براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه، أي حق المحتال.

(١) شرح الخرشي ج ١٨/٥.

(٢) المغني ج ٥٧٩/٤، شرح الخرشي ج ١٩/٥.

ويكون بأن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا بينة للمحيل ولا المحتال، أو أن يموت المحال عليه مفلساً بغير عين ودين وكفيل^(١).

وذهب الجمهور إلى أن ذمة المحيل في براءة من المحال، سواء أفلس المحال عليه أم لا جحد الدين أم لا.

وقال المالكية: إلا أن يعلم المحيل بإفلاس المحال عليه، فإن حق المحال لا يتحول إلى ذمة المحال عليه، ولا تبرأ ذمة المحيل، وللمحال أن يرجع بدينه على المحيل^(٢).



(١) الحاشية ج ٢٩٢/٤.

(٢) انظر: شرح الخرشي ج ١٩/٦، مغني المحتاج ج ١٩٧/٢، المغني ج ٥٨٠/٤، بداية المجتهد ج ٣٢٥/٢.