

٥٥
٢٠٠٨
١٠٧

جامعة دمشق

كلية الشريعة

قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة

أطروحة علمية أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إشراف الأستاذ الدكتور

أسامة الحموي

إعداد الطالب :

حوران محمد سليمان

٤١
٢١٧١٢
١٢٨

١٤١٥٢٥

٢٠١٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
 أَنْزَلَ عَلَيْنَا الْقُرْآنَ الْحَكِيمَ

{بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ} {وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ} {الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ}

{عَالِمُ الْغُيُوبِ} {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ رَأْسُ الْبَشَرِ} {وَرَأْسُ الْوَسْوَاسِ}

{وَالْمُنْتَهَى} {صِرَاطُ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ خَيْرٌ مِنَ الْمُنْصَرَفِ عَلَيْهِمْ وَلَا أَضَلُّ مِنْهُمْ} {٧}

اللهم اخرجنا من قلبنا الرجم وادخرنا في نور الانوار
 اربنا بغير ذنوبنا، وصلى

وأخيراً فإنا لله، وأجمعنا من بئسوا والنور في بئسوا وأجمعنا.

اللهم اذهب البلاء وادخرنا في نور الانوار
 اللهم وادخرنا في نور الانوار، اللهم وادخرنا في نور الانوار

الكرام.

وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم، بسم الله الرحمن الرحيم.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ
أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَبَأُ الْيَهُودِ
وَالنَّصَارَى الَّذِينَ
آمَنُوا بِرُسُلِهِمْ
وَكَفَرُوا بَعْدَ ذَلِكَ
بِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ

أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ
إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ
ذُو انْتِقَامٍ

الإهداء

إلى الذين يرفعون راية الجهاد في سبيل الدفاع عن عزة هذه الأمة.
إلى المجاهدين المرابطين في فلسطين وفي كل بلاد الإسلام.
إلى الذين يضحون بالغالي والنفيس في سبيل رفعة الإسلام وعزة
المسلمين.

إلى الذين ينشدون تطبيق الفقه الإسلامي ليعيدوا مجداً مؤثلاً وحضارة
سامية.

أهدي لكم أطروحتي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إن الحمد لله ، نحمده ونستغفره ، ونستعين به ونتوكل عليه ونسأله الهداية والتوفيق والسادق في القول والعمل ، وندعوه سبحانه أن يعلمنا ما ينفعنا ، وأن يأخذ بأيدينا إلى ما فيه الخير والفلاح في الدنيا والآخرة ، والصلاة والسلام على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إمام الهدى ونبي الرحمة وعلى جميع إخوانه الأنبياء والمرسلين مصابيح الهدى والدين ، وعلى آله وأصحابه أجمعين .

وبعد

فإن أفضل ما تبحث فيه العقول ، ويعنى بجمعه وتصنيفه هو علم الفقه الإسلامي^(١) الذي يستوعب الحياة العملية ويلبي حاجات الإنسان الواقعية ، ويحقق صلاحية الشريعة الإسلامية لإيجاد مجتمع فاضل يقوم على أساس من العدل والمساواة ...

هذا العلم العظيم الذي يحقق الخير لسالكه مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »^(٢) ، قسمه العاملون فيه والمتبحرون في أعماقه من فقهاءنا الأفاضل إلى فروع وأقسام ، تتمثل في العبادات ، والمعاضات التي تشمل المعاملات المالية وأحكام أحوال الشخصية^(٣) ، والأحكام السلطانية ، وأحكام الجهاد وهي ما يطلق عليه الآن « الحقوق الدولية » ، والعقوبات المتمثلة في الحدود والقصاص والتعزيرات ، والمرافعات الشاملة للدعوى وطرق الإثبات وطرق القضاء ، والأحكام المتعلقة بالأخلاق والحشمة والتي تسمى بالآداب^(٤) .

والبحث الذي بين أيدينا يندرج ضمن المعاضات ، التي قوامها العقود ، والتصرفات التي ترمي في جملتها إلى إشباع رغبات الناس المتنوعة ، وتحقيق مصالحهم ، واستقرار سبل التعامل فيما بينهم ...

وإن من شأن هذه العقود من بيع وإجارة وصلاح ونكاح ونحوها ، أن تكون ملزمة لعاقديها امتثالاً لقوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ »^(٥) .

(١) - الفقه الإسلامي : د. إبراهيم محمد سليقني ١/ ١ .

(٢) - أخرجه البخاري : كتاب العلم ، باب من جعل لأهل العلم إياماً معلومة / ٧٠-٧١ / ، أخرجه مسلم : كتاب الزكاة ، باب النهي عن المسألة / ١٠٣٧ / .

(٣) - أي عقد النكاح وما يتعلق به .

(٤) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/ ٦٦-٦٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ١/ ١٩-٢١ .

(٥) - سورة المائدة : الآية : ١ .

فهذه الآية الكريمة صريحة الدلالة في وجوب الالتزام التعاقدية الذي يتمثل في التعهد الضمني باحترام آثار العقد والوفاء بالتزاماته بمجرد انعقاده صحيحاً ، ولكن قد يتراخى هذا الالتزام المنصوص على وجوبه نتيجة عارض يطرأ على العقد ، فيفقد قوة الإلزام ، وعندئذ يملك أحد العاقدين أو كلاهما فسخ العقد ، وهو موضوع هذه الأطروحة التي حاولت فيها أن أتناوله بشكل نظرية متكاملة واضحة المعالم ، بينة الأركان والأسس ، توضح مفهومه وتحدد أحكامه وتربط فروعه بأصوله ، ومسائله الجزئية بأمهاتها الكلية .

وهذا العارض الذي يُفقد قوة الإلزام ، ويشكل سبباً للفسخ ، قد ينشأ مع نشوء العقد ، كحالة الخيارات بأنواعها المتعددة ، وقد يطرأ عليه بعد انعقاده ، كما في الإقالة أو الإفلاس والإعسار أو العذر الشرعي عند بعض الفقهاء^(١) ، الذي يمنع استمرار العقد إلا بصعوبة قد تلحق ضرراً بالعاقدين أو أحدهما ، وقد تفرضه طبيعة العقد نفسه كما في العقود الجائزة .

وهنا تكمن أهمية الفسخ في كونه وثيق الصلة بالعقد الذي له دور هام في بناء التعاملات بين الناس على أسس منضبطة ، ومعروفة الشروط والأركان ، والفسخ ما هو إلا رفع لهذا العقد ونقض له في ظروف محددة بيئتها في هذه الأطروحة ...

فأهميته إذن من أهمية العقد ؛ لأنه طريق من طرق حله بعد انعقاده ؛ فالعاقد قد يتراجع عن عقده أو يطرأ عليه ما يجعل التزامه التعاقدية فيه من الضرر وتقويت المصلحة ما يستوجب رفعه ، ولا سبيل لرفع العقد ؛ لإزالة مثل ذلك الضرر ، أو تحقيق مصلحة تبتدئ بعده إلا بالفسخ .

أسباب اختيار البحث :

هناك أسباب متعددة دفعته إلى اختيار البحث منها ما يأتي :

أولاً - عدم وجود كتاب حديث أو قديم - فيما أعلم - أفرد بحث الفسخ بشكل مستقل ووافٍ ، يتناول جميع عناصره وأنواعه ، وإنما جاء ذكره عرضاً كأصل بنيت عليه حلول كثير من المسائل ، لذا أصبحت الكتابة في هذا الموضوع مفيدة جداً ، بغية جمع شتات مسائله في أبواب الفقه المتفرقة ، وهذا ما حفزني لاختياره كرسالة دكتوراه من أجل أن أقدمه بشكل نظرية متكاملة .

ثانياً - لاحظت أن طرق تنظيم العقود في الفقه الإسلامي بأنواعها المختلفة قد تمت دراستها بشكل مستفيض من قِبَل الفقهاء والعلماء قديماً وحديثاً ، فكان لا بد من دراسة بعض طرق إنهاء العقد المتمثلة في بعض صورها بالفسخ ، دراسة متكاملة واضحة المعالم بينة

(١) - وهم الحنفية الذين يقولون بجواز النسخ حال العذر الشرعي كما سنرى في مبحث الفسخ للأعذار الطارئة ، انظر الصحيفة ١٤٥ - ١٥٩

الأركان والأسس ، إن شاء الله تعالى .

ثالثاً - تشجيع أساتذتي في كلية الشريعة ، وأخص منهم بالذكر الأستاذ الدكتور أسامة الحموي حفظه الله تعالى ورعاه في اختيار هذا الموضوع من أجل تحصيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله ، حيث أخبرني بأن هذا الموضوع لم يُدرس دراسة وافية تغطي جميع جوانبه في الفقه الإسلامي ، وبعد تحرر وتمحيص تبين لي ضرورة إخراج هذا البحث إلى حيز الوجود من خلال جمع مسائله المتناثرة ، وتحقيق المهم منها .

ثالثاً - قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له به طريقاً إلى الجنة..... »^(١) إذ كانت أمنيتي أن أكون من السالكين في هذا الدرب العظيم ، وأن أضع لبنة متواضعة في بنيانه ، فحرصت كل الحرص أن أبحث في موضوع لم يشعبه أحد بالبحث قبلي ، ويكون له صلة قوية بالحياة الواقعية العملية ؛ لينتبه من خلال عرض الأحكام الشرعية وأدلتها عظمة هذا التشريع الإلهي الذي أراده الله تعالى للناس ؛ لتسيير سبل التعامل بينهم على أساس من العدل ، داعياً الله تعالى أن يصبح هذا التشريع منهجاً لكل البشر في أصقاع الأرض من أجل أن يعيش الناس في نور الحق والعلم والعدل .

هدف البحث :

من خلال ما أوضحت من أهمية لهذا الموضوع يظهر الغرض من البحث فيه وتناوله والذي يتلخص فيما يأتي :

١- صياغة نظرية عامة للفسخ توضح مفهومه وتحدد أسبابه وتبين شروطه وأنواعه وتفصح عن آثاره وموانعه ؛ لتعطي صورة متكاملة عن حل العقد ونقضه ، وفي هذا استجابة لبعض الباحثين^(٢) الذين يرون أن الشريعة الإسلامية تعرف الفسخ ، لكنها لم تضع نظرية عامة له .

٢ - إظهار الفرق بين الفسخ والبطان والفساد ؛ لدفع توهم بعض الباحثين القانونيين^(٣) الذين قالوا : إن « الفقه الإسلامي لا يفرق في المصطلح بين البطان والفساد وبين الفسخ »^(٤) من خلال تناول هذه المصطلحات والمقارنة بينها ، إذ اتضح أن فقهاءنا الكرام قد عرفوا نظام

(١)- أخرجه مسلم : كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر / ٢٦٩٩ /

(٢)- كالدكتور مصطفى عبد السيد في كتابه فسخ العقد : ١٤ .

(٣)- كالأستاذ عبد الحميد الشواربي في كتابه فسخ العقد : ٩ .

(٤)- فسخ العقد : عبد الحميد الشواربي : ٩ .

الفسخ بشكل يختلف كلياً عن القانونيين ، وإن كانوا أحياناً يستخدمون لفظ الفساد أو البطلان للدلالة على الفسخ ، ولكنهم يدركون أن ثمة اختلافاً بين هذه المصطلحات الثلاثة .

٣- الرد على بعض الباحثين^(١) الذين تأثروا بالفكر القانوني فأخرجوا العقود غير اللازمة من دائرة الفسخ استناداً على أنها غير لازمة بطبيعتها ، وقيد البعض الآخر^(٢) منهم الفسخ بالخيارات ، فقال : « محصلة القول في الشريعة الإسلامية أن الفسخ يقع استعمالاً لخيار من الخيارات التي عرفها الفقه الإسلامي فقط »^(٣) ، ولم يدركوا وقوع الفسخ في الفقه الإسلامي بالإفلاس والإعسار والإقالة وبعدم اللزوم أصالة وبالغرض الطارئ ، وبالشرط الجعلي ، فكان في هذه الأطروحة توضيحاً لحقيقة أسباب الفسخ ، والله من وراء القصد .

الدراسات السابقة :

لم أعثر على كتاب قديم أو حديث - فيما أعلم - أفرد بحث الفسخ وتطبيقاته في الفقه الإسلامي بشكل مستقل ووافٍ ، يتناول جميع عناصره وأنواعه وأسبابه وموانعه وشروطه وصوره في العقود ، ومن كتب فيه كان تناوله للموضوع بشكل جزئي ، ومن ذلك الدكتور حسن الذنون الذي درس الفسخ دراسةً غلب عليها الطابع القانوني أكثر من الفقه الإسلامي ، أسماها النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة ، وكان الأولى أن يكون عنوان تلك الرسالة ، النظرية العامة للفسخ في القانون المدني دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي ؛ لأن الدكتور الذنون جعل من الفقه القانوني الأصل في رسالته ثم قارنه بالفقه الإسلامي ؛ لذا غلب عليها الطابع القانوني - كما قلت - أكثر بكثير من الطابع الشرعي ، فضلاً على أنها لم تستوعب كل حيثيات وجزيئات نظرية الفسخ مع استحياء في طرح الأمثلة الفقهية .

وكذلك الأستاذ الدكتور أحمد الحجى الكردي في كتابه : « فسخ الزواج » ، وقد أجاد في عرضه لمسألة الفسخ في عقد النكاح ، الذي هو صورة من صور نظرية الفسخ ، كما أن أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي حفظه الله تعالى قد تعرض لقضية الفسخ باختصار شديد في موسوعته : « الفقه الإسلامي وأدلته »^(٤) .

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنني وجدت من استفاض في هذا الموضوع من القانونيين ، ومن

(١) - كالأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، انظر ، كتابه مصادر الحق : ٢١٦/٦ .

(٢) - كاللكتور مصطفى عبد السيد في كتابه فسخ العقد : ١٤ .

(٣) - فسخ العقد : د. مصطفى عبد السيد ١٤ .

(٤) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٤٧/٤ وما بعدها (ط٤) .

ذلك كتاب الفسخ والانسفاخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقہ لـ محمد محمود المصري ، وعند تصفحي لهذا الكتاب وجدته يتحدث عن الفسخ في الفقہ القانوني ، ومثل ذلك كتاب فسخ العقد في ضوء القضاء والفقہ لـ : عبد الحميد الشواربي . وهذا ما زاد رغبتني في أن أكتب في هذا الموضوع كوجه مقابل لذلك ؛ لبيان عظمة الدين الإسلامي في تشريعه القائم على أساس التوازن والعدل والمساواة

فجاءت هذه الأطروحة مختلفة عن الدراسات السابقة من حيث إنها تعطي صورة متكاملة عن نظرية الفسخ في الفقہ الإسلامي بمذاهبه الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، ولم تقتصر على جانب معين من جوانب المعاوزات ، بل كانت شاملة ومؤصلة لكل الفروع الفقهيّة ذات الصلة ، فضلاً عما تطرحه من حل لكثير من المسائل الفقهيّة المنثورة في كتب الفقهاء القدامى بسهولة ويسر مع وضوح العبارة وسلاسة العرض .

– منهج البحث :

تعتمد هذه الدراسة على :

*- المنهج الاستقرائي عن طريق تتبع مفردات البحث ومسائله في المصادر والمراجع من الكتب الفقهيّة القديمة منها والمعاصرة ، جامعاً شتات فروعه الفقهيّة بصورة علمية بأدلا غاية جهدي وسعة طاقتي ووقتي .

**- المنهج التحليلي عن طريق عرض صورة المسألة الفقهيّة ، وتحليلها إلى عناصرها ومفرداتها بأسلوب علمي دقيق .

***- المنهج المقارن عن طريق جمع المسائل والأحكام الفقهيّة المتعلقة بالموضوع والمقارنة بينها في المذاهب الفقهيّة الأربعة بأسلوب يُظهر الأدلة من مصادرها التشريعية ويبيّن وجوه الاستدلال بها ومناقشتها كلما دعت الحاجة .

طريقة البحث ومصادر استمداده :

اتّبع في إعداد هذا البحث منهجاً عاماً ، ألخصه في النقاط الآتية :

١- اعتمدت في هذا البحث على التّأصيل لا على كثرة التّفرّيع ، فكانت أتعرض لأهم المسائل المتعلقة بالفسخ دون إحصائها ، كون البحث نظرية عامة .

٢- اتبعت منهج المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة : الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ؛ لأنها المعتمدة والمشهورة في العالم الإسلامي ، ولم أقتصر على مذهب واحد فيها ؛ لأن الإقتصار على مذهب واحد لا يعطي صورة كاملة عن حقيقة الفقه الإسلامي ، وحاولت جهدي ألا ادع قول مذهب منها في كل أجزاء البحث إلا إذا لم أعتز لأحد منهم على قول فيما تطرقت إليه ، وقد قمت أيضاً بالموازنة بين هذه المذاهب وأدلتها ودراستها باذلاً جهدي ومستفزاً وسعي لعلي أوفق إلى الصواب.

٣- لم أتعرض لكثير من المسائل التي أشبعت بحثاً ، وخاصة ما له علاقة بعقد النكاح ؛ لأن أساتذنا الفاضل الدكتور أحمد الحجى الكردي قد فصل القول فيها تفصيلاً يغني عن غيره ، ولكنني أحياناً كنت ملزماً في بحث بعض المسائل ؛ ليستقيم البحث بشكل نظرية متكاملة تتناول جميع العقود ؛ لتخرج في ثوب متجانس ومتناظر .

٤- اعتمدت في بحثي على أمهات الكتب الفقهية لكل مذهب ، منوعاً مصادر المذهب الواحد ؛ لتثبيت الحكم الصحيح في المسألة المعروضة ، خاصة عندما تدور حول ذلك الحكم أقوال كثيرة وآراء متعددة في المذهب نفسه ، وهذا كله لم يُثنني عن الاستئناس بالكتب الفقهية المعاصرة التي تبحث في أطراف هذا الموضوع ؛ لتتبلور المسألة ، ولتخرج في صورة علمية صحيحة .

٥- حاولت جهد استطاعتي أن أتحري الدقة في البحث ، فلا أقرر حكماً إلا بعد التدقيق والبحث والمقارنة ، ولا أعزو القول إلا لقاتله ، فإن تعذر ذلك وهو قليل جداً أشير إلى المصدر الذي نقله ، ولا أنقل رأي مذهب إلا من كتبه المعتمدة ، فإن وجدت خلافاً في المذهب الواحد أكتفي في الراجح منها في أغلب الأحيان .

٦- لم أفرد فصلاً ولا مبحثاً بعينه في سرد التطبيقات ؛ لأنها عادة تأتي في ثنايا البحث كأمثلة على الأصول المعروضة إلا في بعض الحالات التي استدعت ذلك ، إذ تم إفرادها ببعض المطالب المحددة ، وما تصريحني في عنوان هذه الأطروحة « نظرية الفسخ وتطبيقاتها » إلا لتأكيد ضرورة وجود أمثلة وتطبيقات في ثنايا البحث ، لا بمفردها ؛ لتأخذ الصورة شكلها العلمي الصحيح .

٧- لم أتعرض لمسائل الفسخ على العبيد والإماء إلا في حالات محدودة جداً استدعتها طبيعة المسألة المدروسة ؛ لانتفاها من عصرنا ، والأولى في الدراسات ما طابق الواقع، ولبى حاجات الناس في معرفة الأحكام الفقهية بصورة سهلة ميسرة.

- ٨- لم أتعرض لفسخ العبادات ؛ لأنها بحثي في العقود والتصرفات^(١) .
- ٩- اتبعت في هذه الأطروحة منهج التوثيق بالنص ، أي أنني أقوم أولاً بعرض المذهب أو القول ، ثم أقوم بتوثيقه بعد ذلك بنص يؤيده من المصادر الأصلية المعتمدة ؛ ليكون القارئ على بينة من الحكم ، وذلك في أغلب الأحيان ، إذ ربما أخطيء في فهمي لمضمون النص فيكون ذلك النص الفقهي حكماً في ذلك ، ثم أشير إلى اسم المرجع في الحاشية .
- ١٠- اتبعت في الترجيح بين الأقوال في المسائل المختلف فيها الحجة القوية الظاهرة التي تبنت لي ، ولم أتعصب لمذهب بعينه استناداً إلى الأدلة المعروضة في المسألة بعد مقارنتها ومعرفة القوي منها والضعيف .
- ١١- عزوت الآيات والأحاديث والآثار إلى مظانها ، واقتصر في تخريج الأحاديث والآثار على الصحيحين ، فإذا لم أجد في أحدهما خراجاً من السنن ذكراً الكتاب والباب ورقم الحديث مع بيان درجتها وأقوال المحدثين فيها ، وأما في غير الصحيحين والسنن فقد اكتفيت بذكر الجزء والصفحة ورقم الحديث ، ولم أعتز على بيان درجة بعض الآثار .
- ١٢- ترجمت للأعلام غير المعاصرين الذين ورد ذكرهم في متن الرسالة ، مستثنياً منهم الصحابة الكرام ورجال أسانيد الأحاديث والآثار ، فلم أترجم لهم ، ثم ذيلت الرسالة بفهارس

(١)- وتجدر الإشارة إلى أن الفسخ لا يكون إلا في العقود والتصرفات ويندر في العبادات لذا لم أتعرض لها في صلب البحث

ولكن يمكن أن أشير إلى أنه يمكن تلمس الفسخ في العبادات في مسألة فسخ الحج إلى العمرة كما يأتي :

*- فسخ الحج إلى عمرة : ومعناه تحويل النية من الإحرام بالحج إلى العمرة ، اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين : الرأي الأول : وأصحابه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يرون أنه لا يجوز فسخ الحج إلى العمرة وما فعله الصحابة الكرام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مختص بهم بدليل ما روي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن الحارث بن بلال بن الحارث المدني عن أبيه قال : ((قلت يا رسول الله أفسخ الحج لنا خاصة أم للناس عامة قال : بل لنا خاصة)) أخرجه النسائي في كتاب الحج باب سوق الهدى / ٣٧٩٠ . قال النووي في المجموع : ١٤٠/٧ ((وقال القاضي عياض في شرح صحيح مسلم جمهور الفقهاء على أن فسخ الحج إلى العمرة كان خاصاً للصحابة)) . انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٣٢١/٤ ، فتح القدير : ١٥١/٥ وما بعدها ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٧٢/٣ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٤٦٠/٦ ، بداية المجتهد : ٢٤٣-٢٤٤ / ١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٧٥/٦٣ ، المجموع : ١٤٠/٧ .

الرأي الثاني : وأصحابه الحنابلة الذين يرون جواز فسخ الحج إلى عمرة فقد ذكر البيهقي في كشف القناع : ٤١٥/٢ : ((ويسن لمن كان قارناً أو مفرداً فسخ نيتهما بالحج ، وينويان بإحرامهما ذلك عمرة مفردة فإذا فرغاً منها أي العمرة وحللاً أحراماً بالحج ليصيروا متمتعين ما لم يكونا ساقاً هدياً ؛ لأنه صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه الذين أفردوا الحج وقروا أن يحلوا كلهم ويجعلوها عمرة إلا من كان معه هدي متفق عليه ، وقال سلمة بن شبيب : حصول كل شيء منك حسن جميل إلا خصلة واحدة فقال وما هي قال تقول بفسخ الحج ، قال كنت أرى لك عقلاً عندي ثمانية عشر حديثاً جيداً صحاحاً كلها في فسخ الحج أتركها لقولك ، وقد روى فسخ الحج إلى العمرة ابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة وأحاديثهم متفق عليها ورواه غيرهم من وجوه صحاح)) . انظر أيضاً المغني : ٣٩٧/٦ ، الفروع : ٣٢١/٥ ، كشف القناع : ٤١٥/٢ .

التمهيد

تعريف العقد ومشروعيته وطرق إنهائه

وفيه المطالب الآتية :

- المطلب الأول : تعريف العقد .
- المطلب الثاني : الفرق بين العقد والالتزام والتصرف .
- المطلب الثالث : مشروعية العقد .
- المطلب الرابع : طرق إنهائه .

المطلب الأول

تعريف العقد

أولاً - تعريف العقد لغة :

جاء في لسان العرب^(١) وغيره^(٢) : ((العقد : نقيضُ الحَلِّ ، عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا وَتَعْقَادًا وَعَقْدَهُ يُقَالُ : عَقَدْتَ الحَبْلَ وَالبَيْعَ وَالعَهْدَ فَانعقد ، والعقد : العهد ، والجمع عقود ، وهي أوكد العهود ويقال : عهدت إلى فلان في كذا وكذا ، وتأويله : ألزمته ذلك ، فإذا قلت : عاقدته أو عقدت عليه ، فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق ، فالمعاقدة : الميثاق ، وقيل : عَقْدُهُ كَلَّ شَيْءٌ : إبرامه ويقال أيضاً : عقدت الحبل فهو معقود)) وذلك إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما .
وجاء في القاموس المحيط : ((عَقَدَ الحَبْلَ وَالبَيْعَ وَالعَهْدَ يَعْقِدُهُ : شدّه ، والعقدُ : الضمانُ والعَهْدُ))^(٣) .

ومنه يتبين أن كلمة العقد في اللغة لها معان كثيرة منها : الربط والشد والضمنان والعهد والإحكام والقوة والجمع بين شيئين ، مما يمكن جمعها في معنيين :
((الأول : الجمع بين أطراف الشيء وربطها ، ومن معنى الجمع والربط الحسي بين طرفي الحبل ، أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام ، فيقال : عقد البيع ونحوه من كل ما فيه ربط بين كلامين .

الثاني : إحكام الشيء وتقويته ، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق ، والضمنان ، وكل ما ينشئ التزاماً))^(٤)

ثانياً - تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء :

المنتبغ لكلام الفقهاء في تفصيلات العقود المختلفة يجد أنهم استعملوا كلمة العقد بمعنيين :
الأول منهما : للتعبير عن كل ما يوقعه الشخص على نفسه من التزام ، فأطلقوه على الوقف

(١) - لسان العرب : ابن منظور مادة / عقد / ، ٢٩٦/٣ وما بعدها

(٢) - مختار الصحاح : الرازي مادة / عقد / ، ١٨٦/١ ما بعدها

(٣) - القاموس المحيط : الفيروزآبادي مادة / عقد / باب الدال فصل العين .

(٤) - الملكية ونظرية العقد في الشريعة : محمد أبو زهره ١٧٩ .

واليمين والإبراء ونحوها ؛ لأن المرء في مثل هذه التصرفات يوجب على نفسه التزاماً ، وكذلك يطلق على البيع والإجارة والرهن وغيرها ، وفي ذلك يقول الزركشي^(١) : « وللعقد الشرعي اعتبارات ، الأول باعتبار الاستقلال به وعدمه إلى ضربين : عقد ينفرد به العاقد — وذكر منها الوقف واليمين والنذور — وعقد لا بد فيه من متعاقدين^(٢) » وضرب له أمثلة كالبيع والإجارة والسلم والشركة والوكالة والرهن وغيرها بعد أن أوضح أقسامه .

قال الجصاص^(٣) موضحاً هذا المعنى : « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقده على غيره فعله على وجه إزماءه إياه ؛ لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود عقود المبيعات ونحوها ، فإنما أريد به إزماء الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه ، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى في المستقبل من الأوقات ، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، وسمي اليمين على المستقبل عقداً ؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك ، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفناه من اقتضائه بما شرطه على واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور ، وإيجاب القرب ، وما جرى مجرى ذلك^(٤) .

يفهم من كلام الزركشي والجصاص أنهما يطلقان على الالتزام الذي يوقعه المرء على نفسه اسم العقد سواء صدر بإرادة منفردة أم بإرادتين ، وهو ما أوضحه أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي عندما أطلق على معنى العقد بهذا المفهوم ما يسمى بالمعنى العام له فقال : « فهو : كل ما عزم المرء على فعله ، سواء صدر بإرادة منفردة كالتوقف والإبراء والطلاق واليمين ، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن ، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً ، سواء من شخص واحد أو من شخصين^(٥) .

وعليه : فإن كل ما يتضمن التزاماً شرعياً يسمى عقداً بالمعنى العام سواء أكان ذلك

(١) - الزركشي : (٧٤٥-٧٩٤) وهو محمد بن بهادر بن عبد الله ، بدر الدين ، ويقاب بالزركشي ؛ لأنه تعلم صناعة الزركش في صغره ، وهو فقيه أصولي محدث أديب ، عالم بفقهاء الشافعية والأصول . تركي الأصل ، مصري المولد والوفاء . له تصنيفات كثيرة في عدة فنون ، من أهم كتبه البحر المحيط ، تفسير القرآن العظيم والمنثور في القواعد الفقهية . (انظر : الأعلام : الزركشي ١٤/٦) .

(٢) - المنثور في القواعد الفقهية : الزركشي ٢ / ٣٩٧-٣٩٨

(٣) - الجصاص : (٣٠٥-٣٧٠) وهو أحمد بن علي الرازي ، أبو بكر الجصاص : فاضل من أهل الري ، سكن بغداد ومات فيها . انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره . وخطوب في أن يلي القضاء فامتنع ، كان إماماً مفسراً أصولياً من أهم كتبه : أحكام القرآن ، شرح مختصر الطحاوي والتصول في الأصول . (الأعلام : الزركشي ١/٤١٦) .

(٤) - أحكام القرآن : الجصاص ٢/٤١٦-٤١٧ .

(٥) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٨٠ (ط ٣) .

الالتزام ناشئاً من إرادة واحدة أم من إرادتين ، ((وهذا المعنى للعقد لا يبتعد كثيراً عن المعنى اللغوي ، بل تقييد وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم))^(١) .

الثاني ، أو ما يسمى بالمعنى الخاص للعقد : وهو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء عند حديثهم عن أنواع العقود المختلفة في نصوصهم الفقهية ، فقد قال البابرّي^(٢) : ((العقد هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل))^(٣) ، وجاء في حاشية ابن عابدين^(٤) : ((العقد هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً))^(٥) ، وقال الدسوقي^(٦) : ((العقود هي ما تتوقف إلى إيجاب وقبول))^(٧) ، وأما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت العقد بهذا المعنى بشكل أدق حيث نصت على أنه : ((تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما))^(٨) .

وقال صاحب مرشد الحيران : ((العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))^(٩) .

يتبين من هذه التعريفات المتقاربة ومما أشار إليه الفقهاء^(١٠) إلى أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

تحليل التعريف وإيضاحه^(١١) :

١- يظهر من التعريف أنه لا بد من وجود طرفين أحدهما صاحب الإيجاب ويسمى موجبا

(١)- الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ١٧٩

(٢)- البابرّي : (ت ٧٨٦هـ) : محمد بن محمد بن محمود الرومي البابرّي ، نسبة إلى (بابرتا) قرية بنواحي بغداد ، وهو فقيه حنفي ، كان إماماً محققاً مدققاً بارعاً في الحديث ، حسن المعرفة بالعربية والأصول ، ومن مؤلفاته : (العناية شرح الهداية) . الفوائد البهية : للكنوي ٣٢٠ ، الأعلام : للزركلي ١٤٧ .

(٣)- العناية شرح البداية : للبابرّي ٦ / ٢٤٦ .

(٤)- ابن عابدين (١١٩٨ - ١٢٥٢) : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين النمشقي الحنفي ، ولد بدمشق وتوفي فيها ، فقيه أصولي خاتمة المحققين من مؤلفاته (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - مجموعة رسائل ابن عابدين - منها تنبيه الرقود على مسائل النقود ، نشر العرف في بناء بعض أحكام على العرف . معجم المؤلفين : ٧٧/٩

(٥)- حاشية ابن عابدين : ٣ / ٩ ، وانظر ، البحر الرائق : ابن نجيم ٥ / ٢٨٣ .

(٦)- الدسوقي : (ت ١٢٢٣هـ) . محمد بن أحمد بن عرفة ، فقيه مالكي من علماء العربية والفقهاء ، من أهل دسوق بمصر ، ولد في القاهرة وتعلم وأقام فيها ، صاحب الحاشية المعروفة بحاشية الدسوقي على الشرح الكبير . انظر الأعلام : للزركلي ٦ / ١٧

(٧)- حاشية الدسوقي : ٣ / ٥

(٨)- مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٠٤

(٩)- مرشد الحيران : المادة ٢٦٢ .

(١٠)- انظر ، بداية المبسوطي : ١ / ١٣٠ ، البحر الرائق : ابن نجيم ٣ / ٨٧ ، حاشية الدسوقي : ٣ / ٥ ، المنثور في القواعد الفقهية : للزركلي ٢ / ٣٧٩ وما بعدها ، كشاف القناع : للبهوتي ٣ / ١٤٦ ،

(١١)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٨١ ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة : د. أحمد فرج حسين ١٢٧-١٢٨ ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي : د. عدنان خالد التركماني ٢٢ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١ / ٢٨٢-٢٨٣

والآخر صاحب القبول ويسمى قابلاً . يملكان إرادتين متوافقتين ، وعليه : يكون البيع والصلح والشركة والإجارة والمزارعة ونحوها عقوداً ؛ لوجود إرادتين متوافقتين بالإيجاب والقبول من الطرفين ، بيد أن كلاً من الوقف والإبراء والنذر واليمين لا تسمى عقوداً بهذا المعنى ؛ لتحققها بإرادة واحدة .

٢- إن تعلق الإيجاب بالقبول دال على الرضا ، سواء أكان ذلك قولاً أم كتابة أم إشارة أم فعلاً .

٣- نلاحظ أن التعريف قد قيد توافيق الإرادتين على وجه مشروع ، وذلك لإخراج كل اتفاق على وجه غير مشروع ؛ فقد يوجد ارتباط بين إرادتين بإيجاب وقبول على وجه غير جائز شرعاً ، كالاتفاق على سرقة مال فلان أو قتله أو إحراق بيته ، ومثل هذا يتنافى مع ما أمر به الشرع الحنيف .

٤- يتبين أيضاً أنه حتى يتم العقد بشكل كامل لا بد من ظهور أثر لتوافق الإيجاب والقبول في المعقود عليه الذي هو محل العقد ، وفي ذلك يقول صاحب الدرر : ((المراد بالعقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعي ، بل الأجزاء المرتبطة نحو زوجت أو تزوجت ، وكذا بعث أو اشتريت ، بحيث إذا وجد ، وجد معه معنى شرعي يترتب عليه حكم شرعي مثلاً إذا قيل : (زوّجتُ وتزوّجتُ) وجد معنى شرعي يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة . وكذا إذا قيل بعثت واشتريت ، وجد معنى شرعي هو البيع ، يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين))^(١) . وعليه : فإنه متى توافقت الإرادتان بإيجاب وقبول على وجه مشروع ، فإن ذلك يترتب عليهما حكماً شرعياً ، أو أثراً أصلياً يرتبه الشارع في المعقود عليه . فيخرج بسبب ذلك من حالته الأولى إلى حالة جديدة ، فإذا لم ينتقل المعقود عليه نتيجة هذا الاتفاق ، أو لم يكن له أثر ، لا يعد عندئذ العقد منعقداً ، ففي عقد البيع مثلاً يخرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري ، ويخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع ، وبالتالي نجد لعقد البيع أثراً في محله .

وعليه : لو اتفق الشريكان على بيع حصة كل منهما للآخر في سيارة أو دار مملوكة لهما بالحصة المساوية لها ، فإن هذا الاتفاق المشروع لا يعد عقداً ؛ لعدم وجود أي أثر له في محل العقد .

(١) - درر الحكام شرح غرر الأحكام : محمد بن فرموزا (ملاخسرو) ١/٣٢٦ .

المطلب الثاني

الفرق بين العقد والالتزام والتصرف

وتجدر الإشارة إلى أنه لا بد من التمييز بين العقد والالتزام والتصرف ، إذ إنها كلمات تتردد كثيراً في نصوص الفقهاء والعلماء عند حديثهم عن المعاملات ، بالإضافة إلى أنها قد تتشابه فيما بينها وتلتبس ، ومن ثم كان من المفيد بيان حقيقة الفرق بينها .

١- العقد والالتزام :

أ - الالتزام في اللغة :

أصل الالتزام في اللغة من لزم يلزم لزوماً بمعنى ثبت ودام ، فيقال : ألزمته أي أثبتته وأدمته ، ويقال أيضاً : لزمه المال ، أي وجب عليه ، ولزمه الطلاق ، وجب عليه حكمه وهو قطع الزوجية ، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه ، والتزمه : اعتنقه ، والالتزام : الاعتناق^(١) .

ب - الالتزام في اصطلاح الفقهاء :

فقد ذكر الحطاب^(٢) معنى الالتزام بقوله : « هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء ، فهو بمعنى العطية ، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك ، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام^(٣) . وهو بهذا المعنى يشمل جميع التصرفات التي يوقعها الشخص على نفسه سواء أكان بإرادة واحدة أم بإرادتين ، يقول أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : « الالتزام هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال^(٤) .

وبناء على ما تقدم وبالموازنة نجد أن كلمة الالتزام ترادف كلمة العقد بمعناه العام ؛ لأنه

(١) - المصباح المنير : الفيومي مادة / لزم / ، لسان العرب : ابن منظور مادة / لزم / ، القاموس المحيط : الفيروزآبادي مادة / لزم / باب الميم فصل اللام .

(٢) - الحطاب : (٩٠٢-٩٥٤) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ، أبو عبد الله ، المعروف بالحطاب : فقيه مالكي ، من علماء المتصوفين . أصله من المغرب . ولد واشتهر بمكة ، ومات في طرابلس الغرب . من كتبه (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل) و (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) الأعلام : الزركلي ٩ / ٧ .

(٣) - تحرير الكلام في مسائل الالتزام : الحطاب ٦٨ - ٦٩ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٨٢ - ٨٣ .

هو كل ما يعزم الشخص على فعله إما بإرادته المنفردة ، وإما باجتماع إرادتين ، وهذا ما يتضمنه معنى الالتزام . أما العقد بمعناه الخاص – كما تبين سابقاً – لا يتحقق إلا من اجتماع إرادتين ، وبذلك يمكن القول : إنه أخص من الالتزام أو نوع منه . ومن هنا فإن الالتزام أعم من العقد بمعناه الخاص ويرادف العقد بمعناه العام^(١) .

٢- العقد والتصرف :

أ- التصرف في اللغة :

التصرف في اللغة أصلها من صَرَفَ ، والصَّرَفُ : رد الشيء عن وجهه ، ومنه : صَرَفَهُ يَصْرِفُهُ صَرَفًا فَانصَرَفَ ، والصَّرَفُ : التقلب والحيلة ، فيقال : وصَرَفْتَهُ في الأمر تصريفًا فَتَصْرَفَ : قلبته فتقلب ، ويقال أيضا : فلان يصرف ويتصرف ، ويصطرف لعياله أي يكتسب لهم ، ومنه التصرف في الأمور^(٢) .

وعليه : فإن التصرف في اللغة التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب^(٣) .

ب- معنى التصرف في اصطلاح الفقهاء :

لم أعثر على تعريف للتصرف في الاصطلاح عند فقهاءنا المتقدمين ، ولكن أجدهم يستعملون لفظ التصرف للدلالة على ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل يرتب الشرع عليه نتيجة ما سواه أكان ذلك لصالحه أم لا .

ومن استعمالات الفقهاء في ذلك :

١- قال الحموي^(٤) : ((إن التصرف في ملك الغير بغير إذنه لا يجوز))^(٥) .

٢- قال الشيخ أحمد الدردير^(٦) رحمه الله تعالى : ((وبقي هنا مسألة ضرورية كثيرة الوقوع وهي أن يموت الرجل عن أولاد صغار ، لم يوص عليهم فتصرف في أموالهم عمهم

(١)- نظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : أساتذتنا الدكتور وهبه الزحيلي ٨٣ / ٤ ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي : د. عدنان التركماني ٢٧ .

(٢)- لسان العرب : ابن منظور مادة / صرف / ١٨٩ / ٩ وما بعدها – القاموس المحيط : الفيروزآبادي مادة / صرف / باب الغاء فصل الصد – وانظر ، مختار الصحاح : مادة / صرف / ١ / ١٥٢ .

(٣)- الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ٧١ / ١٢ .

(٤)- الحموي (ت ١٠٩٨) أحمد بن محمد مكي ، أبو العباس ، شهاب الدين الحسيني الحموي من علماء الحنفية ، حموي الاصل ، مصري ، كان مدرسا بالمدرسة السليمانية بالقاهرة ، وتولى إفتاء الحنفية ، وصنف كتبا كثيرة ، منها (غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ، و (نقحات القرب والاتصال و الدر التفسير في مناقب الشافعي ، وكشف الرمز عن خبايا الكنز) الأعلام للزركلي : (١ / ٢٣٩) .

(٥)- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : الحموي ٢٢٤ / ١ .

(٦)- الدردير : (١١٢٧ - ١٢٠١) أحمد بن محمد بن أحمد العدوي ، أبو البركات الشهير بالدردير : فاضل ، من فقهاء المالكية ، ولد في بني عدي (بمصر) وتعلم بالأزهر ، فقيه صوفي ، وتوفي بالقاهرة ، من كتبه (قرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، وفتح الغدير في أحاديث البشير النذير) ، معجم المؤلفين : ١٧ / ٢ الأعلام للزركلي : ١ / ٢٤٤ .

أو أخوهم الكبير أو جدهم بالمصلحة ، فهل هذا التصرف ماض أم لا ذكر أشياخنا أنه ماض لجريان العادة بأن من ذكر يقوم مقام الأب ، لا سيما في هذه الأزمنة التي عَظُمَ فيها جور الحكام بحيث لو رُفِعَ لهم حال الصغار لاستأصلوا مال الأيتام ((^(١)).

١- قال الرملي^(٢) : ((وتصرفه - أي الرقيق - كما قاله الإمام على ثلاثة أقسام ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة))^(٣) .

٤- وقال العز بن عبد السلام^(٤) في تصرف الآحاد في الأموال العامة عند جور الأئمة : ((لا يتصرف في أموال المصالح العامة إلا الأئمة ونوابهم ، فإذا تعذر قيامهم بذلك ، أمكن القيام بها ممن يصلح لذلك من الآحاد))^(٥) .

٥ - وقال الزركشي : ((تصرف الإمام على الرعية منوطة بالمصلحة))^(٦) .

يفهم من هذه النصوص الفقهية وغيرها مما قاله أو أشار إليه الفقهاء، أن التصرف يقصد به في الفقه الإسلامي ما يصدر عن الإنسان بإرادته من قول أو فعل ، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار ، وهذا ما أوضحه الدكتور عدنان التركماني بقوله : ((التصرف في النظر الفقهي يعني كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل يرتب عليه الشارع نتائج سواء كان ذلك في صالحه أو كان في غير صالحه ، فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق والزواج والطلاق والإبراء والقذف وغير ذلك من الأقوال التي يرتب الشرع عليها نتائج . كما يشمل الأفعال كإجراز المباحات والانتفاع بما يملك أو سمح له الانتفاع والاستهلاك لما يملك أو سمح استهلاكه ، وكالضرب وشرب الخمر وغير ذلك من الأفعال التي يرتب الشارع عليها مسؤولية مدنية أو جنائية))^(٧) ، وأشار إليه أيضاً الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : ((والتصرف بالمعنى الفقهي هو : ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية))^(٨) .

(١)- الشرح الكبير وعليه حاشية السوقي : ٤٥٢/٤ .

(٢)- الرملي : (٩١٩ - ١٠٠٤) : أحمد بن حمزة الرملي ، شهاب الدين : فقيه شافعي ، من رملة المنوفية بمصر . توفي بالقاهرة . اشتمل بالفقه والتفسير والنحو والصرف والمعاني والبيان والتاريخ ، من كتبه (فتح الجواد بشرح منظومة ابن العماد ، نهاية المحتاج في شرح المنهاج) الأعلام : ٢٦/١ .

(٣)- نهاية المحتاج : الرملي ٤/١٧٠-١٧١ .

(٤)- العز بن عبد السلام : (٥٧٧ - ٦٦٠) ، هو عبد العزيز بن عبد السلام ابن أبي القاسم بن الحسن ، الشيخ الإمام ، عز الدين ، أبو محمد السلمي الدمشقي ، فقيه شافعي ، ومجتهد أصولي ومحدث ، جمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه والأصول والعربية ، وله تصانيف كثيرة من : (قواعد الأحكام في مصالح الأئمة ، الغاية في اختصار النهاية للجويني) طبقات الشافعية : ١٠٩ - ١١١ .

(٥)- قواعد الأحكام في مصالح الأئمة : العز بن عبد السلام ٨٢/١ .

(٦)- المنثور في القواعد الفقهية : الزركشي ٣٠٩/١ .

(٧)- ضوابط العقد : د. عدنان التركماني ٢٤-٢٥ .

(٨)- المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٣٧٩/١ .

وبه يتبين أن التصرف نوعان قولي وفعلي :

أ - التصرف الفعلي : وهو ما كان قوامه الفعل ، كالغصب والإتلاف واستلام المبيع ودفع الثمن وغيرها .

ب - التصرف القولي : وهو كل ما يصدر عن الشخص من أقوال يرتب عليها الشرع أثارا معينة ، أو هو ما كان قوامه القول ، كالطلاق والهبه والبيع والإقرار ونحوها . وهو قسمان :

الأول : عقدي وهو كل تصرف ناتج عن اتفاق إرادتين كالشركة والبيع والإيجار وما شابه ذلك من العقود .

الثاني : غير عقدي ويقصد به كل تصرف يُنشئ حقا كالوقف أو يُنهيهِ كالطلاق أو يُسقطه كالإبراء عن الدين والتنازل عن الشفعة^(١) ، كما ويراد به مجرد إخبار بحق كالإقرار^(٢) الذي عرف بأنه : ((إخبار بحق لآخر عليه وإخبار عما سبق))^(٣) ، وكالدعوى التي عرفت أيضا بأنها : ((قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير))^(٤) .

يتبين مما تقدم أن التصرف والعقد ألفاظ مترادف في بعض الأحيان وتتباين في بعضها الآخر ، فالعقد بمعناه الخاص يرادف التصرف القولي العقدي ويساويه في المعنى ، بخلاف المعنى العام له الذي قد يقارب معنى التصرف القولي غير العقدي في بعض الأوجه ، ويناقضه في بعضها الآخر ، وكلا المعنيين يباين التصرف الفعلي ، لذلك يمكن القول : إن التصرف أعم من العقد ، فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقدا^(٥) .

.....

(١) - الشفعة : هي عبارة عن تملك العقار جبرا على مشتريه بما قام عليه أي بالثمن الذي قام عليه العقد ، أو أنها تملك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار . والشفع هو من له الشفعة (قواعد الفقه : محمد عميم البركتي / ١ / ٣٤٠ ، التعريفات : الجرجاني ١٦٨) .

(٢) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٨٣ ، الملكية ونظرية العقد : د. أحمد فرج حسين ١٣٢ ، ضوابط العقد : د. عدنان التركماني ٢٤ - ٢٥ .

(٣) - التعريفات : الجرجاني ٥٠ .

(٤) - المرجع السابق : ١٣٩ .

(٥) - وهذا يدخل تحت ما يسميه العلماء : ((العموم والخصوص المطلق)) بين الشئيين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه ((انظر في هذا إلى ما قاله الأستاذ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام : ٣٨١/١)) .

المطلب الثالث

مشروعية العقد

إنَّ مشروعية العقد والوفاء به ثابت في القرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع والمعقول ، وفيما يأتي الأدلة التي توضح ذلك :

١ - القرآن الكريم :

نصَّ البيان الإلهي صراحة على مشروعية العقود وضرورة الوفاء بها ما لم تخالف مبادئ الشرع ، بقوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))^(١) . قال البيضاوي^(٢) عند تفسيره لهذه الآية : ((ولعل المراد بالعقود ما يعم العقود التي عقدها الله سبحانه وتعالى على عباده وألزمها إياهم من التكاليف وما يعقدون بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به))^(٣) . أما ابن كثير^(٤) فقال عند شرحه لهذه الآية : ((فهذه الآية تدل على لزوم العقد وثبوته))^(٥) . وجاء في تفسير الطبري^(٦) أن المقصود بالعقود : ((هي العقود التي يتعاقدها الناس بينهم ويعقدها المرء على نفسه - ثم ذكر منها العقود الخمس - عقدة الأيمان وعقدة النكاح وعقدة العهد وعقدة البيع وعقدة الحلف))^(٧) . وقال الجصاص أيضاً : ((ظاهره إلزام كل عاقد موجب عقده ومقتضاه))^(٨) .

وعليه : فإنَّ العقد مشروع في الإسلام ما دام مقيداً بأحكام الشريعة وضوابطها ، وهو

(١) - سورة المائدة : الآية ١

(٢) - البيضاوي : (٣٧٠ - ٤٤٦) : أحمد بن علي بن إبراهيم بن أحمد أبو طالب بن أبي الحسين البيضاوي ولد ببغداد ، كان صدوقاً ، كان مولده حوالي سنة نيف وسبعين وثلاثمائة ومات في عشية يوم الجمعة السابع والعشرين من شهر رمضان سنة ست وأربعين وأربعمائة ودفن صبيحة يوم السبت في مقبرة الثنويري من أهم مصنفاته : التفسير المعروف بتفسير البيضاوي ، (تاريخ بغداد : الخطيب البغدادي ١٠٤/٣ تاريخ دمشق : ٢٤٥/٥٤) .

(٣) - تفسير البيضاوي : ٢ / ٢٨٨ .

(٤) - ابن كثير : (٧٧٤ - ٧٠١) : هو اسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء ، عماد الدين : حافظ مؤرخ فقيه . ولد في قرية من أعمال بصرى الشام ، وانتقل مع أخ له إلى دمشق سنة ٧٠٦ ، ورحل في طلب العلم . وتوفي بدمشق . تنقل الناس تصانيفه في حياته ، من كتبه : تفسير القرآن العظيم ، والبداية والنهاية ، وجامع المسانيد . (الأعلام : ١ / ٧٩) .

(٥) - تفسير ابن كثير : ٤ / ٢ .

(٦) - الطبري : (٣١٠ - ٢٢٤) : هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب ، أبو جعفر البغدادي ، الإمام في العلم ، صاحب التصانيف العظيمة ، والتفسير المشهور : جامع البيان في تأويل القرآن (طبقات الشافعية : ٢ / ١٠٠ - ١٠١) .

(٧) - جامع البيان عن تأويل القرآن : الطبري ٦ / ٤٨ .

(٨) - أحكام القرآن : الجصاص ٣ / ٥٣٢ ، وانظر ، أحكام القرآن للشافعي : جمعه الإمام أحمد بن الحسين البيهقي النيسابوري ٢ / ٦٦ - ٦٧ .

شامل لكل عقد أمر الشرع به أو تعاقدته الناس فيما بينهم ، كعقد البيع والنكاح والهبة ونحوها؛ استناداً لعموم الآية السابقة ، وهذا ما أكدته الثعالبي^(١) عند بيانه لمعنى الآية فقال : ((أمر جميع المؤمنين بالوفاء بكل عقد جار على رسم الشريعة))^(٢) .

أما ما نهى عنه الشرع من العقود يكون باطلاً ، يُحرّم الانتفاع به ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : ((المسلمون على شروطهم ما وافق الحق ذلك))^(٣) . (على معنى أن حقيقة إيمانهم إنما تظهر عند الوفاء بشروطهم ، إلا إذا ظهر منها ما يخالف ما شرعه الله تعالى فيسقط)^(٤) لحديث النبي صلى الله عليه وسلم القائل فيه : ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ))^(٥) . قال ابن حجر العسقلاني^(٦) : ((وفيه بطلان الشروط الفاسدة في المعاملات ، وصحة الشروط المشروعة))^(٧) . وقال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : ((ويقاس على الشروط الصحيحة كل عقد لا يصادم أصول الشريعة ، ويحقق مصالح الناس))^(٨) . وبالتالي فإن ما يخالف كتاب الله تعالى وسنة نبيه الكريم من عقد أو شرط فيه ، منقوض مردود ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً : ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد))^(٩) .

(١) - الثعالبي : (٧٨٩-٨٧٥) عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي الجزائري المغربي المالكي ، إماماً علامة مصنفاً اختصر تفسير ابن عطية في زمين وشرح ابن الحاجب الفرعي في زمين وعمل في الوعظ والرفاق وغير ذلك . من كتبه : (الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، والآثار والمعجزات النبوية ، وروضة الأنوار ونزهة الأختيار) . (الضوء اللامع : ٢ / ٢٩١ ، الأعلام للزركلي : ٣ / ٣٢١) .

(٢) - الجواهر الحسان في تفسير القرآن : الثعالبي ١ / ٤٣٦ .

(٣) - أخرجه أبو داود : كتاب الأفضية ، باب في الصلح / ٣١٢٠ ، وأخرجه الدار فطنى : كتاب البيوع ٢٨/٣ رقم / ١٠٠ ، أخرجه الحاكم في المستدرک عن أنس بن مالك : كتاب البيوع ٥٧/٢ رقم / ٢٣٠٩ ، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى كتاب شركة ، باب الشرط في شركة / ١١٢١١ ، جاء في تنقيح تحقيق أحاديث التعليق : ٥٣٥/٢ ((وهذا الحديث بهذا الإسناد ضعيف ، وهو غير مخرج في السنن ، وقد أخرجه الحاكم في المستدرک ، وفي رجاله عبد العزيز بن عبد الرحمن ، وهو أبو الأصيب القرشي وهو أحد الضعفاء)) ، وجاء في فيض التقدير : ٢٧٢/٦ ((قال ابن القطان : خفيف ضعيف - وهو أحد رواة الحديث - وقال ابن حجر : رواه الحاكم والبيهقي عن أنس وهو واه ، وعن عائشة وهو واه)) . ولكنه يقوى بالحديث الذي صححه الترمذي : كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح / ١٢٧٢ ، إذ قال : ((قَالَ الصَّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِنْ صَلَحَ حَرْمٌ حَتَّى أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِنْ شَرَطُوا حَرْمٌ حَتَّى أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا)) قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٤) - الملكية ونظرية العقد : د . أحمد فرج حسين ١٢٨

(٥) - أخرجه البخاري : كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء / ٢٥٧٩ ، وأخرجه مسلم : كتاب العلق ، باب إتمام الولاء لمن أعتق / ١٥٠٤ .

(٦) - ابن حجر العسقلاني : (٧٧٣ - ٨٥٢) : أحمد بن علي بن محمد الكنتاني العسقلاني ، أبو الفضل ، شهاب الدين ، ابن حجر : من أئمة العلم والتاريخ . أصله من عسقلان (بفسطاطين) ومولده ووفاته بالقاهرة . ولع بالادب والشعر ثم أقبل على الحديث ، ورحل إلى اليمن والحجاز وغيرهما لسماع الشيوخ ، وعلت له شهرة فقصده الناس للأخذ عنه وأصبح حافظ الإسلام في عصره ، قال السخاوي : (انتشرت مصنفاته في حياته وتهادتها الملوك وكتبها الأكارم) وكان فصيح اللسان ، راوية للشعر ، عارفاً بأيام المتقدمين وأخبار المتأخرين ، صبيح لوجه . وولّى قضاء مصر مرات ثم اعتزل . أما تصانيفه فكثيرة جليئة ، منها فتح الباري شرح صحيح البخاري ، والإصابة في أسماء الصحابة ، وتهذيب التهذيب وتلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير . (النظر ، الأعلام : ٤٢/١ ، الضوء اللامع : ٣٦/٢) .

(٧) - فتح الباري : ابن حجر العسقلاني ٩ / ٤١٢

(٨) - الفقه الإسلامي وأدلته : د . وهبه الزحيلي ٤ / ٣٥٠ (ط ٤) .

(٩) - أخرجه البخاري : كتاب الصلح ، باب إذا اصطنحوا على صلح جور فتلصح مردود / ٢٥٥٠ - ٩٥٩ / ٢ ، وأخرجه مسلم : كتاب الأفضية باب نقض الأحكام الباطنة ورد محدثات الأمور / ١٧١٨ - / ١٣٤٣ / ٣ - وأخرجه أبو داود في سننه : كتاب السنة ، باب لزوم السنة / ٤٦٠٦ /

قال ابن القيم الجوزية^(١) : « في هذا الحديث إبطال كل عقد نهى الله ورسوله عنه »^(٢) .
 ويستأنس على مشروعية العقد أيضاً بقول الله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ
 بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ »^(٣) . قال الدكتور حمزة حمزة : « إذ
 حرمت الآية أكل الأموال بدون سبب شرعي ، فيفهم منها أن أكل الأموال بين الناس بالحق
 يكون بالعقد »^(٤) .

٢- الإجماع :

كان الصحابة الكرام وغيرهم من السلف الصالح يتعاملون فيما بينهم بأنواع العقود
 المختلفة من بيع وإجارة ونكاح ووكالة وهبة وغيرها ، فكان ذلك إجماعاً منهم بمشروعيتها ما
 لم يخالف ما ورد به الشرع الحنيف .

٣- المعقول :

إن حاجة الناس المتنوعة إلى تلبية رغباتهم ، وتوفير سبل الحياة الكريمة ، والمتوافقة مع
 شرع الله تعالى لا يمكن أن تتم إلا عن طريق إبرام العقود بأنواعها المختلفة ، فهي تحقق
 مصالحهم ، وتوفر استقرار المعاملات بينهم ، وذلك دلالة على قوة شرعيتها والوفاء بها .

(١)-ابن القيم الجوزية : (٦٩١-٧٥١) وهو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الدمشقي الزرعي نسبة إلى قرية من قرى
 حوران ، يلقب بابن القيم الجوزية ، فقيه أصولي من مشاهير المذهب الحنبلي ، مولده ووفاته في دمشق تتلمذ على يد الشيخ الإسلام
 ابن تيمية وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه من مصنفاته : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية
 ، وغيرها حتى وصلت مؤلفاته ما يقارب مئتين مصنفاً (الأعلام : الزركلي / ٦ / ٥٦) .

(٢)- إعلام الموقعين : ابن القيم الجوزية / ١ / ٢٨٣ ، وانظر ، التفسير الواضح : د.محمود حجازي ٢٠٩ / ١

(٣)- سورة النساء : الآية ٢٩

(٤)- نظرية العقد : د . حمزة حمزة ١ .

المطلب الرابع

طرق إنهاء العقد

قد يطرأ على العقد بعد انعقاده ما يمنع استمراره أو ينهيه من أصله ، فتزول عندئذ الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد ، بحيث يصبح كلٌ منهما في حل من عقدهما ، وفيما يأتي أهم طرق إنهاء العقد :

١- الفسخ : يشكل بأسبابه المتعددة أهم طرق انحلال العقد وإنهائه ، وأكثرها شيوعاً بين المتعاقدين ، وهو موضوع هذه الأطروحة .

٢- الموت : تنتهي بعض العقود بموت أحد العاقدين أو كليهما ، فينحل العقد في مثل هذه الحالات من تلقاء نفسه كما في عقد الإجارة عند الحنفية على تفصيل ستجد توضيحه في مبحث الانفساخ إن شاء الله تعالى^(١) .

٣- عدم الإجازة في العقد الموقوف : فهو عقد صحيح ولكنه متوقف في إنتاج آثاره على إجازة صاحب الشأن : وهو من صدر التصرف لأجله ، إن أجازته نفذ ، وإن رده بطل ، وذلك عند الحنفية والمالكية^(٢) . فقد قال الكاساني^(٣) : « وأصل هذا أن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها ، فإن أجاز ينفذ وإلا فيبطل^(٤) » .

٤- الإقالة : وهي نوع من الفسخ عند بعض الفقهاء^(٥) ، وبيع جديد عند البعض الآخر^(٦)

.....
(١)- انظر ، الصحيفة ٢١٧ - ٢٢٤ .

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ١٤٨/٥ ، شرح فتح القدير : محمد بن عبد الواحد السيوطي (ابن الهمام) ٧ / ٥١ - ٥٢ ، حاشية النسوي : ١٢/٣ القوانين الفقهية : ابن جزير ١٦٣ .

(٣)-الكاساني : (ت ٥٨٧) : هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني نسبة إلى كاسان أو قاسان بلدة بالتركستان خلف نهر سيمون ، وهو من أصل حلب ، فقيه حنفي ، لقب بملك العلماء ، وثقفه على علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه (تحفة الفقهاء) وسماه (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) . انظر طبقات الحنفية : ١ / ٢٤٤ وما بعدها .

(٤)-بدائع الصنائع : الكاساني ١٤٨/٥

(٥)- الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم .

(٦)-الساكنية وعند أبي حنيفة في حق غير المتعاقدين .

وبها ينتهي العقد ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : ((من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة))^(١) على تفصيل في توضيح معناها وأسبابها وتكييفها الفقهي في الفصول القادمة بعون الله تعالى .
 ٥- استيفاء الغرض المقصود من العقد بانتهاء مدته أو بتحقيق غرضه ، ((وذلك كانتهاء مدة عقد الإيجار المعينة ، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة ، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها))^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن الموت وعدم الإجازة في العقد الموقوف والإقالة ما هي إلا صور وأشكال وأسباب للفسخ والانفساخ كما سنوضحه في حينه فيما يأتي في هذه الأطروحة إن شاء الله تعالى .

.....
 (١) - أخرجه أبو داود : كتاب البيوع ، باب في فضل الإقالة / ٣٤٦٠ ، وأخرجه ابن ماجه : كتاب الإجازات ، باب الإقالة / ٢١٩٩ ، وأخرجه : ابن حبان : باب الإقالة / ٥٠٣٠ / وأخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين / ٢٢٩١ / بلفظ : ((من أقال مسلماً أقال الله عثرته)) ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين وام يخرجاه ، وأخرجه أيضاً البيهقي في سننه الكبرى : باب من أقال المسلم إليه بعض السلم فأتى بعضاً ولكن جاء بلفظ ((من أقال الله عثرته)) وجاء في مصباح الزجاجة : ((إسناده صحيح على شرط مسلم)) : ١٨ / ٣ ، وفي مجمع الزوائد : ١١٠ / ٤ « رجاله ثقات » ، وقال الصنعاني : ((قال أبو الفتح القشيري هو على شرطهما)) سبل السلام : ٦٠ / ٣ .
 (٢) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٤ / ٢٧٧ .

الباب الأول

تعريف الفسخ وأساسه وأسبابه

إن فسخ العقد ونقضه قد ينجم عن طبيعة العقد نفسه ، كما في العقود غير اللازمة كالوديعة والشركة والوكالة ونحوها ، وقد ينشأ عن سبب خارج عن ماهية العقد يخضع لإرادة أحد المتعاقدين أو كليهما كما في الخيارات في العقود اللازمة ، وقد ينشأ عن سبب طارئ وخارج عن إرادة المتعاقدين ، كما في الفساد ، إذ يفسخ العقد بسببه رعاية لحق الشرع .

وهنا تثار التساؤلات الآتية :

*- ما المقصود بفسخ العقد ؟

** - وما الأساس الشرعي والفقهية الذي يستند عليه حق الفسخ ؟

*** - وما أسباب الفسخ الاختيارية ؟

**** - وما أسباب الفسخ الطارئة على العقد ؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات ومتعلقاتها تظهر في الفصول الثلاثة الآتية :

الفصل الأول : تعريف الفسخ وأساسه .

الفصل الثاني : أسباب الفسخ .

الفصل الثالث : أسباب الانفساخ .

الفصل الأول

تعريف الفسخ وأساسه

وفيه المباحث الآتية :

- المبحث الأول : تعريف الفسخ والانفساخ والعلاقة بينهما .
- المبحث الثاني : الأساس الشرعي للفسخ .
- المبحث الثالث : استعمالات الفقهاء لألفاظ الفسخ والبطلان والفساد والفرق بينها .

المبحث الأول

تعريف الفسخ والانتفاخ والعلاقة بينهما

المطلب الأول

تعريف الفسخ

أولاً- تعريف الفسخ لغة :

يطلق الفسخ في اللغة على عدة معانٍ متقاربة منها :

- ١- النقص : جاء في لسان العرب ((فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ : نقصه فاننقص ، وتفاسخت الأقاويل : تناقضت ، ويقال : فسخت البيع بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح : أي نقصته فاننقص))^(١) .
- ٢- الرفع : يقال : فسخت العقد فسخاً : رفعتَه ، وتفاسخ القوم العقد ، توافقوا على فسخه.^(٢)
- ٣- الإزالة : فسخت المفصل عن موضعه : أزلته ، فالفسخ : زوال المفصل عن موضعه ، ويقال : تفسخ الشعر عن الجلد ، أي زال وتطاير^(٣) .
- ٤- التفريق : فسح الشيء إذا فرقه^(٤) .
- ٥- الضعف في العقل والبدن : وفسخ عقله وبدنه إذا أصابهما الضعف^(٥) .
- ٦- الطرح ، يقال : فسخت عني ثوبي إذا طرحته^(٦) .
- ٧- الفساد : فسح رأيه فسخاً ، أفسده^(٧) .
- ٨- النقطع : يقال : تفسخت الفأرة في الماء ، تقطعت^(٨) .

يتبين من هذه المعاني أنه ((يجمعها قاسم مشترك وهو التغيير والتحويل ، فهو قائم فيها كلها ، فإن نقص الشيء يحول الأمر عما كان عليه سابقاً ، كنقص البناء ، وكذلك نقص العقد

.....
(١)- لسان العرب : ابن منظور ، مادة فسح ٤٤/٣ ، وانظر المقاييس في اللغة : ابن فارس ، مادة فسح .

(٢)- المصباح المنير : ١٨٠ مادة فسح .

(٣)- القاموس المحيط : الفيروزآبادي باب الخاء فصل ثفاء ، المصباح المنير : ١٨٠ مادة فسح .

(٤)- لسان العرب : ابن منظور مادة فسح ٤٤/٣ وما بعدها ، المصباح المنير : ١٨٠ مادة فسح .

(٥)- انظر ، لسان العرب : ابن منظور مادة فسح ٤٤/٣ ، القاموس المحيط : الفيروزآبادي مادة فسح .

(٦)- القاموس المحيط : الفيروزآبادي باب الخاء فصل ثفاء .

(٧)- لسان العرب : ابن منظور ، مادة فسح ٤٤/٣ وما بعدها .

(٨)- مختار الصحاح : مادة فسح ٥٠٣ .

فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال ، وتقطع الشيء أيضاً مَحْوَلٌ له من كل إلى أجزاء ، وكذلك الأمر في المشتقات الأخرى. (١)

ثانياً- تعريف الفسخ في اصطلاح الفقهاء :

عرف الكاساني الفسخ بقوله : « رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن » (٢) وإلى ذلك ذهب الزيلعي (٣) بقوله أيضاً : « الفسخ رفع العقد من الأصل » (٤) أما النووي (٥) فقال : « الفسخ رفع العقد من حينه » (٦) وذكر القرافي (٧) الفسخ أيضاً بأنه « قلب كل واحد من العوضين لصاحبه » (٨) . وما ذاك في حقيقة الأمر إلا رفع للعقد وإنهاء له ، وهو ما ذهب إليه ابن نجيم (٩) حيث قال : « الفسخ حل ارتباط العقد » (١٠) . وذكر صاحب المبدع الحنبلي أن : « الفسخ رفع للعقد » (١١) .

وجاء في كتاب قواعد الفقه : « الفسخ شرعاً : رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ولا نقصان » (١٢) . فهو يرى أن الفسخ حل العقد وعودة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد برد كل منهما البديل المتعاقد عليه ، فلا يلزم رد أكثر من البديل الأول ، كما لا يقبل رد أقل منه ، وفي هذا تمييز منه عن الخلع والإقالة يعوض أكثر أو أقل من البديل الأول للقائلين بهما ، لذا قيد

(١)- فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٥١ .

(٢)- بدائع الصنائع : الكاساني ٢٨٢/٥ .

(٣)- الزيلعي (ت ٧٤٣) : عثمان بن علي الزيلعي من أهل زيلع في الصومال ، فقيه حنفي نحوي فرضي قدم القاهرة ، وتوفي فيها . من مؤلفاته : (شرح كنز الدقائق وسماء تبين الحقائق ، شرح الجامع الكبير للشيباني ، وشرح المختار للموصلي (معجم المؤلفين : ٢٦٣/٦)

(٤)- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٤ / ١٩٧ ، وانظر أيضاً معجم الأهر في شرح ملتقى الأبحر : دمام ١٧٧/٢ .

(٥)- السنوي : (٦٣١ - ٦٧٦ هـ) : الإمام الفقيه الحافظ القدوة شيخ الإسلام ، محيي الدين ، أبو زكريا يحيى بن شرف الحوراني الشافعي صاحب التصانيف النافعة في الحديث والفقه وغيرها كشرح صحيح مسلم ، والروضة والمنهاج والأذكار ورياض الصالحين ، والمجموع شرح المذهب وغيرها ، شيخ المذهب في عصره وكبير الفقهاء في زمانه ، محدث ، أصولي ، لغوي . تذكرة الحفاظ : ١٣/١ هـ

(٦)- المجموع شرح المذهب : النووي ١٠ / ١٢١ . وعلى تفصل سنده في الفصل الثالث من هذا الباب ، في رفع العقد من أصله أم من حينه إن شاء الله تعالى .

(٧)- القرافي : (٦٢٦-٦٨٦) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين القرافي نسبة إلى قرافة بمصر وهي المحلة المجاورة لقبير الإمام الشافعي بالقاهرة ، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب الإمام مالك ، من مؤلفاته : أنوار البروق في أنواع الفروق ، والخيرة ، شرح التهذيب ، القواعد والتنقيح في أصول الفقه ، والإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام ، وغيرها (شجرة النور الزكية ١٨٨ ، الأعلام : ٢٠/١) .

(٨)- أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ٣ / ١٠٥٨ .

(٩)- ابن نجيم : (٩٧٠-٩٢٦) : زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيم . وهو اسم لبعض أجداده ، فقيه أصولي من مشاهير علماء الحنفية ، من العلماء مصر ، له تصانيف ، منها (الأشباه والنظائر ، والبحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ومشكاة الأنوار في الأصول) . الأعلام : ٣ / ١٩ .

(١٠)- الأشباه والنظائر : ابن نجيم ٣ / ٤٤٢-٤٤٣ .

(١١)- المبدع : ابن مفلح الحنبلي ٤ / ٨٩ ، وانظر ، كشاف القناع : البهوتي ٣ / ٢٠٨ .

(١٢)- قواعد الفقه : محمد عيم الإحسان المجددي البركتي ١ / ٤١٢ .

التعريف باشتراط عدم الزيادة أو النقصان .

يتبين من هذه التعريفات أنها تعطي ذات المعنى للفسخ : وهو حل العقد وإنهاء الارتباط القائم نتيجة التعاقد سواء أكان حلاً من أصله كما في الفسخ بسبب أحد الخيارات ، كخيار العيب والرؤية وغيرهما ، أم من حينه كما في أحوال فسخ العقود الجائزة كالإعارة والوكالة والمضاربة . وهذا المعنى لا يخرج عن نطاق المعنى اللغوي للفسخ .

* - التعريف المختار

وبناء عليه يمكن أن نعرف الفسخ : بأنه حل ارتباط العقد المنعقد^(١) ؛ لعدم توافر الرضا التام بعد انعقاده ، أو لتعذر التزام كان مقرراً بمقتضى العقد ، أو لمخالفة شرط فيه .

- شرح التعريف وإيضاحه :

أولاً- يظهر من القول : (حل ارتباط العقد) أن الفسخ يعدم العقد ويُنهي كل ما يترتب عليه من آثار والتزامات ، حيث يتحلل كلا المتعاقدين من التزاماتهما تجاه الآخر^(٢) ، وكأنهما يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وهذا كله من وجهة نظر الشارع فقط ، إذ إن فسخ العقد بعد إبرامه يجعله كأن لم يكن من الناحية الشرعية ، لكنه لا يمكن أن يكون معدوماً من الناحية الحسية (المادية) ؛ لأنه إذا وجد بالفعل لا يندم ،^(٣) فالموجود لا يمكن أن يعتبر معدوماً من ناحية الحس ، لكنه يعتبر معدوماً من حيث إنتاجه لآثاره التي رتبها عليه الشارع ، فالانعدام هنا مجازي وليس بحقيقي^(٤) . ففي فسخ الإجارة مثلاً تعود العين المؤجرة إلى المؤجر والأجرة إلى المستأجر ، وكذلك^(٥) إذا فسخ عقد النكاح بحكم القاضي زالت رابطة العقد بين الزوجين وصار كل منهما أجنبياً بالنسبة للآخر^(٦) .

ثانياً - يتبين من القول : (المنعقد) أن الفسخ لا يرد على عقد إلا بعد انعقاده ، فهو حل لعقد كان قد عقّد واعتبر منتجاً لآثاره في نظر الشارع ، وهذا ما أشار إليه ابن رجب الحنبلي^(٧) بقوله : « والعقود لا تنفسخ قبل انعقادها »^(٨) .

وعليه : فإن الفسخ لا يرد على العقد الباطل ؛ لأنه لم ينعقد أصلاً في نظر الشارع ، كما

(١) قال الأستاذ مصطفى الزرقا : العقد إما منعقد ، وإما باطل ، والمنعقد : إما صحيح ، وإما فاسد « المدخل الفقهي العام : ٧٥٧/٢

(٢) لكن هذا التحلل من المتعاقدين من التزاماتهما هل له أثر رجعي مستند لتاريخ وجود العقد المنشئ للالتزام أم لا ؟ وهذا ما سنبحثه فيما بعد إن شاء الله تعالى انظر مبحث آثار الفسخ .

(٣) فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٥٢ ، وانظر المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/ ٥٩٣

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/ ٣١٥٠ .

(٥) ابن رجب الحنبلي : (٧٣٦ - ٧٩٥) : هو عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن البغدادي ثم الدمشقي ، وابن رجب لقب جده عبد الرحمن فقيه أصولي من مشاهير علماء الحنابلة ، حافظ للحديث ، ومن كتبه (شرح جامع الترمذي) و (القواعد الفقهية ، جامع العلوم والحكم وغيرها) . الأعلام : ٣/ ٢٩٥ .

(٦) القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ٢٦٩ .

سنوضحه في حينه إن شاء الله تعالى ، ولكنه يرد على العقد الصحيح والفاسد^(١) ؛ لأن ((العقد الفاسد - أي عند الحنفية - هو عقد قائم - أي سبق انعقاده - من الناحية المادية ، وقائم من وجهة نظر الشارع بالجملة^(٢) ، وذلك لاستكمال جميع أركانه وشروط انعقاده ، وإن كان وجوده غير تام ؛ لانعدام أحد شروط الصحة فيه ، أو لاقتترانه بشرط غير صحيح ، أو ما شابه ذلك ،..... فهو عقد قائم بالجملة رغم اعتلاله))^(٣) .

ثالثاً - أما القول : لعدم توافر الرضا التام بعد انعقاده فإنه يشير إلى أن العقد انعقد برضا المتعاقدين ، ولكن بعد الانعقاد قد يطرأ عليه ما يشوب عملية الرضا مما يدفع أحد المتعاقدين إلى الفسخ ، كما في عقود المعاوضات المالية اللازمة للطرفين ، فكما يجوز فسخها باتفاق العاقدين ، وذلك كالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة والمغارسة ونحوها ، ويسمى الفسخ عندئذ إقالة^(٤) ، يجوز أيضاً فسخها - أي عقود المعاوضات المالية - إذا طرأ عليها عيب من عيوب الرضا الذي يسلب عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين ، كما في خيار العيب وغيره من الخيارات^(٥) ، على تفصيل سنوضحه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

أما العقود غير اللازمة بحق كل من الطرفين ، فيجوز لكل منهما فسخ العقد حتى بدون رضا الطرف الآخر ، كما في الشركة ، إذ يفسخ العقد بفسخ أحد الشريكين له ، وكذلك الوديعة والوكالة ما لم يتعلق بها حق للغير^(٦) .

رابعاً - يتبين من التعريف أن الفسخ يحدث نتيجة تعذر التزام كان مقرراً بمقتضى العقد كتعذر قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المترتب عليه ، كما لو كان المشتري معسراً أو ماله غائباً ، فللبائع الحق في فسخ البيع ؛ لتعذر وجود الثمن الذي قد يلحق به ضرراً^(٧) ، وكذلك للمشتري حق الفسخ إذا تعذر على البائع تسليم المبيع^(٨) . ((كما في بيع السلم ، إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل ؛ لعدم وجوده ، فالمشتري مخير بين فسخ السلم واسترداد الثمن أو الصبر إلى العام المقبل))^(٩) .

(١) - نظر البدائع : الكسائي ٣٠٠/٥ (٢) - وهذا عند الحنفية ، إما عند جمهور الفقهاء فإن

العقد الفاسد والباطل مترادفان كما سنجد ذلك بالتفصيل عند الحديث عن العقد الفاسد والباطل.

(٣) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٦

(٤) - سنوضح معنى الإقالة في الفصل الثاني من هذا الباب إن شاء الله تعالى ، انظر ، الصحيفة ١٠٧ .

(٥) - انظر ، المنخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٩٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣١٩٠ ، النظرية

العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمصاتي ٢/٢٣٣-٢٣٥

(٦) - المراجع السابقة . (٧) - المغني : ابن قدامة ٤/١٤١ ، الكافي في فقه ابن حنبل : ابن قدامة ٢/١٠٧

(٨) - شرح منتهى الإرادات : ٢/٥٧ . (٩) - النظرية العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمصاتي ٢/٢٤٠

خامساً- يتضح أيضاً أن الفسخ يحدث نتيجة مخالفة شرط في العقد سواء أكان الشرط صريحاً أم ضمنياً ، فالشرط الصريح : وهو الشرط الذي أدرجه المتعاقدان في العقد ، وبه يُفسخ العقد كاشتراط نقد الثمن في مدة معينة وهو ما يسميه بعض الفقهاء^(١) بخيار النقد^(٢) وهو أن يشترط البائع على المشتري أداء الثمن في مدة معينة ، وإلا لغا البيع بينهما ، أو يشترط البائع أنه إذا رد الثمن للمشتري في المدة المعينة ، يفسخ البيع وذلك منعاً لمماطلة المشتري بدفع الثمن^(٣) قال البهوتي :^(٤) « وإن قال البائع : إن بعثك تتقدي الثمن إلى ثلاثة أيام أو إلى مدة معلومة أقل من ذلك أو أكثر وإلا فلا بيع بيننا صح البيع وهو قول عمر كشرط الخيار ، ويفسخ البيع إن لم يفعل أي إن لم ينقده المشتري الثمن في المدة وإلا فلا بيع بيننا (تعليق فسخ البيع على شرط) ؛ لأنه علقه على عدم نقد الثمن في المدة التي عينها وهو صحيح... وإن قال البائع (بعثك على أن تتقدي الثمن إلى ثلاثة أو أكثر فإن لم تفعل فلي الفسخ) صح وله الفسخ إن لم ينقده له فيها ... أو قال المشتري : اشتريت على أن تسلمني المبيع إلى ثلاث فإن لم تفعل فلي الفسخ صح البيع والشرط ، وله الفسخ إذا فات شرطه^(٥) . » وذكر أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي أيضاً مثلاً على الشرط الصريح فقال : « ما لو تعهد المشتري بتقديم رهن أو كفيل بالثمن ، ولم يفعل ، فإن عقد البيع يُفسخ^(٦) ، أما الشرط الضمني : وهو الشرط الذي يتضمنه العقد دون أن يذكر فيه . مثال ذلك : « ما إذا وجد المشتري في العين المباعة عيباً ، فله الفسخ ؛ لأن سلامة المبيع من العيوب شرط ضمني في عقد البيع ، وكذلك الإجارة . وقد اعتبروا استحقاق المبيع عيباً^(٧) . » ويدخل في ضمن هذا الشرط أيضاً ما يفسد العقد من شرط مفسد أو غيره ، إذ إن الابتعاد عما يفسد العقد شرط ضمني فيه يوجب الشرع ، وذلك عند الحنفية القائلين بالفساد كمرتبة بين الصحة والبطلان ، كما سنرى عند الحديث عن الفساد والبطلان في استعمالات الفقهاء .

(١) - الحنفية والمالكية والحنابلة الذين يجيزون خيار النقد كما سنرى في المباحث الآتية . انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٥/٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٧١/٤ ، فتح القدير : ٣٠٣/٦-٣٠٥ ، البحر الرائق : ٦/٨-٨ ، شرح مختصر خليل للخرشي : ١٨٤/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٧٥/٣ - ١٧٦ ، المغني : ٢٣/٤ ، الفروع : ٦١/٤ ، كشاف القناع : ١٩٦/٣ ، الفواعل لابن رجب : ٢٦٨ - ٢٦٩ .

(٢) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣٢٠٤ - ٣٢٠٥

(٣) - كشاف القناع : ١٩٦/٣

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي : ٤ / ٣١٧٥

(٥) - المرجع السابق : ٤ / ٣١٧٥

المطلب الثاني

تعريف الانفساخ وعلاقته بالفسخ

أولاً- تعريف الانفساخ :

الانفساخ في اللغة مصدر انفسخ ، وهو مطاوع فسخ ، فيدخل في معناه النقض والزوال وغيرها من المعاني اللغوية التي أوضحناها في معنى الفسخ^(١) .
أما في الاصطلاح الشرعي فقد عرفه القرافي بقوله : « انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه »^(٢) . وقال العز بن عبد السلام : « الانفساخ هو انقلاب الملكين إلى باذليهما »^(٣) .
وجاء في حاشية الشرواني أيضاً : « أن الانفساخ كالفسخ في أن كلا منهما يرفع العقد »^(٤) .
يتبين من هذه التعريفات ومما أشار إليه الفقهاء^(٥) أن الانفساخ هو انحلال العقد وزوال الارتباط الحاصل بين المتعاقدين سواء أكان ذلك بإرادة واحدة أم نتيجة عوامل خارجة عن إرادتهما . وهذا ما أوضحه أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي حيث قال : « الانفساخ هو انحلال العقد (زوال الرابطة التي تربط المتعاقدين) »^(٥)

ثانياً- العلاقة بين الفسخ والانفساخ

أشرنا فيما سبق أن الانفساخ مصدر انفسخ ، وهذا يعني أنه أثر للفسخ ونتيجة له إذا كان

(١)- انظر ، لسان العرب : ابن منظور ، مادة فسخ ٤٤/٣ وما بعدها ، مختار الصحاح : مادة فسخ ٥٠٣ .

(٢)- أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ١٠٥٨/٣ .

(٣)- قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ٩٧/٢ ، وانظر ، المنشور : الزركشي ٤٢/٣ .

(٤)- حواشي الشرواني : ٦٢/٦ .

(٥)- انظر ، الأشباه والنظائر : ابن نجيم ٣٣٨ - الأشباه والنظائر : السيوطي ٢٢٤ - القواعد : ابن رجب ١٠٧ - أنوار

البروق في أنواع الفروق : القرافي ١٠٥٨ / ٣ .

(٦)- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٠٥/٤ .

بسبب إرادي ، وعندئذ فإن العلاقة بين الانفساخ والفسخ هي علاقة السبب بالمسبب ، فكل ما يُرفع به حكم العقد بإرادة أحد العاقدين أو كليهما ، كوجود أحد الخيارات وغيرها من أسباب الفسخ المختلفة يجعل من الفسخ سبباً لانفساخ العقد وانحلاله .

وبناء عليه فإن الانفساخ هو الحكم الشرعي الذي نشأ بسبب الفسخ^(١) . وهذا ما أوضحه القرافي بقوله : «الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه ، والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه ، فالأول : فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة ، والثاني : صفة العوضين ، فالأول سبب شرعي والثاني حكم شرعي ، فهذان فرعان : فالأول من جهة الموضوعات ، والثاني من جهة الأسباب والمسببات»^(٢) . لكننا نجد أن القرافي قد قيد الفسخ في العقود المحرمة مع أن الحاصل أنه يقع في العقود المحرمة وغير المحرمة سواء بإرادة واحدة أم بإرادتين وهو ما أوضحه الزركشي^(٣) عند بيانه لحقيقة الفسخ والانفساخ إذ إنه لم يقيد الفسخ بالعقود المحرمة ، بل أطلق ذلك في إشارة إلى أنه يشمل الجميع .

وتجدر الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان لا يكون الانفساخ أثراً مباشراً للفسخ ، بمعنى أنه ينشأ نتيجة لعوامل خارجة عن إرادة المتعاقدين بسبب طارئ غير إرادي كموت أحدهما أو كليهما في بعض العقود ، أو هلاك أحد العوضين ، وهذا ما قصده أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي بقوله : «أما الانفساخ فينشأ عن حادث طبيعي وهو استحالة تنفيذ مقتضى العقد ، كهلاك أحد البديلين»^(٤) . ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا : «إذا زال العقد بسبب طارئ غير إرادي سمي ذلك انفساخاً»^(٥) .

وعليه : فإن الانفساخ الحادث بسبب طارئ يكون نتيجة تلف المعقود عليه أو هلاكه هلاكاً كلياً بأفة سماوية ، أو ما في حكمها ، أو موت أحد العاقدين أو كليهما ، أو طروء فساد أو استحقاق ، وعندئذ ينفسخ العقد من تلقاء نفسه . على تفصيل سنوضحه فيما بعد إن شاء الله في موضعه^(٦) .

(١) - المدخل للفقه الإسلامي : د. عبد الله الدرعيان ٦٥٠ .

(٢) - أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ٣ / ١٠٥٨ .

(٣) - المنشور في القواعد : الزركشي ٤٢ / ٣ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣٢٠٢ .

(٥) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١ / ٥٩٣ ف٤٥٥ / ١ .

(٦) - انظر الصحيفة ٢١٦ - ٢٦٢ .

المبحث الثاني

الأساس الشرعي والفقهى للفسخ

يقصد به أساس الحق الذي يستند إليه الفسخ في الفقه الإسلامي ، إذ إن الفقهاء والعلماء يبررون قولهم بالفسخ بأسبابه المتعددة ، نتيجة سند شرعي ثبت لديهم ، أو نتيجة سند عقلي منطقي تبرزه طبيعة العقد نفسه ، وهذا ما يلمسه المنتبع لأقوال الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة ، والدارس لكتب الباحثين المعاصرين في كتاباتهم الفقهية المتنوعة .

وعليه : يمكن أن نوضح أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي من خلال ما يأتي :

أولاً - في حالة الخيارات الاتفاقية ، أو في حالة الشرط الجعلي^(١) :

نلمس مشروعية الفسخ بسبب الخيارات الاتفاقية فيما يأتي :

١- بما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، أنه قال صلى الله عليه وسلم : ((المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق ذلك))^(٢) .

وجه دلالة هذا الحديث تظهر من خلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الالتزام بالشروط التي يتفق المتعاقدان عليها ما دامت لا تعارض أصول الشرع وقواعده العامة ، فاتفق المتعاقدان على شرط يبيح فسخ العقد ، مما تضمنه معنى هذا الحديث ، لذا يعد أساساً وسنداً شرعياً لحق الفسخ حال اتفقاها عند التعاقد على سببه ، وهذا ما أشار إليه صاحب المبدع الحنبلي بقوله : ((المسلمون عند شروطهم ، فعلى هذا يلزم لقوله : فإن وفي به ، وإلا فلصاحبه الفسخ))^(٣) .

وقال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : ((المسلمون عند شروطهم ؛ لأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة أو الإمضاء))^(٤) .

قال أيضاً حفظه الله تعالى : ((وهذا دليل على أن حق الفسخ في الشريعة مستمد من فكرة اللزوم الذي يقوم عليه العقد))^(٥) .

(١) - الخيارات الاتفاقية كخيار الشرط وخيار التعيين ، وخيار النقد والمقصود بالشرط الجعلي : وهو ما يشترطه أحد العاقدين في العقد سواء كان تقييداً أم تعليقاً .

(٢) - سبق تخريجه في الصفحة ٢٤ .

(٣) - المبدع : ابن مفلح الحنبلي ٤ / ٥٢ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣٧٨٩ .

(٥) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣١٥٨ .

وعليه : فإن الحديث يعدّ أساساً لحق الفسخ في حالة اتفاق المتعاقدين على شرط يبيحه وهذا ما أوضحه أيضاً الدكتور حسن ذنون ، حيث قال : ((وقد جعل علماء الشريعة - هذا الحديث - أساساً للخيارات الاتفاقية ، أي للشرط الفاسخ الصريح ، وهو ظاهر العلة وتقضي به قاعدة احترام إرادة الطرفين المتعاقدين))^(١) .

٢- ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((البَيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةً خِيَارٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقِيلَهُ))^(٢) .

قال الصنعاني^(٣) : ((أما قوله أن يستقبله ، فالمراد به الفسخ ؛ لأنه لو أريد الاستقالة حقيقة لم يكن للمفارقة معنى ، فتعين حملها على الفسخ ، وعلى ذلك حملة الترمذي وغيره من العلماء . فقالوا : معناه لا يحل له أن يفارقه بعد البيع خشية أن يختار فسخ البيع))^(٤) .

وقال ابن دقيق العيد^(٥) عند تناوله لهذا الحديث: ((المراد بالاستقالة فسخ البيع بحكم الخيار))^(٦) وقال أستاذنا الدكتور نور الدين العتر عند تناوله لهذا الحديث : ((المراد هنا المعنى الأعم وهو الفسخ ، وذلك لأن الاستقالة تقع قبل التفريق كما تقع بعده فهي غير مقيدة بالمجلس كما هو معروف ، فلو كان المراد بالاستقالة المعنى الذي فهمه المستدلون بهذه اللفظة لم يكن لقوله : (لا يحل له أن يفارقه) معنى .))^(٧) .

وعليه فإن دلالة الحديث واضحة في مشروعية جواز الفسخ .

يتبين مما سبق أن الفسخ مشروع في الفقه الإسلامي إذا كان سببه الخيار أو التراضي

(١)- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والفتون المدني : حسن علي زنون ٧١

(٢)- أخرجه أبو داود : كتاب البيوع ، باب في خيار المتبايعين / ٢٩٩٧ / أخرجه الترمذي : كتاب البيوع ، باب ما جاء في البيعين بالخيار لم يتفرقا / ١١٦٨ / ، وقال : حديث حسن ، وأخرجه النسائي في السنن الصغرى : كتاب البيوع ، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدئيهما / ٤٤٠٧ / ، وجاء في نيل الأوطار : ٢٩٤/٥ ((إسناده رجاله ثقات)) ، وقال أيضاً : ٢١٠/٩ الوهذ إسناده لا مطعن فيه ، ورواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لا يخرج بها الحديث عن الحسن والصلاحية للاحتجاج به ، وجاء في كتاب عون المعبود : ١٥٥/١ ((واعلم أنه اختلف كلام الأئمة الحفاظ في الاحتجاج بحديث عمرو بن شعيب ، وقال أبو داود : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ليس بحجة ، وقال النطنان : إذا روى عن الثقات فهو ثقة حجة يحتج بحديثه)) . ولكن ورد هذا الحديث في الصحيحين بلفظ : ((البَيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا وَبَيْنَهُمَا بُرْكَ لُهُمَا فِي بَيْعِهِمَا وَإِنْ كَتَمَا وَكَتَمَا مُحَقَّتْ الْبُرْكَهُ مِنْ بَيْعِهِمَا)) البخاري : كتاب البيوع : باب إذا بين البيعان ولم يتكما ونصحا / ١٩٧٣ / ومسم : كتاب البيوع : باب الصنق في بيع والبيان / ١٥٣٢ /

(٣)-الصنعاني : (١٠٩٩-١١٨٢) : محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الصنعاني ، المعروف كسلافه بالأخير ، مجتهد من بيت الإمامة في اليمن ، فقيه أصولي مجتهد ، له نحو مائة مصنف ، منها : (توضيح الألفاظ شرح تفهيم الأظفار) ، (وسبل السلام شرح بلوغ المرام) . الأعلام : ٣٨ / ٦ .

(٤)- سبل السلام : الصنعاني ٣ / ٣٤ - ٣٥ ، والنظر، نيل الأوطار : الشوكاني ٢٩٤/٥

(٥)-ابن دقيق العيد : (٦٢٥-٧٠٢) : محمد بن علي بن وهب بن مطيع ، أبو الفتح ، تلميذ الدين القشيري ، المعروف كلبه وجده بابن دقيق العيد : قاض ، من أقطاب العلماء بالاسول ، مجتهد ، محدث ، لغوي اشتهل بالفقه المالكي ثم الشافعي من تصانيفه : (إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، والإمام بأحاديث الأحكام ، جمع فيه الأحاديث الفقهاء التي عليها مدار أحكام الإسلام (الأعلام : ٦٧/٦) .

(٦)- شرح عمدة الأحكام : ابن دقيق العيد ٣ / ١٠٦

(٧)- دراسات تطبيقية في الحديث النبوي : د. نور الدين العتر ١٦٢

والاتفاق^(١) ، وهذا ما نلمسه أيضاً في حالة الفسخ القضائي - الفسخ بحكم القاضي - وذلك رعاية لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإحقاقاً للحق ، ورفعاً للظلم الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بقوله : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) . فهو ينفي الضرر بكل أشكاله قبل وقوعه ، وذلك باتخاذ الوسائل الوقائية الممكنة ، وينفي الضرر أيضاً بعد وقوعه بما يمكن اتخاذه من التدابير التي تزيل آثاره^(٣) ، إذ إن الضرر الذي يقع على أحد المتعاقدين بسبب إضرار العاقد الآخر ، وإصراره على منع غيره من ممارسة حقه في الفسخ ؛ لوجود عيب في المبيع أو استحقاق المبيع أو الثمن مثلاً ، يجعل للقاضي الحق في جواز فسخ العقد ، مستمداً هذا الحق من ولايته العامة على الناس ، أو من الرقابة المتوجبة عليه لتنفيذ أحكام الشرع^(٤) .

بيد أن الفقه الإسلامي الذي أجاز حق الفسخ يصون العقود قدر الإمكان عنه ، ويضيق من مداه تضييقاً ملحوظاً ؛ إذ إن « الأصل في العقود للزوم ؛ لأن الوفاء بها واجب شرعي ، والفسخ بحسب الأصل ليس من الإيفاء بالعقود »^(٥) ، فهو عارض عليها لسبب من أسبابه . قال الله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ »^(٦) ، وقوله أيضاً : « وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا »^(٧) ، وهذا ما أوضحه القرافي أيضاً بقوله : « واعلم أن الأصل في العقود للزوم ؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان ، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها »^(٨) .

وقال الدكتور عبد الرزاق السنهوري موضحاً سبب ابتعاد الفقه الإسلامي عن الفسخ قدر الإمكان: « إن فسخ العقد ، أي حله بعد عقده ، أمر خطير ، فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ما أمكن »^(٩)

(١) - يمكننا أيضاً أن نستدل على مشروعية الفسخ بسبب التراضي أو الاتفاق بما استدل به بعض الفقهاء في مشروعية الإقالة باعتبارها فسحاً ، فقد جاء في الحديث الذي يرويه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة » أي أزالها ، وذلك يكون بالفسخ (انظر ، فقه المعاملات : د. أحمد الحجي الكردي ٣٨٠) ، والحديث سبق تخريجه في الصحيفة ٢٧

(٢) - أخرجه مالك في الموطأ : كتاب الأضحية ، باب القضاء في المرافق / ١٤٢٩ ، أخرجه ابن ماجه : كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره / ٢٣٤٠ ، وأخرجه الدار قطني من حديث عائشة / ٨٣ ، وأخرجه الحاكم في المستدرک من حديث طويل ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه رقم / ٢٣٤٥ ، وأخرجه البيهقي في سننه : كتاب الصلح ، باب لا ضرر ولا ضرار / ١١١٦٦ ، وجاء في خلاصة البدر المنير : « أنه مرسل من رواية مالك . وقال ابن صلاح : إنه حسن . وقال أبو داود : هو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه » . وهذا يشعر بعدم ضعفه . (انظر ، خلاصة البدر المنير : ابن المنذر ٤٣٨ / ٢) ، وقال النووي فيهِ : « حديث حسن ، وله طرق يقوي بعضها بعض » شرح الأربعين التنوية في الأحاديث الصحيحة التنوية : النووي ٢٧ / ١ .

(٣) - انظر ، أوجز المسالك إلى موطأ مالك : الكاتدهلوي ١٢ / ٢٢٥ ، سبل السلام : الصنعاني ٣ / ١٦١-١٦٢ ، الأنسباء والنظائر : السبوطي ١٧٣ ، المدخل للفقه العام : مصطفى الزرقا ٩٧٧ / ٢

(٤) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣١٥٨

(٥) - انظر ، بدائع الصنائع : ٦ / ١٢٨ - ٢٠١ / ٤ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٩٤ ، المبسوط : ٢٤ / ١٢٣

(٦) - سورة المائدة : الآية ١

(٧) - سورة الإسراء : الآية ٣٤

(٨) - أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ٣ / ٢٦٩ .

(٩) - مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٦ / ٢١٥

ثانياً - في حالة هلاك المعقود عليه :

عدَّ بعض الفقهاء^(١) أن السند الذي يبرر الحق في انفساخ العقد في حالة هلاك المعقود عليه هو قول النبي صلى الله عليه وسلم : ((لو بغت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة^(٢) فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بـم تأخذ مـال أخيك بغير حق))^(٣) .

ففي هذا الحديث إشارة واضحة إلى فسخ العقد حال هلاك المعقود عليه على اختلاف في تفصيل ذلك بين الفقهاء على ما سنبينه عند الحديث عن أسباب الانفساخ إن شاء الله تعالى .
فقد جاء في تعليقات مصباح الزجاجاة ما نصه : ((وظاهره حرمة الأخذ ووجوب الجائحة^(٤) ، وبه قال الإمام أحمد وأصحاب الحديث . قالوا : وضع الجائحة لازم بقدر ما هلك وقال الخطابي : هو لندب الوضع عن طريق المعروف والإحسان عند الفقهاء وقيل الحديث محمول على ما إذا هلك قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، فإنه في ضمان البائع بخلاف ما هلك بعد التسليم ؛ لأن المبيع قد خرج عن عهدة البائع بالتسليم إلى المشتري فلا يلزمه ما يعتريه بعده))^(٥) .

وقال ابن تيمية^(٦) : ((عمن استأجر أرضاً فلم يأتها المطر المعتاد فتلف الزرع ، هل توضع الجائحة ، فأجاب أما إذا استأجر أرضاً للزرع فلم يأت المطر المعتاد ، فله الفسخ باتفاق العلماء))^(٧) .

وقال الشيرازي^(٨) أيضاً : ((إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل إما أن يكون ثمرة أو غيرها فإن كان تلفه بأفة سماوية انفسخ البيع ؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد))^(٩) .

- (١) - سرواية عند الحنابلة ، انظر المعنى : ابن قدامة ٨٧/٤ ، وفي حدة هلاك المبيع قبل القبض عند الحنفية والشافعية على ما سأوضحه في الفصل الثاني .
(٢) - الجائحة : هي الآفة السماوية التي تصيب الأموال والثمار فتهددها كالثبر أو المطر أو القحط أو العطش . انظر ، عون المعبود في شرح أبي داود ٩/ ٢٦٥ ، وقال ابن قدامة : الجائحة : كل قلة لا صنع للإنسان فيها كالرياح والبرد والجراد والعطش . المعنى : ابن قدامة ٨٦/٤
(٣) - أخرجه مسلم في صحيحه : كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح رقم الحديث / ١٥٥٤ ، وأخرجه أبو داود : كتاب البيوع والإجازات ، باب في وضع الجائحة / ٣٤٧٠ . . أخرجه ابن ماجه في سننه : كتاب التجارات ، باب بيع الثمر سنين والجائحة رقم الحديث / ٢٢١٩ . والنسائي في سننه الكبرى : كتاب البيوع ، باب وضع الجوائح / ٦١١٨
(٤) - وجوب الجائحة : أي وجوب وضع الجائحة على تقدير محذوف .
(٥) - تعليقات مصباح الزجاجاة في زوائد ابن ماجه لثبوتها في بهامش سنن ابن ماجه : ٤٦/٣ .
(٦) - ابن تيمية (٦٦١-٧٢٨) : وهو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن الخضر بن محمد بن ثومية الحراني، ثم الدمشقي، الإمام الفقيه، المجتهد المحدث، الحافظ المفسر، الأصولي الزاهد. تقي الدين أبو العباس، شيخ الإسلام وعلم الأعلام، وشهرته تفتي عن الإطبات في ذكره، والإسهاب في أمره له مصنفات كثيرة من أشهرها كتاب الفتاوى (ذيل طبقات الحنابلة : ١ / ٣٣٨ ، الأعلام : ١ / ١٤٤) .
(٧) - كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه : ٣٠ / ٢٥٧ (مكتبة ابن تيمية)
(٨) - الشيرازي : (٣٩٣ - ٤٧٦) إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزي الشيرازي ، أبو إسحاق : العلامة المشاطر ، ولد في فيروزاباد (بغراس) وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها، وانصرف إلى البصرة ومنها إلى بغداد (سنة ٤١٥ هـ) فلم بدأ به من التدريس والبحث، وظهر نبوغه في علوم الشريعة الإسلامية، فكان مرجع الطلاب ومفتي الأمة في عصره، واشتهر بقوة الحجج في الجدل والمناظرة ، وله تصانيف كثيرة، منها : التبيين والمهذب في الفقه ، والتمع في أصول الفقه . (الأعلام للزركلي : ١ / ٥١)
(٩) - المهذب : ١ / ٢٩٦ .

يتبين من هذه النصوص الفقهية أن انفساخ العقد قد يحدث نتيجة وجود جائحة أصابت المعقود عليه ، لذا فإن الالتزام المقابل وهو دفع الثمن يصبح في الغالب بلا حق يستند إليه لهلاك ما يقابله في العادة وهو المبيع ، فكان التزاماً دون مقابل – وذلك غالباً ما يكون قبل القبض^(١) – وهذا مما لا يقره الفقه الإسلامي بنص الحديث السابق .

وعليه : فإن هذا الحديث يمكن أن يكون سنداً شرعياً لحق الفسخ في الفقه الإسلامي في حالة هلاك المعقود عليه على اختلاف في تفصيلاته لدى الفقهاء على ما سنوضحه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

ثالثاً - يمكننا أن نتلمس مبدأ مشروعية الفسخ أيضاً في الفقه الإسلامي من خلال الضوابط الشرعية التي قرر أصولها الشارع الحكيم في العقود بأنواعها المختلفة ، حماية للمصالح العامة أو الخاصة ، ودفعاً للضرر ، ومنعاً للمنازعات التي تحدث بسبب مخالفة تلك الضوابط ، فكل عقد يخالف نصاً ، أو قاعدة شرعية ، يجب إنهائه وإزالته مراعاة لحق الشارع في ذلك ؛ لأن كل ما نهى عنه ، يعتبر ليس لصالح المكلف في شيء ، كفسخ العقد الفاسد ، إذ إن الفساد منهي عنه شرعاً فيجب إزالته ؛ رعاية لحق الشارع ، واحتراماً لتلك الضوابط التي أرسى الشارع قواعدها في مختلف المجالات . يقول الكاساني في حديثه عن فسخ العقد الفاسد : ((ودفع الفساد واجب وهو حق لله تعالى لما في الفسخ من رفع الفساد))^(٢) .

ومن ذلك ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ))^(٣) .

قال ابن حجر العسقلاني : ((هذا الحديث معدود من أصول الإسلام وقاعدة من قواعده ، فإن معناه من اخترع في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله فلا يلتفت إليه))^(٤) . ثم ذكر أنه يحتج به في إبطال جميع العقود المنهي عنها .

وقال ابن القيم الجوزية أيضاً : ((في هذا الحديث إبطال كل عقد نهى الله ورسوله عنه))^(٥) .

(١) - على تفصيل سنوضحه في مبحث الانفساخ لهلاك المعقود عليه من الفصل الثاني من هذا الباب إن شاء الله تعالى .

(٢) - بدائع الصنائع : الكسائي ٥ / ٣٠٠

(٣) - أخرجه البخاري : كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود / ٢٤٩٩ - ، وأخرجه مسلم : كتاب الأفضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور / ٣٢٤٢ ، وأخرجه أبو داود في سننه : كتاب السنة ، باب لزوم السنة / ٤٦٠٦ .

(٤) - فتح الباري شرح صحيح البخاري : ابن حجر العسقلاني ٥ / ٣٠٢ - ٣٠٣ ، وانظر ، نيل الأوطار : الشوكاني ٦٩/٢

(٥) - إعلام الموقعين : ابن القيم الجوزية ١ / ٣٨٣ .

وجاء في كتاب عون المعبود : ((هذا الحديث بيان أن كل شيء نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عقد نكاح أو بيع أو غيرهما من العقود فإنه منقوض مردود))^(١) وعليه فإن هذا الحديث يستأنس بعمومه على وجوب فسخ العقود الفاسدة والمنهي عنها شرعاً ، ووجه دلالاته : أن أمثال هذه العقود قد خالفت قواعد الشرع العامة في ناحية معينة فيجب فسخها وإزالتها ؛ رعاية لحق الشرع وإعمالاً لعموم هذا الحديث ؛ لأن في وجودها واستمرارها إحداثاً لعمل لا يشهد له الشرع الحنيف . لذا يجب ردّها وذلك لا يتم إلا بفسخها أو بإزالة سبب الفساد فيها . وقياساً على العقود المنقوضة في أن كلا منهما منهي عنه ، لكن العقود الفاسدة كما هو عند الحنفية عقود منهي عنها في صفة عارضة ، بخلاف العقود الباطلة فهي عقود غير منعقدة أصلاً لذا فهي منقوضة من أساسها .

رابعاً - اختلف الفقهاء والعلماء في تحديد الأساس الفقهي لنظرية الفسخ في غير الحالات السابقة ، فمنهم من عدّ الضرر علة للفسخ ، ومنهم من قال : إن أساس حق الفسخ يعود إلى فكرة فوات المقصود من العقد ، وآخرون جعلوا من فوات ركن الرضا المرتبط بالمحل المعقود عليه سندا لحق الفسخ ، وفريق آخر ذهب إلى فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

١- قاعدة ((لا ضرر ولا ضرار))^(٢) :

يرى بعض الفقهاء^(٣) أن هذه القاعدة أساس لحق الفسخ في الفقه الإسلامي ، إذ إنها قاعدة من قواعده العامة وأساس لكثير من أحكامه ، فهي تنفي الضرر بكل أشكاله قبل وقوعه ، وذلك باتخاذ الوسائل الوقائية الممكنة ، وتنفي الضرر بعد وقوعه بما يمكن اتخاذه من التدابير التي تزيل آثاره^(٤) ، ورفع العقد بالفسخ يكون في بعض الأحيان إزالة للضرر وأثاره .

(١) - عون المعبود : محمد شمس الحق العظيم أبادي أبو الطيب ١٢/٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٢) - هذه القاعدة هي في الأصل حديث نبوي تم تخريجه في الصحيفة ٣٩ . وتجدر الإشارة إلى أنه يتفرع عنه قواعد أخرى منها : الضرر يزال ، الضرورات تبيح المحظورات ، ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها ، الضرر لا يزال بالضرر ، الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، درء المفاسد أولى من جلب المصالح . (الأشباه والنظائر : ابن نجيم ٩٤) .

(٣) - كالحموي الحنفى والسيوطى الشافعى ، انظر ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم : الحموي ١ / ٢٧٤ الأشباه والنظائر : السيوطى ٨٤ ، سبل السلام : الصنعاني ٣ / ٢٢٤ نظرية الضمان : د . وهبه الزحيلي ٢٠٤ - ٢٠٥

(٤) - النظر ، أوجز المسالك إلى موطأ مالك : الكاتدهوي ١٢ / ٢٢٥ ، سبل السلام : الصنعاني ٣ / ١٦١ - ١٦٢ ، الأشباه والنظائر : السيوطى ١٧٣ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١٧٧/٢

فمثلاً : لزوم البيع مع وجود العيب في المعقود عليه ، يستلزم ضرراً ، يجب رفعه بفسخ العقد إعمالاً لعموم هذه القاعدة . وهذا ما أشار إليه ابن نجيم بقوله : ((ويبتنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه . فمن ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات))^(١) . وقال السيوطي^(٢) : ((واعلم أن هذه القاعدة يبتنى عليها كثير من أبواب الفقه من ذلك : الرد بالعيب وجميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط ، والتغزير ، وإفلاس المشتري ، وغير ذلك وفسخ النكاح بالعيوب ، أو الإعسار ، أو غير ذلك))^(٣) .

وذكر الصنعاني : أن جمهور الفقهاء^(٤) استدلوا بحديث : ((لا ضرر ولا ضرار)) على فسخ الزوجية عند إعسار الزوج^(٥) .

وقال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : ((وهي أيضاً أساس لكثير من أحكام الفقه — وذكر منها — تجويز فسخ الزواج بسبب العيوب ، أو للإعسار بالنفقة ، أو لغيبوبة الزوج في مذهب المالكية والشافعية))^(٦) .

بيد أن أستاذنا الدكتور أحمد الحجى الكردي وجه نقوداً لهذه القاعدة باعتبارها سنداً خاصاً لحق الفسخ ، فقال : ((ونحن لا نرى في هذه القاعدة سنداً خاصاً لحق الفسخ ونوجه إليها نقوداً عديدة منها :

أ — إن هذه الفكرة مبهمة ونحن لا نلجأ إليها إلا عندما يعوزنا النص والدليل ، ولم نعدم هنا نصاً بعد . وإن اللجوء إلى فكرة الضرر يجعلنا في دوامة تكثر فيها الآراء والاختلافات ، ولا نخرج منها برأي مستقيم واضح ، فلا يمكن أن تكون علة للفسخ ، فهي ليست منضبطة كما يعبر الفقهاء .

ب — ثم إن فكرة الضرر فكرة عامة تقوم عليها جميع الأحكام الشرعية ، فالشريعة لم تأت إلا لإزالة الضرر ، ولابدّ ضمن نطاق هذه النظرية من قيود وضوابط تعتبر جامعة مانعة^(٧) . وعليه : فإنني أؤيد ما ذهب إليه أستاذنا الفاضل الكردي من أن فكرة الضرر فكرة لا يمكن ضبطها بشكل من الأشكال ، وقد تتصادم في التطبيق مع فكرة لزوم العقد الذي دعا إليها

(١) — غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم : الحموي ١ / ٢٧٤

(٢) — السيوطي : (٨٤٩ — ٩١١) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي ، إمام حافظ ، ومؤرخ ، وأديب وفقه من فقهاء الشافعية ، من تصانيفه : الأشباه والنظائر في فروع الشافعية ، الدر المنثور ، وغيرهما . (معجم المؤلفين ٥ / ١٢٨ ، الأعلام : ٣ / ٣٠١ ، ٣٠٢) .

(٣) — الأشباه والنظائر : السيوطي ٨٤

(٤) — المالكية و الشافعية و الحنابلة ، نظر ، حاشية الدسوقي : ٤١٨ / ٢ ، مقني المحتاج : ٤٤٢ / ٣ ، المقني : ٥٧٣ / ٧ .

(٥) — نظر ، سبل السلام : الصنعاني ٣ / ٢٢٤ .

(٦) — نظرية الضمان : د . وهبه الزحيلي ٢٠٤ — ٢٠٥ .

(٧) — فسخ الزواج : د . أحمد الحجى الكردي ٦٢ .

الفقه الإسلامي ، فقد قال السرخسي^(١) : « والأصل أن مطلق العقد يقتضي اللزوم »^(٢) مستمدين ذلك كله من قوله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ »^(٣) ، وهذا أيضاً ما دعا السنهوري إلى القول : « إن فسخ العقد ، أي حله بعد عقده أمر خطير ، فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ما أمكن »^(٤) ، لذا فإن القول بالفسخ استناداً لهذه القاعدة دون غيرها دعوة إلى نقض حرص الفقه الإسلامي على فكرة لزومية العقد ؛ لأن الضرر لا يمكن ضبطه ، وبالتالي لا يمكن أن تكون سنداً خاصاً لحق الفسخ - فيما أرى - ولكن يمكن الاستئناس بها دون أن تكون ركناً ركيناً يُستند عليها في الفسخ .

٢- فوات المقصود من العقد :

المتتبع لنصوص الفقهاء يجد أنهم في بعض الأحيان يسندون حق الفسخ إلى فكرة فوات المقصود من العقد ، قال السرخسي : « وفوات المقصود بالعقد أصلاً يُثبت للعاقِد حق رفع العقد »^(٥) ، وهذا ما أشار إليه ابن تيمية في صدد حديثه عن عقد الإجارة : « أنه ما بقي من المنفعة ما ليس هو المقصود بالعقد تبطل - ومعناه : تفسخ - وهو قول أكثر العلماء كابي حنيفة^(٦) ومالك^(٧) والشافعي^(٨) ؛ لأن المنفعة لما لم تكن هي المقصود بالعقد كان وجودها وعدمها سواء »^(٩) . وذكر الكاساني أن الإجارة تفسخ ؛ لفوات المقصود من العقد

(١) - السرخسي (ت ٤٨٣ هـ) : محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ، شمس الأئمة ، أحد فحول العلماء ، الإمام العلامة الفقيه الحجة المتكلم الأصولي ، من مؤلفاته (المبسوط) الذي شرح فيه الكافي ، و أملاه في سجنه بأوزجند فلما وصل إلى باب الشروط حصل له الفرج ، وأتمه فيما بعد . كشف الظنون : ١١٢/١

(٢) - المبسوط : السرخسي ١٢٣/٢٤ .

(٣) - سورة المائدة : الآية ١

(٤) - مصائر الحق : السنهوري ٢١٥/٦

(٥) - المبسوط : السرخسي ١٠١/٥

(٦) - أبو حنيفة : (٨٠ - ١٥٠) هو النعمان بن ثابت ، التيمي بالولاء ، الكوفي ، أبو حنيفة : إمام الحنيفة ، الفقيه المجتهد المحقق ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة ، قيل : أصله من أبناء فارس ، ولد ونشأ بالكوفة ، وكان يبيع الخبز ويطلب العلم في صباه ، ثم انتقل للتدريس والافتاء . طبقات الفقهاء : ٨٦/١ ، الأعلام للزركلي : ٨ / ٣٦ .

(٧) - مالك : (٩٣-١٧٩) : وهو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري ، أبو عبد الله : إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة ، وإليه تنسب مذهب المالكية ، مولده ووفاته في المدينة ، كان صلباً في دينه ، بعيداً عن الأمراء والملوك ، وشي به فضربه سباطاً اتخلعت لها كتفه ، من مصنفاته : الموطأ (للديباج المذهب : ٢٨-١٦ ، تقريب التهذيب : ١٥١/٢-١٥٢ ، الأعلام للزركلي : ٥ / ٢٥٧) .

(٨) - الشافعي : (١٥٠-٢٠٤) محمد بن إدريس بن عثمان بن شافع بن سائب بن عبيد بن عبد المطلب بن مناف ، ولد في غزوة بفسطاطين ، وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين ، وزار بخداد مرتين ، وقصد مصر سنة ١٩٩ وتوفي فيها ، وقبره معروف بالقاهرة ، حاز الفنون والعلوم : الفقه والحديث واللغة ، أسس مذهباً فقهياً عرف بالمذهب الشافعي نسبة إليه من تصانيفه : الأم والسند وأحكام القرآن والسنن والرسالة في الأصول وغيرها طبقات الفقهاء : ٧٢/١ ، الأعلام : ٢١/٦

(٩) - كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه : ٢٩٠ / ٣٠ .

فقال : « ومنها هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه ، فلم يكن في بقاء العقد فائدة »^(١) .

وقال صاحب المبدع : « وإن اكرى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة لأن المقصود بالعقد قد فات »^(٢)

وعليه : فإن فوات المقصود من العقد يعد الأساس الذي يستند عليه حق الفسخ في الفقه الإسلامي ؛ لأن مبتغى العاقدين تحقيق مقصدهما بالعقد ، فإن تحقق ذلك ، فقد تم المطلوب ، وإن فات ذلك المقصد كان سبيلاً إلى الفسخ ؛ لأن الغرض من التعاقد لم يتحقق ، ويمكننا أن نلمس تطبيق ذلك - إضافة إلى النصوص السابقة - في حالة هلاك المبيع قبل القبض ، إذ إن هلاكه قبل القبض يسقط عن المشتري الالتزام بدفع الثمن ؛ لأن المقصود من العقد هو حصول المشتري على المبيع وحصول البائع على الثمن ، فعند هلاك المبيع فات مقصد المشتري في الحصول عليه ، لذا يصبح التزامه التزاماً بدون مقابل ، وهذا يتنافى مع مقصد العقد .

٣ - اختلال ركن الرضا :

يرى بعض الباحثين^(٣) أن الأولى في إسناد حق الفسخ إليه في الفقه الإسلامي هو اختلال ركن الرضا ؛ لأن الرضا مرتبط بالمحل المعقود عليه طوال حياة الالتزام ، فإذا انعدمت أو تعيبت الصلة بينهما حتى بعد نشوء العقد ، كان العقد مفسوخاً أو قابلاً للفسخ ، وهذا ما أوضحه الأستاذ حسن علي ذنون حيث قال : « نرى أن أساس حق الفسخ في الشريعة هو ركن « الرضا » كما فهمه علماءها ، ذلك إننا قلنا : إن ركني العقد عند الفقهاء هما الرضا والمحل . وإنهم قالوا : بوجود قيام رابطة بين هذين الركنين ، فذكروا في تعريف العقد أنه عبارة عن اتحاد القبول بالإيجاب اتحاداً يظهر أثره في المعقود عليه - أي المحل - فلا بد

(١) - بدائع الصنائع : الكاساني ٢٢٣/٤

(٢) - المبدع : ابن مفلح الحنبلي ١٠٣/٥ .

(٣) - الدكتور احمد الحجى الكردي في كتابه فسخ الزواج : ٦٣ - ٦٤ والدكتور حسن علي ذنون في رسالته النظرية العامة

في ركن الرضا من أن يرتبط بركن العقد الثاني وهو المحل ، وينصب عليه طيلة حياة الالتزام أي منذ نشوئه إلى حين تنفيذه . فإذا ما انعدم الرضا ابتداءً بأن لم يتفق الإيجاب والقبول ، أو لم يظهر أثره على المعقود عليه بأن كان هالكا كان العقد باطلاً ، وإذا ما توفر ركن الرضا عند نشوء الالتزام ، ولكنه لم يحدث أثره بأن انعدمت الصلة التي كانت تربطه بالمحل أو ظهر أن هذه الصلة كانت معيبة كان العقد مفسوخاً أو قابلاً للفسخ على حسب الأحوال . وقد يعترض على ما نقول بأن الرضا قد يتوافر عند نشوء الالتزام التعاقدية ، ويكون مرتبطاً بالمحل ارتباطاً سليماً ثم يعتري أحد المتعاقدين عارض يعدم رضاه أو يعيبه وقد عرفنا أن الجنون الطارئ على انعقاد العقد ، أو أي عارض من عوارض الأهلية اللاحقة على نشوء الرابطة التعاقدية لا تأثير لها على صحة هذه الرابطة التعاقدية أليس في هذا رد على ما نقول وتناقض لا يستقيم معه الرأي ، ونحن نرى أن الاعتراض السالف ظاهري لا سند له فنحن لا نقر أن لانعدام الرضا أو لتعيبه أثراً رجعياً يصيب العلاقات القانونية التي نشأت صحيحة قبل انعدامه أو تعيبه . ثم إنه لا يلزم من انعدام الرضا أو تعيبه انعدام الرابطة التي كانت تربطه قبل هذا وذلك بالمعقود عليه . فكما أنه من الممكن أن نتصور انعدام هذه الرابطة دون أن يعتري الرضا ما يعدمه أو يعيبه فكذلك يمكن تصور الرضا دون أن تنعدم الرابطة التي كانت تربطه قبل ذلك بالمحل ؛ لأن الرضا الذي يشترط دوامه طيلة حياة العقد هو الرضا الذي ينصب على المعقود عليه لا الرضا المجرد المكون من عنصري التمييز والاختيار . وقد وجد النوع الأول فوجد العقد وانعدم النوع الثاني فلم ينعدم العقد أو يطرأ عليه خلل ؛ ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان واليقين لا يزول بالشك . ذلك هو الأساس القانوني – الفقهي – الذي نقول به ونظنه أقرب إلى الصواب وأكثر دقة مما ذهب إليه الكثيرون من علماء الشريعة^(١)

وعليه : أميل إلى ما ذهب إليه الأستاذ حسن علي ذنون من أن انعدام استمرارية ركن الرضا بعد نشوء العقد من خلال فقدان أو تعيب الصلة التي تربطه بالمحل المعقود عليه تعطينا سندا أو أساساً آخر لحق الفسخ بأسبابه المتعددة ، وهذا ما أشرت إليه عند تعريف

(١) - النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني : حسن علي ذنون ٧٣ - ٧٤

الفسخ ، إذ إن فوات ركن الرضا من أحد العاقدين أو كليهما يجعل العقد يفقد استمراريته ولدى فقهاءنا ما يؤيد هذا ، فقد قال صاحب البحر الرائق: «العقد يقتضي بالإجماع البذل ، فإذا لم يسلم ، فات رضاه ، فله أن يفسخ كما في البيع»^(١) .

وقال الزيلعي أيضاً في صدد حديثه عن عقد الإجارة : «وتفسخ الإجارة بالعيب ؛ لأن العقد يقتضي سلامة البذل ، فإن لم يسلم فات رضاه ، فيفسخ كما في البيع»^(٢) .

٤ - فقدان التوازن العقدي :

وهناك من يرى أيضاً أن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو فكرة فقدان التوازن العقدي ، فقد قال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : «والأدق : أن يقال : إن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً التي يشترط فيها أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد ، ليس عند لحظة انعقاد العقد ، بل حتى عند تنفيذ العقد ، فإذا اختلفت المعاوضة أو التوازن العقدي ، كان لمن اختلفت المعاوضة في جانبه حق طلب الفسخ»^(٣) .

ومن كل ما تقدم يمكن القول : إن الأسس السابقة التي أسند فقهاء وعلماء الشريعة حق الفسخ إليها يمكن أن يعبر عنها بأساس جامع لها وهو *اختلال التوازن العقدي أو فقدانه* ، إذ إن فكرة المقصود من العقد تصب في ركن الرضا ؛ لأن فوات الرضا ناجم في أغلب الأحيان من فقدان المقصود من العقد ، فلو أن مقصد العقد تحقق لما انعدمت الصلة بين ركن الرضا ومحل المعقود عليه ، والعكس صحيح أيضاً فإن فوات ركن الرضا المرتبط بالمحل يفقد مقصد العقد . لذا نجد الفقهاء يعبرون عن أساس حق الفسخ تارة بفوات المقصود من العقد ، وتارة أخرى بفقدان أو تعيب الصلة بين ركن الرضا ومحل المعقود عليه ، ومرادهم من ذلك واحد ، وهو اختلال التوازن العقدي القائم على فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً ، وهو ما عبر عنه أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي كما سبق ، فكل من فوات المقصود من العقد أو انعدام الرضا المرتبط بالمحل أو تعيب الصلة بينهما أو فقدانهما أو فقدانهما ناجم في الحقيقة عن اختلال المعاوضة في جانب أحد المتعاقدين .

(١) - البحر الرائق : ابن نجيم ٨ / ٤٠

(٢) - تبين الحقائق : الزيلعي ٤ / ١٤٣

(٣) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣١٦٠ ، وأحال إلى كتاب سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي :

للدكتور جمال الدين محمود ٤٥٢

المبحث الثالث

استعمالات الفقهاء لألفاظ الفسخ والبطلان والفساد والفرق بينها

المطلب الأول

استعمالات الفقهاء لألفاظ الفسخ والبطلان والفرق بينها

قبل أن نوضح الفرق بين الفسخ والبطلان في استعمالات الفقهاء لابد من أن نبين معنى البطلان في اللغة والفقهاء حتى يكتمل المعنى في إظهار المراد منه ، أما الفسخ فقد بان معناه فيما سبق .

أولاً- تعريف البطلان لغة :

البطلان في اللغة : الضياع والخسران أو سقوط الحكم ، وأصلها كلمة ((بَطَلَ)) فقد جاء في لسان العرب وغيره : ((بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً : أي ذهب ضياعاً وخسراً ، أو سقط حكمه ، فهو باطل ، ويقال : ذهب دمه بطلاً أي هدراً ، وبطل في حديثه بطالة ، وأبطل ، هزل ، ويقال أيضاً : وأبطلت الشيء : جعلته باطلاً ، والباطل نقيض الحق ، وهو ما لا ثبات له عند الفحص عنه ، والجمع أباطيل ، وسمي الشجاع بطلاً ؛ لأنه يبطل العظام بسيفه ، ويسمى الشيطان الباطل ؛ لأنه لا حقيقة لأفعاله ولكل شيء منه ، فلا مرجوع له ولا معول عليه.))^(١)

ثانياً - تعريف البطلان اصطلاحاً :

تعددت عبارات الأصوليين في تعريف البطلان إلا أنها اتفقت في إفادة المعنى منه ، وهو انعدام الأثر المترتب من العبادات أو المعاوضات . فالزركشي جاء تعريفه للبطلان على نقيض تعريفه للصحة . فقال : ((بما أن الصحة

(١) - لسان العرب : ابن منظور مادة / بطل / ، وانظر ، المصباح المنير : الفيومي مادة / بطل / ، القاموس المحيط : الفيروآبادي مادة / بطل / ، المقاييس في اللغة : ابن فارس مادة / بطل / .

وقوع الفعل كافياً في إسقاط القضاء ، فإن البطلان هو وقوعه غير كاف لإسقاط القضاء ((^(١)) وقال أيضاً : ((إن الصحة موافقة الأمر ، فإن البطلان مخالفته))^(٢) .

وجاء في كتاب التقرير والتحبير : ((إن البطلان هو عدم موافقة الفعل أمر الشارع))^(٣) ، وذكر السبكي^(٤) البطلان أيضاً بأنه عدم استتباع الغاية من خلال تعريفه للصحة بقوله : ((إنها استتباع الغاية ، وبإزائها البطلان والفساد))^(٥) ، ومراده بالغاية غاية التشريع ، فإن وافق الأمر غاية التشريع وصف بالصحة ، وإن خالفها وصف بالبطلان والفساد .

وعليه : فإن البطلان نقيض الصحة ، فإن كانت الصحة هي حصول الغرض من التشريع وموافقة الأمر الشارع الحكيم ، وترتب الآثار المقصودة بالعبادات والمعاملات ، وهي الغاية من تشريعها ، فإن البطلان هو عدم حصول ذلك كله ؛ لخلل يعترى العبادة أو المعاملة من نقص في الأركان والشروط^(٦) .

أما السمرقندي^(٧) فقد ذكر أن الباطل هو : ((ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة ، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل))^(٨) وقال محمد عميم الإحسان المجددي البركتي : ((الباطل هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله ، أو ما لا يعتد به ولا يفيد شيئاً))^(٩) ، وهذان التعريفان يتفقان مع ما درج عليه فقهاء الحنفية في تعريفهم للباطل كما سنجد بعد قليل .

وبناء عليه يمكن القول : إن البطلان عند الأصوليين هو مخالفة التصرف أحكام الشرع ، فكل تصرف يناقض أمر الشارع الحكيم بسبب خلل أو مخالفة فيه ، يوصف عندهم

(١) - البحر المحيط : الزركشي ٢٥/٢ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - التقرير والتحبير : محمد بن سليمان بن عمر ١٠٥ / ٢ .

(٤) - السبكي : (٦٨٣-٧٥٦) : علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى بن تمام، الأنصاري الخزرجي الشيخ الإمام الفقيه، المحدث، الحافظ، المفسر، المقرئ، الأصولي، المتكلم، النحوي، اللغوي، الأديب، الحكيم، المنطقي، الجنلي، الخلافي، السننار، شيخ الإسلام، قاضي القضاة تقي الدين أبو الحسن بن القاضي زين الدين أبي محمد السبكي ، من تصانيفه : الدر النظيم في تفسير القرآن العظيم ، الإبهاج في شرح المنهاج ولم يكمله (طبقات الشافعية: ١ / ١٤٣ - ١٤٤) .

(٥) - الإبهاج في شرح المنهاج : السبكي ٦٨/١ .

(٦) - نظر ، البطلان والفساد وأثرهما عند الأصوليين : حنان يونس ٣٤ .

(٧) - السمرقندي : (ت ٥٧٥) محمد بن أحمد السمرقندي، أبو منصور: فقيه حنفي، من أهل سمرقند، وهو شيخ أبي بكر بن مسعود الكاساني ، من كتبه (تحفة الفقهاء ، ميزان الأصول في نتائج العقول) ، الأعلام للزركشي : ٥ / ٣١٨ .

(٨) - ميزان الأصول في نتائج العقول : السمرقندي ٣٩ ، كشف الأسمار : البزدوي ٥٣١/١ (الهامش) .

(٩) - قواعد الفقه : محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ٢٠٢ / ١ .

بالبطلان . وهذا هو أيضاً ما قصدته جمهور الفقهاء في استعمالهم لألفاظ البطلان .

ففي العبادات : فإن استعمال الفقهاء^(١) لألفاظ البطلان يدل على عدم اعتبارها ، حتى كأنها لم تكن ، « فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبار صحة لهما ، فلا يبرئان ذمة المكلف بهما عن الواجب ، بل يبقى مكلفاً بإعادتهما. »^(٢) . قال الشاطبي : « كون العبادة باطلة إنما هو لمخالفتها لما قصد الشارع فيها ، وقد تكون باطلة ؛ لخلل في بعض أركانها أو شروطها ككونها ناقصة ركعة أو سجدة »^(٣) .

أما في المعاملات فقد استعمل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٤) لفظ البطلان للدلالة على عدم اتصافها بالمشروعية بأصلها أو بوصفها أو بهما معاً ، لذا فإن العقد الباطل والفساد عندهم مترادفان وهذا ما أشار إليه ابن اللحام بقوله : « الباطل والفساد مترادفان ، فكل ما كان منهيّاً عنه إما لعينه أو لوصفه ففساد وباطل »^(٥) .

وأما الحنفية فقد استعملوا لفظ البطلان للدلالة على عدم اتصاف المعاوضة بالمشروعية بأصلها^(٦) دون وصفها . لذلك قالوا : « إن العقد الباطل هو ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا بوصفه »^(٧) . وعليه : فإن كل خلل في أصل العقد ، ركناً كان أو غيره يجعل من العقد عقداً باطلاً لا أثر له . وذلك « كأن يكون أحد العاقدين فاقداً الأهلية كالمجنون وغير المميز ، والمميز فيما يضره ضرراً محضاً ، أو تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً كبيع ما ليس بمال ، أو ما ليس مالا متقوماً كالخمر والخنزير والسمك في الماء وكبيع شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق العام أو من مشفى أو من مسجد ، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلاً كالميتة أو الشيء المباح للناس جميعاً ، وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو لم يكتمل عدتها من مطلقها ، أو المتزوجة بزواج آخر

(١) - انظر ، البحر الرائق : ٢/٢٩١ ، حاشية ابن عابدين ٢/٣٩٤ ، الفواكه الدواني : النفرواني ١/١٩٠ ، شرح الزرقاني

على مؤظا مالك : الزرقاني ٢/٤١٧ ، المجموع شرح المذهب : ٢/٤٦٦ ، المبدع : ٣/٢١١

(٢) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢/٢٩٢ النسخة الأولى .

(٣) - موافقات : الشاطبي ١/٢٩٢ .

(٤) - انظر ، الشرح الكبير : أحمد الدردير أبو البركات ٣ / ٥٤ ، دقائق المنهاج : النووي ١ / ٧٧ ، إغاثة الطالبين :

السيد البكري الدمياطي ٣ / ٥٩ ، كشاف القناع : البهوتي ٤ / ٤٦

(٥) - القواعد والفوائد الأصولية : ابن اللحام ١ / ١١٠

(٦) - سنوضح المقصود بالأصل والوصف في المطب الثاني من هذا المبحث .

(٧) - الدر المختار : ٦/٤٥ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح : ١/٢١٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٤٩ ، البحر الرائق ٦

/٧٥ ، تيسير التحرير : محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفي ٢/٢٣٧

فكل هذه العقود باطلة ؛ لأن النهي في الشرع عنها عائد لأصل العقد أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل ((^(١)).

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ مصطفى الزرقا عرف البطلان أيضاً بقوله : « عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وأثاره في نظر الشارع » ((^(٢) . ويقصد الزرقا أن أي تصرف له في الحقيقة وجودان ، وجود حسي مادي ، ووجود اعتباري شرعي ، أي من جهة الشرع ، فإذا لم يكتسب التصرف موافقة الشرع عندئذ يوصف بالبطلان ، رغم وجوده الحسي ؛ لأن الذي يعطيه صفة الاعتبار هو الشرع الحنيف فإن عدم اعتباره الشرعي يكون وجوده كعدمه ، وهذا ما أشار إليه البهوتي^(٣) عندما قال : « العقد الباطل وجوده كعدمه » ((^(٤) . وقال صاحب البحر الرائق : « الباطل لا وجود له » ((^(٥) ، أي لا وجود له في نظر الشارع الحكيم . وهذا أيضاً ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور أحمد الحجي الكردي عند تعريفه للبطلان فقال : « البطلان في الاصطلاح الفقهي : هو مجرد التصرف الشرعي عن اعتباره وأثاره في نظر الشارع » ((^(٦)).

وبه يظهر أن البطلان عند الجمهور هو مخالفة التصرف أحكام الشرع في ناحية أساسية أو فرعية^(٧) بحيث تؤدي إلى عدم ترتب الآثار الشرعية عليه سواء أكان ذلك في العبادات أم في المعاملات ، بخلاف الحنفية الذين يطلقون البطلان على مخالفة التصرف أحكام الشرع في ركن من أركانه أو في شرط من شرائط انعقاده .

ثالثاً - الفرق بين الفسخ والإبطال والبطلان في اصطلاح الفقهاء :

ذكرت فيما سبق أن الفسخ هو حل ارتباط العقد المنعقد ؛ لعدم توافر الرضا التام بعد انعقاده ، أو لتعذر التزام كان مقرراً بمقتضى العقد ، أو لمخالفة شرط فيه . أما الإبطال : فهو عدُّ الشيء باطلاً^(٨) ، أو الحكم بكون الشيء باطلاً من أساسه ؛ لفقد ركنه أو محله أو لنقص في أهلية العاقد ، وأما البطلان فهو أثر ذلك الحكم اللازم للشيء بعد نقضه بسبب الخلل

(١) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/ ٣١٥٤ .

(٢) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢/ ٦٤٣ النسخة الأولى .

(٣) - البهوتي - (١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ) : منصور بن يونس بن صلاح الدين الشهير بالبهوتي ، الحنبلي المصري شيخ الإسلام ، كان فقيهاً متبحراً في الأصول والفقه والتفسير . من مؤلفاته (كشاف القناع عن متن الإقناع - شرح منتهى الإرادات) . معجم المؤلفين ١٣/ ٢٢٠ .
الأعلام : ٧/ ٣٠٧

(٤) - كشاف القناع : البهوتي ٥/ ٦٠

(٥) - البحر الرائق : ابن نجيم ٥/ ٣٢٧

(٦) - فسخ الزواج : د . أحمد الحجي الكردي ٥٣

(٧) - فالجمهور يقولون : إن البطلان والفساد مترادفان بخلاف الحنفية ، كما سنرى بعد قليل إن شاء الله تعالى .

(٨) - فسخ الزواج : د . أحمد الحجي الكردي ٥٣

الجوهري الذي صاحب العقد منذ نشوئه^(١) .

ولكن بعض الفقهاء في بعض الأحيان يعبرون عن الفسخ أو الانفساخ بالبطلان نظراً لتساويهما من حيث الأثر ، أي في إعادة المتعاقدين إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد ، وإليك بعض الأمثلة في ذلك :

*- يقول الكاساني في معرض حديثه عن انفساخ عقد الإجارة : « هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه ، فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر عبداً أو ثوباً أو حلياً أو ظرفاً أو دابة معينة ، فهلك ، أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة ، بطلت الإجارة كما قلنا »^(٢) . ومعنى بطلت الإجارة ، أي انفسخ عقدها نتيجة هلاك المعقود عليه . وذكر أيضاً : « إن الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت ، لا تبطل الإجارة ، وعلى المؤجر أن يأتيه بغير ذلك ؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد »^(٣) . ومراده من ذلك أن عقد الإجارة لا يفسخ والحالة هذه .

** - قال ابن قدامة^(٤) أيضاً : « إن تلف المبيع قبل قبضه بأفة سماوية بطل البيع ، ورجع المشتري بالثمن »^(٥) . وقال البهوتي في ذلك أيضاً : « إن تلف المبيع قبل القبض ، وكان المبيع مكيلاً ، بيع بكيل ونحوه ، كالمبيع وزناً أو عدداً أو ذرعاً ، بطل البيع »^(٦) . ومرادهما من ذلك هو انفساخ العقد ؛ لأن عقد البيع وقع صحيحاً ثم طرأ عليه ما يحول دون استمراره ، وهو تلف المبيع قبل القبض ، فعبراً بالبطلان ، وهما يقصدان انفساخ العقد ؛ لأن نتيجتهما واحدة في أغلب الأحيان ، وهي رفع العقد وعودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد .

*** - قال الحصكفي : « ولو ظهر غبن فاحش لا يدخل تحت التقويم في القسمة ، فإن كانت بقضاء ، بطلت اتفاقاً ولو وقعت بالتراضي تبطل أيضاً في الأصح »^(٧) . فقد عبر بالبطلان ، وأراد الفسخ بدليل ما أكده ابن عابدين في شرحه له ، حيث قال : « وقوله بطلت . قال في الكنز : لو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ »^(٨) .

وهذا الاستعمال للبطلان في موقع الانفساخ تسامح في التعبير من بعض الفقهاء ، وهذا

(١) - الفقه الإسلامي وأدلته : ٢ . وهبه الزحيلي ٤ / ٣٢٠٤

(٢) - بدائع الصنائع : الكلاسي ٤ / ٢٢٣

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - ابن قدامة - (٥٤١ - ٦١٠ هـ) : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي ، أبو محمد موفق الدين ، فقيه من أكابر الحنابلة ، ولد في جماعيل من فرى نابلس بفلسطين ، وله تصانيف كثيرة منها المغني شرح به مختصر الخرق في الفقه ، وله كتاب الروضة في الأصول . سير أعلام النبلاء : ٢٢ / ١٦٥ ، الأعلام : ٤ / ٦٧ .

(٥) - المغني : ابن قدامة ٤ / ٨٩

(٦) - كشف القناع : البهوتي ٣ / ٢٠٩ - ٢١٠ .

(٧) - الدر المختار : ٥ / ٢٦٧ .

(٨) - الرد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٢٦٧ .

أيضاً لا ينفي أن لا يكون بينهما فروق ، بل واقع الأمر يدل على أن بينهما فرقاً بيناً وذلك من الوجوه الآتية^(١) :

١- إن بطلان العقد ينجم عن فقدان أحد أركان تكوينه ، أي أنه لا يكون منعقداً أصلاً ، أو أن انعقاده انعقاداً صورياً دون أن يكون له اعتبار في نظر الشرع ، لذا وُصف بعدم المشروعية من أصله . وعليه فإن العقد في هذه الحالة لا يعتد به ولا يفيد شيئاً ؛ لعدم ترتب الآثار عليه ترتباً صحيحاً يتفق مع وجه المشروعية ، بينما يرد الفسخ أو الانفساخ على عقد صحيح منعقد حقيقة - ولو بالجملة كما في العقد الفاسد مثلاً - يتفق مع مراد الشارع حال انعقاده ، إلا أنه قد يطراً عليه ما يقتضي انحلاله سواء أكان ذلك بسبب إرادي من المتعاقدين كعدم الرغبة من أحدهما أو كليهما في استمرارية العقد نتيجة الأثر المترتب عليه أم بسبب طارئ يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده ، كهلاك المبيع قبل القبض ، وكموت أحد العاقدين أو كليهما في عقود المدة كما في عقد الإجارة والشركة على ما سبق بيانه .

وعليه يمكن القول : إن بطلان العقد يكون نتيجة مخالفة لنظامه التشريعي ، وبالتالي فإن قابلية الإبطال تقوم عند تكوين العقد ، بينما قابلية الفسخ أو الانفساخ تكون عند تنفيذ العقد ، أي بعد تمام انعقاده ، وفي ذلك يقول أستاذنا الدكتور أحمد الحجى الكردي : «الفسخ هو الحالة التي نواجه فيها عقداً منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه ، ولكن رافقه أو طراً عليه ما سبب العمل على حله ، فهو كشخص حي تطراً عليه الوفاة ، أما الإبطال فهو الحالة التي نواجه فيها عقداً منعقداً في نظر الشارع ، فهو كشخص ميت منذ ولادته»^(٢) .

٢- ويفترق أيضاً بطلان العقد عن فسخه أو انفساخه من ناحية أخرى وهي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله - كما قلت - أما في حالة الفسخ والانفساخ فإن العقد قد يرتفع من أصله بأثر رجعي كما في هلاك المبيع قبل التسليم ، وقد يرتفع دون أن يكون له أي أثر رجعي ، وعندئذ يزول به الارتباط التعاقدي اعتباراً من وقت الفسخ أو الانفساخ ، وما مضى من العقد يبقى على حكم التعاقد ، كما في انفساخ الإجارة والشركة ونحوهما من العقود المستمرة^(٣) .

١٤١٥٢٥

٣- يمكننا أيضاً أن نميز بين الفسخ والبطلان في أن سبب الفسخ في بعض الحالات هو تعذر قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المترتب عليه نتيجة التعاقد كما في حالة «هلاك المبيع

(١)- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣١٥٤ - ٣١٥٥ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢ / ٦٥٤ - ٦٥٥ النسخة الأولى ، فسخ

الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٤ - ٥٥ ، المدخل للفقه الإسلامي : عبد الله الدرعيان ٦٥٠ - ٦٥١ ، نظرية البطلان : محمد حسين ٢١ وما بعدها .

(٢) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٤ .

(٣) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢ / ٦٥٥ .

في يد البائع قبل أن يسلمه للمشتري سواء أكان الهلاك بفعل البائع أو بأفة سماوية - وهنا يسمى انفساخاً - أو بفعل أجنبي ، وعندئذ فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع والرجوع بالثمن والبائع يرجع على الأجنبي المتعدي ، وبين إبقاء البيع ودفع الثمن ، ومن ثم يرجع المشتري على الأجنبي^(١) ، وإن كان الأصل في الفقه الإسلامي لا يفسخ العقد لعدم التنفيذ على تفصيل سنينيه فيما بعد إن شاء الله تعالى . بينما البطلان بوجه عام هو فقدان ركن من أركان العقد كنقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو ما شابه ذلك من كل خلل في تكوين العقد^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي حفظه الله تعالى ذكر هذا الفرق بين الفسخ والبطلان . فقال : « إن سبب الفسخ هو عدم قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه^(٣) . وهذا محل نظر ، إذ إن الأصل في الفقه الإسلامي لا يجيز فسخ العقد عند عدم تنفيذ الالتزام وهو ما أشار إليه حفظه الله تعالى فيما بعد عندما قال : « لا يجيز الفقه الإسلامي للعائد أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ العائد الآخر التزامه ، فإذا لم يسلم البائع المبيع ، أو لم يدفع المشتري الثمن عند حلول الأجل ، أجبر العائد على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه عيناً ممكناً ؛ لأن مهمة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم ، فلا موجب للفسخ^(٤) . وهذا يجعلنا نقول : إن سبب الفسخ ليس عدم قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، وإنما تعذر قيام أحدهما في تنفيذ الالتزام المترتب عليه .

٤- يمكن القول أيضاً : إن فسخ العقد خاضع لتقدير القاضي فيما إذا كان عن طريقه ، أي أن له فيه سلطة تقديرية ، فقد يرى ألا يحكم به ، ويعطي المتعاقدين مهلة في ذلك لتسوية ما يترتب على العقد من آثار ، وقد يحكم به ، وحكمه في ذلك منسئ للفسخ كما في حالة خيار العيب ، فإن العقد حال وجود هذا الخيار إن تقرر فسخه ، فإنه يُفسخ بالتراضي أو بالتقاضي وعندئذ تتقرر تلك السلطة للقاضي ، بينما في حالة بطلان العقد ليس للقاضي فيه تلك السلطة ولا يملك إلا الإبطال ، وحكمه في ذلك ليس منشئاً له بل يُظهر البطلان ويُقرره تقريراً ، بمعنى أن القاضي يُبين أن العقد قد صدر باطلاً من أصله^(٥) .

(١)- مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٢١٧/٦

(٢)- انظر ، الدر المختار : ٤٥/٦ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح : ٢١٧/١ ، حاشية ابن عابدين : ٤٩/٥ ، البحر الرائق ٧٥/٦ ، تيسير التحرير : محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى ٢٣٧/٢ ، الشرح الكبير وعليه حاشية التسويقي : ٥٤ / ٣ ، دقائق المنهاج : النووي ٧٧ / ١ ، إعانة الطالبين :

السيد الجري الدمياطي ٣ / ٥٩ ، كشف القناع : البهوتي ٤ / ٤٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٥٥/٤

(٣)- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٥٥/٤

(٤)- المرجع السابق : ٣١٦٩/٤ .

(٥)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٥٥/٤ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٩٦ / ٤ المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢

المطلب الثاني

استعمالات الفقهاء لألفاظ الفساد والفساد والفرق بينهما

أولاً - معنى الفساد لغة :

الفساد في أصل اللغة : نقيض الصلاح ، يقال : فسَدَ الشيءُ يَفْسُدُ وَيَفْسِدُ وفسُدَ فساداً وفسُوداً ، فهو فاسد ، وتفاسد القوم : تدابروا وقطعوا الأرحام ، والمفسدةُ : خلاف المصلحة ، والاستفساد خلاف الاستصلاح^(١) ، وفي القاموس المحيط أيضاً : ((الفساد أخذ المال ظلماً))^(٢) وجاء في مفردات ألفاظ القرآن : ((الفساد خروج الشيء عن حد الاعتدال قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً ، ويضاده الصلاح ، ويستعمل في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة))^(٣) .

وعليه : فإن الفساد هو تحول الشيء عن حالته السليمة الصحيحة وخروجه عن نظام الاستقامة فهو شامل لجميع الأشياء والأمور الخارجة عن حد الاعتدال ، كالأضطراب والبطلان والبغي والظلم والفتنة ، ونحوها^(٤) . فكل هذه المفاهيم يمكن أن توصف بالفساد لخروجها عن نظام الاستقامة المعهود .

.....
(١) - لسان العرب : ابن منظور مادة / فسد / ، القاموس المحيط : الفيروزآبادي مادة / فسد / ، مختار الصحاح : مادة

/ فسد / ، المقاييس في اللغة : ابن فارس مادة / فسد /

(٢) - القاموس المحيط : الفيروزآبادي باب الدال فصل الفاء

(٣) - مفردات ألفاظ القرآن : الراغب الأصفهاني ٦٣٦ مادة / فسد / ، تحقيق : صفوان عدنان داوودي .

(٤) - انظر ، المراجع السابق .

ثانياً - تعريف الفساد اصطلاحاً :

اختلف الفقهاء والأصوليون في تحديد معنى الفساد وتعريفه على مذهبين : جمهور الفقهاء والأصوليين من المالكية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم ومذهب الحنفية ومن وافقهم ، وذلك تبعاً لاختلافهم في مقتضى النهي الشرعي ، كما يأتي :

1- ذهب جمهور الفقهاء والأصوليين من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الفساد والبطلان معنيان مترادفان يفيدان انعدام الأثر المترتب من العبادات والمعاملات ، وإن تعددت عباراتهم في ذلك ، فقال تقي الدين أبو البقاء الفتوحى الحنبلي : « البطلان والفساد مترادفان يقابلان الصحة الشرعية سواء أكان ذلك في العبادات أم في المعاملات ، فهما في العبادات عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها ، أو عدم سقوط القضاء ، أو عدم موافقة الأمر ، وفي المعاملات عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها »^(١) ، وقال البصري^(٢) : « الفاسد والباطل : هو نفي حصول الغرض وهو أنه لم يستوف شرائطه التي عليها يقف حصول الغرض بالفعل »^(٣) . وقال السبكي : « البطلان والفساد لفظان مترادفان يفيدان عدم ترتب الأثر عليهما »^(٤) . وقال الأسنوي : « البطلان والفساد عندنا مترادفان ، فنقول مثلاً بطلت الصلاة ، وفسدت »^(٥) . وقال ابن اللحام : « الباطل والفساد مترادفان : فكل ما كان منهيًا عنه إما لعينه أو لوصفه ففساد وباطل ، ولم يفرق الأصحاب في صورة من صورتين »^(٦) .

وعليه : فإن الفساد يرادف البطلان عند جمهور الفقهاء والأصوليين غير الحنفية ، ويراد بهما - كما قلت - مخالفة الفعل أمر الشارع الحكيم في ركن من أركانه أو في شرط من شروط وجوده بحيث لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المتوخاة من عدم المخالفة .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأصل في الترادف بين الفساد والبطلان عند جمهور الفقهاء

(١) - شرح الكوكب المنير : تقي الدين أبو البقاء الفتوحى ١٤٨ .

(٢) - البصري : (ت ٤٣٦) وهو أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ، شيخ المعتزلة ، وصاحب التصانيف الكلامية ، كان فصيحاً بليغاً عذب العبارة يتوفد نكاه ، وله إطلاع كبير ، توفي ببغداد ، من تصانيفه : المعتمد في أصول الفقه وهو من أجود الكتب (انظر سير أعلام النبلاء : ١٧ / ٥٨٧) .

(٣) - المعتمد في أصول الفقه : محمد بن علي الطيب البصري ١ / ١٧١ .

(٤) - الإبهاج شرح المنهاج : السبكي ١ / ٦٨ .

(٥) - التمهيد : عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي ١ / ٥٩ .

(٦) - القواعد والفوائد الأصولية : ابن اللحام ١ / ١١١ .

ليس على إطلاقه ، فإنهم فرقوا بينهما في بعض المسائل :

فعند المالكية^(١) نجد في عقد القراض^(٢) والمساقاة^(٣) . وهو ما أشار إليه ابن رشد^(٤) عندما تحدث عن أحكام المساقاة الفاسدة فقال : ((واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تتفسخ ما لم تفت بالعمل ، واختلفوا إذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها ؟ فقيل إنها ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وقيل إنها ترد إلى مساقاة المثل))^(٥) . يتبين من هذا النص أن مراد ابن رشد هو الفساد الذي يباين البطلان ، ولو كان مراده الفساد الذي يرادف البطلان لما رتب على عقد المساقاة أي أثر .

أما عند الشافعية^(٦) فقد فرقوا أيضاً بين الفساد والبطلان في بعض العقود والعبادات . فقد قال الزركشي : ((الفاسد والباطل سواء في الحكم عندنا ، واستثنى النووي الحج والخلع والكتابة والعارية))^(٧) .

وعند الحنابلة يأتي التفريق بينهما في مسائل في الوكالة والإجارة والمضاربة وغير ذلك ، فقد قال ابن اللحام : ((البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية وإذا تقرر هذا ، فذكر أصحابنا مسائل فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، ظن بعض المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة ، والذي يظهر والله أعلم أن ذلك ليس بمخالفة للقاعدة .وبيانه أن الأصحاب إنما قالوا : البطلان والفساد مترادفان في مقابلة قول أبي حنيفة حيث قال : ما لم يشرع بالكلية هو الباطل وما شرع أصله وامتنع لاشتماله على وصف محرم هو الفاسد . فعندنا كل ما كان : منهيًا عنه إما لعينه أو لوصفه ففاسد وباطل ، ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصورتين بين الفاسد والباطل في المنهي عنه وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل))^(٨) وذكر منها

(١) - انظر ، مواهب الجليل : ٥ / ٣٦٧ ، حاشية الدسوقي : ٣ / ٥٣٨ - ٥٤٧ وما بعدها .

(٢) - القراض والمقارضة : لغة أهل المدينة نورها الله تعالى وتعني المضاربة ، فيقال : قارضت فلانا قراضاً أي دفعت إليه مالا ليتجر فيه ويكون الربح بينكما على ما تشترطان . (أنيس الفقهاء : ١ / ٢٤٧ ، قواعد الفقه : البركتي ١ / ٤٢٦ ، المطبع : ٢٦١ / ١) .

(٣) - المساقاة : هي أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ؛ ليقوم بسقيه ، وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره . (المقني : ١١ / ٢٩٧ ، أنيس الفقهاء : ١ / ٢٧٤ ، المطبع : ١ / ٢٦٢) .

(٤) - ابن رشد الحفيد - (٥٢٠ - ٥٩٥ هـ) : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد ، من أهالي قرطبة يكنى أبا الوليد ، عالم حكيم مشارك في الفقه والطب والمنطق والعلوم الرياضية ، من مؤلفاته : (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) . الديباج المذهب : ٢ / ٢٠٢٥٧ معجم المؤلفين : ٨ / ٣١٣ .

(٥) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢ / ١٨٩ .

(٦) - انظر ، المنثور : الزركشي ٣ / ٧ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ٢٨٦ - ٢٨٧ ، مقني المحتاج : ٤ / ٣٥٢ .

(٧) - المنثور : الزركشي ٣ / ٧ .

(٨) - القواعد والفوائد الأصولية : ابن اللحام ١ / ١١٠ - ١١١ ، وانظر ، القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ٦٥ - ٦٧ .

مسائل في الحج والوكالة وغيرهما .

ثانياً - مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى التفريق بين البطلان والفساد من حيث الأصل والوصف^(١) ، ويظهر ذلك جلياً في المعاملات ، فإذا كان الخلل أو المخالفة لنظام التصرف الشرعي منصباً على ناحية جوهرية أساسية ، وهو ما يسمونه بالأصل ، وصف ذلك التصرف المخالف بالبطلان ؛ لفقد أحد أركانه أو أحد شروط انعقاده .

أما إذا كانت المخالفة منصباً على ناحية فرعية غير أساسية وهو ما يعبرون عنه بالوصف ، وصفت تلك المخالفة عندئذ بالفساد ، وهذا ما عبر عنه ابن عابدين بقوله : « ما أورث خللاً في ركن البيع ومحلّه فهو مبطل ، وما أورث خللاً في غيره فهو مفسد »^(٢) . وقال السمرقندي أيضاً : « الباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه ، مع وجود الصورة ، إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل والفاقد ما كان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من وجه ؛ لملازمة ما ليس بمشروع إياه في حكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة »^(٣) . يظهر أن السمرقندي أوضح أساس التفرقة بين البطلان والفساد بصورة واضحة عندما قال : إن الثاني مشروع بخلاف الأول ، وفوات المعنى في الأول من كل وجه بخلاف الثاني ، فالقوات فيه للمعنى من وجه الملازمة ، وهو ما يعبرون عنه بالوصف اللازم . وفي ذلك إشارة واضحة منه إلى أن الباطل مرده إلى خلل في أصل التصرف والفاقد في وصفه .

لذلك نجد تعريف الفاسد عند الحنفية بأنه « ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه »^(٤) .

وعلق الأستاذ مصطفى الزرقا على هذا التعريف بقوله : « إن هذا التعريف لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد ، وإنما يكشف عن سببه فقط وبناء على ما تقدم يمكننا أن نعرف الفساد في العقد بمعناه المقصود في الفقه الحنفي تعريفاً آخر : هو اختلال في

(١) - المراد بأصل العقد : ما يتعلق بالركن (وهو الصيغة) والأهلية أو المحل المعقود عليه ، والمراد بالوصف : ما يتصل بالعقد اتصالاً غير جوهري كالعلم بالمعقود عليه أو الثمن ، أو هو الوصف العارض للطرائق للعقد الملائم أو المجاور ، ولكنه منهي عنه شرعاً كجهالة المبيع أو الثمن وعدم تقوم الثمن . (الفقه الإسلامي وأصله : د. وهبه الزحيلي / ٤ / ٣١٥٤ الهامش) وهذا ما أشار إليه القناري عندما قال : (الأصل هو ماهية الفعل وحقيقته سواء كانت كالتفعل الحسي ، أو اعتبارية من الأركان التي اعتبرها الشارع فعلاً كالعقود ، أما الوصف فهو الخارج عن ذلك) فصول البدائع : القناري / ١ / ٢٠٥ ، وذلك نقلاً من كتاب البطلان والفساد وأثرهما عند الأصوليين : حنان يونس / ٦٢ .

(٢) - حاشية ابن عابدين : ٥٠ / ٥ .

(٣) - ميزان الأصول في نتائج العقول : السمرقندي / ٣٩ ، كشف الأسرار : البزدوي / ١ / ٥٣١ .

(٤) - البحر الرائق : ابن نجيم / ٨ / ١٩ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح : ١ / ٢١٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥ / ٤٩ .

العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ^(١) . وهذا التعريف كما قال الأستاذ الزرقا يعطي صورة متكاملة لحقيقة الفساد عند الحنفية والتي تتمثل في خلل اعتباري في العقد ، وفي سببه الموجب له ، وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية غير جوهرية ، وفي تأثيره على العقد بأن يجعله مستحقاً للفسخ على تفصيل سنبحثه في الفصل القادم إن شاء الله تعالى .

وعليه فإن العقد عند الحنفية إما صحيح مستوف كل أركانه وشرائطه ، وإما فاسد^(٢) مستوف شرائط ركنه وسائر مقوماته هي الشروط الأساسية الضرورية لانعقاده ، ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث اشتماله على ما كان يجب أن يخلو عنه كالشروط الممنوعة أو من حيث خلوه عما يجب أن يشتمل عليه كمعلومية محل العقد^(٣) ، فإذا لم يكن معلوماً وصف العقد عندئذ بأنه عقد فاسد ، وإما باطل غير منعقد ؛ لفقدان ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده ، كبيع المضامين والملاقيح لانقضاء الركن ، أو كالنكاح بلا شهود لانقضاء الشرط^(٤) .

يقول الكاساني في هذا التقسيم للعقد : ((الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل))^(٥) وتجدر الإشارة إلى أن الفساد يرادف البطلان عند الحنفية في العبادات ، فهم يوافقون الجمهور في ذلك ، قال الحموي : ((الباطل والفساد عندنا في العبادات مترادفان))^(٦) . وقال ابن نجيم : ((الفساد والبطلان بمعنى واحد ، وهو عدم الصحة))^(٧) . وقال ابن عابدين : ((الفساد والبطلان في العبادات سواء ؛ لأن المراد بهما خروج العبادة عن كونها عبادة بسبب فوات بعض الفرائض))^(٨) . وقال عبد الرزاق السنهوري معللاً ذلك : ((أما في العبادات فهي قربات خالصة والنهي عصيان ولا يتصور اجتماع القرابة مع نية العصيان ، لذلك لا تكون العبادات إلا صحيحة أو باطلة ، والفساد منها يكون في حكم الباطل))^(٩) .

هذا وسبب الاختلاف بين الجمهور والحنفية في تحديد معنى الفساد والبطلان في عقود

(١) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢ / ٧٣٩ النسخة الثانية .

(٢) - المرجع السابق : ٢ / ٦٨٠ النسخة الأولى .

(٣) - انظر ، شرح التلويح على التوضيح : التفنناتي ٢ / ٣٠٠ ، كشف الأسرار : البيزوي ١ / ٥٣٠-٥٣١ ، والمراد بالمضامين : ما في أصلاّب الإهليلج ، والملاقيح : ما في بطون النوق . وهذا البيع باطل لانعدام محل العقد .

(٤) - البدائع : الكاساني ٥ / ٢٩٩ ، كشف الأسرار : البيزوي ١ / ٥٣٠ .

(٥) - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : الحموي ٣ / ٤٣٩ .

(٦) - البحر الرائق : ابن نجيم المصري ٢ / ٢٩١ .

(٧) - حاشية ابن عابدين : ١ / ٦١٣ .

(٨) - مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٤ / ١٥٠ .

المعاوضات و عقود التبرعات ، يرجع إلى اختلافهم في أثر النهي الشرعي فيما إذا توجه إلى وصف من أوصاف التصرف اللازمة له ، فالجمهور قالوا : النهي يدل على فساد المنهي عنه سواء توجه إلى الأصل أو إلى الوصف ، ومرادهم من ذلك بطلان التصرف ، فالنهي عندهم مثبت للتحريم ، أي البطلان مطلقاً ، لذا نجدهم يطلقون اسم الفاسد أو الباطل على الفعل المنهي عنه لذاته وحقيقته ، أو لوصف لازم له ، بالتالي لا يرتبون أي أثر عليهما . أما الحنفية فقالوا : إن النهي يقتضي البطلان إن توجه إلى ذات الفعل وحقيقته كبيع عديم الأهلية ، فإنه منهي عنه لذاته ، لذا قالوا : ببطلانه ، أما إن توجه النهي إلى وصف من أوصافه الخارجية ، قالوا عنه : إنه فاسد ، كبيع بالخمير ولحم الخنزير وبكل مال غير متقوم ، بخلاف جعل ذلك مبيعاً ؛ لأن المبيع أصل العقد ، أما الثمن فوصفه^(١) .

وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن الحنفية هم الذين بينوا الفرق بين الفساد والبطلان في المعاملات ، لذلك قيل : ((نظرية الفساد حنفية المنشأ))^(٢) ، وذلك من خلال ملاحظتهم الدقيقة لصور المخالفات ، حيث أدركوا أن تلك المخالفات في العقود والتصرفات ليست في درجة واحدة ، بل منها مخالفات أساسية تصب في أصل التعاقد ، ومنها مخالفات فرعية يكون العقد فيها مخالفاً لنظامه التشريعي في أوصافه الخارجية ، موافقاً له في جميع النواحي الأساسية من حيث أركانه وسائر مقوماته وشروطه . وعليه : فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالتين ؛ لأن قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام^(٣) ، وهذا يتماشى مع منطوق الحق والعدل في النظر للأشياء ، وهو ما دفع القرافي إلى القول : إن التمييز الحنفي بين الفساد والبطلان بأنه ((فقه حسن))^(٤) .

ولكن هذا التمييز بين الفساد والباطل عندهم يشمل كل أنواع العقود والتصرفات أم أنه ينحصر في عقود وتصرفات دون أخرى ؟ هذا ما أوضحه الأستاذ الكبير مصطفى الزرقا

(١) - انظر ، التسع في أصول الفقه : الشيرازي ٢٥/١ ، إرشاد الفحول : الشوكاني ١ / ١٩٣ وما بعدها ، روضة الناظر : ابن قدامة ٢١٧ / ١ وما بعدها ، كتاب التقرير والتحبير : ٤٠٨ / ١ ، فقه المعاوضات : د. أحمد الحجي الكردي ٢٥١ - ٢٥٧ .

(٢) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ١١٦ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٦٧٤ / ٢ نسخة الأولى وقال أستاذنا الدكتور أحمد الحجي الكردي في ذلك أيضاً : ((ترى أن جماهير أهل العلم قد تقبلوها وحبذوها وساروا عليها لما تمنحه من دقة في التفريع والتأصيل ، ولما تقوم عليه من أدلة ، وتحققه من مصالح ، وإنما نرى علماء المذاهب الإسلامية - غير الحنفية - ينحون في بعض تفريعاتهم إلى التسليم بها بطريق غير مباشر ، فهم ينحون بعض العقود غير الصحيحة اعتباراً شرعياً بالجملة ، ويجعلونها تنتج بعض آثارها الشرعية دون أن يسموها فاسدة ، وذلك عندما تكون المخالفة فيها غير ذات بال ، أو يكون قد رافق العقد من القران ما أوجب له هذا الاعتبار . لذلك ترى أن تفریق الحنفية بين الفساد والباطل ، وجعل الفساد مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان اصطلاح دقيق له في اللغة ما يبرره ، فإن لفظ الفساد ينشأ عن معنى التغير والاختلال في شيء موجود ، والباطل غير موجود في نظر الشارع فكان الفساد غيره)) المرجع السابق ، وهذا ما أميل إليه لذلك جعلت تعريف الفسخ يشمل العقد الفاسد - كما رأيت فيما سبق - على خلاف بعض الذين أخرجوا العقد الفاسد من تعريف الفسخ .

(٣) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤ / ٦٧٤

(٤) - أنوار البروق في أنواع الفروع : القرافي ٢ / ٨٤ الفرق السبعون .

عندما وضع ضابطاً مميّز فيه بين البطلان والفساد في شتى أنواع العقود والتصرفات ، فقال :
 ((هذا وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد
 في شتى أنواع الفصول الفقهية من الأحكام المدنية ، يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط
 التالي : إن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات
 متقابلة أو تنقل الملكية .

أ- فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال
 والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها ؛ لأنها تنشئ التزامات متقابلة . ويدخل
 أيضاً عقد القرض والهبة ؛ لأنها ينقلان الملكية . فكل ذلك مما يتميز فساداً عن بطلانه ،
 يعتبر مع الفساد منعقداً .

ب - ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية :

١- التصرفات الفعلية مطلقاً .

٢- التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود ، بل من تصرف الإرادة المنفردة
 كالطلاق والإعتاق و الوقف والإبراء والكفالة ، وكذلك الإقرار .

٣- العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم ، فإن الوكالة والوصاية
 والتحكيم عقود تفويض .

٤- العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة حتى إن
 بعض الفقهاء لا يتصورون الفساد في الإعارة إلا عندما تكون لقاء عوض،فتأخذ حكم الإجارة.
 فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبنا وجود
 وعدم أو صحة وبطلان . وليس لها بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد ، بل إن فسادها في بطلانها
 بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع^(١) .

يظهر مما قاله الأستاذ مصطفى الزرقا أن الحنفية يقولون بنظرية الفساد كمرتبة بين
 الصحة والبطلان في العقود المالية ذات التزامات المتقابلة بين المتعاقدين أو التي تنقل الملكية.
 وعلى ذلك : فإن عقد النكاح من العقود التي لا فرق فيها بين الفاسد والباطل عند جمهور
 الحنفية ، وقد صرح الزرقا بذلك ، فالفساد منها يكون في حكم الباطل . وكان مقصده من ذلك
 أن ضابط التمييز السابق بين الفساد والبطلان لا يشمل عقد النكاح ، فهما بمعنى واحد عندهم،
 وذلك من حيث الانعقاد وعدمه فقط ، إذ إن كليهما غير منعقد . ولكن من جهة أخرى أشار
 إلى الفرق بين باطل النكاح وفساده عند الحنفية لا من جهة الانعقاد وعدمه وإنما من جهة

(١)- المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١٨٢ / ٢ - ١٨٣ - النسخة الأولى .

ثبوت بعض الآثار بدخول حقيقي ، فقال : « يلحظ هنا ما سبق بيانه في بحث البطلان من أن النكاح الباطل قد تترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح من نسب ومهر وعدة إذا أعقبه دخول ؛ ذلك لأنه يعتبر فيه شبهة كافية لإثبات النسب الذي يتوسع الشرع في إثباته احتياطاً . ويتبع ذلك المهر والعدة . وهذا الأثر هو ما دعا بعض الفقهاء إلى أن يميزوا بين فاسد النكاح وباطله لا من حيث الاعتقاد وعدمه ، فكلاهما غير منعقد ، بل من حيث ثبوت هذه الآثار وعدمها»^(١) . وهذا ما أكدته أستاذتنا الدكتورة أحمد الحجى الكردي بقوله : « لكنني من تتبعتي لما كتبه الحنفية في ذلك رأيت أن المسألة غير مسلم بها لديهم ، بل هناك خلاف فيها ، وإن منهم من يقول بالتفريق بين باطل النكاح وفاسده»^(٢) . وكأنه لم يلحظ إشارة الزرقا السابقة . وأظن في تحليل ذلك وإيضاحه ، وتوصل في نهاية الدراسة إلى القول : « إن ثمة فروقاً بين العقد الفاسد والعقد الباطل من بعض الوجوه عند الحنفية ، مما ينبغي معه القول بالتسوية بينهما من كل الوجوه على خلاف ما جاء على لسان المحققين منهم ، وهذا يشعر لأول نظرة بوجود تناقض أو اختلاف في ذلك الأمر بين الحنفية أنفسهم ، ولكن التفحص للأمر كفيل بإزالة هذا التناقض وإزاحة الستار عن الحقيقة والواقع . فالفاسد والباطل في عقد الزواج سواء من حيث أصل الاعتقاد ، إذ إن كليهما غير منعقد لذلك نرى أن الفاسد والباطل في عقد النكاح سواء في جميع الأحكام والآثار إذا لم يتبع العقد دخول ؛ لأن العقد في حالة الفساد - ما دام لا يعتبر منعقداً - فهو والباطل سواء ، لذلك لا يترتب عليه أي أثر من آثار النكاح الصحيح ، فلا يجب به المهر ولا العدة ولا النسب ولا حرمة المصاهرة إلى غير ذلك من أحكام النكاح الصحيح . ولكن إذا حصل دخول بعد العقد غير الصحيح ، فإن الأمر هنا يتغير وتبدو بعض الفوارق بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل من حيث الآثار»^(٣) . ومن ثم خلاص إلى القول : « بأن من قال بالتساوي بين فاسد النكاح وباطله كان على حق فيما ذهب إليه ؛ لأنه ينظر إلى العقد على أساس أنه تصرف شرعي ، وعلى هذا الأساس لا يكون إلا كذلك . وإن من قال بالتفريق بينهما لم يقصد ذلك ، بل قصد مطلق الأثر ، ولم ينظر إلى العقد على أنه تصرف شرعي فقط ، بل لاحظ فيه واقعة مادية^(٤) أيضاً ، ومن ذلك خلاص إلى ملاحظة بعض الفوارق بين الفاسد والباطل»^(٥) .

(١) - المدخل للفهم العام : مصطفى الزرقا : هامش ٢ / ٦٨٣

(٢) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ١١٨ وما بعدها .

(٣) - ونجد الإشارة إلى أن حقيقة التفريق هنا هي واقعة الدخول المادية ، والتي توجب المهر لا بوصفه مهراً ، بل أرشاً مالياً ، أي تعويضاً عما لحق بالمدخول بها من عيب ونقص عندما ذهبت بكراتها ، كما تجب العدة تبعاً للدخول احتياطاً للأسباب وتثبت تبعاً لذلك حرمة المصاهرة

(٤) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ١١٨ وما بعدها .

خلاصة ما سبق : أنه لا فرق بين الفاسد والباطل مطلقاً عند جمهور الفقهاء غير الحنفية في كل العقود والتصرفات حيث يستوي فيها جميعاً الفساد والبطان باستثناء بعض المسائل عندهم ، وفي ذلك دلالة على أن العقد عندهم إما صحيح تام الأركان والشروط ، وإما باطل فاسد نتيجة خلل في أصل العقد أو في أوصافه الخارجية .

أما الحنفية فإن الفساد عندهم مرتبة تتوسط الصحة والبطان في العقود ذات الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين أو تلك التي تنقل الملكية كالبيع والإجارة ونحوهما – مما أوضحناه سابقاً – وفي غير ذلك لا فرق بين الباطل والفساد .

وفي عقد النكاح إن لم يحصل دخول فالفساد عندهم بمعنى البطان ، ولا يترتب على ذلك أي أثر من آثار العقد الصحيح ، أما إن تبعه دخول حقيقي ، فإن العقد الفاسد يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، وهذا ما أوضحه المرغيناني^(١) بقوله : « إذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها ؛ لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع »^(٢) . وفي ذلك نظرة حق وعدل حتى لا تضيع الحقوق وتختلط الأنساب لذا نجد الشارع الحكيم يحتاط في عقد النكاح ما لا يحتاط في غيره .

ثالثاً – الفرق بين الفساد والفسخ في استعمالات الفقهاء :

بعد أن بيّنا المراد بالفساد لغة واصطلاحاً عند الفقهاء ، والفرق بينه وبين البطان عند الحنفية لا بد من الإشارة إلى أن بعض الفقهاء بينوا أن الأثر المترتب على الفسخ والعقد الفاسد بعد إنهائه واحد من خلال نظرتهم إلى أنهما يشتركان في عملية زوال الرابطة العقدية التي كانت بين المتعاقدين ، وهذا ما قاله أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : « فإذا فسخ العقد الفاسد تساوى الفساد والفسخ في الأثر وهو زوال الرابطة العقدية التي كانت بين العاقدين »^(٣) .

ولكن هناك من الفقهاء من يستعمل لفظ الفساد لدلالة على الفسخ ؛ كونهما يستويان في عملية زوال الرابطة العقدية بين المتعاقدين ، ولكن هذا لا ينفي أن فقهاءنا مدركون ثمة

(١) – المرغيناني : (٥٣٠ - ٥٩٣) هو : علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، أبو الحسن برهان الدين : من أكبر فقهاء الحنفية نسبته إلى مرغينان (من نواحي فرغانة) وهي قرية من قرى فارس ، كان حافظاً مقسراً محققاً أدبياً ، من المجتهدين . من تصانيفه : (بداية المبتدي ، الهداية في شرح البداية ، منتقى الفروع ، الفرائض (انظر ، طبقات الحنفية :

١ / ٣٨٣ ، الأعلام للزركلي : ٤ / ٢٦٦)

(٢) – الهداية شرح البداية : المرغيناني ١ / ٢١٠ .

(٣) – الفقه الإسلامي وأدلته : د . وهبه الزحيلي ٤ / ٣١٥٧

اختلافاً بينهما ، وإليك تفصيل ذلك من خلال بيان بعض استعمالات الفقهاء في هذا :

١- فيما قاله السرخسي في باب الاختلاف في البيوع : ((لو اشترى العبد بثوبين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه ردُّ العبد ؛ لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد^(١) ، والمقصود هو الفسخ وليس الفساد^(٢) .

٢- وقال ابن نجيم المصري في حديثه في كتاب المساقاة : ((ولو أطلق في النخيل ولم يسثمر في تلك السنة انقطعت المعاملة فيها ؛ لانتهاء مدتها ، فإن سُمي فيها مدة يعلم أن الثمرة لا تخرج في المدة فسدت المساقاة ؛ لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار^(٣) . ومعنى فسدت المساقاة ، أي انفسخت ؛ لفوات المقصود نتيجة عدم وجود الثمرة التي هي محل العقد .

وبناء على كل ما تقدم يمكن القول : إن الفساد يعاصر العقد بمعنى أنه يحدث أثناء عملية التعاقد بسبب خلل أو مخالفة في أوصافه الخارجية ، بينما الفسخ يرد بعد انعقاد العقد صحيحاً كان العقد أم فاسداً .

أما القول بأن الفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح منعقد مكتمل الأركان والشروط فهو مسلم به على رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية الذين قالوا بالترادف بين الفاسد والباطل ، أما عند الحنفية فغير مسلم به ؛ لأن العقد الفاسد منعقد عندهم منتج لبعض آثار العقد الصحيح^(٤) . يقول السرخسي في ذلك : ((العقد هناك منعقد مع الفساد^(٥) ، لذا فإن الفسخ يرد عليه ؛ لأنه لا يكون إلا بعد وجود العقد لا محالة^(٦) ، بل العقد الفاسد أولى به من الصحيح ؛ لإزالة الفساد ورفع الحرمة ومراعاة لحق الشرع .

(١)- المبسوط : السرخسي ٣٦ / ١٣ .

(٢)- سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي : د. جمال الدين محمود ٤٤١ نقلًا من كتاب الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٥٧ / ٤ .

(٣)- البحر الرائق : ابن نجيم ١٨٧ / ٨ .

(٤)- وتجدر الإشارة إلى أن العقد الفاسد في نظر الحنفية يكون منتجاً لبعض الآثار العقد الصحيح إن حصل به قبض في عقود المعاوضات المالية أو دخول في عقد النكاح .

(٥)- المبسوط : السرخسي ١١ / ٨ .

(٦)- انظر ، حاشية الشلبي على تبين الحقائق لتزييني : ١٤٣ / ٥ .

الفصل الثاني

أسباب الفسخ

إن الالتزام التعاقدية بأنواعه المختلفة ، يرمي في جملته إلى إشباع رغبات الناس المتنوعة ، وتحقيق مصالحهم واستقرار سبل التعامل فيما بينهم ، وذلك فيما إذا التزم كل من المتعاقدين بتنفيذ التزامه على وجه يحقق التعادل بينهم ، أو لم تكن هناك صعوبة تحول دون استمرارية الرابطة التعاقدية ، وعندئذ يحصل كل متعاقد على ما يتوخاه من العقد .

أما إذا تراخى التنفيذ نتيجة عارض تحول دون إتمام العقد واستمراره ، فقد يؤدي إلى فسخه سواء أكان ذلك نتيجة اتفاق المتعاقدين على إنهاء العقد أم بسبب شرط أدرجه أحدهما أو كلاهما فيه ، أو نتيجة شرط أفترضه الشارع الحكيم^(١) ، كما في حالة اشتراط الخيار في العقد ، الذي يعطي المتعاقد الحق في فسخه أو إبقائه ، أو بسبب طبيعة العقد نفسه ، ففي العقود غير اللازمة يجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما أن يستقل بالفسخ .

وعليه يمكننا أن نجمل أسباب الفسخ^(٢) في المباحث الآتية :

المبحث الأول : الفسخ بسبب الخيار .

المبحث الثاني : الفسخ بسبب الاتفاق والتراضي.

المبحث الثالث : الفسخ بسبب عدم لزوم العقد.

المبحث الرابع : الفسخ بسبب الأعدار الطارئة .

المبحث الخامس : الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار .

المبحث السادس : الفسخ بسبب الشرط الجعلي .

.....

(١) - خيار العيب ، وخيار الغبن ونحوها ، وهذه الخيارات تسمى خيارات شرعية يفترض الشرع وجودها ضمناً في العقد .

(٢) - وتجدر الإشارة إلى أن التوقف في العقد سبب من أسباب الفسخ عند القائلين به ، وسوف نرجع الحديث عنه في هذا

المضمار إلى الباب الثالث من هذه الأطروحة ؛ لأن مناسبتة هناك أكثر من هذا الموضوع .

المبحث الأول

الفسخ بسبب الخيار

أشرت فيما سبق إلى أن الأصل في العقد هو اللزوم⁽¹⁾ حفاظاً على استقرار التعامل بين الناس ، واحتراماً لتلك الرابطة التعاقدية بينهم ، لكن قد يحدث ذلك على وجه يلحق الضرر بأحد العاقدين أو كليهما ، فيختل عنصر الرضا ، وهو أساس ركن العقد ، فلا بد من وسيلة لتحقيق الرضا السام في إنشائه وإيقائه على أساس صحيح ، فشرع الخيار بُغية التأكد من سلامة الرضا ، ورفعاً للضرر المتوقع ؛ لأن من العقود ما يحتاج إلى التروي والبحث والتحري وتقليب النظر ، ومشاورة أهل الخبرة ، وإرجاء العقد لتوفر مثل ذلك قد يفوت المعقود عليه في المستقبل ، فيترك العاقد لنفسه الحرية في إمضاء العقد أو فسخه حسبما يحقق مصلحته ، ويتم ذلك باتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا ما يسمونه بالخيارات التعاقدية أو الاتفاقية أو الإرادية .

وهناك خيارات ناتجة عن اختلال في محل العقد اختلالاً يחדش ركن الرضا ؛ لأن العاقد لا يرضى بالمعقود عليه إلا سالماً من العيوب ، لذا نجد الشرع الحنيف أعطى العاقدين أو أحدهما الحق في فسخ العقد أو قبول العيب وإمضاء العقد ، ومثل هذا يعبر عنه الفقهاء بالخيارات الشرعية أو الحكمية ، كخيار العيب وخيار فوات الوصف⁽²⁾ .

وتجدر الإشارة إلى أن مجال هذا البحث لا يتسع لإيفاء الخيارات كلها حقها من البحث والدراسة ، لهذا سينحصر الكلام فيها عن بيان ماهيتها وقواعدها العامة ، ثم أتعرض للحديث عن تقسيماتها من حيث النظر إلى طبيعتها من خلال دراسة خيار لكل قسم منها كمثال على ذلك النوع من الخيارات ، وفي حدود ماله صلة بموضوع هذه الأطروحة من أجل عدم الإطالة والخروج عن صلب البحث .

وبناء على ما تقدم سأقسم المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : ماهية الخيارات وقواعدها العامة .

المطلب الثاني : الخيارات التعاقدية .

المطلب الثالث : الخيارات الشرعية .

(1) ونلمس ذلك في العقود اللازمة كالبيع والإجارة والصلح ونحوها .

(2) وهذا التقسيم للخيارات يقوم بالنظر إلى طبيعتها وهو ما نلاحظه عند الفقهاء في كتبهم الفقهية .

المطلب الأول

ماهية الخيارات وقواعدها العامة

أولاً - ماهية الخيارات :

١- تعريف الخيارات لغة :

الخيارات : جمع خيار ، والخيار اسم مصدر من اختار يختار اختياراً ، فهو مشتق من الاختيار ، فيقال : اختار الشيء انتقاه ، وخيرته بين الشيئين أي فوضت إليه الخيار ، فاختر أحدهما وتخيرته ، ويقال أيضاً : أنت بالخيار ، معناه : اختر ما شئت ، فالخيار إذاً هو طلب خير الأمرين من الإمضاء أو الفسخ^(١)

٢- تعريف الخيار في اصطلاح الفقهاء :

يمكن القول : إن المعنى اللغوي السابق يصب في المعنى الاصطلاحي الذي قصده الفقهاء في استعمالهم لألفاظ الخيار بأنواعه المتعددة ، إذ قالوا : الخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه^(٢) ، ونجدهم قد عرفوه أيضاً تبعاً لأنواعه التي سنوضح بعضاً منها في المطالب الآتية .

وعليه : فالخيار هو حق العاقدين أو أحدهما في فسخ العقد أو إمضائه نتيجة اتفاق عقدي بينهما أو لظهور مسوغ شرعي يقضيه^(٣) .

وبه يتبين أن الشارع الحكيم أعطى العاقدين أو أحدهما الحرية في اشتراط ما يحقق مصالحهم ، أو يرسخ الرضا لديهم عند التعاقد أو بعده ، وذلك بقصد التروي والتحمل وتقليب النظر فيما يعود عليهم بالمنفعة ، أو بقصد رفع الضرر الذي يلحق المتعاقدين أو أحدهما من جراء العقد أو تنفيذه ، وهذا ما أشار إليه الأستاذ محمد أبو زهره بقوله : «هو الاستيثاق من الرضا والتأكد من وجوده والتعرف لما يعود على العاقد له من وجوه النفع»^(٤) .

(١)- نظير ، لسان العرب : ابن منظور مادة / خير / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير : الفيومي ١٨٥ ، مختار الصحاح : ٨١ مادة / خير / ، القاموس المحيط : الفيروزآبادي باب اراء فصل الخاء مادة /خير/ ، المغرب : ناصر بن عبد السيد أبو المكارم المطرزي . ١٥٧ .

(٢)-انظر ، إعانة الطالبين : ٢٦/٣٢ ، مغني المحتاج : ٥٩/٢ ، حاشية البجيرمي : ٢٣١/٢ ، المبدع : ٦٣/٤ ، الروض المربع : ٦٩/٢ ، كشاف القناع : ١٩٨/٣ .

(٣)- النظرية العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمصاني ٢٣٤/٢ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٥٠/٤ .

(٤)- الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٣٨٤ .

هذا وتتجلى تلك الحرية في رفع العقد وفسخه أو إبقائه وإمضائه ، فيكون في كلا الحالتين قد اختار العاقدان ما هو أنفع لمصلحتهما ، ولا يتم ذلك إلا نتيجة أمرين^(١) :

أولهما : اتفاق إرادي عقدي بينهما ، وهو ما يسمونه بالخيارات التعاقدية أو الاتفاقية أو الإرادية ، والتي يتوقف ثبوت الحق فيها بالخيار على اتفاق إرادة المتعاقدين ، فلا يثبت إلا بائتراطهما في العقد ، وذلك كخيار الشرط .

ثانيهما : ظهور ما يستدعي إثبات الحق في الفسخ أو الإمضاء ، وهو ما يسمى بالمسوغ الشرعي ، أو الخيارات الشرعية ، أو الحكمية والتي تثبت بإيجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين ؛ صيانة لحقوقه وحفاظاً على مصلحته ، وهذا نتيجة لبعض عيوب الرضا من خلافة أو تدليس عيب أو تجزئة صفقة وغيرها .

وعليه : فإن الخيارات بأنواعها المتعددة متى ثبتت صحيحة ، فإنها تلحق العقد ، وتعطي حق الفسخ ؛ لأنه لا يتصور وجود خيار دون عقد ، وهذا ما أشار إليه الكاساني بقوله : « وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد ، وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب ، فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات »^(٢) . وعدم اللزوم يعني أن العقد وقع صحيحاً مع الخيار ، ولكنه غير نافذ في حق صاحب الخيار ؛ لأن ماهيته المرتبطة بالعقد وجوداً وعندما ما هي إلا تقرير لحق الفسخ عند ممارسة أحد وجبهته^(٣) .

فوجود الخيار سبب للفسخ^(٤) فيما لو اتجهت إليه إرادة العاقد سواء أكان خيار شرط أم نقد أم عيب أم مجلس عند القائلين به ونحوه .

وهنا يثار التساؤل الآتي :

كيف يتصور الفسخ في حالة خيار المجلس^(٥) ؟ وبعبارة أخرى هل يلحق الخيار العقد ما دام في المجلس عند القائلين به^(٦) ؟

يثار هذا التساؤل في خيار المجلس دون غيره ؛ لأنه قد يتصور أن العقد مازال في حيز

(١) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا / ١ / ٥٣٤

(٢) - أي أحد وجهي الخيار المتمثلة في الفسخ أو الإمضاء .

(٣) - انظر ، الأئباه والنظائر : السيوطي / ٢٨٧ .

(٤) - المجلس : بكسر اللام وأصله مكان الجلوس والعراد هنا مكان التتابع على أي حال كانت ، أما خيار المجلس فهو مركب اضافي يراد به حق التعاقد في فسخ العقد أو إمضائه منذ التعاقد إلى التفريق أو التخيار . (انظر ، كشاف القناع : ١٩٨/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٤ / ٢٥٠ ، فقه المعاملات : د. أحمد الحجي الكردي / ٣٢٤-٣٢٥) .

(٥) - وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في مشروعية هذا الخيار فإثبه الشافعية والحنابلة ونفاه الحنفية والمالكية . (انظر ، بدائع الصناعات : ٢٢٨/٥ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ١٤٤/٢ ، الشاح والإكليل : ٤٠٩/٤ ، الفواكة الدواني : ١٣/٢ ، الكافي : ٣٤٣/١ ، الفتاوى الفقهية : ١ / ١٨٠ ، المجموع شرح المنهاج : ٢٠٦-٢٠٩ / ٩ ، المعنى : ٧-٥ / ٤ ، كشاف القناع : ١٩٩-١٩٨/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٤ / ٢٥٢-٢٥٠) .

الانعقاد ما دام في المجلس .

يمكن القول : إن الخيار مهما كان نوعه لا يتصور إلا عند وجود العقد ، وخيار المجلس واحد من تلك الخيارات التي تلحق العقد ؛ فالعقد مع خيار المجلس منعقد متى توافرت عناصره وأركانه المتمثلة في الإيجاب والقبول ، فلا يبدأ هذا الخيار من صدور الإيجاب بل لا بد من لحوق القبول به مطابقاً له ، أما قبل وقوع القبول ، فإن العاقدين يملكان الحرية في إجراء العقد أو عدمه ، فإن تم العقد يمكن عندئذ أن يلحق به خيار المجلس^(١) أو غيره من الخيارات بالمفهوم الذي عرفناه فيما سبق ، وهذا ما صرح به الشيرازي بقوله : ((وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا))^(٢) ، وقال البيهوتي عند تناوله لخيار المجلس : ((فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما))^(٣) .

ثانياً - القواعد العامة للخيارات :

ونقصد بها تلك المعايير التي يمكن أن تشترك بها معظم الخيارات ، إذ لا يمكن أن نضبط جميع الخيارات ضمن قواعد تنتظم فيها جميعاً ؛ لاختلاف الفقهاء والعلماء في أحكامها جملة وتفصيلاً ، ولكننا مع ذلك نحاول وضع قواسم مشتركة ، تسري على معظمها على أقل تقدير وتغني عن الكلام فيها في كل خيار على حدة مما قد يسبب التكرار ، وإليك بعض القواعد العامة التي لها صلة بالموضوع :

القاعدة الأولى - الخيار يسلب صفة اللزوم^(٤) عن العقد :

ويراد بها أن ثبوت حق الخيار للعاقدين أو أحدهما في فسخ العقد ، يسلب عن العقود اللازمة صفة اللزوم المترتبة عليها بطبيعتها ، فالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة ونحوها عقود لازمة للطرفين المتعاقدين حال خلوها من الخيار^(٥) ، وجائزة لكل منهما أو

(١) - انظر ، المهذب : ٢٥٧/١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٧/٢-٤٨ ، نهاية المحتاج : ٤/٣-٤ ، المغني : ٤/٧٥ ،

كشف القناع : ١٩٨/٣-١٩٩ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غدة ١١٩/١ .

(٢) - المهذب : الشيرازي ٢٥٧/١ .

(٣) - كشف القناع : ١٩٨/٣ .

(٤) - سنوضح معنى اللزوم في المبحث الثالث من هذا الفصل ، انظر ، الصحيفة ١١٧ .

(٥) - هناك أسباب أخرى تجعل العقد مسلوب اللزوم كما في حالة الفساد عند الحنفية والإكراه ، فالعقد الفاسد يستحق الفسخ من طرفيه ومن الأحكام ما لم يمنع من ذلك مانع شرعي ، فهو قابل للفسخ ، وكذلك حالة الإكراه ، فإن العقد الواقع بالإكراه يحق لعاقده الممتكره فسخه أو إمضاؤه وبالتالي فهو مسلوب اللزوم (انظر ، المدخل الفقهي العام : ٥٣٣/١) .

والأولى أن يقال : إن الفساد يجعل العقد قابلاً للفسخ وليس للفسخ ، أما الإكراه فمختلف في تكييفه ، هل يجعل العقد فاسداً أم موقفاً ؟ هذا ما سنوضحه في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى ، انظر ، الصحيفة ٢٣٦ .

لأحدهما عندما يرافقها الخيار ، لذا اعتبر الفقهاء من شرائط لزوم العقود اللازمة أن لا يكون فيها خيار لأحد العاقدين ، وهو ما أشار إليه الكاساني - كما قلت - عند حديثه عن عقد البيع : « وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد ، وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربع ، خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات »^(١) ، وقال ابن الهمام^(٢) : « إن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم »^(٣) وبه يتبين أن العقد المشتمل على الخيار يستوي في صفة عدم اللزوم مع العقود غير اللازمة أصلاً ، كالعارية والوديعة والوكالة والشركة ونحوها، بيد أنها تختلف عنه من حيث أن عدم اللزوم فيها ناشئ عن طبيعتها الخاصة - كما سنرى في المبحث الثالث - لأن مصالح الناس فيها تدور على جوازها وعدم لزومها من أصلها ، فلو لزم لفاتت المصلحة منها، أما العقود اللازمة المشتملة على الخيار فعدم اللزوم فيها طارئٌ بسببه وليس مما تقتضيه طبيعتها ، فهو قيد يطرأ عليها ؛ لأصالة اللزوم فيها^(٤) ، قال المواق^(٥) : « والأصل في البيع اللزوم والخيار عارض »^(٦) . وهذا ما أوضحه العز بن عبد السلام عند بيانه لقاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها، فقال : « ومن ذلك جواز التصرفات ولزومها »^(٧) . ثم أخذ يشرع في بيان أنواع التصرفات اللازمة والجائزة مشيراً إلى العقود اللازمة ، وما قد يطرأ عليها من سبب يمنع أو يسلب لزومها ، وإلى العقود الجائزة بطبيعتها .

هذا وتتفاوت الخيارات من حيث صفة سلب لزوم العقد نظراً لتأثيرها عليه ، فخيار الشرط يمنع ابتداء حكم العقد بعد انعقاده ، والمتمثل في عقد البيع في خروج المبيع عن ملك البائع ، ويليه في قوة المنع وسلب اللزوم خيار الرؤية ؛ لأنه يمنع تمام الحكم بعد ثبوته ، بينما خيار العيب يمنع لزوم الحكم أصلاً ، وهذا ما بيّنه ابن الهمام عند شرحه موانع انعقاد العقد ولزومه فقال : « والموانع خمسة أقسام : مانع يمنع انعقاد العلة^(٨) وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع

(١) - البدائع : الكاساني ٢٢٨/٥

(٢) - ابن همام - (ت ٨٦٦ هـ) : الكمال بن الهمام : هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي ثم الإسكندري ، كمال الدين ، إمام من علماء الحنيفة ، ومن العارفين بأصول الديانات و التفسير والفرائض والفقه والشعة ، ولد بالإسكندرية ، وتبع بالقاهرة ، وأقام في حلب مدة ، وكان معظماً عند الملوك وأرباب الدولة . الأعلام : ٢٥٥ / ٦ .

(٣) - فتح القدير : ابن الهمام ٣٠١ / ٦

(٤) - سطر ، المدخل للفقه الإسلامي : عبد الله الدرعاوي ٤٧٦-٤٧٧

(٥) - المواق (ت ٨٩٧) : محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي القرطابي ، أبو عبد الله المواق : فقيه مالكي ، كان عالم غرناطة وإمامها وصاحبها في وقته ، من تصانيفه : التاج والإكلیل لمختصر خليل . (الأعلام للزركلي : ١٥٤ / ٧) .

(٦) - التاج والإكلیل لمختصر خليل : المواق ٣٠١ / ٦

(٧) - قواعد الأحكام في مصالح الأئمة : العز بن عبد السلام ١٤٨/٢ وما بعدها

(٨) - سمرقانت يالعة هنا : حالة العقد التي لا تتخلف عن الحكم في الأصل كالمبيع هو علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البديلين وفي البيع بخيار قد تتخلف عن العلة البيع - مقتضاها الذي هو حكم البيع ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٢٩٨ / ٦ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غدة ٧٢ .

في الحر؛ لأنها لا تتعقد إلا في محلها ، ومحل البيع المال ، والحر ليس بمال ، فلا وجود للبيع أصلا فيه كإنقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه ، ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاعف إلى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ، ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة ، وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه ، وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه ، ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ، ومانع يمنع لزومه كخيار العيب^(١) .

ثم إن الحنفية لاحظوا فرقا بين خيار الشرط والرؤية وخيار العيب من حيث سلب اللزوم يتجلى في أن الفسخ يثبت بخيار الشرط والرؤية أصلا ، قال ابن الهمام : ((ثبت أصلا ؛ لأنها يسلبان اللزوم في أصل العقد ، فكان بالفسخ مستوفيا حقا له ، وولاية استيفاء الحق ثبت على سبيل العموم ، ولذا لا يتوقف على القضاء))^(٢) . بينما خيار العيب يثبت الفسخ به تبعا ، قال ابن الهمام : ((حق الفسخ بالعيب ما ثبت - باعتباره - أصلا ؛ لأن الصفقة تمت بالقبض بل - ثبت - بغيره ، وهو استدراك حقه في صفة السلامة))^(٣)

القاعدة الثانية : تصرف من له الخيار فيما انتقل إليه إمضاء للعقد وفيما سينتقل عنه فسخ له :

صورة هذه القاعدة : هي أن تصرف من يملك الخيار من أحد العاقدين فيما كان سيدفعه إلى المتعاقد الآخر هو فسخ للعقد ، أما تصرفه فيما حصل عليه بالتعاقد هو إمضاء للعقد شريطة أن يكون ذلك التصرف دالا على الرضا بالفسخ أو الإجازة صراحة أو دلالة ، فمثلا : تصرف البائع في المبيع فيما إذا كان له الخيار هو فسخ للعقد ، وتصرفه بالثمن فيما لو انتقل إليه إمضاء وإبقاء له ، وهذا محل اتفاق الفقهاء^(٤) . فقد قال ابن قدامة : ((ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك ، بطل خياره كإعتاق العبد وكتأبته وبيعه ووقف المبيع ، وركوب الدابة لحاجته أو سفر أو حمله عليها ، أو سكنى الدار فما وجد من هذا ، فهو رضا بالمبيع ، ويبطل خياره ؛ لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا

(١)- فتح القدير : ابن الهمام ٢٩٨/٦ ، وانظر ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٢٢ / ٢ .

(٢)- فتح القدير : ابن الهمام ٣٧٨ / ٦

(٣)- المرجع السابق : ٣٧٨ / ٦ ، انظر ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غدة ٧٣ / ١

(٤)- انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٢٦٧ / ٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥٨١/٤ ، التاج والأكليل لمختصر خليل : المواق ٦ /

٣١٧ ، المهذب : الشيرازي ٢٥٩/١ ، المغني : ابن قدامة ٩/٤ وما بعدها ، خيار الشرط في البيوع : عمر سليمان

الأشقر ٥٦ .

وبدلته ، وإن تصرف البائع في المبيع فيما يفتقر إلى الملك كان فسخا للبيع^(١) .
 وقال الشيرازي أيضا : ((فإن تصرف في المبيع تصرفا يفتقر إلى الملك كالعق والوطء
 والهبة والبيع وما أشبهها ، نظرت فإن كان ذلك من البائع كان اختياراً للفسخ^(٢) .
 وجاء في التاج والإكليل لمختصر خليل : ((والذي له الخيار من المتبايعين إذا وهب أو
 تصدق أو رهن أو أجر فذلك كله رضا بالبيع ، ومن البائع رد له^(٣) أي إن حدث ذلك
 من البائع وكان الخيار له ، عُدَّ تصرفه دالا على الفسخ ؛ لأن المبيع سَيُنْقَل إلى المشتري فيما
 لو أمضى البيع .

وعليه : فإن تصرف ممن له الخيار يكون بالفسخ فيما كان يملكه^(٤) وبالإجازة فيما ملكه
 ويتم ذلك بالقول أو بالفعل صراحة أو بطريقة الدلالة ، وهذا ما أوضحه عبد الرزاق
 السنهوري عند حديثه عن استعمال حق الخيار حيث قال : ((ويتم الفسخ أو الإمضاء بالقول أو
 الفعل ، ويكون صريحا أو بطريقة الدلالة ، أما الصريح فنحو أن يقول البائع : أجزت البيع أو
 أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته أو لم أجز البيع أو أسقطته . وأما الفسخ أو الإمضاء
 بطريقة الدلالة فهو أن يوجد منه تصرف في البديل الموقوف المبيع أو الثمن ، يدل على الفسخ
 أو الإمضاء . فإن كان الخيار للبائع وتصرف في المبيع تصرف المالك ، بأن باعه أو وهبه
 أو أجره مثلا كان هذا فسخا بطريقة الدلالة . وإذا تصرف في الثمن ، بأن أبرأ المشتري منه
 ووهبه إياه أو اشترى منه شيئا به ، كان هذا إجازة ، وإذا كان الخيار للمشتري ، ووهب
 المبيع أو باعه أو أجره كان هذا إجازة ، وإذا استأجره من البائع أو استعاره منه كان هذا
 فسخا^(٥) .

القاعدة الثالثة : الفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ :

معلوم أن الخيار المصاحب للعقد يمنح المتعاقدين أو أحدهما حق الفسخ تبعا لطبيعة الخيار
 فإن فسخ أحدهما ، وأجاز الآخر حال امتلاكهما الخيار ، كان السابق منهما في التصرف أولى
 من صاحبه سواء أكان فسخاً أم إجازة ؛ لأن يرد السابق منهما ، يفسخ العقد ، والعقد المنفسخ
 لا تلحقه الإجازة ؛ لأنه معدوم ، وبإجازة السابق منهما ينبرم العقد ، وبعد انبرامه لا ينفرد

(١) - المعنى : ابن قدامة ٩/٤ وما بعدها ، وتجدر الإشارة إلى أنه في رواية أخرى عن أحمد : أن البيع لا يفسخ في الحالة

الثانية ؛ لأن الملك انتقل إليه ، فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له ، كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه . المعنى : ١٠/٤

(٢) - المهذب : الشيرازي ١/ ٢٥٩ .

(٣) - التاج والإكليل لمختصر خليل : المواق ٦/ ٣١٧ .

(٤) - وهذا محل اختلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بملكية المعقود عليه في مدة الخيار .

(٥) - مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٤/ ٢٠٩ .

أحد المتعاقدين بفسخه ؛ لأنه لازم .

ولكن إن وُجِدَ الأمران معاً بأن فسخ أحدهما في وقت إجازة الآخر ، كان الفسخ أولى بالاعتبار ؛ لأنه يرد على الإجازة كون العقد معها موجود ، بخلاف الإجازة فإنها لا ترد على الفسخ ؛ لأن العقد معه معدوم ، لذا فإن جانب الفسخ يترجح على جانب الإجازة حال اجتماعهما^(١) .

القاعدة الرابعة : توريث الخيار :

مقتضى هذه المسألة هو أن الحق المعطى لأحد العاقدين أو كليهما في إمضاء العقد أو فسخه ، هل ينتقل إلى ورثة صاحب الخيار منهما فيما لو مات في مدة الخيار ، اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين :

١- الحنفية والحنابلة^(٢): يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الخيار لا يورث بمعنى ، أنه لا ينتقل من المورث إلى ورثته ؛ لأن الحق يسقط بالموت ، وعللوا ذلك : بأن الخيار ليس إرادة ومشئنة ولا يتصور انتقالهما ؛ لأنهما صفتان ذاتيتان تتعلقان بالميت كعلمه وقدرته ، غير أن الحنابلة^(٣) يرون ذلك فيما لو كان قبل المطالبة بالفسخ أو الإمضاء ، أما بعد المطالبة فيرون أن حق الخيار ينتقل إلى الورثة ؛ لأنه عندئذ ينتقل من مجرد وصفه بالإرادة المشئنة إلى حق يرتبط بالمال فيأخذ حكمه ، قال ابن قدامة : ((والمذهب أن خيار الميت يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب الفسخ قبل موته فيكون لورثته))^(٤) .

وقال البهوتي أيضاً : ((ومن مات منهما أي البائع والمشتري بطل خياره وحده ، ولم يورث ؛ لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة ، وإن لم يكن طالب به قبل موته ، فإن طالب به قبله ، ورث كشفعة وحد قذف))^(٥) .

وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية^(٦) استثنوا من عدم إرث الخيارات ، خيار العيب ، فإذا مات من له حق هذا الخيار قبل أن يختار الإمضاء أو الفسخ فلا يسقط بموته ، بل ينتقل إلى ورثته ؛ لأن المورث استحق المعقود عليه خالياً من العيب فكذلك الورثة ، فكان استحقاقهم له ابتداءً لا بحكم الورثة ، بل نتيجة لضياح بعض أموالهم ؛ لأن المعقود عليه المعيب أقل ثمناً من الخالي منه .

(١) -حظر، المبسوط : السرخسي ٤٨/١٣ ، بدائع الصناعات : ٢٧١/٥ ، مشذب : ٢٥٩/١ - ٢٦٠ ، الوسيط : ١١٥/٣ ، الأتباء والنظر : السيوطي ٤٥٥

(٢) -نظر، الهداية شرح البداية : ٣١٨/٦ ، البحر الرائق ١٩/٦ ، المغني : ابن قدامة ١٤/٤ ، الفروع : ٦٨/٤ ، كشاف القناع :

البهوتي ٢١١/٣ ، المدخل للفقهاء الإسلاميين : عبد الله الدرعاوي ٤٨٥ ، أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٧٥ .

(٣) -نظر ، المغني : ابن قدامة ١٤/٤ ، كشاف القناع : البهوتي ٢١١/٣ ، المدخل للفقهاء الإسلاميين : عبد الله الدرعاوي ٤٨٥

(٤) - المغني : ابن قدامة ١٤/٤

(٥) - كشاف القناع : البهوتي ٢١١/٣

(٦) -نظر : المبسوط : ٧٢/١٣ ، بدائع الصناعات : ٢٦٨/٥ ، الهداية شرح البداية : ٣١٨/٦ ، البحر الرائق : ١٩/٦ ، أحكام

المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٩٨

٢ - المالكية والشافعية^(١) :

ذهبوا إلى أن حق الخيار ثابت للورثة بعد موت المورث في مدة الخيار، فإذا مات صاحبه فلورثته الخيار مثل ما كان له ، وعمدتهم في ذلك : أن الخيار حق متعلق بالمال لا حق شخصي فيورث كالأموال ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : ((مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَةِ))^(٢) . يقول ابن رشد : ((إن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال))^(٣) .

المناقشة :

رد الحنفية على المالكية والشافعية فيما ذهبوا إليه من جواز القول بتوريث الخيار إلى أن ثبوته لا يتعدى طريقتين :

أولهما : ثبوته ابتداء ، وهذا ممتنع ؛ لأن شرط الخيار لم يوجد من الوارث وإثباته له من غير إيجاد منه خلاف الحقيقة التي تقتضي أن يباشر شرط الخيار صاحبه .

ثانيهما : ثبوته بطريق الإرث ، وهذا ممتنع أيضاً ؛ لأن الوارث عادة يعتمد الباقي من ورثة مورثه بعد موته ، وخياره لا يبقى بعد موته ؛ لأن المتروك عين ، فتبقى بعد الموت بخلاف الخيار إذ إنه عرض لا يبقى ، لذا لا يكون متروكاً ، فلا يورث ، وهذا ما نص عليه الحديث الذي اعتمدتموه .

ثم إنكم قلتم بعدم جواز إرث خيار رد الأب في ما وهبه لابنه ، وكذلك خيار الطلاق^(٤) واللعان والإقالة والقبول .

ورد المالكية على هذا بأن خيار الأب في رد هبته لا يورث ؛ لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة ، لا إلى صفة العقد ، فوجب أن لا يورث . وعليه : فإن كلا الفريقين استثنى من أصل قوله في جواز إرث الخيار أو عدمه خيارات معينة ، وهذا يعود إلى أن سبب اختلافهم هو الصفة التي يتعلق بها الخيار ، فإن كانت صفة للعقد ورثه الوارث ، وإن كانت صفة بذوي الخيار لم يورثه وهذا ما أشار إليه ابن رشد^(٥) .

(١) - انظر : بداية المجتهد : ابن رشد ١٥٩/٢ ، المجموع : سنوي ١٩٩ / ٩ ، روضة الطالبين : ٤٣٩/٣ - ٤٤٠ ، مغني المحتاج : ٢ /

٦٣ أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٧٥ ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : د. عبد الكريم زيدان ٣٨٠ .

(٢) - أخرجه البخاري : كتاب الفرائض ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فإلهه / ١٣٥٠ / ، وأخرجه مسلم : كتاب الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته / ١٦١٩ /

(٣) - بداية المجتهد : ابن رشد ١٥٩ / ٢ .

(٤) - ومعنى خيار الطلاق : أن يقول الرجل لآخر طلق امرأتي متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لا ينزلون منزلته عند المالكية والشافعية (بداية المجتهد : ١٦٠ / ٢)

(٥) - المرجع السابق : ١٦٠ / ٢

المطلب الثاني

الخيارات التعاقدية

يراد بها تلك الخيارات الناجمة عن اتفاق المتعاقدين ، والقائمة على الرضا المتبادل نتيجة لاشتراطها من أحدهما أو كليهما ، لذا فإنها تسمى بالخيارات الاتفاقية أو الإرادية ؛ لأن المقصود منها تحقيق التروي والتمهل فيما يضمن رضا العاقدين أو يحفظ مصلحتهما ، وذلك كخيار الشرط ، وخيار النقد ، وخيار الوصف ، وخيار التعيين^(١) . وهذا ما أشار إليه الخطيب الشربيني^(٢) بقوله : « فخير النشهي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع »^(٣) . وقال الأستاذ مصطفى الزرقا : « وهذه الخيارات فيها ما يتوقف ثبوته على اتفاق إرادة العاقدين عليه ، فلا يثبت إلا باشتراطها فيعتبر من قبيل الشروط العقدية ، وذلك كخيار الشرط وخيار النقد »^(٤) .

وفيما يأتي سأتناول خيار الشرط كمثال على هذا النوع من الخيارات وسنكون دراستي له من خلال تعريفه وذكر سنده وبيان مدته وكيفية فسخ العقد به .

- خيار الشرط :

أولاً- تعريفه لغة :

سبق ذكر معنى الخيار لغة واصطلاحاً ، أما الشرط فقد جاء في لسان العرب أنه : « إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والجمع شروط ، وقيل الشرط : العلامة ، والجمع أشرط ، والاشتراط : العلامة التي يجعلها الناس بينهم »^(٥) .

ثانياً - تعريفه اصطلاحاً :

عرف ابن عابدين خيار الشرط بأنه : « لما يثبت - بالاشتراط - لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ »^(٦) ، وعده مركباً إضافياً من إضافة الشيء إلى سببه ، أي أنه

(١)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحلي ، ٤ / ٢٥٠ ، المدخل للفقه الإسلامي : د. عبد الله الدرعان ، ٤٧٥ .

(٢)- الخطيب الشربيني - (ت ٩٧٧هـ) : محمد بن أحمد الشربيني القاهري ، الشافعي المعروف بالخطيب الشربيني (شمس الدين) ، فقيه مفسر ، متكلم

نحوي من مؤلفاته : (معنى المحتاج إلى معرفة لفظ المنهاج) معجم المؤلفين ٨ / ٢٦٩

(٣)- معنى المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٥٩ .

(٤)- المدخل للفقه العام : مصطفى الزرقا ١ / ٥٣٤

(٥)- لسان العرب : ابن منظور مادة / شرط / ، وانظر ، مختار الصحاح : الرازي مادة / شرط ١ / ١٤١

(٦)- حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٦٧ ، وانظر ، أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٦٢

خيار سببه الشرط وهذا ما أشار إليه ابن الهمام أيضاً بقوله : ((وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة ، وهي إضافة الخيار إلى سببه ، إذ سببه الشرط))^(١) ، وقال ابن عرفة : ((بيع الخيار بيع وقف بثه أولاً على إمضاء يتوقع))^(٢) ومراده من بيع الخيار ، ما يقع على العقد من خيار الشرط ، وهو استعمال معروف عند الفقهاء^(٣) للدلالة على خيار الشرط ، وخاصة عند المالكية^(٤) ، وميزه بعبارة " وقف بثه " عن بيع الثبت وهو البيع اللازم الخالي من الخيار ، إذ إن العقد المشتمل على الخيار عقد موقوف في حق صاحب الخيار ، غير مبتوت به أما القيد " أولاً " إشارة إلى إخراج البيع اللازم ابتداء الذي يؤول إليه الخيار بعد الاطلاع على العيب ، فهذا الخيار وأمثاله لا يتوقف بثه أولاً ؛ لأنه قد لحق العقد حين ظهور العيب^(٥) . وعليه : فإن خيار الشرط هو ما يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما في أحقية إمضاء العقد أو فسخه خلال مدة معلومة ، كأن يقول البائع للمشتري بعثك هذا الشيء على أن لي الخيار ثلاثة أيام^(٦) ، ومعنى هذا أن لصاحب الخيار الحق في نقض العقد خلال تلك المدة أو إمضائه ، فهو في حقه غير لازم في مدة الخيار .

ثالثاً - مشروعية خيار الشرط :

إن مبدأ مشروعية خيار الشرط ثابت في السنة النبوية المطهرة ، وفي الإجماع ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

أ- السنة النبوية المطهرة :

استدل على مشروعية الخيار بما ورد بقصة حبان بن منقذ الأنصاري^(٧) ، إذ إنه كان يغبين في البيع وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي صلى الله عليه وسلم عسى أن يمنعه ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ((إذا بايعت فقل :

(١) - فتح القدير : ابن الهمام ٢٩٦/٦ .

(٢) - نقلاً من مواهب الجليل : ٤٠٩/٤ ، وانظر ، الفواكة الدواني : النفراني ٨٣/٢ .

(٣) - انظر ، الحجة : محمد بن الحسن الشيباني ٦٧٧/٢ ، فتاوى السعدي : عني بن الحسين السعدي ، المجموع : النووي ٩/ ٢١٠ المعني ٣٥٧/٧ - ٤١٦/٩ ، كشاف القناع : ٤٢٠/٤ .

(٤) - انظر ، القونين الفقهية : ابن جزري ١٨٠/١ ، مواهب الجليل : ٤٠٩/٤ ، شرح الزرقاني ٤٠٥/٣ ، حاشية السوقى : ١٠٣/٣ .

(٥) - انظر ، مواهب الجليل : ٤٠٩/٤ ، الفواكة الدواني : النفراني ٨٣/٢ .

(٦) - انظر ، المدخل للفقه الإسلامي : د. عبد الله الدرعان ٤٨١ ، أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٦٢ .

(٧) - فقد اختلف في اسم الصحابي الذي كان يغبين في البيع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل أن حبان بن منقذ ، وقيل : منقذ بن عمر .

لا خِلاَبَةَ (١) ((٢)) ، وفي رواية أخرى ((إِذَا بَايَعْتَ قُلًّا لَا خِلاَبَةَ ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ تَبْتَاعُهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْذُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا)) (٣) .

وجه دلالة هذا الحديث واضحة ، إذ إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل شرط الخيار للمتعاقد ؛ ليكون على بينة من أمره من خلال إجازته صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ باشتراط عدم الخديعة عند البيع ، قال السرخسي : ((ففي الحديث جواز البيع مع شرط الخيار)) (٤) وهذا ما أشار إليه الشيخ علي الخفيف أيضاً بقوله : ((وفي هذه إجازة صريحة من النبي صلى الله عليه وسلم لهذا الشرط ، وشرع لهذا الخيار)) (٥) .

ب- الإجماع :

استدل بالإجماع على مشروعية الخيار ، فقال ابن الهمام : ((شرط الخيار مجمع عليه)) (٦) وقال النووي أيضاً : ((ما يجتمع به من ثبوت خيار الشرط الإجماع ، وقد نقلوا فيه الإجماع)) (٧) ، ولكنه أشار في موطن آخر إلى وجوب الالتزام بمدته المعلومة . فقال : ((يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة)) (٨) .

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ مشروعية خيار الشرط ثابت بالنص على خلاف القياس ؛ لأن الأصل في العقد - عقد البيع مثلاً - هو انتقال الملكية بمجرد الإيجاب والقبول (٩) ، ومع ذلك قد يتراخى انتقال الملكية إذا ما دخل العقد بعض الموانع (١٠) ، وذكر ابن الهمام من هذه الموانع خيار الشرط والرؤية والعيب فقال : ((والثالث ما يمنع الحكم ابتداء بعد الانعقاد كخيار الشرط ، الرابع ما يمنع تمام الحكم بعد الثبوت كخيار الرؤية ، والخامس ما يمنع لزوم العقد

(١) - لا خِلاَبَةَ : الخِلاَبَةُ : الخداع ، ومنه يقال : خلبت المرأة قلب الرجل : إذا خدعته بالطف وجه ، والمراد منه بالحديث : أي لا يحل لك خديعتي أو لا يلزمني خديعتك . (انظر ، شرح النووي على صحيح مسلم ١٧/١٠ ، سبل السلام شرح بلوغ المرام : الصنعاني ٦٥/٣) .

(٢) - وأخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع / ٢٠١١ / ، أخرجه مسلم في صحيحه : كتاب البيوع ، باب من يخدع في البيع / ١٥٣٣ / وفيه تنمة الحديث : فكان إذا باع قال لا خِلاَبَةَ .

(٣) - أخرجه ابن ماجه : كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يغسده ماله / ٢٣٥٥ / ، والدارقطني في سننه : كتاب البيوع / ٢٢٠ / ، والبيهقي في سننه : كتاب البيوع ، باب الليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام / ١٠٢٣٩ / وجاء في مصباح الزجاجة ٣ / ٥٢ : (إسناد - هذا الحديث - ضعيف لتكليس ابن اسحاق ، وله شواهد من حديث أس رواه أصحاب السنن الأربعة .) .

(٤) - المبسوط : ٤٠/١٣ .

(٥) - أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٦٣ .

(٦) - شرح فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٣٠٠ .

(٧) - المجموع : النووي ٩ / ١٨١ .

(٨) - المرجع السابق ٩ / ١٨١ .

(٩) - عند من يرى أن العقد يلزم بهما ، وهما الحنفية والمالكية ، أما الشافعية والحنابلة : فيرون انتقال الملكية ولزوم العقد باتقضاء المجلس على تفصيل سنوضحه في لباب الثالث من هذه الأطروحة .

(١٠) - انظر ، المبسوط : ١٣ / ٤٠ ، شرح فتح القدير : ٢٩٨/٦ ، البحر الرائق : ٦ / ٢ ، مصادر الحق : المشهور ٤ / ١٩٩ .

كخيار العيب^(١) .

وعليه نجد أن الفقهاء جعلوه داخلاً على حكم العقد مانعاً من ثبوته ، وذلك تقليلاً لعمله بقدر الإمكان ، ولم يجعلوه داخلاً على أصل البيع للنهي عن بيع وشرط^(٢) .

رابعاً - نطاق خيار الشرط :

ويراد به المدار الذي يكون فيه خيار الشرط من حيث الأشخاص والعقود والمدة ، وسيكون حديثي فيها على وجه الإيجاز^(٣) .

*** - نطاقه من حيث الأشخاص :**

أجاز الفقهاء^(٤) شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما دون الآخر ، ولكنهم اختلفوا فيما لو شرط الخيار لأجنبي إلى قولين :

القول الأول : وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية^(٥) الذين قالوا بجواز شرط الخيار لأجنبي ؛ لأن الحاجة تدعو كلا العاقدين أو أحدهما إلى دفع الغبن عن أنفسهم فيما لو كانا قليلي الخبرة ، فالمصلحة تستدعي الاستعانة بخبرة الغير ، ثم ثبت هذا الخيار للأجنبي ليس أصالة بل هو بطريق النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ، فيكون نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه .

القول الثاني : وينسب إلى زفر^(٦) من الحنفية الذي خالف الجمهور في جواز اشتراط الخيار لغير العاقد مدلاً على قوله : بأن اشتراط الخيار للعاقد مع أن القياس يأباه يثبت بالنص فبقي اشتراطه للغير على خلاف القياس ، ثم إن الخيار موجب للعقد وأحكامه ، وهي لا تتعدى لغير العاقدين ، فإن تعدت كان ذلك إثبات حكم العقد لغيرهما ، وهو ما لا يجوز^(٧) . وفي ذلك يقول ابن الهمام : **« ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره ، فأيهما أجاز خيار ، وأيهما نقص انتقض ، وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ؛ لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق**

(١) - شرح فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٢٩٨

(٢) - انظر ، البحر الرائق : ابن نجيم ٦ / ٢ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٦٣

(٣) - خشية الخروج عن صلب البحث .

(٤) - انظر ، بدائع الصناعات : الكاسبي ٥ / ١٧٤ ، البحر الرائق : ابن نجيم ١ / ٢١-٢٢ ، بداية المجتهد : ابن رشد ٢ / ١٦٠ ، مغني المحتاج : ٢ / ٦٤ ،

المغني : ابن قدامة ٤ / ١٩ ، المعيد : ٤ / ٦٩

(٥) - انظر ، المراجع السابقة .

(٦) - زفر (١١٠-١٥٨) : زفر بن الهذيل بن قيس العنبري ، أبو الهذيل ، من أصحاب أبي حنيفة ، أقام في البصرة ، وتولى قضاءها ، وتوفي بها (سير

أعلام النبلاء : ٣٨/٨ - ٤١)

(٧) - انظر ، بدائع الصناعات : الكاسبي ٥ / ١٧٤ ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٥ / ١٢٦-١٢٨ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٨٤ ، أحكام المعاملات :

الشيخ علي الخفيف ٣٦٢ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ١ / ٢٠٢

النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه . وعند ذلك يكون لكل منهما الخيار ، فأيهما أجاز جاز ، وأيهما نقض انتقض . ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، يعتبر السابق ؛ لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره . ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية ، وتصرف الفاسخ في أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى ، لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وجه الثاني أن الفسخ أقوى ؛ لأن المجاز يلحق الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة^(١) .

وعليه فإنني أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في جواز اشتراط خيار الشرط لأجنبي ؛ لأن صاحب الخيار قد يحتاج إلى مشورة الغير في إيجاد المصلحة المتوخاة من العقد ، وفي ذلك تيسير لحاجة الناس ودفع للغبن ، وتحقيق للهدف المرجو من الخيار .

ولكن يُثار هنا التساؤل الآتي :

ما صفة جعل خيار الشرط لأجنبي ؟

للفقهاء في هذا التساؤل موقفتان :

أحدهما : وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة في أنه يعدُّ بمثابة توكيل من العاقدين أو أحدهما للغير - الأجنبي - وهذا يقتضي استمرارية ثبوت خيار الشرط للعاقد ؛ لأنه لا يسوغ أن يُملك غيره ما لا يملكه هو ، فكان اشتراط الخيار للغير لا يمنع أحد المتعاقدين في استعمال حقه في الخيار^(٢) .

الموقف الثاني : وهو مذهب الشافعية الذين جعلوا اشتراط الخيار للغير بمثابة تفويض لا توكيل وهذا واضح من نصوصهم الفقهية^(٣) .

* - نطاقه من حيث العقود :

نجد نطاق خيار الشرط في العقود اللازمة التي تقبل الفسخ والتي سنبحثها في الباب الثالث إن شاء الله تعالى .

* - نطاقه من حيث المدة :

اتفق جمهور الفقهاء^(٤) على ضرورة تحديد هذا الخيار بمدة معلومة ، فإذا لم يؤقت بفترة كان ذلك سبباً لفساد العقد ؛ لأنه سبيل إلى الجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع في أغلب

(١) - شرح فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٢٢١-٢٢٢

(٢) - البحر الرائق : ابن تميم ٦ / ٢١ - ٢٢ ، بداية المجتهد : ٢ / ١٦٠ ، المقني : ابن قدامة ٤ / ١٩ ، الموسوعة الفقهية : ٢٠ / ٢٥

(٣) - انظر ، مقني المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٦٤

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٥ / ١٧٤ وما بعدها ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٣٠٠ وما بعدها ، مقني المحتاج : ٢ / ٦٥ -

٦٦ المقني : ٤ / ١٨-١٩ .

الأحيان وهو ما يمنعه الشرع ويسد بابه ، وهذا ما بيّنه الكاساني بقوله : ((والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال ، فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد ، وأنه مفسد للعقد في الأصل ، وهو القياس إلا أننا عرفنا جوازه استحساناً بخلاف القياس بالنص فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس))^(١) .

وقال الخطيب الشربيني أيضاً مشيراً إلى أن عدم توقيت مدة الخيار بفترة محددة يجعل العقد باطلاً : ((لأن الأصل امتناعه لكونه مخالفاً لوضع البيع فثبت خيار المشتري بالنص ، وألحق به البائع بالقياس عليه ، فبقي ما زاد على الأصل))^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن المراد بالنص هو حديث حبان بن منقذ الذي حدد له النبي صلى الله عليه وسلم بثلاثة أيام .

لكن المالكية^(٣) الذين أجازوا الخيار المطلق قيده أيضاً بتحديد القاضي له بمدة مثله . وعليه : فإن نصوص الفقهاء صريحة الدلالة على أن عدم توقيت خيار الشرط بمدة معلومة أو بفترة يحددها العاقدان أو تقتضيها طبيعة المعقود عليه ، يفسد العقد ويخالف النص الثابت شرعاً .

ولكن نجد اختلافهم في تحديد أقصى مدة له ، وقد ذهبوا في ذلك إلى ثلاث جهات :

الاتجاه الأول : التقييد بثلاثة أيام :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه وهم أبو حنيفة والشافعية^(٤) إلى ضرورة تقييد خيار الشرط بفترة محددة لا تزيد على ثلاثة أيام عملاً بمقتضى حديث حبان بن منقذ السابق الذي جعل خيار الشرط ثلاثة أيام .

كما استدلت أصحاب هذا الاتجاه بالمعقول ، إذ إن الخيار شرع بالنص على خلاف القياس للحاجة إليه ولدفع الغبن عن صاحبه ، والحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالباً فيقتصر على ما تدعو إليه وهو ثلاثة أيام^(٥) .

(١) - بدائع الصنائع : الكاساني ١٧٤ / ٥

(٢) - مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٦٥ / ٢

(٣) - انظر ، بداية المجتهد : ١٥٨ / ٢ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ١٧٤ / ٥ ، فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٣٠٠-٣٠٢ ، المجموع : النووي ٩ / ١٨١ ،

مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٦٥ / ٢

(٥) - انظر ، المجموع : النووي ٩ / ١٨١ ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٦٥ / ٢ ، الفقه الإسلامي و أنئلته : د. وهبه

الزحيلي ٤ / ٢٥٦

الاتجاه الثاني : التقييد بحدود المعتاد :

وأصحاب هذا الاتجاه هم المالكية^(١) الذين تركوا للمتعاقدين تحديد مدة الخيار شريطة أن لا تتجاوز حدود المعتاد ؛ لأن الخيار شرع للحاجة والتبصر في المعقود عليه ، فلا يتجاوزها ، والسبب في ذلك يعود إلى اختلاف نوع المبيع . يقول ابن رشد معللاً ضرورة التقييد بمدة الخيار بالمعتاد : ((وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، إذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختبار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع))^(٢) .

الاتجاه الثالث : التفويض المطلق للمتعاقدين في تحديد المدة :

وهو ما ذهب إليه الحنابلة^(٣) ومحمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية^(٤) الذين أجازوا للمتعاقدين الاتفاق على أي مدة سواء أكانت قصيرة أم طويلة شريطة أن تكون معلومة محددة معللين ذلك بأن الخيار حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشروطه وهو العاقد ، أو أنها مدة ملحقة بالعقد فكان تقديرها إلى المتعاقدين^(٥) .

وقال الشيخ علي الخفيف موضحاً سند الحنابلة ، ومن وافقهم في ترك الحرية التامة للمتعاقدين في تحديد مدة الخيار : ((إنه مؤقت بما يرى العاقدان توقيته به من مدة يحتاج إليها في نظرهما ؛ لأنه شرع للتروي ، وقد يقتضي في بعض الأحوال مدة أطول من الثلاثة فشابهت مدة التأجيل ، وتعيين الثلاثة لحبان من الرسول صلى الله عليه وسلم إنما لعدم حاجته إلى ما فوقها ، ولا مانع من أن ذكر الأيام الثلاثة محلاً لقياس غيرها عليها ؛ لأنه حكم معقول العلة والسبب ، وليس خاصاً ، وقد ورد عن عبد الله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين^(٦)))^(٧) .

وعليه : فالراجح في نظر الباحث هو ما ذهب إليه الإمام أحمد والصاحبان من الحنفية ؛ لأن الخيار - كما سبقت الإشارة إليه - شرع للحاجة والتمهل والتروي ، وقد يحتاج صاحبه مدة أكثر من ثلاثة أيام في بعض الحالات ، والتقييد بثلاثة أيام قد يفقد الحكمة من تشريع

(١)-انظر ، بداية المجتهد : ابن رشد ١٥٨/٢ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤١١/٤-٤١٢ ، حاشية العدوي : ١٥٦/٢ ، حاشية الدسوقي : ٩٣-٩٢/٣ .

(٢)- بداية المجتهد : ابن رشد ١٥٨/٢

(٣)-انظر ، المغني : ابن قدامة ١٩ / ٤ ، الكافي في فقه ابن حنبل ٤٥ / ٢ ، كشف القناع : البهوتي ٢٠٢ / ٣

(٤)-انظر ، المبسوط : السرخسي ٤١ / ١٣ ، فتح القدير : ابن الهمام ٣٠٠ / ٦-٣٠١ .

(٥)-انظر ، المغني : ابن قدامة ١٩ / ٤ ، الكافي في فقه ابن حنبل : ٤٥ / ٢ ، كشف القناع : البهوتي ٢٠٢ / ٣

(٦)- أخرجه الإمام مالك في الموطأ - رواية محمد بن الحسن - كتاب البيوع ، باب عهد الثلاثة والسنة / ٧٩٥ ، ٢١١/٣ .

(٧)-أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف : ٣٦٤

الخيار حال عدم الوصول فيها إلى قرار يفضي بالفسخ أو الإمضاء ، يقول أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : ^(١) والتحديد المذكور في حديث حبان كان كافياً بالنسبة له بتقدير الرسول صلى الله عليه وسلم . وما كان كافياً لشخص قد لا يكفي لغيره ، فلا يكون هذا التحديد مانعاً من الزيادة على المدة المذكورة ^(٢) . وكذلك ربط مدة الخيار بالحاجة لا يصح ؛ لأنها مما لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها ، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية بمادتها /٣٠٠/ حيث نصت : ^(٣) يجوز أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر ^(٤) .

خامساً - كيفية فسخ العقد بخيار الشرط :

تمت الإشارة فيما سبق إلى أن الخيار صفة من صفات العقد تطرأ عليه بعد وجوده ، وتزول بزواله ، فإن مارس صاحب الخيار حقه في الفسخ ، فُسخ العقد نتيجة تلك الصفة المتضمنة ذلك الحق ؛ لأن الخيار ملك المتعاقدين أو أحدهما الفسخ كما ملكه الإمضاء ، فكان وجود الخيار في العقد سبباً ممكناً للفسخ فيما إذا قام به صاحبه .

وعليه : فإن خيار الشرط سبب لفسخ العقد في مدته ، إلا أن هذا الفسخ في عرف الفقهاء ينقسم إلى فسخ صريح وفسخ بطريق الدلالة :

١ - الفسخ الصريح وما يجري مجراه :

اتفق الفقهاء ^(٥) على أن الفسخ الصريح اللاحق للعقد اللازم بسبب خيار الشرط في مدته يقع بقول صاحبه فسخت العقد أو أنقضته أو أبطلته ، أو استرجعت المبيع ، أو رددت الثمن ونحوهما من الألفاظ التي تدل عليه ، لذا نجد بعض الفقهاء ^(٦) أطلق عليه ما يسمى بالفسخ القولي أو الفسخ بالقول . أما ما يجري مجرى الصريح فهو كقول البائع : لا أبيع حتى تزيد

(١) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٥٦/٤

(٢) - مجلة أحكام العدلية : /٣٠٠/ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٢٧٢/٥ ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٣١٤/٦ ، الفتاوى الهندية : ٤٣/٣ ، الشرح الصغير : ١٤٢/٣ ، القوانين الفقهية : ابن جزئي ١٨٠/١ ، المجموع شرح المذهب : ١٩١/٩ ، إعانة الطالبين : ٣٠/٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٣٤٩/٤ ، مغني المحتاج ٦٨-٦٧/٢ ، كشاف القناع : الجبهوتي ٤٢٩/٣ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٣١٠ .

(٤) - يطلق بعض الفقهاء على الفسخ الصريح ما يسمى بالفسخ القولي أو الفسخ بالقول ، وعلى الفسخ بطريق الدلالة ما يسمى بالفسخ الفعلي أو الفسخ بالفعل . انظر ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٣١٤/٦ ، الفتاوى الهندية : ٤٣/٣ ، الشرح الصغير : ١٤٢/٣ .

في الثمن مع قول المشتري لا أقبل ، أو كقول المشتري حتى يُنقص عني من الثمن مع قول البائع لا أفعل ، وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل وطلب المشتري تأجيل الثمن وهكذا ، فإن مثل هذه الألفاظ والأقوال تدل بشكل واضح على الفسخ بالقول بإعلان عدم القبول بالعقد في زمن الخيار .

هذا وذكر الكاساني أن الفسخ بهذا السبب ((لا يشترط له التراضي وقضاء القاضي ؛ لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه))^(١) .

٢- الفسخ دلالة :

صرح الفقهاء^(٢) أيضاً أن الفسخ يمكن أن يقع من طريق الدلالة أو ما يسمى بالفسخ الفعلي والفسخ بالفعل ، وصورته : أن يتصرف من له الخيار في مدته تصرف المالك في المبيع كالعق و البيع والوطء ونحوها ، إن كان الخيار للبائع ، فإن كان للمشتري فتصرفه بالثمن تصرف المالك أيضاً يدل على الفسخ شريطة أن يكون الثمن عيناً ؛ لأن الفسخ لا يتصور في الدين لاحتمال وقوعه من البائع في ماله الخاص لا في الثمن ؛ لأن الأثمان لا تتعين بالتعيين ، وأكد الفقهاء على أن تصرف من له الخيار فيما سينتقل عنه بالعقد دليل واضح ، وبينه جلية في استبقاء ملكه فيه ، لذا فإن الإقدام على هذا التصرف بعد انعقاد العقد يدل على الرغبة الجامحة في اختيار رفع العقد وفسخه ، وهذا ما جعل الكاساني يضع ضابطاً للفسخ دلالة قد أشرت إليه فيما سبق بقوله : ((والحاصل إن وجد - أي التصرف - من البائع في المبيع ما لو وجد في الثمن لكان إجازة للبيع ، فيكون فسخاً))^(٣) .

(١) - بدائع الصنائع : الكاساني ٥ / ٢٧٢ .

(٢) - النظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٥ / ٢٧٢ ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٣١٤ ، الفتاوى الهندية : ٤٣ / ٣ ، الشرح

الصفير : ٣ / ١٤٢ ، القوانين الفقهية : ابن جزئي ١ / ١٨٠ ، المجموع : النووي ٩ / ١٩١ ، إعاة الطالبين ٣ / ٣٠ ،

تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٤ / ٣٤٩ ، مقني المحتاج ٢ / ٦٧-٦٨ ، كشاف القناع : البهوتي ٣ /

٤٢٩ ، الخيار وأثره في العقود . د. عبد الستار أبو غده ٣١٠ .

(٣) - بدائع الصنائع : الكاساني ٥ / ٢٧٢ .

وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن الفسخ بسبب خيار الشرط لا يقع إلا عند قيامه في مدته واختيار صاحبه للفسخ سواء أكان صراحة أم بطريق الدلالة ؛ لأن الخيار إذا زال بالسقوط أو الانتهاء أصالة^(١) يلزم العقد ، ولا أثر للفسخ عندئذ .

هذا وفي معرض الحديث عن كيفية فسخ العقد بخيار الشرط يُثار التساؤل الآتي :

هل يشترط علم المتعاقد الآخر باختيار الفسخ ؟

صرح جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) على عدم اشتراط علم المتعاقد الآخر بالفسخ سواء أكان فسحاً صريحاً أم بطريق الدلالة ، فقال ابن قدامة : « ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه »^(٣) .

وقال ابن جزئي^(٤) : « ولا يتوقف الفسخ بالخيار على حضور الفسخ »^(٥) ، وقال النووي :

(١) - وهنا لابد من أن تميز بين سقوط الخيار وانتهائه ، فالانتهاء يحصل باستعمال الخيار في مدته بالفسخ أو الإمضاء أو باتقضاء المدة التي تعد بمنزلة إمضاء للعقد ، أما السقوط فيطلق على تعذر استخدام الحق بالفسخ الذي هو جزء من موضوع الخيار ومقصده ، بمعنى أن سقوط الخيار ليس من صنع صاحبه وإنما نتيجة أمر طارئ ينشأ عنه دائماً لزوم العقد بخلاف الانتهاء الذي ينشأ عنه اللزوم كما قد ينشأ عنه الفسخ وفق استخدام صاحب الخيار لهما ، غير أن انتهاء الخيار أصالة يدل على أن أسبابه تنصب عليه فتنهيه دون العقد ، فيصبح العقد بسببها لازماً ، وهذا يحدث عند إمضاء العقد أو مضي المدة دون فسخ أو إمضاء وذلك عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة القائلين باعتبار مضي مدة الخيار إمضاء للعقد بخلاف المالكية الذين فصلوا القول فيه وميزوا بين أن يكون الخيار في يد المُمك أو المُمك وبين زمن التقضاء المدة والمعقود عليه في يد أحدهما . ففي حالة أن الخيار للمُك كان ترك المعقود عليه في تصرفه بمثابة إمضاء للعقد ولزوم له ، أما إذا كان الخيار للمُمك والمعقود عليه مازال في يده مع اتقضاء مدة الخيار كان ذلك فسحاً منه . وأما إن انقضى زمن الخيار والمبيع في يد أحدهما ، فإنه ينظر إلى من ينقضي زمن الخيار والمعقود عليه في يده سواء أكان صاحب الخيار أم غيره ، فإن كان في يد البائع تسنذ فهو فسخ ، وإن كان في يد المشتري فهو إمضاء . وهذا ما قاله الدسوقي : « يلزم المبيع بالخيار من هو بيده منهما كان صاحب الخيار أم غيره باتقضاء زمن الخيار وما ألحق به وهو اليوم واليومان » حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٦-٩٥/٣ ، والنظر ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٤٢/٣-١٤٣ . الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٢٩٥ وما بعدها .

وعليه : فأسباب انتهاء الخيار تقسم إلى نوعين باعتبار ورودها على الخيار أو العقد ، فإن اتصبت على الخيار انتهى بها ولزم العقد وهي ما يطلق عليها أسباب ينتهي بها الخيار أصالة عند الجمهور ، خلافاً للمالكية . وأما إن وردت على العقد فإن الخيار ينتهي بانتهاء العقد ؛ لأنها صفة من صفاته تزول بزواله ، لذا فإن الفسخ ينهي العقد والخيار ، وهي ما يطلق عليها أسباب ينتهي بها الخيار تبعاً .

(٢) - انظر ، القوانين الفقهية : ابن جزئي ١٨٠/١ ، المجموع شرح المذهب : ٢٣٨/٩ ، تحفة المحتاج إلى شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٣٤٩/٤ ، المغني : ابن قدامة ٢٢/٤ ، خيار الشرط في البيوع : عمر سليمان الأشقر : ٥٣ .

(٣) - المغني : ابن قدامة ٢٢/٤ .

(٤) - ابن جزئي - (ت ٧٤١ هـ) : هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ، ابن جزئي الكلبي ، فقيه مالكي من أهل غرناطة ، ومن كتبه : (القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية) . الأعلام : ٥ / ٣٢٥ .

(٥) - القوانين الفقهية : ابن جزئي ١٨٠/١

« قال أصحابنا : من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ في حضرة صاحبه وفي غيبته»^(١).
أما الحنفية^(٢) فقد ميزوا بين الفسخ القولي والفسخ الفعلي في اشتراط علم المتعاقد الآخر
باختيار الفسخ ، وذلك فيما يأتي :

أ - في حالة الفسخ الفعلي : اتفق فقهاء الحنفية على عدم اشتراط العلم به وهو ما
أوضحه الكاساني بقوله : « وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف »^(٣) ،
معللاً ذلك بقوله أيضاً : « لأن الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصوداً ، وإنما يثبت ضمناً
لغيره ، فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصوداً كبيع الشرب والطريق ، وأنه لا يجوز
مقصوداً ، ويجوز تبعاً للأرض »^(٤) .

ب - في حالة الفسخ القولي : اختلف فقهاء الحنفية فيه إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن^(٥) وقد ذهبوا إلى وجوب حصول
العلم بالفسخ حتى لو فسخ أحد المتعاقدين دون علم صاحبه ، كان فسخه موقوفاً عندهما ، فإن
حصل العلم بالفسخ في مدة الخيار نفذ ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد ؛ لعدم اعتبار
ذلك فسخاً في تلك الفترة ، وكذا لو عاد الفاسخ عن فسخه فأمضى العقد قبل علم الآخر فذلك
منه معتبر فيلزم العقد ويبطل فسخه السابق .

الرأي الثاني : وهو القول المشهور لأبي يوسف^(٦) الذي أجاز الفسخ بغير علم التعاقد الآخر
وروي عنه قول ثان بوجوب اشتراط علم المتعاقد الآخر بالفسخ وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة
ومحمد ، كما روي عنه أيضاً قول ثالث بالنظر إلى صاحب الخيار فإن كان هو البائع فلا

(١) - المجموع : النووي ٢٣٨/٩

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : الكلساني ٢٧٢-٢٧٣ ، الفتاوى الهندية : ٤٣/٣ ، فتح القدير : ابن الهمام ٣١٣/٦
وما بعدها ، وانظر ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٣١٣ وما بعدها .

(٣) - بدائع الصنائع : الكلساني ٢٧٢/٥

(٤) - المرجع السابق .

(٥) - محمد بن الحسن : (١٣١ - ١٨٩) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، من موالى بني شيبان ، أبو عبد الله : إمام بالفقه
والأصول ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة ، أصله من قرية حرسية ، في غوطة دمشق ، وولد بواسط ، ونشأ بالكوفة ، فسمع من أبي
حنيفة ، وغلب عليه مذهبه وعرف به وانتقل إلى بغداد ، فولاه الرشيد القضاء بالرفقة ثم عزله ، له كتب كثيرة في الفقه والأصول ،
منها (المبسوط والزيادات والجامع الكبير والجامع الصغير) سير أعلام النبلاء : ١٣٤/٩ ، الأعلام للزركلي : ٦ / ٨٠ .

(٦) - أبو يوسف (١١٣ - ١٨٢) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الاتصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف : صاحب الإمام أبي
حنيفة ، وتلميذه ، وأول من نشر مذهبه .

كان فقيهاً علامة ، من حفاظ الحديث ، ولد بالكوفة ، وتفقه بالحديث والرواية ، ثم لزم أبا حنيفة ، فغلب عليه " الرأي " وولى
القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد . ومات في خلافته ، ببغداد ، وهو على القضاء ، من كتبه : الخراج والنوادر
واختلاف الامصار وأدب القاضي . (الأعلام للزركلي : ٨ / ١٩٣ ، سير أعلام النبلاء : ٨ / ٥٣٥) .

يشترط العلم بل يقتصر اشتراطه في خيار المشتري ، ولكن قوله الأول هو المشهور في هذه المسألة وقد رجحه ابن نجيم وابن الهمام^(١) الذي وضع ضرورة المساواة في القول باشتراط علم المتعاقد الآخر بين الفسخ الفعلي والفسخ القولي على حد سواء حيث قال : « وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به - أي بالمنع - فيما هو فعل اختياري ؛ لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت ، وفعل الأمة ، ودخول العيب بغير صنعه ، والهلاك »^(٢) .

وعليه : فإن ابن الهمام يرى أن الفعل الاختياري للفسخ لا يزيد في الأثر عن القول به من حيث إن كلا منهما تصرف بالمعقود عليه ، بخلاف الفعل الاضطراري الذي مثل له بالموت والهلاك ونحوهما حيث يحدث به الانفساخ ، وبالتالي فلا يشترط حصول العلم بالفسخ ليقع به ؛ لأنه ليس من العدل أن يتحمل العاقد ما لا إرادة له به .

الأدلة :

١ - أدلة المجيزين :

استدل القائلون بعدم اشتراط علم العاقد الآخر لصحة الفسخ بأن اختياره نتيجة خيار الشرط ما هو إلا رفع لعقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، وبالتالي لا يفتقر إلى علمه قياساً على الطلاق الذي لا يشترط فيه علم الزوجة لوقوعه ، وعلى صحة بيع الوكيل مع عدم علم الموكل^(٣) . قال الشيرازي إنه : « رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق »^(٤) . وقال الكاساني : « إنه - أي صاحب الخيار - يملك الإجازة بغير علم صاحبه ، فيملك الفسخ ، والجامع بينهما أن كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه ، فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل إذا باع من غير علم الموكل »^(٥) .

٢ - أدلة المانعين :

استدل المانعون من الفسخ دون علم العاقد الآخر ، بأن الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به ، فلا يقع دفعا للضرر الحاصل من عدم العلم ؛ لأن التصرف في المعقود عليه بعد مضي مدة الخيار على ظن أنه ملكه ، ثم تبين أنه ملك غيره ، إن أجزنا وقوع الفسخ بدون علم

(١) - انظر ، فتح القدير : ابن الهمام ٣١٤/٦ ، البحر الرائق : ابن نجيم ١٨/٦ .

(٢) - فتح القدير : ابن الهمام ٣١٤/٦ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٢٧٣/٥ ، البحر الرائق : ابن نجيم ١٨/٦ ، المجموع : النووي ٢٣٨/٩ ، المغني : ٢٢/٤ ،

الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٥٥٤-٥٥٥ .

(٤) - المهذب : الشيرازي ٢٥٩/١ .

(٥) - بدائع الصنائع : الكاساني ٢٣٧/٥ .

كان هذا سبباً لوجوب الضمان الذي يتم بالقيمة عند الهلاك ، وقد تكون هذه القيمة أكثر من الثمن^(١) ، فيتضرر بذلك .

هذا واستدلوا أيضاً بالقياس على عزل المؤكل وكلية بغير علمه بجامع أن كلاً من الفسخ بخيار الشرط والعزل ، رفع لعقد جعل إلى اختيار الشخص ، فكما يشترط لعزل الوكيل علمه ، إذ لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به ، دفعاً للضرر عنه ، فكذلك الفسخ في خيار الشرط^(٢) .

والرأجح فيما يبدو لي هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ؛ لتناسب دليلهم مع حكمه تشريع الخيار الذي أعطى العاقد الحق في الفسخ دون علم أو رضا صاحبه الذي يفترض عليه تجشم ذلك الحق في كل حين من مدة الخيار ، أما حصول الضرر بالفسخ دون علم المتعاقد الآخر فغير مسلم به بالنسبة للمتملك ؛ لأن ضمانه إن كان بالقيمة فهو ليس بأكثر من الثمن غالباً ، أما بالنسبة للمملك فالضرر حاصل نتيجة تقصيره ؛ لأنه يعلم أن صاحبه يملك الفسخ بالخيار . وأما القياس على عزل الوكيل فهو قياس مع الفارق ، إذ إنه لا يملك أي إشارة على العزل فالضرر حاصل به ، فلا بد من علمه ؛ لرفع ذلك الضرر ، بينما الفسخ بالخيار فيه تصريح واضح باحتمال وقوعه^(٣) . وهذا ما أخذ به الدكتور عبد الستار أبو غده^(٤).

(١) - القيمة هي : العوض الحقيقي الذي يساويه الشيء بين الناس ، أما الثمن فهو : البديل الذي يتفق عليه المتعاقدان سواء

أكان أقل من قيمته الحقيقية أم يساويه أم أكثر . (انظر ، هامش المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا : ٣٥٣/١) .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٢٧٣/٥ ، فتح القدير : ابن الهمام ٣١٥/٦ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار

أبو غده ٣١٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥٥٤/٤

(٣) - انظر ، فتح القدير : ٣١٥/٦

(٤) - انظر ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٣١٦

المطلب الثالث

الخيارات الشرعية

المراد بها تلك الخيارات التي يثبتها الشرع الحنيف متى توافر سببها الشرعي ، وتحققت الشروط التي تستوجبها ، إذ إن الكثير من العقود التي تبرم بين المتعاقدين قد ينشأ عنها في بعض الأحيان ما يخدم ركن الرضا نتيجة نقيصة وجدت في محل العقد ، أو لحقت أحد المتعاقدين ، مما قد ينجم عنه في الغالب ضرر يفقد به ما قام العقد عليه ، لذا أثبتها الشارع الحكيم رفعا لتلك النقيصة وإزالة لذلك الضرر، وفي هذا رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليها دون حاجة إلى اشتراطها أو تنصيصها في العقد ، فالسلامة ونحوها في محل العقد مشروطة ضمناً ؛ لأن الفطرة الإنسانية لا تقبل إلا ما هو خال من كل نقيصة ، كخيار العيب ، وخيار الرؤية ، وخيار المجلس ، وهذا ما أوضحه الكاساني بقوله : «إن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ، ولم يحصل ، فقد اختل رضاه ، وهذا يوجب الخيار ؛ لأن الرضا شرط صحة البيع»^(١) ، وقال الخطيب الشربيني مشيراً أيضاً إلى سبب هذا النوع من الخيار بقوله: «وخيار النقيصة سببه خلف لفظي أو تغزير فعلي أو قضاء عرفي، فمنه خيار العيب والتصيرية»^(٢) والحلف وتلقي الركبان ، ونحو ذلك»^(٣). أما الأستاذ مصطفى الزرقا فقد أوضح أنواعها بقوله : «ومنها - أي الخيارات - ما يثبت بإيجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين صيانة لحقوقه فيكون نتيجة لبعض عيوب الرضا.... من خلافة أو تدليس عيب أو تجزئة صفقة»^(٤).

وفيما يأتي سأتناول خيار العيب كمثال على الخيارات الشرعية في حدود ماله صلة بالبحث .

أولاً-تعريفه:

أ-في اللغة :

خيار العيب : مركب إضافي من كلمتين (خيار) و(عيب) ، فكلمة الخيار فقد سبق بيان

(١)- بدائع الصنائع : الكاساني ٢٧٤/٥ .

(٢)- التصيرية : وهي في أصل اللغة حبس الماء بسد مجراه ، ثم استعمل لحبس الثبن في الضرع (المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٦٤/١) .

(٣)- معني المحتاج: الخطيب الشربيني ٥٩/٢ .

(٤)- المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٣٤/١ .

معناها اللغوي والاصطلاحي ، أما كلمة عيب فهي مصدر عاب يعيب من باب سار يسير ، يقال : عاب الشيء عيباً : صار ذا عيب ، والعيب والعاب بمعنى الوصمة ، والجمع عيوب وأعياب^(١) ، قال الفيومي : ((واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب))^(٢) ، والمعيب : مكان العيب وزمانه^(٣) .

ب- في الاصطلاح الشرعي :

عرف الفقهاء العيب تعاريف متعددة تضمنت الضابط الذي يشمل كل مفرداته ويتعرض لشروطه وقيوده ، فمن ذلك ما ذكره ابن نجيم وابن الهمام بقولهما : ((العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً))^(٤) ، وعرفه ابن رشد بأنه : ((ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع))^(٥) ، وجاء في منهاج الطالبين: أن العيب : ((كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذ غلب في جنس المبيع عدمه سواء قارن العقد أم حدث قبل القبض))^(٦) ، وجاء في كشاف القناع أيضاً أن العيب : ((نقص عين المبيع ولو لم تنقص به القيمة بل زادت ، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار ، وإن لم تنقص عينه))^(٧) .

يظهر من هذه التعاريف على أن العيب لا يسمى عيباً بالمعنى الفقهي إلا إذا تحقق فيه أمران :

أولهما : نقصان في القيمة أو فوات غرض صحيح .

ثانيهما : سلامة أمثال المعقود عليه مما لحق به .

وفيما يأتي سأوضح تناول الفقهاء لهما :

** - نقصان في القيمة أو فوات غرض صحيح :

ينبغي الغرض المقصود من المعقود عليه حال نقصان القيمة ، أو فوات الأمر الذي ينشده العاقد من العقد ، وهذا ما أوضحه الفقهاء عند تناولهم لخيار العيب . لكن الحنفية عبروا

(١) - لسان العرب : ابن منظور مادة / عيب / - القاموس المحيط : الفيروز أبادي مادة / عيب / باب الباء فصل العين - مختار الصحاح : مادة / عيب /

(٢) - المصباح الميز: الفيومي مادة / عيب / ٤٣٩

(٣) - المراجع السابقة .

(٤) - شرح فتح القدير : ابن الهمام ٦ / ٣٥٥ ، البحر الرائق : ٢٨ / ٦ .

(٥) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢ / ١٣١

(٦) - منهاج الطالبين ١ / ٤٨

(٧) - كشاف القناع : البهوتي ٣ / ٢١٥

بنقصان الثمن بدلاً من نقصان القيمة ، فقال الكاساني : « فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار - أهل الخبرة - نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا»^(١).

وقال ابن عابدين : « والمراد في عرف أهل الشرع بالعيب الذي يُردّ به المبيع ، ما ينقص الثمن »^(٢) ، ومرادهم من ذلك أن الثمن في الغالب مساو للقيمة ، وهو ما قاله ابن عابدين : « والظاهر أن الثمن لما كان في الغالب مساوياً للقيمة عبروا به »^(٣). ولكنه عاد وانتقد هذا المعيار بقوله : « غير جامع وغير مانع »^(٤). أما الأول : نتيجة خروج أشياء يحق فيها للمشتري الرد مع أنها خالية من عيب ينقص من قيمتها كما في شراء شاة للأضحية مقطوعة الأذن أو شراء ثوب أو خف ثم وجده المشتري صغيراً. وأما الثاني : فوجود عيوب تنقص القيمة أو الثمن يمتنع بها المشتري عن الرد ؛ لعدم فوات الغرض المنشود فيها كبطء دابة لم يشترها للسباق ، ولم يشترط وصف السرعة في مشيها ، وإلا فله الرد ؛ لفقد الوصف المرغوب^(٥).

أما المالكية^(٦) فقد اعتبروا العيب الموجب للخيار هو كل نقص عرفي جرت العادة بالسلامة منه ، وحصرها ذلك بما كان منقوصاً للثمن ، كخصاء الحيوان إذا كان ينقصه عرفاً أو منقوصاً للتصرف كالعبد الأعسر الذي يبطل ببيسراه دون يمناه ، وعدّوه عيباً يوجب الفسخ أو ما كان مخوف العاقبة كالجدام^(٧) في أحد الأبوين .

أما الشافعية^(٨) فقد كانوا أكثر دقة في بيان ضابط العيب عندما عبروا عنه بنقصان القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض العاقد ، وذلك احترازاً عن النقص اليسير مما لا يفوت به مقصده من العقد ، قال الخطيب الشربيني : « يفوت به غرض صحيح ، قيد في نقص العين خاصة ؛ ليحترز به عن قطع أصبع زائدة ، أو جزء يسير من الفخذ أو الساق لا يورث شيئاً ولا يفوت غرضاً ، فلا رد به »^(٩).

(١) - بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥ .

(٢) - رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٥ / ٤ .

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - المرجع السابق .

(٥) - انظر ، المرجع السابق .

(٦) - انظر ، التاج والإكليل : ٤٣٠ / ٤ ، مواهب الجليل : ٤٢٩/٤ .

(٧) - الجدّام : ، ويقصد به الداء الذي تنهات منه الأطراف ويتأثر منه اللحم نساءل الله تعالى العاقبة ، وهو عيب يصيب أحد الزوجين مثبت للخيار في عقد الزواج (انظر ، المطع : ٣٢٤/١ ، قواعد الفقه : محمد عليم البركتي ٢٤٧/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٣٥٣/٧) .

(٨) - المرجع السابق : ٧١/٢ .

(٩) - انظر ، معنى المحتاج : الخطيب الشربيني ٧١/٢

ويرى الحنابلة أن زيادة القيمة ونقص العين من العيوب التي توجب الرد ، وكذلك نقص القيمة دون العين^(١) ، وهذا واضح من تعريفهم السابق للعييب ، وقال ابن قدامه : ((والعيوب هي النقائص الموجبة لنقص المالية))^(٢) معبراً عن نقص القيمة بنقص المالية ؛ لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية ، فما يوجب نقصاً فيها فهو عيب ، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن^(٣) .

*** - سلامة أمثال المعقود عليه مما لحق به :

والمراد أن العيب لا يكون موجبا للخيار إلا إذا انعدم وجوده في أمثال المعقود عليه ، فسلامة أمثاله مما لحقه هي الأصل باتفاق الفقهاء ، وإن اختلفت عباراتهم في ذلك ، منها : ((إذا غلب في جنس المبيع عدمه))^(٤) ، ((ما نقص عن الخلقة الأصلية أو الخلق الشرعي))^(٥) ، ((ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة))^(٦) ، ((يقتضي العرف سلامة المبيع عنه غالباً))^(٧) ، ((كل ما وردت العادة السلامة منه))^(٨) .

فهذه التعبيرات ونحوها مرادها واحد ، وهو أن العيب المعتبر الموجب للخيار ما توافرت السلامة في أصل نوع المعقود عليه وأمثاله شريطة أن يحدث نقصاً مؤثراً في القيمة أو المالية وغالباً ما يحدده العرف الجاري عند أهل كل مهنة ، فقد قال الكاساني : ((التعويل في الباب على عرف التجار ، فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار ، وما لا فلا))^(٩)

(١) - كالخصي ، والأصبع الزائدة ، فالخصي وإن زادت قيمته من جهة ، لكنه يبقى نقصاً في العين ، لأنه قد يفوت به غرض صحيح مطلوب ، وكذلك الأصبع الزائدة وإن لم تنقص العين ، ولكنها قد تنقص القيمة .

(٢) - المعنى : ١١٣/٤ .

(٣) - انظر ، المرجع السابق .

(٤) - منهاج الطالبين : ٤٨/١ ، معنى المحتاج : ٧١/٢ .

(٥) - بداية المجتهد : ١٣١/٢ .

(٦) - شرح فتح القدير : ٣٥٥/٦ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٦٠/٢ .

(٧) - كشاف القناع : ٢١٥/٣ .

(٨) - الشرح الكبير وعنه حاشية النسوقى : ١٠٨/٣ .

(٩) - بدائع الصنائع : الكاساني ٢٧٥/٥ .

ولا شك أن مقصد الفقهاء عرف أهل الخبرة والاختصاص في كل شيء بحسبه .

وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن الأساس المجمع عليه بين الفقهاء في تحديد معنى العيب الموجب للخيار هو نقص قيمة المعقود عليه عرفاً عند أهل الخبرة ، وسلامة أمثاله مما لحق به ، ولكن حتى ينضبط العيب بالمعنى الفقهي ، ويضم كل أفراد وصوره لا بد من انعدام الغرض الصحيح للمتعاقد .

وعليه : فإني أميل في تحديد ضابط العيب إلى ما قاله الشافعية بأنه : « ما نقص القيمة أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح يغلب على أمثاله عدمه »^(١) .

وهذا ما سار عليه واضع مرشد الحيران في المادة ٥١٤ منه ، إذ قال : « العيب الموجب لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيراً ، أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون في أمثال المبيع عدمه » .

ت - تعريف خيار العيب^(٢) :

بعد أن بينا المقصود بكلمة الخيار وكلمة العيب بالمعنى اللغوي والفقهي ، لا بد أن نوضح تعريف خيار العيب كمصطلح على موضوع معين ، وهو حق الفسخ بسبب العيب ، وفيما يأتي سأتناول تعريفه عند الفقهاء :

عرفه ابن رشد بأنه : « لقب لتمكين المبتاع من رد مبيعه على بائعه ؛ لنقصه عن حالة بيع عليها ، غير قلة كمية ، قبل ضمانه مبياعه »^(٣) .

تحليل هذا التعريف^(٤) :

* - لقب لتمكين المبتاع من رد مبيعه على بائعه : هو المصطلح الذي يطلق على عملية إعطاء المشتري حق فسخ العقد ورد المبيع على البائع أو إمضائه والقبول به .

* - لنقصه عن حالة بيع عليها : ومقصده أن سبب ذلك الحق هو علة النقص التي وجدت في المبيع أو لحقت به ، وهو قيد احتراز به عن الإقالة حيث يثبت له بها الرد لغير علة النقص .

(١) - منهاج الطالبين : ٤٨/١

(٢) - نجد بعض المصنفين يطلقون على هذا الخيار مصطلح الرد بالعيب ، غير أن المالكية يسمونه بخيار النقص في أغلب استعمالهم الفقهية وأحياناً الشافعية . (الخيار وأثره في البيوع : د. عبد الستار أبو غده ٣٤٥/٢)

(٣) - نقلاً من كتاب : الفواكه الدواني للنقراوي المالكي ٨١/٢ - ٨٢ ، ومن كتاب مواهب الجليل للحطاب : ٤٢٧/٤

(٤) - انظر ، المرجعان السابقان .

* - غير قلة كمية : وهو قيد آخر احترز به أيضاً عن صورة استحقاق بعضه في يد المشتري .

* - قبل ضمانه مبتاعه : ويقصد أن النقص في المبيع والذي يوجب الرد ما كان قبل القبض ؛ لأن العيب الحادث بعد القبض ، لا خيار فيه للمشتري ؛ لأنه وقع بعد خروج المبيع من ضمان البائع ودخوله في ضمان المشتري .

أما الحطاب من المالكية أيضاً فقد عرفه أيضاً بأنه : « ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزمه البائع شرطاً أو عرفاً في زمان ضمانه »^(١) . ومراده أن خيار العيب يثبت لعلّة النقص التي خالفت مقتضى العقد ، والتي توجب على البائع الالتزام بمقتضى العرف أو الشرط الحاصل بين المتعاقدين شريطة أن يحدث النقص قبل القبض وهو ما أشار إليه بقوله : « في زمان ضمانه »

وعرفه الخطيب الشربيني من الشافعية بقوله : « المعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغرير فعلي »^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن هذه التعريفات أدخلت على خيار العيب ما ليس منه كخيار فوات الوصف وخيار التغرير ، وهما مبحثان مستقلان عنه لدى جمهور الفقهاء ، وإن كانا مشابهين له في الحكم^(٣) .

أما أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي فقد أعطى خيار العيب تعريفاً أكثر وضوحاً ودقة ، فقال : « هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وُجِدَ عيب في أحد البديلين ، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد »^(٤) .

وقال الشيخ علي الخفيف : « هو ما يكون للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك »^(٥) ، وأعطى على ذلك مثالا توضيحاً بقوله : « فإذا اشتريت كتاباً فوجدته غير تام كان لك حق فسخ العقد ، ورد الكتاب إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه »^(٦) .

(١) - مواهب الجليل : ٤٢٧/٤

(٢) - مقني المحتاج : ٦٨ / ٢

(٣) - فقه المعاوضات : د. أحمد الحجوي الكردي ٢٧٩ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٦١/٤

(٥) - أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٨٩

(٦) - المرجع السابق : ٣٨٩ .

ثانياً - قابلية عقد المعاوضة للفسخ بخيار العيب :

إن خيار العيب له أثر على العقد يتمثل في سلب صفة اللزوم عنه ، إذ يملك صاحب الخيار الحق في فسخ العقد ؛ لأن السلامة شرط في العقد دلالة ، فما لم يسلم المعقود عليه ، لا يلزم العقد ، فلا يلزم حكمه ، ففي عقد البيع مثلاً : السلامة مطلوبة للمشتري عادة ؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة ؛ لأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فإذا فانتت هذه المساواة ، ملك من فانتت في جانبه حق فسخ العقد من خلال امتلاكه لهذا الخيار ، كون شرط السلامة موجود دلالة وليس بحاجة إلى تصريح ، فإذا لم تتوافر السلامة نتيجة عيب لحق المعقود عليه ، اختل رضا العاقد الآخر ، وأصبح العقد قابلاً للفسخ^(١) ، يقول الكاساني في هذا المعنى : ((إن السلامة مرغوبة المشتري ، ولم يحصل ، فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار ؛ لأن الرضا شرط صحة البيع ، قال تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ))^(٢) ، فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتاً للحكم على قدر الدليل))^(٣) .

وللفقهاء ثلاثة اتجاهات في مدى قبول العقد للفسخ أو الإمضاء حال العيب يحددها المشتري^(٤) :

الاتجاه الأول : الفسخ أو الإمضاء بلا أرش^(٥) : فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد ورد المبيع المعيب ، واسترد الثمن أو أمسك المعيب بجميع الثمن دون أن يرجع على البائع بشيء ، فليس له أن يطالب أرش نقصان العيب حال إمساك المعيب ؛ لأن إمساكه إشارة منه إلى الرضا به ، إلا أن يتعذر الفسخ والرد ، وعندئذ يجوز للمشتري المطالبة بأرش النقص ، وهذا مذهب الحنفية والشافعية^(٦) ، قال الشيرازي : ((وإن قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله ؛ لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥ ، الفتاوى الهندية : ٦٦/٣ ، فتح القدير : ٣٥١-٣٥٧ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج :

٣٦١/٤ ، الخيار وآثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٤١٥/٢ ، خيار المجلس والعيب : عبد الله الطيار ١٣٥ ، المدخل لدراسة

الشريعة الإسلامية : د. عبد الكريم زيدان ٣٨٩

(٢) - سورة النساء : الآية ٢٩

(٣) - بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥

(٤) - غالباً ما يقع خيار العيب في عقد البيع ، لذا نجد الفقهاء قد تناولوه عند حديثهم عن البيع وأحكامه .

(٥) - الأرش : أسم للمال الواجب على ما دون النفس . (أنيس الفقهاء : ٢٩٥/١ ، التعريفات : الجرجاني ٣١/١) .

(٦) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٨/٥ وما بعدها ، البحر الرائق : ٤٠-٣٩/٦ ، الفتاوى الهندية : ٦٦/٣ ، المجموع شرح المهذب :

٣٦٢/١١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٧١ / ٢ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : ٣٤/٤ ، الخيار وآثره في العقود : د. عبد

الستار أبو غده ٤١٨ .

فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن ((^(١)).

وقال الكاساني أيضاً : ((ولو قال المشتري : أنا أمسك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك ؛ لأن قوله : أمسك المعيب دلالة الرضا بالعيب ، وأنه يمنع الرجوع بالنقصان لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد ، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف ((^(٢).

الاتجاه الثاني : الفسخ أو الإمضاء مع الأرش : يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد إما أن يفسخ بالعيب ، أو أن يستمر معه بالأرش ، بمعنى أن المشتري يملك خيار الفسخ أو الإمضاء مع أرش النقص ولو لم يتعذر الرد سواء رضي البائع بدفعه أم سخط ، ما لم يفض إلى الربا كضراء حليّ فضة بزنته دراهم أو قفيز مما يجري فيه الربا ، ثم وجده معيباً فله الرد أو الإمساك مجاناً من غير أرش ؛ لأن أخذ الأرش في مثل هذه الحالات تؤدي على الربا ، وهو مذهب الحنابلة^(٣).

الاتجاه الثالث : التفرقة بين العيب الكثير والعيب اليسير :

تباينت آراء فقهاء المالكية في وجوب فسخ العقد ورد المبيع وفي إمساكه مع الأرش أو بدونه من خلال تمييزهم للعيب الذي قسموه إلى ثلاثة أنواع^(٤) :

النوع الأول : العيب القليل جداً ، وهو كل عيب لا يخلو منه المبيع عادة ، وهذا النوع لا يُرد المبيع به ولا يقبل العقد الفسخ عند وجوده ، إذ لا حكم له .

النوع الثاني : العيب القليل المتوسط ، ويسمى العيب اليسير ، ميزوا فيه بين الأصول كالعقارات من دور ونحوها ، وبين العروض فيما عدا العقار ، فقالوا : لا يجب الرد بهذا العيب المتوسط في العقارات ، وللمشتري الرجوع بالأرش بخلاف العروض التي يجب فيها الرد سواء أكان العيب متوسطاً أم كثيراً في ظاهر الرواية ، وقيل : إن العروض كأصول لا يجب الرد في العيب المتوسط ، وإنما فيه الرجوع بالأرش ، قال الحطاب : ((وترد العروض بالعيب اليسير ، وقيل كالنوع^(٥) .

النوع الثالث : العيب الكثير ، وهو كل عيب في المبيع يبلغ عشرة بالمائة كما قدره ابن رشد وعند غيره الثلث ، وقيل الربع^(٦) ، وهذا النوع يوجب الفسخ والرد أو الإمساك بلا

(١) - المجموع شرح المهذب : ٣١٢/١١

(٢) - بدائع الصنائع : ٢٨٨/٥ - ٢٨٩

(٣) - النظر ، المقني : ١٠٩/٤ - ١١٠ ، كشاف القناع : ٢١٨/٣ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : ١١١/٣ - ١١٢ .

(٤) - انظر ، بداية المجتهد : ١٣٤/٢ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٣٤٤/٦ - ٣٤٥ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٣٥/٤ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١١٤/٣ .

(٥) - مواهب الجليل : ٤٣٥/٤ . (٦) - النظر ، بداية المجتهد : ١٣٤/٢ ، التاج والإكليل

لمختصر خليل : ٣٤٥-٣٤٤/٦ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٣٥/٤ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١١٤/٣

أرش وهو اتجاه الحنفية والشافعية أيضاً كما أشرنا .

ولا بد أخيراً من الإشارة إلى ما ذكره ابن رشد حيث زاد على العروض والأصول الحيوان في حصول العيب فيه ، فقال : ((فلا يخلو - العيب - أن يكون في عقار أو عروض أو حيوان فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه ، أو يمسك ولا شيء له))^(١) .

الأدلة والمناقشة والترجيح :

يُلاحظ أن الفقهاء^(٢) قد اتفقوا على حق الفسخ والرد حال العيب ؛ لفوات وصف السلامة الذي يقتضيه مطلق العقد ؛ لاختلال عنصر الرضا القائم على وجودها ، قال تعالى : ((إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم))^(٣) فانعدام الرضا يمنع صحة العقد ، واختلاله يوجب الخيار الموضوع لممارسة حق الفسخ ، قال ابن قدامة مشيراً إلى ذلك : ((لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً))^(٤) .

أما حال إمضاء العقد وإمساك المعقود عليه مع الأرش أو بدونه ، فقد استدل الفقهاء على ما ذهبوا إليه بأدلة تباينت فيما بينهم^(٥) :

١- استدل الحنفية والشافعية على القول بالإمساك بدون أرش النقص بما يأتي :

*- إن حق الفسخ أو الإمضاء يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضرراً على الآخر من غير التزام له ، والبائع يلتزمه ؛ لأنه حين باعه بالمسمى لم يرض

(١) - بداية المجتهد : ١٣٤/٢

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٨/٥ - ٢٨٩ ، العناية شرح الهداية : ٣٥٥/٦ - ٣٥٦ فتح القدير : ٣٥٦/٦ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٣٩/٦ ، الرد المحتار على الدر المختار : ٦/٥ ، الفتاوى الهندية : ٦٦/٣ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٣٥/٤ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١١٤/٣ ، المجموع شرح المهذب : ٣٦٢/١١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٧١/٢ ، المعنى : ١٠٩/٤ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : ١١٢/٣ .

(٣) - سورة النساء : الآية ٢٩

(٤) - المعنى : ١٠٩/٤

(٥) - انظر ، العناية شرح الهداية : ٣٥٥/٦ - ٣٥٦ فتح القدير : ٣٥٦/٦ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٣٩/٦ ، المجموع شرح المهذب : ٣٦٢/١١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٧١/٢ .

بزواله عن ملكه إلا به وإن كان معيباً ؛ لأن الظاهر معرفته بالعيب ، فأنزل عالماً به لطول ممارسته له في مدة كونه بيده ، وإمساك المعيب ، وأخذ قيمة النقصان زواله عن ملكه بالأقل فلم يكن مرضيه ، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود العقد فيكون إلزاماً على البائع بـلا بيع ، وفي ذلك ضرر عليه ، أما المشتري فالضرر الناشئ بالعيب ممكن تداركه بالرد بدون مضرة .

***- إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فليس لصاحب الخيار أن يأخذ في مقابل فواتها شيئاً ؛ لأن الثمن عين يقابل بمثله والوصف دونه ، لأنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعاً لمعروضه غير منفرد عنه ، وذلك إذا صار مقصود بالتناول ، *إما حقيقة* كحالة الإلتلاف كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت ، فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري ، *وإما حكماً* بامتناع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر ، أو لحق الشرع بأن جنى جنابة .

ذكر ابن قدامه^(١) استدلال آخر للحنفية والشافعية - أشار إليه الكاساني^(٢) - يتمثل في أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد وهذا مستفاد من حديثه صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : *« مَنْ اشْتَرَى شَاءَ مُصْرَاةً فَهُوَ يَخْتَرُ النَّظْرَيْنِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ ثَمَرٍ لَمْ يَسْمُرْ »*^(٣) . قال ابن دقيق العيد : *« الحديث يقتضي إثبات الإمساك أو الرد مع الصاع »*^(٤) . ثم رد ابن قدامه على هذا الاستدلال بأن المصراة ليست فيها عيب ، وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ، ولذلك لا يستحق أرشاً إذا امتنع الرد عليه^(٥) ، غير أن الراجح عند الشافعية أن التصرية عيب خلافاً للحنفية ، وفي ذلك ترك بالموجب الأصلي المتمثل في الرد أو الإمساك بدون أرش .

٢- واستدل الحنابلة على القول بالإمساك مع أرش النقص بالقياس على حدوث العيب عند البائع إذ يوجب نقصان الثمن ، وهذا ما أشار إليه الحنفية ؛ لأنه قصد بالتناول حقيقة أو حكماً

(١)- انظر ، المعنى : ١١٠/٤-١١١

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥

(٣)- سراء : الحنطة

(٤)- أخرجه البخاري : من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم / ٢٠٢٤ / بلفظ : *« مَنْ اشْتَرَى شَاءَ مُحَقَّلَةً فَرَدَّهَا فَلْيَرُدُّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ ثَمَرٍ »* ، أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة : كتاب البيوع ، باب حكم المصراة / ١٥٢٤ / واللفظ له .

(٥)- شرح عمدة الأحكام : ابن دقيق العيد ١١٩/٣

(٦)- المعنى : ١١٠ / ٤

فوجود العيب يفوت جزءاً من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه ، ولأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابل المعوض ، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ، ومع العيب فات جزء فيرجع ببذله وهو الأرش^(١) .

٣- أما المالكية فلم ينصوا صراحة على استدلال في التمييز بين العيب الكثير والعيب اليسير في وجوب الرد أو الإمساك ، ولكن الظاهر أن قولهم مستمد من قاعدة المصالح التي يكثر بها استدلالهم^(٢) .

يظهر مما تقدم أن سبب الخلاف هو النظر إلى طبيعة العيب ، فإن كان نقص وصف وجب الرد والفسخ أو الإمساك بدون أرش وهو استنتاج الحنفية والشافعية والمالكية في العيب الكثير ، وهذا ما أشار إليه البابرتي بقوله : « وفي ذلك كله فوات وصف ، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ؛ لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف والأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس ، لا سبيل إلى الأول والثاني ، لئلا يؤدي مزاحمة التبع الأصل ، فتعين الثالث »^(٣) ، وهو أن الثمن لا يقابل إلا من الأصل ، فالرجوع بشيء منه يتطلب فوات شيء من الأصل بخلاف الوصف الذي لا يقابل بشيء من الثمن . أما إن كان النقص نقص أصل وهو ما أخذ به الحنابلة كان الفسخ والرد أو الإمساك مع الرجوع بأرش النقص^(٤) .

وعليه يمكن القول فيما يبدو لي : إن مذهب القائلين بوجوب الفسخ والرد أو الإمساك بدون أرش هو الراجح ما دام الفسخ غير متعذر ؛ لموافقة هذا الاتجاه لحكم التصرية التي أوضح النبي صلى الله عليه وسلم فيها إما الإمساك أو الرد ، ثم إن القول بهذا فيه نوع من التعادل بين البائع والمشتري وانتفاء للضرر عنهما حال الأرش ، لأن تحميل البائع قيمة النقصان دون رضاه إجحاف به .

ثم إن المشتري قد يفنئ عن عيوب في المبيع لينحط له بذلك شيء من الثمن مع اغتباطه بالمبيع^(٥) ، وقد يُعطى فيه ربحاً^(٦) . فالقول بالفسخ والرد أو الإمضاء والقبول بالعيب بدون أرش حل عادل ينكأف فيه المتعاقدين ، قال ابن الهمام : « بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به ، فهذا الوجه هو الأوجه »^(٧) .

(١) - انظر ، المغني : ١١٠ / ٤ ، كشاف القناع : ٢١٨ / ٣ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : ١١٢ / ٣ - ١١٣

(٢) - الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٤٢٤ / ٢

(٣) - العناية شرح الهداية : ٣٥٦ / ٦

(٤) - انظر ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٤٢٤ / ٢

(٥) - اغتباطه بالمبيع : أي رضي بالمبيع غير مكره .

(٦) - اتاج والإكليل لمختصر خليل : ٣٤٥ / ٦ .

(٧) - فتح القدير : ٣٥٦ / ٦ .

ثالثاً - شروط الفسخ بخيار العيب :

يشترط لصحة الفسخ شرائط منها ما يأتي^(١) :

* - قيام الخيار :

اشترط الفقهاء لصحة الفسخ بخيار العيب أن يكون الخيار موجوداً ؛ لأن سقوطه أو انتهاءه يجعل العقد غير اللازم لازماً ، فلا يحتمل عندئذ الفسخ نتيجة لزومه .

هذا ولقيام الخيار وثبوته شرائط أيضاً حددها الفقهاء^(٢) تتلخص فيما يأتي :

١- ثبوت العيب عند العقد أو بعده قبل التسليم ، ولو حدث بعدئذ لا يثبت الخيار ؛ لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة ، وقد وصلت السلعة إلى يد صاحبه سليمة ، فيسقط عندئذ حقه في ادعاء العيب .

٢- ثبوت العيب عند المتعاقد الآخر^(٣) بعد ما قبض المعقود عليه ، ولا يكفي بالثبوت عند الأول منهما ؛ لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ^(٤) ؛ لاحتمال زوال العيب بعد ثبوته عند العقد وقبل التسليم ، فكان من شرائط امتلاك الخيار هو أن يثبت العيب أيضاً عند المتعاقد الآخر بعد القبض .

٣- جهل المتعاقد الثاني بوجود العيب عند العقد والقبض ، فإن كان عالماً به عند أحدهما ، فلا خيار له ؛ لأن الإقدام على التعاقد مع العلم بالعيب رضاً به دلالة ، وكذا إذا لم يعلم عند العقد ، ثم علم بعده قبل القبض ؛ لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض ، فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

٤- أن تكون السلامة من العيب غالبية في مثل المعقود عليه المعيب .

٥- ألا يزول العيب قبل الفسخ .

٦- ألا يكون العيب طفيفاً مما يمكن إزالته دون مشقة كالنجاسة في الثوب الذي لا يضره الغسل .

٧- عدم اشتراط البراءة عن العيب في المعقود عليه ، هذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء ، حيث أجازته الحنفية^(٥) إذا اشترطوه مطلقاً إلا عيب الاستحقاق ؛ لأن الإبراء في الحقيقة إسقاط

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٦/٥ ، الفتاوى الهندية : ٦٦/٣ وما بعدها ، رد المحتار : ٣٥/٤ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٩٨/٥ ، الخيار وثر في العقود : د. عبد الستار أبو غدة ٢٥/٢ وما بعدها .

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٧٥/٥ وما بعدها ، الرد المحتار على الدر المختار : ٥/٥ ، الفتاوى الهندية : ٦٦/٣-٦٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي : ٥٥٩/٤

(٣)- يمثل المتعاقد الثاني في عقد البيع هنا بالمشتري والأول بالبائع .

(٤)- ولم يحدد الكسائي هؤلاء المشايخ ، ولعل المقصود مشايخ الحنفية ، وهم كل ما لم يسمع من الإمام .

(٥)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٢/٥ - ١٧٣ ، الرد المحتار على الدر المختار : ٤٢/٥ .

لا تملكك ؛ لأن اللفظ يُنبئ عن الإسقاط لا عن التملك ، فيعتبر التصرف إسقاط لا تملكاً والجهالة لا تمنع صحة الإسقاطات؛ لأن الإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ، وذكر ابن عابدين مثالا لذلك ، فقال : « بعثك هذه الدار على أنها كوم تراب ، وفي بيع الدابة يقول : مكسرة محطمة فإن رضيه المشتري لا خيار له »^(١) .

أما المالكية : فقد تباينت آراؤهم إلى ثلاث روايات^(٢) :

الرواية الأولى : عدم جواز اشتراط البراءة من العيب إلا في الرقيق ، وهو الأشهر عن مالك ، وهذا ما أوضحه الدسوقي ، حيث قال : « اعلم أن البراءة من العيب الذي يوجد في المبيع لا تجوز إلا في الرقيق ولا تجوز في غيره ، فإذا باع عرضا أو حيوانا غير رقيق على البراءة من العيوب ، ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه كان له رده ، ولا عبره بشرط البراءة بخلاف الرقيق إذا بيع على البراءة ثم اطلع المشتري على عيب فلا رد له ، وإنما تجوز البراءة في الرقيق إذا طالت إقامته عند البائع ، وأن يجهل البائع العيوب التي تبرأ منها »^(٣) .

الرواية الثانية : جواز اشتراط البراءة من العيب في الرقيق والحيوان معا .

الرواية الثالثة : جواز اشتراطها من كل عيب لم يعلمه المتعاقد الأول ، وعدم جوازها حال العلم به .

وأما الشافعية : فقدوا اشتراط البراءة بأن يكون العيب باطنا غير ظاهر ، وفي حيوان ، وأن لا يكون المتعاقد الأول عالما به ، وبالتالي فإنه لا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقا ، ولا عن عيب ظاهر في الحيوان علمه أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان إن كان يعلمه ، والباطن ما لا يطلع عليه غالبا ، ولا عن عيب حدث بعد العقد وقبل القبض^(٤) .

وأما الحنابلة^(٥) : فعندهم روايتان أيضا عن إمام المذهب ، فالرواية الأولى : عدم جواز اشتراط البراءة من العيب إلا أن يعلم المتعاقد الثاني ، والثانية : جواز اشتراطها من كل عيب لم يعلمه الأول منهما ، وعدم جوازها عند علمه كالمالكية .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الواجب الديني والشرعي يتطلب من المسلم أن يظهر ما يعلمه من عيب المعقود عليه ؛ استنادا إلى وجوب التناصح في الإسلام ، حيث قال رسول

(١) - حاشية ابن عابدين : ٤٢/٥

(٢) - انظر ، المدونة : ٣٦٦/٣ ، بداية المجتهد : ١٣٩ / ٢ ، الفوائن الفقهية : ١٧٥ ، حاشية الدسوقي : ١١٢/٣ .

(٣) - حاشية الدسوقي : ١١٢/٣

(٤) - مفتي المحتاج : ٧٤-٧٣/٢ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٥٧٣/٤ ، البيوع الشائعة : د . محمد توفيق رمضان ١٢٦ .

(٥) - انظر ، المعنى : ١٢٩/٤ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٨٠ / ٣ .

إِنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ((الدِّينُ النَّصِيحَةُ))^(١) ، فيحرم عليه كتمانها ؛ لأنه سبيل إلى الغش المحرم ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : ((مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا))^(٢) ، لكن حال عدم العلم بالعيب بأن كان خفياً باطناً لا سبيل لعلم البائع به ، فإنني أرى اشتراط البراءة أمر جائز لاستقرار العقود وحملها على لزومها الذي أمر الله تعالى به في قوله جل وعلا : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))^(٣) ، وهذا ما أخذ به الشافعية ، ورواية عند المالكية والحنابلة ، مستحسناً الأخذ بضوابط البراءة التي نص عليها الشافعية .

** - علم العاقد الآخر بالفسخ :

اشتراط الحنفية^(٤) لجواز الفسخ علم العاقد الآخر به ، فلو فسخ أحدهما بغير علم الثاني ، كان فسخه موقوفاً على علم صاحبه في مدة الخيار ، فإن علم فيها نفذ ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة ، عد ذلك إجازة وإمضاء ولزوماً للعقد سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ، وخالف أبو يوسف من الحنفية في خياري الشرط والرؤية ، إذ صرح بعدم جواز اشتراط العلم كجمهور .

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل يشترط لهذا الفسخ الرضا ؟

ميز الحنفية^(٥) بين حالتين : إن كان الفسخ قبل القبض ، لا يشترط الرضا أو قضاء القاضي بخلاف بعد القبض إذ نصوا على وجوب الرضا أو القضاء . أما جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة^(٦) فلم يشترطوا علم المتعاقد الآخر بالفسخ فقد صرحوا بأن الفسخ بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده ، وقد سبق الإشارة إلى تعليل كلا الفريقين ، فلا داعي للإعادة خشية التكرار والإطالة^(٧) .

*** - أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة قبل التمام :

تعددت أقوال الفقهاء في توقف الفسخ على هذا الشرط تبعاً لطبيعة المعقود عليه ، وفيما

(١) - أخرجه البخاري : كتاب الإيمان ، باب الدين النصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم بلفظ : ((..... والنصح لكل مسلم)) / ٥٧ / وأخرجه مسلم : كتاب الإيمان ، باب أن الدين النصيحة / ٥٥ / عن تميم الداري أن النبي صلى الله عليه وسلم : قال : الدين النصيحة ، قلنا لمن ، قال لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم ، واللفظ له .

(٢) - أخرجه مسلم : كتاب الإيمان ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا / ١٠١ / .

(٣) - سورة المائدة : الآية ١

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٦٨/٥ ، تحفة الفقهاء : ٨٠/٢ ، الفتاوى الهندية : ٧٥/٣ وما بعدها .

(٥) - انظر ، المراجع السابقة .

(٦) - انظر ، المجموع شرح المذهب : ٣٥٤ / ١١ ، المغني : ١١٦/٤ ، الروض المربع : ٨٧/٢ ، زاد المستقنع : ١٠٩/١ ، كشاف القناع : ٢٠٥/٣ ، ولم أجد للمالكية كلام في هذا .

(٧) - انظر الصحيفة ٨٤

يأتي تفصيل ذلك :

أ- الحنفية (١) :

أوضح الحنفية أن تجزئة المعقود عليه قبل القبض يرتب عيوباً تتمثل في أغلب الأحيان في عيب الشركة ، إذ إنها عيب في الأعيان ؛ كونها تلحق ضرراً بالبائع نتيجة إلزامه بها ، وذلك إن كان الشيء واحداً ، أما إن كان المعقود عليه أشياء متعددة ، فعيب الشركة فيه ناجم أيضاً عن ضرر لزوم العقد ، ففي البيع يلزمُ الجيد بثمن الرديء عادة ؛ لأن ضم الرديء إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار ترويحاً للرديء بواسطة الجيد ، وفي هذا ضرر على البائع يجب دفعه بعدم التفريق ، وهذا ما أوضحه الكاساني بقوله : ((أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، فإن تضمن ، لا يجوز إلا أن يرضى البائع ؛ لأن توقف الصفقة على البائع قبل التمام إضرار به ، والضرر واجب الدفع ما أمكن إلا أن يرضى به البائع ؛ لأن الضرر المرضي به من جهة المتضرر ، ولا يجب دفعه)) (٢) .

إذاً : عدم تضمن الفسخ تفريق الصفقة شرط له سواء أكان المبيع شيئاً واحداً كالثوب والدار أو المكيل أو الموزون في وعاء أو أوعية أم كان شيئين حقيقة وتقديراً كالثوبين والدارين أو شيئين حقيقة شيئاً واحداً تقديراً كمصرعي الباب والنعلين ونحوهما .

أما قبض بعض المبيع دون بعض فقد عده الحنفية بمنزلة عدم القبض سواء أكان العيب بالبعض المقبوض أو بما لم يقبض ؛ لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه ، فليس للمشترى عندئذ رد المعيب خاصة بحصته من الثمن لما فيه من تفريق الصفقة قبل تمامها بالقبض ، والدليل على أن الصفقة لا تمام لها إلا بالقبض ، هو أن الموجود قبل القبض إنما هو أصل العقد والملك ، وليس بصفة التأكيد ، إذ إنه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، فإن تم القبض وقع الأمر عن الانفساخ بالهلاك ، فكان لحصول التأكيد لا بد من القبض ؛ لأن التأكيد إثبات من وجه أو له شبهة الإثبات ، ثم إن التصرف في المبيع يتوقف على القبض ، فإن لم يقبض توقف ملك التصرف عليه ، قال ابن الهمام : ((القبض له شبهة بالعقد ؛ لأنه ثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الأصل ؛ لأن القبض مؤثر لما أثبتته العقد)) (٣) .

وروي عن أبي يوسف (٤) أنه إذ كان العيب في المقبوض فله رده خاصة بحصته ، (لهذا

(١) -انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٦/٥ ، فتح القدير : ابن الهمام /٦ / ٣٨٧ .

(٢) -بدائع الصنائع : ٢٨٦/٥

(٣) - فتح القدير : ابن الهمام /٦ / ٣٨٧ .

(٤) - وانظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٦/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ابن الهمام /٦ / ٣٨٧ .

نظر منه للمعيب ، واعتبار منه لما يقع فيه ، فالباقي تبع له في النظرة ، لكنه غير سديد ؛ لعدم أولويته على اعتبار غير المعيب ، بل هو أولى ؛ لأنه الأصل^(١) .

وأما بعد القبض وتام الصفقة ، فإن تفريقها لا يمنع الفسخ ، بل يجوز رد المعيب وإبقاء الجميع إن كان المعقود عليه أشياء متعددة حقيقة وتقديراً كالدارين والثوبين ونحوهما ، وعللوا ذلك بأن ما ثبت له حق الرد وجد في أحدهما فكان له أن يردده ؛ لأن هذا الحق يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ، وقد فاتت في أحدهما فكان له رده خاصة ، فلو امتنع الرد إنما يمتنع لتضمنه تفرق الصفقة وتفريقها باطل قبل التمام لا بعده وقد تمت بقبضهما فزال المانع .

وخالف زفر ذلك التفريق بعد القبض معتبراً أن التفريق بعد القبض مساو لما قبله من جهة إلحاق الضرر نتيجة ضم الرديء إلى الجيد فكما امتنع قبل القبض فكذلك بعده .
وناقش الأصحاب زفر أن ذلك قبل القبض لا يجوز ؛ لعدم تمام الصفقة ، أما بعد القبض فقد تمت ، وتضرر البائع إنما نتيجة تدليسه ، وإقدامه على بيع المعيب مع علمه أن الظاهر من حال المشتري ، أنه لا يرضى بالعيب .

أما إن كان المعقود عليه شيئاً واحداً كالثوب والدار أو شيئين حقيقة شيئاً واحداً تقديراً مما لا يمكن إفراد أحدهما في الانتفاع عادة ، مُنع الفسخ حال التفريق فيهما ، بل يجب رد الكل أو إمساك الكل ؛ لأن في رد البعض إلزاماً بعيب الشركة وهو عيب حادث مانع من الفسخ^(٢) .
وعليه يمكن القول : إنه لا يتحقق الفسخ بخيار العيب حال تفريق الصفقة قبل تمامها عند الحنفية بخلاف خيار الشرط والرؤية حيث إن المشتري لا يملك رد البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيئاً أو قبض البعض دون البعض ، وسواء كان المعقود عليه شيئاً واحداً أم أشياء ؛ لأن خيار الشرط يمنع تمام الصفقة بدليل أنه يردده بغير قضاء ولا رضا سواء أكان قبل القبض أم بعده^(٣) .

ب - الملكية^(٤) :

ميّز الملكية في اشتراط عدم تفريق الصفقة لجواز الفسخ بين أن يكون المعقود عليه سالماً

(١) - الخيار وثره في العقود : د. عبد الستار أبو غدة ٤٢٨/٢ .

(٢) - بدائع الصنائع : ٢٨٧/٥ - ٢٨٨ .

(٣) - المرجع السابق : ٢٨٨/٥ .

(٤) - انظر ، بداية المجتهد : ١٣٤/٢ - ١٣٥ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤/٥٩٩ وما بعدها ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٣٤/٣ - ١٣٥ .

أو فائتاً ، فإن كان سالماً لا يجوز الفسخ ورد المعيب منه لما فيه من تفريق للصفقة ، وإنما يجوز الفسخ بالعيب عند رد الجميع شريطة أن لا يكون وجه الصفقة^(١) أو الأكثر من النصف ولو بيسير ، إذ يجوز فيهما الفسخ وتبعض الصفقة برد المعيب ، وعللوا ذلك بالضرورة ، قال ابن رشد : « وأما حجة من رأى الرد بالبعض المعيب ولا بد ، فلأنه موضع الضرورة^(٢) » .

أما إن فات السليم منه ، جاز الفسخ ورد المعيب مطلقاً سواء أكان وجه الصفقة أم لا ، وأخذ حصته من الثمن ؛ لأنه لو رد الجميع في هذه الحالة رد قيمة الهالك عيناً ، ورجع في عين وهو الثمن ، وقيمة العرض الذي فات عند البائع ورد العين والرجوع فيها لا فائدة فيه . وتجدر الإشارة إلى أنه يستثنى من ذلك ما لا يستغنى بأحدهما عن الآخر كأحد خفين أو مصراعين ونحوهما ، أو ما منع الشرع تفريقه كالجارية وولدها .

ت - الشافعية^(٣) :

نلمس من نصوص فقهاء الشافعية اشتراط عدم تفريق الصفقة لجواز وقوع الفسخ وفق الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : لا يجوز الفسخ إن كان المعقود عليه شيئاً واحداً في صفقة واحدة إلا برضا المتعاقد الآخر ؛ لأن التفريق الحاصل يلحق ضرراً به يتمثل في عيب الشركة ، والضرر مدفوع في الشريعة الإسلامية ، فكان الفسخ مشروطاً بعدم وقوعه باتحاد الصفقة وعدم تفريقها .

الحالة الثانية : لا يجوز الفسخ بالعيب أيضاً عند تعدد المعقود عليه في الصفقة الواحدة ، كأن يكون شيئان تتصل منفعة أحدهما بالآخر كمصرعي باب وزوجي خف أو شيئان لا تتصل بينهما منفعة ؛ لأن ظهور العيب في أحدهما يوجب فسخ العقد برد الصفقة كلها دون المعيب منها ؛ لئلا تنفرق على المتعاقد الآخر من غير ضرورة .

ج - الحنابلة^(٤) :

اشتراط الحنابلة أيضاً لوقوع الفسخ أن لا يفرق الصفقة أو يجزئها إن كانت شيئاً واحداً أو

(١) - وجه الصفقة : مقدمتها أو الدفعة الأولى منها .

(٢) - بداية المجتهد : ١٣٥/٢ .

(٣) - انظر ، المجموع شرح المهذب : ٣٦٤/١١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٨٢/٢ .

(٤) - انظر ، المغني : ١١٨/٤ ، كشاف القناع : ٢٢٥/٣ .

شئين مما ينقصهما التفريق أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالجارية وولدها ؛ لأن في الفسخ ورد المعيب منهما فيه ضرر يلحق المتعاقد الآخر لنقص في المعقود عليه نتيجة التفريق أو لحرمة شرعاً ، وإنما له الفسخ برد الجميع أو إمساكه مع أخذ أرش النقص .

أما إن كانت الصفقة شيئاً مما لا ينقصهما التفريق ، فقد روي عنهم روايتان :

الروية الأولى : وهي المختارة أن له الفسخ ورد المعيب وإمساك الصحيح ؛ لأن رد المعيب ليس فيه ضرر ؛ كونه لا ينقص الصفقة ، وهو ما أخذ به أبو حنيفة فيما بعد القبض .
الروية الثانية : لا يجوز الفسخ لعدم رد الكل ؛ لأن رد المعيب دون غيره عادة ببعض الصفقة ، وما كان هذا شأنه لا يرد إلا كاملاً أو يُمسك كاملاً مع جواز أرش النقصان ، وهو ما أخذ به الحنفية قبل القبض على ما رأينا .

وخلاصة القول : إن الفقهاء قد اختلفوا على عدم تفريق الصفقة كشرط لوقوع الفسخ ، لكنهم اختلفوا في مراحل وقوعه ، وصفته ، ومحلّه ، وحالته ، فأجازته الحنفية — هذا الشرط — قبل القبض لا بعده ، وقبده المالكية بوجه الصفقة وبالأكثر من النصف ولو ببسير ، وحدده الحنابلة بعدم نقصان القيمة عند التفريق .

أما إن كان المعقود عليه أشياء متعددة حقيقة شيئاً واحداً تقديراً مما لا يمكن إفراد أحدهما في الانتفاع دون الآخر أو مما منع الشرع تفريقه كالجارية وولدها ، نجد اتفاق الفقهاء على اعتبار هذا الشرط فيها .

وتجدر الإشارة إلى اتفاق الفقهاء أيضاً على جواز الفسخ بتفريق الصفقة حال رضا المتعاقد الآخر ؛ لأن علة هذا الشرط هو دفع الضرر وقد قبله ، فيسقط به .

وفي هذا المقال يثار التساؤل الآتي :

ما أثر تفريق الصفقة على وقوع الفسخ بتعدد العاقد ، وبعبارة أخرى : هل ينحصر تفريق الصفقة في محل العقد — كما رأينا — أم يتعداه إلى العاقد ؟

اختلف الفقهاء^(١) في أثر تفريق الصفقة على فسخ العقد بتعدد العاقد إلى قولين :

القول الأول : وأصحابه المالكية في رواية عنهم والصاحبان من الحنفية والشافعية في الأظهر لديهم والحنابلة ؛ إنه يجوز الفسخ ورد المعيب على صاحبه منهما وإمساك نصيب

(١) — انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٣/٥-٢٨٤ ، بداية المجتهد : ١٣٥/٢ ، المجموع شرح المذهب : ٣٨٠/١١ ، مغني المحتاج : ٣٨/٢ ، المغني : ١١٨-١١٩ ، كشاف الصنائع : ٢٢٥/٣ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٤٣١/٢-٤٣٢ .

الأخر ؛ لأن عقد الواحد مع الاثنتين بمثابة عقدين ، فكان كل واحد باع نصيبه مفرداً ، قال الكاساني موضحاً حجة صاحبهين : ((إنه رد المشتري كما اشترى ، فيصح))^(١) ، وقال ابن قدامة : ((ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيباً ، فله رده عليهما . فإن كان أحدهما غائباً ، رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ، ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم . ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر ، فالحكم كذلك ، سواء أكان الحاضر الوكيل أم الموكل . نص أحمد على قريب من هذا . فإذا أراد رد نصيب أحدهما ، وإمساك نصيب الآخر ، جاز ؛ لأنه يرُدُّ على البائع جميع ما باعه ، ولا يحصل برده تشقيص^(٢) ؛ لأن المبيع مشقفاً قبل البيع))^(٣) .

القول الثاني: وأصحابه أبو حنيفة ورواية عند المالكية والشافعية في قول مرجوح لديهم ورواية عند الإمام أحمد الذين يرون أنه لا يجوز الانفراد بالفسخ حال الاشتراك في العقد ، فإذا اشترى شخصان شيئاً فوجده معيباً ، لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالفسخ دون صاحبه ، معللين ذلك بأنه لم يوجد شرط الرد ، المتمثل في أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضاً ، وقد انتفى ؛ لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد ، فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو عيب الشركة ؛ لأن الشركة في الأعيان عيب ؛ لأن نصف العين عادة لا يشترى بالثمن الذي يشترى به لو لم يكن مشتركاً فلم يوجد رد ما اشترى كما اشترى ، فلا يصح دفعاً للضرر عن البائع .

وعليه : فإن أساس الخلاف مبني على اعتبار تعدد الصفقة بتعدد العاقد أو اتحادها ، فمن أجاز الفسخ ورد المعيب شبيهه بالصفقتين المتفرقتين ؛ لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ، ومن لم يوجبه شبيهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها الرد ، حصل التبعض باعتبارها صفقة واحدة ، وهذا مما لا يجوز دفع للضرر .

ولكنني أميل إلى أن تعدد العاقد يؤدي في أغلب الأحيان إلى تعدد الصفقة ، وإن تعددت ، عاد الحكم الأصلي من جواز الفسخ بالعيب .

(١) - بدائع الصنائع : ٢٨٣ / ٥ .

(٢) - التشقيص : التقسيم إلى أجزاء .

(٣) - المغني : ١١٩ / ٤ .

المبحث الثاني

الفسخ بسبب الاتفاق والتراضي

تحدثت فيما سبق عن أن الفسخ يمكن أن يلحق العقود اللازمة نتيجة خيار أدرجه العاقدان في العقد أو افترضه الشارع الحكيم ، بمعنى أن العقد اللازم يصبح بسبب وجود الخيار قابلاً للفسخ أو الإمضاء ؛ مراعاة لمصلحة العاقدين أو أحدهما ، وإحقاقاً للحق ، ورفعاً للضرر . لكن العقد قد يقع لازماً خالياً من أي خيار ثم يظهر للمتعاقدين أو أحدهما أن من مصلحته إنهاء هذا العقد ، فيقوم ويتفق مع المتعاقد الآخر على فسخ العقد وحله ، وهو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء بالإقالة ، والتي سنتاولها فيما يأتي :

لقد أفرد الفقهاء للإقالة بحثاً مستقلاً ، فصلوا فيه أحكامها وآثارها وشروطها ، وسوف نفصل القول في ذلك على نسجهم :

أولاً - تعريفها :

• - **الإقالة لغة** : من أقال يقلل إقالة بمعنى الرفع والإزالة ، يقال : أقال الله عثرته : إذا رفعه من سقوطه ، ومنه : الإقالة في البيع ، فيقال : تقايل البيعان ، أي تفا سخا صفتقهما ، وتركتهما يتقايلان البيع ، أي يستقل كل واحد منهما صاحبه ، وتقايلاً بعدما تبايعا ، أي تتاركا وقيل أيضاً : تقايلاً إذا فسخا البيع وعاد المبيع إلى مالكة والتمن إلى المشتري إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما^(١) .

** - الإقالة اصطلاحاً :

إن المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة الإقالة لا يخرج في حقيقة الأمر عن معناها اللغوي السابق ، فقد عرّفها جمهور الفقهاء^(٢) بأنها : رفع العقد^(٣) ، ويقصدون بذلك توافق المتعاقدين على فسخ العقد وإزالة حكمه ، وهذا واضح من تناولهم لبّحث الإقالة ، وهو ما أشارت إليه

(١) - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: الفيومي ٢٥١ ، لسان العرب : ابن منظور ٥٧٩/١١

(٢) - انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ابن نجيم ١١٠/٦ ، الدر المختار وعليه الرد المحتار : الحصكفي ١٢٠/٥ ،

الجوهرة النيرة : العبادي ٢٠٧/١ ، المجموع شرح المهذب : ٢٣٩ / ٩١ ، كشاف القناع : البهوتي ٢٤٨/٣

(٣) - رفع العقد : فسخه ، بدائع الصناعات : ٣٠٦/٥

مجلة الأحكام العدلية بمادتها /١٦٣/ حيث عرفت الإقالة بأنها ((رفع عقد البيع وإزالته))^(١) .
وقال الأستاذ مصطفى الزرقا: ((الإقالة في اصطلاح الفقهاء : عقد يتفق فيه طرفان على
رفع عقد سابق بينهما ، أي على فسخه وإلغاء حكمه وآثاره))^(٢) .

ويلاحظ في تناول الزرقا لهذا التعريف أنه جعل الإقالة ممكنة في كل عقد ، بينما في
حقيقة الأمر ، إن عقد الزواج لا تلحقه الإقالة ، وكذلك العقود غير اللازمة بطبيعتها والتي
تفسخ بإرادة أحد المتعاقدين دون حاجة إلى اتفاق ، وهو ما صرح به بعد تناوله للتعريف ، إذ
إنه لو قيد التعريف بالعقد اللازم القابل للفسخ بخيار لكان تعريفاً جامعاً مانعاً كما فعل أستاذنا
الدكتور أحمد الحجي الكردي في تعريفه للإقالة عندما قال : ((إنها توافق المبايعين على رفع
البيع القابل للفسخ بخيار أو رفع العقد القابل للفسخ بخيار))^(٣) .

فالتعريف جعل الإقالة تلحق العقود اللازمة ما عدا عقد الزواج ؛ لأنه لا يقبل الفسخ
بخيار. لذا أرى أن ما قاله أستاذنا الحجي الكردي يصلح لأن يكون نواة لتعريف جامع مانع
للإقالة التي يمكن أن نعرفها : ((توافق المتعاقدين على رفع العقد القابل للفسخ بخيار)) وهو
ذات المعنى الذي أشار إليه أستاذنا الحجي الكردي ، ولكنه حصر لفظ توافق المتعاقدين في
عقد البيع وأطلق القول بكباقي الفقهاء^(٤) في تعريفه الثاني ، ولو أن مقصده ما قلناه .

ثانياً - مشروعيتها :

الإقالة مشروعة في الإسلام ، وهي مندوب إليها إذا طلبها المتعاقدان أو أحدهما ؛ لقوله
صلى الله عليه وسلم : ((من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة))^(٥) .

وجه دلالة الحديث صريحة في نذب الإقالة في حق المتعاقدين لما فيها من تفريغ لكربة

(١) - ذكر الفقهاء بحث الإقالة في كتاب البيع ، لوقوعها فيه غالباً ، لذا نجدهم يعرفونها أحياناً بأنها : رفع لعقد البيع . هو
تعريف على وجه الخصوص ، ولكن يراد به في الأعم رفع للعقد اللازم لذا قال الأستاذ مصطفى الزرقا : ((ولكن من المناسب أن
تعتبر - الإقالة - عقداً مستقلاً تختم به عقود المعاوضات ؛ لأن الإقالة لا تختص بالبيع ، بل تجري في جميع العقود اللازمة
سوى الزواج)) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا /١/ ٦٢٦ .

(٢) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا /١/ ٦٢٤

(٣) - فقه المعاوضات : أ.د. أحمد الحجي الكردي ٣٧٥

(٤) - وكل منهم أشار إلى هذا المعنى دون تحديد للتعريف بشكل منضبط. انظر رد المختار على الدر المختار:

ابن عابدين /٥/ ١٢٢

(٥) - سبق تخريجه في الصحيفة ٢٧

المسلم المطلوب شرعاً في قوله صلى الله عليه وسلم : ((وَمَنْ فَرَّجَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً فَرَّجَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبَاتِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ))^(١) ؛ لأن النادم من المتعاقدين بعد إبرام العقد يصيبه الكرب غالباً ، فيدفعه إلى طلب الإقالة ، فكان تنفيس الكرب بها مندوباً إليه في الشرع^(٢) .

ثالثاً - ركن الإقالة :

أشرت عند تعريف الإقالة بأنها عقد ، لذا لا بد من توافر ركن العقد فيها والمتمثل في الإيجاب من أحد العاقدين ، والقبول من الآخر ، أما صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن ، فقد اتفق الفقهاء على أنه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بأن يقول أحد المتقابلين : أقلت ، فيقول الآخر : قبلت أو رضيت ونحوهما^(٣) .

وأما إذا كان أحد اللفظين يعبر به عن الماضي وبالأخر عن المستقبل ، بأن يقول أحدهما لصاحبه : أقتني ، فيقول الثاني : أقتلك ، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جواز ذلك مستدلين على قولهما بأن اللفظ بصيغة الأمر كدلالاته بصيغة الماضي في التعبير عن الإرادة ؛ لأن الإقالة كالنكاح لا يجري فيها المساومة عادة بخلاف البيع الذي يتسم بوجود المساومة في العادة^(٤) .

وقال محمد بن الحسن : لا تتعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، واستدل على ما ذهب إليه بأن الإقالة تعتمد على الإرادة في إنشائها التي لا يعبر عنها على وجه الحزم إلا بصيغة الماضي قياساً على عقد البيع^(٥) .

وتجدر الإشارة إلى أن الإقالة تقع بألفاظ أخرى أيضاً : كالفسخ ، والترك ، والرفع والإزالة ، وما في معناها ؛ لأن المقصود منها هو المعنى وتحقيق المراد ، فيصح بكل ما يتوصل إليه ، كما تصح الإقالة بالتعاطي أيضاً ، كقول أحد المتقابلين : أقتلك فرد الآخر الثمن أو المبيع ، صحت الإقالة كالبيع^(٦) .

(١) - أخرجه البخاري: كتاب المظالم ، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه / ٢٣١٠ / ، وأخرجه مسلم : كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظلم / ٢٥٨٠ / واللفظ له

(٢) - انظر ، فقه المعاضات : أ.د. أحمد الحجى الكري ٣٧٦

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٦ / ٥ ، الجوهرة المنيرة : العبادي ٢٠٧ / ١ ، المدونة الكبرى : مالك بن أنس ٩ / ٦٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٥٦ / ٣ ، شرح البهجة : زكريا الأنصاري ٤٦٩ / ٢ ، المقني : ابن قدامة ٩٦ / ٤ الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيلي ٧١٤ / ٤ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٦ / ٥ ، الجوهرة المنيرة : العبادي ٢٠٧ / ١ ، أدر المحتار عليه الرد المختار : الحصكفي ١٢٠ /

(٥) - المراجع السابقة .

(٦) - المراجع السابقة .

رابعاً - ماهية الإقالة وحقيقتها الشرعية :

اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة على مذاهب :

١- ذهب المالكية^(١) إلى أنها بيع جديد ، يشترط فيها ما يشترط فيه ، ويمنعها ما يمنعه ، قال الإمام مالك : **« إنها بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع ، ويحرمها ما يحرم البيوع »**^(٢) .

٢- وذهب الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم^(٣) إلى أنها فسخ ، فتأخذ حكمه .

٣- أما الحنفية^(٤) فقد تباينت أقوالهم بين الفسخ والبيع على التفصيل الآتي :

قال أبو حنيفة : إنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما سواء أكانت قبل القبض أم بعده ، وقال أبو يوسف : إنها بيع في حق المتعاقدين وغيرهما إلا إذا لم يمكن جعلها بيعاً فتجعل فسخاً للضرورة. أما محمد بن الحسن فقال : إنها فسخ في حق الجميع إلا إذا تعذر جعلها فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة. وقال زفر : إنها فسخ على الإطلاق في حق الناس كافة .

الأدلة:

* - أدلة المالكية ومن وافقهم:

استدلوا بأدلة منها^(٥) :

١- إن الإقالة بيع ثان ؛ لأن المبيع عاد إلى بائعه على الجهة التي خرج عليه منها ، فكانت كالبيع تماماً ؛ ولأن طريق الوصول إليها كطريق الوصول إلى البيع ، فأعطيت حكمه .

٢- إن الإقالة قائمة على نقل الملك بعوض يتم بتراضي العاقدين ، وهذا هو معنى البيع القائم على مبادل المال بالمال أو إعطاء بدل وأخذ بدل ، وقد وجد فيها هذا المعنى ، فكانت بيعاً ، والعبرة للمعنى لا للصورة ، قال ابن جزير : **« فيجوز فيها ما يجوز في البيوع ويمنع »**

(١) - انظر ، المدونة الكبرى : مالك بن أنس ٦٩/٩ ، الفوائن الفقهية : ابن جزير ١٧٩/١ ، التاج والإكليل لمختصر

خليل : المواق ٤٢٦/٦ ، انشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١٥٥/٣

(٢) - المدونة الكبرى : مالك بن أنس : ٦٩/٩

(٣) - انظر ، الأشباه والنظائر : السيوطي ١٧٢ ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٨٩/٢ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج :

ابن حجر الهيتمي ٣٩٢/٤ ، شرح البهجة : زكريا الأنصاري ٤٦٩/٢ . المعنى : ابن قدامة ٩٥/٤ ، مطالب أولى النهي

في شرح غاية المنتهى ١٥٤/٣ ، كشاف القناع : البيهوتي ٢٤٨/٣ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : الكلساني ٣٠٦/٥ ، الجوهرة النيرة : العبادي ٢٠٧/١ - ٢٠٨ ، رد المحتار على الدر المختار :

ابن عابدين ١٢٤/٥ - ١٢٥

(٥) - انظر في استخراج الأدلة : الفوائن الفقهية : ابن جزير ١٧٩/١ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤٨٦/٤ فقه

المعاوضات : د.أ. أحمد الحجى الكردي ٣٨٠ ، وانظر في المعنى ٩٥/٤ في بيان هذه الأدلة للمالكية .

فيها ما يمنع في البيوع^(١) .

وذهب أبو يوسف من الحنفية مذهبهم ، واستدل بما استدلوا به ، إلا إنه زاد على ذلك بأن الإقالة قد يتعذر جعلها بيعاً كوقوعها قبل القبض في مبيع منقول ؛ لأن بيع المنقول لا يجوز قبل القبض بخلاف العقار ، فإنه يجوز بيعه قبل القبض عنده^(٢) .

** - أدلة الشافعية والحنابلة ومن وافقهم:

استدل الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية بأدلة منها^(٣) :

١ - بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : ((من أقال مسلماً أقال الله عشرته يوم القيامة))^(٤) ، أي أزالها ، وذلك يكون بالفسخ^(٥) ، قال الصنعاني مبيناً دلالة هذه الحديث على حقيقة الإقالة شرعاً : ((الأحاديث الدالة على فضل الإقالة وحقيقتها شرعاً ، رفع العقد الواقع بين المتعاقدين))^(٦) .

٢ - إن الإقالة في اللغة تعني الرفع والإزالة ، ورفع العقد يكون بفسخه ونقضه ؛ لأن الأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبت عنه اللفظ لغة ، لذا فهي فسخ .

٣ - لأن الإقالة تتعقد بلفظ الفسخ لا بلفظ البيع ، فالمبيع يعود إلى بائعه بلفظ لا يتعقد به البيع ، فكانت فسخاً كالرد بالعيب .

٤ - لأن الإقالة أيضاً لا تصح إلا من المتعاقدين ، ولو كانت بيعاً لصحت من غيرهما ، إلا أن محمد بن الحسن يجعل الإقالة بيعاً عند تعذر جعلها فسخاً ، وذلك كمن اشترى داراً ولها شفيع فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، ثم أقال العاقدان البيع ، فيثبت للشفيع حق الشفعة ثانياً لتعذر جعل الإقالة في حقه فسخاً فكانت بيعاً ، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة أيضاً^(٧) .

(١) - القوانين الفقهية: ابن جزي ١٧٩/١

(٢) - نظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٦/٥ - ٣٠٧ ، البحر الرائق : شرح كنز الدقائق : ابن نجيم ١١٠/٦ - ١١١ الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيلي ٧١٥/٤ .

(٣) - نظر: بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٦/٥ ، الجوهرة النيرة : العبادي ٢٠٧/١ - ٢٠٨ ، رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين ١٢٤/٥ - ١٢٥ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ١٧٢ ، مغني المحتاج : الخطيب الثوري ٨٩/٢ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ابن حجر الهيتمي ٣٩٢/٤ ، شرح البهجة : زكريا الأنصاري ٤٦٩/٢ . المغني : ابن قدامة ٩٥/٤ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى ١٥٤/٣ ، كشاف القناع : البهوتي ٢٤٨/٣ الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيلي ٧١٥/٤ فقه المعاملات: د. الكردي ٣٨٠ - ٣٨١ .

(٤) - سبق تخريجه في الصلحة ٢٧ .

(٥) - فقه المعاملات : د. أحمد الحجى الكردي ٣٨٠ .

(٦) - سبل السلام : الصنعاني ٦٠/٣

(٧) - نظر : بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٦/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيلي ٧١٥/٤ ، فقه المعاملات : د. أحمد الحجى

الكردي ٣٨٠ - ٣٨١

** - أدلة أبي حنيفة :

استدل أبو حنيفة لمذهبه في اعتبارها فسخاً بما استدل به الشافعية والحنابلة ومن وافقهم وفي جعلها بيعاً بما استدل به المالكية ومن وافقهم ؛ ذلك لأن الإقالة عنده فسخ فيها معنى البيع ولكن لما كان من المتعذر تقرير معنى البيع في حق المتعاقدين لاختلاف البيع والإقالة اسماً ومعنى ؛ لأن البيع إثبات والرفع نفي فبينهما تنافٍ مطلق ، فجعلت في حقهما فسخاً محضاً . أما في حق غيرهما لا يظهر هذا التنافي ، فتعتبر بيعاً جديداً ولا إشكال في ذلك ؛ لأن الشرع قد عرف ، وفي مواطن متعددة الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ، ومعصية من وجه آخر ، فاعتبارها في حق شخصين أولى كصلاة في الأرض المغصوبة ، فهي عبادة لكونها صلاة ، وهي محرمة لكونها اغتصاباً^(١) .

وعليه : فإنني أرى استدلال القائلين باعتبار الإقالة فسخاً استدلالاً يورث الاطمئنان في النفس لوجود النص الذي لا يمكن حمل معناه على البيع ؛ لأن الإقالة تخالف وتنافي البيع اسماً ولغة ومدلولاً كما أشار أبو حنيفة رحمه الله تعالى .

خامساً - آثار اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة :

ينبني على اختلاف الفقهاء في ماهية الإقالة آثار في التطبيق في أحوال كثيرة منها ما يأتي:

١ - الإقالة بأقل أو أكثر من الثمن :

صورة المسألة :

فيما لو تقابل المتبايعان ولم يسميا الثمن الأول أو سميا زيادة عليه أو انقصاه أو سميا جنساً سوى الجنس الأول قلّ أو كثر أو أجلا الثمن الأول :

فعلى قول أبي حنيفة : تصح الإقالة فقط بالثمن الأول ، وكل ما سميا من الزيادة أو النقصان أو الأجل أو الجنس الآخر فهو باطل سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده وسواء أكان منقولاً أم غير منقول ؛ لأنها فسخ في حق العاقدين ، والفسخ ما هو الإرفق للعقد ، والعقد رَفَعَ الثمن الأول ، فيكون فسخه بالثمن الأول ، ويبطل كل ما يشترط من الشروط الفاسدة سواء أكان زيادة أم نقصاناً ونحوهما^(٢) .

أما المالكية^(٣) : فقد أجازوا الإقالة في صورة هذه المسألة ؛ لأنها بيع جديد عندهم فيجوز

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٦ / ٥ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٧٠ / ٤ وما بعدها ، البحر الرائق شرح

الدقائق : ١١٠ / ٦ وما بعدها ، الفقه الإسلامي : د. وهبه الزحيلي ٧١٥ / ٤ ، فقه المعاملات : د. أحمد الحجي الكردي ٣٨٠ - ٣٨١ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٦ / ١ - ٣٠٧ ، العناية شرح الهداية : البابرتي ٤٨٦ - ٤٩١ ، الجوهرة النيرة : العبادي ٢٠٨ / ١ الفتاوى الهندية : ١٥٦ - ١٥٧ .

(٣) - انظر ، بداية المجتهد : ابن رشد ١٠٦ / ٢ ، شرح الزرقاني ٣ / ٣٧٣

فيها الزيادة والنقصان ، قال ابن رشد : « وإن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ، ولا حرج أن يبيع الإنسان الشيء ثم يشتريه بأكثر منه »^(١) ، ولكنهم لم يجيزوها إلى أجل كمن يشتري شيئاً بمئة دينار مثلاً ، ثم يندم المشتري ، فيسأل البائع الإقالة على أن يعطيه عشرة دنائير نقداً أو إلى أجل ؛ لأن ذلك ذريعة إلى بيع وسلف ، وكان المشتري باع الشيء بتسعين وأسلف البائع عشرة بخلاف ما لو كان البيع الأول نقداً فيجوز ذلك عندهم^(٢) .

وأما الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم^(٣) ذهبوا إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة بناء على أصلهم أن الإقالة فسخ ، ولكنهم أبطلوها حال وجود الشرط الفاسد بخلاف أبي حنيفة الذي أبطل الشرط وصحح الإقالة .

وفي قول أبي يوسف : تصح الإقالة على ما سميا من الزيادة والنقصان والأجل ونحوها إن كان بعد القبض ؛ لأنها بيع جديد ، كأنه باعه ابتداء ، وإن كان قبل القبض والمبيع عقاراً فكذاك ؛ لأنه يمكن جعله بيعاً ، فبيع العقار قبل القبض جائز عنده ، وإن كان المبيع منقولاً لا تصح الإقالة عندئذ إلا بالثمن الأول ؛ لأنها فسخ ضرورة ؛ لتعذر جعلها بيعاً ؛ لعدم جواز بيع المنقول^(٤) .

وذهب محمد بن الحسن إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة ، وذلك إن كانت قبل القبض ، أما بعده فقد ميز حالتين : الأولى : إن سمى المتقايان الثمن الأول أو ما هو أنقص منه فتصبح الإقالة بالثمن الأول ويبطل الشرط الفاسد المتمثل بالنقصان بناء على أصله أنها فسخ . والثانية : إن سميا زيادة عن الثمن أو سميا غير جنس الثمن الأول فتصبح الإقالة بالثمن المسمى لا بالثمن الأول بناء على أنها بيع جديد ؛ لتعذر اعتبارها فسخاً^(٥) .

٢- الشفعة فيما يرد بالإقالة :

صورة المسألة : هل يثبت حق الشفعة فيما رُدَّ بالإقالة ؟

اختلف الفقهاء في صورة هذه المسألة بناء على اختلافهم في ماهية الإقالة :

فمن جعل الإقالة فسخاً لم يثبت للشفيع حق الشفعة بناء على ذلك الأصل وهو قول الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم ومحمد بن الحسن وزفر^(٦) .

(١)- بداية المجتهد : ابن رشد ١٠٦/٢

(٢)- النظر ، بداية المجتهد : ابن رشد ١٠٦/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٧١٤/٤-٧١٧ .

(٣)- انظر ، شرح البهجة : زكريا الأنصاري ٤٦٩/٢-٤٧٠ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ١٧٢ ، القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ٣٧٩-٣٨٠ ، المغني : ابن قدامة ٩٦/٤

(٤)- انظر ، بدائع الصنائع : الكاسبي ٣٠٧/٥ ، فتح القدير : ابن الهمام ٤٩١/٦-٤٩٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٧١٧/٤ ، فقه المعاملات : د. أحمد الحجي الكردي ٣٨٢

(٥)- انظر ، المراجع السابقة .

(٦)- انظر ، بدائع الصنائع : الكاسبي ٣٠٨/٥ ، فتح القدير : ابن الهمام ٤٨١/٦-٤٩١ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ١٧٢ ، القواعد : ابن رجب ٣٨٠ ، المغني ابن قدامة ٩٦/٤

وعلى قول أبي حنيفة فإن للشفيع الحق في المطالبة بالشفعة بناء على أصله المتقدم في أنها فسخ في حق العاقدين . بيع في حق غيرهما والشفيع غيرهما ، وهذا مذهب أبي يوسف أيضاً بناء على قوله إنها بيع جديد في حق الجميع^(١) .

أما المالكية^(٢): فقالوا إن الشفعة لا تتأثر بالإقالة ويبقى للشفيع حق الشفعة وهو ما أوضحه الدردير بقوله: ((والإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة ، أي الأخذ بها فليست بيعاً ولا حل بيع بل هي لاغية))^(٣)

وعليه : فإن من اشترى داراً ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ، ولم يكن بجانبها دار ثم بنيت بجانبها دار ثم تقايلا البيع ، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف بناء على أصلهم المتقدم .

أما على قياس أصل الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم ومحمد بن الحسن وزفر فلا يثبت حق الشفعة ؛ لأن الإقالة هنا فسخ ، وليس في الفسخ حق شفعة^(٤) .

سادساً - شرائط الإقالة :

يشترط لصحة الإقالة شرائط منها^(٥) :

١- رضا المتقايلين :

اتفق الفقهاء على أن الرضا من قبل المتقايلين بالإقالة شرط لصحتها سواء أكانت حقيقتها بيعاً أم فسخاً . فعلى رأي القائلين بأنها بيع كالمالكية^(٦) وأبي يوسف ، فواضح ؛ لأن البيع يشترط له الرضا ، فكذلك الإقالة ؛ لأنه حقيقتها .

أما الجمهور فعلموا ذلك بأن الإقالة فسخ العقد ، والعقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما فكذلك رفعه وفسخه .

٢- اتحاد المجلس : كونها عقداً ، ولا بد في كل عقد من اتحاد مجلس الإيجاب والقبول

لانعقاد ذلك العقد ، قال الكاساني : ((إن معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع))^(٧) ، أي قياساً على البيع كونه عقداً .

(١)- بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٨/٥ ، الجوهره النيره : العبادي ٢٠٨ / ١

(٢)- انظر ، التاج والإكليل لمختصر خليل ٤٢٦ / ١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٥/٣ - ١٥٦ .

(٣)- الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١٥٦-١٥٥ / ٣

(٤)- انظر ، مراجع الحنفية والشافعية والمالكية السابقة .

(٥)- بدائع الصنائع : الكاساني ٣٠٩-٣٠٨/٥ ، الجوهره النيره : ٢٠٧ / ١ وما بعدها ، اتفق الإسلامى وأئنته : د. وهبه الزحيلي / ٤

٧١٧- ٧١٨ ، فقه المعاوضات : د. أحمد الحجى الكردى ٣٧٧-٣٧٨ ، المدخل للفقه الإسلامى : عبد الله الرزقان ٦٤٧-٦٤٨ .

(٦)- انظر ، الثقلين الفقهية : ابن جزىء ١٧٩/١ ، شرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١٥٥/٣ - ١٥٦

(٧)- بدائع صنائع : الكاساني ٣٠٨ / ٥

٣ - أن يكون محل العقد قابلاً للفسخ بخيار :

ومبنى هذا الشرط على أن ما يمنع الرد بالخيار يمنع الفسخ بالإقالة . فقد تباينت أقوال الفقهاء في اعتبار هذا الشرط بناء على تباينهم في حقيقتها كما يأتي :

فجمهور الفقهاء اعتبروا هذا شرطاً من شرائط صحتها بناء على أصلهم المتقدم ، فالزيادة مثلاً في محل العقد تمنع الفسخ بالإقالة ، لكونه غير قابل للفسخ بخيار نتيجة تلك الزيادة ، كأن يكون محل العقد شاة فتلد ، فالزيادة هنا تمنع الرد بالخيار فكذلك الفسخ بالإقالة كسائر أسبابه . أما المالكية والصاحبان من الحنفية فلم يعتبروا هذا الشرط بناء على أصلهم السابق ، فعلى أصل أبي يوسف أن الإقالة بيع مطلق ، فالزيادة تحتمله ، فكذلك الإقالة ؛ لأنه حقيقتها . أما أصل محمد بن الحسن وإن كانت فسخاً عنده ، لكن عند الإمكان ، ولا إمكان هنا ؛ لتعذر الفسخ فيما لحق العقد من موانعه كحالة وجود الزيادة السابقة في محل العقد .

٤ - تقابض البدلين في مجلس العقد إذا كانت الإقالة في عقد صرف ؛ لأن قبضهما فيه حق أوجبه الله تعالى ، بناء على أن الفسخ يأخذ أحكام العقد الذي يلحقه .

٥ - قيام المعقود عليه وقت الإقالة :

صورة هذا الشرط أنه لا بد من سلامة المعقود عليه وقت الإقالة ووقت التسليم ؛ لأن فواته في أحدهما يجعل الإقالة باطلة مهما كانت ماهيتها الشرعية ، فإن كانت بيعاً فقيام المبيع مثلاً وقت البيع شرط فيه فتقاس عليه ، وكذلك إن كانت فسخاً ؛ لأنها واردة على المبيع وعقدها يقتضي رده لصاحبه ، فإن كان هالكاً وقعت باطلة ، أما قيام الثمن فليس بشرط لانعقاد الإقالة^(١) .

وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن الإقالة سبب للفسخ في العقود اللازمة عند القائلين بها كذلك ، فيجوز للطرفين المتعاقدين أن يفسخا العقد بتراضيهما بعد لزومه بينهما باستثناء عقد النكاح الذي لا يقبل الإقالة خصوصاً والفسخ عموماً لما له من قدسية معينة وأهمية كبيرة في نظر الشارع الحكيم الذي أجاز رفعه بالتراضي بين الزوجين بما يسمى بالخلع ، وهنا يثار التساؤل الآتي : ما طبيعة الخلع ؟ وبعبارة أخرى : ما التكيف الفقهي للخلع ، هذا ما سنوضحه إن شاء الله تعالى بالتفصيل في الباب الثالث من هذه الأطروحة .

(١) - فقه المعاضات : د. أحمد الحجى الكردي ٣٧٨ ، الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف الكويتية ٥ / ٣٢٦ .

المبحث الثالث

الفسخ بسبب عدم لزوم العقد بطبيعته

إن صفة اللزوم المشار إليها فيما سبق قد تتخلف عن العقد إما لوجود حالات عارضة عليه تستوجب سلبها ، كحالة الخيارات التي تعطي المتعاقدين أو أحدهما الحق في الفسخ ، فتصبح العقود اللازمة بسببها غير لازمة ، وإما لطبيعة العقد التي تقتضي عدم اللزوم ، فهناك بعض من العقود يكون عدم اللزوم فيها ناشئاً عن طبيعتها كالإيداع والعارية والشركة والوكالة ونحوها^(١) .

وانتفاء تلك الصفة عن العقد - صفة اللزوم - تعطي كلا من الطرفين أو أحدهما الحق في أن يتحلل من رابطة العقد^(٢) إما بإرادته أو بحكم الشرع أو القضاء .
وبما أنني تحدثت عن الحالات العارضة على العقد في سلب لزومه في المبحث السابق ، كان لابد من الحديث عن السبب الآخر في سلب اللزوم الذي يعد هو أيضاً سبباً للفسخ في بعض الحالات نتيجة طبيعة تلك العقود التي يكون فيها عدم اللزوم مطلقاً أو مقيداً ، قال ابن نجيم : ((الفسخ كما يملك بالخيار يملك بسبب عدم لزوم البيع كالعارية والوديعة والوكالة والشركة))^(٣) .

وعليه فإبني سأقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف اللزوم وأصلته في العقود .

المطلب الثاني : الفسخ بسبب أصالة عدم اللزوم في بعض العقود في حق

الطرفين المتعاقدين .

المطلب الثالث : الفسخ بسبب عدم اللزوم في بعض العقود التي تلزم أحياناً .

(١) - النظر ، المنشور في القواعد الفقهية : الزركشي ٣٩٩/٢ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٤/١ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ١٣١/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٦٤/٤ . وتجدر الإشارة إلى ما قاله أستاذنا مصطفى الزرقا من أن هناك نوعاً من العقود يكون عدم اللزوم فيها استثناء في بعض الظروف المحددة ، كما في عقد الإجارة ، فهذا كلام لا إشكال فيه ؛ لأن الفسخ فيه بسبب العذر الشرعي لا بسبب طبيعة العقد ، وهو ما أكدته فيما بعد بقوله : ((غير أن فقهاءنا قرروا فيها جواز العدول والفسخ بالأعذار الطارئة)) ، وفي هذا إشارة واضحة إلى أن الفسخ في مثل هذه العقود وفي هذه الظروف غير ناجم عن عدم لزومية العقد لا أصلاً ولا استثناءً وإنما نتيجة للعذر الطارئ الذي حول العقد من اللزوم إلى عدمه في هذه الحالات استثناء من الأصل عند بعض الفقهاء على تفصيل سنينه فيما بعد إن شاء الله تعالى . النظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٣٠/١ .

(٢) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٤/١ .

(٣) - البحر الرائق : ابن نجيم ٢٩/٦ .

المطلب الأول

تعريف اللزوم وأصالته في العقود

إن الحديث عن عدم لزوم العقد يفرض علينا بيان معنى اللزوم ومفهومه في العقود ،
وبعدئذ نتضح فكرة سلبه ؛ لأن الأشياء تعرف وتتميز في بعض الأحيان بضعها .

أولاً- تعريف اللزوم في اللغة :

اللزوم في اللغة : مصدر ، فعله لزم يلزم ، يقال : لزم الشيء يلزمه لزمًا ولزومًا ،
واللازم : ملازمة الشيء والدوام عليه ، والفاعل : لازم ، والمفعول به : ملزوم، ويقال أيضاً :
لزمه المال : وجب عليه ولزمه الطلاق : وجب حكمه وهو قطع الزوجية^(١) .

ثانياً- تعريف اللزوم في الاصطلاح الفقهي :

يلاحظ من استعمال الفقهاء^(٢) للفظي الإلزام واللزوم في العقود أن معانيهما الاصطلاحية لا
تخرج عن المعنى اللغوي السابق ، ويمكن حصرها في معنيين أشار إليهما الأستاذ مصطفى
الزرقا بقوله : « الإلزام واللزوم في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين : الأول : معنى
إنشاء الالتزامات ، فيقال عقد ملزم بمعنى أنه يُنشئ على العاقد التزاماً . والثاني : معنى عدم
إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، فيقال : عقد ملزم بمعنى أن العاقد لا يحق له
فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر^(٣)» ثم أضاف أن هذا المعنى يسمى في اصطلاح فقهاء
الشريعة الإسلامية لزوماً ، فيقال عقد لازم لزوماً ، كما يقال : ملزم إلزاماً . غير أنه خصص
لفظ الإلزام في العقود على إنشاء الالتزامات ولفظ اللزوم على عدم إمكان الرجوع عن العقد^(٤)
وهذا التمييز بين الإلزام واللزوم أمر مستحسن، وله ما يبرره بغية تحديد المفاهيم العلمية بدقة

(١) - لسان العرب : ابن منظور مادة / لزم / ١٢ / ٥٤١-٥٤٢ ، القاموس المحيط : الفيروزآبادي مادة / لزم / باب الميم

فصل اللام ، المصباح المنير : الفيومي ٥٥٢

(٢) - انظر ، الهداية شرح البداية : المرغيناني ٢٧/٣ وما بعدها ، التاج والإكليل : ٤/٤٠٩ ، المجموع شرح المهذب :

١٧٨/٩ ، المعنى : ابن قدامة ٤/١٦ ، كشاف القناع : البهوتي ٣/٢٠٥ ، المبدع : ٥/٢٩٩ .

(٣) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥١٣

(٤) - انظر ، المرجع السابق ١/٥١٣

هذا ونلمس معنى اللزوم أيضاً الذي أشار إليه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : « عدم إمكان الرجوع عن العقد »^(١) في بعض نصوص الفقهاء ، فقد قال الزرقاني في شرحه : « البيع والإجارة عقدان مبنيان على اللزوم »^(٢) ، وقال المرغيناني : « إن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم »^(٣) .

وبناء على ما تقدم : تتضح فكرة سلب اللزوم عن العقد والمتمثلة في إمكانية رجوع العاقدين أو أحدهما عن العقد سواء أكان ذلك بإرادته المنفردة أم بحكم الشرع أم بحكم القاضي ، وما هذا في حقيقة الأمر إلا معنى من معاني الفسخ .

ثالثاً - أصالة اللزوم في العقد :

اختلفت عبارات الفقهاء في بيان أصالة اللزوم في العقود ، ولكن مرادهم في ذلك واحد وهو أن الأصل لزوم العقد^(٤) وعدمه استثناء منه ، وهذا ما ذكره السرخسي : « مقتضى مطلق البيع اللزوم »^(٥) وقال البابرتي : « الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه ، وكم من مبيع لا خيار فيه »^(٦) وقال المرغيناني : « إن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم »^(٧) وقال الحموي : « الأصل في الإجارة اللزوم إلا من عذر »^(٨) ،

وقال ابن رشد صراحة : « الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه نص »^(٩) ، وقال الزرقاني أيضاً : « الأصل في العقود اللزوم »^(١٠) ، وقال صاحب مواهب الجليل : « الأصل في البيع اللزوم والخيار عارض »^(١١) .

أمّا القرافي فقد علل تلك الأصالة في العقود بقوله : « إن الأصل في العقد اللزوم ؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المعقود به أو المعقود عليه ، ودفع الحاجات ، فيناسب ذلك اللزوم

(١) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١ / ٥١٣ .

(٢) - شرح الزرقاني : ٤١٦/٣ .

(٣) - الهداية شرح البداية : المرغيناني ٢٧/٣ .

(٤) - المقصود هنا العقد الصحيح دون غيره ؛ لأن العقد الفاسد مسلوب اللزوم ، ويستوجب إزالة الفساد بإزالة سببه ، أو فسحه بحكم الشرع .

(٥) - المبسوط : السرخسي ١٧/١٩٩ .

(٦) - العناية شرح الهداية : البابرتي ٦/٣١٨ .

(٧) - الهداية شرح البداية : المرغيناني ٢٧/٣ .

(٨) - غمز عيون البصائر : الحموي ٣/١٣٢ وفي معنى البيع والإجارة العقود التي تأخذ المنحى ذاته .

(٩) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢/٦ .

(١٠) - شرح الزرقاني : ٣/٤٠٦ .

(١١) - مواهب الجليل : ٤/٤٠٩ .

دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود^(١) . وقال البجيرمي^(٢) : ((الأصل في البيع اللزوم))^(٣) .

وعليه يمكن القول : إننا لا نجد مصنفاً فقهياً في بحث العقود إلا وفيه إشارة واضحة إلى لزومية العقد وما ذلك إلا للدلالة على أن تلك الصفة أثر طبيعي للعقد لقوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))^(٤) وقوله جل وعلا : ((وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا))^(٥) باستثناء العقود التي اعترتها حالة عارضة كالخيار ، والعقود غير اللازمة بطبيعتها ، إذ إن عدم اللزوم صفة ثابتة فيها . قال الشيخ أحمد فهمي أبو سنة : ((والأصل في العقود أن تثبت أحكامها على وجه الابتداء والتمام واللزوم . وقد يمنع من ذلك وجود خيار في العقد))^(٦) .

(١) - أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ١٣ / ٢ .

(٢) - البجيرمي : (١١٣١-١٢٢١) هو سليمان بن محمود بن عمر الشافعي المعروف بالبجيرمي ، ولد ببجيرم من قرى مصر

الغربية ، فقيه من فقهاء الشافعية من تصانيفه (التجريد لنفع العبيد) . معجم المؤلفين : ٢٧٥/٤ .

(٣) - حاشية البجيرمي : ٢٣١/٢

(٤) - سورة المائدة : الآية ١

(٥) - سورة الإسراء : الآية ٣٤

(٦) - العرف والعادة في رأي الفقهاء : أحمد فهمي أبو سنة ١٧٣ .

المطلب الثاني

الفسخ بسبب أصالة عدم اللزوم مطلقاً في بعض العقود في حق الطرفين المتعاقدين

أشرت فيما سبق إلى أن أصالة عدم اللزوم في بعض العقود تكون سبباً للفسخ في أغلب الأحيان ؛ لأنها تعطي العاقد الحق في حل الرابطة التعاقدية من الأصل ، فيجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ ، قال القرافي عند بيانه للعقود غير اللازمة : ((الأصل لا يستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم))^(١) .

هذا ويندرج تحت هذا النوع من العقود ، العقود الآتية : الإيداع والإعارة والشركة ، فهي عقود غير لازمة بطبيعتها ، يجوز فسخها مطلقاً متى شاء أحد الطرفين المتعاقدين^(٢) ، وفيما يأتي تفصيل ذلك في كل عقد على حده .

أولاً - عقد الإيداع :

*- الوديعة في اللغة : من ودَّعَ بمعنى تَرَكَ ، فيقال : ودَّعْتُهُ أدَعُهُ ودَّعَا تَرَكَهُ ، والجمع : ودائع ، ويقال أيضاً : أودعت زيدا ما لا دفعته إليه ليكون عنده ، واستودعه وديعة ، استحفظه إياه^(٣) .

وعليه : فإن الوديعة في اللغة تطلق على الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ^(٤) .

** - أما في الاصطلاح :

فقد عرف الفقهاء عقد الإيداع^(٥) تعاريف متعددة ذات معنى واحد وهو حفظ الشيء عند غير صاحبه .

(١) - أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ٢ / ٣٢ .

(٢) - انظر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : علي حيدر ١ / ١١٠ ، أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ٢ / ٣٢ ، قواعد الأحكام في مصالح الأتام : العز بن عبد السلام ٢ / ١٤٩ ، الأنشباة والنظائر : السيوطي ١ / ٢٧٥ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٤ / ١٣١ .

(٣) - المصباح المنير : الفيومي مادة / ودع / ، مختار الصحاح : الرازي مادة / ودع / ١ / ٢٩٧ .

(٤) - معنى المحتاج : ٣ / ١٠١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥ / ٣٧ .

(٥) - تجسدر الإشارة إلى كلمة الوديعة تطلق على الإيداع بمعنى العقد المقتضى للحفظ وعلى العين المودعة ((انظر ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٧ / ٩٨ ، معنى المحتاج : ٣ / ١٠١ ، عقد الوديعة : نزية حماد ٨ ، وقال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : ((الأصل أن يقال : الإيداع عقد ، لا الوديعة عقد ؛ لأن الراجح أنها عقد)) الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥ / ٣٧ .

فقال البابرسي : الإيداع هو ((التسليط على حفظ المال))^(١) ، أما ابن عرفة الدسوقي فقال : ((هو توكيل بحفظ مال))^(٢) ، وقال الخطيب الشربيني إنه : ((توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص))^(٣) ، وقال المرادوي^(٤) : ((إنه عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه))^(٥) .

غير أن الأستاذ مصطفى الزرقا أعطاه تعريفاً أكثر سهولة بقوله : ((العقد الذي يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه))^(٦) .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الإيداع مشروع ومندوب في الإسلام ، لقوله تعالى : ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا))^(٧) ، وقوله جل وعلا : ((فليؤدّ الذي أؤتمن أمانته))^(٨) ، وقال صلى الله عليه وسلم : ((أد الأمانة إلى من أئتمنك ، ولا تخن من خانك))^(٩) ، وأجمع العلماء في كل عصر من العصور الإسلامية على جواز الإيداع والاستيداع ؛ لأن العبرة تقتضيها ، فإن بالناس إليها حاجة ، إذ يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ، ويحتاجون إلى من يحفظ لهم^(١٠) .

*** - فسخ عقد الإيداع :

اتفق الفقهاء على أن عقد الإيداع من العقود الجائزة أصالة - مطلقاً - والتي يحق لكل

(١) - العناية شرح الهداية : البابرسي ٤٨٤/٨

(٢) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ابن عرفة ٤١٩ / ٣

(٣) - مقني المحتاج : ٧٩/٣

(٤) - المرادوي (٨١٧ - ٨٨٥) علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ثم الدمشقي ، فقيه حنبلي، من العلماء ولد في مردا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها ، من كتبه (الإصناف في معرفة الراجع من الخلاف) الأعلام للزركلي : ٢٩٢ / ٤

(٥) - الإصناف : المرادوي ٣١٦/٦

(٦) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٥/١

(٧) - سورة النساء : الآية ٥٨

(٨) - سورة البقرة : الآية ٢٨٣

(٩) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب الإيمان والنذور ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده / ٣٥٣٥ / ، والترمذي في سننه : / ١٢٦٤ / وقال: حديث حسن غريب ، والدارقطني في سننه : كتاب البيوع / ١٤٢ / وأخرجه الحاكم في المستدرک : كتاب البيوع / ٢٢٩٦ / وقال : (صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وله شاهد من حديث أنس) ، والبيهقي في سننه : باب أخذ الرجل حقه ممن يمنعه إياه / ٢١٠٩٢ / ، وفي مختصر اختلاف العلماء : ١٧٣/٤ (وهذا بحث به) ، وفي الدراري المضنية : ٣٣٣/١ (وفي إسناده أبو بن سويد وهو مختلف فيه وقد تفرد به كما قال الطبري) .

(١٠) - المقني : ابن قدامة ٣٠٠/٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٨/٥ .

من الطرفين المتعاقدين فسخها ، بمعنى أن المودع أو الوديع المكلف بالحفظ ، له أن يفسخ هذا العقد بمحض إرادته متى شاء دون توقف على رضا العاقد الآخر أو موافقته^(١) ، قال ابن قدامه : « وهي عقد جائز من الطرفين ، متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها فإن أراد المستودع ردها على صاحبها ، لزمه قبولها ؛ لأن المستودع متبرع بامساكها ، فلا يلزمه التبرع في المستقبل »^(٢) ، أما الخطيب الشربيني فقال أيضاً : « وللمودع أن يسترد متى شاء وللمودع الرد كذلك أما المودع ؛ فلأنه متبرع بالحفظ »^(٣) ، وجاء في المادة /٧٧٤/ من مجلة الأحكام العدلية ما نصه : « لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء ».

وعلى ذلك ، فمتى أراد المودع استرداد وديعته ، جاز له ذلك ولزم على الوديع حافظ الوديعة أن يستجيب للرد ؛ لأن المودع صاحب المال قد يحتاج إليه ، ثم إنه مستعين بغيره في الحفظ ، فله أن يترك هذه الاستعانة متى شاء ، وكذلك الوديع له أن يرد الوديعة إلى صاحبها متى أراد ؛ لأنه متبرع ومتطوع بالحفظ ، فله أن يتخلى عن ذلك متى شاء^(٤) .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن صلاحية فسخ عقد الإيداع لكل من المودع والوديع على حد سواء متى أراد ذلك سواء أكان هذا العقد مؤقتاً بمدة أم غير مؤقت . وهذا ما أوضحه علي حيدر^(٥) في شرحه على مجلة الأحكام العدلية بقوله : « فلذلك متى طلب المودع وديعته يقدمها له ؛ لأن هذا الطلب يتضمن فسخ عقد الإيداع ، فإذا امتنع المستودع - الوديع - عن إعادتها ثم هلكت الوديعة ، لزم ضمانها على المستودع ، ولو كان هلاكها بلا تعد ولا تقصير ، وعندما تطلب الوديعة من المستودع ليس له أن يمتنع عن تسليمها في الحال »^(٦) .

****** ما يستثنى من حالة الفسخ المطلق لعقد الإيداع التي منحها الشرع لكل من المتعاقدين :**

أ - يستثنى من أصالة عدم اللزوم في عقد الإيداع ، وينقلب فيها إلى

(١) - انظر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : علي حيدر ٢/٢٦٢ ، القوانين الفقهية : ابن جزير ١/٢٤٦ ، المنثور في القواعد الفقهية : الزركشي ٢/٣٩٩ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : زكريا الأنصاري ٣/٧٦ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ١/٢٧٥ ، عقد الوديعة : نزيه حماد ٢٢ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٢٥ ، ضوابط العقد : د. عدنان التركماني ٢٦١ ، مصادر الحق : عبد لرزاق السنهوري ٤/١٣١

(٢) - المغني : ابن قدامه ٦/٣٠٠

(٣) - مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٣/١٠٤

(٤) - انظر، المراجع السابقة

(٥) - علي حيدر (١٢٨٠ ١٣٥٣) ، ابن جابر بن عبد المطلب بن غالب الحسني : من أشرف مكة ، في عهده فقيه حنفي كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز أمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية ، ودرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأسناتة ، (الأعلام للزركشي : ٤ / ٢٨٤) (٦) - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : علي حيدر : ٢/٢٦٣ .

عقد لازم ، ما لو كان الحفظ في مقابل أجره ؛ لأن العقد يصبح عندئذ عقد إجارة على الحفظ ، ويكون الوديعة أجيراً عليه ، وفي هذه الحالة ليس لأحد الطرفين أن يفسخه قبل تمام مدته شأنه شأن عقود الإجارة اللازمة بطبيعتها^(١) .

ب - استثنى الشافعية^(٢) من حالة الفسخ بسبب أصالة عدم لزوم عقد الإيداع حالة وجود ضرر يلحق أحد المتعاقدين نتيجة فسخ الآخر هذا العقد بدون رضاه ؛ لأن هدف الشارع الحكيم من أصالة عدم اللزوم في العقود غير اللازمة ، ومنها عقد الإيداع ، هو دفع الضرر الحاصل فيما لو كانت هذه العقود لازمة ، إضافة إلى تيسير حاجة الناس التي شرع هذا العقد من أجلها ، لذا قال الشافعية بهذا الاستثناء في منع الفسخ في العقود غير اللازمة حالة وجود الضرر بالعقد الآخر^(٣) . فقد قال الزركشي : ((العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع ، وصارت لازمة ، ولهذا قال النووي : للوصي عزل نفسه ، إلا أن يتعين عليه أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره))^(٤) .

ج - واستثنى الشافعية^(٥) أيضاً من القول بجواز الرد المطلق للوديعة المكلف بالحفظ متى أراد ذلك حالة ما إذا كان قبول الوديعة في حقه واجب أو مندوب ، وفيما إذا لم يرض مالكها بقبولها ؛ لأن القول بجواز ردها في حق الوديعة مناقضاً للقول بوجوب حفظها عليه حيث يجب أو بندبه حيث تُدب^(٦) ، وهذا ما قاله ابن حجر الهيتمي^(٧) : ((ولهما ، يعني للمالك الاسترداد ، وللوديعة الرد في كل وقت ؛ لجوازها من الجانبين . نعم ، يحرم الرد حيث وجب القبول ويكون خلاف الأولى حيث تُدب ولم يرضه المالك))^(٨) ، وقال الرملي في حاشيته على أسنى المطالب : ((ولو طالب المودع المالك بأخذ وديعته ، لزمه أخذها ؛ لأن قبول الوديعة لا يجب ، فكذا استدامة حفظها ، ومنه يؤخذ أنه لو كان في حالة يجب فيها القبول ، لا يجوز للمالك الامتناع))^(٩) .

(١) - انظر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : علي حيدر ٢٦٣/٢ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٥/١ ، ضوابط العقد : د. عدنان التركماني ٢٦٢ .

(٢) - انظر ، حاشية الرملي على أسنى المطالب : ٧٦ / ٣ ، المنشور في القواعد الفقهية : الزركشي ٤٠١/٢ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٥٠ / ٢ .

(٣) - انظر ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٥٠/٢ ، عقد الوديعة : نزيه حماد ٢٣ .

(٤) - المنشور في القواعد الفقهية : الزركشي ٤٠١ : ٢ .

(٥) - مقضى المحتاج : ١٠٤/٣ ، تحفة المحتاج ١٠٥/٧ .

(٦) - ابن حجر الهيتمي : (٩٠٩ - ٩٧٤) : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الانصاري ، شهاب الدين شيخ الاسلام ، أبو العباس : فقيه باحث مصري ، مولده في محلة أبي الهيثم (من إقليم الغربية بمصر) وإبائها نسبه . من تصانيفه : (تحفة المحتاج لشرح المنهاج الفتاوى الفقهية الكبرى) الأعلام للزركلي : ١ / ٢٣٤ .

(٧) - عقد الوديعة : نزيه حماد ٢٣ .

(٨) - تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ١٠٥ / ٧ .

(٩) - حاشية الرملي على أسنى المطالب : ٨٤/٣ .

ثانياً - عقد الإعارة :

* - تعريفها ومشروعيتها :

الإعارة في اللغة : من التعاور ، وهو التداول والتناوب مع الرّكّ ، والإعارة مصدر أعار والاسم منه العارية ، وتطلق على الفعل ، وعلى الشيء المعار ، والاستعارة طلب الإعارة^(١) أما في الاصطلاح : فقد عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة فحواها أن الإعارة : عقد يفيد تملك المنافع بلا عوض ، فقال صاحب الدر المختار : ((العارية تملك المنافع مجاناً))^(٢) وقال المرغيناني إنها : ((تملك المنافع بغير عوض))^(٣) ، وعرفها المواق أيضاً بقوله : ((تملك منفعة مؤقتة بلا عوض))^(٤) ، وأما الخطيب الشربيني فقال العارية شرعاً : ((إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه))^(٥) ، وقال ابن قدامة العارية : ((إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال))^(٦) ، أما البهوتي فقال : ((الإعارة إباحة نفعها بغير عوض))^(٧) . وقال الأستاذ مصطفى الزرقا : ((الإعارة عقد يرد على تملك المنفعة مجاناً ، فهو تبرع بالمنافع))^(٨) .

هذا وحث الإسلام على الإعارة ؛ لأنها قريبة يندب فعلها لقوله تعالى : ((وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّغْوَى))^(٩) وقوله جل وعلا : ((وَيَمْتَعُونَ الْمَاعُونَ))^(١٠) فسرهُ بعض المفسرين بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس والإبرة ونحوها^(١١) . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : في خطبة الوداع : ((العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة . والزعيم غارم))^(١٢) .

(١) - انظر ، مختار الصحاح : مادة / عور / ١ / ٤٦٧ ، المصباح المنير : مادة / عور / ٢ / ٤٣٧ ، القاموس المحيط : مادة / عور / باب الرء فصل العين ١ / ٥٧٣ - ٥٧٤ .

(٢) - الدر المختار : الحصفي ٥ / ٦٧٧ .

(٣) - بداية المبتدئ : المرغيناني ١ / ١٨٣ .

(٤) - التاج والإكليل : العبدري ٥ / ٢٦٨ .

(٥) - معني المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٣٥٦ .

(٦) - المعني : ابن قدامة ٥ / ١٢٨ .

(٧) - كشف القناع : البهوتي ٤ / ٦٢ .

(٨) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١ / ٥٢٥ .

(٩) - سورة المائدة : الآية ٢ .

(١٠) - سورة الماعون : الآية ٧ .

(١١) - الدراري المضية : ١ / ٣٣٤ .

(١٢) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب الأيمان والنذور ، باب في تضمين العارية / ٣٥٦٥ ، والترمذي في سننه : كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة / ١٢٦٥ وقال : حديث حسن غريب ، أخرجه ابن ماجه : كتاب الصدقات ، باب العارية / ٢٣٩٨ ، والنسائي في سننه : كتاب العارية ، باب تضمين العارية / ٥٧٨٢ ، . جاء في مصباح الزجاجة : ٣ / ٦٢ (هذا إسناد صحيح رجاله ثقات وله شاهد في السنن الأربعة من حديث الحسن عن سمرة وروى أبو داود الجملة الأولى منه من حديث أبي أمامة الباهلي) .

وروى صفوان بن أمية ، أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال : أغصباً يا محمد ، قال بل عارية مضمونة ((^(١)).

** - فسخ عقد الإعارة :

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢) على أن عقد الإعارة أيضاً من العقود الجائزة غير اللازمة في حق المعير والمستعير ، وهذا يجعل لهما الحق في فسخه وردّ العارية متى أرادا ذلك سواء أكانت العارية مؤقتة أم مقيدة أم لم تكن ، وهذا ما أشار إليه البابرتي بقوله : ((وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء))^(٣) ، وقال البهوتي أيضاً : ((وللمستعير الردّ ، أي ردّ العارية متى شاء ؛ لأنها ليست لازمة ، ولمعير الرجوع في عارية متى شاء مطلقاً كانت العارية أو مؤقتة))^(٤) ، أما الخطيب الشربيني ، فقال : ((ولكل منهما ، أي المعير والمستعير ردّ العارية متى شاء وإن كانت مؤقتة والمدة باقية ؛ لأنها مُبرّرة^(٥) من المعير وارتفاق من المستعير فلا يليق بها الإلزام))^(٦) .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية أيضاً ما نصه ((للمعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء ، ليست العارية عقداً لازماً ، وإنما هي من التبرعات))^(٧) .
وقال علي حيدر في شرحه على المجلة : ((للمعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء ، ويستردّ المعار ، ولو لم يستعمل المستعير العارية سواء أكانت الإعارة مؤقتة أم مقيدة أم لم تكن وللمستعير أيضاً أن يفسخ عقد الإعارة))^(٨) .

(١) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب البيوع ، باب تضمين العارية / ٣٥٦٢ ، والنسائي في سننه : كتاب العارية ، باب تضمين العارية / ٥٧٧٨ / والحاكم في المستدرک : كتاب البيوع / ٢٣٠٠ / وقال : (هذا الحديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه) ، ، جاء في عون المعبود : ٣٤٦/٩ (قال المنذري وفيه أيضاً الإرسال والجهالة) . وفي نيل الأوطار : ٦ / ٤١) وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث) .

(٢) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٦٧٨/٥ ، العناية شرح الهداية : المرغيناني ٣/٩ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٤٩/٢ ، المنثور في القواعد الفقهية : الزركشي ٣٩٨/٢ الأشباه والنظائر : السيوطي ١/ ٢٧٥ ، كشاف القناع : البهوتي ٦٥/٤

(٣) - العناية شرح الهداية : البابرتي ٣ / ٩

(٤) - كشاف القناع : البهوتي ٦٥/٤

(٥) - سميرة : زائدة وغالبية

(٦) - مقني المحتاج : الخطيب الشربيني ٣٦٤/٢

(٧) - مجلة الأحكام العدلية : المادة / ٨٠٦

(٨) - درر الحكام شرح مجلة الأحكام : علي حيدر ٣٣٩/٢

أما المالكية^(١) : فيرون بوجوب لزوم عقد الإعارة في حالتين : قبل الانتفاع بها ، وقبل انقضاء المدة المحددة لها إذا كانت مؤقتة إلى أجل معلوم ، فإذا لم يتحدد الأجل ، يلزم المعير من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية^(٢).

وعليه : ليس للمعير عندهم أن يفسخ عقد الإعارة ويسترجع العارية قبل الانتفاع بها أو انتهاء مدتها بالشرط أو العرف أو العادة ، قال ابن رشد : ((وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية))^(٣).

أما إذا كانت العارية مطلقة فللمعير تركها بقدر ما ينتفع بها المستعير الانتفاع المعتاد^(٤) ، ولكن الدردير في الشرح الكبير قال : ((الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب))^(٥).

وتجدر الإشارة إلى أن ابن رشد ذكر سبب الخلاف بين الجمهور والمالكية بقوله : ((وسبب الخلاف ما يوجد فيها - العارية - من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة))^(٦).

خلاصة القول : إن المالكية لا يجيزون فسخ عقد الإعارة إذا كانت مؤقتة بأجل معلوم أو مقيدة بعمل محدود يقتضيهما الشرط أو العرف أو العادة ، بينما يسوغون الفسخ في حالة العارية المطلقة .

أما المستعير فله أن يفسخ عقد الإعارة ويرجع عن استعارته متى شاء وذلك باتفاق المالكية^(٧) .

ولكنني أميل إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في جواز فسخ عقد الإعارة للمعير والمستعير ما لم يلحقه ضرر بذلك رفعا للخرج عن المعير فيما لو احتاج عاريتها وتشجيعا للناس على بذلها لتحقيق التعاون المأمور به ، فلو شعر المعير أنه سينتظر إلى انتهاء الانتفاع

(١) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢٣٥/٢ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : الخطاب ٢٧١/٥ ، منح الجليل شرح

مختصر خليل : عيش ٦٢/٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ابن عرفة ٤٣٩/٣ .

(٢) - انظر ، بداية المجتهد : ابن رشد ٢٣٥/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٦٢/٥

(٣) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢٣٥/٢

(٤) - انظر ، المراجع السابقة .

(٥) - الشرح الكبير : الدردير ٤٣٩/٣

(٦) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢٣٥/٢

(٧) - انظر ، المراجع السابقة .

بها أو انقضاء مدتها لتلكا في بذلها ، إن لم يمنعها من الأصل .

***** - ما يستثنى من جواز فسخ عقد الإعارة :**

استثنى جمهور الفقهاء من جواز الفسخ المطلق لعقد الإعارة حالة ما يسببه هذا الفسخ من ضرر بالمستعير خاصة إذا كانت الإعارة مؤقتة ، ومثلوا له بالأرض فيما لو أعارها صاحبها إلى غيره للزراع أو الغرس أو البناء مدة معينة ، فزرع فيها المستعير أو غرس أو بنى ثم رجع المعير وطلب استرداد الأرض وفسخ العقد قبل انقضاء المدة المحددة^(١) ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

قال الحنفية والشافعية والحنابلة : لا يجوز للمعير استرداد الأرض المعارة قبل استحصاد الزرع ؛ لأن له نهاية محددة ومعلومة ، ولكن يتحول العقد عندئذ إلى عقد إجارة بأجر المثل من وقت الرجوع إلى وقت الحصاد ، رفعا للضرر عن المعير والمستعير ومراعاة لحقهما في ذلك ، بخلاف الغرس أو البناء الذي أجاز للمعير أن يرجع العارية - الأرض - ويفسخ العقد مطلقا متى شاء وعندها يكف المستعير بقلع الغراس وهدم البناء وتسليم الأرض خلية عنهما إن لم يضر القلع أو الهدم بأرض المعير ، فإن أضر بها كان المعير بالخيار إن شاء أخذ الغرس والبناء بالضمان ، وإن شاء رضي بالقلع ، بناء على أنه ليس لهما وقت معلوم ينتهيان إليه^(٢).

هذا وأكد الفقهاء أنه في حالة الإعارة المؤقتة بوقت معلوم ، فإن رجوع المعير بالعارية وفسخه للعقد قبل انتهاء وقته يلحق ضررا بالمستعير ؛ لأن المعير قد غرره بالوقت تغريرا أضر به ؛ لذا قالوا : بتضمين المعير مقدار تفاوت قيمة البناء أو الغرس من وقت القلع أو الهدم إلى انتهاء مدة الإعارة المضروبة لها^(٣) .

(١) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٣٦٤/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٦٥-٦٢ / ٥

(٢) - انظر ، الدر المختار : الحصكفي ٦٨٢/٥ ، العناية شرح الهداية : البابرتي ١٤/٩ وما بعدها ، كشاف القناع : البيهوتي

٦٦/٤ ، معني المحتاج : ٣٦٦/٢ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٣٦٤/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي

٦٥-٦٢ / ٥ .

(٣) - انظر ، المراجع السابقة .

ثالثاً - عقد الشركة^(١) :

*- الشركة لغة : المخالطة بين الشريكين ، يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقد اشترك الرجلان وتشاركا ، أي شارك أحدهما الآخر^(٢) ، وجاء في كتاب مقاييس اللغة : الشركة هي أن يكون الشيء بين اثنين لا يفرد به أحدهما ، يقال : شاركت فلاناً في الشيء إذا صرت شريكه^(٣) .

وعليه : فإن الشركة في اللغة : تعني الاختلاط ، أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما^(٤) .

**- أما في الاصطلاح الشرعي : فإن معناها لا يخرج عن المعنى اللغوي السابق إلا أن عبارات الفقهاء اختلفت في بيان تعريفها اختلافاً يظهر حقيقتها ، فقال الحنفية : ((الشركة : عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح))^(٥) .

قال المالكية : ((الشركة هي : إذن في التصرف لهما مع أنفسهما))^(٦) وهذا يعني أن الشركة عندهم عبارة عن : إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما^(٧) .

أما الشافعية فقالوا : الشركة : ((هي ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشروع))^(٨) وعرفها الحنابلة أيضاً : بقولهم : ((هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف))^(٩) .

يظهر من تعاريف المالكية والشافعية والحنابلة أنهم تناولوا تعريف الشركة بالنظر إلى هدفها وأثرها أو النتيجة المترتبة عليها ، أما الحنفية فكان تعريفهم لها يبين حقيقتها بقولهم :

.....

(١) - قال ابن عابدين : ((يطلق اسم الشركة على العقد مجازاً لكونه سبباً لها ، فالعقد سبب الشركة التي حقيقتها الخلط ، فتعلقة السببية من إطلاق اسم المسبب على السبب)) ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٢٩٩/٤ .

(٢) - لسان العرب : ابن منظور مادة /شرك/ ، وانظر ، القاموس المحيط : الفيروزآبادي باب الكاف فصل الشين ، المصباح المنير : الفيومي مادة / شرك / ٣١١ .

(٣) - المقاييس في اللغة : ابن فارس ٢٦٥ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلتها : د. وهبه الزحيلي ٧٩٢/٤ ، وانظر ، مجمع الأنهر في شرح منتقى الأبحر ٧١٤/١ .

(٥) - الدر المختار : الحصكفي ٢٩٩/٤ ، مجمع الإبهار في شرح منتقى الأبحر ٧١٤/١ .

(٦) - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٤٨/٣ ، شرح مختصر خليل للخرشي ٣٨/٦ ، التاج والإكليل : المواق ٦٤/٧ ، مواهب الجليل : الخطاب ١١٧/٥ .

(٧) - المراجع السابقة .

(٨) - مفتي المحتاج ٢٨٧/٢ ، الإقناع : الشربيني ٣١٦/٢ ، فتح الوهاب : زكريا الأنصاري ٣٦٩/١ .

(٩) - المغنى : ابن قدامة ٣/٥ ، الإصناف : المرادوي ٤٠٧/٥ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : الرحبتي ٤٩٣/٣ .

إنها عقد (١) ، لذا يمكن القول : إن تعريفهم أولى التعاريف بمرادنا في هذا البحث .
وتجدر الإشارة إلى أنه قد ثبتت مشروعية الشركة بالقرآن الكريم والسنة الشريفة .
أما القرآن فقد قال الله تعالى : ((فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَثِ)) (٢) وقال أيضاً جل وعلا : ((وَإِنَّ
كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ)) (٣)
وأما السنة النبوية المطهرة فقد جاء في الحديث القدسي فيما يروى عن أبي هريرة مرفوعاً
إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله عزوجل يقول : ((أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكِينَ مَا لَمْ يَخُنْ
أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا)) (٤) .

*** - فسخ عقد الشركة :

أجاز جمهور الفقهاء (٥) الفسخ المطلق لعقد الشركة من قبل الشركاء المتعاقدين متى
يشاؤون ، باعتبار أن هذا العقد من العقود الجائزة غير اللازمة شريطة إعلام المتعاقدين الآخر
بالفسخ ، بحيث لا ينفذ إلا من حين علم الآخر به ؛ لأن الفسخ من غير علم الشريك الآخر
إضرار به وهذا عند الحنفية (٦) ، فقد قال الكاساني : ((إنه عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل
واحد منهما بالفسخ ، إلا أن شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه ، أي بعلمه ؛
لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه)) (٧) .

(١) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدائه : د. وهبه الزحيلي ٧٩٣ / ٤ ، وتجدر الإشارة إلى أن ((الشركة في ذاتها قد تكون شركة ملك مشترك
بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً ، وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه
بالمال أو بالعمل ويشتركون في نتائجه ، فشركة الملك من قبيل الملك الشائع وليست من العقود وإن كان سببها قد يكون عقداً أما شركة
العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصود هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة)) المدخل الفقهي العام : الزرقا ١ / ٦٦٦ .
(٢) - سورة النساء : الآية ١٢ .
(٣) - سورة ص : الآية ٢٤ .

(٤) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب البيوع ، باب في الشركة / ٣٢٨٣ ، وأخرجه الحاکم في المستدرک : کتاب البيوع / ٢٣٢٢ /
وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وأخرجه البيهقي في سننه : كتاب الشركة ، باب الأمانة في الشركة وترك الخيانة / ١١٢٠٦ .
قال صاحباً عون المغنود : ١٧٠ / ٩ ((عن أبي حنّان الثمّني عن أبيه إِبْنِ إِبْنِ قَالَ الزُّرْكَشِيُّ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ الرَّافِعِيِّ : هَذَا الْحَدِيثُ صَحِيحٌ
الْحَاسِمِ وَأَعْلَى ابْنِ الْقَطَّانِ بِالْجَهْلِ بِحَالِ سَعِيدِ بْنِ حَنَانٍ وَابْنِ أَبِي حَنَانٍ ، فَإِنَّهُ لَا يُعْرَفُ لَهُ حَالٌ وَلَا يُعْرَفُ رَوَى عَنْهُ غَيْرُ ابْنِهِ . وَقَالَ الْحَافِظُ ابْنُ
خَبْرٍ ذَكَرَهُ ابْنُ حَنَانٍ فِي الثَّقَاتِ ، وَتَكَرَّرَ أَنَّهُ رَوَى عَنْهُ ابْنُ حَنَانٍ ابْنُ يَزِيدٍ كَذَا فِي مِرْقَاةِ الصُّعُودِ . قُلْتُ اسْمُ أَبِي حَنَانٍ يَحْيَى بْنُ سَعِيدِ بْنِ
حَنَانٍ . قَالَ فِي التَّفْرِيغِ : ثِقَةٌ عَابِدٌ وَأَبُو سَعِيدِ ابْنِ حَنَانٍ الثَّمِينِيُّ وَثِقَةٌ الْجَبَلِيُّ كَمَا فِي التَّفْرِيغِ)) . وفي نيل الأوطار : ٣٩٠ / ٥ ((الحديث
صححه الحاکم وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حنان وقد ذكره ابن حبان في الثقات وأعله أيضاً ابن القطان بالإرسال فلم يذكر فيه أبا
هريرة وقال إنه الصواب . وسكت أبو داود والمنذري عن هذا الحديث وأخرج نحوه أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب والترهيب عن حكيم
بن حزم)) .

(٥) - انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٣ / ٣٢٣ ، العناية شرح الهداية : البابرتي ١٩٥ / ٦ ، بدائع الصنائع : الكاساني
٧٧ / ٦ ، مقسئ المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٢٩١ - ٢٩٢ ، المغني : ابن قدامة ٥ / ١٤ ، كشاف القناع : البهوتي ٣ / ٥٠٦ ، المدخل
الفقهي العام ١ / ٥٢٦ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٤٩٢ .

(٦) - انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٣ / ٣٢٣ ، العناية شرح الهداية : البابرتي ١٩٥ / ٦ ، بدائع الصنائع : الكاساني ٧٧ / ٦
الفتاوى الهندية : ٢ / ٣٣٥ .
(٧) - بدائع الصنائع : الكاساني ٧٧ / ٦ .

أما الشافعية والحنابلة في المشهور عندهم^(١) : لم يشترطوا لجواز الفسخ علم الطرف الآخر به ، فقال ابن رجب الحنبلي : « عقود المشاركات كالشركة والمضاربة ، والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم »^(٢) ، وقال الخطيب الشربيني : « إن عقد الشركة جائزة من الطرفين ، ولكل من الشريكين فسخه متى شاء كالوكالة ، وينعزلان عن التصرف جميعاً بفسخهما أي يفسخ كل منهما »^(٣) .

أما المالكية : فقد اختلفت اجتهاداتهم الفقهية في اعتبار عقد الشركة من العقود اللازمة أم من العقود غير اللازمة :

فقال ابن رشد : « وهي من العقود الجائزة ، لا من العقود اللازمة ، أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء »^(٤) ، بمعنى أنه يحق لكل من الشريكين الفسخ المطلق لعقد الشركة .

وقال الحطاب : « وأما لزومها بعد العقد ففيه طريقان ، قال ابن عبد السلام في شركة الأموال : المذهب لزومها بالعقد دون الشروع وقال ابن عرفة قول ابن عبد السلام : إن المذهب لزوم الشركة بالعقد دون الشروع ، وهو مقتضى قول ابن الحاجب »^(٥) ، وقال الدردير : « المذهب لزومها بالعقد مطلقاً »^(٦) .

ومنه يتبين أن ابن رشد خالف فقهاء المالكية باعتبار عقد الشركة عقد غير لازم ، وهو مذهب جمهور الفقهاء كما رأينا ، وهذا ما أميل إليه رعاية لمصلحة الشريك الفاسخ ورفعاً للحرص والضرر عنه ؛ لأنه قد يظهر له أن من مصلحته عدم الاستمرار في الشركة أو أنه محتاج لماله .

(١) - انظر ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٢:٢٩١ وما بعدها ، المغني : ابن قدامة ٥ / ١٤ ، كشاف القناع : البيهوتي

٥٠٦/٣ ، القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ١١٥ .

(٢) - القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ١١٥

(٣) - مغني المحتاج ٢/٢٩١-٢٩٢

(٤) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢/١٩٢ .

(٥) - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : الحطاب ٥/١٢٢ .

(٦) - اشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : الدردير ٣/٣٤٩

**** - هل يشترط لصحة الفسخ في عقد الشركة أن يكون مالها ناضاً^(١)؟ أم أنه

لا يشترط ذلك :

ذهب الحنفية والحنابلة في الراجح عندهم والشافعية^(٢) إلى جواز فسخ عقد الشركة مطلقاً سواء أكان المال ناضاً أم عروضاً ، فقد قال البيهوتي : « والمذهب أنه ينعزل مطلقاً وإن كان عرضاً^(٣) » ، وجاء في الفتاوى الهندية : « تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضاً وهو المختار^(٤) » ، وقال الكاساني : ولا رواية عن أصحابنا في الشركة^(٥) في إشارة واضحة إلى أنه لا يشترط كون المال ناضاً أم عروضاً عند الفسخ . إلا أن الطحاوي^(٦) والزيلعي من الحنفية وابن رشد من المالكية ذهبوا إلى ضرورة أن يكون المال ناضاً لا عروضاً ، فإن كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ ، لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة عندئذ^(٧) .

أما القاضي من الحنابلة الذي اشترط أن يكون مال الشركة ناضاً لجواز الفسخ أوضح أن المال إن كان عروضاً يبقى لكل من الشريكين الحق في التصرف فيه إلى أن ينض ، وليس لهما أي تصرف آخر كالرهن أو الحوالة أو البيع بغير النقد الذي ينض به المال^(٨) .
بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الراجح عند جمهور الفقهاء أنه يجوز لكل من الشريكين أن يستقل بالفسخ سواء أكان مال الشركة نقوداً أم عروضاً .

هذا وفي حالة كونه عروضاً أوضح الحنابلة أنه يمكن لهما أن يتفقا على البيع والقسمة وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع ، أجيب طالب القسمة ؛ لأنها تحقق لكل منها ما يستحقه أصلاً وربحاً . بخلاف عقد المضاربة التي يجاب لطلب العامل في البيع وإن أبي رب

(١) - النض : أن تستحول أموال الشركة نقوداً بعد أن كانت أمتعة ، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والديناتير : النض والناض .

((الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٨٢٩/٤))

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٧٧/٦ ، الفتاوى الهندية : ٣٣٥/٢ ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ١٩٥/٦ ، المعنى :

ابن قدامة ١٤/٥ ، كشاف القناع ٥٠٦/٣ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : الرحيباني ٥٠٢/٣ ، الاقناع :

الشربيني ٣١٩/٢ ، روضة الطالبين : النووي ٢٨٣/٤

(٣) - كشاف القناع : البيهوتي ٥٠٦/٣

(٤) - الفتاوى الهندية : ٣٣٥/٢

(٥) - بدائع الصنائع : الكاساني ٧٧/٦

(٦) - الطحاوي : الطحاوي (٢٣٩ - ٣٢١) : أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأردني الطحاوي ، أبو جعفر : فقيه انتهت إليه

رياسة الحنفية بمصر ، ولد ونشأ في (طحا) من صعيد مصر ، وتفقه على مذهب الشافعي ، ثم تحول حنفياً ، من تصانيفه : (شرح

معاني الآثار وبيان السنة وأحكام القرآن) سير أعلام النبلاء : ٢٧/١٥ ، طبقات الفقهاء : ١٤٨ ، الأعلام للزركلي : ١ / ٢٠٦

(٧) - بدائع الصنائع : الكاساني ٧٧/٦ ، بداية المجتهد : ابن رشد ١٨١/٢

(٨) - انظر ، المعنى : ابن قدامة ١٤/٥ ، كشاف القناع : البيهوتي ٥٠٦/٣

المال أجبر عليه ؛ لأن حق العامل يكمن في الربح ، وهو لا يحصل إلا بالبيع^(١) .
وهذا يقودنا إلى ضرورة بيان صفة عقد المضاربة أيضاً :

المضاربة : نوع من الشركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر وتسمى مقارضة وقراضاً ، وقد عرفها الفقهاء بأنها عقد على الاشتراك في الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيه من الطرف الآخر^(٢) .

وقد ثبتت مشروعيتها في القرآن في قوله تعالى : «وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ»^(٣) ، وقوله سبحانه وتعالى : «فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ»^(٤) وقوله تعالى : «لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ»^(٥) فهذه الآيات بعمومها دلت على إطلاق العمل في المال بالمضاربة .

اتفق جمهور الفقهاء^(٦) على أن عقد المضاربة من العقود غير اللازمة في حق العامل وصاحب المال ، فيحق لكل منهما فسخه متى شاء سواء أكان ذلك قبل شروع العامل في العمل أم بعده ؛ لأنه نوع من أنواع الشركات شريطة أن يكون رأس المال ناضباً أي نقوداً عند الفسخ باتفاق الحنفية .

أما المالكية فقالوا : إنها عقد غير لازم قبل الشروع بالعمل ، وأنه يحق لكل من المتعاقدين فسخ العقد ، أما بعد الشروع بالعمل فإنه عقد لازم في حقهما ، فلا يجوز الفسخ حتى ينض المال ويتحول إلى نقود^(٧) .

ومرجع الخلاف بين الفريقين : هو أن المالكية جعلوا العقد لازماً بعد الشروع لما يترتب على الفسخ من ضرر ، أما جمهور الفقهاء فقد شبهوا الشروع بالعمل بما قبله ؛ لأن المضاربة تصرف في مال الغير بإذنه ، فيملك كل واحد من العاقدين فسخ العقد كالوديعة والوكالة^(٨) .

(١) - النظر ، المغنسي : ابن قدامة ١٤/٥ - ٣٨ ، الإصناف : المرادوي ٤٤٩/٥ ، كشاف القناع : البهوتي ٥٠٦/٣ ، مغنى المحتاج ٢/٢٩٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٨٤٠/٤ .

(٢) - أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٤٩٣ ، اختبارات ابن قدامة ٣٣٤/٢ .

(٣) - سورة المزمل : الآية ٢٠ .

(٤) - سورة الجمعة : الآية ١٠ .

(٥) - سورة البقرة : الآية ١٩٨ .

(٦) - النظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ١٠٩/٦ ، المغنسي : ابن قدامة ٣٨/٥ ، كشاف القناع : البهوتي ٥٠٦/٣ ، حاشية الجبرمي : ٢٣٤/٢ .

(٧) - النظر ، بداية المجتهد : ابن رشد ١٨١/٢ ، شرح مختصر خليل للخرشي ٢٠٣/٦ ، حاشية الدسوقي : ٥٢٥/٣ ، مواهب الجليل : الحطاب ٣٨٧/٥ .

(٨) - النظر ، بداية المجتهد : ابن رشد ١٨١/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٨٤١/٤ .

المطلب الثالث

الفسخ بسبب أصالة عدم اللزوم في بعض العقود التي تلزم أحياناً

وجملة هذا النوع أربعة عقود ، هي : الوكالة ، الهبة ، الوصية ، التحكيم ، إذ إن أصالة عدم اللزوم فيها تكون مقيدة أحياناً ، وسنستعرض فيما يأتي عقدي الوكالة والهبة كمثال على هذه العقود التي تقبل الفسخ بسبب عدم لزومها قبولاً مقيداً في بعض الأحوال :

أولاً - الوكالة :

* - تعريف الوكالة :

تطلق الوكالة في اللغة ويراد بها الحفظ والتفويض ، فيقال : وكلت الأمر إليه وكلاً ووكولاً ، فوضئته إليه واكتفيت به ، ووكلته توكيلاً فتوكل : قبل الوكالة ، والوكيل القائم بما فوض إليه^(١) .

ونلمس هذا المعنى في قوله تعالى : ((وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَبِعَمَّ الْوَكِيلُ))^(٢) أي الكافي والحافظ^(٣) ، وقوله جل وعلا مخبراً عن هود عليه السلام : ((إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ))^(٤) ، أي اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه^(٥) .

أما في الاصطلاح الشرعي فقد تعددت عبارات الفقهاء في تحديد معنى الوكالة فقهاً ، لكن مرادهم واحد لا يخرج عن المعنى اللغوي السابق .

فقال الحنفية : الوكالة : ((هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم))^(٦) . وقال الزيلعي من الحنفية أيضاً : ((التوكيل : تفويض التصرف إلى الغير ، وسمي الوكيل

(١) - المصباح المنير : الفيومي مادة / وكل / ٦٧٠ ، المغرب : ناصر المطرزي مادة / وكل / ٤٩٤ .

(٢) - سورة آل عمران : الآية ١٧٣

(٣) - انظر ، تفسير القرطبي ٢٨٢/٤ ، تفسير الطبري ١٧٨/٤

(٤) - سورة هود : الآية ٥٦

(٥) - انظر ، فتح القدير : الشوكاني ٥٠٥/٢ ، تفسير الطبري ٦٠/١٢

(٦) - تبيين الحقائق : الزيلعي ٢٥٣/٤ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٥/٧ ، البحر الرائق : ابن نجيم ١٣٩/٧

وكيلاً ؛ لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره أي فوضه إليه ، واعتمد فيه عليه ، والوكيل : القائم بما فوض إليه^(١) .

وقال المالكية : الوكالة شرعاً : *« نياية ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته »*^(٢) .

وأما الشافعية فقالوا : *« هي تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة ليفعله في حياته »*^(٣) وقال الحنابلة أيضاً : *« إنها استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة »*^(٤) .

الاحظ من هذه التعاريف أن الوكالة في الاصطلاح الفقهي عبارة عن عقد بين طرفين يقوم على تفويض أحدهما الآخر في التصرف والنيابة عنه ، وهذا ما أوضحه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : *« وهي عقد يفوض الإنسان غيره وينبئه عن نفسه في التصرف »*^(٥) .

وتجدر الإشارة إلى أن التصرف المشار إليه في التعريف يشمل التصرفات المالية من بيع وشراء وغيرهما من كل ما يقبل النيابة شرعاً كالإذن بالدخول^(٦) .

هذا وقد ثبتت مشروعيتها في القرآن الكريم في قوله تعالى : *« فابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا »*^(٧) .

** - فسخ عقد الوكالة :

اتفق الفقهاء على أن عقد الوكالة من العقود غير اللازمة بطبيعتها في حق المتعاقدين إذا كانت بغير أجر ، فللموكل فسخ عقدها وعزل وكيله متى شاء ، وللوكيل كذلك عزل نفسه وفسخ العقد ؛ لأن عقد الوكالة في حقيقة الأمر ما هو إلا إذن في التصرف - كما رأينا في التعريف السابق - فيجوز لكل واحد منهما الرجوع عنه ، ثم إن الوكالة استعانة وإعانة

(١) - تبيين الحقائق : الزيلعي ٢٥٤/٤ .

(٢) - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : الخطاب ١٨١/٥ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٥٠١/٣ .

(٣) - معني المحتاج : ٢٩٤/٢ .

(٤) - كشاف القناع : البهوتي ٤٦٨/٣ ، الروض المربع : البهوتي ٢٣٩/٢ ، دليل الطالب : مرعي بن يوسف الحنبلي ١٣٣/١ .

(٥) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٧/١ .

(٦) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٠/٦ وما بعدها ، حاشية التسوقي : ٣٧٧/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ٢١٥ ، المهذب : ٣٤٨/١ ، المعني : ٥٢/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٧٢/٥ .

(٧) - سورة الكهف : الآية ١٩ .

فللموكل أن يمتنع عن طلب الاستعانة ؛ لأنه قد يرى أن من مصلحته ترك ما وكل فيه أو توكيل آخر ، كما أن الوكيل قد يعرض له ما يمنعه عن العمل وتقديم الإعانة ، فيكون لزوم العقد عندئذ مضراً بهما^(١) ، قال ابن حجر الهيتمي : ((الوكالة جائز - أي عقدها - من الجانبين ؛ لأن لزومها يضرهما))^(٢) .

هذا واشترط الحنفية^(٣) والمالكية في الراجح عندهم^(٤) ورواية عن الإمام أحمد^(٥) علم الوكيل بالعزل ؛ لأنه فسخ للعقد ، فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كسائر الفسوخ ، والعلم بالعزل يتم إما بحضوره أو بحصول علمه بذلك سواء أكان ذلك بالكتابة أو بالرسول أو بغيرهما من وسائل العلم بالخبر شريطة تصديقه عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين اللذين لم يشترطاً تصديق الوكيل له ، فعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه ، معللين ذلك بقولهما : ((إن الإخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الإخبار في سائر المعاملات))^(٦) ، أما أبو حنيفة فقد علل ما ذهب إليه بأن الإخبار عن العزل له شبه الشهادة ؛ لأن فيه التزام حكم المخبر وهو العزل ولزوم الامتناع من التصرف ، ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل ، فأشبهه الشهادة فيجب اعتبار أحد شروطها وهو العدالة والعدد^(٧) .

والسبب في اشتراط هذا الشرط هو أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٣٧/٦ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢٥٤/٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٣٦/٥ ، العناية شرح الهداية : ١٣٧/٨ ، بداية المجتهد : ٢٢٧/٢ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : الخطاب ٥/ ٢١٥ الشرح الكبير : ٣٩٦/٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٣٣٧/٥ ، مقني المحتاج : الخطيب الشربيني ٣١٣/٢ ، المقني : ابن قدامة ٤٧١/٥ ، كشاف القناع : البيهوتي ٤٧١/٣ ، اختيارات ابن قدامة : د. علي بن سعيد الغامدي ٢/ ٣٦٤ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٢٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/ ١٢٤-١٢٥ .

(٢) - تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٣٣٧/٥

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع ٦/ ٣٧ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٤ ، رد المحتار على المختار ٥/ ٥٣٦ ، العناية شرح البداية : ١٣٧/٨

(٤) - انظر ، مواهب الجليل : الخطاب ٥/ ٢١٥ ، الشرح الكبير : ٣/ ٣٩٦

(٥) - انظر ، المقني : ٥/ ٧١

(٦) - بدائع الصنائع : ٦/ ٣٧

(٧) - المرجع السابق .

في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع . كما أن في عزل الوكيل دون علمه إضراراً به من حيث إبطال ولايته بالعزل ، إذ إنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه ، فيدفع الثمن مثلاً إن كان وكيلاً بالشراء ، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع ، فيلزمه الضمان بذلك ؛ لأنه تصرف بدون إذن نتيجة فسخ العقد بالعزل ، وهذا يلحق به ضرراً ، والضرر مدفوع بحكم الشرع ، فكان لا بد من وصول العلم بالعزل إليه^(١) .

أما الشافعي في الأصح عنده ، والإمام أحمد في الرواية الثانية وهي الراجحة في مذهبه فلم يشترطوا علم الوكيل بالعزل لفسخ العقد ، فلو عزل الموكل وكيله انعزل في الحال سواء أحضر أم غاب وسواء علم أم لم يعلم ؛ لأن العزل ما هو إلا رفع عقد لا يفترق إلى رضا صاحبه ، فيصح بغير علمه كالطلاق^(٢) .

أما في حالة عزل الوكيل نفسه فيفسخ العقد به ، وتنتهي الوكالة شريطة إخبار الموكل بالعزل فيما لو لحقه ضرر به ، حماية لحقه وصيانة لماله ، ومنعاً من التغيرير به وهذا باتفاق المذاهب الفقهية^(٣) .

خلاصة القول : إنه يحق لكل من الموكل والوكيل فسخ عقد الوكالة متى يشاء كل منهما بشرط إعلام الوكيل بالفسخ عند الحنفية والمالكية وكذلك إعلام الموكل إذا كان الفسخ من جانب الوكيل باتفاق الفقهاء ، وذلك كله عندما يكون عقد الوكالة خال من الأجر ، فإذا تضمن أجراً ، فإننا نميز عندئذ حالتين :

الأولى منهما : إذا كانت الوكالة على سبيل الجعالة^(٤) ، فهي غير لازمة في حق الموكل

(١) - انظر ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٢٨٧/٤ ، العناية شرح الهداية : ١٣٩/٨ ، الشرح الصغير :

٥٢٣/٣ ، المعنى : ابن قدامة ٧١/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ١٢٥/٤

(٢) - انظر ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٣٣٨/٥ ، معني المحتاج : ٣١٤/٢ ، المعنى :

ابن قدامة ٧١/٥

(٣) - انظر ، تبيين الحقائق : ٢٨٧/٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٥٣٧/٥ ، بداية المجتهد : ابن رشد

٢٢٧/٢ ، معني المحتاج ٣١٤/٢ ، المعنى : ٧١/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ١٢٥/٤ .

(٤) - الجعالة : من جعل : وهو ما يجعل للإنسان من شيء على فعل ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٦٧٤/٣

والوكيل شأنها شأن الوكالة بغير أجر وذلك عند جمهور الفقهاء^(١) ، قال الخطيب الشربيني :
 ((الوكالة ولو بجعل جائزة من الجانبين))^(٢) ، إلا أن المالكية^(٣) قالوا: بلزومها في حق الجاعل
 الموكل فقط بعد الشروع بالعمل ، قال ابن عرفه الدسوقي : ((الوكالة الواقعة على وجه
 الجعالة لا تلزم واحداً منهما قبل الشروع بالعمل ، وتلزم الجاعل وهو الموكل بالشروع ، وأما
 المجعول له وهو الوكيل فلا تلزمه))^(٤).

والثانية : ما لو كانت على سبيل الإجارة بأن حُدّد العمل والمدة ، تكون عندئذ لازمة في حق
 الوكيل وموكله عند الحنفية والمالكية^(٥) ، جائزة غير لازمة عند الشافعية والحنابلة^(٦) ، فقد
 قال ابن عرفه الدسوقي أيضاً : ((الوكالة إذا وقعت على وجه الإجارة تلزم كلا من الوكيل
 والموكل بمجرد العقد))^(٧) .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الأصل في عقد الوكالة عدم اللزوم ، ولكنه قد يقيد في
 بعض الحالات الخاصة التي تمنع العزل ، وذلك في حالة تعلق حق للغير بها ، أو وجود
 ضرر يلحق أحد المتعاقدين فيما لو حصل العزل ، فيصبح فسخ العقد عندئذ مقيداً برضا
 صاحب الحق ، فإن أجاز العزل تم الفسخ وإلا فلا ، لتعلق حقه بالوكالة حينئذ^(٨) .
تطبيقات هذه المسألة :

ذهب الحنفية والمالكية^(٩) إلى أن عقد الوكالة يخرج من طبيعته في سلب اللزوم إذا تعلق

- (١) - انظر ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٣١٣ ، مطلب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : الرحيباني ٣ / ٤٥٣ ،
 أما الحنفية : فإن الجعالة أصلاً لا تجوز عندهم لما فيها من جهالة في العمل والمدة قياساً على سائر الإجازات ولكنهم أجازوها
 استحساناً في رد العبد الأبق ، انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٣ / ٦٧٤ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٠٣-٢٠٥ .
- (٢) - مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٣١٣ .
- (٣) - انظر ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه : ٣ / ٣٩٧ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣ / ٥٢٣ .
- (٤) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ابن عرفه ٣ / ٣٩٧ .
- (٥) - انظر ، الجامع الصغير : محمد بن الحسن الشيباني ١ / ٤٢١ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه : ٣ / ٣٩٧ ،
 حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣ / ٥٢٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥ / ١٢٤ .
- (٦) - انظر ، تحفة المحتاج : ٥ / ٣٣٨ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣١٣ ، المبدع : ٤ / ٣٨٥ ، الإصناف : ٥ / ٤٠٤ .
- (٧) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٣٩٧ .
- (٨) - انظر ، بدائع الصنائع : ٦ / ٣٨ ، تبين الحقائق : الزيلعي ٤ / ٢٨٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ١٢٥ .
- (٩) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٦ / ٣٨ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ابن الزيلعي ٤ / ٢٨٦ ، رد المحتار على
 الدر المختار : ابن عابدين ٥ / ٥٣ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٥ / ٢١٥ .

بها حق للغير ، فلا يصح عندئذ العزل وفسخ العقد إلا برضا صاحب الحق ؛ لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ولا سبيل إليه ، وأوضحوا ذلك من خلال الأمثلة الآتية^(١) :

١- مالورهن المدين مالا ، ووكل وكيلا بناء على طلب الدائن لبيع الرهن إذ لم يؤد الدين عند حلول أجله ، فلا يملك أيا من الموكل والوكيل فسخ عقد الوكالة دون رضا الدائن المرتين لتعلق حقه بها ، استيفاء لدينه وضمانة لتحصيل ماله.

٢- وكذا لو وكل آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غيابه ، وذلك ما لو كان لشخص عند آخر دين ثم أراد المدين السفر ، فطلب صاحب الدين من المدين أن يوكل عنه شخصا ليخاصمه في طلب الدين حال غيابه ، فوكل المدين وكيلا بالخصومة بناء على هذا الطلب ، ليس له عزل هذا الوكيل ، كما ليس للوكيل عزل نفسه ؛ لتعلق الحق بهذه الوكالة .

٣- وكذا لو وكل الموكل وكيلا في عمل معين لآخر في حالة غياب الموكل ، فلا ينعزل الوكيل قبل تمام العمل . كالوكالة على تسليم عين لشخص مع غياب الموكل ، فلا يجوز عزل الوكيل ، قبل إيصال الحق إلى صاحبه .

أما الشافعية^(٢) : فقد قالوا أيضا : إن عقد الوكالة غير اللازم بطبيعته ينقلب إلى عقد لازم فيما لو ترتب على عزل الوكيل ضرر كضياع مال الموكل أو فساده ، عندئذ يتعذر فسخ العقد منعا للضرر وحفاظا على مال الموكل . جاء في شرح المنهاج : ((لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله استولى على المال جائز حرم عليه العزل على الأوجه))^(٣) .

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٦ / ٣٨ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٤ / ٢٨٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٥ / ٥٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٣٩٧ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٥ / ٢١٥ المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٧ ، ضوابط العقد : د. عدنان التركماني ٢٦٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ١٦٦

(٢)- انظر ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٢ / ٣١٤ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٥ / ٣٣٨

(٣)- تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ابن حجر الهيتمي ٥ / ٣٣٨

ثانياً- الهبة :

** تعريف الهبة ومشروعيتها :

عرف الفقهاء : الهبة بالاصطلاح الشرعي تعاريف أفادت بأنها عقد يقتضي التملك حال الحياة بغير عوض تطوعاً^(١) .

نص هذا التعريف على أن الهبة عقد ، لذا لا بد من أن يتوافر فيه الإيجاب والقبول لانعقاده وهذا ما أوضحه فقهاؤنا عند تناولهم لهذا العقد^(٢) . فقال البابر تي : ((الهبة عقد مشروع))^(٣) ، ويفيد التعريف أيضاً أنه عقد يقوم على التملك وفي هذا إخراج لعقد العارية والوقف والضيافة ؛ لأن هذه الأشياء قائمة على عدم التملك ، أما قيد حال الحياة فالإخراج الوصية ، والقول : بغير عوض لإخراج عقود المعاوضات من بيع وإجارة ونحوها ، تطوعاً ، قيد آخر أيضاً يُخرج الواجب من زكاة ونذر وكفارة ونحوها^(٤) .

والهبة مشروعة في الإسلام ومدنوب إليها ؛ لقوله تعالى : ((فَإِنْ طِئِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِينًا مَّرِينًا))^(٥) ، وقول سبحانه تعالى : ((وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ))^(٦) ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((تهادوا تحابوا))^(٧) .

(١) - انظر ، المبسوط : السرخسي ٤٧/١٢ ، العناية شرح الهدية : ١٩/٩ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٢٨٤ / ٧

، الدر المختار وعليه الدر المختار : الحصكفي ٦٨٧/٥ ، مغني المحتاج : ٥٣٧/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ /

٩٧ ، مواهب الجليل في شرح : الحطاب ٤٩/٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيلي ٥ / ٥ - ٦

(٢) - انظر ، المراجع السابقة

(٣) - العناية شرح الهدية : البابر تي ١٩/٩

(٤) - انظر ، المراجع السابقة

(٥) - سورة النساء : الآية ٤

(٦) - سورة البقرة : الآية ١٧٧

(٧) - أخرجه الترمذي : كتاب الولاء والهبات ، باب في حث النبي صلى الله عليه وسلم على التهادي / ٢١٣٠ / بلفظ : (تهادوا

فإن الهدية تذهب وحر الصدر) ، وقال : هذا حديث غريب من هذا الوجه ، أخرجه البيهقي في سننه من حديث أبي هريرة :

كتاب الهبات ، باب التحرض على الهبة والهدية والصلة بين الناس / ١١٧٢٦ / ، وقال الصنعاني : (حديث أبي هريرة

عن النبي صلى الله عليه وسلم : تهادوا تحابوا رواه البخاري في الأدب المفرد وأبو يعلى بإسناد حسن وأخرجه البيهقي وفي كل

رواته مقال والمصنف قد حسن إسناده ولشواهد التي منها هذا الحديث وإن كان ضعيفاً) سبل السلام : ٩٢/٣ . في نيل

الأوطار : ١٠٠/٦ (قال الحافظ : إسناده حسن وقد اختلف فيه على ضمام فقيل عنه عن أبي قبيل عن عبد الله بن عمر)

وقوله عليه السلام: ((لا تُحْقِرَنَّ جَارَةً لِجَارَتِهَا وَلَوْ فَرَسَنَ شَاةً))^(١) .

وقال أيضاً صلى الله عليه وسلم : ((العَائِدُ فِي هَيْبَةٍ كَالْكَلْبِ بَقِيءٌ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْبِهِ))^(٢) .
وانعقد الإجماع^(٣) على استحباب الهبة بجميع أنواعها ، قال الله تعالى : ((وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ
وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ))^(٤) .

** - فسخ عقد الهبة :

اتفق الفقهاء على أن عقد الهبة غير لازم فيما يهب الوالد لولده ما لم يكن هناك مانع من
موانع الفسخ والرجوع ، وعللوا ذلك أن للأب حق الملك في مال ابنه ؛ لأنه جزؤه وكسبه ،
ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك في جواز فسخها بسبب أصالة لزوم هذا العقد وعدمها على
التفصيل الآتي :

أولاً - قال الحنفية : إن الأصل في عقد الهبة عدم اللزوم ، فللواهب أن يرجع بهبته

(١) - أخرجه البخاري : كتاب الأدب ، باب لا تحقرن جارة لجارتها / ٥٦٧١ ، ومسلم : كتاب الزكاة ، باب الحث على الصدقة
ولو بالقتيل لاحتقاره / ١٠٣٠ /

(٢) - أخرجه البخاري : كتاب الهبات ، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها / ٢٤٤٩ ، ومسلم : كتاب الهبات ، باب تحريم
الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل / ١٦٢٢ /

(٣) - انظر ، الإجماع : محمد بن المنذر النسابةوري ١٠٧/١ - ١٠٨ .

(٤) - سورة المائدة : الآية ٢

ويفسخ العقد متى يشاء ما لم يكن هناك مانع من مواع الرجوع^(١) ، قال ابن نجيم :
 «وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ»^(٢) ، واستدلوا
 على ذلك بما يأتي :

١ - بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال: «الواهب أحق بهبته ما لم
 يثب منها»^(٣) أي يعوض، وهذا نص منه صلى الله عليه وسلم في جواز الرجوع والفسخ ما
 لم يحصل العوض ، ذلك أن العوض قد يكون مقصوداً من الهبة ؛ لأنها إما أن تكون إحساناً
 وإنعاماً ، وإما أن تكون طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة ، وقد لا يحصل المقصود
 الأخير ، ومعلوم أن فوات المقصود من عقد يجعله محتملاً للفسخ ، فيمنع لزومه ؛ لأنه
 لعدم الرضا قياساً على البيع فيما إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد ؛ لعدم الرضا
 عند عدم حصول المقصود ، وهو السلامة ، وكذلك في عقد الهبة^(٤) .

٢ - وبإجماع الصحابة رضوان الله عنهم ، فقد قال الكاساني: «فإنه روي عن سيدنا
 عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله ابن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد
 وغيرهم ، رضي الله عنهم أنهم قالوا : مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فكان إجماعاً»^(٥)
ثانياً - وقال المالكية^(٦) : ليس للواهب حق في فسخ عقد الهبة والرجوع بها ؛ لأنها عقد
 لازم ، يثبت بمجرد العقد على المشهور عندهم ، والقبض لتمام الهبة ولزومها قياساً على البيع

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٢٧/٦ - ١٢٨ ، العناية شرح الهداية : البابي ٣٩/٩ ، البحر الرائق كنز الدقائق : ابن نجيم ٢٨٤/٧ ،
 الدر المختار عليه الدر المختار الحصفي ٦٨٧/٥ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٨/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٢٦/٥ .
 * * * مواع الرجوع عند الحنفية كما يأتي : ١- خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأي سبب كان من بيع أو هبة أو موت ونحوه .

٢ - أخذ العوض ؛ لأن المقصود به قد تم سواء كان العوض مادي أم معنوياً ، والعوض المعنوي ثلاثة أنواع : الثواب من الله تعالى وصلة
 الرحم ، فاتها سبيل للتناصر والتعاون في الدنيا وسبب الثواب في الآخرة وصلة الزوجية ، إذ إنها تجري مجرى القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق
 بها التوارث في جميع الأحوال .

٣ - الزيادة المتصلة في الموهوب

٤ - موت أحد العاقدين

٥ - هلاك الموهوب أو استهلاكه . انظر ، المراجع السابقة .

(٢) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ابن نجيم ٢٨٤/٧

(٣) - روي هذا الحديث عن أبي هريرة وابن عباس وابن عمر ، فحديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه : كتاب الهبات ، باب من وهب هبة رجاء
 ثوابها / ٢٣٨٧ ، وأخرجه الدر قطني / ١٨٠ / وجاء في مصباح الزجاجة : ٥٨ / ٣ «إسناده ضعيف ، لضعف إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ،
 قال البيهقي : عمر بن دينار عن أبي هريرة منقطع» ، وحديث ابن عباس رواه الدر قطني : كتاب البيوع / ١٨٣ ، وقال فيه الشوكاني :
 ((حديث ابن عباس قال الحافظ سنده ضعيف)) نيل الأوطار : الشوكاني / ١١٥ / ٦ ، تحفة الأحمدي : ٤٣٧ / ٤ ، أما حديث ابن عمر رواه
 وأخرجه البيهقي : باب المكافأة في الهبة / ١١٨٠٢ / ، وأخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين / ٢٣٢٣ / بلفظ ((من وهب هبة فهو
 أحق بها ما لم يثب منها)) وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني / ٦ / ١٢٨ .

(٥) - بدائع الصنائع : ١٢٨ / ٦

(٦) - انظر ، بداية المجتهد ، ٢٤٧ / ٢ ، أنوار البروق في أنواع الفروق / ١٤ / ٢ وما بعدها حاشية الدسوقي : ١٠١ / ٤

وغيره ، مخالفين بذلك جمهور الفقهاء ^(١) الذين اشترطوا القبض لصحة عقد الهبة معتمدين في قولهم على إجماع الصحابة الكرام .

قال الإمام مالك : إن القبض من شروط تمامها لا من شروط صحتها ، فإن عُدِمَ لم تلزم وكان للواهب حق الفسخ والرجوع إلا الأب والأم فليهما حق الاعتصار ^(٢) مستدلاً على ذلك بالقياس والإجماع ^(٣). قال ابن رشد : « وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً : أعني القياس وما روي عن الصحابة ، وجمع بينهما من حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض ؛ لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ^(٤)»

ثالثاً أما الشافعية والحنابلة ^(٥) فقالوا : إن الأصل في عقد الهبة اللزوم ، فلا يجوز الفسخ والرجوع بها ، بمعنى أنه لا يحل للواهب أن يرجع بهبته بعد أن تمت بالقبض إلا الوالد فيما أعطى ولده ، فقال ابن قدامة : « ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ، ولا لمهد أن يرجع في هبته ، وإن لم يثبت عليها ، يعني وإن لم يعوض عنها ^(٦)» ، وقال السيوطي عند بيانه لأنواع العقود من حيث لزومها وعدمها : « لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والصراف ... والهبة لأجنبي بعد القبض ^(٧)» ، وقال العز بن عبد السلام أيضاً : « وأما الهبات فالأصل فيها اللزوم ^(٨)» ، واستدلوا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « العائد في هبته كالعائد في قبئه ^(٩)» وفي رواية أخرى : « ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبئه ^(١٠)» ، قال قتادة : « لا نعلم القبيء إلا حراماً ^(١١)» ، وفي حديث آخر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس لأحد أن يعطي عطية ، فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي

(١) - انظر ، العناية شرح الهدية : ٢٣/٩ وما بعدها ، الدر المختار وعليه الدر المختار : الحصكفي ٦٩٠/٥ ، مقني المحتاج : ٥٤٢/٢ ، وعند الحنابلة في المكيل أو الموزون وفي غيرها تلزم الهبة بمجرد العقد انظر ، كشاف القناع : البهوتي ٣٠١/٤ ، المقني : ابن قدامة ٥/٣٨١ وما بعدها .

(٢) - معنى الاعتصار : الرجوع في الهبة . انظر ، التمهيد : ابن عبد البر ٢٣٥/٧ .

(٣) - بداية المجتهد : ٢٤٧/٢

(٤) - المرجع السابق : ٢٤٧/٢

(٥) - انظر ، مقني المحتاج : ٥٤٧/٢ ، المنثور : الزركشي ٣٩٨/٢ ، الأنشاه والنظائر السيوطي ٢٧٥ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٤٨/٢ ، المقني : ابن قدامة ٣٩٧/٥ مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : الرحيباني ٣٨٨/٤

(٦) - المقني : ابن قدامة ٣٩٧/٥ .

(٧) - الأنشاه والنظائر : السيوطي ٢٧٥/١

(٨) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٤٨/٢

(٩) - أخرجه البخاري : كتاب الهبات ، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها / ٢٤٤٩ ، ومسلم : كتاب الهبات ، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل / ١٦٢٢

(١٠) - أخرجه البخاري عن ابن عباس : كتاب الهبة وفضلها ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته / ٢٤٧٩

(١١) - سنن أبي داود : ٢٩١/٣

ولده))^(١) .

وقاس الشافعية على الوالد سائر الأصول^(٢) ، فقال الخطيب الشربيني : ((ولأب الرجوع على التراخي في هبة ولده ... من دون حكم حاكم ، وكذا لسائر الأصول))^(٣)

المناقشة :

أول الحنفية الأحاديث التي استند إليها الشافعية والحنابلة بعدم جواز فسخ عقد الهبة نتيجة عدم لزومها أصلاً ، على أنها تدل على نفي الحل بمعنى التحذير عن الرجوع ؛ لأن فيه قبلاً وقلّة مروءة لا من حيث الحرمة الشرعية التي تنفي الحكم^(٤) ، وهذا ما أوضحه الكاساني بقوله : ((وأما الحديث الأول فله تأويلان أحدهما أنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء ، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده ... والثاني محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم ... ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى (العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه) ، وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا))^(٥) .

أما الجمهور^(٦) فقد ردوا على الحنفية بأن ما استدلوا به من أحاديث أصح وأولى مما استند عليه الحنفية، فحديث : ((الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها)) ، ضعفه علماء الحديث لضعف في بعض روايته ، فقد قال الشوكاني^(٧) وصاحب مصباح الزجاجة : في سننه ضعف ، وقال البيهقي : فيه انقطاع^(٨) ، وأما تأويلهم للأحاديث فتأويل بعيد لا يتفق وعرف الشرع في

(١) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب الإجارة ، باب الرجوع في الهبة / ٣٥٣٩ ، وأخرجه الترمذي في سننه : كتاب البيوع ، باب ما جاء في الرجوع في الهبة / ١٢٩٨ ، والدارقطني : كتاب البيوع / ١٧٧ / بلفظ : ((لا يحل لمسلم)) ، والحاكم في المستدرک : ٢٢٩٨ / وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ، وجاء في تحفة الأحوذى : ٢٧٨ / ٦ « هذا حديث حسن صحيح »

والبيهقي : باب رجوع الوالد فيما وهب من ولده ، بلفظ : ((لا يحل لرجل أن يعطي عطية و يهب هبة فيرجع فيها إلا فيما يعطي الوالد ولده))

(٢) - معني المحتاج : ٥٤٧ / ٢ ، أسنى الطالب شرح روض الطالب ٤٨٣ / ٢

(٣) - معني المحتاج ٥٤٧ / ٢

(٤) - بدائع الصنائع : ١٢٨ / ٦ ،

(٥) - بدائع الصنائع ١٢٨ / ٦ ،

(٦) - المعني : ٣٩٧ / ٥

(٧) - بالشوكاتي : (١١٧٣ - ١٢٥٠) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاتي فقيه مجتهد محدث أصولي مؤرخ أديب نحوي متكلم حكيم من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء ، ولد بهجرة شوكان من بلاد خولان باليمن نشأ بصنعاء وولي قضاءها ، ومات حاكماً بها . من تصانيفه : (نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع) . الأعلام : ٢٩٨ / ٦ ، معجم المؤلفين : ٥٣ / ١١ .

(٨) - نيل الأوطار : الشوكاتي ١١٥ / ٦ ، مصباح الزجاجة : ٥٨ / ٣

مثل هذه العبارة ؛ لأنه يراد بها الزجر الشديد كما ورد النهي في الصلاة عن إقعاء الكلب ونقر الغراب والفتات الثعلب ونحوه ، ولا يفهم من هذا المقام إلا التحريم والتأويل البعيد الذي لا يلتفت إليه ، ولا سيما أن هناك أحاديث أخرى تؤكد هذا التحريم^(١) كما سبقت الإشارة لذلك .

الترجيح :

وعلى ما تقدم فإنني أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز فسخ عقد الهبة والرجوع بها ؛ لأن الأحاديث التي استدلوا بها أكثر صحة وأولى قبولا من تلك التي استند إليها الحنفية ؛ لحكم علماء الحديث بصحتها ، فمنها ما ورد في الصحيحين ، ومنها ما قال العلماء فيه ، حديث حسن صحيح أو حديث حسن الإسناد^(٢) ، ثم إنهم لا يجيزون الفسخ والرجوع بالهبة إلا برضا الواهب والموهوب له ، وهذا فسخ بسبب الاتفاق والتراضي فيما بينهما كفسخ عقد البيع اللازم أصلا بالتراضي ، أو بقضاء القاضي ، لا بسبب أصالة عدم اللزوم الذي لا يشترط لها التراضي كالوديعة والعارية ، ونحوها ، كما يمكن القول : إن الفسخ بعد القبض من باب الدناءة وقلة المروءة ، وفيه سبيل لعدم التآلف وقطع لأواصر المحبة والإخاء التي ينشدها الإسلام ويحرص عليها أيما حرص .

(١) - سبل السلام : الصنعاني ١٧٣/٣

(٢) - انظر ، تحفة الأحمدي : ٢٧٨/٦ ، المستدرک : الحاكم حديث رقم /٢٢٩٨/ .

المبحث الرابع

الفسخ بسبب الأعدار الطارئة

يطرأ على العقود المستمرة^(١) ما يجعلها مرهقة لأحد العاقدين ومضرة به نتيجة أمر لم يكن متوقفاً عند العقد ، فلو كان يعلم ذلك العاقد ما لحقه بالعقد لما أقدم عليه ، فحدوث الظرف الطارئ ، يجعل العقد في حيز الصعوبة التي تحدث ضرراً مؤكداً .
والسؤال المطروح : هل يجيز الفقه الإسلامي للعاقد المتضرر الذي وقع العذر في جانبه حق فسخ العقد ؟ وبعبارة أخرى : هل يفسخ العقد بالعذر الطارئ ؟ هذا ما سأوضحه من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : معنى العذر وضابطه

أولاً - معنى العذر :

أ - العذر لغة : من عَذَرَ يَعْذِرُ عَذْرًا وَعَذْرًا وَعَذْرَى وَمُعْذِرَةً^(٢) وهو الحجة التي يُعْتَذِرُ بها ، والجمع أَعْذَار ، وتَعَذَّرَ عَلَيْهِ الأَمْرُ : إِذَا صَعِبَ وَتَعَسَّرَ^(٣) ، ويقال : عَذْرَتَهُ عَذْرًا مِنْ بَابِ ضَرْبٍ ، بِمَعْنَى رَفَعْتَ عَنْهُ اللُّومَ فَهُوَ مَعْذُورٌ أَيْ غَيْرٌ مَلُومٌ^(٤) .

ب - العذر اصطلاحاً :

أشار الحنفية دون غيرهم إلى معنى العذر المستوجب للفسخ ، فقال ابن عابدين : ((هو كل عذر لا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله ويثبت له به حق الفسخ))^(٥) .

الأحظ أن ابن عابدين أدخل المعرف في التعريف ، وهذا مما يؤخذ عليه ، إذ إنه لو قال

(١) - تتمثل العقود المستمرة في عقد الإجارة والمزارعة والمساقاة والمغارة التي تحتاج إلى عنصر الزمن لتنفيذها ، فيلحقها

العذر الطارئ دون العقود الفورية التي تنقضي بانتهاء العقد فليس للزمن أثر على وجودها.

(٢) - القاموس المحيط : مادة / عذر / باب الرأء فصل العين .

(٣) - لسان العرب : مادة / عذر / ، وانظر ، مختار الصحاح : ١٧٧/١ مادة / عذر /

(٤) - المصباح المنير : ٣٩٨/١ مادة / عذر /

(٥) - حاشية ابن عابدين : ٨١/٦

هو كل ظرف طارئ على العقد لكان أولى ، ثم أوضح أن العذر الذي يلحق العقد لا يمكن معه استيفاء منافع العقود عليه إلا بضرر ، فهي غير مقبوضة إذ توجد شيئاً فشيئاً بحيازة الأعيان الكائنة فيها ، وكان العذر في العقد المستمر كالعيب في العقد الفوري قبل القبض الذي يثبت به حق الفسخ ؛ لاشتراكهما في علة الحكم وهو العجز عن الاستمرار في العقد إلا بضرر^(١) ، وهذا ما عبر عنه ابن نجيم عندما أوضح أن العذر^(٢) هو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد^(٣) . وعليه : فكل ظرف طارئ على العقد لا يمكن التزامه إلا بضرر يلحق أحد العاقدين ، فهو عذر ، يصعب استمرار العقد معه ، ويمنح المتضرر حق الفسخ عند الحنفية شريطة ألا يكون مستحقاً بالعقد ، أي بسبب خارج عن نطاق الالتزام .

* - التعريف المختار :

يمكن القول : إن العذر : هو كل ظرف طارئ على العقد المستمر يحول دون تنفيذه إلا بضرر يلحق أحد العاقدين لم يكن مستحقاً بالعقد . فزوال ألم الضرر الذي مثل له الفقهاء ، ولحوق دين بالمؤجر ، وبلوغ الغلام المستأجر في الخدمة ، وانتقال المستأجر من بلد إلى آخر ونحوه^(٤) ، فهذه أضرار طارئة لا تؤثر إلا في العقود المستمرة التي تحتاج إلى مدة في إتمامها بخلاف العقود الفورية التي لا يكون لعنصر الزمن أثر في استمرارها . هذا وإن العذر لا يمنع استمرار العقد بل يُبقي التنفيذ أمراً ممكناً ، ولكن يضر بأحد العاقدين ضرراً غير ناجم عن موجبات العقد وأثاره^(٥) .

ثانياً - ضابط العذر :

يظهر من تطبيقات الحنفية^(٥) أنهم وضعوا معياراً وضابطاً للعذر المستوجب لفسخ العقد

(١) - وانظر ، بدائع الصنائع : ٤/١٩٥-١٩٦ ، المبسوط : ١٦/٢-٣ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٢/٣٩٩ ، درر

الحكام في شرح مجلة الأحكام : ١/٤٨٦ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٦/٩٥-٩٦ . مقالة الدكتور محمد الحسن البغا : فسخ الإجارة وبقاؤها بالعذر عند الحنفية في سلسلة بحوث ومقالات مهداة إلى الدكتور وهبه الزحيلي ٣٠١ .

(٢) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٨/٤٢ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٢/٣٩٩ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٤/١٩٧ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٤/٤٥٨ ، ٤٥٩ ، المبسوط : ١٦/٢

(٤) - انظر ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢/٣٩٩ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٨/٤٢ ، تبين الحقائق شرح كنز

الدقائق : ٥/١٤٥ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٦/٩٥ .

(٥) - انظر ، المراجع السابقة .

المستمر ، يتمثل في أن الضرر الحاصل ضرر غير مستحق بالعقد ، فالمستحق ما يكون ناشئاً عن التزامات فرضها العقد على الطرفين ، فدفع الأجرة عند استيفاء المنفعة ، وتسليم المأجور ونحوها التزامات مستحقة بالعقد ، فما ينشأ عنها من ضرر لا يكون عذراً يُخرج المتعاقد من دائرة الالتزام ونطاقه ؛ لأن الغالب لا يكون مثل ذلك ضرراً ، وإنما فوات ربح ؛ لأن ما لحقه كان مما أوجبه العقد فكان ملتزماً به ، فإذا وجد المستأجر بدلاً أرخص من التي استأجرها ، أو ظهر للمؤجر من يدفع أكثر ، ونحوه ، فإن ذلك لا يعد عذراً ؛ لأن الضرر الحاصل في مثل هذه الأحوال من واجبات الالتزام وهو أشبه بفوات الربح الذي لا يبطل نقض الالتزام ، فالمستأجر ملتزم بهذا البديل لقاء الانتفاع بالمأجور ، والمؤجر ملتزم أيضاً بتسليم المأجور بالبديل المتفق عليه .

أما الضرر غير المستحق بالعقد يكون عذراً ؛ لأنه مما لا يوجبه ، فلا يكون ملتزماً به ، فالمستأجر إذا انتقل من حرفة إلى أخرى أو من بلد إلى آخر ، والمؤجر إذا لحقته ديون يضطر بها إلى بيع المأجور وغيرها ، فهذه التزامات لا يوجبها العقد ؛ لأنها نتيجة سبب خارج عن نطاق الالتزام لم يكن متوقفاً عند العقد ، فلو علم العاقدان بها لما أقدموا عليه^(١) . جاء في الفتاوى الهندية : ((وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ، ولكنه يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ))^(٢) .

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٩٨/٤ ، نظرية الظروف الطارئة : د. عبد السلام الترماني، ٤٨ ، مصادر الحق : د. عبد

الرزاق السنهوري ٩٥/٦ ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ١٤٣ - ١٤٤ .

(٢) - الفتاوى الهندية : ٤٥٨/٤

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في الفسخ بالعدر

اتفق الفقهاء على أن العقود المستمرة المتمثلة في عقد الإجارة والمزارعة والمساقاة ونحوها التي يلحقها العذر الطارئ عقود لازمة لا يستقل أحد العاقدين بفسخها شأنها شأن العقود اللازمة الأخرى غير أن الحنفية^(١) دون غيرهم سلبوا صفة اللزوم عنها نتيجة أمرين : أولهما : حدوث عذر بأحد العاقدين يمنع استيفاء المنفعة إلا بضرر ، وثانيهما : هلاك المعقود عليه أو تعيبه بعيب يخل الانتفاع به ، مخالفين بذلك جمهور الفقهاء الذين تفاوتت نظرتهم أحيانا في منع الفسخ بالعدر نتيجة الأمر الأول المتعلق بأشخاص العقد ، وموافقين لهم في الأمر الثاني الذي يصيب محل العقد .

وفيما يأتي تفصيل آراء الفقهاء في الفسخ بالعدر جوازا ومنعاً ، وسأتناول عقد الإجارة كمثال على العقود المستمرة الأخرى فيما يتعلق بالفسخ نتيجة العذر الطارئ :

١ - الحنفية :

أجاز فقهاء الحنفية^(٢) فسخ الإجارة لحدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر ، إذ تنتفي عن العقد صفة اللزوم بسببه ، وعللوا ذلك بقولهم : إن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحققه للزم صاحبه ضرراً لم يلتزمه بالعقد ، فكان امتناعاً من التزام الضرر وله ولاية ذلك ، اعتماداً على أن الأصل بطلان الإجارة بالقياس ؛ لأنها بيع المنافع والمنافع معدومة أثناء التعاقد ، وبيع المعدوم باطل ، ولكن أجزت استحساناً من الأصل ، فعند وجود العذر ، وجب أن نعود بها إلى القياس فنمنع استمرارها ، إذ العقد عندئذ في حكم المضاف في حق المعقود عليه ، والإضافة في عقود التملكيات ، تمنع اللزوم . ثم إن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع ؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقطعه ، فسكن الوجع ، يجبر على القلع ، ومن وقعت في يده أكلة ، فاستأجر رجلاً ليقطعها فزال الألم ، ثم برئت ، يجبر على القطع ، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً^(٣) .

(١) - انظر ، بدائع الصناعات : ٤/١٩٥ - ١٩٦

(٢) - انظر ، المبسوط ٢/١٦ ، بدائع الصناعات : ٤/١٩٧ ، الفتاوى الهندية : ٤/٤٥٨ ، البحر الرائق : ٤٢/٨ .

(٣) - بدائع الصناعات : ٤/١٩٧ .

-- أنواع العذر عند الحنفية وتطبيقاته :

إن العذر المستوجب للفسخ عند الحنفية ثلاثة أنواع هي^(١) :

النوع الأول : عذر من جانب المؤجر :

يظهر عذر المؤجر في فسخ الإجارة غالباً في الحالات الآتية :

* - أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر ، فإذا لم يجز البيع مع عقد الإجارة ، جعل الدين عذراً ؛ لأن في إيقائها مع لحوق الدين الفادح العاجل إضراراً بالمؤجر ؛ لأنه يحبس به ، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد ، وذلك إذا ثبت قبل الإجارة بالبينة أو الإقرار أو ثبت بالبينة بعدها ، وكذا بالإقرار عند أبي حنيفة ؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذباً ، أما عند الصحابين : فلا يقبل الدين الثابت بالإقرار بعد الإجارة لفسخها ؛ لأنه متهم فيه .

** - أن يطلع المؤجر على عيب في المستأجر ، كمن اشترى شيئاً فأجره ثم ظهر فيه عيب كان له الفسخ والرد بالعيب ، ويجعل حق الرد عذراً في فسخ الإجارة ؛ لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو الالتزام بالمبيع المعيب .

*** - أن يكون المؤجر معسراً ، ويحتاج إلى بيع المستأجر لنفقته ونفقة أهله ، عذراً ذلك عذراً يجوز له الفسخ به ؛ لرفع الضرر نتيجة الإعسار .

**** - إذا أجر نفسه لعمل لا يحترفه وكان مما يعاب به ، كأن يعمل حجاماً أو تعمل ضئراً ثم أنف ذلك ، كان العيب عذراً يبرر له حق الفسخ ؛ لأن فيه ضرراً يلحقه في نفسه ولكنه إذا كان يحترف العمل فليس له أن يحتج بالعيب ؛ لأنه من أرباب الحرفة وقد لزمه العقد فعله إكماله ، وله أن يترك حرفته بعدها .

ومما لا يعد عذراً في جانب المؤجر السفر أو الانتقال من بلد إلى آخر ؛ لأن استيفاء المنفعة حال غيابه لا ضرر عليه فيه ، وكذلك انهدام منزله أو احتراقه ؛ لأنه يمكن له أن يستأجر أو أن يشتري بدلاً منه ، ولا ضرورة إلى فسخ الإجارة ؛ كونه التزمها بالعقد

(١) - انظر ، المبسوط : المرخسي ١٦ / ٢-٤ ، بدائع الصنائع : ٤ / ١٩٧ - ٢٠١ ، الفتاوى الهندية : ٤ / ٤٥٨ - ٤٦٠ ،

البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٨ / ٤٢-٤٣ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١ / ٤٨٦-٤٩٠ ، نظرية الظروف الطارئة :

عبد السلام الترمذيني ٥٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٤ / ٧٥٦ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق

السنهوري ٦ / ٩٢ .

النوع الثاني : عذر من جانب المستأجر :

إن العذر الذي يفسخ به عقد الإجارة من جانب المستأجر ، يظهر غالباً في الأمثلة الآتية :

*- أن يفلس المستأجر ويقوم من السوق ؛ لأن المفلس لا ينتفع بالمستأجر ، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به ، لم يلتزمه بالعقد .

** - أن يريد سفراً ؛ لأن ترك السفر مع العزم عليه ضرر به ، وفي إبقاء العقد مع خروجه ضرر آخر لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة .

*** - أن ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى أخرى ؛ لأن الانتقال من عمل إلى آخر لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه ، فإن منعناه أضررنا به ، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وهذا إضرار به أيضاً ، بخلاف ما لو أراد الانتقال ليعمل العمل نفسه ؛ لأن الثاني أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذراً ؛ لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر ، وكل ما في الأمر أنه تقوته زيادة في المنفعة .

**** - أن يعدل المستأجر عن القيام بالعمل الذي استأجر أحداً للقيام به ؛ لعدم حصول النفع له ، إلا بضرر يلحقه في ملكه أو بدنه كمن يستأجر رجلاً ليقتصر له ثياباً ، أو ليقطعها أو يخيطنها ، أو يهدم داراً له ، أو يقطع شجراً له ، أو ليقطع ضرسه ، أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضاً ، أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك ؛ لأن القسارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر ، وهدم الدار وقطع الشجر إتلاف المال ، والزراعة إتلاف البذور، وفي البناء إتلاف الآلة ، وقلع الضرس والحجامة والنقصان جزء من البدن ، وفيه ضرر به إلا أنه استأجره لها لمصلحة تأملها ، تربو على المضرة ، فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضرراً في نفسه ، فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ ، إذ الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه .

النوع الثالث : عذر يكون بجانب المستأجر :

مثل له الحنفية بما يأتي :

*- بلوغ الصبي الذي أجره أبوه أو وصي أبيه أو جده أو وصي جده أو القاضي أو أمينه ، فبلغ في المدة فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ .

** - يعد من الأعدار المستوجبة للفسخ في العين المستأجرة ما لو استأجر رجل حماما في قرية ليستغله مدة معلومة ثم هاجر أهل القرية كان هذا عذر يبيح له حق فسخ العقد .

٢- جمهور الفقهاء :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة^(١) أن الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من تعذر استيفاء المعقود عليه تعذراً حسياً كموت المسترضع وانهدام الدار ، ونحوهما أو تعذراً شرعياً كسكون ألم الضرس وزوال المرض الذي قاول المريض طبيباً على قطعه ؛ لأن الشرع لا يجيز بتر أعضاء الجسم بلا موجب ، أو تعيب المعقود عليه بعيب ينقص المنفعة أو يفوتها بالكلية ، فهم لا يجيزون الفسخ بالعدر الطارئ كالدين والمرض والسفر والإفلاس وتبديل الحرفة وغيرها من الأعدار التي أخذ بها المذهب الحنفي ؛ وعللوا ذلك بأن محل العقد قابل للتنفيذ ، إذ العذر لا يوجب خلافاً فيه ، إضافة إلى الإستتابة عن كل ذلك حال وجود أمثال هذه العوارض .

وفيما يأتي تفصيل الحكم في هذه المذاهب الفقهية :

أ- المالكية^(٢) : يجيزون فسخ الإجارة بالعدر الذي يمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه ، وتنفسخ أيضاً بالعدر المتمثل في غضب العين المستأجرة أو منفعتها ، أو نتيجة أمر ظالم لا تناله الأحكام بإغلاق الحوائث بحيث لا يتمكن من الانتفاع بها ، أو حمل ظئر لتعذر الرضاع ؛ لأن لبن الحامل يضر الرضيع ، أو حدوث مرض لها لا تقدر معه على الرضاع ، فهذه الأحوال وأمثالها أعدار تلحق العين المستأجرة أو الشيء المأجور فتجعل للمستأجر حق الفسخ .

(١) - انظر ، المدونة : ٢٥/٣ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٣٢/٥-٣٤ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٤٩/٤-٥٣ ، مقني المحتاج : ٤٨٠/٢-٤٨٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٢٩/٢-٤٣١ ، حاشيتنا قليوبي وعميرة : ٨٥/٣ ، المقني : ٢٦٢/٥-٢٦٤ ، ٢٨١/٥ .

(٢) - انظر ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٣٢/٥-٣٤ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٤٩/٤-٥٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٧٣/٤ .

ب - الشافعية والحنابلة :

لا يجيز الشافعية والحنابلة^(١) - كما قلت - فسخ الإجارة بالعدر في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر ، قال النووي : « لا تنفسخ الإجارة بعدر ، كتعدر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضاً لزراعة ، فهلك الزرع بجائحة ، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة »^(٢) ؛ لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة الأرض^(٣) ، وتفسخ الإجارة عندهم إذا وجدَ خللاً في المعقود عليه ، وكان فيه عيب ، تنقص به المنفعة ، أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً ، كتعدر ظهر الدابة في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة ، وضعف البصر في المستأجر للخدمة ، وانهدام الحائط في الدار ، وانقطاع الماء في البئر والعين والرحى ، وزوال ألم السن ، وغيرها ، مما يوجب خللاً أو تعذراً شرعياً في المعقود عليه .

واستثنى الشافعية^(٤) من هذا الأصل ما يأتي :

١- إجارة الإمام ذمياً للجهاد ، ثم تعذر ؛ لصلح حصل قبل مسير الجيش ، فإنه عذر للإمام ، يسترجع به كل الأجرة ، ويفسخ العقد .

٢- إفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضي المدة ، فإنه يوجب للمؤجر الفسخ .

٣- عدم دخول الناس الحمام المستأجر بسبب فتنة أو خراب الناحية ليس بعيب يثبت الخيار ؛ إذ لا خلل في المعقود عليه .

وزاد الحنابلة في جواز الفسخ ، الحادث العام الذي يمنع استيفاء المنفعة من المعقود عليه مع بقائه على السلامة : فقال ابن قدامة : « أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد ، فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، ونحو ذلك . فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين ، ولو استأجر دابة ليركبها ، أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو اكترى إلى مكة ، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة ، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة

(١)- انظر ، معنى المحتاج : ٤٨٠/٢-٤٨٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٢٩/٢-٤٣١ ، حاشيتنا قتيوبي وعميرة

: ٨٥/٣ ، المعنى : ٢٦٤/٥ .

(٢)- المنهاج وعليه معنى المحتاج : النووي ٤٨٠/٢-٤٨١

(٣)- معنى المحتاج : الخطيب اشريبي ٤٨١/٢

(٤)- المرجع السابق : ٤٨٠/٢

جاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما . فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر ، أو حلولهم في طريقه ، لم يملك الفسخ ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبهه مرضه ، وكذلك لو حبس ، أو مرض ، أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه، لم يملك فسخ الإجارة لذلك ؛ لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته ، فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه ، كما لو تركها اختياراً^(١) .

المناقشة والترحيح :

ألاحظ أن الحنفية اعتمدوا في فسخ الإجارة بالعدر المتعلق بأشخاص العقد على عدم جواز احتمال الضرر الذي لا يوجب الالتزام ، وناقشوا ولاسيما الكاساني منهم جمهور الفقهاء عامة والشافعية خاصة على هذا الأساس من خلال ما يأتي^(٢) :

١- إن الحاجة تدعو إلى الفسخ ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحبه ضرر لم يلتزمه بالعقد .

٢- إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر .

٣- إن عقد الإجارة أحد نوعي البيع - كما قلتم - ولكن العاقد عاجز عن المضي في موجهه إلا بضرر غير مستحق به ، فكان محتملاً للفسخ قياساً على بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ، وقياساً أيضاً على حدوث العيب بالمستأجر والجامع بينهما هو الضرر .

٤- إن عقد الإجارة كالبيع في أن كلا منهما ينعقد باتفاق المتعاقدين فلا يفسخ إلا باتفاقهما ، هذا صحيح ، شريطة عدم العجز في المضي في موجب العقد إلا بضرر ، والعجز متحقق في الإجارة حال العذر ، فلا يشترط التراضي على الفسخ .

٥- إن القول بجواز الفسخ أخذ بالأصل المتمثل في القياس الذي يقتضي بطلان عقد الإجارة ؛ لأنها بيع المنفعة ، والمنفعة معدومة ، وبيع المعدوم باطل ، ولكن أجزت حال

(١)- المعنى : ٢٦٤/٥

(٢)- بدائع الصنائع : ١٩٧/٤ ، نظرية الظروف الطارئة : عبد السلام الترميني ٥٧

خلوها من الأعدار استحساناً بحكم الضرورة ؛ لشدة الحاجة إليها حتى توافرت المنفعة للمتعاقدين ، فإن آل الأمر إلى الضرر ، وجب الرجوع إلى القياس، والقول بعدم لزوم العقد^(١).
رد ابن القيم^(٢) على هذا الاستدلال بما يأتي :

أ - إن قولهم : الإجارة ببيع المعدوم ، وبيع المعدوم باطل ، دليل مبني على مقدمتين مجملتين غير مفصلتين ، قد اختلط في كل منهما الخطأ بالصواب ، فأما المقدمة الأولى - وهي كون الإجارة بيعاً - إن أردتم به البيع الخاص الذي يكون العقد فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل ، وإن أردتم به البيع العام الذي هو معاوضة إما على عين أو على منفعة ، فالمقدمة الثانية باطلة ؛ فإن بيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع .

ب - إن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها البتة بخلاف الأعيان وقد فرق بينهما الحس والشرع فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يؤخر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق كما نهى عن بيع السنين وحبل الحبلة والتمر قبل أن يبدو صلاحه والحب حتى يشتد ، ونهى عن الملاقيح والمضامين ، ونحو ذلك وهذا يمتنع مثله في المنافع فإنه لا يمكن أن تباع إلا في حال عدمها . إذ إن لها باعتبار العقلاء نحو من الوجود قائم بوجود الأعيان ، قيام المظروف بالظروف ، والحال بالمحل ، والصفة بالموصوف والعرض بالمعروض يعني قيام شيء في شيء ، ثم إن العرف قد يراها بمنظار مكبر ، وأنها موجودات متأصلة مع الأعيان أو في الأعيان ، فيصح بهذا الاعتبار لحاظها مستقلة ، وإيقاع العقد عليها مباشرة .

ج - أما بيع المعدوم باطل ، فهذا مما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في كلام أحد من الصحابة ، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام ، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة ، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود ، ولكنها الضرر سواء أكان المبيع معدوماً أو موجوداً متمثلاً في البيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته ، نظير هذا في الإجارة ، أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أم معدومة ، بل الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع التمر بعد بدو صلاحه ، والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد .

(١) - نظر ، المبسوط : ٢/١٦ ، بدائع الصنائع : ١٧٣/٤ ، مجمع الأنهر شرح متنقى الأبحر ٣٦٨/٢ ، نظرية الظروف الطارئة : د. عبد السلام الترميني ٤٩

(٢) - إعلام الموقعين عن رب العالمين : ابن القيم الجوزية ٨-٤/٢

يظهر مما سبق أن أساس اختلاف الحنفية مع الجمهور في الفسخ بالعدر الطارئ المتعلق بأشخاص العقد يعود إلى اختلافهم في مدى تحديد طبيعة محل العقد ، فالحنفية يعتبرون الإجارة واقعة على شيء معدوم ، إذ إن المنافع غير مقبوضة ، وهي أعراض قائمة بغيرها ، تحدث شيئاً فشيئاً ، بخلاف الجمهور الذين قالوا : إنها واقعة على أعيان حكمية ، فالمنافع عندهم بمنزلة الأعيان القائمة بنفسها ، فيكون القبض حاصلًا حكمًا لها^(١) .

الترجيح :

يتبين مما تقدم أن اجتهاد المذهب الحنفي ، أكثر انسجاماً مع المستجدات التي قد يتغير فيها الطرف الذي تم فيه العقد ، مما يستلزم معه تغير حكمه ، دفعاً للضرر ، ورعاية لحق العاقدين في عدم الالتزام بالضرر المرهق المترتب على عقد الإجارة ، بحيث لو علم العاقدان بالعدر الطارئ لما أقدموا على العقد ، ومنعاً لاستغلال الطرف المتضرر ، وتماشياً مع روح الشرع الحنيف الذي يوجب مراعاة مصلحة الغير ، التي تتطلب عدم إرهاب المتعاقدين الآخر نتيجة الاستمرار في العقد .

ومما يؤيد هذا الاتجاه ما أقرته المذاهب الفقهية الأخرى التي أجازت فسخ عقد الإجارة بسبب تعذر استيفاء المعقود عليه ، أو حصول ما يمنع استيفاءه شرعاً مما يجعل بعض تطبيقات نظرية العذر الحنفي المنشأ مقبولة في المذاهب الأخرى ، من خلال بعض الاستثناءات التي لجأ إليها بعض الفقهاء في بعض الحالات ، فقد رأينا موت الرضيع ، وبلوغ الصبي أو اليتيم المستأجر ، والخوف العام ، وإفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضي المدة والرجوع عن الجهاد حال استئجار الإمام ذمياً له ، أسباباً لفسخ الإجارة بسبب العذر عند الحنفية ، وبسبب تعذر استيفاء المعقود عليه تعزراً حسياً أو شرعياً في بعضها عند الجمهور ، مما يؤكد قوة التوجه الحنفي في هذا المضمار .

ومما يرجح الاجتهاد الحنفي أيضاً القياس على الفسخ بالعييب قبل القبض في المبيع أو المستأجر الذي قال به عامة الفقهاء ، والجامع بينهما هو علة الضرر وفوات المقصود من العقد التي تعد أساساً للقول بفسخ العقد حال العذر أو العيب ؛ لأنهما يجعلان العاقدين عاجزاً عن المضي في موجب العقد إلا بإرهاق غير مستحق به .

(١) - انظر ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٣٧١/٢ ، فتح القدير : ١٤٧/٩ ، نظرية الظروف الطارئة : ٥٨ .

المطلب الثالث

التمييز بين الفسخ والانفساخ حال العذر

ميز الحنفية^(١) بين الفسخ والانفساخ حال وجود العذر الطارئ الذي يجعل العقد المستمر قابلاً لهما ، كما يأتي :

١- إن عقد الإجارة يفسخ بنفسه إذا كان العذر مما يوجب الامتناع عن المضي في موجب العقد شرعاً ، بأن كان المضي حراماً ، كالاستئجار على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت ، وعلى قطع اليد المتأكلة إذا برئت ، ونحو ذلك .

ولكنني أرى أن القول بالانفساخ في حالة زوال ألم الضرس وشفاء اليد المتأكلة ، وموت الطفل الذي استؤجرت الضئر لإرضاعه ، وموت أحد الزوجين أو تخالعهما الذي ينشأ عنه فسخ عقد من استؤجر للطبخ أو لإقامة معالم الزينة لهما ، أعذار يفسخ بها عقد الإجارة بسبب استحالة التنفيذ أو الامتناع عنه ، لا بسبب العذر الطارئ بالمعنى الذي قررناه ، لأن زوال ألم السن وشفاء اليد سبب للانفساخ نتيجة الامتناع عن التنفيذ ؛ لأن الشرع لا يجيز بتر أعضاء الجسم بلا موجب ، وكذلك موت أحد العروسين ، قال صاحب درر الحكام شرح مجلة الأحكام : « لو استؤجر طبّاخ لطبخ طعام العرس فتوفي أحد الزوجين أو تخالعا ، انفسخت الإجارة ، ولا حاجة لفسخها من أحد الطرفين ؛ لأنه قد امتنع بذلك عن إجراء موجب العقد»^(٢) .

أما الانفساخ حال موت الرضيع ما هو إلا نتيجة استحالة التنفيذ ، كما سنوضحه في الفصل القادم إن شاء الله تعالى .

٢- يفسخ العقد المستمر إذا كان العذر مما لا يوجب العجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يوجبه ، كتراكم الديون على المؤجر ، وانتقال المستأجر من حرفة إلى أخرى ،

(١)- انظر ، المبسوط : السرخسي ٢/١٦-٣ ، بدائع الصنائع : ٤/٢٠٠-٢٠١ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٨ / ٤٢ ،

الفتاوى الهندية : ٤/٥٨ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١/٤٨٧

(٢)- درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١/٤٨٧

ونحوها مما ذكرناه فيما سبق .

وهنا يثار التساؤل الآتي :

من يملك حق الفسخ بالعدر ؟

اختلف الحنفية^(١) فيمن يملك حق الفسخ عند وجود العذر الطارئ إلى رأيين :

الرأي الأول^(٢) : يحق للعاقدة المتضرر أن يفسخ العقد دون حاجة إلى رضا المتعاقد الآخر أو إلى حكم حاكم ؛ لأن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً ، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض ، والعيب الحادث قبل القبض في البيع يوجب للعاقدة حق الفسخ دون الوقوف على القضاء أو الرضا .

الرأي الثاني^(٣) : أنه لا يفسخ عقد الإجارة بالعدر إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي ؛ لأن هذا الفسخ ما هو إلا نتيجة خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبهه الرد بالعيب بعد القبض ؛ ولأنه فصل مجتهد فيه فيتوقف على إمضاء القاضي كالرجوع في الهبة .

غير أن هناك من الحنفية أيضاً من فصل القول في أحقية القيام بالفسخ ، بناء على كون العذر ظاهر أو مشتبه ، فإن كان ظاهراً ، انفرد العاقدة المتضرر بالفسخ دون حاجة إلى القضاء وإن كان مشتبهاً أو خفياً كالدين فلا بد من التقاضي ليظهر العذر ويزول الاشتباه ، وهذا ما رجحه ابن عابدين والكاساني الذي قال : ((وهذا حسن))^(٤) .

.....

(١) - انظر ، المبسوط : السرخسي ٣/١٦ ، بدائع الصنائع : ٤/٢٠٠-٢٠١ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٤٢/٨ ، العناية شرح الهداية : ٣/٢٥٠-٢٥١ .

(٢) - نُسب هذا الرأي إلى محمد بن الحسن الشيباني في كتابه الأصل (المبسوط) وفي الجامع الصغير (انظر ، المراجع السابقة) .

(٣) - نُسب هذا الرأي إلى محمد بن الحسن في كتابه الزيادات ، (انظر ، المراجع السابقة) وفي الفتاوى الهندية : ٤/٤٥٨ ، اختلفت الروايات ولم تُحدد قائلها .

(٤) - بدائع الصنائع : ٤/٢٠١ ، وانظر ، الفتاوى الهندية : ٤/٤٥٨ ، حاشية ابن عابدين : ٦/٨١ .

المطلب الرابع

مقارنة بين العيب والعذر

إن الدافع إلى إزالة الضرر وأشكاله وتحقيق الرضا التام للمتعاقدين هما الأساس المشترك الذي بنى عليه الفقه الإسلامي إيقاع الفسخ في العيب والعذر ، ولكن ثمة فرق واضح بينهما يتجلى في المعيار الذي يحدد كلا منهما .

فمعيار العذر ، معيار شخصي لا يتعلق بالمأجور ، إذ إن المأجور عند قيام العذر يظل سليماً قابلاً للانتفاع به طبقاً للعقد^(١) ، أما الأعدار التي بجانب المستأجر والتي استند إليها الحنفية فهي أعدار تتعلق بالشخص المستأجر ، كون الإجارة وقعت عليه ، بخلاف الأعيان المستأجرة ، لذا فإن الحنفية لم يبيحوا الفسخ بالعذر حال وجود الضرر بالعين المستأجرة ، وإنما أوجبوا الفسخ فيها بسبب آخر قد يكون العيب أو استحالة التنفيذ أو الامتناع عنه .

أما ضابط العيب فهو نقصان في القيمة أو العين بنجم عنه فوات غرض صحيح للمتعاقدين ، يغلب على أمثاله عدمه^(٢) ، فالمعيار هنا مادي لا يتعلق بأشخاص العقد ، فالضرر الناجم عن العيب في المأجور يزيل سلامته ، أو ينقصها ، فيصبح منقوص الانتفاع أو معدومه طبقاً للعقد ، كحالة الهلاك الكلي أو الجزئي .

وعليه : فإن العذر يقوم على الأساس نفسه الذي يقوم عليه العيب ، وهو إزالة الضرر ، وإن اختلف عنه في الموضوع^(٣) ، وهذا قاد الدكتور السنهوري^(٤) إلى المزج بينهما اعتماداً على هذا الأساس دون أن يلاحظ محل الضرر في كل من العيب والعذر ، فأورد بعض تطبيقات العيب في المذاهب الفقهية الأخرى وكأنها تطبيقات لنظرية العذر ، وعنون لها بقوله: «المذاهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعذر»^(٥) ، مع أن المذهب الحنفي وحده

(١) - نظرية الظروف الطارئة : د. عبد السلام الترماني ٥٤

(٢) - انظر إلى ضابط العيب بالتفصيل في المبحث الأول من هذا الفصل وفي الخيارات الشرعية .

(٣) - نظرية الظروف الطارئة : ٥٤

(٤) - مصادر الحق : د. السنهوري ٩٧/٦ وما بعدها .

(٥) - المرجع السابق : ٩٧/٦

هو الذي أخذ بنظرية العذر دون غيره .

ثم أشار عند بيانه للمذهب الشافعي والحنبلي بقوله : « والأصل في مذهب — الشافعي والحنبلي — ألا تفسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أوجب خللاً في المعقود أو عيباً فيه ، تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً »^(١)

فالأعذار في هذه الحالات توجب فسخ العقد نتيجة العيب أو استحالة التنفيذ أو الامتناع عنه، لا بسبب العذر ؛ لأن الأصل عند المالكية والشافعية والحنابلة لا تفسخ الإجارة بالعذر بالمعنى الذي قررناه .

وأشار أيضاً أستاذنا الدكتور محمد الحسن البغا إلى أمثلة العذر بسبب من العين المؤجرة ، فقال : « إذا حدث بالعين المؤجرة ولم يؤثر في المنافع لم يكن للمستأجر خيار ، أما إن كان عيباً يؤثر ويخل بالمنافع فعندئذ للمستأجر الخيار ، فإن شاء استوفى المنفعة مع العيب ، ويلزمه جميع البديل ، وإن شاء نقض العقد »^(٢) ، ثم أورد الأمثلة على ذلك .

هذا الكلام فيما يبدو لي محل نظر ، ذلك أن العذر عند الحنفية كما أشرت منضبط بأساس الضرر المتعلق بأشخاص العقد دون العين المستأجرة ، وما ذكره أستاذنا الفاضل من جواز الفسخ بالخيار نتيجة العيب لا العذر ، وشأبة السنهوري في عدم ملاحظة محل الضرر الذي يعد أساساً لكل من العيب والعذر كما قلت ، فالضرر نتيجة العيب يلحق العين المستأجرة بينما الضرر عند قيام العذر يلحق الأشخاص ، لذلك كان معيار الأول منهما مادياً والثاني شخصياً.

(١) — مصادر الحق : السنهوري ٩٩/٦ — ١٠١/٦

(٢) — مقالة الدكتور محمد الحسن البغا : فسخ الإجارة وبغاؤها بالعذر عند الحنفية في سلسلة بحوث ومقالات مهداه إلى الدكتور وهبه الزحيلي ٣٠٦ .

المبحث الخامس

الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار

إن الحديث عن أسباب الفسخ المتقدمة يفرض علينا التساؤل الآتي : هل الإفلاس والإعسار من هذه الأسباب التي قد يترتب عليها حل العقد ونقضه ؟ هذا ما سنبحثه من خلال المطالب الآتية :

- المطلب الأول : تعريف الإفلاس والإعسار والعلاقة بينهما.
- المطلب الثاني : أثر الإفلاس والإعسار على العقد .
- المطلب الثالث : شروط الفسخ بالإفلاس والإعسار .
- المطلب الرابع : تطبيقات الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار .
- المطلب الأول : تعريف الإفلاس والإعسار والعلاقة بينهما .

أولاً - تعريف الإفلاس لغة واصطلاحاً :

الإفلاس في اللغة : مصدر أفلس ، فيقال : أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ، أو صار إلى حال يقال فيها : ليس معه فلس ، والفلس اسم مصدر ، بمعنى الإفلاس وجمعه في القلة أفلس ، وفي الكثرة فلوس ، ويقال أيضاً فلسه القاضي قفلساً ، حكم بإفلاسه بمعنى نادى عليه ، وشهره بين الناس بأن صار مفلساً^(١) .

وعليه : فالإفلاس في اللغة : وصف لمن لم يبق معه مال ، فيقال : أفلس الرجل ، أصبح لا يملك فلساً أو أنه وصف لمن لا يملك إلا فلوساً وهي أخس الأموال وأدناها بعد أن كان ذا ذهب وفضة .

أما في الاصطلاح الشرعي فقد عرف الفقهاء الإفلاس تعريفات تدور حول معنى واحد لا تخرج عن المعنى اللغوي السابق ، إذ ذكر ابن رشد ذلك بقوله : ((إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه ، والثاني : أن لا يكون له مال معلوم أصلاً))^(٢) .

وقال الخطيب الشربيني : ((المفلس في العرف ، من لا مال له ، وفي الشرع : من لا

(١) - لسان العرب : مادة / فس / ١ / ١٦٥-١٦٦ ، مختار الصحاح : ٢١٤/١ ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير :

٤٨٠ ، القاموس المحيط : مادة / فس / باب السين فصل الفاء .

(٢) - بداية المجتهد : ٢١٣/٢ .

يفي ماله بدينه»^(١) .

وقال ابن قدامة : « المفلس في عرف الفقهاء : من دينه أكثر من ماله ، وخرجه أكثر من دخله»^(٢) .

إن الفقهاء قد اتفقوا على أن معنى المفلس هو من يملك مالا لا يكفي دينه ، فكأنه معدوم المال أصلاً ؛ لأن ما ملكه من مال مستحق للصرف من جهة دينه ، وهو ما أشار إليه ابن قدامة^(٣) .

وعليه : يمكن تعريف الإفلاس بأنه : عدم القدرة على أداء ما عليه – أي الشخص المفلس – من ديون حالة ولازمة.

ثانياً – تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً :

الإعسار في اللغة : مصدر أعسر ، وهو ضد اليسار ، فيقال : عَسِرَ الأمرُ يَعْسُرُ عَسَراً فهو عَسِيرٌ ، وَعَسْرٌ يَعْسُرُ عَسَراً وَعَسَارَةٌ فهو عَسِيرٌ ، والعُسرة : قلة ذات اليد وكذلك الإعسار يقال : أعسر الرجل : إذا افتقر^(٤) .

أما في الاصطلاح الشرعي يفهم من استقراء ما ذكره الفقهاء^(٥) أن الإعسار : هو عدم القدرة على النفقة أو عدم القدرة على أداء ما عليه من ديون ونحوه ، فقالوا : المعسر : هو من كثر خرجه وقل دخله^(٦) ، وهو ذات المعنى اللغوي السابق .

ثالثاً – الفرق بين الإفلاس والإعسار :

يظهر من تعريف الإفلاس والإعسار السابقين ، ومن حديث الفقهاء عنهما ، أن بينهما عموماً وخصوصاً من جهة اللغة والمعنى والأثر ، نتيجه من خلال ما يأتي :

١- من جهة اللغة والمعنى :

يمكن القول بناء على المعنى اللغوي والاصطلاحى السابقين أن الإعسار أعم من الإفلاس ؛ لأن المفلس هو من صار ماله فلوساً ، بينما المعسر هو من عدم المال أصلاً وعسرت عليه أموره وشقت نتيجة قلة ذات يده ، وبذلك يكون المعسر أسوأ حالاً من المفلس الذي قد يكون

(١) - مقني المحتاج : ٢٠٠/٢

(٢) - المقني : ٢٦٥/٤ .

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - لسان العرب : مادة / عسر / ، المصباح المنير : مادة / عسر / ٤٠٩ ، القاموس المحيط : مادة / عسر / باب الرءاء فصل العين .

(٥) - باظفر ، بدائع الصنائع : ١٦٩/٧ ، ١٧٠-١٧٣/٧ ، فتح القدير : ٣٨٩/٤ - ٣٩٠ ، ٢٧٧/٩-٢٧٨ ، درر الحكام في شرح

مجلة الأحكام : ٥٤٠/٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ١٠٣/٥ ، ٥٧٢/٥ - ٥٧٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٩٩/٢ -

٣٠٠ ، ١٧٢/٤ ، القوانين الفقهية : ١/١٤٣-١٤٤ ، إعانة الطالبين : ٦٤/٤ ، روضة الطالبين : ٤١/٩ ، المجموع : ٧٨/٦ ، ١٦٨/٦

المعنى : ٣٦٢/٢ ، ٢٦٦/٤ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٩٦/٢ ، ٣٧٢/٣-٣٧٣ .

(٦) - إعانة الطالبين : ٦٤/٤ ، روضة الطالبين : ٤١/٩ .

معسراً عند عدم ملكه مالا أصلاً ، وقد لا يكون معسراً لملكه مالا قد يكون كثيراً ، ولكنه لا يستطيع معه الوفاء بما عليه من ديون حالة ولازمة ، فماله أمام ديونه يعد فلوساً ، وهي أخس الأموال وأدناها .

٢- من جهة الأثر المترتب عليهما :

إن المتتبع لأقوال الفقهاء^(١) عند حديثهم عن الإفلاس والإعسار يجد أن بينهما تداخلاً وتبايناً في الأحكام الفقهية المترتبة عليهما ، من حيث إن الإعسار يجب فيه الانتظار إلى حالة اليسار عملاً بقوله تعالى : « **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ** »^(٢) ، لذا لا سبيل للدائنين على المدين المعسر ، فلا يجوز مطالبته بالدين ولا حبسه به ولا الحجر عليه . قال ابن القيم : « **وَإِنْ أَقَامَ الْبَيْتَةَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ ، يَعْنِي خَلَى سَبِيلَهُ لَوَجُوبِ النَّظَرَةِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ** »^(٣) . وقال البيهوتي : « **وَإِنْ صَدَقَهُ - أَيْ الْمَدِين - غَرِيمَهُ فِي دَعْوَى الْإِعْسَارِ لَمْ يَحْبَسْ وَوَجِبَ إِنْظَارُهُ إِلَى الْمَيْسَرَةِ وَلَمْ تَجْزِ مَلَازِمَتُهُ وَلَا الْحَجْرُ عَلَيْهِ** »^(٤) .

أما المفلس فتجري عليه أحكام الإفلاس من الحجر عليه وبيع ماله جبراً ونحوهما من الأحكام الفقهية التفصيلية في مذاهب الفقهاء ، وذلك إن كان الإفلاس أثراً للتفليس^(٥) ، أما إن كان سبب الإفلاس هو الإعسار فتجري عليه أحكام الإعسار .

المطلب الثاني : أثر الإفلاس والإعسار على العقد

إذ تم العقد بين الطرفين ، ثم ظهر أحدهما مفلساً أو معسراً ، فهل يحق للمتعاقد الآخر أن

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٦٩/٧ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٧٤-٢٧٥ / ٩ ، ٢٧٧/٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير : ٢٩٩ / ٢ - ٣٠٠ ، ٢٦٣/٣ - ٢٦٤ ، القوانين الفقهية : ٢٠٩-٢١٠ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٨٦/٢

، نهاية المحتاج : ٣١٠/٤ وما بعدها . المغني : ٢٦٥/٤ وما بعدها ، كشف القناع : ٤١٨/٣ وما بعدها .

(٢)- سورة البقرة : ٢٨٠ .

(٣)- فتح القدير : ٢٧٧/٩ .

(٤)- كشف القناع : ٤٢١/٣ .

(٥)- التفليس : مصدر فسه : أي نسبة للإفلاس الذي هو مصدر أفس كما رأينا في المعنى اللغوي ، وشرعاً : هو جعل

الحاكم المدبسون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله . نهاية المحتاج : ٣١٠/٤ ، حاشية الجمل : ٣٠٨-٣٠٩ ، وانظر ، رد

المحتار على الدر المختار : ١٥٢/٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٦٣-٢٦٤ ، القوانين الفقهية : ٢٠٩ .

يفسخ العقد ويتحلل من التزامه ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نميز بين عقد المعاوضة المالية وبين عقد النكاح ، وذلك على التفصيل الآتي :

* * - الفسخ للإفلاس والإعسار في عقود المعاوضات المالية :

اختلف الفقهاء في جواز الفسخ بالإفلاس والإعسار في عقود المعاوضات المالية إلى رأيين: **الرأي الأول** : ويمثله الحنفية^(١) الذين يرون أنه لا يجوز للمتعاقد الآخر الفسخ حال ظهور صاحبه مفلساً أو معسراً ، ويعد دائماً عادياً ، يتقدم بالمطالبة بحقه كسائر الغرماء إن وجدوا ، قال البابر تي : **« ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه »**^(٢) ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أ - بما رواه الخصاص بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **« أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَوَجَدَ رَجُلًا عِنْدَهُ مَتَاعَهُ فَهُوَ فِي مَالِهِ بَيْنَ غَرْمَانِهِ أَوْ قَالَ فَهُوَ أَسْوَةٌ غَرْمَانِهِ فِيهِ »**^(٣) .
وجه دلالة الحديث واضحة صريحة في عدم جواز الفسخ حال إفلاس المتعاقد الآخر ، واعتباره دائماً كسائر الدائنين في وجوب المطالبة بالحق فيما وجد من مال ، أو الانتظار إلى وقت اليسار .

ب - ولأن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد ؛ لأنه يوجب العجز عن تسليم العين - وهو ليس مستحقاً بالعقد - وإنما المستحق به وصف في الذمة - أي الدين - والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده^(٤) ، وتوضيح ذلك : أن العقد يوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري وهو الدين ، وذلك وصف في الذمة ولا يتصور فيه العجز ، ولا يتغير عليه موجب عقده أبداً ؛ لأن بقاء ذلك ببقاء محله فصار كما إذا كان ملياً ، وهو إذا عجز إنما يعجز عن الإيفاء والإيفاء يقع بعين بدلا عن الواجب بالعقد في الذمة ، فيكون عجزاً عن غير ما وقع عليه العقد ، فلا يوجب فسخاً^(٥) .

(١) - انظر ، المبسوط : ١٣ / ١٩٨ ، بدائع الصنائع : ٢٥٢/٥ ، العناية شرح الهداية : ٢٧٨ / ٩ - ٢٧٩ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢٠١/٥ - ٢٠٢ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ٢٧٩/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤٦٨/٥ .

(٢) - العناية شرح الهداية : ٢٧٨/٩ .

(٣) - لم أجد تخريجاً لهذا الحديث في كتب التخريج وقد بحثت عنه طويلاً فقد عدت إلى المعجم المفهرس مرراً وتكراراً وكذلك إلى كتب التخريج ، فلم أعثر له على أي تخريج ، وقد سألت بعضاً من أهل الحديث ولم أجد إجابة شافية منهم .

(٤) - العناية شرح الهداية : ٢٧٩/٩ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٤٦٨ / ٥ .

(٥) - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢٠٢ / ٥ .

ت - وبقوله تعالى : ((وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ))^(١) ، فإله تعالى أمر بوجوب الإنظار إلى وقت اليسار ، فليس للمتعاقد أن يطلب الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار ؛ لأن الثمن في عقد البيع والأجرة في عقد الإجارة ونحوهما مما هو مقابل العين في عقد المعاوضة يصبح ديناً مؤجلاً إلى الميسرة بتأجيل الشارع الحكيم ؛ ولأن العجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين ، لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الأجل ، فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما .

الرأي الثاني : وأصحابه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) الذين يرون أنه إذا قلّس الحاكِم رجلاً ، فأصاب أحد الغرماء عين ماله أو سلعته التي باعها بعينها ، كان له حق الفسخ واسترداد عين ماله . قال الخطيب الشربيني : ((من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس أي بسبب إفلاسه والمبيع باق عنده بالشروط الآتية : فله أي البائع فسخ البيع واسترداد المبيع))^(٣) . وقال ابن قدامة : ((إذا قلّس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله ، فهو أحق به ، إلا أن يشاء تركه ، ويكون أسوة الغرماء))^(٤) . واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أ - بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((مَنْ أذْرَكَ مَالَهُ بَعَيْتِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِسْتَانَ فَاذْرَكَ فَيُؤَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ))^(٥) .

قال ابن دقيق العيد : ((وهذا الحديث دليل على الرجوع في الفلس ، ودلالته قوية جداً))^(٦) .

ب - لأن الإفلاس عجزُ المشتري عن إيفاء الثمن في عقد البيع^(٧) ، فيوجب ذلك حق الفسخ

(١) - سورة البقرة : الآية : ٢٨٠

(٢) - أنظر ، موطأ مالك ، ٦٧٨/٢-٦٧٩ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢١٦ ، شرح الزرقاني : ٣/ ٤١٧ ، معني المحتاج : ٢/ ٢١٥ - ٢١٦ ، حاشيتنا قتيوبي وصيرة : ٢/ ٣٦٥-٣٦٦ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٥/ ١٤٣-١٤٤ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : ٤/ ٣٣٥-٣٣٦ ، كشاف القناع : ٣/ ٤٢٥ ، المعنى : ٤/ ٢٦٦ .

(٣) - معني المحتاج : ٢/ ٢١٥

(٤) - المعنى : ٤/ ٢٦٦

(٥) - أخرجه البخاري : كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب إذا وجد ماله عند مقلّس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به / ٢٢٧٢ ، وأخرجه مسلم : كتاب المساقاة ، باب من أترك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه / ١٥٥٩ ، .

(٦) - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام : ابن دقيق العيد ١٤٧/٢ .

(٧) - وخيار الفسخ بسبب الإفلاس عند جمهور الفقهاء لا يقتصر على عقد البيع وإنما يشمل كل عقود المعاوضات كالإجارة والقرض والصلح ونحوها ، فلتؤجر خيار الفسخ فيما إذا أفلس المستأجر قبل دفع الأجرة وكذلك الحكم في باقي عقود المعاوضات المالية ، أما غير المعاوضات كالتحصيل والمحضنة كالتكاح والصلح عن دم العمد ، فلا يجوز الرجوع فيها وفسخ عقدها (انظر ، معني المحتاج : ٢/ ٢١٦ ، المعنى : ٤/ ٢٦٦ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته / د. وهبه الزحيلي : ٤/ ٣١٧٨ ، ٤/ ٤٧٠) .

قياساً على العجز عن تسليم المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يتطلب المساواة بين البديلين .

ت - إن الإفلاس يوجب الفسخ ؛ لتعذر العوض قياساً على المسلم فيه إذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس .

مناقشة أدلة الفقهاء :

ردُّ الحنفية^(١) على استدلال جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من إعطاء خيار الفسخ للعاقِد الذي وجد صاحبه مفلساً من خلال قولهم بجواز استرداد ماله إن وجده بعينه بما يأتي :

١- إن استدلالكم بحديث أبي هريرة لا نسلم به من جهتين :

الجهة الأولى : أنه معارض لما رواه الخصاص بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَوَجَدَ رَجُلًا عِنْدَهُ مَتَاعَهُ فَهُوَ أَسْوَأُ غَرْمًا فِيهِ))^(٢) .

الجهة الثانية : إن حديث أبي هريرة حديث صحيح ، ولكن المقصد منه أن المشتري كان قبضه للعين بشرط الخيار للبائع ، فجواز الفسخ الذي دل عليه الحديث ليس بناء على الإفلاس المحض وإنما نتيجة اشتراط البائع لنفسه الخيار إن أفلس المشتري . فدلالة الحديث على الفسخ بناء على اشتراط الخيار لا على الإفلاس .

٢- إن قولكم بالفسخ في حال إفلاس المشتري وما يقابله في العقود الأخرى قياساً على جواز الفسخ عند إفلاس البائع لا نسلم به أيضاً ؛ لأنه قياس مع وجود الفارق وهو فاسد ؛ لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع من الفسخ ؛ لعدم استحقاقه في العقد مباشرة ، بخلاف المبيع ، فإنه عين يرد عليها الفسخ ، ثم إن اعتبار الثمن بالمبيع غير سديد ؛ لأن بينهما مفارقة في الأحكام ألا ترى أن ملكية المبيع شرط جواز العقد بينما ملك الثمن ليس شرطاً ؟ فإنه لو اشترى شيئاً بدراهم لا يملكها جاز ، بينما لو باع شيئاً لا يملكه لا يجوز ، وغيرها من الأحكام التي تبين أن الثمن لا يقاس على المبيع ؛ لمفارقتهما للأحكام المتعلقة بكل منهما .

٣- إن قياسكم جواز فسخ عقد البيع ونحوه على عقد السلم بجامع تعذر العوض فيهما لا نسلم به أيضاً ؛ لأن العوض في السلم دين لا محالة ، فإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس ، كان لرب السلم حق الفسخ ؛ لأن المسلم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ ؛ لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيفوت به ما أوجبه العقد ؛ لأن الاستبدال به

(١) انظر ، العناية شرح الهداية : ٢٧٩/٩ ، بدائع الصنائع : ٢٥٢/٥ ، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق : ٢٠١/٥ .

(٢) - وقد سبق الحديث عن تخريج هذا الحديث ، انظر الصحيفة ١٦٣ .

ممتنع ، فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين ، فإن العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجب العقد ؛ لأن ما أوجبه العقد وصف في الذمة والمقبوض غيره .

وناقش الجمهور أيضا استدلال الحنفية وردوا عليهم بما يأتي^(١) :

١- إن استدلالكم فيما رواه الخصاف بإسناده لا يقوي إلى درجة حديث أبي هريرة من حيث إن فيه مقالا لأهل الحديث لا ترقيه إلى درجة حديث أبي هريرة .
وأما تأويل الذي ذهبتم إليه تأويل ضعيف واهن ؛ لأن حديث أبي هريرة حديث صحيح وعبارته عامة مطلقة فلا ينتقض بحديث ضعيف ، فضلا عن أن دلالة صريحة لا تحتمل التأويل .

٢- أما قولكم : إن خيار الفسخ لا يثبت حال إفلاس المشتري ؛ لعدم استحقاقه في العقد مباشرة بخلاف المبيع لا نسلم لكم به ؛ لأن مبتغى البائع هو تحصيل الثمن ، فعند عدمه يفقد البائع ما كان ينتظره من عقده ، فكان خيار الفسخ أمراً تقتضيه طبيعة عقد المعاوضة ؛ لا سيما أن المال ما زال موجوداً بعينه .

٣- أما قولكم وجوب إنظار المتعاقدين المفلس مما نقول به ، ولكن عند فقد المبيع ، أما وقد وجد المال بعينه ، فكان صاحبه أولى به من غيره ، وكذلك التأجيل إلى اليسار عند فقد المال أصلاً ، لكن المال موجود غير أنه لا يكفي الغرماء ، فكان صاحب المتاع أولى من غيره به .
الترجيح :

وعليه : أرجح رأي جمهور الفقهاء الذي يقتضي إعطاء خيار الفسخ عند الإفلاس لصحة حديث أبي هريرة الذي استندوا إليه ، إذ إنه نص في الموضوع ؛ ولعدم معارضته لحديث آخر ؛ لأن الحديث الذي استند إليه الحنفية حديث لم يثبت عند المحدثين ، فلم أجد من أهل الحديث من تطرق إليه ، وهذا يدل على أقل تقدير أنه ضعيف ، وما تكلف به الحنفية بعيد عما يدل عليه أصول الشرع الحنيف من حيث إنه لا حاجة لحديث أبي هريرة أصلاً في حالة وجود خيار للبائع بفسخ العقد ؛ لأن اشتراط الخيار في العقد أمر عام تقتضيه الأصول العامة في ديننا ، فيشمل المفلس وغيره ، وهو ما أخذ به استاذنا الفاضل الدكتور وهبه الزحيلي حفظه الله تعالى^(٢) .

(١)- انظر ، موطأ مالك : ٦٧٨-٦٧٩ / ٢ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢١٦ ، شرح الزرقاني : ٤١٧ / ٣ ، معنى المحتاج : ٢ / ٢١٥ - ٢١٦ ، حاشيتا قتيوبي وعميرة : ٣٦٥-٣٦٦ / ٢ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ١٤٣/٥-١٤٤ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : ٤ / ٣٣٥ - ٣٣٦ ، المعنى : ٤ / ٢٦٦ ، كشاف القناع : ٣ / ٤٢٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : وهبه الزحيلي ٥ / ٤٦٩ .

(٢)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥ / ٤٦٩ .

*** - الفسخ للإفلاس والإعسار في عقد النكاح :

اختلف الفقهاء أيضا في جواز الفسخ للإفلاس والإعسار في عقد النكاح اختلافا لا يفترق الرأي فيه كثيرا عن اختلافهم السابق في عقود المعاوضات المالية ، ولكنه يختلف من حيث الأدلة ، فكان لا بد من تمييزه في الدارسة والبحث عن عقد المعاوضة المالية حتى تتضح المسألة أكثر ، وذلك على التفصيل الآتي :

المذهب الأول : المانعون للفسخ وأصحابه الحنفية والشافعية في قول مرجوح لديهم^(١) ، يرون أنه ليس للمرأة أن تطلب الفسخ حال إعسار زوجها وإفلاسه ، فإذا ما رفعت طلبها إلى القاضي رده وأمرها بالاستدانة على الزوج ، قال ابن الهمام : ((ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه))^(٢) ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أ - بقوله تعالى : ((لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا))^(٣).

وجه دلالة الآية واضحة في بيان وجوب الإنظار حال الإعسار ، وبالتالي فلم يعد للمرأة الحق في طلب الفرقة ما دام الإنظار واجبا شرعا ، قال الجصاص : ((يدل - قوله تعالى - على أنه لا يفرق بينهما من أجل عجزه عن النفقة ؛ لأن العسر يرجى له اليسر))^(٤).

ب - بعموم قوله تعالى : ((وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ))^(٥).

وجه الاستدلال بهذه الآية : هو أن الله تعالى أمر بوجوب الإنظار حال الإعسار في كل شيء دون تمييز بين الأزواج وبين سائر الغرماء فكما أنه لا يجوز الفسخ في حال عقد المعاوضة المالية لا يجوز أيضا الفسخ في حالة عقد النكاح ؛ لعموم الآية التي تشمل الأزواج كسائر الغرماء .

ت - بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن هند امرأة أبي سفيان قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف))^(٦).

وجه الاستدلال بهذا الحديث : هو أنه صلى الله عليه وسلم أمر هنداً بالأخذ بالمعروف وهو

(١) - حنظر ، العناية شرح الهداية : ٣٩٠/٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٣٩٠ وما بعدها ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥٤/٣ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٩٠-٥٩١ ، مفتي المحتاج : ٥٦٣/٣ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥١ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٨١١/٧ .

(٢) - فتح القدير : ٣٩٠ .

(٣) - سورة الطلاق : الآية ٧ .

(٤) - أحكام القرآن : الجصاص ٦٩٣/٣ .

(٥) - سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

(٦) - أخرجه البخاري : كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ٥٠٤٩/ ، وأخرجه مسلم : كتاب الأفضية باب قضية هند ١٧١٤/ ولكن بلفظ : ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)) .

ما يكفي نفقتها وعيالها ، ولم يخيبرها بالفسخ وغيره ، فلو كان الفسخ مشروعاً في حقها لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ، فدل على أنه لا تُخير الزوجة بالفسخ حال إعسار زوجها.

ث - إن إقرار طلب حق الفسخ للزوجة حال إعسار زوجها ، مخالف لأصل تشريع الفرقة بينهما الذي منحه الله تعالى للزوج خاصة ، فقد قال صلى الله عليه وسلم ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))^(١) ، فهذا النص دليل على أن الأصل في الفرقة تكون من قبل الزوج بالطلاق ، فلا يعدل عنه إلا بدليل ، ولا دليل هنا يصلح للعدول عن هذا الأصل ، فيبقى الحكم على أصله.

المذهب الثاني : ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في الراجح من مذهبهم والحنابلة في الصحيح من مذهبهم^(٢) الذين يرون أن الزوجة إن شاعت طلبت فسخ عقد نكاحها برفع أمرها إلى القضاء ، وإن شاعت بقيت على الزوجية واستدانت عليه أو صبرت نفسها بما آل إليه حال زوجها من الإعسار ، واستدلوا على ذلك بأدلة منها :

١- بقوله تعالى : ((فإمساكاً بمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ))^(٣) .

وجه الاستدلال بهذه الآية : هو أن الله تعالى ربط اللجوء إلى الأمر الثاني المتمثل في التسريح عند الخلل في الأمر الأول المتمثل في الإمساك ، والعجز عن الإنفاق ما هو إلا صورة من صور الخلل في الإمساك بالمعروف ، لذا فإن الآية تدل على منح الزوجة حق طلب الفسخ ؛ لعدم تحقق الإمساك بالمعروف عند الإعسار .

٢- بما رواه البيهقي بإسناد صحيح : ((أن سعيد بن المسيب سئل عن رجل لا يجد ما

(١)- أخرجه ابن ماجه : كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد / ٢٠٨١ . وأخرجه الدار قطني : كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره / ١٠٢ / ١٠٣ ، أخرجه البيهقي : باب ما جاء في عتد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال / ١٤٩٥٦ ، وجاء في مصباح الزجاجة : ١٣١/٢ ((هذا إسناد ضعيف ؛ لضعف ابن لهيعة ، وروى من أوجه أخر مرفوعاً ، وفيه ضعف)) وغير أن الشوكاني أوضح في نيل الأوطار ما نصه ٢٨٣/٦ : ((وابن لهيعة ليس بسائط الحديث ، فإنه إمام حافظ كبير ، ولهذا أورده الذهبي في تذكرة الحفاظ . وقال أحمد بن حنبل : من كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وضبطه وإتقانه وقال أحمد بن صالح : كان ابن لهيعة صحيح الكتاب طلباً للعلم . وقال يحيى بن القطان وجماعة : إنه ضعيف . وقال ابن معين : ليس بذاك القوي ، وهذا جرح مجمل لا يقبل عند بعض أئمة الجرح والتعديل . وقد قيل : إن السبب في تضعيفه احتراق كتبه وأنه بعد ذلك حدث من حفظه فخلط ، وأن من حدث عنه قبل احتراق كتبه كابن المبارك وغيره حديثهم عنه قوي وبعضهم يصححه ، وهذا التفصيل هو الصواب . وقال الذهبي : إنها تؤدي حديثه في المتابعات ولا يحتج به))

(٢)- النظر ، بداية المجتهد : ٣٩/٢ ، أنوار البروق في أنواع الفروع : ١٤٥/٣ ، حاشية السوقي على الشرح الكبير : ٥١٨٧/٥ ، مقني المحتاج : ٣ / ٥٦٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٣٨/٣ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : ٢١٦/٧ ، المقني : ١٦٢-١٦٣ ، الفروع : ٥٨٨/٥ ، الإصناف : ٣٨٤/٩ ، كشف القناع : ٥ / ٤٧٤ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٤٥٢ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأصله : د. وهبه الزحيلي ٨١٢/٧ قل الخطيب الشربيني : ((إلا بأن لم نصبر قلها الفسخ على الأظهر)) مقني المحتاج : ٥٦٣/٣ ، وقال الدردير : ((ولها أي للزوجة الفسخ بظنفة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة ، ومثلها الكسوة)) حاشية السوقي على الشرح الكبير : ٥١٨/٢ ، وقال البهوتي : ((وإن أعسر الزوج بنفقتها الواجبة أو أعسر الزوج ببعضها أي ببعض الثلثة بان أعسر ... قلها الفسخ)) كشف القناع : ٤٧٤/٥ .

(٣)-سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

ينفق على أهله ، فقال : يفرق بينهم ، فقيل له : سنة ؟ فقال : نعم سنة ((^(١)) .

دلالة هذا الأثر واضحة من خلال أنه يدل بإطلاقه عرفاً إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، قال الخطيب الشربيني : ((قال الشافعي رحمه الله : يشبه سنة النبي صلى الله عليه وسلم))^(٢) ، لذا فإنه يأخذ مثل هذا حكم المرفوع المرسل عند أهل الحديث ، فقد قال الصنعاني : ((وهذا مرسل قوي ، ومراسيل سعيد معمول بها ، كما عرف أنه لا يرسل إلا عن ثقة))^(٣) . وقال البيهقي^(٤) أيضا : ((مراسيل - أي سعيد بن المسيب - أصح من مراسيل غيره))^(٥) .

٣- بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : ((أفضلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ عَنِّي وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى وَأَبْدَأُ بِمَنْ تَعُولُ تَقُولُ الْمَرْأَةُ : إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي وَيَقُولُ الْعَبْدُ : أَطْعِمْنِي وَأَسْتَعْمِنِي وَيَقُولُ الْبَائِسُ : أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدْعُنِي ، فَقَالُوا : يَا أَبَا هُرَيْرَةَ سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا هَذَا مِنْ كَيْسِ أَبِي هُرَيْرَةَ))^(٦) .

٤- إن إعطاء الزوجة خيار الفسخ حال إعسار زوجها أمر يؤيده القياس على خيار الفسخ بالجب والعنة الذي يقول به جمهور الفقهاء بجامع الضرر الحاصل فيهما ، بل إن الضرر حال الإعسار أكثر إيلاماً وأعظم تفويتاً للحق من الجب والعنة ؛ لأن البدن لا يقوم إلا بالنفقة بخلاف الوطاء ، فكان حال الإعسار أولى بالفسخ من حال الجب والعنة ، فضلاً عن الإعسار يُفوت حقاً خالصاً للزوجة بخلاف الجب والعنة ، فإنه يُفوت حقاً لهما معاً يتمثل في انعدام منفعة الجماع المشتركة بين الزوجين .

٥- إن منع الزوجة من حق الفسخ حال إعسار زوجها يلحق بها ضرراً كبيراً ، وسبيل دفعه وإزالته إنما هو الفسخ ، لذا فإنه حق متعين لها عملاً بالقاعدة الفقهية : ((الضرر يزال))^(٧) .

(١)- وأخرجه الدار قطنى : / ١٩٣ / ٢٩٧/٣ ، أخرجه البيهقي في سننه الكبرى : باب الرجل لا يجد نفقة : ٤٦٩/٧ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : ٩٥-٩٦/٧ ، وأخرجه أيضا أبي شيبه في مصنفه : ١٦٩/٤ . وقال الصنعاني : ((وهذا مرسل قوي ، ومراسيل سعيد معمول بها ، كما عرف أنه لا يرسل إلا عن ثقة)) سبيل السلام : ٢٢٤/٣ ، وانظر، نيل الأوطار : ١٣٢/٧ .

(٢)- محقق المحتاج : ٥٦٣/٣ . (٣)- سبيل السلام : الصنعاني ٢٢٤/٣ .

(٤)- البيهقي : (٣٨٤-٤٥٨) هو أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الإمام الحافظ الكبير أبو بكر البيهقي الحنبلية الخراساني سمع الكثير وجمع وحصل وصنف ، من تصانيفه : (السنن الكبير والسنن الصغير ، ومعرفة السنن والآثار وغيرها ، (طبقات الشافعية : ٢/٢٢٠-٢٢١ ، معجم المؤلفين : ٢٠٦/١) .

(٥)- سنن البيهقي الكبرى : ٤١/٦ .

(٦)- أخرجه البخاري : كتاب النفقات ، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال / ٤٩٣٦ / ، وأخرجه أحمد في مسنده : كتاب مسند المكثرين ، مسند أبي هريرة / ٧١٢٠ / .

(٧)- قواعد الفقه : البركتي ٨٨/١ ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي : د. وهبه الزحيلي : ٢٠٤ .

مناقشة أدلة الفقهاء :

أولاً - مناقشة أدلة المانعين :

ناقش المجيزون للفسخ حال إعسار الزوج بالنفقة على زوجته المانعين في بعض استدلالاتهم^(١) ، كما يأتي :

أ - إن استدلالكم بعموم قوله تعالى : «*وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ*» استدلال وجيه ؛ لأنه نص في الموضوع ، ولكننا لم نلزمه بالنفقة مع العسرة ؛ لأن الله أوجب إنظار المعسر ، وإنما أمرناه برفع ضرر يقدر عليه وهو إطلاقها لمن ينفق عليها .
وكان المجيزين استندوا إلى القاعدة الفقهية القائلة : «*الضرر يزال*»^(٢) المستمدة من قوله صلى الله عليه وسلم : «*لا ضرر ولا ضرار*»^(٣) ، فكان رفع الضرر عندهم مخصصاً لعموم الآية بنص هذا الحديث .

ب - أما استدلالكم بقصة هند امرأة أبي سفيان لا نسلم به إطلاقاً من جهتين :
الجهة الأولى : هو أن الحديث صريح الدلالة في أن أبا سفيان كان يعطيها شيئاً من نفقتها بدليل قولها : «*لا يعطني ما يكفني وولدي*» ، وهذا يشير إلى أنه كان يعطيها الضروري من النفقة دون الواجب منها ، وما كان هذا شأنه لا يبيح التفريق بين الزوجين نتيجة الإعسار ؛ لأن الفقهاء مجمعون على أنه لا تفريق إلا بمنع الحد الأدنى وهو ما يسمى بنفقة الإعسار ، وبالتالي لا دلالة في الحديث من هذه الجهة على ما نحن بصدده .

الجهة الثانية : إن الفسخ بسبب الإعسار لا يقع إلا بطلب الزوجة ، وذلك بأن ترفع أمرها إلى القاضي ، فيفارق بينهما نتيجة الإعسار ، وهذا ما لم يتحقق في هذه الحادثة ؛ لأنه لم يثبت أن هند بنت عتبة طلبت من رسول الله صلى الله عليه وسلم التفريق بسبب ذلك ، لذا لا دلالة فيه على موضوعنا من هذه الجهة أيضاً .

وعليه : فإن هذا الحديث لا نص فيه على ما ناقشه ، فهو في غير موطن الخلاف ، فلا يصح الاستدلال به على مسألتنا .

(١) - انظر ، بداية المجتهد : ٣٩/٢ ، أنوار البروق في أنواع الفروق : ١٤٥/٣-١٤٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٥١٨/٢ ، مغنى المحتاج : ٥٦٣/٢ - ٥٦٤ ، المغنى : ١٦٢/٨ ، فسخ الزوج : د. أحمد الحج الكردي : ٤٥٨ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأصله : د. وهبه الزحيلي ٨١١/٧ .

(٢) - فقواعد الفقه : البركتي ٨٨/١ ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي : د. وهبه الزحيلي : ٢٠٤ .

(٣) - سبق تخريجه في الصحيفة ٣٩ .

ثانياً - مناقشة أدلة المجيزين :

ناقش الماتعون المجيزين في بعض استدلالهم على جواز فسخ النكاح حال إعسار الزوج بما يأتي^(١) :

أ - إن استدلالكم بما روي عن سعيد بن المسيب ، لا يقوى إلى الاحتجاج به من جهتين :

الجهة الأولى : في قوله : إنه سنة ليس قولاً قاطعاً بأنه أراد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلعله أراد غير ذلك ، بل ثبت عنه رضي الله عنه في غير هذا الموطن أنه أطلق السنة ولم يرد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد قال الطحاوي : كان زيد بن ثابت يقول : المرأة في الأرش كالرجل إلى ثلث الدية ، فإذا زاد على الثلث فحالفها على النصف من الرجل . قال ربيعة بن عبد الرحمن : قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة ؟ قال : عشر من الإبل ، قلت : فإن قطع إصبعين ، قال : عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاثة ، قال : ثلاثون من الإبل ، قلت : فإن قطع أربعة من أصابعها ، قال : عشرون من الإبل ، قلت سبحان الله لما كثرت ألمها واشتد مصابها قل أرشها ، قال : إنه السنة . قال الطحاوي : لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت . فسمى قوله سنة ، فيكون ما قاله اعتماداً على ما عند أبي هريرة موقوفاً عليه^(٢) .

وقد ذكر ابن حجر العسقلاني أن الشافعي قد أوضح المراد بالسنة في قول سعيد بن المسيب بأنها سنة أهل المدينة ، فقال : « قال الشافعي وكان مالك يذكر أنه السنة ، وكنت أتابعه عليه ، وفي نفسي منه شيء ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة ، فرجعت عنه »^(٣) وهذا ما أكد عليه الأستاذ مصطفى الزرقا أيضاً في كتابه العقل والفقه^(٤) .

الجهة الثانية : ولو سلمنا بصحة هذا الحديث على أنه سنة من سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنه يخالف ما روي عن سعيد بن المسيب الذي يرى عدم التفريق بسبب الإعسار فقد روي عنه مثل ذلك ، فاضطرب المروي منه ، فبطل . ذكره ابن حزم وابن عبد البر^(٥) .

ب - إن استدلالكم بحديث أبي هريرة لا يقوى رأيكم في جواز الفسخ لما في هذا الحديث من مطاعن كثيرة منها :

* - إن هذا الحديث موقوف على أبي هريرة ورفعته عند النسائي والدارقطني لا شك أنه

(١) - انظر ، فتح القدير : ٣٩٠/٤ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٩٠/٣ - ٥٩١ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحمي الكردي

٤٥٨ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٨١٢/٧ .

(٢) - فتح القدير : ٣٩١/٤ . وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ مصطفى الزرقا قد علق على هذا الحديث موضعاً الفهم السديد له ، والذي يستلخص في أن دية المرأة كدية الرجل فيما دون الثلث ، فما زاد عن الثلث تنتصف فيه دية المرأة وتحسب النصف من بعد الثلث شريطة عدم تجاوز دية النفس كاملة . (انظر ، العقل والفقه : مصطفى الزرقا ٤٨-٥٦) .

(٣) - التلخيص الحبير : ٢٥/٤

(٤) - العقل والفقه في فهم الحديث النبوي : مصطفى الزرقا ٤٩ .

(٥) - فتح القدير : ٣٩١/٤ .

غلط ؛ لأنه صرح هو بذلك بقوله : « هذا من كيس أبي هريرة » وبالتالي فهو قول صحابي وقول الصحابي ليس بحجة عند الجمهور^(١) .

** - ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أنه يلزم بالطلاق ، إذا ما طلبت الزوجة منه ذلك ، وكيف وهو كلام عام لم يفرق بين الموسر والمعسر ، ولا خلاف بين الفقهاء أن الموسر إذ كان له مال ظاهر ولم ينفق منه ، يحبس ولا يفرق بينهما .

*** - ولو سلمنا بأن هذا الحديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدار قطني ، كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي فعله مما يدفع ضرر الدنيا مثل قوله تعالى : « **وَاشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ** »^(٢) ، يعني أن يبدأ بنفقة العيال ، وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذ استهلكت النفقة لغيرهم .

وعليه : فإن هذا الاستدلال لا يقوى للاحتجاج به كما ذكرنا .

ت - إن قياسكم جواز الفسخ بالإعسار على جواز الفسخ بالجب والعنة لا نسلم لكم به أيضاً ؛ لأنه قياس مع الفارق ، ذلك أن الجماع حكم أصلي في النكاح ، فإذا فات فقد أصبح العقد معطلاً عن إنتاج آثاره بخلاف النفقة ، فهي حكم تابع في باب النكاح لا أصل فيه ، ولا يلزم من جواز التفريق بالعجز عن المقصود أصلاً جوازه بالعجز عن المقصود تبعاً .

###- الترجيح :

يتبين بعد مناقشة أدلة الفقهاء أن رأي المانعين للفسخ بسبب الإعسار والذي يمثلته الحنفية أولى بالاعتبار والأخذ به مما قاله جمهور الفقهاء ؛ لأنه أصلح عملاً وأصح دليلاً وأنظم للعلاقة بين الزوجين ؛ وذلك لما يأتي :

١- إن وجوب الانتظار إلى وقت الميسرة أمر تقرر بنص القرآن الكريم فلا يجوز العدول عنه ، وتخصيصه بحديث رفع الضرر الذي لا نسلم به أيضاً من حيث إن رفع الضرر يكون بطرق أخرى غير اللجوء إلى فسخ العقد من خلال الاستدانة على الزوج إلى وقت يساره .

٢- إن تشريع حق المرأة في طلب الفرقة نتيجة إعسار زوجها ، ما هو إلا إبطال لحقه في استبقاء زوجته على عصمته ، بينما منعها هذا الحق وإلزامها بالانتظار إلى اليسار والاستدانة عليه ما هو إلا تأخير لحقها في وجوب النفقة عليها ، فنكون بذلك أمام ضررين والمعلوم من القواعد الشرعية أن يرتكب أخف الضررين ويدفع أقواهما ، ولاشك أن الإبطال أقوى ضرراً من التأخير ؛ لما فيه من إنهاء للعلاقة بين الزوجين ، لذا فيجب القول بعدم جواز

(١) ذهب الشافعية في قول تدبيره والحنابلة إلى عدم اعتبار قول الصحابي حجة ، فيجوز اتباعه ، ويجوز مخالفته ، وأن العمل والاتباع يعتمد على الأدلة التي احتج به الصحابة وليس بمجرد أقوالهم. (أصول الفقه الإسلامي : د. محمد الزحيلي ٢١٤) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

الفسخ حال الإعسار ، وفي هذا أيضاً رد على القياس بجواز الفسخ على الجب والعنة الذي استند إليه المجيزون من حيث إن وجودهما إبطال لحقها ؛ لأنه لا يصير ديناً على الزوج بخلاف الإنظار ، إذ هو تأخير لحقها لا إبطال له ، فافتراقاً ، فبطل القياس .

٣- إن القول بعدم جواز الفسخ ينسجم مع ما يسعى إليه التشريع الإسلامي في المحافظة على العلاقة الشرعية بين الزوجين من خلال تنمية روح التضامن والتآلف المتبادل بينهما ، فإذا ما تقرر الإجابة إلى طلبها ، فإن تلك المودة والرحمة تفقد آثارها ؛ لأن الواجب أن تكون الزوجة عوناً ونصيراً لزوجها على نوائب الدهر ، لا سيما وأنه تقرر الإجابة لحقها من خلال الاستدانة على الزوج ، وهو ما أخذ به استاذنا الدكتور أحمد الحجى الكردي^(١) .

المطلب الثالث : شروط الفسخ بالإفلاس والإعسار :

اشترط جمهور الفقهاء جملة شروط للفسخ حال الإفلاس والإعسار تتميز تبعاً لنوع العقد الذي وقع عليه الفسخ من كونه عقد معاوضة مالية أو عقد نكاح ، ولما رجحنا جواز الفسخ للإفلاس والإعسار في عقود المعاوضات المالية ، دون الفسخ في عقد النكاح ، كان لزاماً علينا دراسة تلك الشروط في عقود المعاوضات المالية دون عقد النكاح حتى يكون العاقد الدائن على بصيرة من أمره في صحة الفسخ من عدمها^(٢) ، ومن تلك الشروط ما يأتي :

الشرط الأول : أن يكون الفسخ قبل الحجر :

اشترط الفقهاء^(٣) لصحة الفسخ أن يقع قبل أن يحجر القاضي على المفلس فيمنعه من التصرف ؛ لعدم استحقاق الدائن البدل المتعين له ، وبالتالي لا يستحق الفسخ ؛ لتعذره نتيجة الحجر سواء علم به أم لم يعلم ، وقيل له الخيار ؛ لعموم الخبر في جواز الفسخ ، وقيل : إن كان عالماً بفلسه فلا فسخ له ، وإن لم يعلم فله الفسخ ، قياساً على العيب .

الشرط الثاني : أن يكون المال المعقود عليه باقياً بعينه في ملك المفلس :

اختلف الفقهاء في صحة الفسخ عندما يجد العاقد الدائن شيئاً من متاعه لا كله عند المفلس إلى رأيين :

(١)- انظر ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٤٦٢-٤٦٤ .

(٢)- وعدم دراسة شروط الفسخ للإعسار في عقد النكاح الذي أخذ به جمهور الفقهاء خشية الاستطراد الذي قد يطيل البحث من هذه الزاوية ، فينتقد بالخلل ، خاصة وأن استاذنا الفاضل الدكتور أحمد الحجى الكردي قد أجاد في عرضه وتبسيطه لهذه الشروط ، فأحيل القارئ إليه في كتابه فسخ الزواج : ٤٦٤ وما بعدها .

(٣)- حاشية السوقى على الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ، مقني المحتاج : ٢١٨/٢ ، المعنى : ٢٦٧/٤ .

الرأي الأول: وأصحابه الحنابلة^(١) الذين يرون أنه لا يجوز الفسخ للإفلاس إلا بوجود المبيع ونحوه بعينه عند المفلس فإن وجد جزءاً منه كان مانعاً للفسخ ، ويكون الدائن عندئذ أسوة الغرماء كتلف بعض الثوب أو انهدام بعض الدار أو اشتري شيئاً مئثراً لم تظهر ثمرته ، فتألف بعضها وما شابه ذلك . واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم : ((مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بَعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَيُؤَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ))^(٢) ، فشرط أن يجده بعينه يعني كاملاً لا منقوصاً ، ولم يجده بعينه ؛ ولأنه إذا أدركه بعينه ، كان ذلك سبباً لانقطاع الخصومة بخلاف ما إذا وجد بعضه بعينه .

الرأي الثاني: وأصحابه المالكية والشافعية^(٣) : الذين يرون أنه لا يشترط وجود كامل المعقود عليه ونحوه لصحة الفسخ ، بل يفسخ العقد ، ويرجع بالجزء الموجود ، وبخاصم في الباقي كغيره من الغرماء ، وعللوا ذلك بأن العاقد الدائن وجد جزءاً من متاعه فهو أحق به من غيره ؛ كما لو وجدته كاملاً ، قال ابن رشد : ((إذا فوت المشتري بعضها - أي بعض السلعة - أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته))^(٤) .

ولكنني أرى أن قول المالكية والشافعية أكثر تواضعاً لمصلحة العاقد الآخر الذي تضرر من إفلاس صاحبه ، وقد وجد شيئاً من ماله ، فيجوز عندئذ أخذ ما وجدته وفسخ العقد تخفيفاً للضرر عنه ؛ ولأن المال المفقود نتيجة الإفلاس قد يُسترجع ، وقد لا يُسترجع بناء على مدى يسار صاحبه .

وتأويل الحنابلة لقوله صلى الله عليه وسلم : ((ماله بعينه)) تأويل محتمل ، فكما يمكن أن يقع ذلك على المال الكامل ، يمكن أن يقع على ذات المال لا على كله ، لهذا فإنني أرجح رأي المالكية والشافعية .

الشرط الثالث : أن لا يكون قد تعلق بالمعقود عليه حق للغير :

اشتراط جمهور الفقهاء^(٥) أيضاً لصحة الفسخ أن لا يتعلق بالمعقود عليه حق للغير من رهن أو وقف أو بيع ونحوها من التصرفات التي تبيح للغير حقاً في عين المال ، وعللوا ذلك بأن الدائن لم يدرك عين ماله عند المفلس ، فيكون خارج نطاق ما دل عليه الحديث . قال ابن قدامة : ((إن رهنها - أي السلعة - المشتري ثم أفلس أو وهبها ، لم يملك البائع الرجوع ، كما

(١) - انظر ، المغني : ٢٦٨/٤ .

(٢) - سبق تخريجه انظر الصحيفة ١٦٤ .

(٣) - انظر ، بداية المجتهد : ٢١٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢١٨/٢ . نهاية المحتاج : ٣٤٤/٤ - ٣٤٤ .

(٤) - بداية المجتهد : ٢١٧/٢ .

(٥) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية السوقي : ٢٨٥/٣ ، مغني المحتاج : ٢١٨/٢ ، المغني : ٢٧٨/٤ .

لو باعها أو أعتقها^(١).

لكن المالكية أوضحوا في الرهن أن للغريم الدائن أن يفك العين المرهونة بدفع ما رهننت به ويأخذها بعينها ثم يعود على المفلس بما دفعه كباقي الغرماء ، قال الدردير في ذلك : ((للغريم إذا وجد سلعته قد رهنها المفلس في دين عليه وحازها المرتهن فك الرهن بدفع ما رهننت فيه وأخذه ، وحاص الغرماء بفدائه))^(٢) .

الشرط الرابع : أن لا يكون الدائن الغريم قد قبض شيئاً من الثمن ونحوه من بدل عوض المعقود عليه :

اختلف الفقهاء في هذا الشرط لصحة الفسخ إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : وهو للحنابلة^(٣) الذين قالوا : يسقط حق الغريم الدائن بالفسخ عند قبضه

شيئاً من عوض المعقود عليه ويكون حينئذ أسوة الغرماء ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه ، أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

((أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً فَأَذْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنَيْهَا عِنْدَ رَجُلٍ وَقَدْ أَفْلَسَ وَلَمْ يَكُنْ قَبْضَ مِنْ ثَمْنِهَا شَيْئًا فَهِيَ لَهُ وَإِنْ كَانَ قَبْضَ مِنْ ثَمْنِهَا شَيْئًا فَهُوَ أَسْوَةٌ لِلْغُرَمَاءِ))^(٤) .

٢- ولأن في الفسخ والرجوع في قسط ما بقي تبويضاً للصفقة يعود بالضرر على المفلس ،

فلا يجوز للغريم الدائن أن يلحق بصاحبه مثل هذا الضرر ، لذا لا يجوز الفسخ .

القول الثاني : وهو للشافعي في الجديد من مذهبه^(٥) للغريم الدائن الفسخ والرجوع بما يقابل

الباقي من دينه ، وعللوا ذلك بأن الإفلاس سبب يعود به كل العين ، فجاز أن يعود به بعضها

قياساً على الفرقة في النكاح قبل الدخول ، إذ يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارة ،

وبعضه تارة أخرى ، قال الصنعاني : ((وكان الشافعي ذهب إلى هذا - من جواز الفسخ

والرد - لأنه لم يصح الحديث - السابق - عنده بل قال : إنه منقطع))^(٦) .

القول الثالث : وهو للمالكية^(٧) ، الذين قالوا : إن شاء الغريم الدائن رد ما قبضه ، وأخذ

جميع العين ، وإن شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته .

(١)- المعنى : ٢٧٨/٤ .

(٢)- الشرح الكبير وعليه حاشية النسوي : ٢٨٥/٣

(٣)- انظر ، المعنى : ٢٧٨/٤ .

(٤)- أخرجه ابن ماجه : كتاب الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس / ٢٣٥٠ ، وأخرجه الدار قطني في سننه : كتاب البيوع / ١٠٩ / ٣

٢٩ ، وقال عقب تخريجه : ((إسناعي بن عياش مضطرب الحديث ولا يثبت هذا عن الزهري مستنداً وإنما هو مرسل)) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه /

١٥٦٥٦ / بلقب : ((أيما رجل باع من رجل سلعة ، فأفلس المشتري ، فإن وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها ، فإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو والغرماء

فيها سواء ، وإن مات المشتري فالبائع أسوة الغرماء)) ، وجاء في خلاصة البدر المنير : ٨٢/٢ ((إنه مرسل)) .

(٥)- انظر ، معني المحتاج : ٢١٩/٢

(٦)- سبل السلام : ٥٤ / ٣

(٧)- بقر ، بداية المجتهد : ٢١١/٢

ولكني أرجح رأي الحنابلة في ذلك استنادا على الحديث المذكور ، ودعوى إرساله وإنقطاعه أمر مختلف فيه بين العلماء ، ولكن إرساله أقوى عند أكثر الحفاظ^(١) وهذا ما دعانا إلى اعتماد الرأي الذي استند إليه من عدم جواز الفسخ حال قبض شيء من ثمن المعقود عليه ورفعاً للضرر عن المفلس من حيث إن الفسخ والرجوع بقسط ما بقي تبعية للصفقة ، مما ينقص قيمتها ، لذا أرى العمل بعدم الفسخ والرجوع على المفلس كسائر الغرماء ، عملاً بالحديث ورفعاً للضرر .

ولكن الشافعية والمالكية^(٢) ناقشوا الحنابلة فيما ذهبوا إليه من الجهتين :

الجهة الأولى : إن استدلالكم بحديث أبي هريرة لا يقوى رأيكم فيما ذهبتم إليه من عدم جواز الفسخ ؛ لأن الحديث روي عن النبي مرسلًا فقد أرسله مالك ، ولا حجة في المراسيل .
الجهة الثانية : إن قولكم إن الفسخ يعود بالضرر على المفلس غير مسلم به ؛ لأن ماله يباع حال الإفلاس ولا يبقى له ، فيزول عنه الضرر بهذا .

إلا أن الحنابلة^(٣) ردوا على هذين الاعتراضين بأن الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلًا فلا يضر إرسال من أرسله ، إذ إن المرسل حجة .

أما الضرر فلا يندفع بالبيع ؛ لأن قيمة العين تنقص بالتشقيص ، فلا يرغب فيها عادة مشقة ، إذ يتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ، كما أنه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقيصه قياساً على الرد بالعيب ، وأما قياس البيع على البيع أولى من قياس البيع على النكاح .
الشرط الخامس : أن لا يكون الغرماء قد فدوه بعوض المعقود عليه المتعين على المفلس :

اختلف الفقهاء في هذا الشرط إلى رأيين :

الرأي الأول : للمالكية^(٤) الذين يرون أن الغرماء إذا بذلوا الثمن أو ما يقابله في باقي عقود المعاوضات أو ضمنوه وهم ثقات في ذلك أو أعطوا به كفيلاً للدائن ، سقط عندئذ حقه في الفسخ والرجوع بعين ماله ، وعللوا ذلك : بأن حق الفسخ والرجوع إنما لتلافي النقص في الثمن ، وقد بذل له كاملاً ، قياساً على زوال العيب من المعيب بجامع وصول الحق كاملاً لصاحبه ؛ لأن علة الفسخ فيهما هو نقصان الحق .

الرأي الثاني : للشافعية في الراجح عندهم والحنابلة^(٥) الذين خالفوا المالكية من خلال عدم اعتبار هذا الشرط لجواز الفسخ ، إذ نجدهم يقولون : بعدم إلزام الدائن بقبول الثمن فداء ماله

(١) - انظر ، سيل السلام : ٥٤/٣ .

(٢) - انظر ، بداية المجتهد ، ٢١٦/٢ ، مقني المحتاج : ٢١٩/٢ .

(٣) - انظر ، المقني : ٢٧٨/٤ .

(٤) - انظر ، التاج والإئتمار لمختصر خليل ، ٦١٩/٦ - ٦٢٠ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، ٦٢/٦ ، حاشية النسوي على الشرح الكبير : ٢٨٣/٣ .

(٥) - انظر ، مقني المحتاج : ٢١٧/٢ ، المقني : ٢٦٦/٤ .

ولكنهم اختلفوا في تعليل ذلك : فالشافعية يرون أن ذلك من المنة ؛ ولخوف ظهور غريم آخر ، بينما الحنابلة استدلوا بعموم الخبر السابق الذي أوضحناه ، وبأن الفداء ما هو إلا تبرع يدفع الحق من غير من هو عليه ، فلم يجبر صاحب الحق على قبضه ، بخلاف ما لو دفع الغرماء الثمن إلى المفلس ثم بذله إلى البائع الدائن ، فلا يملك عندئذ حق الفسخ ؛ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن ، فزال ملك الفسخ .

الشرط السادس : أن يكون المفلس حياً وقت الفسخ :

اشترط هذا الشرط المالكية والحنابلة^(١) واستدلوا عليه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا فَأَقْلَسَ الَّذِي ابْتِاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضْ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا فَوَجَدَ مَتَاعَهُ بَعِيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسْوَأُ الْغَرْمَاءِ))^(٢) ؛ ولأن الملك قد انتقل بالموت من المفلس إلى ورثته ، فكان أشبه بما لو تصرف المفلس به بالبيع أو الهبة ونحوهما من كل ما من شأنه أن يزول ملك المفلس عنه الذي يمنع الفسخ ، فكذلك الموت ، ثم إن ذمة المفلس انعدمت بالموت فلا تعود ، واختصاص الدائن بالعين يستتر به الغرماء كثيراً ، بخلاف حالة الحياة .

أما الشافعية^(٣) فلم يشترطوا هذا الشرط ، بل أجازوا الفسخ والرجوع بالمعقود عليه حال موت المفلس استناداً لما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة ، أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَقْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بَعِيْنِهِ))^(٤).

وسبب الاختلاف بينهم يعود إلى درجة ثبوت الرواية التي استند كل منهم بها وقد صور

(١) - انظر ، بداية المجتهد : ٢١٧/٢ ، حاشية العوي : ٣٦٣/٢ ، الفواكة الدواني : ٢٣٩/٢-٢٤٠ ، المعني : ٢٩٣/٤ ، كشاف القناع : ٤٢٦/٣ .

(٢) - أخرجه أبو داود : كتاب البيوع ، باب في الرجل يفسد الرجل متاعه بعينه عنده / ٣٥٢٠ / جاء في الدراري المضية : ٤٠٥ / ١ ((وقد وصله أبو داود فقال عن أبي هريرة وفي إسناده إسماعيل بن عياش ولكنه هنا روى عن الحديث الزبيدي وهو شامي وهو قوي في الشاميين)) ، وفي شرح معاني الآثار : ١٦٦/٤ ((الحديث منقطع لا يقوم بمثله حجة)) ، وفي نيل الأوطار : ٣٦٢/٥ ((اسنده أبو داود من وجه ضعيف)) ، وفي سبل السلام : ٥٣ / ٣ ((ووصله البيهقي وضعفه تبعاً لأبي داود رجحاً سنن أبي داود فلم نجد فيها تضعيفاً للرواية هذه بل قال في هذه الرواية بعد إخراجها لها من طريق مالك أصح يريد أنه أصح من رواية أبي بكر بن عبد الرحمن التي ساقها أبو داود)) .

(٣) - انظر ، المهذب : ٣٢٧/١ ، الأم : ١٩٩/٣-٢٠٠ ، إعانة الطالبين : ٦٧/٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٨٣/٢ ، حاشية البجيرمي : ٤١٩/٢ .

(٤) - ، أخرجه ابن ماجه : كتاب الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس / ٢٣٥١ / ، وأخرجه الدار قطني : كتاب البيوع / ١٠٩ / والحاكم المستدرک علی الصحیحین : كتاب البيوع : ٢٣١٤ / ، وجاء فيه : هذا حديث عال صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذا اللفظ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣ / ٣٩٩ ((قيل له لا يدرى من هو ولم يسمع بذكره هذا الحديث وهو دون الحديث الأول فلم يثبت في ذلك شيء من جهة)) . فتح الباري : ٥ / ٦٤ ((وهو حديث حسن يحتج بمثله أخرجه أيضاً أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم وزاد بعضهم في آخره إلا أن يترك صاحبه وفاء ورجحه الشافعي)) .

ابن رشد هذا الخلاف وعلق عليه بقوله : ((فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس ، وأيضا فإن الأصل يشهد لقول : مالك في الموت ، أعني من باع شيئا فليس يرجع إليه ، فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة ، والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روي من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به))^(١) .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن هذه جملة الشروط التي ذكرها جمهور الفقهاء القائلين بجواز الفسخ حال الإفلاس والإعسار تعطي ضوابط محددة وكواجح معينة لمسألة الفسخ في فقہنا الإسلامي الذي أحوج ما يكون الإنسان إليه اليوم ؛ لكثرة التعاملات المالية وسرعتها ، في غمار تشريعات وضعية لا تحقق جانب العدل والمساواة ...

.....
(١) -جداية المجتهد : ٢ / ٢١٧

المطلب الرابع : تطبيقات الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار

يمكن أن نتلمس بعض الفروع الفقهية لمسألة الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار غير التي أشرت إليها عند التأصيل ، وذلك إتماماً للفائدة وتطبيقاً في أغلب الأوجه لما قد ذكرته من أصول لها ، ومن هذه الفروع ما يأتي :

أولاً - الفسخ للإفلاس والإعسار في عقد الإجارة^(١) :

يُفسخ عقد الإجارة بالإفلاس والإعسار كباقي عقود المعاوضات المالية ، وسأتناول حالة إفلاس المستأجر كمثال وتطبيق على ما نحن بصدده ، وذلك فيما يأتي :

اتفق جمهور الفقهاء^(٢) على جواز وقوع الفسخ والرجوع بالعين المؤجرة حال إفلاس المستأجر ، فيما إذا كانت الأجرة حالاً ولم يقبضها المؤجر ، وله إمضاء العقد والعودة على المفلس بجميع الأجرة كغريم من الغرماء ، وعللوا ذلك بأن المؤجر أدرك عين ماله عند من أفس ، إذ قاسوا المنافع هنا على الأعيان .

لكن هل يجوز الفسخ أيضاً فيما لو استوفى شيئاً من المنفعة بمرور بعض المدة ؟

اختلف جمهور الفقهاء القائلين بالفسخ للإفلاس والإعسار إلى رأيين :

الرأي الأول : للمالكية والشافعية^(٣) الذين أجازوا الفسخ فيما بقي من المدة والعودة على المفلس بما مر من المدة كسائر الغرماء .

الرأي الثاني : للحنابلة^(٤) الذين لم يجزوا الفسخ بعد مضي شيء من المدة ، معللين ذلك بأن المؤجر لم يجد عين ماله ، تنزيلاً للمنفعة منزلة المبيع ومضي بعضها كتلف بعضه ، فكما أنه لا يجوز الفسخ حال تلف شيء من العين ، فكذلك عند فوت شيء من المنفعة بمرور جزء من المدة .

وإني أرى قول المالكية والشافعية أولى بالقبول والأخذ به استناداً على التعليل الذي ذكرته حال وجود بعض المال .

(١) - وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية الذين يقولون : بعدم جواز الفسخ للإفلاس في عقود المعاوضات - كما سبق أن أوضحته في حينه - ومنها عقد الإجارة ، استثنوا من هذا الاتجاه ما لو كان الإفلاس عذراً ، عندئذ نجدهم يجيزون الفسخ به على أنه عذر طارئ في هذا العقد فقط ، وكذلك جمهور الفقهاء أجازوا الفسخ بالإفلاس على ما بينته ، لكن لو أنه عذراً طارئاً على العقد المستمر ، نجدهم يتوقفون عن القول بجواز الفسخ .

(٢) - انظر ، المنونة : ٥٦١/٣ ، مواهب الجليل : ٤٠/٥ ، التاج والإكليل : ٦٢٥/٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٦٦/٣ - ٢٨٨ ، روضة الطالبين : ١٥١/٤ - ١٥٢ ، نهاية المحتاج : ٣٣٨/٤ ، مقني المحتاج : ٢١٦/٢ ، حاشيتا قليوبي وصيرة : ٨٥-٨٤/٣ ، حاشية الجمل : ٣٢٤/٣ ، تحفة المحتاج : ١٤٦/٥ - ١٨٦/٦ ، المغني : ٢٦٧/٤ ، كشاف القناع : ٤٢٦/٣ .

(٣) - انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٦٦/٣ - ٢٨٨ ، نهاية المحتاج : ٣٣٨/٤ ، مقني المحتاج : ٢١٦/٢ ، حاشيتا قليوبي وصيرة : ٨٥-٨٤/٣ ، حاشية الجمل : ٣٢٤/٣ ، تحفة المحتاج : ١٤٦/٥ - ١٨٦/٦ .

(٤) - انظر ، المغني : ٢٦٧/٤ ، كشاف القناع : ٤٢٦/٣ .

ثانياً- الفسخ لإعسار الزوج بالمهر :

تباينت أقوال الفقهاء حول مسألة الفسخ نتيجة إعسار الزوج بالمهر تباينا يعتمد في منحاه الأصل الذي ذكرته عند الفقهاء ، وفيما يأتي اتجاه كل مذهب :

١- ذهب الحنفية^(١) إلى أنه لا خيار للزوجة في الفسخ فيما إذا أعسر زوجها بالمهر ، وتعود عليه كغريم تطالبه به ؛ ولكن لها أن تمنع نفسها إذا أراد الزوج أن يسافر بها أو يطأها حتى تأخذ مهرها ، وليس له أيضاً أن يمنعها إن أرادت الخروج من منزله أو السفر ونحوهما حتى يوفيه مهرها ؛ لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء .

٢- وذهب المالكية^(٢) إلى ما ذهب إليه الحنفية ، ولكن بعد الدخول ، فإن أعسر الزوج بعد البناء بزوجته ، فلا خيار لها عندهم في الفسخ وتكون غريمة كسائر الغرماء .

أما قبل الدخول بها ، فلها الفسخ بالإعسار بالمهر إذا ثبت ذلك بالبينة أو صدقته الزوجة وعندئذ يتلوم له القاضي باجتهاده من أول الأمر بالنظر مدة ، فإن أدى مهرها ، سقط حقها وإلا طلقها القاضي استجابة لأمرها .

٣- أما الشافعية^(٣) : فقد رُويت عنهم أقوال متعددة في هذه المسألة أظهرها جواز الفسخ قبل الدخول لا بعده ، كالمالكية ، ولكن الصحيح من المذهب أن للزوجة خيار الفسخ قبل البناء بها وبعده .

٤- وأما الحنابلة^(٤) في الراجح من مذاهبهم جواز الفسخ للزوجة حال إعسار زوجها بالمهر سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده ، قال البيهوتي : « وإن أعسر زوج بالمهر الحال قبل الدخول أو بعده ، فالحررة مكلفة الفسخ »^(٥) .

(١)- نظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٥٥/٢-١٥٦ ، فتح القدير : ٣٧١/٣ ، وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ١٤٣/٣ وما بعدها .

(٢)- نظر ، بداية المجتهد : ٣٩/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٧١/٣ وما بعدها .

(٣)- نظر ، المهذب : ٦١/٢ ، روضة الطالبين : ٧٥/٩ ، مفتي المحتاج : ٥٦٥-٥٦٦ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٣٩/٣ . قال الشيرازي في المهذب : ٦١/٢ : « إذا أعسر الرجل بالمهر ففیه طریقان : من أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، وإن كان بعد الدخول لم يجز الفسخ ومن أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ وإن كان بعد الدخول ففيه قولان : أحدهما لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه ، والثاني يثبت لها الفسخ وهو الصحيح » .

(٤)- نظر ، الإحصاف : ٣١٢-٣١٣ ، المقني : ١٦٦/٨ ، المبدع : ١٧٧/٧ ، كشاف القناع : ١٦٤/٥ ، قال الرمادوي في الإحصاف : ٨/٣١٣ : « (وإن أعسر بالمهر قبل الدخول : فلها الفسخ ، يعني إذا كان حالاً ، وهذا المذهب فإن أعسر بعده : فغلى وجهين أحدهما : لها الفسخ . قال في الرعايتين ، والحاوي : فلها الفسخ في أصح الوجهين . وجزم به في الوجيز واختاره أبو بكر . وقدمه في المحرر ، وتوجه الثاني : ليس لها الفسخ بعد الدخول . نقل ابن منصور)) .

(٥)- كشاف القناع : ١٦٤/٥ .

وعليه : تلتخص أقوال الفقهاء في هذه المسألة إلى مانعين للفسخ أو مجيزين له على الإطلاق أحياناً ، وعلى حصول دخول أو عدمه أحياناً أخرى ، وبالتالي : فإن الأدلة التي استندوا إليها يمكن أن نقسمها إلى ثلاثة أقسام بناء على المنع المطلق أو الجواز المطلق أو التفصيل بين أن يكون الإعسار قبل الدخول أو بعده ، وفيما يأتي توضيح أدلة كل فريق :

أ - أدلة المانعين^(١) :

استدل المانعون للفسخ مطلقاً سواء دخل بها الزوج أم لم يدخل بها بما يأتي :

* - بالقياس على الإعسار في عقد المعاوضة المالية الذي لا يجوز الفسخ بسببه بجامع علة الدين في كل منهما ، فالمهر في عقد النكاح ما هو إلا دين في ذمة الزوج يطالب به كما يطالب المعسر بالدين ، كغريم من الغرماء .

*** - ولعدم ترتب ضرر مجحف في حق الزوجة بسبب المهر ، فيجوز تأخيرها قياساً على نفقة الخادم والنفقة الماضية .

*** - إن الفرقة بين الزوجين لا بد من أن يثبتها نص ، والقول بالفسخ كفرقة بينهما لا نص فيها ، فضلاً على أن بها تجاوز لحق الزوج في الطلاق الذي أناطه الله تعالى به ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : ((إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ))^(٢) . وهو نص عام لا يجوز تخصيصه إلا بدليل ، ولا دليل هنا .

ب - أدلة المجيزين^(٣) :

علل المجيزون أن الإعسار بالمهر ما هو إلا عجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض وهو البضع ، فأشبهه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس والمبيع باقٍ بعينه ، إذ يجوز الفسخ نتيجة الفس بالثمن ، فكذلك الإعسار بالمهر ؛ لأن البضع لا يتلف

(١) - انظر ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٥٥/٢-١٥٦ ، فتح القدير : ٣٧١/٣ ، وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٣/١٤٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣٩/٢ ، حاشية النسوقى على الشرح الكبير : ٣٧١/٣ وما بعدها ، المهذب : ٦١/٢ ، روضة الطالبين : ٩/٧٥ ، مقني المحتاج : ٥٦٥/٣-٥٦٦ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٣٩/٣ ، الإصناف : ٣١٢/٨-٣١٣ ، المقني : ١٦٦/٨ ، المبدع : ١٧٧/٧ ، كشاف القناع : ١٦٤/٥ ، الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري ١٦٣/٤ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي : ٤٧٤ .

(٢) - أخرجه ابن ماجه : كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد / ٢٠٧٢ ، والدار قطني في سننه : كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره / ١٠٢/١ والبيهقي في سننه الكبرى : باب ما جاء في عدد طلاق العبد / ١٤٩٥٦ ، وجاء في مصباح الزجاجة : ١٣١/٢ أن في إسناد ضعف ؛ لضعف ابن لهيعة .

(٣) - انظر ، المهذب : ٦١/٢ ، روضة الطالبين : ٧٥/٩ ، مقني المحتاج : ٥٦٥/٣-٥٦٦ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤٣٩/٣ ، الإصناف : ٣١٢/٨-٣١٣ ، المقني : ١٦٦/٨ ، المبدع : ١٧٧/٧ ، كشاف القناع : ١٦٤/٥ ، الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري ١٦٣/٤ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي : ٤٧٤ .

حقيقة بالوطء فاستوى الحال قبل الدخول وبعده ، فاشتركا في الحكم ، لذا قلت بالجواز المطلق .

ت - أدلة القائلين بالتفصيل بين الدخول وعدمه :

استند أصحاب هذا القول بأدلة الفريقين ، فقالوا : بالفسخ قبل الدخول معللين ذلك بما علل به المجيزون ، وبعدم الفسخ بعد الدخول استناداً إلى ما ذكره المانعون له .
وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن سبب اختلاف الفقهاء في جواز الفسخ من عدمه حال إعسار الزوج بالمهر يعود إلى اختلافهم في تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق بالمرأة من عدم الوطء تشبيهاً بالإيلاء والعنة^(١) .
لذا نجد المانعين يناقشون المجيزين بأن قياس المهر على الثمن قياس مع الفارق ؛ لأن الثمن في عقد البيع مقصود البائع عادة ، والعادة تقضي بتعجيله ، بينما المهر ما هو إلا نحلة وعطية من الزوج لزوجته ، وليس هو المقصود في النكاح ، لذلك لا يفسد النكاح بفساده ، ولا يترك ذكره خلافاً للثمن^(٢) .

الترجيح :

بناء على ما تقدم من عرض لأقوال وأدلة كل فريق يمكن القول : إن الأخذ بعدم جواز الفسخ للإعسار بالمهر سواء قبل الدخول أم بعده ، أولى دلالة وأصح اعتباراً استناداً إلى ما اعتمد عليه المانعون من أدلة ؛ لأنها الأصل في هذه المسألة ، ولم يثبت ما يوجب العدول عنها ، فيبقى الأصل على ما كان عليه ، وقياساً على عدم جواز الأخذ بالفسخ حال الإعسار بالنفقة التي هي أشد حاجة من الإعسار بالمهر ؛ لعدم إلحاقه ضرراً مجحفاً في حق الزوجة ولا سيما أن هناك أقوالاً لبعض الحنابلة والشافعية^(٣) تقول بهذا الأصل ، وما ذلك إلا إشارة إلى وجوب العمل به.

(١) - بداية المجتهد : ٣٩/٢ .

(٢) - تمثني : ١٦٦/٨ .

(٣) - انظر ، المهذب : ٦١ / ٢ ، الإصناف : ٣١٣ / ٨ .

المبحث السادس

الفسخ بسبب الشرط الجعلي^(١)

قد يرى أحد المتعاقدين أن من مصلحته اشتراط شرط يُقَيّد به العقد أو يُعَلِّقه ؛ ليحقق منفعة يربوها أو فائدة يريد تحصيلها من تعاقدته المشروط

لكن التساؤل المطروح : هل يجيز الفقه الإسلامي الفسخ بهذا الشرط حال تخلفه ؟

وهل يصح اشتراط شرط يبيح فسخ العقد ؟

وهل يأخذ الشرط المتقدم عن العقد أو المتأخر عنه حكم الشرط المقترن به من حيث قابلية

العقد للفسخ بهما ؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تدفعنا إلى بيان تعريف الشرط ، وأنواع الشروط العقدية

من حيث صحتها ، وتأثيرها على العقد فسخاً وبطلاناً .

وعليه : سأقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الشرط .

المطلب الثاني : أنواع الشرط الجعلي ومدى قابلية العقد للفسخ بها .

المطلب الثالث : حكم الشرط المتقدم والمتأخر من حيث قابلية العقد للفسخ بهما .

.....
(١) - سمي جعلياً : لأن الشخص العاقد لا الشرع هو الذي جعله شرطاً قيد به العقد أو علقت عليه في أمر كان له الخيار في تنجيزه وتعليقه . (الفقه الإسلامي وأدلته : ٢٢٥/٤) .

المطلب الأول

تعريف الشرط

– تعريف الشرط :

الشرط لغة^(١) : هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، ويجمع على شروط ، ويقال : شريطة ، وجمعها : شرائط ، والشرط أيضاً : العلامة ، ويجمع على أشراط ، قال ابن منظور : «الاشتراط : العلامة التي يجعلها الناس بينهم»^(٢) ، وقال الرازي^(٣) : «سمي الشرط ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها»^(٤) .

أما في الاصطلاح فقد عرف علماء الأصول الشرط^(٥) بأنه : ما تعلق به الوجود دون الوجوب^(٦) أو هو كل ما يتوقف وجود الحكم وجوداً شرعياً على وجوده ، ويكون خارجاً عن حقيقته ، ويلزم من عدمه عدم الحكم^(٧) ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

وقيل أيضاً : الشرط هو ما يتوقف عليه الحكم ، وليس بعلة الحكم ولا بجزء لعلته^(٨) .

من هذه التعاريف وغيرها مما ذكره المصنفون في الأصول عند تناولهم لمسألة الشرط يتبين أن الشرط في حقيقته ما هو إلا وصف يتعلق به وجوب الحكم ، بحيث إذا انتفى الشرط ينتفي معه الحكم المشروط به ، ولا يستلزم وجود الشرط وجوب الحكم ، وهذا من شأنه أن يوضح أن الشرط لا يدخل في طبيعة المشروط ، وإنما يكون خارجاً عنه . كشرط الحمل عند شراء دابة ، فإذا عُدَّ الحمل لزم عَدَم وجوب الشراء ، ووجود الحمل المحض لا يستلزم وجود شراء ولا عدمه ، وكشرط الطهارة في الصلاة ، فإن صحتها تتوقف على شرط الطهارة ، ووجودها لا يستلزم بالضرورة الصلاة ، وهي خارجة عن ماهية الصلاة .

هذا والشرط عند الأصوليين قد يكون عقلياً أو شرعياً أو عادياً أو لغوياً باعتبار الرابط بين الشرط والمشروط بناء على سببه المتمثل في العقل أو الشرع أو العادة أو اللغة^(٩) .

(١)– نظر ، لسان العرب : مادة /شرط/ ، القاموس المحيط : باب الطاء فصل الثين ، مختار الصحاح : مادة / شرط / ١٤١/١ ، المصباح المنير : مادة /شرط/ ٣٠٩ .

(٢)– لسان العرب : مادة /شرط/ .

(٣)–الرازي : (٥٤٤ – ٦٠٦) محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن الرازي ، فقيه أصولي شافعي ، من تصانيفه (المحصول في علم أصول الفقه) طبقات الشافعية : ٦٥/٢ – ٦٦ .

(٤)– مختار الصحاح : مادة / شرط / ١٤١/١ .

(٥)– انظر ، كشف الأسرار : ١٧٣/٤ ، البحر المحيط : ٤٣٧/٤ – ١٦٥/٥ ، إرشاد الفحول : ٣٠٧/١ ، شرح الكوكب المنير : ١٤١ ، أصول الفقه الإسلامي : د. محمد الزحيلي ٣٢٢ ، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي : د. محمد حسن هيتو ٥١ .

(٦)– كشف الأسرار : ١٧٣/٤ .

(٧)– أصول الفقه الإسلامي : د. محمد الزحيلي ٣٢٢ .

(٨)– قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ٨٨/٢ . (٩)– نظر ، الفروق : العراقي ٦٢-٦١/١ ، الموافقات : الشاطبي : ٢٦٦/١ .

أما الفقهاء فيستعملون الشرط بمفهوم يختلف عن استعمال الأصوليين ، فهم ينظرون إلى الشرط من جهة اشتراطه فقط دون أي اعتبار آخر ، ويقصدون به : الأثر المضاف على العقد من جهة الشرع أو من جهة العاقد .

فالشرط عند الفقهاء ينقسم إلى شرط جعلي وآخر شرعي .

وهنا يثار التساؤل الآتي : ما هو الفرق بينهما ؟

حتى تتضح معالم الفرق بينهما لا بد من بيان معاهما أولاً ، وذلك على التفصيل الآتي :

الشرط الشرعي : ويراد به الشرط الذي افترضه الشارع الحكيم في الأحكام والتصرفات المختلفة ، كالشروط التي وردت في العبادات والمعاوضات المالية منها وغير المالية ونحوها ، ففي العقود مثلا ، تعد أهلية العاقد شرطا شرعيا لانعقاد العقد ، فإذا لم تتحقق الأهلية ، يلزم عدم تحقق العقد ، ووجودها لا يستلزم وجوب العقد إلا إذا اتجهت الإرادة إليه ، وهو مما نص الشرع عليه ؛ حفاظا على المصالح واستقراراً للعقود والتصرفات ، لذا وُصِفَ هذا الشرط وأمثاله بأنه شرعي ؛ لأن الشرع مصدره^(١) .

أما الشرط الجعلي : فيقصد به الشرط الذي يقيد أو يعلق به العاقد عقده أو تصرفه ؛ ليحقق مصلحة يريدتها ومنفعة يتوخاها ، فهو أمر زائد على تلك الشروط التي افترضها الشارع الحكيم ، أوجده العاقد بإرادته . كشراء سيارة على أن تكون من ماركة معينة أو ذات أوصاف محددة ، وهذا من شأنه أن يقيد العقد بأمر صدر من المتعاقد بإرادته ، فأصبح شرطا ينبغي الالتزام به حال رضا المتعاقد الآخر على وجوده ، كاشتراط سفر المدين لقبول كفالة الدين ، وهو شرط قد عُلق به صحة الكفالة ، إذ وجودها مرتبط بسفر المدين . وكلاهما التزام اشترطه المتعاقدان على أنفسهما^(٢) .

(١) - انظر ، الموافقات : الشاطبي ٦٦/١ ، شرح الكوكب المنير : ١٤٢ ، شرح التلويح على التوضيح : ٢٨١/١-٢٨٢ .

المدخل : ابن بدران ١٦٢/١ ، المحصول : ٨٩/٣ . الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٢٥/٤ ، أصول الفقه الإسلامي : د. محمد الزحيلي ٣٢٦ .

(٢) - انظر ، شرح الكوكب المنير : ١٤١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٢٥/٤ ، أصول الفقه الإسلامي : د.

وهبه الزحيلي ٣٢٦ المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٣٩٤/١ .

من خلال ما تقدم يمكن أن يتضح الفرق بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي من حيث جهة اشتراطه وأثره على العقد ، فالأول منهما يصدر من جهة الشرع ، وعدم وجوده يستلزم عدم وجوب المشروط بخلاف الثاني ، إذ جهة اشتراطه إرادة المتعاقدين ، والمشروط يمكن أن يوجد بدون الشرط ، نحو إن دخلت الدار فأنت طالق ، فعند انتفاء الدخول يمكن أن يقع الطلاق بسبب آخر^(١) .

.....
(١) - انظر ، شرح التلويح على التوضيح : الفتاوي / ١ / ٢٨١ ، شروط عقد الزواج : كوثر علي ٣٨ .

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذة كوثر علي في كتابها شروط في عقد الزواج عدت الشرط الجعلي يقتصر في معناه على الشرط التعليقي من خلال شرحها وتعريفها للشرط الجعلي ومن خلال عد شرط التقيدي قسماً للشرط الجعلي ، فقالت : « والشرط في نفسه على نوعين : الشرط المحض وشرط التقييد والمحض على نوعين : شرط حقيقي أو شرعي ، وشرط جعلي »
انظر ، شروط عقد الزواج : كوثر علي ٣٦-٣٨ .

ولعل أشكل عليها ما ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا عند تناوله الفرق بين الشرط الشرعي والجعلي حيث اقتصر في بيان معنى الجعلي على قسمه المعلق ، ولكنه أشار إلى أن هذا الشرط - أي الجعلي - أنه سيبحث في موضع آخر ، في بحث سلطان الإرادة العقدية ، إذ أوضح أقسامه بشكل يفهم أن الشرط الجعلي يشمل التقييد والتعليق والإضافة ، انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٣٩٤-٣٩٥ .

المطلب الثاني

أنواع الشرط الجعلي ومدى قابلية العقد للفسخ به

إن الشرط الجعلي الذي يشترطه أحد المتعاقدين ؛ لتحقيق منفعة يريدها ، أو مصلحة يتوخاها ، لا يخلو أن يكون مقيداً للعقد أو معلقاً له

ولكن التساؤل المطروح هنا : ما المقصود بالشرط المقيد والشرط المعلق ؟ وما رأي الفقهاء في جواز اشتراط كل منهما ؟ ومن ثم ما أثرهما على العقد ؟ وما مدى جواز الفسخ حال تخلف هذا الشرط في نظر الفقهاء ؟ وهل يصح اشتراط شرط في العقد يبيح فسخه حال امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه ؟ وهل يعد شرط الوصف^(١) شرطاً تقييداً يبيح فسخ العقد حال تخلفه ؟ إن الإجابة عن هذه التساؤلات تظهر من خلال هذا المطلب الذي نتناول فيه شرط التقييد أولاً ثم شرط التعليق .

* - شرط التقييد :

أولاً - تعريفه :

عرف الحموي شرط التقييد أو ما يسمى التقييد بالشرط : بأنه « التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة »^(٢) .

ومراد من ذلك أن يرافق التصرف التزام زائد على أصله لم يقع ، يحدده عادة أحد الطرفين أو كليهما بصيغة محددة كقولنا : بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا ، وما شابه ذلك . مثال ذلك : ما لو ابتاع شخص من آخر سيارة أو دابة ونحوهما بشرط أن يتحمل البائع نفقات إيصالها إلى مكان المشتري ، ورضي البائع بذلك ، فيكون البائع قد أوقع على نفسه الالتزام بأمر لم يقع بعد ، وهو إيصال المعقود عليه إلى مكان المشتري ، لكن التزامه قد حدث في أمر انبرم بينهما ، وهو عقد البيع^(٣) .

وهذا المعنى أشار إليه البهوتي بقوله : « إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة »^(٤) ، وسنوضح فيما بعد إن شاء الله تعالى أن نظرة الحنابلة في إباحة الشروط المقترنة بالعقد أوسع بكثير من باقي الفقهاء .

(١) - وأقصد به الشرط الذي هو وصف للمعقود عليه .

(٢) - غمز عيون البصائر : الحموي ٤١/٤ .

(٣) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٧٦/١ .

(٤) - كشف القناع : ١٨٨/٣ - ١٨٩ .

ولكن الأستاذ مصطفى الزرقا في نظري قد أعطى تعريفاً لشرط التقييد أكثر وضوحاً ، وأبسط صياغة وأقل تكلفاً ، إذ قال : « فهو التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه »^(١) .

ومراداه من ذلك أن ما يوقعه الشخص على نفسه من التزامات وقيود حال تصرفه لا يستلزمها فيما لو بقي على إطلاقه ، فهي – أي تلك الالتزامات – بمثابة آثار زائدة على الآثار الشرعية ، كان أحد المتعاقدين قد ألزم نفسه بها . ففي المثال السابق : نجد أن البائع قد أوقع على نفسه مهمة إيصال المبيع إلى المشتري ، ولكن هذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق الخالي عن الشرط .

هذا ومن خلال تعريف شرط التقييد ، ومثاله المطروح ألاحظ أنه يلحق حكم العقد^(٢) ، بمعنى أن هذا الشرط – حال صحته في نظر الفقهاء – يضاف إلى الشروط الشرعية أو ما يسمى بالحكم الأصلي للعقد .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن شرط التقييد هو كل شرط يلحق حكم العقد فيُحدُّ آثاره أو يعدل من نتائجه الأصلية ، ويصاغ بعبارة « على أن » أو « بشرط كذا » أو « على أن يكون كذا » ونحوها .

وبعد أن اتضح المقصود من شرط التقييد ، لا بد من بيان رأي الفقهاء في مدى صحة اشتراطه ، ولو بإيجاز حتى يتصور القارئ صورة المسألة وأصولها الفقهية في نظر الفقهاء .

ثانياً- آراء الفقهاء في مدى جواز تقييد العقد بالشرط :

اختلف الفقهاء في مدى حرية الشروط المُقيِّدة للعقد إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية^(٣) الذين يرون – على تفاوت بينهم – أن الأصل في الشروط العقدية هو المنع ، بمعنى أن كل شرط صحيح ومقبول في العقد يجب أن يتقيد بمقتضى العقد أو بما يلائمه أو يرد العرف أو الشرع بجوازه أو ما فيه مصلحة للعقد ، أو مما لا ينافي مقصده ، وما عدا ذلك فكل شرط في العقد غير صحيح ، قد يفسد العقد ، ويجعله قابلاً للانفساخ أو يبطله من أصله .

(١) – المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٧٥/١ .

(٢) – انظر ، المرجع السابق : ٥٧٦/١ .

(٣) – انظر ، المبسوط : السرخسي ١٣/١٤-١٩ ، بدائع الصنائع : الكاسبي ٥/١٦٩ وما بعدها ، تبيين الحقائق شرح

كنز الدقائق : ٤/١٣١ وما بعدها ، شرح فتح القدير : ٦/٤٤١ وما بعدها ، البحر الرائق : ابن نجيم ٦/١٩٤ وما بعدها ،

بداية المجتهد : ٢/١٢٠ وما بعدها ، المجموع شرح المهذب : النووي ٩/٤٦٣-٤٦٥ ، مقني المحتاج : ٢/٤٤ ، المدخل

الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٤٩/١-٥٥٠ .

فليس للعاقدين أو لأحدهما أن يشترط من الشروط ما يخالف مقتضى العقد أو يضيف إليه شيئاً ينافي مقتضاه ، أو يقيد به بقيد لا يستلزمه أصل العقد ، إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به ، أو جرى تعارفه بين الناس ، كاشتراط تأجيل الثمن في المبيع ، وتأجيل المهر في النكاح ، ونحوهما .

فقد قال الزيلعي : « فإن كان الشرط مما يقتضيه العقد ، أو يلائمه ، أو فيه أثر ، أو جرى التعامل به ، كما إذا شرط تسليم المبيع ، أو الثمن ، أو التأجيل ، أو الخيار ، لا يفسد البيع ويجوز الشرط » (١) .

واستدل الجمهور (٢) لمذهبهم بما يأتي :

١- بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أمّا بعد ما 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 » (٣) .

هذا الحديث واضح الدلالة على أنه لا يجوز اشتراط شرط يخالف حكم الله تعالى ، فقد قال السرخسي : « فيه دليل أنه إنما يجوز أن يشترط في الصلح ما لا يكون مخالفاً لحكم الله تعالى ، فأما الذي يكون مخالفاً لحكم الله تعالى لا يجوز اشتراطه في الصلح - استناداً إلى هذا الحديث - معناه : ليس في حكم الله تعالى ، فالمراد بالكتاب ، الحكم كما قال الله تعالى : { كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ } (٤) » (٥) .

ولكن الفقهاء يتفاوتون في تكليف الشرط الذي يخالف حكم الله تعالى ، فمنهم من اقتصره على الشرط الذي يناقض مقتضى العقد ولا يلائمه ولم يرد العرف ولا الشرع بجوازه ، ومنهم من حصره بالشرط الذي يخالف أصل العقد ولا يلائمه ، ولم تدع إليه الحاجة عادة ، ومنهم من اعتبر هذه الأشياء صفات للشرط المخالف لحكم الله تعالى ، وأضاف إليها صفة المنافاة لمقصد العقد الأساسي على ما سنجده فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٢- بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط (٦) .

(١)- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٣١/٤

(٢)- انظر ، المبسوط : السرخسي ١٣٧/٢٠ ، ١٣/١٣ ، المبسوط الشيباني : ٢٠٤/٤ ، بدائع الصنائع : ١١٧/٤ ، بداية المجتهد : ١٢٠/٢ ، شرح الزرقاني : ١١٦/٤ ، التمهيد : ابن عبد البر ١٨٥-١٨٦/٢٢ ، مقني المحتاج : ٣٢/٢ ، التوسيط : الغزالي ٧٩/٣ .

(٣)- أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل / ٢٠٦٠ / ، ومسلم : كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق / ١٥٠٤ /

(٤)- سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٥)- المبسوط : السرخسي ١٣٧/٢٠-١٣٨ .

(٦)- أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط : ٣٣٥/٤ ، وأخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث : ١٨٦/١ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، جاء في سبل السلام : ١٦/٣ (أخرجه الحاكم ، والطبري في الأوسط وهو غريب وقد رواه جماعة واستغربه النووي) ، وفي تحفة الأحوذى : ٣٦٢/٤ (قلت حديث النهي عن بيع وشرط أخرجه الطبري في الأوسط والحاكم في علوم الحديث من طريق عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة)

يدل هذا الحديث على منع البيع - ويقاس عليه باقي عقود المعاوضات - المقترن بالشرط المخالف لحكم الله ؛ لأنه لا بد في كل بيع من شروط تضبط أصوله وتحدد معالمه وتوافق مقصده ، وما عداها منهي عنه ، على اختلاف بينهم كما قلت في تكييف الشرط الموافق لمقصد العقد وحكم الشرع .

٣- بالمعقول : إذ إن الشرع قد اكتمل في عصر نزول الوحي ، فكل زيادة عما أوضحه الشرع الحنيف إخلال بالحكمة الإلهية والعدالة الربانية ، فلا يجوز إحداث تلك الزيادة على العقود وغيرها إلا أنه يستثنى من هذا المنع ما جاء الشرع به بدليل خاص يوجب مشروعيته أو ما كان ملائماً لمقتضى العقد قياساً على ما يستلزمه أصله ، أو ما أباحه العرف ؛ لأنه مصدر من مصادر التشريع ، يؤخذ به شريطة عدم مصادمته لنص خاص ، أو ما كان لمصلحة العقد^(١) .

الرأي الثاني : وهو مذهب الحنابلة^(٢) الذي يرى أن الأصل في حرية الاشتراط في العقد هو الإباحة ما لم تخالف مقتضى العقد أو تخالف نصاً شرعياً ، فيجوز للمتعاقدين أو أحدهما أن يشترط من الشروط ما فيه مصلحة له ، ما لم يكن في نصوص الشريعة ، أو قواعدها ما يمنع ذلك الشرط ، ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً ، كالشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً .
واستدلوا على ذلك بما يأتي :

- ١- بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ))^(٣) .
 - ٢- إن مصالح الناس التي أنزل الله عز وجل شريعته لتحقيقها ، وحث على وجوب مراعاتها ، تقضي بوجود مثل هذه الشروط ما لم تصادم نصاً شرعياً ، أو تخالف ما يستلزمه أصل العقد ؛ لأن مخالفته تجاوز على نظام التعاقد الذي شرعه الله سبحانه وتعالى^(٤) .
 - ٣- إن الأصل في الأشياء الإباحة لا الحرمة ، فكان بموجب هذا الأصل أن يشترط العاقد من الشروط ما يرى فيه مصلحته ، وما يحقق رغبته ، ولو لم يستلزمها أصل العقد أو العرف أو الشرع ، شريطة عدم مخالفته هذه الأصول^(٥) .
- ويرى الباحث : أن صحة الشروط العقدية من منظور الحنابلة أقرب إلى روح الشرع

(١)- فقه المعاوضات : د. أحمد الحجى الكردي ٢٠١ .

(٢)- نظر ، المعنى : ١٥٦/٤ - ١٥٨ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : ٣ / ٦٦-٦٧ ، كشف القناع : ٣ / ١٨٩ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٠٢ / ٤ .

(٣)- وقد سبق وأوضحت تخريج هذا الحديث ووجه دلالة ، انظر ، الصحيفة ٢٤ .

(٤)- نظر ، المعنى : ١٥٦/٤ - ١٥٨ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : ٣ / ٦٦-٦٧ ، كشف القناع : ٣ / ١٨٩ وما بعدها ، فقه المعاوضات : د. أحمد الحجى الكردي ٢٠١ .

(٥)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ١٩٩/٤ - ٢٠٠ .

وأوفق للمتعاقدين في تحقيق مصالحهم وتلبية حاجاتهم ، ولا سيما أن ذلك لا يتم إلا بالتراضي ، شريطة أن لا يتنافى مع مقتضى العقد ، وأن يكون موافقاً لحكم الشارع اعتماداً على أن الأصل في الشروط العقدية الصحة ، حتى يقوم الدليل على المنع والبطان ، واستلهاماً لتلك الحرية التعاقدية ، التي أقرها الفقه الإسلامي في تحقيق مقاصد المتعاقدين تحقيقاً لا يتنافى مع الضوابط العقدية السابقة .

وبعد هذا البيان لرأي الفقهاء وأدلتهم في مدى حرية الشروط المقيدة للعقد ، لا بد من بيان رأي الفقهاء أيضاً في مدى جواز الفسخ فيما لو تخلف الشرط الصحيح^(١) ، وهذا يستلزم بيان مفهوم الشرط الصحيح لدي الفقهاء أولاً ، ومن ثم أثره في فسخ العقد حال تخلفه ، وذلك على التفصيل التالي :

أولاً - مذهب الحنفية :

نص الحنفية^(٢) على أن الشرط المقيد للعقد لا يكون صحيحاً معتبراً إلا ما كان موافقاً لمقتضى العقد ، أو ملائماً له ، أو ورد العرف به ، أو الشرع بجوازه ، فأنواعه أربعة ، هي :

النوع الأول : الشرط الذي يقتضيه العقد : وهو كل شرط جاء به العقد ضمناً لو لم يصرح به ، فهو من موجبات العقد وأثاره التي ترتبها عليه الشارع ترتيباً يلزم المتعاقدين من غير اشتراط أصلاً ، وهذا الشرط ما هو في الحقيقة إلا مؤكد لما يوجب العقد فهو لا يضيف شيئاً زائداً ، وبالتالي فإن اشتراطه وعدم اشتراطه سواء ، كما إذا اشترى بشرط أن يملك المبيع ، أو باع بشرط أن يملك الثمن ، أو باع بشرط قبض الثمن ، أو اشترى سيارة على أن يركبها أو ثوباً على أن يلبسه ونحو ذلك ، فهذه الشروط ما هي إلا أحكام وأثار للعقد أوجبها الشرع ، فيجب الوفاء والالتزام بها ذكرت في العقد أم لم تذكر^(٣) .

النوع الثاني : الشرط الملائم للعقد : وهو الذي لا يقتضيه العقد ، ولكنه موافق لأحكامه

(١) - معلوم أن الشرط الذي يقيد العقد لا يخرج عن كونه شرطاً صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً ، ولكنني اقتصر على بيان الشرط الصحيح في نظر كل مذهب من المذاهب الفقهية ؛ لأن الشروط الفاسدة والباطلة في نظر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة - على اختلاف بينهم في طبيعتها - تأخذ مفهوماً واحداً من حيث أثرها على العقد ، إذ إنها تفسده أو تبطله وكلاهما بمعنى واحد باستثناء عقد النكاح فيجب التمييز فيه بين الدخول وغيره ، أما في الفقه الحنفي : فإن الشروط الفاسدة تفسد العقد في أغلب الأحيان ، وتجعله قابلاً للتفاسخ ، وذلك في عقود المعاوضات المالية . أما في عقود غير المعاوضات المالية كالتكليف والهبه والحوالة ونحوها ، فإنه يصح العقد وينفذ الشرط .

وأما الشروط الباطلة : فهي شروط لاغية بذاتها ، أو لاغية بسبب بطلان العقد بسببها .

(٢) - انظر ، بدائع الصلح : ١٦٩/٥ وما بعدها ، شرح فتح القدير : ٤٤١/٦ وما بعدها ، المبسوط : ١٢/١٣-١٩ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٤/١٣١ وما بعدها ، البحر الرائق : ١٩٤/٦ وما بعدها .

(٣) - انظر ، المبسوط : ١٤/١٣ ((ثم الشرط في البيع على أوجه إما أن يشترط شرطاً يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فإلحاحه جائز ؛ لأن هذا بمطلق العقد يثبت ، فالشرط لا يزيد ولا وكادة)) .

وجاء في فتح القدير : ٤٤٢/٦ ((جملة الأمر فيه ، أي في الشرط ، أنه إما أن يقتضيه العقد ، كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه ، فيجوز ؛ لأنه مؤكد لموجب العقد)) .

ومقرر لمقتضاه ومؤكداً لأصله ، كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل ، أو رهن بالثمن المؤجل ، ومثل هذا الشرط ما هو إلا توثيق لحق البائع استحقاقاً لموافقة أصل العقد معنى ، إذ إن القياس يمنع ؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد له أصلاً ، وشرط تقديم الرهن أو الكفيل مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً له ، ولكن الاستحسان أزال الفساد لموافقة هذا الشرط للعقد ، وملاءمته له معنى ولو كان مخالفاً من حيث الصورة^(١) .

هذا وقد اشترط جمهور الحنفية خلافاً لـ زفر^(٢) أن يكون شرط الرهن معلوماً والكفيل حاضراً ؛ لرفع الجهالة الفاحشة التي قد تؤدي إلى المنازعة فيما لو لم يكن الرهن معلوماً أو الكفيل حاضراً ؛ لأنه إذا باع بشرط تقديم كفيل ، أو رهن ، فلا بد من العلم بالرهن ، وتسلمه لصحة العقد وإلا فلا يجوز . وكذلك ينبغي أن يكون الكفيل حاضراً قابلاً بالكفالة فإن لم يقبل أو كان غائباً فالعقد فاسد ؛ لبقاء الحكم على ما يقتضيه القياس ، أما إن كان غائباً فحضر وقبل الكفالة قيل أن ينفذ المجلس جاز ؛ لأن المجلس يجمع المتفرقات .

الفسخ بالشرط الملائم :

اختلف فقهاء الحنفية^(٣) في وقوع الفسخ بهذا الشرط إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو مذهب جمهور الحنفية الذي اعتبر الشرط الملائم للعقد سبباً للفسخ فيما لو اختاره العاقد ؛ لأن العاقد الآخر لا يجبر عندهم على تنفيذ التزامه بهذا الشرط فيما لو امتنع عنه ؛ لأنه ليس من مقتضيات العقد .

ففي المثال السابق : إن شرط تقديم الكفيل أو الرهن ، يجعل العقد قابلاً للفسخ فيما لو امتنع المشتري عن التزامه بهذا الشرط بحيث يخير بين إحضار الكفيل ودفع الرهن ، أو نقد الثمن ، أو فسخ العقد ، فإن استجاب إلى واحد منها حصل المطلوب ، وإلا خيّر البائع في فسخ العقد ؛ لأنه لم يرض بالعقد إلا بهذا الشرط ، فلا يستمر العقد إلا برضاه ، وهذا ما صرح به الكاساني بقوله : ((فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض))^(٤) .

ولأن الرهن أو الكفالة ما هما إلا عقد تبرع في الأصل ، واشتراطهما لا يخرجهما عن هذا الأصل ، ومعلوم أن الجبر على التبرع ليس بمشروع ، فلا يجوز الإيجاب على التنفيذ ، وعندئذ لا بد من خيار الفسخ .

(١) - النظر ، المبسوط : ١٤ / ١٣ ، فتح القدير : ٤٤٤ / ٦ ، بدائع الصنائع : ١٧١ / ٥ ، قال الكاساني : ((وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضاً ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى فبالحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد ، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفلاً ، والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل)) .

(٢) - النظر ، شرح فتح القدير : ابن الهمام ٤٤٣ / ٦ ، المبسوط : السرخسي ١٨ / ١٣ .

(٣) - النظر ، بدائع الصنائع : ١٧١ / ٥ ، المبسوط : ١٤ / ١٣ وما بعدها ، شرح فتح القدير : ٤٤٣ / ٦ - ٤٤٥ .

(٤) - النظر ، بدائع الصنائع : ١٧١ / ٥ .

الرأي الثاني : وهو ما ذهب إليه زفر من الحنفية الذي قال بوجوب إجبار العاقد الممتنع عن تنفيذ التزامه ؛ لتعلق حق العاقد الآخر به ؛ لأن الشرط في العقد يُصبح أثراً من آثاره والجبر على التسليم من حقوق العقد ، فيجبر عليه .

ولا شك أن رأي جمهور الحنفية أولى دلالة وأصح استنتاجاً وأيسر تعاملًا ؛ لما فيه من التسهيل على المتعاقدين عندما يجد أمامه الخيار في تنفيذ هذا الشرط أو فسخ العقد ؛ لأنه ربما لا يجد الرهن أو لا يقبل الكفيل ؛ بمعنى أنه قد يصعب عليه الالتزام بهذا الشرط ، فلا بد من أن يُعطى ما يرفع عنه المشقة ويجنبه الضرر ، ولا يتحقق ذلك إلا بمنحه خيار الفسخ .

وما قد يقال من وجوب الإيجاب ؛ لتعلق حق العاقد الآخر بهذا الشرط ، أقول : إنه ينبغي أن تتم عقود المعاوضات على أساس من التعادل بين المتعاقدين ؛ وأن يتعد قدر الإمكان عما يشكل صعوبة أو ضرراً في حق أي منهما ، وهذا ما ينسجم مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده العامة ، وما تشريع حق الفسخ إلا استجابة لمثل هذا المفهوم ضمن الأسس التي ذكرتها في هذه الأطروحة .

النوع الثالث : الشرط الذي يقره العرف : وهو الشرط الذي تعارف الناس على اشتراطه مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه منفعة لأحد العاقدين أو كليهما خارجة عن الحكم الأصلي للعقد . كمن يشتري قماشاً ويشترط على البائع أن يخيطة له ثوباً ، أو يشتري ساعة أو سيارة ويشترط على البائع تصليحها مجاناً لمدة معينة ، ونحوهما .

فمثل هذه الشروط في الأصل تقصد العقد عند الحنفية ؛ لأنها تخالف مقتضى العقد ، ولا تلائمه ، عملاً بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قد ((نهى عن بيع وشرط))^(١) هذا وقد قاسوا على ذلك كل شرط يلحق العقد ببيعه كان أم غيره من عقود المعاوضات مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولكن جمهور الحنفية استثنوا من هذا الأصل ، الشرط المتعارف عليه استحساناً نتيجة تعامل الناس فيه ، وأصبح بالعرف شرطاً صحيحاً ملزماً شأنه في ذلك شأن الشروط التي يستلزمها أصل العقد ، خلافاً لزفر الذي تمسك بالقياس .

وسبب الاستحسان هو أن علة النهي في الحديث السابق ؛ لرفع المنازعة والمشاحنة بين المتعاقدين نتيجة هذه الشروط ، كونها زائدة على مقتضى العقد ، فلما شاع بين الناس اشتراطها ، انتفت تلك العلة ؛ لأنها أصبحت أي الشروط العرفية — معلومة مألوفة معتادة

(١) - سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ١٨٩ .

في تعاملات الناس وتصرفاتهم ؛ ولأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً^(١) ، وهذا ما أشار إليه الزيلعي بقوله : «وكل شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو للمعقود عليه ، وهو من أهل الاستحقاق يفسده ، كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع ؛ لأن فيه زيادة عارية عن العوض ، فيؤدي إلى الربا أو لأنه تقع بسببه المنازعة ، فيعري العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفاً ؛ لأن العرف قاض على القياس»^(٢) .

هذا وقد ذكر الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا أن الشرط المتعارف عليه قد وسع من نظرة الحنفية في حرية الشروط ، والقائمة على أساس المنع حتى يثبت الدليل على مشروعيته وجوازه ، لكن العرف قد جعل الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى الاجتهاد الحنفي ، كونها أصبحت متعارفاً عليها بين الناس ، وشائعة في تعاملاتهم ، ما لم تصادم نصاً تشريعياً خاصاً ، أو تنافي مقاصد الشريعة وقواعدها العامة وأصولها الثابتة ومبادئها المحكمة وأسسها الراسخة ، لذا نجد الأستاذ الزرقا قد نبه إلى أنه من المستحسن أن تصحح الشروط المقيدة للعقد استناداً إلى نظرية العرف ، حتى يُرفع كل توهم قد يحدث عند القول : الشرط المتعارف عليه^(٣) ؛ لأن الشرط المتعارف عليه قد يكون جائزاً وقد يكون ممنوعاً ، ولكن القول استناداً إلى نظرية العرف ، يُعلم عندها العرف الذي لا يصادم مقاصد الشريعة وقواعدها ونصوصها العامة والخاصة ، وهذا استنتاج رائع يضبط أصول هذا الشرط .

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل يحق للمتعاقد فسخ العقد حال تخلف الشرط المتعارف عليه ؟ وبعبارة أخرى : أياخذ الشرط المتعارف عليه حكم الشرط الملائم للعقد من حيث جواز الفسخ أم يأخذ حكم الشرط الذي يستلزمه أصل العقد ؟

يفهم من كلام جمهور الحنفية^(٤) الذين أجازوا هذا الشرط استحساناً ، أنه يأخذ حكم الشرط الملائم للعقد من حيث منح خيار الفسخ حال تخلفه ، فقد أشار الكاساني وغيره^(٥) إلى هذا بقولهم عن عقد البيع الذي اشترط فيه شرط متعارف عليه : « جائز » أي أن العقد جائز ، وهو نص على عدم إجبار الشارط على تنفيذ التزامه ، بل له الخيار في القيام بالعقد مع فوات الشرط أو فسخ العقد .

(١) - المبسوط : ١٣/١٤-١٥ ، والنظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٩٢٤/٢ .

(٢) - نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية : الزيلعي ٤/٤٦٩ .

(٣) - النظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٥٢ .

(٤) - النظر ، بدائع الصنائع : ٥/١٧٢ ، المبسوط : ١٣/١٤ .

(٥) - المرجعان السابقان .

النوع الرابع : الشرط الذي ورد في الشرع : وهو الشرط الذي ورد به أثر من الشرع وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، كاشتراط الأجل لأحد العاقدين .
وعليه يمكن القول : إن الأصل عند الحنفية ، وجوب الوفاء بالشرط الصحيح بكافة أنواعه ، ويعتبر جزءاً من أصل العقد لا يترتب على مخالفته جواز الفسخ إذا لم يف به صاحبه إلا ما كان ملائماً للعقد منها ، أو جرى به العرف فيما أرى من مذهبهم ، وفي هذا توسعة على المتعاقدين في حرية الاشتراط بما يحقق مصالحهما ويلبي رغباتهما .

ثانياً - مذهب المالكية :

إن مفهوم الشرط الصحيح عند المالكية^(١) أوسع مما هو عند الحنفية ؛ لأنهم لم يقتصروا على الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه فحسب ، بل نجدهم يجيزون من الشروط التي لا تنافي العقد ولا تناقضه ، وإن كان أصله - أي أصل العقد - لا يقتضيها .
فقد أوضحوا أن الشرط الصحيح هو كل ما يقتضيه العقد ، كشرط تسليم المبيع للمشتري والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع ، فهذه الأمور لازمة دون شرط لاقتضاء العقد لها ، فشرطها تأكيد لما جاء به العقد .

ويعد من الشرط الصحيح عندهم ما لا يقتضيه العقد ، ولكنه لا ينافي مقصده ، ولا يناقض أصله ، كشرط الأجل والرهن ، ونحوهما ، فهذه أمور من مصلحة العقد ، إن اشترطت عمل بها ، وإلا فلا^(٢) . وهي تقابل الشرط الملائم عند الحنفية ، فتأخذ حكمه من جواز الفسخ حال تخلفه ، فقد قال الحطاب : « من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهناً به ، فإن كان المشتري غير معين ، وأبى المشتري دفعه ، خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع أو إمضائه »^(٣) .

لكن ابن رشد أشار إلى أنه يعد من الشرط الصحيح أيضاً في العقد ، الشرط الذي يحقق منفعة لأحد المتعاقدين ، ولا يمنع المتعاقد الآخر من تصرف عام أو خاص في العقد ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة ، كشهرا أو شهرين مثلاً ، اعتماداً على حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه كان يسيّر على جمل له قذاً أعيا فأراد أن يسيّره قال فلحقني النبي صلى الله عليه وسلم - فدعا لي وضربته فسار سيرا لم يسر مثله قال : « يعنيه بوقية » . قلتُ

(١) - انظر ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٣٧٣/٤ ، شرح مختصر خليل للخرشي : ٨٠/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

: ١٥ / ٣ ، أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي / ١ / ٢٢٩ .

(٢) - شرح مختصر خليل للخرشي : ٨٠/٥ ، حاشية الدسوقي على الكبير : ١٥/٣

(٣) - مواهب الجليل : ٣٧٦/٤ .

لا. ثُمَّ قَالَ « بَعْنِيهِ ». فَبِعْتُهُ بِوَقِيَّةٍ وَأَسْتَنْنَيْتُ عَلَيْهِ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي فَلَمَّا بَلَغَتْ أُنْتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ فَسَقَدْنِي ثَمَنَهُ ثُمَّ رَجَعْتُ فَأَرْسَلْتُ فِي أَثْرِي فَقَالَ « أَتُرَانِي مَا كَسَبْتُكَ^(١) لِأَخْذِ جَمَلِكَ حَذَّ جَمَلِكَ وَتَرَاهِمَكَ قَبُولًا لَكَ^(٢) ».

والشرط الذي فيه معنى من معاني البر ، كأن يبيع عقاراً ويشترط على المشتري وقفه مسجداً ، فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل ، صح العقد والشرط معاً ، وإن تأخر لم يجز ؛ لعظم الغرر فيه^(٣).

ولكن السؤال المطروح هنا هل يجوز فسخ العقد حال تخلف الشرط المذكور عندهم ؟ يفهم من كلام المالكية أن الشرط الذي اشترطه صاحبه ، لتحقيق منفعة يريدها ، ومصلحة يرجوها ، دون أن ينافي مقتضى العقد أو يناقضه ، والشرط الذي فيه معنى من معاني البر المبني على التعجيل سبب لفسخ العقد إن اختاره صاحبه قياساً على الشرط الملائم للعقد الذي صرحوا بكونه سبباً للفسخ ، بجامع علة تحقيق مقصد العاقد الشارط ومراعاة مصلحته فيهما .

ثالثاً - مذهب الشافعية^(٤) :

يقترّب المذهب الشافعي في نظره للشرط الصحيح في كثير من الأحيان من مذهب الحنفية ، لكنه يخالفه في بعض جزئياته مما يقتضي بيانه ، فالشرط الصحيح عندهم ما ينطبق عليه ما يأتي :

١- موافقته لمقتضى العقد : كشرط وجوب تسليم المبيع إلى المشتري ، وكالقبض للمبيع والتمن وكالرد بالعيب ، وكاشتراط النفقة في عقد الزواج ونحوها ، قال الخطيب الشربيني :

((ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بالعيب صح العقد))^(٥) .

هذا ويجب الوفاء والالتزام بهذا الشرط ؛ لأنه مما يستلزمه أصل العقد من دون شرط .

٢- ما ليس من مقتضى العقد ، ولكن فيه منفعة ومصلحة لمن اشترطه من العاقدين مما لا يخالف مقصد العقد ، كشرط شرط تقديم رهن ، أو كفيل بالتمن المؤجل ، وهو يقابل الشرط الملائم للعقد عند الحنفية ، ويأخذ حكمه من وجوب الوفاء به ، وإلا كان لصاحبه الخيار في فسخ العقد عند فوات الشرط دفعا للضرر الذي يلحقه من لزوم العقد حينئذ .

(١) - ما كتبت من الثمن .

(٢) - أخرجه البخاري كتاب الشروط ، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز / ٢٧١٨ . / . ومسلم : كتاب المساقاة ، باب بيع البعير واستئناؤه ركوبه / ٤١٨٢ ، /

(٣) - بداية المجتهد : ١٢١/٢ .

(٤) - انظر ، المجموع شرح المهذب : النووي ٩/٤٦٢ ، المنثور في القواعد الفقهية : ٢٣٩/٢-٢٤٠ ، مغنى المحتاج : ٤٥/٢ وما بعدها ، فقه المعاضات : الكردي ٢٠٩-٢١٠ .

(٥) - مغنى المحتاج : ٤٧/٢ .

٣- ما ورد الشرع بجوازه ، كشرط الإعتراف في بيع العبد أو الأمة ، فالشرط هنا لازم وصحيح ؛ لحديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة التي أشرت إليها .

فالملاحظ أن الشافعية يخالفون الحنفية في عدم اعتبار الشرط المتعارف عليه فيما لو ناقض العقد وخالف مقصده ، ولو حقق منفعة للشارط ، ولكنهم أجازوا الشرط الذي تدعو إليه الحاجة أو ما فيه مصلحة العقد في إشارة إلى الشرط الملائم الذي ذكرته ، فقد أوضح النووي رحمه الله تعالى أن الذي يبطل العقد هو شرط يناقضه ويخالف مقصده ، ولم يستثن الشرط المتعارف عليه ، بل أطلق البطلان بأي شرط مخالف لمقصد العقد وغايته ، مستدلاً على ذلك بالأدلة التي تفيد حرية الاشتراط التي سبق الإشارة إليها^(١) .

وعلى بطلان العقد ببطلان الشرط أيضاً بقوله : ((لأنه شرط يمنع كمال التصرف))^(٢) بمعنى أن الشرط فوت الرضا ، القائم على أساسه العقد ؛ لأن العاقد لم يرض بالعقد إلا بتحقيق ما شرط فيه ، فإن لغا الشرط وبطل ، فات رضاه بالعقد .

رابعاً : مذهب الحنابلة^(٣) :

إن الباحث في المذهب الحنبلي يجده أوسع المذاهب الفقهية في الأخذ بحرية الاشتراط ، وذلك لأن الأصل في الشروط العقدية عندهم هو الإباحة والإطلاق ، فكل شرط لا يتناقض مع مقتضى العقد ، ولا يخالف نصاً شرعياً ، وفيه منفعة ومصلحة لأحد العاقدين ، هو شرط صحيح معتبر يجب الوفاء به .

وعليه : فالشرط الصحيح عندهم يتنوع إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الشرط الذي يقتضيه العقد :

وقد سبق بيان هذا الشرط في المذاهب الفقهية السابقة ، وهو شرط متفق على جوازه بين الفقهاء ؛ لأنه بيان وتأكيد لما يستلزمه أصل العقد ، فشرطه وعدم شرطه سواء ، قال البهوتي :
في بيان الشروط في البيع : ((شرط مقتضى عقد البيع بأن يشترط شيئاً يطلبه البائع بحكم

(١) - انظر ، مراجع الشافعية السابقة

(٢) - المجموع شرح المهذب : النووي ٤٦٣/٩ - ٤٦٤

(٣) - انظر ، المغني : ٤ / ١٥٦ - ١٥٩ ، مطالب أولى النهى : ٦٦/٣ وما بعدها ، كشاف القناع : البهوتي ١٨٩/٣ وما بعدها

، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا : ٥٥٣/١ ، الفقه الاسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٠٦/٤ وما بعدها ، فقه

المعوضات : د. أحمد الحجي الكردي ٢٠٦ .

الشرع كالتقاضي ، وحلول الثمن ، وتصريف كل واحد منهما ، أي من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن العقد أو مئمن^(١) .

النوع الثاني : الشرط الذي يتحقق فيه مصلحة للعقد أو للعاقدين أو لأحدهما مما لا يناقض العقد ولو لم يقتضيه ، كاشتراط صفة في الثمن ، كتأجيله أو تأجيل بعضه إلى وقت معلوم أو اشتراط رهن معين ، كاشتراط الزوج في عقد النكاح أن تكون الزوجة بكرًا أو جميلة ونحوه . قال البهوتي : « النوع الثاني في الشروط الصحيحة شرط من مصلحة العقد »^(٢) وهذا الشرط مما يجب الوفاء والالتزام به ، فإن فات الشرط كان لصاحبه الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه ؛ لأن العاقد الشارط لم يرض بالعقد إلا على أساس هذا الشرط ، فلما لم يتحقق له ذلك اعتبر رضاه معيبًا ، فكان له حق الفسخ نتيجة فوات الشرط .

النوع الثالث : الشرط الذي ليس من مصلحة العقد ، ولا من مقتضاه ، إلا إنه لا ينافي مقتضى العقد ، كاشتراط البائع سكنى الدار المبيعة شهراً أو أقل منه ، أو أكثر ، وكاشتراط المشتري إيصال المبيع إلى المنزل ، ونحوه ، وكاشتراط المرأة في عقد الزواج ألا يتزوج عليها^(٣) أو ألا ينقلها من بلدها أو دارها وما شابه ذلك .

فهذه شروط لا تنافي ما يستلزمه أصل العقد ومقتضاه ، فيجب الوفاء بها ، ولكن إن فات الشرط كان أيضاً لصاحبه حق الخيار بين فسخ العقد وإمضائه .

يظهر من ما ذهب إليه الحنابلة ما يأتي^(٤) :

١ - إن الشرط المنافي لمقتضى العقد ، والمخالف لما يستلزمه أصله ، شرط غير صحيح لا يتأثر به العقد في الراجح لديهم^(٥) ، كشرط أن لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا يعتقه إن كان عبداً أو أمة أو ألا يسكن في الدار أحداً بالإيجار ونحوه ، فأمثال هذه الشروط تحرم العاقد من الاستفادة مما يثبت به العقد له من حقوق ؛ ولأن في صحتها جمع بين متناقضين ، أي بين ما يثبت مقصود العقد وما ينفيه ، لذا ألغوا الشرط وصحوا العقد .

٢ - الشرط المنهي عنه أو المخالف للشرع ، كاشتراط أحد المتعاقدين على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجار أو شركة ، وكاشتراط شرطين في عقد . فهذه شروط

(١) - كشف القناع : البهوتي ١٨٩/٣

(٢) - المرجع السابق : ١٨٩/٣ ،

(٣) - قال البهوتي : « لا يجب الوفاء بهذا الشرط في عقد النكاح بل بسن » . كشف القناع : ١٩١/٣ .

(٤) - انظر ، كشف القناع : البهوتي ٩١/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٠٧/٤ ، فقه المعاضات : د. أحمد

الحجي الكردي ٢٠٩

(٥) - والرواية الثانية تقضي بفساد العقد ، لفساد الشرط .

فاسدة تفسد العقد وتبطله ؛ لمخالفتها لأحكام الشرع ، فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ ، وَلا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » (١) .

وعليه : فإن ما يشترطه العاقدان في عقدهما من الشروط باستثناء الشرط المناقض لحكم للشرع ، والشرط المنافي لمقصد العقد ، هي شروط صحيحة معتبرة ، يجب الوفاء بها سواء في عقود المعاوضات المالية أو في عقود التبرعات أو التوثيقات أو الزواج (٢) ؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا » (٣) ، فإن لم يوف بها ، جاز للعاقد الآخر فسخ العقد ؛ مراعاة لمصالح الناس ، وحماية لأموالهم من الضياع ، واستقراراً لكثير من أمور حياتهم .

فالفسخ أيضاً : يقع في المذهب الحنبلي نتيجة عدم الوفاء بالشرط الواقع بالتراضي بين المتعاقدين ، فيما لو اختاره الشارط ، ما لم يكن شرطاً مناقضاً لمقتضى العقد ، أو مخالفاً لحكم الشرع .

(١) - أخرجه أبو داود : كتاب الإجارة ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده / ٣٥٠٤ / ، والترمذي : كتاب البيوع : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك / ١٢٣٤ / . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، والنسائي في سننه : كتاب البيوع ، باب بيع ما ليس عند البائع / ٤٦١١ / ، والدارقطني : كتاب البيوع / ٢٨٢ / ، والبيهقي : كتاب البيوع ، باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة / ١٠١٩٩ / ، وجاء في نصب الراية : ٤ / ٥٩ : ((قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وأخرجه أيضاً عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : " لا تبع ما ليس عندك " وحسنه)) ، وفي مجمع الزوائد : ٤ / ١٥٣ ((رواه الطبراني في الكبير وفيه العلاء بن خالد الواسطي وثقه ابن حبان وضعفه موسى بن إسماعيل)) .
وجاء في عون المعبود : ٢٩٢/٩ (ويشبه أن يكون صحيحاً لتصريحه بذكر عبد الله بن عمرو ويكون مذهبه في الامتناع بحيث عمرو بن شعيب إنما هو الشك في إسناده لجواز أن يكون الضمير عائداً على محمد بن عبد الله بن عمرو ، فإن صح بذكر عبد الله بن عمرو انتفى ذلك .)

(٢) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٢٠٦/٤

(٣) - أخرجه الترمذي : كتاب الأحكام ، باب ما نكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس / ١٣٥٢ / ، وقال بعد تخريجه : ((هذا حديث حسن صحيح)) ، وأخرجه الدارقطني : كتاب البيوع / ٩٨ / ، وأخرجه الحاكم في المستدرک : كتاب الأحكام / ٧٠٥٨ / ، والبيهقي : باب الشرط في الشركة وغيرها / ١١٢١٢ / ، وجاء تحفة الأحوذى : ٤ / ٤٨٧ ((وفي تصحيح الترمذي هذا الحديث نظر فإن في إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف جدا ، قال فيه الشافعي : وأبو داود هو ركن من أركان الكذب ، وقال النسائي : ليس بثقة ، وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وتركه أحمد وقد نوقش الترمذي في تصحيح حديثه ، قال الذهبي : أما الترمذي فروى من حديثه الصلح جائز بين المسلمين وصححه فلهاذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه ، وقال ابن كثير في إرشاده قد نوقش أبو عيسى الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله انتهى ، واعتذر له الحافظ فقال وكأنه اعتبر بكثرة الإشارة كذا قال الشوكاتي في التلويح وذكر فيه الإشارة وقال بعد ذكرها لا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً انتهى)) ، وانظر ، سبل السلام : ٥٩/٣ .

المقارنة والمناقشة والترجيح :

أولاً - المقارنة بين اجتهادات الفقهاء في وقوع الفسخ بسبب الشرط التقييدي :

بعد أن قدمت آراء واجتهادات الفقهاء في مسألة وقوع الفسخ بسبب الشرط التقييدي من خلال ما عرضتُ لمسألة الشروط العقدية الصحيحة ، ومدى جوازها وأثرها على العقد ، صحة وبطلانها ، يمكن أن نجري مقارنة بين هذه الاجتهادات الفقهية مما تقدم بيانه .

فجمهور الحنفية أجازوا للعاقدين الشرط إيقاع الفسخ بالشرط الملائم عند فواته ، فلا يجبر الطرف الثاني على التنفيذ عندهم بهذا الشرط ؛ بناء على أنه ليس من مقتضى العقد ، وإنما شرع استحساناً أو استثناء من القياس العام ، الذي يقتضي بعدم جواز كل ما لا يقتضيه العقد ، خلافاً لزفر الذي منع الفسخ بالشرط الملائم اعتماداً على القياس على مقتضى العقد ، إذ يجبر عنده المتعاقد الآخر على التنفيذ حال تراخيه عنه .

أما المالكية والشافعية والحنابلة ، فقد أجازوا الفسخ بالشرط الملائم أيضاً بناء على أنه شرط لا ينافي مقتضى العقد سواء أكان يقتضيه أم لا ، مخالفين الحنفية في أساس مشروعيته إذ يجيزونه - أي الجمهور - قياساً لا استحساناً ، فالقياس عندهم : أن الشرط الصحيح المعتبر هو ما لم يكن منافياً لمقصد العقد ، بعبارة جامعة بينهما هي مصلحة العقد .

ولاحظت أن الحنفية وسعوا قليلاً من دائرة الشروط المُقيدة للعقد عندما أجازوا الشرط الذي يبيحه العرف ، متميزين بذلك عن الشافعية الذين منعوا الشرط المتعارف عليه ، إن كان مخالفاً لمقتضى العقد ، ولكنهم أجازوا - أي الشافعية - ما يسمى بالشرط الذي تدعو إليه الحاجة ، وهو يدخل فيما يسمى عندهم بالشرط الذي هو لمصلحة العقد ، مما يمكن القول : إن مفهوم الشرط الصحيح في نظر الحنفية يختلف قليلاً عن مفهومه عند الشافعية .

وعليه : فإن فوات الشرط المتعارف عليه عند الحنفية أو الشرط الذي هو من مصلحة العقد ، يمنح العاقدين الشرط خيار الفسخ ، قياساً على جواز الفسخ بالشرط الملائم بعبارة تعيب الرضا فيهما ؛ لأن العاقدين الشرط ما شرط مثل هذا الشرط إلا ليحقق فائدة يريدونها ومصلحة يتوخاها ، فعندما يفوت الشرط ، لا شك أن رضاه سيختل ، فكان منح خيار الفسخ استقراراً للعقد ، وتأكيذاً للرضا .

أما المالكية فيستفاد من مذهبهم صحة إيقاع الفسخ بالشرط بصورة أوسع من الحنفية والشافعية ، نظراً لتوسعهم في تصحيح الشرط المُقيد للعقد .

وبعبارة أخرى يمكن القول : إن الاتجاه المالكي يقترب قليلاً من مذهب الحنابلة^(١) الذي أجاز الفسخ بكل شرط لا يناقض العقد ، ولا ينافي حكم الشرع حال عدم الوفاء به ، في دعوة صريحة من الحنابلة إلى وجوب إطلاق حرية الاضطرار في العقد ، والالتزام بما تقرر من شروط عقدية صحيحة ضمن الضوابط السابقة ، اعتماداً على أن الأصل في العقود ، هو رضا العاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد^(٢) .

وعليه : فإن المذهب الحنبلي أكثر المذاهب الفقهية قبولاً لمسألة جواز الفسخ بالشرط ، وأوسعها دلالة عليه ؛ بناء على أصلهم المتقدم في صحة الشروط العقدية الذي يفيد إباحة الشرط حتى يثبت دليل المنع ، بخلاف الجمهور ، إذ الأصل عندهم الحظر حتى يثبت دليل الصحة ، وهو خلاف متجذر بين الفريقين قاد إلى تصور مختلف فيما بينهما في هذه المسألة . مما تقدم نخلص إلى أن الفقهاء قد اتفقوا على جواز الفسخ بالشرط التقيدي حال تخلفه إذا كان مما لا يقتضيه العقد^(٣) ، ولكن يلائمه أو جرى به العرف عند الحنفية ، أو مما لا ينافي أصل العقد ، ولا يناقضه ويحقق منفعة لأحد المتعاقدين ، ولا يمنع المتعاقد الآخر من تصرف عام أو خاص أو فيه معنى من معاني البر المبنى على التعجيل في التنفيذ عند المالكية ، أو فيه مصلحة للعقد ، أو دعت إليه الحاجة عند الشافعية ، أو مما لا ينافي مقصد العقد ولا يصادم نصاً تشريعياً عند الحنابلة .

وهذا التوجه عند فقهاءنا نجده في عقود المعاوضات المالية ، بخلاف الشروط في عقد النكاح الذي يندرج ضمن قواعد الفقهاء السابقة فيما يتعلق بحرية الاضطرار فيه ، وبيانها عند

(١) - فقد ذكر ابن تيمية في الفتاوى ، ما نصه : ((إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها إلا

ما دل على تحريمه ، وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به ، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة بجري أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه))

(٢) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٥٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٢٠٨ .

(٣) - أن الأصل عند الفقهاء أنه لا يجوز الفسخ حال تخلف شرط اقتضاه العقد ، وإنما يلزم العاقد على تنفيذ التزامه ، على التفصيل الذي سنذكره إن شاء الله تعالى في الفسخ القضائي من الباب الثاني من هذه الأطروحة .

بعضهم دون آخرين في مسألة الفسخ به - أي بالشرط - كان تشترط عليه كفيلاً بالمهر ، وكاشتراط تأجيل جزء من المهر إلى الموت أو الطلاق ، وكان تشترط الزوجة أن لا يتزوج عليها ، أو أن لا يسافر بها ، وكاشتراط الزوج على زوجته أن لا تزور شخصاً من أرحامها ، ونحو ذلك^(١) .

وهنا هل يجوز الفسخ بهذه الشروط حال تخلفها ؟

• - آراء الفقهاء في مدى جواز الفسخ حال تخلف الشروط العقدية في عقد النكاح :

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

- **مذهب المتأخرين للفسخ بها** : وأصحابه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية^(٢)

الذين يرون أنه يجوز اشتراط مثل هذه الشروط في عقد النكاح ؛ فيما إذا اندرجت ضمن القواعد والضوابط التي نصوا عليها ، على تفاوت بينهم في تلك الضوابط والأسس ، والتي أدى إلى التفاوت في قبول تلك الشروط على حسب نوعها ومطابقتها على أساس المذهب ، وقد أوضحت تلك الأسس فيما سبق .

ولكن لا تجيز هذه الشروط حال صحتها في المذهب الفسخ ، عند تخلفها ، خلافاً لعقود المعاوضات المالية ؛ لأن عقد النكاح في نظرهم يتمتع بخصوصية معينة وقداسة منضبطة وحرمة معللة ، تتمثل في حفظ الأسرة والمجتمع من الأعاصير التي تعصف بأغراض الزواج وأهدافه السامية ، والتي من شأنها تحقيق إنسانية الإنسان وكرامته في هذه الحياة .

- **مذهب المجيزين للفسخ بها** : وأصحابه الحنابلة^(٣) الذين يرون صحة هذه الشروط

مطلقاً حتى يثبت دليل المنع ، فقد ذكروا أنه : إذا تزوجها ، وشرط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها ، أو تزوجها ، وشرط لها أن لا يتزوج عليها ، ونحوها من الشروط التي لا

.....

(١) - ذكر الحنفية أن مثل هذه الشروط صحيحة ، لأنها تلائم العقد ، أما المالكية : فقالوا إنها من قبيل الشروط الصحيحة المكروهة التي يصح معها العقد ؛ لأنها لا تنافي المقصود منه ، وإنما فيها تضيق على الرجل ، وأما الشافعية : فقالوا : إنها من الشروط الفاسدة ؛ لأنها تخالف مقتضى عقد النكاح ، ولكنها لم تخل بمقصوده ، لذا فإن الزواج صحيح ، والشرط فاسد لا يعد به . (انظر في ذلك في المراجع الآتية في الحاشية (٢)) .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٧٨/٢ ، تبين الحقائق : ١٤٨/٢-١٤٩ ، البحر الرائق : ١٧١/٣ ، العناية شرح الهداية : ٣/٣٤٩-٣٥١ بدر الحكام شرح غرر الأحكام : ١/٣٤٤-٣٤٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣/١٢٣-١٢٦ ، فتح القدير : ٣/٣٤٩-٣٥١ ، مجمع الأنهر في شرح متنقى الأبحر : ١/٣٥٢-٣٥٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٣٠٦-٣٠٧ ، اتاج والإكليل لمختصر خليل ٥/١٩٢-١٩٥ ، شرح الزرقاني : ٣/٦٧٨ ، التمهيد : ابن عبد البر ١٨/١٦٧ ، الأم : الشافعي ٥/٧٩-٨٠ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٣/٢٠٤-٢٠٥ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٧/٣٨٧-٣٨٨ ، نهاية المحتاج : ٦/٣٤٣-٣٤٤ ، مغني المحتاج : ٣/٢٨٩ .

(٣) - انظر ، المغني : ٧/٧١ ، المبدع : ٧/٨٠ ، مختصر الخرفي : ١/٩٤ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٥/١٢٢-١٢٣ ، كشف القناع : ٥/٩١ ، ٥/١٨٧-١٨٨ .

تخالف مقصد العقد ، ولا تنافي حكم الشرع ، أنها شروط لازمة الوفاء ، فإذا تخلفت أو لم تُنفذ ، جاز للشارط الفسخ ، مستدلين على ذلك بما استدلوا به على حرية الاشرط التي أوضحت أدلتها فيما سبق ، وذكروا بخصوص حرية الاشرط في عقد النكاح ما روي عن عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ - رضي الله عنه - قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ((أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ))^(١) .

وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها ، ولم يوف لها شرطها ، فتخاصما إلى عمر ، فقال رضي الله عنه : ((لها شرطها ، مقاطع الحقوق عند الشرط))^(٢) .

فالحنايلة يجيزون الفسخ في عقد النكاح حال تخلف الشرط العقدي الصحيح استناداً إلى مبدئهم القائم على أساس صحة الشرط حتى يقوم دليل المنع ، والمبني على وجوب الوفاء بها - كما رأينا فيما سبق في النصوص التي توضح ذلك - فإن تخلف الشرط أو فات فقد اختل عنصر الرضا الذي يشكل قوام العقد وركنه ، فكان لا بد من إعادة النظر من جديد في العقد مع ما طرأ عليه من فوات للشرط ، وهذا يستدعي منح العاقد الشارط فرصة إمضاء العقد والرضا بالواقع الجديد ، أو فسخه والتحلل منه ؛ لعدم تحقيق غاية منشودة يتوخاها ونحوها . وأرى الأخذ برأي الجمهور في حرية الاشرط ، وعدم الفسخ حال فوات الشرط ضمن الضوابط والمعايير التي ذكرت في كل مذهب ؛ لأنه الأولى والأحوط من رأي الحنايلة استناداً إلى ما أشار إليه الجمهور من معنى يتعلق بخصوصية عقد النكاح ، وخاصة في عصرنا الذي اتجه فيه هذا العقد إلى الطابع المدني أكثر من أن له قداسة وأهمية وهالة أكثر من باقي عقود المعاوضات ، وقد أخذ بهذا التوجه أستاذنا الكبير الدكتور وهبه الزحيلي والدكتور أحمد الحجى الكردي^(٣) .

(١) -أخرجه البخاري : كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر / ٢٧٢١ / ، باب الشروط في النكاح / ٤٨٥٦ / ، وأخرجه مسلم :

كتاب النكاح ، باب الوفاء بالشروط في النكاح / ١٤١٨ / ولكنه بلفظ : ((أحق الشرط أن يوفى به)) .

(٢) - ذكره البخاري : كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح / ٦ / ، وذكره أيضاً في كتاب النكاح : باب

الشروط في النكاح / ٥٢ / ، وذكره البيهقي في سننه : كتاب الصداق / ١٤٨٢٦ / .

(٣) - انظر ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ، ٣٥٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٢٠٢/٤ .

بقي أن نوضح هل يعد شرط الوصف شرطاً تقييداً يبيح فسخ العقد حال تخلفه ؟
صورة المسألة :

قد يرغب أحد المتعاقدين في صفة معينة في المعقود عليه ، فينص في العقد على اشتراطها صراحة ، كمن يشتري حصاناً على أن يكون عربياً أصيلاً أو سريعاً في سهولة ويسر ، وكمن يتزوج امرأة على أنها بكر ، أو أنها تجيد القراءة والكتابة ، أو تجيد الطهو ونحو ذلك .

فهل مثل هذه الشروط في العقد تُعد من قبيل الشروط التقييدية ، فتأخذ حكمها من جواز الفسخ حال تخلفها أو فواتها أم أنها تختلف عن تلك الشروط ؟ وبالتالي ما أثرها على العقد عموماً وعلى عقد النكاح خصوصاً ؟

نص الفقهاء^(١) على أن شرط الوصف ليس من قبيل الشروط التقييدية المقترنة بالعقد ؛ لأن هذا الشرط في حقيقته ما هو إلا وصف ينبغي وجوده في المعقود عليه عند العقد ، لا يتوقف إنشاؤه على أمر مستقبل ، ذلك أن اشتراطه بمثابة تقرير أمر حال ، بخلاف شرط التقييد الذي يعد شيئاً مستقلاً عن العين المعقود عليها ، يتوقف إنشاؤه على أمر مستقبل ، فمن اشترى كلباً على أنه صائد أو دابة على أنها هملاج^(٢) ، فالمشروط هنا صفة للمبيع ، لأنها ليست عيناً بل وصف يلحق المعقود عليه .

لكن السؤال المطروح هل يصح اشتراطها في العقد ؟

اتفق الفقهاء^(٣) على جواز اشتراط صفة منضبطة^(٤) مباحة شرعاً^(٥) ومرغوب فيها^(٦) في المعقود عليه استناداً منهم على صحة جواز الشروط العقدية ضمن المعايير والضوابط السابقة؛ لأن شرط الوصف يعد من الشروط التي تعتبر من مصالح العقد في نظر جمهور

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٣/٥ ، شرح مختصر خليل : الخرشى ١٢٦/٥ ، حاشية الدسوقي : ١٢٦/٥ ، المجموع شرح المهذب : ١١ / ٥٧٥ ، نهاية المحتاج : ٤٦٠/٣ .

(٢)- هملاج : سريعة المشي في سهولة .

(٣)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٣/٥ ، شرح مختصر خليل : الخرشى ١٢٦/٥ ، حاشية الدسوقي : ١٢٦/٥ ، المجموع شرح المهذب : ١١ / ٥٧٥ ، نهاية المحتاج : ٤٦٠/٣ ، كشاف القناع : ١٨٩/٣-١٩٠ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ١٣٧/٣ .

(٤)- لإخراج الوصف الذي يصحبه غرر ، كمن يشتري ناقةً على إنها حامل ؛ لأن المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه لتحال . (انظر ، فتح القدير : ٣٣٣ / ٦ ، بدائع الصنائع : ١٦٨/٥-١٦٩) .

(٥)- لإخراج المحظور من الأوصاف ، كمن يشتري كبشاً على أنه نطاحاً أو ديكاً على أنه صائلاً ، فاشتراط مثل هذه الأوصاف لا يقره الشرع ، لذا لا يجوز الالتزام به . (انظر ، فتح القدير : ٣٣٣-٣٣٥ ، بدائع الصنائع : ١٧٢/٥ ، مطالب أولى النهى : ٦٨-٦٩)

(٦)- لدلالة على أن الصفة غالباً ما تكون مرغوبة لذا يشدد العائد عليها فينص على اشتراطها صراحة في العقد ، ولها في المذاهب الفقهية ضوابط تحددها ، فالمالكية يرون ضابط الصفة المرغوبة ما يحقق غرضاً للعائد سواء كان فيه مالية أم لا ، والشافعية يرون أنه ما فيها مالية لاختلف القيم بوجوده وعدمه . (انظر ، المراجع السابقة) .

الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، كاشتراط الرهن والكفيل الذي يقاس عليهما اشتراط كل صفة زائدة بجامع علة تحقيق مصالح العقد .

أما الحنفية^(١) فقد عللوا صحة هذا الشرط من خلال اعتباره من مقتضيات العقد شريطة انتفاء الغرر ، فقد قال الكاساني : (لو اشترى جارية على أنها بكر ، أو طباحة ، أو خبازة ، أو غلاما على أنه كاتب ، أو خياط ، أو باع عبدا بألف درهم على أنها صحاح ، أو على أنها جواد نقد بيت المال ، أو اشترى على أنها مؤجلة فالبيع جائز ؛ لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلا ، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ، ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية ، وإنها صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي ، والمشروط إذا كان هذا سبيله ؛ كان من مقتضيات العقد ، واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما إذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك ، بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل أن البيع يفسد في ظاهر الرواية ؛ لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا . وكون الناقة حاملا وإن كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ، ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع^(٢) .

وبعد صحة اشتراط صفة مرغوبة في المعقود عليه في نظر الفقهاء ، يثار التساؤل الآتي: هل تخلف تلك الصفة المشروطة أو فواتها يبيح للعاقدين الشرط حق خيار الفسخ ؟ إن الباحث في نصوص الفقهاء يجد أنهم يميزون بين عقد المعاوضات المالية وعقد النكاح في جواز الفسخ حال تخلف شرط الوصف أو فواته ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً - أثر فوات شرط الوصف على عقود المعاوضات المالية :

اتفق الفقهاء^(٣) على أن فوات شرط الوصف أو تخلفه يمنح العاقدين الشرط خيار الفسخ قياساً على فوات السلامة ، الذي يمنح العاقدين خيار الفسخ بالعيب بجامع علة تخلف الشرط الذي يثبت دلالة في خيار العيب ، ونصاً في خيار الوصف ؛ ذلك لأن تخلف شرط الوصف المرغوب بعد الالتزام به بمثابة فوات وصف السلامة في المبيع فيما إذا ظهر فيه عيب ، فقد جاء في

(١) - انظر ، بدائع الصناعات : ١٧٢/٥ ، فتح القدير : ٣٣٢-٣٣٣ .

(٢) - بدائع الصناعات : ١٧٢ / ٥ .

(٣) - انظر ، بدائع الصناعات : ١٦٩/٥ ، فتح القدير : ٣٣٢/٦-٣٣٤ ، البحر الرائق : ٢٥/٦-٢٧ ، شرح مختصر خليل :

الخرشي ١٢٦/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٠٨/٣ ، المجموع شرح المهذب : ٥٧٥/١١ ، نهاية المحتاج : ٤/

٢٧ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٥٧/٢ . مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٦٧/٣-٦٩ ، كشف القناع :

١٨٩/٣-١٩٠ .

المجموع : « إذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد ... لأنه أنقص مما شرط ، أي فصار كالمعيب الذي يخرج أنقص مما اقتضاه العرف »^(١) .
 لكن هل فوات كل وصف مشروط في العقد يبيح الفسخ ؟ أم أن هناك ضوابط معينة وشرائط ومعايير تحدده وتقيده ؟

* * - شرائط فوات الوصف المشروط :

إن الباحث في النصوص الفقهية ، يجد أن فقهاءنا قد اشترطوا قيدين لبقاء العقد صحيحاً مع حق خيار الفسخ للشارط حال فوات شرط الوصف هما :

القيد الأول : أن يكون شرط الوصف المتخلف أو الفاتت يندرج تحت جنس المعقود عليه :

اشترط الفقهاء^(٢) أن يكون الوصف المشروط من جنس المعقود عليه ، فوضعوا لذلك ضابطاً يُراعى فيه حق الخيار من عدمه حال صحة العقد ، يتمثل في فحص التفاوت في الأغراض وعدمه ، وذلك بأن يقارن بأمثاله في العقد ، فيرى عندئذ مدى الاختلاف بينهما ، فإن كان الاختلاف في الجنس لم يصح خيار الفسخ ؛ لعدم صحة العقد ، كمن يشتري ثوباً على أن يكون قطناً فإذا هو كتان ، فالقطن غير الكتان فكان التفاوت بينهما فاحشاً ، لذا كان العقد غير صحيح ، فانتفى خيار الفسخ ؛ لأنه يلحق العقد الصحيح .

أما إن كان المعقود عليه من جنس المسمى والاختلاف في النوع صح خيار الفسخ ، كمن اشترى دابة على أنها بغلة ، فإذا هي بغل ، أو ناقه فإذا هي جمل ، أو لحماً على أنه لحم معز فإذا هو لحم ضأن أو عكسه ، فالجنس واحد ، ولكن الاختلاف في النوع فجاز الفسخ .

هذا ويشترط في الاختلاف في النوع أن لا ينطبق عليه أدنى ما ينطلق عليه اسم الوصف المشروط ، فإذا وجد ناقصاً ناقصاً لا يخرج من دائرة اسمه ، أو كان فيه أفضل من الوصف المشروط ، امتنع خيار الفسخ لامتناع سببه^(٣) ، وهذا ما أوضحه ابن الهمام بقوله : « فإن قبضه المشتري ووجده كاتباً ، أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد

(١) - المجموع شرح المذهب : ٥٧٥/١١ .

(٢) - انظر ، فتح القدير : ٣٣٤/٦ - ٣٣٥ ، البحر الرائق : ٢٦/٦ - ٢٧ ، شرح مختصر خليل : الخرشى ١٢٦/٥ ، حاشية الدسوقي : ١٠٨/٣ ، المجموع شرح المذهب : ٥٧٥/١١ ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل : ٩١/٢ ، كشاف القناع : ٣/

(٣) - انظر ، فتح القدير : ٣٣٣/٦ ، المجموع شرح المذهب : ٥٧٥/١١ .

ومعناه : أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز : أعني الاسم الذي يشعر بالحرفة ، فإن فعل من ذلك ما ليس كذلك ، كان له حق الرد ، بأن يكتب شيئاً يسيراً ناقصاً في الوضع ، أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله^(١) .

القيد الثاني : أن لا ينطبق على شرط الوصف حال تخلفه اسم العيب :

وهذا واضح في استعمالات الفقهاء من خلال تمييزهم خيار العيب عن خيار الوصف المشروط ، وإن كانوا يبحثونه في إطار خيار العيب ، فلو كان خيار فوات الوصف المشروط من قبيل خيار العيب ، لما استدعى ذلك منهم أن يخصوه بالذكر ، وأن يفردوه بأمثلة توضحه وتبين ماهيته بصورة تميزه عن غيره^(٢) .

ثانياً - أثر فوات شرط الوصف في عقد النكاح :

تباينت أقوال الفقهاء في جواز الفسخ أو عدمه حال فوات شرط الوصف في عقد النكاح ، وفيما يأتي توضيح آرائهم :

١ - الحنفية :

ذهب الحنفية^(٣) إلى أن فوات شرط الوصف لا يبطل العقد ، فقد نص ابن الهمام على ذلك بقوله : « وفي النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة ، والجمال ، والرشاقة ، وصغر السن ، فظهرت ثيباً ، عجوزاً ، ذات شق مائل ، ولعاب سائل ، وأنف هائل ، وعقل زائل ، لا خيار له في فسخ النكاح به^(٤) .

ولكنهم أوضحوا أن شرط الوصف إن كان من قبل الزوج وقد سمى لها مهراً أكثر من مهر مثيلاتها بسبب هذا الشرط ، فإنها تستحقه إن تحقق الوصف المشروط ، وإن لم يتحقق فلها مهر مثلها ؛ لأن فوات الشرط عدَمَ الرضا ، ذلك أن المهر المسمى كان على أساس تلك الصفة ، فعند فواتها انتقض الرضا بالمسمى ، فيلجأ إلى مهر المثل ، وكذلك الحكم فيما لو قبلت الزوجة بأقل من مهر المثل مقابل تحقق وصف اشترطته في العقد ، فإن تخلف ذلك الوصف جاز لها المطالبة بمهر مثلها ؛ لأنها ما قبلت بالأقل إلا من أجل تلك الصفة .

فالحنفية لا يجعلون لشرط الوصف أي أثر على العقد إلا فيما تعلق بالمهر .

(١) - فتح القدير : ٣٣٣/٦ .

(٢) - انظر ، البحر الرائق : ٢٨/٦ ، شرح مختصر خليل : الخرشبي ١٢٦/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٠٨/٣ ، نهاية المحتاج : ٢٧/٤ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٥٧/٢ . مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٦٧/٣ .

(٣) - انظر ، فتح القدير : ٣٠٥/٤ - ٢٥٠/٣ ، الهداية شرح البداية : ٢٠٨/١ ، البحر الرائق : ١٧١/٣ - ١٧٥ ، فسخ الزواج : أحمد الحجي الكردي ٣٤١ .

(٤) - فتح القدير : ٣٠٥/٤ .

٢- المالكية :

أجاز المالكية^(١) خيار الفسخ حال فوات الوصف المشروط في عقد النكاح ، فمن اشترط أن تكون زوجته صحيحة ، فإذا هي عمياء أو سلاء أو مقعدة ، أو اشترط أن تكون عنراء ووجدها ثيباً ، ونحو ذلك ، جاز له الفسخ ؛ لفوات الشرط .

ولكنهم فصلوا القول أكثر فيمن اشترط أن تكون بكرًا ، فظهرت ثيباً ، فإن كان سبب الثيبوبة النكاح وما في معناه جاز خيار الفسخ ؛ لفوات الصفة المشروطة حقيقةً وحكماً .

أما إن كان بغيره كأن تكون بوثة وعلم وأنها بذلك جاز خيار الفسخ أيضاً ؛ لحصول التغير، وأما إن لم يعلم الولي في ذلك ، فقالوا : فيه تردد ، فقيل يجوز خيار الفسخ ؛ لفوات الشرط المتمثل في زوال العذرة حقيقةً ، وقيل لا يجوز الفسخ ؛ لعدم زوال البكارة حكماً ؛ لأنها ما تزال بكرًا ما لم توطأ وطأ لا حد فيه ، وهذا ما صرح به الدسوقي : ((البكر عند الفقهاء هي التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح))^(٢) .

٣- الشافعية :

ذهب الشافعية^(٣) في الأظهر لديهم إلى أن اشتراط وصف مرغوب ، يبقى العقد صحيحاً ويثبت خيار الفسخ للمشترط ؛ لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد العقد مع تأثره بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى . وقيل : يبطل العقد بهذا الشرط ؛ لأن النكاح يعتمد الصفات فتبدلها كتبدل العين .

٤- الحنابلة :

ذهب الحنابلة^(٤) إلى أنه لا خيار للزوجة في فسخ عقد نكاحها فيما إذا تخلف وصفها المشروط ، كمن تشترط في زوجها مالا أو جمالا أو صفة مرغوبة في الرجال عادة ، فيظهر بخلافها ، إلا أن تشترط أنه حر فيتبين أنه عبد ، أو تشترط فيه نسباً معيناً ، فيظهر بخلافه على وجه تزول به الكفاءة ، فلها الفسخ فيهما دون غيرهما على الصحيح من المذهب .

أما إن كان المشترط هو الزوج كأن يشترط في زوجته أن تكون بكرًا ، أو جميلة ، أو نسيبة ونحو ذلك ، جاز له خيار الفسخ حال فوات الوصف المشروط في الراجح من المذهب ؛ لأنه

(١)- انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٨١/٢ ، انتاج والإكليل لمختصر خليل : ١٥٠/٥-١٥١ ، فسخ الزواج : أحمد الحجي الكردي ٣٤٢

(٢)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٨١/٢

(٣) - انظر ، معنى المحتاج : ٢٦٦/٣ ، نهاية المحتاج : ٣١٦/٦ ،

(٤)- انظر ، الإصناف : ١٦٨/٨ ، كشاف القناع : ٩٩/٥ ، مطالب أولى انتهى : ١٣١/٥ .

شرط وصف مقصود قد فات فلزم خيار الفسخ قياساً على فوات شرط الحرية السابق ، وقيل :
ليس له خيار الفسخ ؛ لأن عقد النكاح لا يفسخ بغير عيوب محددة .

فالحنبلة يرجحون خيار الفسخ بفوات شرط الوصف في حق الزوج دون الزوجة في الأعم الأغلب ، ومدار هذا التمييز والتفضيل يعود في نظرهم إلى أن مطلوب الصفات في الزوجة أكثر منه في الزوج ، لذا نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ((تُنكحُ المرأةُ لأربعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا ، فَاظْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ بِذَلِكَ))^(١). وهذا ذكر وبيان لبعض الصفات المرغوبة في المرأة بينما لا نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم يذكر شيئاً من صفات للرجل في هذا المضمار .

لكن هذا السبب في التفضيل ليس بقوي كما يذكر أساتذتنا الفاضل أحمد الحجى الكردي بسبب اتحاد المعنى في الكل ، إذ إن كثيراً من الصفات يرغب في وجودها في الرجال من مال أو قوة ونحوهما كما يرغب في كثير من الصفات في النساء ، فكان الأولى المساواة بينهما في ذلك^(٢) .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الفقهاء على مذهبين فيما يتعلق بجواز الفسخ حال فوات شرط الوصف ، فالحنفية لا يجيزون خيار الفسخ ، بينما الجمهور على تفاوت بينهم في بعض الحالات يجيزون ذلك كما رأينا .

ولكنني أرجح إلى رأي الحنفية إن تم الدخول ، وإلى رأي الجمهور حال عدم الدخول ؛ لأن حصول الدخول في عقد النكاح يرتب آثاراً تمس جوهر وكرامة الزوجين أكثر منها قبله ، وفي هذا حفاظ على حقوق الطرفين قدر الإمكان ، وحد من الضرر الناجم عن الفسخ أو عن تخلف الوصف .

ففوات الوصف يفوت رضا الشارط ، والفسخ أيضاً يلحق ضرراً بالطرف الآخر ، فلا بد أمام هذه المعادلة من توخي العدل قدر الإمكان وتحمل الضرر الأقل مقابل دفع الضرر الأكثر فمنع خيار الفسخ للشارط بعد الدخول ، يلحق ضرراً به على أساس أنه لم يقبل بالعقد إلا بناء على ذلك الوصف ، ولكن الفسخ ينشئ ضرراً أكبر للطرف الآخر نتيجة الدخول وما يترتب عليه ، فالأحسن فيما أرى أن يرتكب في هذا أخف الضررين ، وعكس ذلك تماماً قبل الدخول.

(١) أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب الأكلء في الدين / ٤٨٠٢ / ، ومسلم : كتاب الرضاع : باب استحباب نكاح ذات الدين / ١٤٦٦ .

(٢) -انظر فسخ الزواج : أحمد الحجى الكردي ٣٤٤ .

بعد هذا الاستعراض لمسألة الفسخ بالشرط التقييدي يثار التساؤل الآتي : هل يجوز للعاقِد فسخ العقد حال امتناع صاحبه عن تنفيذ التزامه المقرر بحكم العقد دون أن يشترط ذلك صراحة ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ستظهر في الباب الثاني من هذه الأطروحة عند الحديث عن الفسخ القضائي .

لكن هل يحق له الفسخ فيما لو اشترط ذلك صراحة ؟

وبعبارة أخرى هل يصح اشتراط شرط في العقد يبيح فسخه ؟

ذكر أساتذنا الدكتور وهبه الزحيلي أن ذلك من قبيل تعليق الفسخ على شرط^(١) وهو ما سنوضحه فيما يأتي

****-- شرط التعليق :**

= **التعليق لغة** : مصدر علق ، يقال : علق الشيء بالشيء ، ومنه ، وعليه تعليقاً : ناطه به ويقال أيضاً : علق بالشيء علقاً وعلقه : نشب فيه ، وعلق به علاقة وعلوقاً : لزمه^(٢) .

أما في الاصطلاح : فقد عُرفَ التعليق بأنه : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى^(٣) .

فالتعليق هنا يعني ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد^(٤) ، فحصول المعلق مرهون بحصول المعلق عليه ، كقولك إن سافر مدينتك فأنا كفيل بالدين ، فالكفالة معلقة على السفر ، بمعنى أن عقدها متوقف على السفر ، وكقولك : بعثك هذه السيارة إن حققت فوزاً كبيراً ، وكقولك أيضاً : زوجتك ابنتي إن حققت نجاحاً ونحو ذلك ، فكل من السفر والفوز الكبير والنجاح أمور معدومة على خطر الوجود – أي معدومة محتملة الوقوع – لأنها قد تقع وقد لا تقع ، فما علق عليها مرهون بوجودها ، لذا قلت عن مثل هذه الشروط التي تلحق العقد ، بأنها شروط تعليقية تجعل العقد معلقاً غير منجز^(٥) .

(١) – الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣٢٠٧ .

(٢) – انظر ، لسان العرب : مادة / علق / المصباح المنير : مادة / علق / .

(٣) – غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : الحموي ٤ / ٤١ .

(٤) – المرجع السابق : ٤ / ٤٢ .

(٥) – وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد فرقوا بين التعليق بالشرط والتقييد بالشرط ، فقالوا : إن الشرط التعليقي : ما دخل على أصل الفعل بأدائه كإن وإذا ونحوهما من أدوات التعليق أما الشرط التقييدي : فهو ما جزم فيه بأصل الفعل وشرط فيه أمر آخر . (انظر ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : الحموي ٤ / ٤١ ، المنثور في القواعد الفقهية : الزركشي ١ / ٣٧١ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ٣٧٦) .

مسألة تعليق العقد على شرط يبيح فسخه^(١) :

نلمس صورة هذه المسألة عند الفقهاء في خيار الشرط وخيار النقد ، وحققتهما أنهما من جملة الشروط التعليقية الإرادية ؛ لأن وجود الالتزام أو زواله يتوقف على حصولهما - أي ممارسة كل منهما - حال اشتراطهما في العقد ، وقد سبق أن تناولنا خيار الشرط بالدراسة والبيان من حيث قابلية العقد للفسخ به .

أما خيار النقد^(٢) فتظهر فيه صورة تعليق العقد على شرط يبيح فسخه جلية واضحة ، لذا أثرت دراسته في مثل هذا المقام دون غيره ، للتدليل على هذه المسألة وتوضيحها ، وقد مثل له الفقهاء فيمن باع شيئاً على أنه إذا لم ينقد له الثمن إلى ثلاثة أيام ، فسخ البيع ، فقد علق البيع على شرط يبيح فسخه .

والسؤال المطروح هل يجوز اشتراط مثل هذا الشرط ؟ وبعبارة أخرى ما مدى مشروعية خيار النقد في نظر الفقهاء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

المذهب الأول : وأصحابه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة^(٣) الذين أجازوا

(١) وتجدر الإشارة إلى أن العقد لا يقبل الفسخ حال تعليقه بشرط ما دام الشرط لم يقع بعد ؛ لعدم حصول العقد أصلاً ، والفسخ يلحق العقد المنعقد ، ولا عقد هنا قبل وقوع الشرط المعلق عليه فقد قال ابن رجب : ((والعقد لا تنفسخ قبل انعقادها)) القواعد : ٢٦٩ ، على خلاف وتفصيل عند الفقهاء في مسألة قبول العقد التعليق أم لا تبعاً لنوع العقد وطبيعته ، وجواز الفسخ حال شرط الخيار أو عند خيار النقد عند القائلين به ما هو إلا استثناء من الأصل ؛ لورود النص الشرعي على خيار الشرط وقياس خيار النقد عليه . بمعنى أنهما قد ثبتا على خلاف القياس الذي يستدعي عدم جوازهما لمخالفتهما للأصول العامة الفاضية بلزوم العقد كأصل ثابت ، فقد جاء في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : عند شرحه المادة ٨٢ : (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) ، يعني أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوماً قبل ثبوت الشرط الذي علق عليه ؛ لأنه لو ثبت الشيء قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط وذلك محال .

(٢) عرف خيار النقد بأنه : حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ لعدم النقد . (الخيار وثره في العقود : د. عيد السنار أبو غده ٧٦٨/٢) .

(٣) انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٥/٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٧١/٤ ، فتح القدير : ٣٠٣/٦-٣٠٥ ، شرح مختصر خليل للخرشي : ١٨٤/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٧٥/٣ - ١٧٦ ، المعني : ٢٣/٤ ، الفروع : ٦١/٤ ، كشاف القناع : ١٩٦/٣ ، القواعد لابن رجب : ٢٦٨-٢٦٩ .

قال البهوتي : ((وإن قال البائع : إن بعثك تنقدي الثمن إلى ثلاثة أيام أو إلى مدة معلومة أقل من ذلك أو أكثر وإلا فلا بيع بيننا صح البيع وهو قول عمر كشرط الخيار ، وينفسخ البيع إن لم يفعل أي إن لم ينقده المشتري الثمن في المدة وإلا فلا بيع بيننا (تعليق فسخ البيع على شرط) ؛ لأنه علقه على عدم نقد الثمن في المدة التي عينها وهو صحيح... وإن قال البائع (بعثك على أن تنقدي الثمن إلى ثلاثة أو أكثر فإن لم تفعل فلي الفسخ) صح وله الفسخ إن لم ينقده له فيها ... أو قال المشتري : اشتريت على أن تسلمني المبيع إلى ثلاثة فإن لم تفعل فلي الفسخ صح البيع والشرط ، وله الفسخ إذا فات شرطه)) . كشاف القناع : ١٩٦/٣

مثل هذا الشرط في العقد وأثبتوا مثل هذا الخيار فيه ، واستدلوا على ذلك بالاستحسان ، إذ إن البيع بهذا الخيار في معنى البيع بشرط الخيار ؛ لوجود التعليق بالشرط في كل واحد منهما ، وتحقق الحاجة المستدعية للجواز ، أما التعليق فإنه علق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام ، وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار ، وأما الحاجة فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أيوافقه أم لا ؟ فالبائع يحتاج إلى التأمل أيضا ، فإنه يبيع بثمن إليه في الثلاث أم لا ؟ وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أيقدر على النقد في الثلاث أم لا ؟ فكان هذا بيعا مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين كليهما فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار ، فورود الشرع بالجواز نصا - صريحا - هناك يكون ورودا ههنا دلالة^(١) . هذا وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه أجاز ذلك^(٢) ، وفي هذا دلالة واضحة على مشروعيته قياسا على خيار الشرط الذي ورد النص الشرعي بجوازه .

المذهب الثاني : وأصحابه الشافعية في الصحيح لديهم^(٣) الذين يرون عدم جواز مثل هذا الخيار ، معللين رأيهم بأنه ليس بشرط خيار ، بل هو شرط فاسد مفسد للعقد ؛ لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا ، وعلق فسخه على غرر ، فأشبهه ما لو باع مثلا بشرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بينهما . وما كان هذا شأنه فإنه يبطل العقد . فقد قال النووي : ((وقال في العقد للمشتري : إن لم تأت بالثمن في الوقت الفلاني فلا بيع بيننا ، فمذهبنا بطلان البيع))^(٤) .

وبالنظر في أدلة المثبتين وتعليل النافين له يتضح رجحان القول بمشروعية هذا الخيار لما فيه من تحقيق مصلحة للعاقدين ، ودفع ضرر عنهما ، فكانت الحاجة إليه سبيلا للقول به . وعليه : فإن فقهاء الإسلاميين يجيز تعليق العقد على شرط يبيح فسخه ، ضمن تلك المعايير والضوابط التي ذكرها فقهاؤنا في مسألة خيار الشرط والنقد ، لذا ما يسمى في القوانين الوضعية بالشرط الفاسخ ما هو إلا من قبيل شرط التعليق ، وهذا ما أشار إليه أستاذنا الفاضل الدكتور وهبه الزحيلي^(٥) .

بقي أن نوضح حكم الشرط المتقدم والمتأخر من حيث قابلية العقد للفسخ بهما ، وهذا يستدعي أن نبين مدى صحة هذا الشرط ، وهل يأخذ حكم الشرط المقارن في رأي الفقهاء

(١) - إبداع الصناع : ١٧٥/٥ .

(٢) - انظر ، المعنى : ٢٣ / ٤ ، المجموع شرح المذهب : ٢٢٣/٩ .

(٣) - انظر ، المجموع شرح المذهب : ٢٢٣/٩ - ٢٢٠ ، ٤٥١/٩ - ٤٥٢ ، روضة الطائين : ٣٩٧/٣ ، ٤٤٤/٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٥١/٢ .

(٤) - المجموع شرح المذهب : ٤٥١/٩ .

(٥) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٢٠٧/٤ .

حال صحته وجواز التحاقه بالعقد .

** - مدى قابلية العقد للفسخ بالشرط المتقدم والمتأخر

رأينا فيما سبق تأثير الشرط المقارن بنوعيه المقيد والمعلق من حيث قابلية العقد للفسخ بهما لكن قد يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما شرطا يتقدم على العقد أو يتأخر عنه ، فهل يصح هذا الإشتراط ؟ اختلفت أقوال الفقهاء في مدى صحة وتأثير الشرط المتقدم على العقد والمتأخر عنه ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

1- الشرط المتقدم :

تباينت أقوال الفقهاء في مدى صحة وتأثير شرط يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما قبل العقد ثم ينشأ العقد من غير نص عليه ولا إشارة إلى ما يأتي :

أ - الحنفية (١) :

ميز الحنفية في الشرط المتقدم بين الصحيح منه والفاقد ، فأجمعوا على صحة الشرط المتقدم على عقد صحيح وألحقوا الشرط بالعقد ، وعندئذ يأخذ حكم الشرط المقارن له ، ومثلوا له باشتراط خيار صحيح في البيع البات ونحو ذلك .

واختلفوا في الفاسد منه إذ ألحقه الصحاحبان بالعقد ومنعه أبو حنيفة فلا يلتحق بالعقد عنده . جاء في جامع الفصولين : « لو شرط الثلجئة في البيع فسد البيع ، ولو تواطأ قبل البيع ، ثم تباعا بلا ذكر شرط جاز البيع عند أبي حنيفة ، إلا إذا تصادقا على أنهما تباعا على تلك المواضع » (٢) .

ب - أما المالكية (٣) والحنابلة (٤) في المشهور عندهم ، فقد ذهبوا إلى أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن له من غير فرق بينهما ، فيأخذ حكمه من حيث الصحة وجواز الفسخ ، فقد قال ابن القيم : « لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تنزل بتقدمه وإسلافه ، بل مفسدته مقارنا كمفسدته متقدما » (٥) .

ت - وأما الشافعية (٦) فقد ذكروا في الراجح لديهم أن الشرط السابق للعقد ، لا يلتحق بالعقد

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٦/٥

(٢) - جامع الفصولين : ١٧١/١ .

(٣) - فتاوى الشيخ عيش : ١٢٠/٢ ، شروط عقد الزواج : كوثر علي ٤٣ .

(٤) - انظر ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه : ٣٧٨/٢٠ ، ٣٣٦/٢٩ ، ٣٥٣/٢٩ ، إعلام الموقعين : ١٠٧/٣ .

(٥) - إعلام الموقعين عن رب العالمين : ١٠٧/٣ .

(٦) - المجموع شرح المهذب : ٤٦١/٩ .

ولا يؤثر فيه ، فلا يلزم الوفاء به ، ولا يفسد العقد به ، إن كان شرطاً فاسداً ؛ لأن ما قبل العقد لغو .

ويميل الباحث إلى القول بالتسوية بين الشرط المتقدم على العقد ، والمقارن له من حيث صحته وتأثيره على العقد ، وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والحنابلة في المشهور عندهم والحنفية في الشرط الصحيح ؛ لسد ما قد يؤدي إلى فتح باب التحايل في الشروط المحرمة شرعاً ، وهذا ما أكده ابن القيم رحمه الله تعالى حيث قال : « وأي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كانا قد علما ، وعلم الله تعالى والحاضرون ، أنهما إنما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم ، وأظهرا صورة العقد مطلقاً ، وهو مقيد في الأمر بذلك الشرط المحرم ؟ فإذا اشترطنا قبل العقد أن النكاح نكاح تحليل أو متعة أو شغار ، وتعاهدا على ذلك ، وتواطأا عليه ، ثم عقدا على ما اتفقا عليه ، وسكتا عن إعادة الشرط في صلب العقد اعتماداً على تقدم ذكره والتزامه ، لم يخرج العقد بذلك عن كونه عقد تحليل ومتعة وشغار حقيقة . وكيف يعجز المتعاقدان اللذان يريدان عقداً قد حرمه الله ورسوله ؛ لوصف إن يشترطنا قبل العقد إرادة ذلك الوصف ، وأنه هو المقصود ثم يسكتا عن ذكره في صلب العقد لئتم غرضهما ؟ وهل إتمام غرضهما إلا عين تفويت مقصود الشارع ؟ وهل هذه القاعدة — وهي أن الشرط المتقدم لا يؤثر — إلا فتح لباب الحيل ؟ بل هي أصل الحيل وأساسها ، وكيف تفرق الشريعة بين متماتين من كل وجه لا فتراقهما في تقدم لفظ وتأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد ؟»^(١)

٢ — الشرط المتأخر :

اختلفت أقوال الفقهاء في مدى التحاق الشرط المتأخر بالعقد ، وذلك فيما يأتي :

أ — الحنفية^(٢) :

ذهب أبو حنيفة إلى التحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقاً سواء أكان فاسداً أم صحيحاً ، واعتباره كالشرط المقارن تماماً ، فإذا ما باع بيعة صحيحاً ، ثم ألحق به شيئاً من هذه الشروط الفاسدة ، يلتحق به ويفسد العقد ، وعندهما يلتحق الشرط الصحيح دون الفاسد الذي لا يؤثر على العقد ، وعللوا ذلك بأن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد ، فلا يصح ؛ فبقي العقد صحيحاً كما كان ؛ لأن العقد كلام لا بقاء فيه ، والالتحاق بالمعذوم لا

(١) — إعلام الموقعين : ١٠٧/٣ .

(٢) — انظر ، بدائع الصنائع : ١٧٦/٥ .

يجوز ، وهذا يجعل من الشرط اللاحق لا أثر له على العقد ، بينما أبو حنيفة علل رأيه بأن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلا والمحل قابلا .
 ب - أما المالكية^(١) : فإنه يُلتزم من فروعهم الفقهية عدم جواز لحوق الشرط المتأخر بالعقد .

ت - وأما الشافعية والحنابلة^(٢) ، فقد ذكروا أن الشرط المتأخر قبل لزوم العقد فإنه يلتحق بالعقد ويأخذ حكم المقارن له ، وأما بعد لزوم العقد فلا يلتحق به .
 ولكني أرجح رأي الشافعية والحنابلة في وجوب لحوق الشرط المتأخر بالعقد إن كان قبل لزومه وعدم لحوقه بعد اللزوم ؛ لأن عدم اللزوم يجعل للمتعاقد فرصة التروي والنظر فيما يحقق مصلحته من عدمها ، وعندئذ يأخذ حكم الشرط المقارن من حيث الصحة وجواز الفسخ من عدمهما .

(١) - انظر ، فتاوى الشيخ عليش ٢٤/٢ ، شرط عقد الزواج : كوثر علي ٤٣ .

(٢) - انظر ، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج : ٢٩٦/٤ ، كشاف القناع : ١٨٩/٣ .

الفصل الثالث

أسباب الانفساخ

ويتضمن أربعة مباحث :

- المبحث الأول : موت أحد العاقدين أو كليهما .
- المبحث الثاني : استحالة التنفيذ .
- المبحث الثالث : الفساد .
- المبحث الرابع : الاستحقاق .

المبحث الأول

موت أحد العاقدين أو كليهما

تفسخ أغلب العقود من تلقاء نفسها نتيجة موت أحد العاقدين أو كليهما ، وهنا نميز ثلاثة أنواع من العقود التي قد يؤثر الموت على انفساخها ، وذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول : أثر الموت في انفساخ العقود اللازمة :

ذكرت فيما سبق أن العقود اللازمة هي العقود التي لا يجوز لأحد العاقدين فسخها دون رضا الطرف الآخر ، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها^(١) فهذه العقود وأمثالها لا يجوز أن ينفرد أحد العاقدين بفسخها إلا برضا الطرف الآخر ، فهي لازمة بطبيعتها في حق المتعاقدين. ولكن بعض هذه العقود لا يحتاج إلى العاقدين وأهليتهما^(٢) بعد انعقادها ، ولا سيما العقود الفورية ، إذ إن المقصود من إبرامها قد حقق الغرض المرجو منه بالإيجاب والقبول ، وحصول كل من المتعاقدين على حقه في العقد ، لذا فإن موت أحد العاقدين أو كليهما ، لا يؤثر في انفساخها بعد تمامها ، كعقد البيع ، فإنه لا يفسخ بموت البائع أو المشتري بعد ما تم العقد بينهما ، إذ إن المشتري قد تملك المبيع والبائع تملك الثمن فور إنشاء العقد ، وذلك إذا كان العقد خالياً من الخيار ؛ لأن العقد الفوري كالبيع ونحوه تثبت جميع آثاره جملة واحدة بمجرد انعقاده ، فبقاء العاقد بعد ذلك وموته سواء ، إذ إن وراثته تقوم مقامه بعد موته في مثل هذه العقود^(٣) .

بخلاف عقد النكاح الذي ينتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأن الهدف المرجو منه هو دوام العشرة الزوجية ، وقد زالت بالموت ، فزال معه عقدها ، قال ابن نجيم : « وبالموت ينتهي النكاح »^(٤) .

أما عقود المدة اللازمة بطبيعتها والتي تتوقف آثارها على مرور الزمن ، كعقد الإجارة ،

(١) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيني ٤/٣١٨٩ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٩٣ .

(٢) - ويقصد بالأهلية في الاصطلاح الفقهي : صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، ولصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً . (شرح التلويح على التوضيح : التفنيزاتي ٢/٣٢٥) . أو هي تلك الصفة التي يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي . (المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢/٧٨٣) .

(٣) - انظر ، المدخل الفقهي العام : الأستاذ مصطفى الزرقا ١/٥٩٦ .

(٤) - البحر الرائق : ٣/١٥٣ ، وانظر ، المعنى : ٤/٢١٠ .

فإن الفقهاء قد اختلفوا في موت أحد العاقدين أو كليهما فيما إذا كان له أثر في انفساخ العقد :
فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١) إلى أن موت أحد العاقدين أو كليهما لا يؤثر في انفساخ عقد الإجارة ؛ لأنه عقد لازم بطبيعته ، فلا يفسخ بالموت ، كعقد البيع ، ويستمر إلى انقضاء المدة المحددة له ويخلف المؤجر أو المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة .

قال الخطيب الشربيني : « لا تنفسخ الإجارة بموت العاقدين أو أحدهما بل تبقى إلى انقضاء المدة ؛ لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بالموت كالبيع ، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة . »^(٢)

وقال البيهوتي أيضاً : « ولا تنفسخ الإجارة بموت المكري وموت المكثري معاً أو بموت أحدهما ؛ لأنها عقد لازم فلم يفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه . »^(٣) وهذا أيضاً ما أوضحه ابن رشد بقوله : « لا يفسخ - عقد الإجارة - ويورث عقد الكراء وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين . أصله البيع »^(٤)

وتجدر الإشارة إلى أن القول بعدم انفساخ عقد الإجارة بموت أحد العاقدين عند الجمهور ليس على إطلاقه ، فقد صرحوا بانفساخ عقد الإجارة حال موت الأجير المعين وموت المرضعة^(٥) . قال الخطيب الشربيني : « وإنما انفسخت - الإجارة - بموت الأجير المعين لأنه مورد العقد ، لا لأنه عاقد »^(٦) .

أما الحنفية^(٧) فقالوا : إن عقد الإجارة يفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما إن عقدها لنفسه ؛ لأنها عقد على المنافع ، فهي إذا تتعد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً ، وعند الموت تبقى المنفعة بدون عاقد ، بمعنى أنها تتعدم لانعدام مالكتها بالموت ، وعندئذ لا تكون من ملكه ، وما لم يملكه يستحيل توريثه ؛ لأن الإرث يجري في الموجود المملوك .

يقول الكاساني : « لأنه من وقع له - الموت - إن كان هو المؤجر فالعقد يقتضي استيفاء

(١) - انظر ، بداية المجتهد : ١٧٣ / ٢ - ١٧٤ ، التاج والاكمل : ٤١٨ / ٤ ، مغني المحتاج : ٣٥٦ / ٢ ، الوسيط : ٤١ / ٧ ، روضة الطالبين : ٢٤٥ / ٥ ، المغني : ٢٧١ / ٥ ، كشاف القناع : ٢٩ / ٤ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : ٦٦٠ / ٣ ، الروض المربع : ٣٢٠ / ٢ ، الكافي : ٣١٩ / ٢

(٢) - مغني المحتاج : ٣٥٦ / ٢

(٣) - كشاف القناع : ٢٩ / ٤

(٤) - بداية المجتهد : ١٧٣ / ٢ - ١٧٤

(٥) - انظر ، التاج والاكمل : أبو عبد الله العبدري : ٤٣٢ / ٥ ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني : ٣٥٦ / ٢ ، روضة الطالبين : ٢٤٥ / ٥ ، المغني : ابن قدامة / ٥ - ٢٩٠ ، الإصناف : المرادوي : ٦١ / ٩

(٦) - مغني المحتاج : ٣٥٦ / ٢

(٧) - انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني : ٢٢٢ / ٤ ، نيين الحفائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي : ١٤٤ / ٥ ، لبحر الرائق : ٤١ / ٨ ، مجمع الأهرار في شرح ملتقى الأبحر : ٤٠١ / ٢ ، الفقه الإسلامي وأصله : د. وهبه الزحيلي : ٧٨١ / ٤

المنافع من ملكه ؛ ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره ؛ وهذا خلاف مقتضى العقد ، وإن كان هو المستأجر فالعقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله ، ولو بقينا العقد بعد موته لاستحققت الأجرة من مال غيره وهو خلاف موجب العقد .^(١)

وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل ونحوه ثم مات ، فإن عقد الإجارة عندئذ لا يفسخ ؛ لأن العقد لم يقع له ؛ وإنما هو مجرد عاقد ؛ ولأن ذلك لا يقتضي استحقاق المنافع ولا استحقاق الأجرة من ملك العاقد ، فإبقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن أصل الخلاف بين الجمهور والحنفية يعود إلى تكييف الإجارة في نقل المنافع ، فقد ذهب الجمهور إلى أن المنافع إذا تمت وكانت على مدة ، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى تلك المدة ، ويكون حدوثها على ملكه ، وأما المؤجر فإنه يملك الأجرة أيضاً بمجرد العقد إذا أطلق ، ولم يشترط المستأجر أجلاً ، وذلك كملك البائع للثمن بالبيع وهذا عند الشافعية والحنابلة^(٣) .

أما المالكية فقالوا : إن المؤجر لا يملك الأجرة بالعقد فلا يستحق المطالبة بها إلا جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع إلا أن يشترط تعجيلها أو يكون هناك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضاً معيناً^(٤) .

وبناء عليه قالوا : لا يفسخ العقد بعد تمامه وقبل انقضاء المدة فيما إذا مات أحد العاقدين أو كليهما ويقوم الورثة مقام المتوفى^(٥) .

وأما الحنفية فبينوا أن المنافع لا يملكها المستأجر بالعقد ؛ لأنها معدومة فهي تحدث شيئاً فشيئاً ، والأجرة لا تستحق إلا باستيفاء المنفعة ، أو اشتراط التعجيل ، فهي عقد معاوضة ، والمساواة فيه تقتضي استيفاء الأجرة عند استيفاء المنفعة ، فإذا استوفى المستأجر المنفعة استحق المؤجر الأجرة ؛ عملاً بمبدأ المساواة في الإسلام^(٦) .

وناقش الجمهور الحنفية في تملك المنافع ، فقالوا : إن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجزها ، صار المستأجر مالكا للتصرف فيها ، كما كان يملكه المؤجر ، فثبت

(١) - بدائع الصنعة : الكسائي ٢٢٢/٤

(٢) - بدائع الصنعة : الكسائي ٢٢٢/٤ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ١٤٤/٥ «دارالكتاب الإسلامي» ، البحر الرائق : ٨ / ٤١ ، مجمع الأنهر

في شرح ملئى الأبحر ٢ / ٤٠١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٧٨١

(٣) - انظر ، المجموع : النووي ٦ / ٢١ ، المغني : ابن قدامة ٥ / ٢٥٦ .

(٤) - بداية المجتهد : ابن رشد ٢ / ١٧٢

(٥) - انظر ، بداية المجتهد : ٢ / ١٧٣ - ١٧٤ ، التاج والاكلیل : ٤ / ٤١٨ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣٥٦ ، الوسيط : ٧ / ٤١ ، روضة الطالبين : ٥ / ٢٤٥ ،

المغني : ٥ / ٢٧١ ، كشف القناع : ٤ / ٢٩ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٣ / ٦٦٠ ، الروض المربع : ٢ / ٣٢٠ ، الكافي : ٢ / ٣١٩

(٦) - انظر ، تحفة الفقهاء : ٢ / ٣٤٧ - ٣٤٨ ، العناية شرح الهداية : ٩ / ١٤٧ ، مجمع الأنهر في شرح ملئى الأبحر : ٢ / ٤٠١ - ٤٠٢

أنها كانت مملوكة لمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر .

ورد الجمهور أيضاً على قول الحنفية : إن المنافع معدومة بقولهم : إن المنافع مقدرة الوجود ؛ لأنها جعلت مورداً للعقد ، والعقد لا يرد إلا على موجود^(١) .

ولكنني أرجح رأي الجمهور في وجوب عدم انفساخ عقد الإجارة من تلقاء نفسه حال موت المؤجر أو المستأجر ؛ لأن الانفساخ بسبب الموت قد يسبب ضرراً يلحق الورثة أو بعضهم ، والمصلحة اليوم تقتضي استمرار العقد إلى انقضاء المدة رفعا للضرر الذي قد ينجم عن الانفساخ ، وتحقيقاً للتعاون الذي أمر به الإسلام .

لكن لو تمخض على هذا القول ضرر معاكس يلحق الورثة حال إبقاء العقد دون انفساخ عند موت أحد العاقدين أو كليهما ، فإنني أرجح رأي الحنفية تماشياً مع روح التشريع الإسلامي الذي يسعى إلى تحقيق التوازن بين الطرفين ، وإلى تخفيف الضرر عنهم قدر الإمكان ، وهذا ما يؤيده علي حيدر بقوله : ((وقد يتولد من انفساخ الإجارة بوفاء أحد العاقدين أضرار جمة . كما لو استأجر تاجر عمارة كبيرة من آخر بخمسة آلاف جنيه وبعد أن استلمها وأتم لوازمه فيها ، وشرع في معاطاة أشغاله ، توفي المؤجر فإذا لم يوافق وارث المؤجر على تجديد الإجارة ، فقد يلحق المستأجر بإخلاء تلك العمارة ضرر جسيم . كذلك لو فرضنا في هذه المسألة بقاء الإجارة مع وفاة المستأجر ، ولم يكن له من وارث يمكنه إدارة أمور التجارة كان يكون ولداً رضيعاً فإن إعطاء ذلك البديل العظيم في هذه الحال ضرر كبير أيضاً))^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية الذين يقولون : بانفساخ عقد الإجارة بالموت — كما أشرت — لا يقولون به حال الجنون ، فقد جاء في الفتاوى الهندية في معرض الحديث عن فسخ الإجارة بعذر : ((لا تبطل الإجارة بجنون الأجر أو المستأجر والعياذ بالله ، وإذا ارتد الأجر أو المستأجر ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت الإجارة ، وإن عاد مسلماً إلى دار الإسلام في مدة الإجارة عادت الإجارة))^(٣) .

ولعل السبب في ذلك مع أن كلا منهما مزيل لأهلية التصرف ، إلا أن الموت ناقل للملكية فلو أبقينا العقد لاستوفيت المنافع أو الأجرة من ملك الغير ، وهذا خلاف مقتضى العقد ، لذا قالوا بالفسخ ، بخلاف الجنون الذي لا يعد ناقلاً للملكية ؛ لبقاء استيفاء المنفعة أو الأجرة من ملك العاقدين^(٤) .

(١) - المعنى : ابن قدامة ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٢) - درر الحكام شرح مجلة الأحكام : علي حيدر ٤٩١/١ .

(٣) - الفتاوى الهندية : ٤٦٣/٤ .

(٤) - بدائع الصنائع : ٢٢٢/٤ .

المطلب الثاني : أثر الموت في انفساخ العقود الجائزة :

ويراد بالعقود غير اللازمة هنا - أو ما يسمى بالعقود الجائزة - : هي كل عقد يملك كلٌ من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الطرف الآخر ؛ عملاً بطبيعة العقد نفسه ، كالوكالة والإعارة والإيداع^(١) .

وفيما يأتي أثر الموت في انفساخ هذه العقود :

اتفق الفقهاء^(٢) على أن هذه العقود تنفسخ من تلقاء نفسها بموت أحد العاقدين أو كليهما لأنها جائزة في حقهما ، فيجوز لكل واحد منهما فسخها في حياته متى شاء دون رضا الطرف الآخر ، فإذا مات أحد المتعاقدين أو كليهما فقد العقد استمراريته ؛ لانتفاء رغبة العاقد وانتهاء إرادته التي تعطي العقد استمرارية الوجود . وهذا ما أوضحه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : ((وتنفسخ الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين ؛ لأن هذه العقود تنشئ التزامات عملية ذات آثار متجددة فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل))^(٣) . وقال مصطفى الرحيباني^(٤) : ((الوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والجمالة تبطل بموت أحد المتعاقدين ؛ لأنها تعتمد الحياة))^(٥) .

* - تطبيقات على الانفساخ بالموت في العقود غير اللازمة :

١- عقد العارية : اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٦) على أن عقد العارية يفسخ بموت المعير أو المستعير .

فقال الحنفية : لأن العارية عقد على المنافع التي تحدث شيئاً فشيئاً ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها ، ولا يمكن ذلك بعد موت أحد العاقدين^(٧) .

(١)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبه الزحيلي ٣١٨٩/٤ ، المدخل الفقهي العام : الأستاذ مصطفى الزرقا ٥٩٤/١ - ٥٩٥ .

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٧٨/٦ ، المبسوط : السرخسي ٥٦/١٢ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ٣٤١/٢ - ٣٦٨/٣ - ٦٤٣ وما بعدها ، الصاوي على الشرح الصغير : ٥٢٣/٣ ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب : ٨٦/٣ ، مفتي المحتاج : الخطيب الشربيني ٣١٩/٢ ، المقسي : ١٤/٥ ، منار السبيل : ٣٦٧/١ ، دليل الطالب : ١٣٤/١ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : مصطفى الرحيباني ٤٥٣/٣ - ٣٨٧/٣ .

(٣)- المدخل الفقهي العام : الأستاذ مصطفى الزرقا ٥٩٦ / ١ ق ٣/٤٥ .

(٤)- الرحيباني (١١٦٠ - ١٢٤٣) مصطفى بن سعد بن عبيد السبوي شهرة ، الرحيباني مولدًا ثم دمشقي ، كان مفتي الحنابلة بدمشق ، ولد في قرية الرحيبة (من أعمالها) وتلقه واشتهر وولي فتوى الحنابلة سنة ١٢١٢ ، وتوفي بدمشق ، له مؤلفات ، منها (مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى) (الأعلام للزركلي : ٧ / ٢٣٤) .

(٥)- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٤٥٣/٣ .

(٦)- انظر ، بدائع الصنائع : الكاساني ٣٨٧ / ٧ ، المبسوط : السرخسي ١٤٣/١١ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : الرملي ١٣٠ / ٥ ، منار السبيل : ٣٦٧/١ .

(٧)- انظر ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٨٤/٥ ، وانظر : المبسوط : السرخسي ١٤٣/١١ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : شيخ زاده ٣٤٧/٢ .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : لأن العارية إباحة المنفعة وهي تحتاج إلى الإذن باستمرار وقد انتهى بموت العاقد . لذا فإنها تنفسخ بالموت .
وأما المالكية^(٢) فالعارية عندهم لا تنفسخ بموت المعير أو المستعير إذا كانت مقيدة بعمل كطحن إردب^(٣) ، أو حمله لكذا ، أو بأجل كأربعة أيام ، أو أقل ، أو أكثر ، وتستمر إلى انقضاء المدة ، وإذا كانت مطلقة غير مقيدة فلا تنفسخ أيضاً في العمل والزمن المعتاد ، وإلا انفسخت .

٢- عقد الوكالة :

اتفق الفقهاء^(٤) على أن عقد الوكالة ينفسخ أيضاً بموت الوكيل أو الموكل ؛ لأنها عقد جائز من الطرفين ، فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه ؛ لأنه مأذون له في التصرف ، فكان لكل واحد منهما حق إبطاله ، والموت في حكم العزل ؛ لأن موت الوكيل سبب في زوال أهليته للتصرف ، وموت الموكل سبب لزوال صلاحيته بتفويض الوكيل . وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط في انفساخ الوكالة عند جمهور الفقهاء علم الوكيل بموت الموكل باستثناء بعض المالكية ، ورواية عند الحنابلة ، فقد جاء في حاشية الدسوقي :
« وانعزل الوكيل مفوضاً أم لا بموت موكله ؛ لأنه نائب عنه في ماله ، وقد انتقل لورثته بموته ، فلا يلزمهم ما باع أو ابتاع بعده إن علم بموت موكله ، وإلا يعلم ، فتأويلان في عزله بمجرد الموت أو حتى يبلغه وهو الأرجح »^(٥) .
وقال ابن قدامة : « والرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله »^(٦) .

(١) - انظر ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : الرملي ١٣٠/٥ ، المغني : ابن قدامة ١٣٢/٥ .

(٢) - انظر ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٥٧٧/٣ ، التاج والأكثيل : ٣٠١/٧ ، شرح مختصر خليل : الخرشى ١٢٣/٦

(٣) - الإردب : كسيل معروف بمصر نقله الأزهري وابن فارس والجوهري وغيرهم وهو أربعة وستون مداً وذلك أربعة وعشرون صاعاً بصاع النبي صلى الله عليه وسلم قاله الأزهري ، والجمع أرداب . (المصباح المنير : ٢٢٤) .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : الكلساني ٣٨/٦ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ٢٨٧/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٣٩٦ ، بداية المجتهد : ابن رشد ٢٢٧/٢ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : الرملي ٥٥/٥ ، مغني المحتاج : الخطيب الشربيني ٣ / ٢٥٨ ، المغني : ابن قدامة ٧١/٥ ، كشف القناع عن متن الإقناع : البيهوتي ٤٦٨/٣

(٥) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٩٦/٣

(٦) - المغني : ابن قدامة ٧١/٥

المطلب الثالث : أثر الموت في انفساخ العقود اللازمة من جانب واحد :

العقود اللازمة من جانب أحد العاقدين والجائزة من جانب العاقد الآخر تتمثل في عقدي الكفالة والرهن ، فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل ، غير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن والمكفول له ؛ لأن العقد لمصلحتهما الشخصية توثيقاً للحق ، فلهما التنازل عنه ، أي أن العقد يفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه ، وهو المرتهن والمكفول له^(١) .

وفيما يأتي أثر الموت في انفساخ هذين العقدين :

أولاً- أثر الموت في انفساخ عقد الكفالة :

اتفق الفقهاء^(٢) على أنه لا أثر للموت في انفساخ كفالة الدين ، فموت الكفيل أو المكفول لا يمنع من المطالبة بالدين من ورثة المتوفى منهما ، وفي حالة موتها يخير الطالب أو المكفول له في تحصيل ماله من أي التركتين ، قال ابن عابدين : « أما الكفيل بالمال فلا تبطل - أي الكفالة - بموته ؛ لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالاً ، فلو مؤجلاً فلا رجوع حتى يحل الأجل »^(٣) .

أما الكفالة بالنفس تنفسخ بموت الأصيل المكفول بنفسه للعجز عن إحضاره ، وبموت الكفيل أيضاً ؛ لأنه لم يعد قادراً على تسليم المكفول بنفسه بخلاف الكفيل بالمال^(٤) . قال النووي : « ومن قال بتغريم الكفيل عند موت الأصيل لم يصححها ؛ لأنه إذا مات انفسخ العقد وسقط الحق »^(٥) .

وأما موت المكفول له لا أثر له على العقد ؛ لانتقال حقه إلى ورثته في المطالبة سواء أكان العقد كفالة دين أم كفالة نفس ، قال البابرتي : « ولو مات المكفول له ، فلو وصي أن يطالب الكفيل ، فإن لم يكن فلورثته ؛ لقيامه مقام الميت »^(٦) .

ثانياً - أثر الموت في انفساخ عقد الرهن :

ميز الفقهاء في تأثير الموت على انفساخ عقد الرهن بين حالتي قبض وعدمه ، فاتفقوا^(٧) على أن عقد الرهن لا يفسخ بموت الراهن ، أو المرتهن بعد قبض المرهون ، إذ يقوم الورثة

(١)- الفقه الإسلامي وفتاؤه : د. وهبه الزحيلي ٣١٩١/٤ .

(٢)- انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٢٩٢/٦ ، العلية شرح الهداية : ١٧٠/٧-١٧١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٣٧/٣-٣٣٨ ، بداية المجتهد : ٢٢٢/٢ ، روضة الطالبين : ٢٥٩/٤-٢٦٤ ، كشف القناع : ٣٧٩/٣ ، المغني : ٣٦١/٤-٣٦٢ .

(٣)- رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٢٩٢/٦ .

(٤)- الفقه الإسلامي وفتاؤه : د. وهبه الزحيلي ٢٧٨/٤ .

(٥)- روضة الطالبين : ٢٥٩/٤ .

(٦)- العلية شرح الهداية : ١٧٠/٧ .

(٧)- انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ٥٢٠/٦ ، العلية شرح الهداية : ١٧٠/٧-١٧١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٣٧/٣-٣٣٨ ، بداية المجتهد : ٢٢٢/٢ ، تحفة المحتاج إلى شرح المنهاج : ٧٠/٥-٧١ ، شرح منتهى الإرادات : ١٠٨/٢ ، كشف القناع : ٣٢٢/٣ .

مقام المستوفى منهما في استيفاء الحق أو رده ، قال الحصكفي : ((لا يبطل^(١) الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتين ولا بموتيهما ويبقى الرهن رهناً عند الورثة))^(٢) .
واختلفوا في انفساخه بالموت قبل القبض إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : وهو مذهب الحنفية ورواية عند الشافعية^(٣) الذين قالوا : إن عقد الرهن يفسخ بموت أحد العاقدين قبل قبض المرهون ، باعتباره عقداً غير لازم قبل القبض .

القول الثاني : وهو مذهب المالكية^(٤) الذين يرون بلزوم الرهن بمجرد العقد ، إذ يجبر الراهن على الإقباض ، إلا أن يتراخي عن المطالبة ، وعلى ذلك فلا يفسخ العقد بموت المرتين وتقوم ورثته مقامه في المطالبة بالدين وقبض المرهون ، بخلاف موت الراهن أو فلسه قبل حوز الرهن ، إذ يفسخ العقد بهما .

القول الثالث : وهو مذهب الحنابلة والأصح عند الشافعية^(٥) الذين يرون عدم انفساخ العقد بموت أحد العاقدين ؛ لأن مصير الرهن إلى اللزوم فلا يتأثر بموت أي من العاقدين ، فأشبهه البيع في مدة الخيار ، فإن مات المرتين قام وارثه مقامه في القبض ، ولكن إن مات الراهن لم يلزم ورثته الإقباض . قال البهوتي : ((وإن مات أحدهما قام وارثه مقامه في التقبيل والقبض كسائر حقوقه ، فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقبيليه أي الرهن ، لأنه لا يلزم مورثهم إن أرادوا إقباضه))^(٦) .

وسبب خلاف الفقهاء في أثر الموت على انفساخ عقد الرهن عائد إلى خلافهم في اعتبار القبض شرط لزوم أم شرط تمام ، فمن قال : إنه شرط لزوم ، قال : ما لم يقع القبض ، لم يلزم الراهن بالرهن وله أن يرجع عن العقد ومن قال : شرط تمام ، قال : يلزم الرهن بالعقد ، ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخي المرتين عن المطالبة حتى يفسد الراهن أو يمرض أو يموت^(٧) .

وخلاصة القول : إن تغيير الأهلية بالموت ونحوه لا يؤثر على العقود الفورية ، لذا لا تنفسخ حال موت أحد العاقدين أو كليهما ، بخلاف العقود المستمرة عند الحنفية دون الجمهور الذين اتفقوا من حيث الجملة على القول بانفساخ العقود غير اللازمة بالموت .

أما العقود اللازمة لطرف دون آخر ، فقد اتفقوا فيها أيضاً على أنه لا أثر للموت في انفساخ عقد الكفالة ، بينما ميزوا في الرهن بين القبض وعدمه فاتفقوا على عدم الانفساخ بعد القبض ، واختلفوا قبله بناء على اختلافهم أنه شرط تمام أم شرط صحة .

(١) - لا يبطل : بمعنى لا يفسخ ، إذ إن أغلب استعمالات الفقهاء لفظ البطلان بمعنى الانفساخ ؛ لأنه لا يرد إلا على العقد المنقذ كما سبق واشترت إلى ذلك .

(٢) - الدر المختار : الحصكفي ٥٢٠ / ٦ .

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار ٥٢٠ / ٦ وما بعدها ، بدائع الصنائع : ١٥٦ / ٦ ، مغني المحتاج : ١٧٧ / ٢ ، الوسيط ٤٩٠ / ٣ - ٤٩١ .

(٤) - انظر ، بداية المجتهد : ٢٠٦ / ٢ .

(٥) - انظر ، مغني المحتاج ١٧٧ / ٢ ، الوسيط ٤٩٠ / ٣ - ٤٩١ ، روضة الطالبين : ٣٧٥ / ٥ ، الفروع : ٢٣٣ / ٤ ، كشف القناع : ٣٣٢ / ٣ .

(٦) - كشف القناع : ٣٣٢ / ٣ .

(٧) - انظر ، بداية المجتهد : ٢٠٦ / ٢ .

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ

غالباً ما ينشأ الانفساخ نتيجة استحالة التنفيذ استحالة ناجمة عن آفة سماوية^(١) ، تؤدي دورها في أغلب الأحيان إلى تلف المعقود عليه أو هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً ، أو استحالة ناشئة عن خطأ أحد المتعاقدين أو من شخص ثالث ، فقد أشار السرخسي إلى هلاك المعقود عليه كسبب من أسباب الانفساخ ، فقال : « موجب انفساخ العقد كهلاك البيع »^(٢) .
وفيما يأتي سافصل القول في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انفساخ العقد وذلك في
المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الانفساخ لاستحالة التنفيذ بالآفة السماوية .

المطلب الثاني : الانفساخ لاستحالة التنفيذ الناشئة عن فعل الملتزم^(٣) أو غيره .

(١) - الآفة السماوية : هي كل ما يصيب المعقود عليه فيهلكه هلاكاً كلياً أو جزئياً ، مثل البرد والقحط والعطش والعفن ونحوها مما لا صنع لآدمي فيها ، وغالباً ما يطلق الفقهاء على الآفة السماوية اسم الجائحة . (انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د . وهبه الزحيلي ٤ / ٣٠٣) .

(٢) - المبسوط : السرخسي ٧ / ٢٠٨ .

(٣) - ويقصد بالملتزم : أحد المتعاقدين .

الانفساخ لاستحالة التنفيذ بالآفة السماوية

إن الآفة السماوية لها أثر في انفساخ العقد نتيجة ما تحدثه من تلف للمعقود عليه تلفاً كلياً أو جزئياً ، ونلمس القول بهذا الأثر في نصوص الفقهاء عند حديثهم عن هلاك محل العقد بجائحة أو آفة سماوية ، إذ يعتبرون العقد عندها منفسخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تراض أو تقاض ، لذا قالوا : بأن العقد ((يفسخ)) ولم يقولوا : ((يُفسخ)) ؛ لأن الفسخ - كما أشرت فيما سبق - قلب كل واحد من العوضين لصاحبه ، فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم ، والثاني صفة العوضين ، فالأول سبب شرعي ، والثاني حكم شرعي^(١) . وفيما يأتي أثر استحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه بالآفة السماوية في انفساخ العقد ، وهنا نميز نوعين من العقود :

١- العقود الفورية^(٢) :

اتفق الفقهاء^(٣) على أنه لا تنفسخ العقود الفورية حال تلف المعقود عليه أو هلاكه بالآفة السماوية بعد القبض ، وفي ذلك يقول الكرابيسي^(٤) : ((تلف المبيع بعد القبض لا يوجب انفساخ العقد))^(٥) ؛ لأن المعقود عليه قد انتقل بالقبض إلى ملك المشتري ، والمالك هو الذي يتحمل تبعه الهلاك .

أما هلاك المبيع^(٦) قبل القبض فقد فصل الفقهاء فيه القول :

أ- صرح الحنفية والشافعية^(٧) بانفساخ البيع إذا تلف المبيع قبل القبض ، قال السمرقندي : ((ولو هلك المبيع قبل التسليم ، فالهالك على البائع ، يعني يسقط الثمن وينفسخ العقد))^(٨)

(١)- انظر ، بدائع الصناعات : ٢٣٨/٥ ، أنوار البروق في أنواع الفروع : القرافي ١٠٥٨/٣ ، كشف القناع : ٢٤٣/٣ .

(٢)- العقود الفورية : وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان ، كالبيع ولو بشمن مؤجل والصلح والقرض والهبة فإن تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوغه العقد استيفاءه يتم وتنقضي به الالتزامات في آن واحد . ((المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٦٤٤/١ ف١٤/٤٧

(٣)- انظر ، بدائع الصناعات : الكاساني ٢٤١/٥ - حاشية الدسوقي ١٤/٣ - المهذب : الشيرازي ٢٦٢/١ - مقني المحتاج : الخطيب الشربيني ٩٢/٢ - كشف القناع : البهوتي ٢٠٩/٣ - ٢١٠ - المقني : ابن قدامة ٨/٤

(٤)- الكرابيسي (ت ٥٧٠) أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكرابيسي التيسابوري: فقيه حنفي أديب ، نسبته إلى بيع الكرايس، وهي الثياب . من تصانيفه : الفروع (الأعلام للزركلي : ١ / ٣٠١) .

(٥)- الفروع : الكرابيسي ٧٥/٢ «وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط ١» .

(٦)- عقد البيع كمثل على العقود الفورية .

(٧)- انظر : تحفة الفقهاء : السمرقندي ٤١/٢ - بدائع الصناعات : الكاساني ٢٩٨/٥ - التنبيه : الشيرازي ٨٧/١ - قواعد الأحكام في مصالح الأئام : العز بن عبد السلام ٩٧/٢ - مقني المحتاج : ٣٥٦ / ٢

(٨)- تحفة الفقهاء : السمرقندي ٤١/٢

ومثله ما قاله الكاساني : ((فإن هلك كله - المبيع - قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع))^(١) وقال العز بن عبد السلام أيضاً : ((إذا تلف المبيع قبل القبض فإن البيع ينفسخ بالتلف))^(٢) .
 ب - أما المالكية والحنابلة^(٣) فقد ذهبوا إلى أن البيع ينفسخ قبل القبض أيضاً إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ، بخلاف ما إذا كان المبيع مما لا يوزن ولا يكال ولا يعد ، فإن العقد لا ينفسخ حال هلاكه هلاكاً كلياً .
 قال البهوتي : ((وينفسخ العقد فيما تلف بأفة سماوية مما يبيع بكيل أو نحوه قبل قبضه سواء كان التالف الكل أو البعض ؛ لأنه من ضمان بائعه))^(٤) .

والسبب في انفساخ العقد هنا هو استحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه ، إذ لو بقي العقد لوجب مطالبة المشتري بالثمن وإذا طوّل بالثمن ، فإنه يطالب بدوره بتسليم المبيع ، وإنه عاجز عن التسليم ، فتمتنع المطالبة أصلاً ، فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري ؛ لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل ، وجعله كأن لم يكن ، وكذا إذا هلك بفعل المبيع بأن كان حيواناً فقتل نفسه ؛ لأن فعله على نفسه هدر فكأنه هلك بأفة سماوية^(٥) .

٢- العقود المستمرة^(٦) :

اتفق الفقهاء^(٧) على أن هذه العقود تنفسخ بهلاك المعقود عليه هلاكاً كلياً سواء أكان ذلك قبل التسليم أم بعده ؛ لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بسبب فوات المعقود عليه ، وفي الهلاك الجزئي يصبح العقد قابلاً للفسخ . ففي عقد الإجارة مثلاً ينفسخ بتلف العين المستأجرة ، سواء أكان التلف قبل القبض أم بعده ولكن قبل مضي مدة يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة ، عندئذ ينفسخ العقد من أصله ويسقط الأجر . أما إن كان التلف بعد مضي شيء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر

(١) - بدائع الصنائع : ٢٣٩/٥

(٢) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام : لعز بن عبد السلام ٩٧/٢

(٣) - انظر ، حاشية الدسوقي : ١٤٧/٣ - بداية المجتهد : ابن رشد ١٣٩/٢ - كشاف القناع : البهوتي ٢٠٩-٢١٠ - المغني : ٨٩ / ٤

(٤) - كشاف القناع : البهوتي ٢٤٢ / ٣

(٥) - بدائع الصنائع : ٢٣٨/٥

(٦) - العقود المستمرة : وهي التي يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها . ولذلك تسمى عقوداً زمنية وذلك كالإجارة والإعارة وشركة العقد والوكالة . (المدخل الفقهي : للأستاذ مصطفى الزرقا ١/٦٤٤) .

(٧) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٢٣/٤ ، التاج والإكليل : ٤٣٢/٥ ، مغني المحتاج : ٣٤٨/٢ ، المهذب : ٤٠٥/١ ، المبدع : ١٠٢/٥ ،

المغني : ٢٦٢/٥ - ٢٦٣

ما استوفى من المنفعة^(١) .

وفي إجارة الدواب نص الفقهاء أيضاً على أنه إذا كانت العين المستأجرة دابة بعينها فماتت تنفسخ الإجارة بموتها ؛ لفوات محل العقد ، أما إذا لم تكن معينة فعلى المؤجر أن يأتي بغيرها من الدواب ، ولا يفسخ عقد الإجارة عندئذ ؛ لأنه وقع على منافع في الذمة ، وتسليم العين للمستأجر لتقوم مقام ما في ذمة المؤجر ، فإذا هلكت بقي ما في الذمة بحاله ، فكان عليه أن يعين غيرها للمستأجر^(٢) .

وبناء عليه يمكن القول : إن عقد الإجارة يفسخ من تلقاء نفسه بفوات منفعة المعقود عليه بسبب طارئ غير إرادي ، كمن استأجر داراً فهدمت ، أو أصبحت غير صالحة للسكن ، أو أرضاً غرقت أو انقطع ماؤها ، أو سيارة تلفت ، سواء بقي فيها نفع لغير المقصود منه ، أو لم يبق فيها نفع أصلاً ؛ لأن المنفعة المقصودة ، والتي وقع عليها العقد ، قد تلفت . وكذلك عقود الشركة والمضاربة والعارية والوكالة من العقود المستمرة والتي تنفسخ لاستحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه أو هلاكه^(٣) .

أما عن أثر الأفة السماوية في هلاك جزء من المعقود عليه في انفساخ العقد ، فقد أشار الفقهاء^(٤) إلى وقوعه في الجزء التالف إن كان محل العقد ذا أجزاء يتوسط عليها الثمن ، وهذا ما أوضحه الكاساني بقوله : ((فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع ، وسقوط الثمن بقدره ، والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك ؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه))^(٥) .

وأما إذ لم يكن المعقود عليه ذا أجزاء يتوسط عليها الثمن بأن يكون ذلك الجزء التالف أوصافاً لا يقابلها عوض في العادة كالجودة في المكيل والموزون وكأطراف الحيوان ونحوه ، فإن العقد لا يفسخ ، وللمشتري الحق في فسخ العقد أو طلب التنفيذ العيني مع دفع الثمن المتفق عليه كاملاً ، إلا أن طلب الفسخ لا يكون استناداً إلى استحالة التنفيذ بل عملاً بخيار تفرق الصفقة الناجمة عن الهلاك الجزئي^(٦) .

(١) - انظر ، المعني : ٢٦٢ / ٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٥٠ / ٤

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٢٣ / ٤ .

(٣) - انظر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٣٦٧ / ٣ - ٣٦٩ ، المعني : ابن قدامة ٧٣ / ٥ ، كشاف القناع : البهوتي ٤٦٩ / ٣

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٣٩ / ٥ - ٢٤٠ ، كشاف القناع : ٢٤٣ / ٣ ، المعني : ٨٩ / ٤ ، القواعد : ابن رجب ١٠٧ وما بعدها .

(٥) - بدائع الصنائع : ٢٣٩ / ٥

(٦) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٤٠ / ٥ ، النظرية العامة لتفويض : د. زنون ٩٠ - ٩١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي

٣١٥١ / ٤

المطلب الثاني

الانفساخ لاستحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه بفعل أحد المتعاقدين أو غيرهما

ذكر فقهاؤنا أن المعقود عليه قد يهلك بفعل أحد المتعاقدين أو بفعل أجنبي هلاكاً يؤدي إلى انفساخ العقد في بعض الأحيان نتيجة استحالة التنفيذ ، إذ يصبح الالتزام عندئذ بلا سبب ، وفيما يأتي سأتناول عقد البيع مثالا على ذلك بالتفصيل الآتي :

أولاً - تلف المعقود عليه بفعل البائع :

اختلف الفقهاء في حالة هلاك المبيع بفعل البائع في أثره على العقد إلى ثلاثة مذاهب :
المذهب الأول : وهو قول الحنفية والمعتمد عند الشافعية^(١) ، إنه إذا هلك المبيع بفعل البائع انفسخ العقد ، واقتصر حق المشتري على عدم دفع الثمن أو استرداده إن كان قد دفعه ؛ لأن المبيع مضمون في يد البائع بالثمن فلا يكون مضموناً بضمان آخر كالقيمة ، إذ إن المحل الواحد لا يقبل الضمانين ، لذا لا يجوز الجمع بين الفسخ وطلب التعويض ؛ لأن طلب التعويض يوجب وجود عقد ؛ لكونه وسيلة من وسائل التنفيذ ، فالحكم به لا ينسجم مع فكرة فسخ العقد التي اقتضاها هلاك المعقود عليه .

بخلاف الرهن فإن المضمون به على المرتهن معنى المرهون لا عينه ، بل عينه أمانة حتى كان كنفه ونفقته على الراهن ، والمضمون بالإتلاف عينه ، فأيجاب ضمان القيمة لا يؤدي إلى كون المحل الواحد مضموناً بالضمانين ؛ لاختلاف محل الضمان^(٢) .

المذهب الثاني : وهو رأي المالكية وقول عند الشافعية^(٣) ، الذين يرون أن العقد لا يفسخ بهلاك المبيع ، وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل ؛ لأنه أتلف مالا مملوكا للغير بغير إنيته فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه بعد القبض ، لا فرق بين هلاكه قبل

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٣٨/٥ ، المبسوط : السرخسي ٢٠٥/١٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥٦٠/٤ ، مغنى المحتاج : ٩١/٢ ، روضة الطالبين : ٥٠٠/٣ ، نهاية الزين : ٢٣٥/١ ، خيار الشرط في البيوع : عمر سليمان الأشقر ٥٨ .

(٢) - بدائع الصنائع : ٢٣٨/٥ .

(٣) - انظر ، منح الجليل شرح مختصر خليل : ٢٤٠/٥ ، مغنى المحتاج : ٩١/٢ .

القبض وبعده ، سوى أن المبيع قبل القبض في يده ، وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتين إذا أتلف المرهون في يده (١) .

قال المواق : ((إتلاف البائع والأجنبي لا يفسخ العقد ويوجب القيمة)) (٢) .

المذهب الثالث : وهو رأي الحنابلة ، وقول عند الشافعية الذي ترك للمشتري الخيار بين إمضاء العقد والمطالبة بالقيمة أو المثل ، وبين الفسخ وأخذ الثمن دون غيره عند هلاك محل العقد ، وأساس الخيار هو اجتماع سبب الانفساخ مع سبب الضمان ؛ لأن من أتلفه هو من يلزم بضمانه فاقترضى التخيير بينهما ؛ لعدم إمكان الجمع (٣) .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الفقهاء لا يجيزون الجمع بين الفسخ وطلب التعويض ، ولكنهم أشاروا إلى أن ما تلف بفعل البائع ما هو إلا نقض من جهته ، فالبعض قال : بالنقض عن طريق الفسخ وعدم دفع الثمن ، أو استرداده ، والبعض الآخر ، أبقى العقد وطالب بالقيمة أو المثل ، وما هذا إلا وجه من أوجه التعويض ، وفي كلتا الحالتين تحقيق لمبدأ العدالة التي ينشدها الإسلام ويسعى لتحقيقها بين الأفراد في معاملاتهم .

ثانياً - تلف المعقود عليه بفعل المشتري :

اتفق الفقهاء (٤) على أن العقد لا يفسخ فيما إذا تلف محله بفعل المشتري ؛ لأن الإتلاف كالبعض يسقط ضمان البائع ، ويلزم المشتري بدفع الثمن ؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه ، وهو معنى القبض ، فيتقرر عليه الثمن سواء كان البيع باتاً أم بشرط الخيار للمشتري ؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف ، فلا يمنع صحة القبض ، ولا يمنع تقرر الثمن على المشتري ، وإن كان البيع بشرط الخيار للبائع ، أو كان البيع فاسداً ، فعليه ضمان مثله إن كان مما له مثل ، وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته ؛ لأن خيار السبائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف ، فكان المبيع على حكم البائع ، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة ، وكذا المبيع بيعاً فاسداً مضموناً بالمثل أو القيمة (٥) .

(١) - انظر ، منح الجليل في شرح مختصر خليل : ٢٣٩/٥ ، انظر في تعطيل رأي المالكية : بدائع الصناعات : ٢٣٨/٥ ؛ لحي لم أجد في كتبهم تعليلاً صريحاً بوضع ذلك .

(٢) - منح الجليل في شرح مختصر خليل : ٢٤٠/٥

(٣) - انظر ، كشاف القناع : ٢٤٣/٣ ، وانظر ، المغني : ابن قدامة ٨٩/٤ ، مغني المحتاج : ٩١ / ٢ ، روضة الطالبين : ٥٠٠/٣

(٤) - انظر ، بدائع الصناعات : ٢٣٨/٥ - ٢٣٩ ، المبسوط : السرخسي ٤٩/١٣ ، حاشية ابن عابدين : ٥٦٠/٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٤١٦/٦ ، منح الجليل في شرح مختصر خليل : ٢٣٩/٥ ، مغني المحتاج : ٩٠ / ٢ ، روضة الطالبين : ٥٠٠/٣ ، منهاج الطالبين : النووي ٤٩/١ ، تحفة المحتاج

في شرح المنهاج : ٣٩٦/٤ ، المغني : ٨٩/٤ ، كشاف القناع : ٢٤٣/٣ ، الفقه الإسلامي وأصله : د. وهبه الزحيلي ٣١٩٣/٤

(٥) - بدائع الصناعات : ٢٣٨/٥ .

ثالثاً - تلف المعقود عليه بفعل أجنبي :

اتفق الفقهاء^(١) أيضاً على أن تلف المعقود عليه بفعل أجنبي يجعل للمشتري الخيار ، إن شاء فسخ البيع ، ويعود المبيع إلى ملك البائع ، فيتبع الجاني ، فيضمنه مثله إن كان من ذوات الأمثال ، وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال ، وإن شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبعه البائع بالثمن ؛ لأن المبيع قد تعين في ضمان البائع ؛ لأنه كان عينا فصار قيمة ، وتعين المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار^(٢) . قال البهوتي : « وإن أُلغى أي المبيع بكيل أو نحوه آدمي ، غير مشتر بائعا كان المتلف أو غيره أي غير البائع خَيْرَ مُشْتَرٍ بين الفسخ وأخذ الثمن الذي دفعه إن كان »^(٣) .

وخلاصة القول : إن استحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه ، أو هلاكه هلاكاً كلياً ، أو جزئياً بأفة سماوية سبب للانفساخ في العقود المستمرة ، والفورية قبل قبضها خلافاً لما بعده ، أما إن كان الهلاك بفعل الملتزم بالعقد ، أو أجنبي عنه ، فإن الفقهاء كما رأينا اتفقوا على عدم الانفساخ بهلاك المعقود عليه بفعل المشتري ، وعلى ترك الخيار في الفسخ أو قبول القيمة من خلال تتبع البائع أو الجاني ، واختلفوا إلى ثلاثة آراء بين الانفساخ وعدمه وإعطاء الخيار فيه للمشتري فيما إن كان الهلاك بفعل البائع .

إن الحديث عن استحالة التنفيذ كسبب للانفساخ يفرض تساؤلاً حول مسألة الغصب ، يتمثل في أنه : هل غصب محل العقد يأخذ حكم تلفه من حيث قابلية العقد للانفساخ به ؟ كونهما يشتركان في تقويت المنفعة على المالك .

إن غصب المعقود عليه يأخذ حكم تلفه من حيث قابلية العقد للانفساخ بهما أو عدمه ، فعلى سبيل المثال : في عقد الإجارة نجد الحنفية^(٤) قد صرحوا بانفساخ عقدها حال غصب العين المستأجرة خلافاً لقاض خان^(٥) الذي ذكر في فتاواه أنها لا تنفسخ ، فلو زال الغصب قبل نهاية المدة لا تعود الإجارة على المشهور عندهم لانفساخ عقدها ، وتعود عنده ، ويستوفى ما بقي من المدة .

أما المالكية^(٦) : فقد ذكروا أن الإجارة تنفسخ بتعذر ما يستوفى من المنفعة ، وقالوا : إن

(١) - انظر، بدائع الصنعة : ٢٣٨/٥ ، وانظر ، حاشية ابن عابدin : ٥٦٠/٤ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ٢٤٠/٥ ، مقي المحتاج : ٩٢/٢ ، روضة الطالبيين : ٥٠٠/٣ ، منهاج الطالبيين : النووي ٤٩/١ ، المغني : ٨٩/٤ ، كشف القناع : ٢٤٣/٣ . الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي

٣١٩٣/٤

(٢) - بدائع الصنعة : ٢٣٨/٥ - ٢٣٩ .

(٣) - كشف القناع : ٢٤٣/٣ .

(٤) - انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٠٨/٥ ، البحر الرائق : ٧/٨ .

(٥) - انظر ، الفتاوى الهندية : ٤٣٧/٤ .

(٦) - انظر ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصلوي : ٤٩/٤ ، حاشية السوقي على الشرح الكبير : ٢٩/٤ .

التعذر أعم من التلف ، ومثلوا له بالغضب والمرض والضياح وغلق الحوانيت قهرا ، لكنهم ميزوا بين هذه المسائل التي يتعذر معها استيفاء المنفعة ، وبين التلف من حيث الفسخ والانفساخ ، فقالوا : ((تنفسخ الإجارة في جميع ما تقدم - من مسائل التعذر - والمراد أن لهم الفسخ ، لا الفسخ بالفعل ، فالحق في هذه المسائل حق للمستأجر ، فله البقاء على الإجارة))^(١) .

وهذا يفهم أن المالكية قالوا : بالانفساخ حال تلف المعقود عليه أو هلاكه ، وبالفسخ في غيره من المسائل التي يتعذر معها استيفاء المنفعة ، بمعنى أن للمستأجر فيها خيار الفسخ ، وهذا ما صرح به الصاوي^(٢) في حاشيته على الشرح الصغير ، فقال : ((فمعنى الفسخ في هذه المسائل أنها معرضة للفسخ لا أنها تنفسخ بالفعل))^(٣) .

وأما الشافعية^(٤) : فقد ذكروا أنه إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر فإن كان العقد على موصوف في الذمة طوّل المؤجر بإقامة عين مقامها ، وإن كان على عين ، فللمستأجر أن يفسخ العقد ؛ لأنه تأخر حقه ، فثبت له الفسخ ، فإن لم يفسخ وكانت الإجارة على عمل ، لم تنفسخ ؛ لأنه يمكن استيفاؤها إذا وجدته ، وإن كانت على مدة فانقضت ففيه قولان : أحدهما : يفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل والثاني : لا يفسخ بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ، ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ؛ لأن المنافع تلفت في يد الغاصب فصار كالمبيع إذا أتلّفه الأجنبي .

وأما الحنابلة^(٥) : فقد أوضحوا أن غصب العين المستأجرة ، تعطي للمستأجر حق الفسخ ؛ لأن فيه تأخير حقه ، فإن فسح ، فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة ، فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل ؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقا ، بل إلى بدل ، وهو القيمة ، فأشبه ما لو أتلّف الثمرة المباعة آدمي قبل قطعها . وخالصة القول : إن غصب العين المستأجرة تجعل العقد قابلا للانفساخ عند الحنفية وللفسخ عند الجمهور ، ولكنني أرجح رأي الجمهور في أن الغصب يجعل العقد قابلا للفسخ وليس للانفساخ ؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقا ، وهذا يمنح المتعاقد حرية في الفسخ ، قياسا على الهلاك الجزئي بالآفة السماوية بعلة عدم الفوات المطلق فيهما بخلاف ائتلف الكلي الذي يفوت به المعقود عليه مطلقا .

(١)-الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٤٩/٤

(٢)- الصاوي (١١٧٥ - ١٢٤١) : أحمد بن محمد الخلوّس، الشهير بالصاوي؛ فقيه مالكي، نسبته إلى (صاء الحجر) في إقليم الغربية، بمصر، فقهية مالكي، وعلمية محقق، توفي بالمدينة المنورة، من كتبه (حاشية على تفسير الجلائن، وحواش على بعض كتب الشيخ أحمد الدردير في فقه المالكية، والفراند السنية شرح همزية البوصيري (الأعلام للزركلي : ١ / ٢٤٦) .

(٣)- حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٤٩/٤ .

(٤)-انظر ، المهذب : ٤٠٦/١ . نهاية المحتاج : ٢٦٨/٥ .

(٥)-انظر ، المغنسي : ٢٦٤/٥ ، الإصناف : ٦٥-٦٤/٦ ، كشاف القناع : ٢٩/٤ ، الكافي في فقه ابن حنبل : ١٧٧/٢ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المحتاج : ٦٦٢/٣ .

المبحث الثالث

الانفساخ بسبب الفساد

ذكرت فيما سبق أن نظرية الفساد حنفية المنشأ ، بمعنى أن فقهاء الحنفية تميزوا عن جمهور الفقهاء في القول بأن العقد يمكن أن يتصف بالفساد كمرتبة بين الصحة والبطلان نتيجة سبب مفسد أصاب العقد ، جعله مستحقاً للفسخ ، رعاية لحق الشارع الذي أوجب التعاقد على أساس صحيح بين المتعاقدين ، فوجود الفساد في العقد يخرج عن مساره الشرعي، لذا لا بد من إرجاعه إلى خطئه الذي رسمه الشرع له ، وذلك بإزالة سبب الحرمة التي تعد حقاً خالصاً للشارع عن طريق دفع الفساد عن العقد أو فسخه ، قال الكاساني : ((ودفع الفساد واجب ولا يمكن إلا بفسخ العقد فيستحق ، لكن لغيره لا لعينه ، حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ))^(١) .

وعليه : فإنني سأتناول هذا المبحث بالدراسة من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : استحقاق الفسخ في العقد الفاسد

المطلب الثاني : أسباب الفساد التي توجب فسخ العقد

المطلب الثالث : لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد

المطلب الرابع : كيفية فسخ العقد الفاسد .

المطلب الخامس : تطبيقات على الانفساخ بسبب الفساد .

(١) - بدائع الصناعات : ٣٠٠/٥

المطلب الأول

استحقاق العقد الفاسد للفسخ

إن العقد في العرف الحنفي إن اقترن به سبب من أسباب الفساد يصبح مستحقاً للفسخ ، بل واجب الفسخ ، رعاية لحق الشارع في دفع الفساد وسببه عن العقد ، إذ إن الفساد في العقد معصية ، والزجر عنها واجب في الشرع ، واستحقاق الفسخ يصلح أن يكون أداة زجر رادعة لأن المتعاقد إذا علم أن العقد سيفسخ بالفساد بحكم الشرع ، عندئذ سيتجنبه ، أو يسارع إلى دفعه^(١) ، وهذا ما أشار إليه الكاساني بقوله : « إذا علم أنه يُفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة »^(٢) .

ووقوع الفسخ واجب شرعاً سواء أكان قبل القبض أم بعده رفعاً للفساد الذي ينتج عنه حرمة الانتفاع ؛ لمخالفته أحكام الشرع^(٣) ، فقبل القبض سبب الفسخ واضح ؛ لأن العقد لم ينفذ حكمه قبل القبض فيكون الفسخ له امتناعاً من الحكم ، أما بعد القبض فلا يخلو الفساد أن يكون في صلب العقد كبيع درهم في درهمين أو بيع ثوب بخمر أو أن يكون نتيجة شرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحد العاقدين ، وفي كلتا الحالتين وجوب الفسخ إعمالاً لحق الشارع الحكيم^(٤) .

وتجدر الإشارة إلى أن الفسخ يستحق ما دام العقد فاسداً ، فإذا زال الفساد قبل الفسخ امتنع الأخير لزوال سببه ، فإذا كان سبب الفساد على سبيل المثال جهالة الأجل وانفق

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٤/٤ ، العناية شرح الهداية : ٤٦٥/٦ - ٤٦٦ ، فتح القدير : ٤٦٥/٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٨٣/٤ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٢/٧٤٩

(٢) - بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥

(٣) - هذا وإن العقد الفاسد يفيد حكمه من المك ونحوه إن حصل قبض بخلاف العقد الصحيح الذي يفيد حكمه بمجرد الاعتقاد إلا أن المك فيه ملك صحيح يحل معه الانتفاع بالمعقود عليه ويصح التصرف فيه ، أما في العقد الفاسد فإنه لا يحل الانتفاع بالمعقود عليه ؛ لأنه ملك كيبث للنهي المتعلق بالعقد بخلاف التصرف فيه ، فإنه يصح كالمك في العقد الصحيح ولكن مع الإثم ؛ لأن النهي ليس لذات العقد فثبت به المك مكروه ، كمن يشتري ثوباً شراءً فاسداً فلا يحل له لبسه ، ولكن يصح هبته وبيعه مع الكراهة (انظر ، فقه المعاملات : د. أحمد الحجي الكردي ٢٥١ - ٢٥٢) .

(٤) - انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٤/٤ ، العناية شرح الهداية : ٤٦٥/٦ - ٤٦٦

المتعاقدان على إسقاطه ، ينقلب العقد عندئذ صحيحاً ، ويمتنع الفسخ بزوال سبب الفساد تطبيقاً للقاعدة الفقهية المشهورة التي تنص على أنه : ((إذا زال المانع عاد الممنوع))^(١) .

ويبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ أيضاً بإجازة المتعاقدين له ؛ لأن إجازتهما لا ترفع الفساد ؛ لمخالفته نظام العقد العام ، فليس لهما أو لأحدهما أن يقر تلك المخالفة ؛ لأنها حق للشرع ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالفسخ أو رفع الفساد بإزالة سببه^(٢) .

(١) - قواعد الفقه : محمد عليم الإحسان البركتي ٥٧/١ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ، المبسوط : ٨٥/٧ ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٤/٤ ، المدخل الفقهي

العام : مصطفى الزرقا ٧٥٦ / ٢ .

المطلب الثاني

أسباب الفساد التي توجب فسخ العقد

إن الفساد يلحق العقود ذات الالتزامات المتقابلة أو تلك التي تنقل الملكية نتيجة أسباب ترافق العقد فتفسده وتجعله قابلاً للفسخ بحكم الشرع ، غير أن هذه الأسباب منها ماله تأثير مفسد عام في العقود التي يعتريناها الفساد ، ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض . ومن ثم يمكن أن نجمل هذه الأسباب في أغلب العقود التي يلحقها الفساد في : الجهالة الفاحشة ، الغرر ، الإكراه ، الشرط المفسد ، عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر^(١) وفيما يأتي تفصيل ذلك :

(١) - انظر ، البحر الرائق : ٧٥ / ٦ ، وتجدر الإشارة إلى الإكراه والضرر بفسد العقد فساداً يوجب فسخ العقد صيانة لحق شخصي لا لحق الشرع ، لذا فإني لن أتناولها بالدارسة في المتن كونه يتعرض لأسباب الفساد التي توجب فسخ العقد بحكم الشرع ، ولكن لاضير أن أوضح أثرها على العقود هنا في الحاشية ، وذلك كما يأتي : *أولاً - الإكراه* : اختلفت الحنفية في أثر الإكراه في العقود فيما لو عقدت به هل يفسدها أم يجعلها موقوفة ؟ إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه الذين ذهبوا إلى أن الإكراه يفسد العقد شأنه في ذلك شأن أسباب الفساد الأخرى من جهالة وغرر ونحوهما ، والتي تجعل العقد قابلاً للفسخ نتيجة مصلحة شرعية عامة أو ما يسمى بحق الشرع ، بخلاف الإكراه الذي يكون فساد العقد به ناجم عن فساد الرضا الذي ينبثق بسببه جواز الفسخ ؛ صيانة لحق المتعاقد ، وحماية لمصلحته التي شرع العقد من أجلها ، لذا فإن العاقد المستكره له الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، بينما في أسباب الفساد الأخرى وجوب الفسخ عند عدم رفع الفساد ولا خيار للعاقد في ذلك . قال ابن الهمام : ((وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره فأكراهه على ذلك بالقتل أو الضرب الشديد أو الحبس قباع و اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالبيع)) .

الرأي الثاني : وهو قول زفر من الحنفية الذي ذهب إلى أن الإكراه يجعل العقد موقوفاً على إجارة المستكره بعد زوال الإكراه فإن أجازه صح العقد وتم ، وإن أبطله بطل ، وهذا دليل التوقف لا دليل الفساد ؛ لأن العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجارة .

وختلصة القول : إن أبا حنيفة يرى أن الإكراه سبب لفساد العقد الذي يعطي المتعاقد الخيار في فسخ العقد أو إمضائه بعد زوال الإكراه بينما يرى زفر أنه سبب لتوقف العقد .

ويظهر أن مذهب زفر أولى بالاعتبار مما قاله أبو حنيفة وصاحباؤه وأقرب إلى واقع المنطق السديد الذي بنى عليه المذهب الحنفي وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في مادتها ١٠٠٦/١ حيث نصت على أن : ((العقود الواقعة بالإكراه غير معتبرة ، ولكن إذا أجازها العاقد المستكره بعد زوال الإكراه عنه تعتبر)) . (انظر في ذلك : بدائع الصنائع : ١٨٧/٧ وما بعدها ، فتح التقدير : ٢٣٣/٩ وما بعدها ، المنخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٧٤٧/٢)

تسليم الضرر : ويقصد به ذلك الضرر الحاصل من تسليم المعقود عليه ، فإذا لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه ، فالتعقد معه ، عقد فاسد ؛ لأن الضرر لا يستحق بالتعقد ، كما لو باع جذعاً معيناً في سقف مبنى أو ذراعاً من ثوب يضره التبويض ، فإن التسليم يقضي بهدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب ، لكن إن قطع البائع الجذع أو الثوب وسلمه إلى المشتري لتقلب البيع معه صحیحاً ؛ لأن فساد العقد كان صيانة لحق المتعاقد الشخصي ، فإن سلم باختياره ورضاه زال المانع الذي كان قد أفسد العقد . (انظر ، بدائع الصنائع : ١٦٨/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٣٨١/٤) .

أولاً- الجهالة الفاحشة :

ويراد بهما الجهالة التي تفضي إلى نزاع مشكل بين المتعاقدين حيث يتعذر حله استناداً لتساوي حجة كل منهما حال وجودها ، فهي تعرقل استمرارية العقد فتفسده ، وتمنع صحته؛ لأن من شروط صحة العقد أن يكون محله معلوماً علماً يمنع النزاع بين المتعاقدين ، كما لو باع إنسان شاة من قطيع ، فالبائع يريد إعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين والمشتري يريد الجيدة بحجة عدم التعيين أيضاً ، وكذا لو تعاقدوا بإجارة بأجرة مجهولة أو مزارعة دون بيان حصة كل منهما من الحاصل ، ولا يوجد عرف في مكان العقد ليرجع إليه . وكذا لو عقد أشخاص شركة بينهم دون بيان كيفية تقسيم الربح ، فالعقد في هذه الأمثلة عقد فاسد لفحش الجهالة التي أصابت محل العقد ، والمفضية إلى نزاع يتساوى به حجة كل منهما^(١) . وهذا ما أشار إليه ابن عابدين بقوله : ((مجهول الوصف تتحقق المنازعة - به - فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد))^(٢) . وقال الكاساني عند عرضه لبعض صور الجهالة الفاحشة : ((فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه))^(٣) .

أما الجهالة التي لا تؤدي إلى نزاع مشكل بين المتعاقدين فلا تضر العقد ، كما لو باعه جميع ما في هذا البيت ، أو ما في هذا الصندوق ، فإنه يصح ؛ لأن الجهالة يسيرة ، فالمعقود عليه معين بالذات تعييناً يحسم النزاع^(٤) .

الجهات التي تتعلق بها الجهالة المفسدة :

إن الجهالة المفسدة التي توجب فسخ العقد عند عدم دفعها ترجع إلى أربعة أنواع لخصها الأستاذ مصطفى الزرقا فيما يأتي^(٥) :

١- الجهالة في المعقود عليه : كجهالة المبيع - جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة إلى المشتري - في عقد البيع ، وكجهالة المأجور في الإجارة ، أو المصالح عنه في الصلح ، أو

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٥٦ / ٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٢٩/٤ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٧٤٢/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٤٥٧/٤ .

(٢)- رد المحتار على الدر المختار : ٥٢٩/٤

(٣)- بدائع الصنائع : ٢٠٧/٤

(٤)- انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٢٩/٤ .

(٥)- المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٧٤٣/٢ ، وانظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٢٩/٤ وما بعدها ، بدائع الصنائع : ١٥٦/٥ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٣٧٩ / ٤ - ٣٨٠ ، فقه المعاضات : د . أحمد الحجي الكردي ١٩٥ .

الموهوب في الهبة ، وهكذا .

٢- جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية : وذلك كجهالة الثمن في عقد البيع ، وجهالة البذل المصالح عليه في عقد الصلح .

٣- جهالة الأجل في كل ما يجري فيه أجل ملزم : وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الإجارة ، وجهالة موعد استحقاق الثمن في عقد البيع ، أو موعد استحقاق البذل المؤجل في عقد الصلح .

أما الأجل غير الملزم فلا تضر جهالته كمدة استمرار عقد الشركة ، فإن الشركة عقد غير لازم في الاجتهاد الحنفي^(١) . فلو حُد لها أجل جاز للشريك فسخها قبله . فلا حاجة إلى معرفة أجلها سلفاً ، بل تستمر حتى يوجد ما ينهيها من فسخ قصدي أو موت .

٤- جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد : وذلك كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فيجب أن يكون الكفيل معلوماً ، والرهن معيناً ، وإلا فسد البيع .

ثانياً - الغرر :

الغرر في اللغة : من غره يغرّه غراً وغروراً بمعنى خدعه وأوهمه وورطه وعرضه للخطر^(٢) ، أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه السرخسي بقوله : ((الغرر ما يكون مستور العاقبة))^(٣) . وقال الكاساني : ((الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم))^(٤) . وقال الرملي : ((الغرر ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما ، وقيل ما انطوت عنا عاقبته))^(٥) . وعليه : فإن الغرر في الاصطلاح الفقهي يكون نتيجة الاعتماد على أمر موهوم غير موثوق به عند التعاقد يوصل صاحبه إلى ما لا يتوخاه من العقد ، نتيجة إيهامه بأمر توقع حصوله .

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر^(٦) ؛ لأن مبناه على الخديعة والإيهام الذي يلحق الضرر بالآخر .

(١) سبق وأوضحنا أن عقد الشركة عقد غير لازم عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة خلافاً للراجح عند المالكية الفئتين بلزومها بالعقد ، لكن جواز فسخها ، يتطلب علم الشريك الآخر عند الحنفية دون غيرهم . (انظر في كل ذلك ، بدائع الصنائع : ٧٧/٦ ، تبين الحقائق : ٣٢٣/٣ ، الغاية شرح الهداية : ١٩٥/٦ ، معنى المحتاج : ٢٩١/٢ ، المعنى : ١٤/٥ ، كشاف القناع : ٥٠٦/٣ .

(٢) انظر ، لسان العرب : مادة / غرر / ، القاموس المحيط : مادة / غرر / .

(٣) التبسيط : سرخسي ١٢ / ١٩٤

(٤) بدائع الصنائع : ١٦٣/٥ .

(٥) نهاية المحتاج : الرملي ٤٠٦/٣ .

(٦) أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب بيع الغرر وحيل الحيلة / ٢٠٣٦ / ، أخرجه مسلم : كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصة واتباع الذي فيه غرر / ١٥١٣ /

هذا وقد نص الحنفية^(١) على نوعين من الغرر أحدهما يبطل العقد والآخر يفسده ، فالغرر الذي يبطل العقد ، هو كل غرر في أصل المعقود عليه ، كبيع الطير في الهواء والسماك في الماء وكبيع الحمل في بطن أمه ونحوه ، فلا ينعقد البيع في مثل هذه الحالات ؛ لوجود الغرر في أصل المعقود عليه ، فالحمل قد يكون انتفاخاً أو قد يولد ميتاً وبيع الطير في الهواء غرر لتساوي احتمال إحرازه وعدمه .

أما الغرر الذي يفسد العقد ويوجب فسخه ، هو كل غرر يلحق الوصف أو المقدار ونحوهما ، وغالباً ما يسمى بغرر الوصف ، كما لو باع بقرة على أن تحلب كذا رطلاً ، فالبيع فاسد للغرر ؛ لأنه موهوم التحقق فقد ينقص عن ذلك ، وهنا يجيز الشرع للمتعاقد المغرور الفسخ ، نتيجة الفساد بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب أو غزيرة اللبن ، فالبيع مع هذا الوصف صحيح لا غرر فيه ، وعند فواته يحق للمشتري الفسخ بخيار فوات الوصف المشروط ، لا بسبب الفساد ، وكذا لو اشترى شاة على أنها حامل ، فالبيع فاسد ؛ لأن المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ، ولا يمكن الوقوف عليه للحال ؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع^(٢) .

وكذا لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة أن يكون لأحدهما مقدار محدد من الدنانير ، أو الدراهم من الربح فإن ذلك غرر ؛ لاحتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا القدر ، أو أقل ، أو لا تربح أصلاً ، أو تخسر فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبية كالنصف أو الربع ، أو كذا في المائة ، فإذا شرط لأحدهم مقدراً مقطوعاً فسدت الشركة^(٣) ، وهذا ما أوضحتته مجلة الأحكام العدلية بمادتها / ١٣٣٦ / حيث نصت على أنه : « يشترط بيان الوجه الذي سيقسم فيه الربح بين الشركاء ، إذا بقي مبهماً ومجهولاً تكون الشركة فاسدة »

ثالثاً - الشرط المفسد :

ويراد به كل شرط فيه منفعة لأحد العاقدين ، أو لغيرهما مما لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ، ولم يجر به عرف ، كمن يبيع داراً على أن يسكنها البائع شهراً أو أرضاً

(١) - انظر ، المبسوط : السرخسي ٤٤/١٤ ، المبسوط : الشيباني : ٦٦/٥ ، شرح فتح القدير : ٤١١/٦ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٦٨/٥ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٧٤٥/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته :

د. وهبه الزحيلي ٣٨١/٤

(٣) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٧٤٥/٢ ، وانظر ، شرح فتح القدير ١٨٣/٦ .

على أن يزرعها سنة ، أو سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع ، أو أن يشترط المستأجر على المؤجر في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال ، وكاشتراط خيار مؤبد في البيع ، أو اشتراط خيار مؤقت بأجل مجهول ، جهالة فاحشة وما شابه ذلك (١) .

فمثل هذا الشرط يفسد عقود المعاوضات المالية ذات الالتزامات المتقابلة كعقود البيع والإجارة والقسمة والصلح على مال ، والشركة والمزارعة والمساقاة ونحوها (٢) ، ويوجب فسخها رعاية لحق الشارع ؛ لأن حقيقة الشروط الفاسدة التي تعترى هذه العقود تُوجد فضلاً خالياً من العوض ، وما هذا إلا عين الربا المحرم شرعاً ، لأن الربا هو المنفعة الزائدة عن العقد والخالية عن العوض ، فالمتعاقدان لما قصدا المقابلة بين العوض والمعوض ، خلت المنفعة التي يشتمل عليها الشرط من مقابل ، فيكون ربا ، ووجود الربا في عقود المعاوضات يفسدها ويوجب فسخها لإزالة الفساد عنها (٣) .

وتجدر الإشارة إلى أن العرف إن جرى بهذا الشرط فإنه يصحح العقد ، إن كان موافقاً لميزان الشرع ، وقواعده المحكمة ، ونصوصه الثابتة القاطعة ، ومقاصده الأساسية ، وهذا ما أوضحه الأستاذ مصطفى الزرقا حيث قال : ((وبما أن عرف الناس مصحح - كما رأيت - للشروط التي يتعارفونها في نظر الفقهاء الحنفية ، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه ، وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط ، قلما يبقى معه شرط فاسد ونستطيع عندئذ القول : بأن الشرط الفاسد قد زال فقهيّاً من معاملات الناس بمفعول الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه (٤) .)) ومراد الزرقا بالعرف ، العرف الصحيح الذي لا يصادم نصاً خاصاً أو أصلاً من أصول الشريعة ، فالعرف بهذه الصورة يعتبر قاعدة عامة يرتقي إلى قوة النص التشريعي الملزم ، إن شهد الشرع له بالاعتبار .

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٦٩/٥ - ١٧٠ ، المبسوط : ١٣/١٥-١٦ ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٩٤/٦ ، فتح القدير : ٤٤١/٦ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٨١/٤ .

(٢) - لا تفسد الشروط الفاسدة عقود التبرعات والتوثيقات والزواج ، فالهبة والكفالة والرهن والتكاح ونحوها عقود صحيحة حال اشتراط شروط فاسدة فيها ، لأن هذه الشروط شروط لاغية ، بمعنى أن مثل هذه الشروط لا تتأثر بها تلك العقود . (انظر ، شرح فتح القدير : ٤٤٧/٦ ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٣٣/٤ وما بعدها) .

(٣) - انظر ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ١٣١ وما بعدها ، شرح فتح القدير : ٤٤٧/٦ .

(٤) - العقود المسماة في الفقه الإسلامي ، عقد البيع : مصطفى الزرقا ٣٩ .

هذا وإن هناك أسباباً أخرى للفساد ينحصر أثرها في بعض العقود دون بعض ، كالتوقيت في عقد البيع ، فالبيع المؤقت بمدة معينة ، يبع فاسد يجب فسخه ، أو إلغاء تلك المدة التي أفسدت العقد ، كقول البائع : بعثك هذه السيارة شهراً أو سنة ونحوه ؛ لأن ملكية الأعيان لا تقبل التأقيت بخلاف عقد الإجارة الذي لا بد فيه من التوقيت ، إذ إن عدمه يفسدها ، وكذلك عدم التقابض في مجلس العقد يفسد عقد الصرف ، والشيوخ يفسد الرهن ، ونحو ذلك مما يرجع في معرفته إلى شرائط الصحة في كل عقد (١) .

من كل ما تقدم يمكن القول : إن الفساد بأسبابه العامة والخاصة في المذهب الحنفي يوجب فسخ العقد ؛ لإزالة الحرمة عنه ، والذي ما شرع إلا ليبنى على الضوابط الشرعية^(٢) التي استتبطها فقهاؤنا من شرعنا الحنيف ، فكل مخالفة لهذه الضوابط تخرج العقد عن مساره الشرعي ، فالعقد الفاسد عقد خرج نتيجة الفساد عن ضوابط العقد الشرعي الصحيح ، فالإقدام عليه يوقع صاحبه في الإثم ، لذا أوجب الشرع فسخه حقاً لله تعالى ، وبراءة من المعصية المترتبة على العاقد نتيجة إقدامه عليه .

(١) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٧٤٧/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٨٠/٤

(٢) - يقصد بالضوابط الشرعية : ضوابط العقد الصحيح من شروط انعقاد وصحة ونفاذ ونحوها .

المطلب الثالث

لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد

ينجم عن اختلاف سبب الفساد في العقد الفاسد ، وعن كون الفسخ فيه قبل القبض ، أو بعده اختلاف في صلاحية من يملك الفسخ ، وهنا نميز حالتين رئيسيتين :

١- سلطة الفسخ في العقد الفاسد قبل القبض :

اتفق فقهاء الحنفية^(١) على أن كل واحد من المتعاقدين يملك سلطة فسخ العقد الفاسد قبل القبض كيف ما كان الفساد فيه ؛ لأنه لا يفيد الملك قبل القبض ، فكان الفسخ فيها^(٢) بمنزلة الامتناع عن الإيجاب والقبول الذي يملكه كل واحد منهما ، ففي عقد الإجارة يملك المستأجر والمؤجر الحق في فسخ العقد الفاسد قبل القبض ، فإذا فسخه المستأجر انفسخ ، وإذا فسخه المؤجر انفسخ أيضاً .

٢- سلطة الفسخ في العقد الفاسد بعد القبض :

ميز فقهاء الحنفية^(٣) هنا حالتين أيضاً فيما إذا كان الفساد في صلب العقد أو نتيجة شرط زائد فيه ، كما يأتي :

أ- فيما إذا كان الفساد في صلب العقد :

اتفق الحنفية أيضاً على أن حق الفسخ لكل من المتعاقدين إذا كان سبب الفساد راجعاً إلى البديلين : المبيع والثمن في عقد البيع ، والأجرة ومنفعة العين المستأجرة في عقد الإجارة وما شابه ذلك. فالبيع بالخمر والخنزير ، وبيع الدرهم بدرهمين ونحوه يعطي الحق لكل من البائع أو المشتري في أن ينفرد بالفسخ ؛ لأن الفساد الراجع إلى البديل فساد في صلب العقد ، لا

(١)- النظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٤/٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٦٥/٦

وما بعدها ، العناية شرح الهداية : ٤٦٥/٦ - ٤٦٦ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٣٩٦/١ - ٣٩٧ .

(٢)- أي في حالة قبل القبض .

(٣)- نظر ، المراجع السابقة .

يمكن تصحيحه ، لأنه لا قوام للعقد إلا بالبديلين ، فكان الفساد فيهما قوياً فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه والذي يظهر في حقهما جميعاً .

ب - فيما إذا كان الفساد نتيجة شرط زائد في العقد :

اختلف الحنفية في حق من يملك سلطة الفسخ فيما إذا الفساد نتيجة شرط زائد في العقد كالبيع إلى أجل مجهول ، أو بشرط فيه نفع لأحد العاقدين ، إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو قول محمد بن الحسن الذي يرى أن حق الفسخ لصاحب الشرط ؛ لأنه قادر على تصحيح العقد بحذف الشرط المفسد وإسقاطه ، ولا يجوز إعطاء حق الفسخ للمتعاقد الآخر لنلا يبطل حقه في تصحيح العقد بإزالة سبب الفساد .

الرأي الثاني : وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الذي يفيد أن صاحب الفسخ كل من المتعاقدين ، إذ إنهما يملكانه بسبب الفساد ، سواء أكان في صلب العقد أم نتيجة شرط زائد في العقد دفعا للحرمة وتثبيتاً لحق الشارع .

ورد الشيخان على رأي محمد بن الحسن بما استند إليه بأن حذف الشرط المفسد أمر ممكن الحصول من صاحبه ، لكن إلى أن يزيله فهو قائم ، وقيامه يمنع لزوم العقد الذي يفيد أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال لحق صاحب الشرط ؛ لأن إبطال الحق قبل ثبوته محال^(١).

يظهر مما تقدم أن ما ذهب إليه الشيخان أقوى دلالة وأكثر توافقاً مع سبب الفسخ المتمثل في الفساد ؛ لأنه موجود قبل الفسخ ؛ إذ إنه مسبب أيضاً في حرمة الانتفاع للمتعاقدين نتيجة قيامهما به ، فوجب إعطاؤهما حق الفسخ رفعا لما وقع فيه من الحرمة ، وليس لأحدهما أن ينتظر الآخر في دفع الفساد برفعه ، أو فسخ العقد ، إذ إن الواجب الشرعي يتطلب منهما القيام بالفسخ ، أو رفع الفساد ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، كونه واجباً وليس حقاً حماية لحق الشرع ، وهذا ما أشار إليه صاحب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام حيث قال : ((الواجب على كل من العاقدين فسخ البيع للفساد لإزالة الفساد ؛ لأن البيع الفاسد معصية))^(٢).

هذا ويملك القاضي حق فسخ العقد الفاسد بكل أشكاله وحالاته عند امتناع العاقدين عن ذلك صيانة لحق الشرع المنوط به^(٣) . قال ابن نجيم : ((قال في البزازية : وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً ، وعلم القاضي به فسخه حقاً للشرع))^(٤) .

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥

(٢) - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٩٦/١ .

(٣) - انظر ، البحر الرائق : ابن نجيم ١٠٣/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤٦٩/٧ ، بدائع الصنائع : الكاساني ١٠٢/٤

(٤) - البحر الرائق : ١٠٣/٦

المطلب الرابع

كيفية فسخ العقد الفاسد

إن الحديث عن مدى صلاحية المتعاقدين في فسخ العقد الفاسد يقودنا على ضرورة بيان كيفية هذا الفسخ التي تتم بطريقتين^(١) :

الطريقة الأولى : يُفسخ العقد الفاسد ممن له صلاحية فسخه من المتعاقدين بصريح القول : كأن يقول أحدهما فسخت العقد ، أو نقضته ، أو رددته ، أو رفعتة ، ونحو ذلك ، فيفسخ عندئذ بنفس الفسخ بشرط إعلام المتعاقد الآخر في قول أبي حنيفة ومحمد^(٢) ، دفعاً للضرر عنه دون حاجة إلى رضاه ، أو إلى قضاء القاضي ؛ لأن الفسخ حكم واجب شرعاً ، لا يتوقف على رضاه أو حكم حاكم سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ؛ لأن الفسخ هنا حماية لحق الشارع . وعليه : فإن أراد أحد المتعاقدين فسخ العقد الفاسد ، فله ذلك ، بل الواجب الشرعي يحتم عليه الفسخ بشرط إعلام الطرف الثاني بمراده في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان الفساد في صلب العقد أو نتيجة شرط زائد فيه ، ليكون لهذا الأخير متسع من الوقت يعمل على مصلحته ، فإذا كان البائع ، فهو في حاجة لأن يبحث عن مشتر لماله ، فيبيعه منه أو يتصرف فيه بنوع آخر ، فإذا كان المشتري فهو أيضاً في حاجة لأن ينتفع بنقوده ويتصرف فيها كما يشاء^(٣) .

وعند أبي يوسف لا يشترط إعلام الطرف الثاني بالفسخ^(٤) . قال ابن الهمام : ((يملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما ؛ لأنه وإن كان حق الشرع ، ففيه إلزام موجب الفسخ ، فلا يلزم إلا بعلمه ، وعند أبي يوسف بغير حضرته))^(٥) .

ولكنني أرى وجوب الأخذ بقول أبي حنيفة ومحمد في إعلام المتعاقد الثاني بالفسخ ، رعاية للمصلحة ، ورفعاً للنزاع ، وتحقيقاً للعدالة المنشودة ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لا ضرر ولا ضرار))^(٦) ، فربما نال هذا الأخير ضرر ، كان يتوقاه لو علم بالفسخ.

الطريقة الثانية : يُفسخ العقد الفاسد أيضاً ممن له سلطة فسخه بفعل يتضمن معنى الفسخ كرد العين المستأجرة إلى صاحبها أو المبيع إلى بائعه على أي وجه كان الرد بيعاً أو هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداعاً ونحوه ؛ لأن المستحق هو الرد فإن حصل بأي وجه، كان فسخاً للعقد.

(١) - النظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ، فقه المعاوضات : د. أحمد الحجي الكردي ٢٥٤

(٢) - النظر ، بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ ، العناية شرح الهداية : ٤٦٥/٦ - ٤٦٦ .

(٣) - النظر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ٣٩٦/١ .

(٤) - بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ ، العناية شرح الهداية : ٤٦٦/١ ، فتح القدير : ٤٦٥/٦ .

(٥) - فتح القدير : ابن الهمام ٤٦٥/٦ .

(٦) - سبق تخريجه في الصحيفة ٣٩ .

المطلب الخامس

تطبيقات على الانفساخ بسبب الفساد

سأتناول مسألة الانفساخ بسبب الفساد عند الحنفية في بعض العقود^(١) كتطبيق عما ذكر فيما سبق إثراء للبحث ، وإتماماً للفائدة ، وضبطاً لبعض الفروع الفقهية ، وذلك كما يأتي :

أولاً - في عقد النكاح :

نص الحنفية^(٢) على وجوب فسخ عقد النكاح^(٣) حال انعقاده فاسداً ؛ رعاية لحق الشرع ، الذي أوجب التعاقد على أساس صحيح في العقود عموماً ، وفي عقد النكاح خصوصاً ؛ لتعلقه بكرامة الإنسان ، إذ إن علاقة الزوجين فيما بينهما ، لا توجب الحل إلا بناء على عقد صحيح ؛ فإذا ما تم عقد النكاح ، وتبين فساده ، وجب على الزوجين أن يسرعا في فسخه ، فإن أصرا على متابعتة ، وجب على القاضي بسلطته التي منحها له الشرع في حماية حدود الله تعالى أن يفسخ النكاح ويفرق بين الزوجين ، وكل اتصال بينهما بعد ذلك يعد زنا محضاً ، قال الحصكفي : « ويثبت لكل واحد منهما فسخه ولو بغير محضر عن صاحبه دخل أو لا في الأصح خروجاً عن المعصية . فلا ينافي وجوبه ، بل يجب على القاضي التفريق بينهما »^(٤) ، وهذا إذا كان العقد متفقاً على فساده بين الفقهاء .

وهنا يثار التساؤل الآتي : ما حكم عقد النكاح الذي اختلف الفقهاء على فساده ؟

لا شك أنه صحيح في نظر من اعتبره صحيحاً فلا يجب فسخه ، وفساداً في نظر من اعتبره كذلك ، يجب فسخه خلوصاً من المعصية ، ومثاله نكاح الشغار^(٥) صحيح عند الحنفية^(٦) فاسد عند الجمهور^(٧) .

لكن المالكية^(٨) قد توسعوا قليلاً في بيان حكم النكاح المختلف في فساده ، واضطربت آراؤهم

(١) - وتجدر الإشارة إلى أنني قد اقتصر على بعض العقود دون استيعابها كلها خشية الإطالة والخروج عن صلب البحث .

(٢) - انظر ، الدر المختار وعليه الرد المحتار : ١٣١/٣-١٣٣ ، بدائع الصنائع : ٢٢٥/٢ ، تبين الحقائق : ١٥٢/٢-١٥٣ ، فتح القدير : ٣٦٤/٣ وما بعدها (٣) - وتجدر الإشارة إلى أنه يثبت للنكاح الفاسد عند الحنفية بعض آثار العقد الصحيح عند الدخول من النسب والعدة وحرمة المصاهرة والمهر (الرد المحتار على الدر المختار ١٣١/٣ وما بعدها) .

(٤) - الدر المختار : ١٣٢/٣ .

(٥) - نكاح الشغار : وهو أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته ، أو يزوجه ابنته أو يزوجه أمته ، وهذه التسمية فاسدة ؛ لأن كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى ، والبضع ليس بمال ففسدت التسمية ، ولكل واحدة منهما مهر المثل (بدائع الصنائع : ٢٧٨/٢) .

(٦) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٧٨/٢ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٤٥/٢ .

(٧) - انظر ، بداية المجتهد : ٤٣ / ٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل : ٤٤٧/٣-٤٥١ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٥١٢/٣ ، حاشية الدسوقي : ٣٠٧-٣٠٨ ، نهاية المحتاج : ٢١٥-٢١٦ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٢٠/٣ ، الإصناف : ١١٠-١٥٩/٨ ، كشف القناع : ٩٤-٩٣/٥ مطالب أولى النهى : ١٢٣/٥ ، ومعلوم أن الفساد والباطل بمفهوم واحد عند الجمهور غير الحنفية .

(٨) - انظر ، بداية المجتهد : ٤٥/٢ .

في ذلك فقالوا : النكاح الفاسد المختلف في فساد له لدى الفقهاء يفسخ قبل الدخول لا بعده ، بخلاف المتفق على فساد ، إذ يفسخ قبل الدخول وبعده ، كما ذكروا أن ما اختلف فيه الفقهاء ناجم عن اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ، وهذا ما صرح به ابن رشد موضحاً اضطراب المذهب ، فقال : « ومالك في هذا الجنس ، وذلك في الأكثر يفسخه قبل الدخول ويثبت به بعده ، والأصل فيه عنده أن لا يفسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد ، أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول ، والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكان هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفاً فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوي متفقاً عليه أو مختلفاً فيه . ومن قبل هذا أيضاً اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه»^(١)

ثانياً - في عقد الإجارة :

إن الباحث في نصوص فقهاء الحنفية في هذا الباب يجد صوراً متعددة للفساد فيه ، تجعل هذا العقد قابلاً للانفساخ ، سنعرض بعضاً منها :

١- إن إجارة أرض دون بيان ما ستستأجر له ، يجعل عقدها فاسداً وقابلاً للانفساخ إلا إذا جعل للمستأجر أن ينتفع بها بما شاء ؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة ونحوه ، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة ، وما كان هذا شأنه فإنه يفسد العقد ؛ وإزالة الفساد واجب شرعاً بفسخ العقد ، أو إزالة سببه عن طريق بيان ما تستأجر له^(٢) .

٢- لو أجره داره على أن يسكنها شهراً ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أرضاً على أن يزرعها ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه شهراً ثم يسلمه إلى المستأجر ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال ، فيكون ربا أو فيها شبهة الربا ، وكل ذلك يجعل العقد قابلاً للانفساخ ؛ لفساد العقد نتيجة الشرط^(٣) .

(١) - بداية المجتهد : ٤٥/٢ . (٢) - النظر ، بدائع الصناعات : ١٨٣/٤ .

(٣) - النظر ، بدائع الصناعات : ١٩٤/٤ ، وتجدر الإشارة إلى أن الحنابلة قد أجروا مثل هذه الشروط في العقد ، كما أوضحته في المبحث السادس من الفصل السابق

ثالثاً - في عقد الشركة :

- ١- يفسد عقد الشركة فيما لو كان الربح مجهولاً ؛ لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والإجارة ، وهذا الفساد يجعل عقدها قابلاً للانفساخ^(١) .
- ٢- يفسد عقد الشركة أيضاً فيما لو كان الربح جزءاً معيناً ، كعشرة ، أو مئة ، أو نحو ذلك ؛ لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح ، والتعيين يقطع الشركة ؛ لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما ، فلا تتحقق الشركة في الربح ، وهذا الفساد يجعل الشركة قابلة للانفساخ^(٢) .

رابعاً - في القسمة :

- ١- تنفسخ القسمة نتيجة الفساد ، ومن ذلك مثلاً فسادها بالشرط ، كأن يقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصّاميت من المال ، وللآخر العروض ، وقماش الحانوت والديون التي على الناس على أنه إن بقي عليه شيء من الديون يرد عليه نصفه ، وهذا الشرط جعل القسمة فاسدة^(٣) .
- ٢- ومنها أيضاً ما إذا اقتسما داراً على أن يشتري أحدهما من الآخر داراً له خاصة بألف درهم فهي فاسدة وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة ونحوهما^(٤) .

خامساً - في عقد الصلح :

- ١- يفسد عقد الصلح أيضاً بجهالة المصالح عليه ، وذلك فيما لو تصالحا على جزء شائع غير معلوم ، وهذا من شأنه يجعل هذا العقد قابلاً للانفساخ بسبب الفساد الناجم عن الجهالة المفضية إلى النزاع عادة^(٥) .
- ٢- ومن صور فساد الصلح عن مال أيضاً نتيجة شرط فاسد ما لو ادعى على رجل ما لا معلوماً ، وأقر المدعى عليه أو أنكر ، فصالح المدعى عليه بشرط أن يقبل المدعى عبد المدعى عليه الأبق لأجل ما ادعى ، فقبل يكون الصلح فاسداً بناءً على أن هذا الشرط فاسد ، لكونه مخالفاً لمقتضى العقد ، إذ الصلح عن مال بمال بيع في حق المدعى مطلقاً ، والقدرة على تسليم المبدل شرط جوازه ، ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسداً^(٦) .

(١)-بدائع الصنائع : ٥٩/٦ .

(٢)- المرجع السابق .

(٣)- انظر ، البحر الرائق : ١٩٤/٦ ، ١٧٤/٨ .

(٤)- البحر لرائق : ١٩٤/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ١٣٦/٣ .

(٥)- رد المحتار على الدر المختار : ١٣٥/٣ .

(٦)- انظر ، تبين الحقائق : ١٣٢/٤ .

المبحث الرابع

الانفساخ بسبب الاستحقاق

يعد الاستحقاق سبباً من أسباب الانفساخ التي يتعذر معها استمرار العقد ، إذ إنه بالاستحقاق لا يفيد حكمه الذي يرتبه الشرع عادة ، شأنه في ذلك شأن هلاك محل العقد ، وفيما يأتي سأتناول أثر الاستحقاق في انفساخ العقد من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : تعريف الاستحقاق وأنواعه المؤثرة في انفساخ العقد

* - تعريف الاستحقاق :

يطلق الاستحقاق في اللغة على ثبوت الحق ووجوبه ، فيقال : استحق الأمر : استوجبه ، فالأمر مستحق ، وهو اسم مفعول ، ومنه قولهم : خرج المبيع مستحقاً^(١) ، إذا ثبت للغير .

أما في الاصطلاح الشرعي فقد عُرفَ بتعريفات منها :

١- عرفه ابن عابدين بأنه : « ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير »^(٢) .

٢- عرفه ابن عرفه أيضاً بأنه : « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض »^(٣) .

يُلاحظ من هذين التعريفين أنهما لا يعطيان وصفاً دقيقاً لمفهوم الاستحقاق بسبب ما يأتي^(٤) :

أولاً - إن التعريف الأول منهما قيد مفهوم الاستحقاق بظهور الحق ، وهذا غير مسلم به من حيث الدقة العلمية لمفهوم التعريف ؛ لأن التعبير بالظهور ما هو إلا على سبيل المجاز ؛ لأن الاستحقاق لا يحدث إلا إذا ثبت بالبينة أو الإقرار ، ومعلوم أن الشيء الثابت بهما لا يقال عنه : ظاهر ، وإنما يقال : ثابت ، لكن الاستحقاق يمكن أن يتصف بالظهور عند قيام دعواه ، لذا يمكن القول : إن تعبير ابن عابدين بالظهور ما هو إلا مجاز باعتبار ما كان ، والأصل الابتعاد ما أمكن في التعريف عن المجاز .

هذا وقوله : إن الاستحقاق ظهور الشيء حقاً تعبيراً منه بالأعم الأغلب ، وهو لا يستقيم

(١)- انظر ، المصباح المنير مادة /حق/ ١٤٣-١٤٤ ، القاموس المحيظ : باب الغائب فصل الحاء مادة /حق/ ، لسان العرب : مادة /حق/ .

(٢)-رد المختار على الدر المختار : ابن عابدين ١٩١/٥

(٣)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٧٣/٣ ، التاج والإكليل : ٢٤٠-٢٤١ ، الفواكه الدواني : ٢٢٢/٢ ، مواهب الجليل : ٢٩٥/٥ ، حاشية العدوي : ٤٦٢ /٢ .

(٤)- انظر ، نظرية الاستحقاق : محمد أحمد الكزني ٢٣ وما بعدها .

ومفهوم التعريف الذي ينبغي أن يكون مساوياً للمعريف ؛ لأن الحق يطلق على حق الملكية وحق الشفعة ، وحق النسب ، وحق الحضانة ، وغيرهما من الحقوق ، أما الاستحقاق فقها فيراد به حق الملكية ، وهو ما أكده الشيخ علي الخفيف بقوله : ((إذا لاحظنا أن الحقوق أنواع ، فمنها : ما يعد مالا كالدين ، وحقوق الارتفاق عند كثير من الفقهاء ، ومنها ما لا يعد مالا باتفاق ، كحق الحضانة وحق النسب وحق الضم ، وحق رؤية الصغير ، ورأينا أن من الحقوق ما يكون محلاً للملك ، ومنها ما لا يكون محلاً للملك ، وإن منها ما يجوز الاعتياض عنه بالمال ، ومنها ما لا يجوز الاعتياض عنه بالمال))^(١) .

فضلا عن هذا وذاك ، فإن كلمة الاستحقاق مشتقة من الحق ، فكل منهما يتوقف معناه على الآخر ، فالاستحقاق يتوقف على معنى الحق الذي يتوقف بدوره على معنى الاستحقاق ، وهذا دور ، والدور كما هو معلوم باطل ، فكل ما يؤدي إليه باطل .

ثانياً - إن التعريف الثاني أيضاً غير مسلم به من خلال أن الاستحقاق لا يمكن أن يرفع ملك شيء بثبوت ملك قبله ، لأن الملك الأول لو كان ثابتاً لما رفع الملك الثاني الذي لا يمكن أن يوصف بالملك أصلاً إلا عند زوال الملك الأول ، أو أن هذا الأخير ليس بملك ، ولكن يمكن أن يكون مراده رفع الحيازة^(٢) بدليل قوله : ((إذ المراد بالملك : الملك ولو بحسب الظاهر أو مطلق الكون تحت اليد مجازاً بقرينة إضافة الرفع إليه، إذ الملك الحقيقي لا يُرفع))^(٣) غير أن هذا المقصد لا يمكن أن يكون تعريفاً بالمعنى الحقيقي ، إذ إن رفع الحيازة ما هو إلا بيان لأثر الاستحقاق ونتائجه وليس بيان وصف لماهية الاستحقاق .

٣- وعرفه الكزني : بأنه ثبوت كون المعقود عليه غير مملوك للمتصرف فيه ، ولا ولاية له عليه^(٤) .

إلا أن أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي أعطى تعريفاً له أكثر سهولة وأقل تكلفاً وأبسط صياغة وأمضى دلالة ، حيث قال : ((هو أن يدعى شخص ملكية شيء ، ويثبت دعواه ، ويقضي له القاضي بملكته ، وانتزاعه من يد حائزه))^(٥) .

وعليه يمكن القول : إن الاستحقاق هو ثبوت ملكية المعقود عليه لغير المتصرف فيه تصرفاً لا ولاية له عليه .

(١)- الملكية في الشريعة الإسلامية : علي الخفيف ٧١ .

(٢)- انظر ، حدود ابن عرفه : محمد بن قاسم الرصاع ٣٥٤ .

(٣)- حاشية الدسوقي : ٤٦١/٣ .

(٤)- نظرية الاستحقاق : ٢٦ .

(٥)- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٤٨/٥ .

*** - أنواع الاستحقاق المؤثرة في انفساخ العقد :

يُقسم الاستحقاق الذي يلحق العقد ويؤثر في انفساخه إلى نوعين^(١) :

النوع الأول : الاستحقاق المبطل للملك :

اتفق الفقهاء^(٢) على القول : بانفساخ العقد في الاستحقاق الذي يزيل الملك بالكلية بحيث لا يبقى لأحد عليه حق التملك ، كالتعق ، دون حاجة لحكم القاضي ، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، فلو أقام العبد بينة أنه حر الأصل ، أو أنه عبد لفلان فأعتقه ، انفسخ العقد عندئذ نتيجة الاستحقاق الذي أزال الملك^(٣) . وهذا ما صرح به صاحب درر الحكام شرح غرر الأحكام حيث قال : ((الأول - في إشارة إلى هذا النوع - يوجب انفساخ العقود))^(٤) النوع الثاني : الاستحقاق المثبت للملك^(٥) :

وهو الغالب في إطلاق كلمة الاستحقاق ، وذلك كأن يدعي زيد على خالد أن ما في يده من المتاع ملك له ، وبرهن على ادعائه^(٦) ، وهذا النوع من الاستحقاق قد يتناول كامل المعقود عليه ، فيسمى استحقاقاً كلياً أو جزءاً منه ويسمى استحقاقاً جزئياً ، وفيما يأتي توضيح أثرهما على العقد :

أولاً - أثر الاستحقاق الكلي على العقد :

اختلف الفقهاء في حكم انفساخ العقد بعد ثبوت استحقاق المعقود عليه استحقاقاً كلياً إلى قولين :

القول الأول : إن استحقاق المعقود عليه استحقاقاً كلياً لا يوجب انفساخ العقد ؛ لأنه لا يوجب بطلان الملك ، بل يجعل العقد موقوفاً^(٧) على إجازة المستحق ، فإن أجازه صح العقد

(١) - هذا التقسيم للاستحقاق تجده عند الحنفية بشكل صريح ، وهو موافق لما نص عليه فقهاء المذاهب الأخرى فيما يبدو لي .

(٢) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ١٩٣/٥ - ١٩٤ ، معين الحكام : الطرابلسي ١٤٥ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٠/٢ ، التاج والإكليل لمختصر خليل ٣٥٥/٧ ، الفواكه الدواني ٢٣٣/٢ ، شرح مختصر خليل للخرشي ١٥١/٦

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ١٩٣/٥ - ١٩٤ ، معين الحكام : الطرابلسي ١٤٥ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٠/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٤٩/٥ .

(٤) - درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٠/٢

(٥) - إن تعبير الحنفية عن هذا النوع بأنه : الاستحقاق التالف للملك ، أي من ملك شخص إلى ملك آخر ، وهذا غير مسلم به فيما يبدو لي ، إلا على سبيل تمجيز ، بمعنى أنه برد على محل قابل للتملك ، ذلك أن الاستحقاق لا ينقل الملك بل يشته للشخص المستحق ، ونقل الملك لا يكون إلا بسبب من أسبابه كالبيع والهبة ونحوهما ، والاستحقاق لا يمكن أن يكون منها ، لذا كان التعريف بأنه شوت ملكية شيء .

(٦) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٤٩/٥

(٧) - يقصد بالعقد الموقوف العقد الذي تعلق به حق الغير بدون سابق إذن من ملكه ، كعقد الفضولي وعقد الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر ، وتصرف الراهن في العين المرهونة وما شابه ذلك من العقود والتصرفات التي يتعلق بها حق للغير ، وهو ما أشار إليه ابن نجيم وغيره بقولهم : « والموقوف ما تعلق به حق للغير » البحر الرائق : ٧٥/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٠/٥ ، وانظر ، حاشية الدسوقي : ١٢-١١/٣ ، مقني المحتاج : ٢١/٢

وعرفه علماؤنا المعاصرون تعريفات تؤدي ذات المعنى السابق ، فقد قال محمد أبو زهره : ((وأما العقد الموقوف ، فهو ما صدر من أهله مضافاً إلى محله مع سلامة أوصافه ولكنه لم يكن ممن له ولاية على العقد ، كعقد الفضولي ، وبيع ناقص الأهلية وشرائه وتكاحه ، فإن هذه العقود صحيحة موقوفة)) الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٣٧٩ .

وبناء عليه : فإن العقد الموقوف هو ما توقف نفاذه على إجازة صاحب الشأن فهو عقد تعاقب فيه الإيجاب والقبول بين طرفين يظهر أثرهما في محله مع سلامة أوصافه ، توقف نفاذه على إجازة من صدر له .

وإن لم يجزه انفسخ نتيجة الاستحقاق ، وهو الراجح عند الحنفية والمفهوم من فروع ، المالكية^(١) . قال ابن عابدين : ((يبقى العقد موقوفاً بعده^(٢) على إجازة المستحق ، أو فسخه على الصحيح ، فإذا فسخه صريحاً فلا شك فيه ، وكذا لو رجع المشتري على بائعه وسلمه إليه ؛ لأنه رضي بالفسخ ، وكذا لو طلب المشتري من القاضي أن يحكم على البائع بدفع الثمن ، فحكم له بذلك أو تراضياً على الفسخ ، ففي ذلك ينفسخ العقد ، فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور ، بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد))^(٣) .

أما إذا كان استحقاق المعقود عليه يتمثل في مال يتيم ، أو مال وقف ، فإن العقد ينفسخ بالاستحقاق عندئذ ، ولا يتوقف على إجازة المستحق ؛ لعدم وجود مجيز وقت إبرام العقد ، إذ إن العقد الموقوف يحتاج إلى مجيز وإلا فلا يسمى موقوفاً^(٤) .

القول الثاني : إن الاستحقاق الكلي للمعقود عليه يؤدي إلى انفساخ العقد نتيجة بطلان الملك الأول ، وهو الراجح عند الشافعية والحنابلة^(٥) وقول عند الحنفية والمالكية^(٦) . قال النووي : ((فلو باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية ، فقولان : الصحيح ، أن العقد باطل.))^(٧)

الأدلة والمناقشة والترجيح :

استدل كل فريق فيما ذهب إليه بأدلة حكم تصرف الفضولي في ملك غيره ؛ لأن حقيقة الاستحقاق ما هي إلا نتيجة تصرف فضولي في ملك غيره بغير إذنه ، أو صورة من صوره وفيما يأتي أدلة الفريقين :

أ- أدلة القائلين بانفساخ العقد حال ثبوت الاستحقاق :

١- استدلوا بحديث حكيم بن حزام حيث قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لا

(١)- انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ١٩١/٥ ، معين الحكام : الطرابلسي ١٤٥ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ١٩٠/٢-١٩١ ، العقد المنظم للحكام : ابن سلّمون ٢١٠/١ ، مواهب الجليل : الخطاب ٢٧٢/٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل ٣٤٧/٧ ، هذا وتلمس القول في توقف العقد في حالة الاستحقاق الكلي على إجازة المستحق عند الشافعية والحنابلة أيضاً في رأي مرجوح لديهما . انظر ، المجموع : النووي ٣١٢/٩ ، المغني : ١٥٦/٥ .

(٢)- أي بعد الاستحقاق .

(٣)- رد المحتار على الدر المختار : ١٩١/٥ .

(٤)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٤٩/٥ ، نظرية الاستحقاق : د. محمد أحمد الكزني ١٠٦ .

(٥)- انظر ، روضة الطالبين : النووي ٥٧٠/٣-٩٣/٥ ، المهذب : ٢٨٨/١ ، الإصناف : المرادوي ٢٨٣/٤ ، المغني : ٥٠٦/١٥٦ ، القواعد ابن رجب ٣٨٣ ،

(٦)- انظر ، العقد المنظم للحكام : ابن سلّمون ٢١٠/١ ، حاشية النسوقي على الشرح الكبير ٩٨/٤ .

(٧)- المجموع : النووي ٣١٢/٩ .

تَبَّعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(١) .

وجه الاستدلال : أن هذا الحديث صريح في النهي عن بيع ما لا يملكه البائع حيث روي عن حكيم بن حزام كان يقول للنبي صلى الله عليه وسلم : إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما عندي ، فأفضي إلى السوق فاشتريه ثم أبيع منه ، فقال : « لا تَبَّعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » ، بمعنى لا تبع ما لا تملكه ، ويؤكد هذا صحة بيع الإنسان ماله الغائب^(٢) ؛ لأنه ملك له .

وعليه : فإن المراد من الحديث النهي عن بيع ملك الغير بغير إذنه ، والنهي يدل على فساد المنهي عنه^(٣) ، لذا فإن العقد يفسخ بثبوت الاستحقاق بنص هذا الحديث ؛ لأن البائع حال استحقاق المعقود عليه ، باع ملك غيره .

نوقش وجه الاستدلال بهذا الحديث في أنه لا يدل على النهي عن بيع ملك الغير بغير إذنه ؛ لأن المراد منه بيع ما ليس عنده ملكاً ؛ لأن قصة الحديث تدل عليه ، فإنه روي أن حكيم ابن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ، ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ، ويسلم إليهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : « لا تَبَّعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » ؛ ثم أن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه ، تملك ما لا يملكه بطريق الأصالة ، وهذا محال . أما بيع ملك الغير هو بيع بطريق النيابة وهو موقوف على إجازة المالك^(٤) . وعليه لا دلالة في هذا الحديث على انفساخ العقد عند ثبوت الاستحقاق ؛ لعدم دلالة على نهي بيع ملك الغير بطريق النيابة الذي هو صورة من صور الاستحقاق .

٢ - واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاقَ إلا فيما تملكُ ولا عتقَ إلا فيما تملكُ »^(٥) .

دل الحديث بمفهومه على حصر التصرف في الطلاق والعتق والبيع فيما يملكه الإنسان ، فبيع ما لا يملكه ، بيع باطل منهي عنه ؛ لعدم الملك ، فإن ثبت الاستحقاق تبين أن المتصرف باع ما لا يملكه ، فيكون بيعه مستوجباً انفساخ العقد نتيجة الاستحقاق الذي يبطل ما كان

(١) - أخرجه أبو داود : كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده / ٣٥٠٣ ، والترمذي : كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده / ١٢٢٢ ، وابن ماجه : كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عنده ، والنسائي : كتاب البيوع ، باب بيع ما ليس عند البائع / ٤٦١٢ ، والبيهقي : كتاب البيوع ، باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة / ١٠١٩٩ ، قال الشوكاني : ((الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، وفيه إشارة إلى أن عبد الله بن عصة زعم عبد الحق أنه ضعيف جداً ولم يتبعه ابن القطان بل نقل عن ابن حزم أنه مجهول ، قال الحافظ وهو جرح مردود)) (نيل الأوطار : ٢٥٢/٥) . وجاء في عون المعبود ٢٩١/٩ : ((قال المنذري : وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي : حديث حسن)) .

(٢) - النظر ، المجموع : النووي ٣١٠/٩ - ٣١٢ ، المغني : ١٤٥/٤ ، نظرية الاستحقاق : أحمد الكزني ١١١ .

(٣) - نظرية الاستحقاق : أحمد الكزني ١١١ .

(٤) - بدائع الصنائع : ١٤٧/٥ .

(٥) - أخرجه أبو داود : كتاب الطلاق ، باب في الطلاق قبل النكاح / ٢١٩٠ ، وجاء في عون المعبود : ١٨٦ / ٦ ، قال الترمذي : حديث حسن وهو أحسن شيء روي في الباب .

متصوراً أنه ملك .

ردّ القائلون بتوقف العقد حال ثبوت الاستحقاق ، أن هذا الاستدلال لا يصح ؛ لأن النهي الوارد في الحديث نهى عن البيع المطلق ، والمطلق بصرف إلى الكامل ، والكامل هو البيع البات ، فلا اتصال له بموضع النزاع ؛ لأن بيع ملك الغير ليس بيعاً باتاً ، بل هو بيع موقوف ، لذلك فلا يكون الحديث دالاً على وجوب انفساخ العقد بثبوت الاستحقاق الناجم عن بيع ملك الغير^(١).

٣- واستدلوا بالمعقول أيضاً من خلال أنه إذا ثبت الاستحقاق ، تبين أن البائع باع ملك غيره ، وبائع ملك الغير لا يقدر على تسليمه شرعاً ، وبيع ما لا يقدر على تسليمه باطل كما هو الحال في بيع السمك في الماء والطير في الهواء^(٢) .

نوقش هذا الدليل بأن قياس بيع ملك الغير على بيع الطير في الهواء ، قياس مع الفارق ؛ لأن البائع عاجز عن تسليم الطير وهو في الهواء عجزاً مطلقاً بخلاف بيع ملك الغير ؛ لأن البائع هنا عاجز عن التسليم عجزاً إضافياً - أي بالنسبة له - لإمكان التسليم بإرضاء المالك بالبيع ، وقياس العجز المطلق على العجز الإضافي قياس مع الفارق^(٣) .

ولكنني أرى أيضاً أن بيع السمك في الماء ، والطير في الهواء ، بيع باطل أصلاً ، فالعقد فيهما غير منعقد ، أما في حالة الاستحقاق فالعقد قد تم بأركانه بين المتعاقدين ، ثم ثبت استحقاق المعقود عليه الذي استدعى انفساخ العقد مباشرة دون وقوف على رضا المتعاقدين لبطلان الملك الأول الذي تم العقد به ، كما هو الحال في هلاك المعقود عليه الذي يؤدي إلى انفساخ العقد حال الهلاك ، فالعقد مع الاستحقاق والهلاك منعقد ، ثم تبين البطلان ، وهذا ما يجعل العقد يفسخ من تلقاء نفسه .

ب - أدلة القائلين بتوقف العقد على الإجازة عند ثبوت الاستحقاق :

١- استدلوا بعموم قوله تعالى : ((وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ))^(٤) ، وقوله عز شأنه : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ))^(٥) .

(١)- انظر ، العناية شرح الهداية : ٥٤/٧ ، نظرية الاستحقاق ١١٢ .

(٢)- انظر ، المجموع : ٣١٧/٩ ، المعنى : ١٤٥ /٤ ، نظرية الاستحقاق : ١١٣ .

(٣)- انظر ، العناية شرح الهداية : ٥٤-٥٣/٧ ، بدائع الصنائع : ١٤٧/٥ ، نظرية الاستحقاق : ١١٣ .

(٤)- سورة البقرة : الآية ٢٧٥

(٥)- سورة النساء : الآية ٢٩

وجه الاستدلال : هو أن الله تعالى شرع البيع والتجارة من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة ، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء ، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء ، أو عند وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل ، ولا مخصص لهما في هذا المضمار^(١) .

نوقش هذا الاستدلال : بأن العموم الوارد في هاتين الآيتين مخصص بالأدلة التي تدل على عدم صحة بيع ملك الغير كحديث : ((لا تبع ما ليس عندك)) وحديث : ((لا بيع إلا فيما تملك)) . ردُّ على هذا النقاش بأن الحديث الأول منها وارد فيمن يبيع شيئاً ثم يذهب إلى السوق فيشتري مثله ويسلمه إلى المشتري بحكم ذلك العقد فهو يخصص عموم الآية في هذه المسألة ، أما الحديث الثاني الذي يُحمل على البيع البات فلا تخصيص فيه ؛ لعموم الآيتين ، إذ يشملان البيع البات وغير البات^(٢) .

٢- واستدلوا أيضاً بحديث عروة البارقي : ((أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه كان لو اشترى ثراباً لربح فيه))^(٣) .

وجه الاستدلال : أن عروة تصرف في مال رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبيع والشراء أكثر من مرة من غير إذن ؛ لأنه لم يوكله إلا في شراء شاة ، ثم أقره النبي على التصرف الخارج عن نطاق الوكالة ، ودعا له بالبركة^(٤) .

وفي هذا دليل على جواز التصرف في ملك الغير شريطة إجازة المالك له وإلا فلا ، وفي الاستحقاق كذلك ؛ لأنه صورة منه .

نوقش هذا الاستدلال بأن عروة البارقي كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة ، دل عليه أنه اشترى وباع بما معه من هذه الوكالة ، أما ما نحن بصدده فلا إذن فيه من المالك أصلاً^(٥) .

(١) - بدائع الصنيع : ١٤٨/٥ - ١٤٩ .

(٢) - البناية في شرح الهداية : العيني ١٠٢/٧ ، نظرية الاستحقاق ١١٥ .

(٣) - أخرجه البخاري : كتاب المناقب ، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي آية فأراهم تشقق القمر / ٣٤٤٣ ، وأخرجه أبو داود : كتاب البيوع ، باب المضارب بخلاف / ٣٣٨٤ ، وأخرجه ابن ماجه : كتاب الصدقات ، باب الأمين يتجر فيه فربح / ٢٤٠٢ ، وأخرجه البيهقي ، باب المضارب بخلاف بما فيه زيادة لصاحبه ، ومن تجر في مال غيره بغير أمره / ١١٣٩٥ .

، قال الصنعلي : ((رواه الخمسة إلا النسائي وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه وأورد له الترمذي شاهداً من حديث حكيم بن حزام الحديث في إسناده سعيد بن زيد أبو حمزة مختلف فيه قال المنذري والنووي إسناده حسن صحيح وفيه كلام كثير وقال المصنف الصواب أنه متصل في إسناده مسند)) سبل السلام : ٥٥/٣ ، وقال الشوكاني : ((رواه الترمذي ، وقال : لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وقال المنذري والنووي : إسناده صحيح لمجيبته من وجهين)) نيل الأوطار : الشوكاني ٥/٦ .

(٤) - سبل السلام : الصنعلي ٥٦-٥٥/٣ ، فتح الباري : ٦٢٤/٦ .

(٥) - النظر ، المجموع : ٣١٣/٩ . سبل السلام : الصنعلي ٥٦/٣ .

ورُدَّ على هذا النقاش بأن دعوى أن عروة كان وكيل وكالة مطلقة لا دليل لها ، إذ لا يمكن إثباته بغير نقل ، والمنقول أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يشتري أضحية ، ولو كان لنقل على سبيل المدح له ، فوكالته وكالة خاصة بالشراء ، وتصرفاته الأخرى خارجة عن نطاق الوكالة^(١) ، وهو ما يؤيده الشافعي رحمه الله تعالى حيث قال : « إن صح حديث عروة البارقي فكل من باع أو اعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضي ، فالبيع والعتق جائزان »^(٢) .

٣- واستدلوا بالمعقول من خلال أن الاستحقاق ما هو إلا تصرف تمليك صدر من أهله ووقع في محله ، فوجب القول بانعقاده ، أما أنه تصرف تمليك ، فظاهر ؛ لأن تصرف التمليك شرع لأجل التمليك فإذا لم يفد حكمه كان لغواً ؛ لأن المراد من الأسباب الشرعية أحكامها ، فلما كان التصرف موقوفاً ، فقد أفاد حكماً موقوفاً ، وأما صدوره من أهله ؛ فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ ، وهما موجودان في العاقد ، أما أنه وقع في محله ؛ لأن محل العقد المال المنقوم ، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تتعدم المالية والنقود ، ألا ترى أنه لو باعه بإذن المالك فجاز ، والإذن لا يجعل غير المحل محلاً . وأما وجوب القول بانعقاده ، فلأن الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع إلا لمانع والمانع منتفٍ ؛ لأن المانع هو الضرر ، ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين ، أما المالك فلأنه مخير بين الإجازة والفسخ فيختار ما فيه مصلحته . وأما العاقدان ؛ فلأن عدم الضرر في حقهما ظاهر ؛ لأنهما رضا بال عقد ، لذلك تثبت القدرة الشرعية لانعقاده^(٣) .

الترجيح :

يظهر مما تقدم أن القول بتوقف العقد على إجازة المستحق ، إن شاء أجاز وإن شاء فسخ العقد أولى من القول بانفساخ العقد حال الاستحقاق ، لصحة حديث عروة البارقي الذي يؤيد هذا التوجه من حيث أنه أقوى الأدلة في بيان هذه المسألة . فقد تواردت أقوال الفقهاء فيه التي أظهرت في النتيجة صحة هذا الحديث ، وإذا ثبتت صحته كما قال الشافعي والجصاص^(٤) فالعمل به هو الراجح ، ثم إن مراعاة المصلحة أمر مندوب إليه في الشرع ، ففي كثير من

(١) - العناية شرح الهداية : ٥٤/٧

(٢) - المجموع : ٣١٢/٩ .

(٣) - العناية شرح الهداية : ٥٢/٧ - ٥٣ ، البحر الرائق : ١٦١/٦ .

(٤) - انظر ، سبل السلام : الصنعاني ٥٦/٣

الأحيان يكون تصرف الإنسان في ملك غيره بيعاً أو إجارة ونحوهما ، يجلب له المصلحة ويدفع عنه المضرة ، وكان القول بتوقف العقد حال التصرف في ملك الغير صمام أمان بالنسبة للمالك أو المستحق ، إذ يستطيع أن يفسخ العقد إذا شعر بأي ضرر ، كما أنه قد ينتفع بهذا التصرف إن وجد أنه بحاجة إلى ثمن الشيء المستحق ، خاصة إن تحقق ما يرغب به من ثمن مناسب .

ثانياً - أثر الاستحقاق الجزئي على العقد :

اختلف الفقهاء في أثر استحقاق بعض المعقود عليه على العقد إلى ثلاثة أقوال :
القول الأول : إن العقد صحيح في الجزء المملوك ، منفسخ في الجزء المستحق ، وهو الراجح عند الشافعية والحنابلة^(١) .

القول الثاني : يفسخ العقد إذ ثبت الاستحقاق في بعض المعقود عليه ، وهو قول للشافعية فيما إذا كان الثمن يتوزع على قيمته^(٢) ، ورأي مرجوح عند الحنابلة ، رجحه بعض فقهاء المذهب في حالة ما إذا كان المبيع شئيين بيعاً صفقة واحدة استحق أحدهما^(٣) . قال ابن قدامة :
 ((القسم الثالث : أن يكون المبيعان معلومين ، مما لا ينقسم عليها الثمن بالأجزاء كعبد وحر وخل وخمر وعبد وعبد وغيره والقول بالفساد في هذا القسم أظهر إن شاء الله تعالى))^(٤)
القول الثالث : إن العقد موقوف في الجزء المستحق ، صحيح في الجزء الباقي ، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية^(٥) .

الأدلة :

أ - أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي^(١) :

١- إن لكل واحد من الجزء المستحق والمملوك حكماً لو كان منفرداً ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه ، كما لو باع شقصاً وسيفاً ، فإنه تثبت الشفعة في الشقص كما لو

(١)- انظر ، المهذب : الشيرازي ٣٤٢/١ ، المجموع : النوي ٤٧٢/٩ ، روضة الطالبين : ٩٣/٥ ، المغني : ١٦٣/٤

(٢)- انظر ، الأم : الشافعي ١٩٢/٦ ، المجموع : ٤٧١/٩-٤٧٢ ،

(٣)- انظر ، المغني : ١٦٣/٤

(٤)- المرجع السابق : ١٦٣/٤ .

(٥)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٨/٥ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٢٦/٣-٢٧ ، حاشية الدسوقي : ١٢/٣-١٣

(٦)- انظر ، المجموع : ٤٧١/٩-٤٧٢ ، المغني : ١٦٣/٤ ، نظرية الاستحقاق : أحمد الكزني ١٢١

أفرده بالبيع ، وبالتالي يأخذ كل واحد من الجزئين الحكم نفسه كما لو كان منفرداً ، لذا يفسخ العقد في الجزء المستحق حال ثبوت الاستحقاق.

٢- إلحاق ما لا يقبل العقد بما يقبله ليس أولى من إلحاق ما يقبله بما لا يقبله، لذلك لا نلحق أي بعض بالآخر ، بل يأخذ كل جزء حكم نفسه .

٣- ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد .

٤- ولأن العقد سبب اقتضى الحكم في محلين ، وامتنع حكمه في أحد المحلين لثبوتيه عن قبول ، فيصح في الآخر كما لو أوصى بشيء لأدمي وبهيمة .

ب - أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي^(١) :

١- إن العقد جمع بين الحلال والحرام ، فإما أن يغلب حكم الحرام على الحلال ، أو يغلب حكم الحلال على الحرام ، والأول أولى ، لأن في تغليب الحلال والحكم بصحة العقد ، جلب المصلحة ، وفي تغليب الحرام والحكم ببطلان العقد ، درء المفسدة ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة . جاء في كتاب الأم : ((من اشترى شيئاً بعينه بشيء بعينه فاستحق أحد الشئين بطل البيع كله ؛ لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فبطلت))^(٢).

٢- إن العقد لا يتم صحيحاً في الجزء الحلال إلا بصحته في الجزء الحرام ، وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح ، فلا صحة له .

٣- إن العقد يبطل للجهالة بالثمن ؛ لأن الثمن المسمى يتوزع على المبيع باعتبار القيمة ، ولا يدري حصة كل واحد منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولاً ، وهذا دليل الفقهاء الذين رجحوا القول بالبطلان إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على قيمته .

ت - أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل أصحاب هذا الاتجاه القائلين بتوقف العقد في الجزء المستحق بأدلة توقف العقد في حالة الاستحقاق الكلي ، قال الكاساني : ((فإن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز

(١)- انظر ، الأم : الشافعي ٦ / ١٩٢ ، المجموع : ١ / ٤٧١-٤٧٢ ، المغني : ٤ / ١٦٣ ، نظرية الاستحقاق : ١٢٠ .

(٢)- الأم : الشافعي ٦ / ١٩٢ .

المستحق ، بطل العقد في القدر المستحق ؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن للبائع ، ولم توجد الإجازة من المالك فبطل ، وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء رده^(١) .

وبناء على ما تقدم : أرى أن اتجاه أصحاب القول الثالث هو أكثر قبولا وتوافقاً مع حاجة الناس قياساً على الاستحقاق الكلي بما ورد فيه من نقاش أظهر دقة وصواب هذا الاتجاه.

** - المطلب الثاني : تطبيقات أثر الاستحقاق على انفساخ بعض العقود :

سأتناول آراء المذاهب الفقهية في أثر الاستحقاق على انفساخ بعض العقود إتماماً للبحث وإغناء للموضوع ، وإظهاراً لبعض الفروع الفقهية .

أولاً - أثر الاستحقاق في انفساخ عقد البيع :

إذا ثبت استحقاق المبيع ، فإنه لا يخلو أن يستحق بعضه أو كله ، وفيما يأتي تفصيل آراء الفقهاء :

١ - استحقاق المبيع كله :

ذهب الشافعية والحنابلة^(١) في الراجح لديهم إلى أن البيع يفسخ حال استحقاق المبيع كله ، ويرجع المشتري بالثمن كله على البائع سواء علم بالاستحقاق حال العقد ، أم لم يعلم ؛ لأنه أزيلت يده عن المبيع بسبب كان في يد البائع ، أما الحنفية^(٢) ، فقالوا : يفسخ البيع أيضاً إذا كان الاستحقاق مبطلاً للملك ، أما إن كان ناقلاً له ، فإن البيع عندئذ يكون موقوفاً على إجازة المستحق ، فإن أجازته نفذ ، وبقي المبيع للمشتري ، ويأخذ المستحق الثمن من البائع ، ويصبح كوكيل عنه بالبيع ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإن لم يجز المستحق ، واختار أخذ المبيع ، فإن العقد يفسخ ، ويكون البائع ملتزماً للمشتري برد الثمن ، وهذا هو المفهوم أيضاً من فروع المالكية^(٣) .

٢ - استحقاق بعض المبيع :

ذهب الحنفية إلى توقف العقد على إجازة المستحق في الجزء الباقي ، فإن أجازته تم العقد وإلا انفسخ في القدر المستحق ؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملكاً للبائع ولم توجد الإجازة من المالك ، فبطل ، وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء

(١) - بدائع الصنائع : الكاساني ٢٨٨/٥ . (٢) - انظر ، المجموع شرح المهذب : ٣١٥/٩ ، أسنى

المطالب شرح روض الطالب ٣٥٠/٢ ، المغني : ١٤٥/٤ ، ١٥٦/٥ ، كشاف القناع : ٣٦٩/٣ ، القواعد في الفقه الإسلامي

: ابن رجب ٣٨٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٦/٥ . (٣) - انظر ، رد المحتار على

نذر المختار ١٩١/٥ وما بعدها ، معين الحكام : ١٤٥/٥ . الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٢/٥

(٤) - انظر ، العقد المنظم للحكام : ابن سلّمون ٢١٠/١ .

رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجبه ؛ لأنه إذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا ، وإن كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض أو على غير المقبوض .

فإن قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق لما قلنا ، ثم ينظر إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً كالدار والكرم والأرض والعبد ونحوها ، فالمشتري بالخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء رد ؛ لأن الشركة في الأعيان عيب، وكذلك إن كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيئاً واحداً من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي وإن كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدین فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة ، فاستحق بعضه فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن ؛ لأنه لا ضرر في تبغيضه فلم يكن له خيار الرد^(١).

أما المالكية^(٢) فقالوا : إن الاستحقاق لا يخلو أن يكون شائعاً أو معيناً فإن كان شائعاً فيما لا ينقسم وليس من رباغ الغلة ، خير المشتري في التمسك بالباقي ، والرجوع بحصة المستحق من الثمن ، وفي رد البيع ؛ لضرر الشركة سواء استحق الأقل أو الأكثر .

وإن كان ذلك البعض المستحق شائعاً فيما ينقسم أو فيما كان متخذاً للغلة ، خير أيضاً في استحقاقه الثلث فأكثر بين أن يتمسك بالباقي ويرجع بحصة المستحق من الثمن وبين أن يرد البيع .

وإن كان المستحق الشائع دون الثلث وجب التمسك بالباقي ورجع بحصة المستحق من الثمن ، وإن كان المستحق جزءاً معيناً فإن كان من مقوم كالعروض والحيوان فإن كان المستحق وجه الصفقة تعين رد البيع ولا يجوز التمسك بالأقل ، وإن كان وجه الصفقة تعين التمسك بالباقي بقيمته ، ورجع بحصة المستحق بالقيمة أيضاً لا بالتسمية ، وإن كان البعض المستحق مثلياً فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن ، وإن استحق الأكثر خير في التمسك والرجوع بحصته من الثمن وفي الرد^(٣) .

(١) - بدائع الصنائع : ٢٨٨/٥ - ٢٨٩ .

(٢) - انظر ، حاشية السوقى ٣ / ٤٦٩ ، بداية المجتهد : ٢٤٤/٢ منح الجليل شرح مختصر خليل ٣٠٤/٥ ، شرح مختصر خليل للخرشي ١٥٦/٦ .

(٣) - حاشية السوقى ٣ / ٤٦٩ .

أما الشافعية والحنابلة^(١) في الراجح لديهم أن البيع يفسخ في الجزء المستحق وفي قول آخر لهما أن البيع يفسخ في الصفقة كلها سواء أكان المبيع قيمياً أم مثلياً .

ثانياً - أثر الاستحقاق في انفساخ الإجارة :

تباينت أقوال الفقهاء في أثر استحقاق الأجرة أو المأجور على عقد الإجارة تبعاً للأسس السابقة التي ذكرتها ، وفيما يأتي بيان تلك الآراء :

١- الحنفية :

ذهب الحنفية إلى اعتبار عقد الإجارة حال استحقاق الأجرة ، أو المأجور موقوفاً على إجازة المالك شريطة قيام المعقود عليه ؛ لأن الإجازة أو الفسخ تلحق العقد ، وعند انعدام محله لا يمكن تحقيق أي منهما ، فلو أجر داراً ثم استحققت ، فقال المالك : قد أجزت ما أجزت ، جازت إجازته إن كان في المدة ، وإن كانت قد انقضت ، فللغاصب الأجر لما ذكرنا أن المعقود عليه قد انعدم ، والإجازة لا تلحق المعدوم ، وإن كان في بعض المدة فالأجر الماضي والباقي لرب المال في قول أبي يوسف ، وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر ما بقي للمالك ، فأبو يوسف نظر إلى المدة فقال : إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلاً للإجازة ، ومحمد نظر إلى المعقود عليه فقال : كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله كأنه عقد عليه عقداً مبتدأ بالمنافع في الزمان الماضي ، وانعدمت فانعدم شرط لحوق الإجازة العقد فلا تلحقه الإجازة^(٢) .

٢- المالكية^(٣) :

ذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنفية في أنه يثبت خيار الاستحقاق حال ثبوت دعواه ، إذ يخير المستحق بين أن يفسخ العقد فيما بقي من المدة ، وبين أن يجيز ما بقي منها ، ولا شيء له فيما مضى من الأجرة ؛ لأن ذا الشبهة يفوز بالغلة .

٣- الشافعية والحنابلة^(٤) :

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن استحقاق المعقود عليه في عقد الإجارة يجعل العقد قابلاً للانفساخ ؛ بناء على أصلهم المتقدم ، كأن يستأجر سيارة للحمل أو الركوب ، فإن العقد يقع

(١)- انظر ، المجموع شرح المهذب : ٣١٥/٩ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣٥٠/٢ ، المعنى : ١٤٥/٤ ، ١٥٦/٥ ،

كشاف القناع : ٣٦٩/٣ ، القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ٢٨٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٦/٥

(٢)- بدائع الصنائع : ١٧٧/٤ .

(٣)- اشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤٦٢/٣-٤٦٣ .

(٤)- انظر ، معني المحتاج : ٣٥٦/٢ وما بعدها ، المعنى : ٢٧٥/٥ .

منفسخ عندهم .

أما إن وقعت الإجارة على عين موصوفة بالذمة ، ثم ثبت استحقاقها لا يفسخ العقد ولزمه بدلها ؛ لأن المعقود عليه موصوف غير متعين .

ثالثاً - أثر الاستحقاق على انفساخ عقد القسمة :

يتبين أثر الاستحقاق على انفساخ عقد القسمة عند الفقهاء فيما يأتي :

ميز الحنفية^(١) حال استحقاق المقسوم بين استحقاقه استحقاقاً كلياً أو جزئياً ، فنصوا على بطلان القسمة عند استحقاق الكلي للعين المقسومة ، وعللوا ذلك بأن القسمة ما هي إلا إفراز بعض الأنصاء ، ومبادلة البعض ، وكل ذلك لا يصح إلا في المملوك .

أما لو استحق شيئاً منها ، فإنها تبطل في القدر المستحق دون غيره .

أما المالكية : فقد ميزوا أيضاً بين استحقاق جل العين أو نصفها أو ربعها فما دون ، فقالوا : إن استحق نصفاً أو ثلثاً من نصيب أحد المتقاسمين ، خير المستحق منه بين التمسك بالباقي ولا يرجع بشيء ، وبين رجوعه شريكاً فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق ، بخلاف ما لو استحق جل ما بيد أحدهما فإن القسمة عندئذ تنفسخ وترجع الشركة كما كانت قبلها .

أما إن كان المستحق ربع ما بيد أحدهما فلا خيار له ، والقسمة باقية لا تنقض وليس له إلا الرجوع بنصف قيمة ما استحق من يده ولا يرجع شريكاً بنصف ما يقابله^(٢) .

وأما الشافعية : فقد ذكروا أنه إذا استحق بعض المقسوم شائعاً كالربع بطلت تلك القسمة في البعض المستحق ، وفي الباقي بعده صحتها مع ثبوت الخيار في الأظهر لديهم ؛ لعدم حصول مقصود القسمة : وهو التمييز ؛ ولظهور انفراد الشركاء بالقسمة .

أما إذا لم يستحق بعض المقسوم شائعاً من النصيبين بأن كان قدر معين ، بقيت تلك القسمة في الباقي ؛ لأن كلا من الشريكين وصل إلى حقه .

وأما إن كان المعين من أحد النصيبين أكثر من المعين من نصيب الآخر بطلت تلك القسمة ؛ لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه ، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة^(٣) .

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٤/٧ - ٢٥ .

(٢) - الشرح الكبير وعليه حاشية النسوي : ٥١٤/٣ .

(٣) - مغني المحتاج : ٥٣٨/٤ .

وأما الحنايئة : فقد ذكروا أيضاً أنه إذا تقاسم الشركاء بأنفسهم أو بقاسم نصيبه أو الحاكم ثم استحقَّ من حصة أحدهما شيء معين لغيرهما بطلت القسمة ؛ لفوات التعديل .

وإن كان المستحق من الحصتين على السواء بأن اقتسما أرضاً ، فاستحق من حصتهما معا قطعة معينة على السواء في الحصتين لم تبطل القسمة فيما بقي من الأرض ؛ لأن القسمة إفرار حق كل واحد منهما ، وقد أفرز كما لو كان المقسوم عينين فاستحق إحداهما .

وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر ، أو كان ضرره في نصيب أحدهما أكثر من ضرره في نصيب الآخر ، كسد طريقه أو سد مجرى مائه أو سد محل طريقه ونحوه مما فيه ضرر ، بطلت القسمة ؛ لفوات التعديل .

وإن كان المستحق شائعاً فيهما بطلت ؛ لعدم رضا الشريك الآخر ، ولعدم الحكم بالقسمة سواء كانت قسمة تراض أو إجبار .

وإن كان شائعاً في أحدهما أي أحد نصيب الشريكين بطلت القسمة ؛ لفوات التعديل .

وإن ادعى كل واحد منهما – أي الشريكين – أن هذا الشيء المقسوم من سهمي ، تحالفاً ، أي حلف كل منهما للآخر على نفي ما ادعاه ؛ لأنه منكر ، ونقضت القسمة ؛ لأن ذلك المدعى به لم يخرج عنهما ولا مرجح لأحدهما على الآخر^(١) .

(١) - انظر ، كشاف القناع : ٣٧٦/٦ .

الباب الثاني

شروط الفسخ وآثاره وأنواعه وموانعه

بعد أن تحدثت عن ماهية الفسخ وأسبابه ، كان لزاماً أن نوضح شروطه وآثاره المترتبة على العقد وأنواعه وموانعه ، وذلك في الفصول الآتية :

- الفصل الأول : شروط الفسخ وآثاره .
- الفصل الثاني : أنواع الفسخ .
- الفصل الثالث : موانع الفسخ .

الفصل الأول

شروط الفسخ وآثاره

وفيه المبحثين الآتيين :

- المبحث الأول : شروط الفسخ .
- المبحث الثاني : آثار الفسخ .

المبحث الأول

شروط الفسخ

لا يتحقق الفسخ بصورة عامة^(١) إلا بعد تحقق شروط معينة يتوقف وجوده عليها ، تتمثل فيما يأتي :

أولاً - قيام العقد :

اشتراط الفقهاء^(٢) لصحة الفسخ وقوعه في عقد صحيح ؛ لأن ماهية الفسخ ما هي إلا نقض لعقد تم صحيحاً بأركانها وشروطه ، بخلاف الحنفية^(٣) الذين أوقعوا الفسخ أيضاً حال وجود عقد فاسد ؛ لأنه عقد قائم عندهم من الناحية المادية ، وقائم من وجهه نظر الشارع بالجملة ، وذلك لاستكمال جميع أركانه وشروط انعقاده ، وإن كان وجوده غير تام لانعدام أحد شروط الصحة فيه ، أو افتترانه بشرط غير صحيح ، أو ما شابه ذلك فهو عقد قائم بالجملة رغم اعتلاله^(٤) ، أما العقد الباطل ، فلا يتصور فيه الفسخ ؛ لأنه غير منعقد أصلاً^(٥) .

وهنا يثار التساؤل الآتي :

ما طبيعة العقد الذي لا بد من قيامه لوقوع الفسخ ؟

يرى أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي ، أن طبيعة العقد المنشود هي اللزوم ، فالعقد الملزم للجانبين هو شرط أساسي لصحة الفسخ ، فلا يتصور الفسخ إلا في عقود المعاوضات اللازمة للجانبين ، كعقد البيع، والإجارة، والصلح ، ونحوها ؛ لأن الفسخ فيها يقوم على فكرة المعاوضة المعتمدة شرعاً ، أما العقد الملزم لجانب واحد ، كالوديعة ، والكفالة ، وهبة التبرع ، فلا يتصور الفسخ فيه ؛ لأن الملزم طرف واحد وليس هناك معاوضة أو مبادلة ، حتى يلجأ الطرف

(١) - وتجدر الإشارة إلى أن هناك شروطاً خاصة للفسخ نظراً لتنوع أسبابه ، فهناك شروط لفسخ العقد الفاسد وشروط للفسخ بسبب الخيار على اختلاف أنواعه وشروط للفسخ الاتفاقي أو ما يسمى بشروط الإقالة ونحوها ، كنت قد تناولت هذه الشروط في ثنايا مباحث أسباب الفسخ حتى لا يتشتت موضوعها ؛ لأنها شروط خاصة للفسخ بذلك السبب .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٢/٥ ، أنوار البروق في أنواع الفروق : القرافي ١٠٥٨/٣ ، المجموع شرح المهذب : النووي ١٢١/١ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ٢٨٧/١ ، قواعد الفقه : محمد عميم لإحسان البركتي ٤١٢/١ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ ، الأشباه والنظائر وعليه غمز عيون البصائر ٤٤٢/٣ - ٤٤٣ ، تبين الحقائق : ١٩٧/٤ .

(٤) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٦ .

(٥) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٦ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق

السنهوري ١٣٢ / ٤

الأخر إلى الفسخ ؛ لحماية مصلحته وتسويغ امتناعه من تنفيذ التزامه^(١) .

ولكن الباحث يرى أن الفسخ متصور في العقد الملزم لجانب واحد ، وفي العقد غير اللازم أيضاً لا على أساس فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً ، وإنما على أساس انتفاء الضرر وفوات الرضا ، وهذا ما جعل الفقهاء يقولون بالفسخ في هذه العقود ، تماشياً مع طبيعتها في عدم اللزوم .

ثانياً - تعيب الرضا الصحيح أو مخالفة العاقد شرطاً صريحاً أو ضمناً أو حكماً في العقد :

لا يكفي لصحة الفسخ قيام العقد بل لا بد من تعيب الرضا ، أو اختلاله ، أو مخالفة العاقد لمستلزمات العقد ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

١ - مخالفة العاقد لمستلزمات العقد :

يشترط لصحة الفسخ أن يخالف أحد العاقدين ما يأتي^(٢):

١ - شرطاً صريحاً :

يقع الفسخ عند مخالفة أحد العاقدين ما اشترطه عليه العاقد الآخر صراحة ، كخيار الشرط وخيار النقد ؛ وهو أن يشترط البائع على المشتري أداء الثمن في مدة معينة ، وإلا لغا البيع بينهما ، وقد سبق توضيحها .

٢ - أو شرطاً ضمناً :

من شروط الفسخ أيضاً تخلف الشرط المفهوم ضمناً في العقد ، فسلامة المعقود عليه شرط ضمني فيه ، فإن تعيب المبيع مثلاً ، أصبح البيع قابلاً للفسخ ، وإن تعيبت العين المستأجرة ، جاز فسخ عقد الإجارة بخيار العيب على ما بيناه في أسباب الفسخ .
وعليه : فوجود العيب شرط في جواز الفسخ ، مفهوم ضمناً في العقد .

٣ - أو التزاماً كان مقرراً بمقتضى العقد :

إن فوات الالتزام المقرر بمقتضى العقد يعد شرطاً للفسخ والانسفاخ ، فالعاقد الذي يعجز عن تسليم المعقود عليه بسبب هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً ، يعطي للطرف الآخر حق طلب فسخ العقد ؛ لاستحالة أو تعذر التنفيذ ، كما في حالة هلاك العين المؤجرة ، أو إعسار المشتري بالثمن في البيع ، أو تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل ؛ لعدم وجوده الذي يعطي المشتري الخيار بين الفسخ واسترداد الثمن أو الانتظار إلى وجوده .

(١) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٦٠/٤ .

(٢) - انظر ، المغنسي : ١٤١/٤ ، الكافي في فقه ابن حنبل : ١٠٧/٢ ، شرح منتهى الإرادات : ١٨٧/٢ ، النظرية العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمصاني ٢٤٠/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٦٠/٤ ، ٣٢٠٥-٣٢٠٤ .

ب - تعيب الرضا الصحيح^(١) :

يشترط لصحة الفسخ تعيب الرضا الصحيح أو اختلاله ، فإذا لم يرض العاقد بالخلل أو كان رضاه مشوباً بعيب من عيوب الرضا ، ملك العاقد عندئذ حق الفسخ ، سواء أكان بالتراضي أم بالتقاضي^(٢) ، قال محمد أبو زهره : ((فكل ما يحيط بإنشاء العقد ويؤثر في الإرادة ، فيعدم الرضا ، أو يجعل تكوين الرغبة تحت تأثير جهل بحال الشيء تغريراً فيه ، فهو عيب من عيوب العقد ، يؤثر فيه ، فيكون لمن حصل في جانبه ما أعدم رضاه ، أو جعله تحت تأثير خطأ أو تغريير ، الحق في فسخ العقد))^(٣).

ومن هذه العيوب الغلط والتدليس والغبن والتغريير والإكراه ونحوها ، والتي تؤثر في العقد تأثيراً قد تجعله باطلاً كالغلط في محل العقد ، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه^(٤) ، أو تجعله غير لازم قابلاً للفسخ كالغلط في الوصف والتدليس^(٥) والغبن مع التغريير ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

* - الغلط :

الغلط لغة : من غلط يغلط غلطاً ، وهو أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه ، وقيل : الغلط : كل شيء يعيا الإنسان عن جهة صوابه من غير تعمد^(٦) .

أما في اصطلاح الفقهاء : فقد عرفه ابن نجيم بقوله : ((الشعور بالشيء على خلاف ما هو عليه))^(٧) ، وقال الخرشي^(٨) : ((هو تصور الشيء على خلاف ما هو عليه))^(٩) ، وقال مصطفى الزرقا أيضاً : ((هو توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً ، فيحمله ذلك على

(١) وتجدر الإشارة إلى أن أستاذنا الفاضل الدكتور وهبه الزحيلي عبر عن هذا الشرط بقوله : انعدام الرضا الصحيح ، وهذا فيما يبدو لي قد يشكل للوهلة الأولى ، ذلك أن انعدام الرضا يمنع انعقاد العقد ، فالعقد مع عدم الرضا يقع باطلاً كونه ركن العقد بخلاف تعيب الرضا بعيب من عيوبه إذ يجعل العقد قائماً وقابلاً للفسخ إن لم يتحقق الرضا التام ، إذ إن مقصده حفظه الله تعالى هو الاتعادم بعد الاعتقاد ، لأنه إذا ظهر قبل الإيجاب والقبول لم يتم العقد ، وإذا ظهر بعدهما أصبح العقد قابلاً للفسخ ، فكان من المستحسن تقييد المسألة بظهور انعدام الرضا بعد تمام العقد فقد يتصور أن انعدام الرضا يمنع انعقاد العقد ، فالعقد مع عدم الرضا الظاهر قبل تمامه ، يجعل العقد باطلاً ، بخلاف تعيب الرضا بعيب من عيوبه ، إذ يجعل العقد قابلاً للفسخ .

(٢) انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٦١/٤ (٣) - الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهرة ٤١٠ .

(٤) سبق وأشرت إلى أثر الإكراه على حكم العقد ، لذا فإبني أن أعرض له هنا خشية التكرار .

(٥) انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢١٢/٤ - ٢١٣ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٤٩/١ وما بعدها ، التدليس : مصدر دلس ، يقال : دلس في البيع وفي كل شيء إذا لم يبين عيبه ، قال صاحب المغرب : التدليس كتمان عيب السلعة عن المشتري ، وبالتالي فالتدليس عيب يثبت خيار العيب ((، وقد سبق ودرست أثر العيب على حكم العقد في أسباب الفسخ من خلال خيار العيب . (المغرب : ٢ / ٢٤٠ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٢٠/٤) .

(٦) لسان العرب : مادة / غلط / ، القاموس المحيط : مادة / غلط /

(٧) الأشباه والنظائر : ابن نجيم ٢٩٧/٣

(٨) الخرشي - (١٠١٠ - ١١٠١ هـ) : محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، ونسبته إلى قرية يقال لها (أبو خراش) بمصر . كان فقيهاً فاضلاً . توفي بالقاهرة . من مؤلفاته : شرحه لمتن خليل . شجرة النور الزكية : ٣١٧ .

(٩) شرح مختصر خليل للخرشي : ١٢٢/٧

إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه^(١) .

وعليه : فالمراد بالغلط في مجال دراستنا الغلط الواقع في جنس المعقود عليه أو وصفه^(٢) كأن يذكر العاقد في محل العقد المعين جنساً ، أو وصفاً ، ثم يتبين خلافهما ، كمن يشتري شيئاً يظنه جيداً ، وهو رديء أو يظنه يساوي الثمن الذي اشتراه به ، وهو لا يساويه ، أو باع سجادة مثلاً ظاناً أنها من السجاد المعتاد ، فإذا هي أثرية نادرة ، أو وهب إحدى فرسيه وهو يظنها الأخرى ، أو كان له بيتان شرقي وغربي ، فأجر الشرقي وهو يظنه الأصغر ، فإذا هو الأكبر ، أو اشترى حلية على أنها من الماس ، فتبين أنها من الزجاج ، ونحوها^(٣) .

فالغلط في مثل هذه الحالات يؤثر في الرضا تأثيراً يبطل العقد أو يجعله قابلاً للفسخ ، وفيما يأتي تفصيل القول في آراء الفقهاء :

- الحنفية :

يرى الحنفية أن الغلط قسماً من حيث أثره على العقد^(٤) :

١ - غلط يترتب عليه بطلان العقد :

وهو الغلط الحاصل في جنس المعقود عليه ، كأن يعتقد أحد العاقدين أن محل العقد من جنس معين ، فإذا هو من جنس آخر ، كمن يبيع ياقوتاً أو ماساً فإذا هو زجاج ، أو يبيع حنطة فإذا هي شعير ونحوه ، فالعقد في ذلك باطل من أساسه ؛ لفوات المحل الذي يريده المشتري ويرغب به ؛ ولأن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان ، والعبارة في التسمية ؛ لأنها أبلغ في التعريف من الإشارة ؛ لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة ، والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات .

جاء في مجلة الأحكام العدلية : ((إذا باع شيئاً وبيّن جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع ، فلو باع زجاجاً على أنه الماس ، بطل البيع))^(٥) . وهذا باتفاق الحنفية ،

(١) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٤٧٣

(٢) - وتجدر الإشارة إلى أننا نتكلم عن الغلط وأثره على العقد بصرف النظر عن التغيير الذي يمكن أن يسببه أو يلاسه ، والذي هو عيب مستقل . ويجب الانتباه أيضاً إلى أن هناك عيوباً أخرى تخذش الرضا وتوجب الخيار كالعيوب التي توجب خيار العيب الذي درسناه فيما سبق .

(٣) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٤٧٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٢١٧

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٣٩٩/٥ - ١٤٠٠ ، المبسوط : السرخسي ١٣/١٢ - ١٣ ، فتح القدير : ٤٣١/٦ - ٤٣٢ ،

الفتاوى الهندية : ٣/١٤٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٢١٧ - ٢١٨ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى

الزرقا ١/٤٧٦ ، المالكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤١٧ - ٤١٨ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥١ ،

النظرية العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمصاتي ٢/١٦٧ ، مصادر الحق : المنهوري ٤/١٠٦ وما بعدها .

(٥) - مجلة الأحكام العدلية : المادة /٢٠٨/

ولكنهم اختلفوا فيما لو اتحد الجنسان وتفاوت الانتفاع فيهما تفاوتاً فاحشاً كالدار المبنية من الأجر والدار المبنية من اللبن ، وكشراء سيارة من جنس معين ومصنوعة في عام معين ، فإذا هي صنع أعوام غابرة ، فالمبيع فيه من جنس واحد ولكنه يتفاوت تفاوتاً بيناً .

قال جمهور الحنفية^(١) : إذا تخالف المذكور في العقد عن المشار إليه ، وهما جنس واحد تخالفاً يجعل الانتفاع بهما متفاوتاً ، فالعبرة بالتسمية ، أي للمذكور بالاسم في العقد وهو غير موجود ، بل معدوم وقت العقد ، فيقع العقد باطلاً من أساسه ، والتعيين بالإشارة لا يلتفت إليه بل يعتبر ملغياً .

أما إن قل التفاوت ، فالعبرة عندئذ للمشار إليه ، ويتعلق العقد به ؛ لوروده على محل قائم إلا أنه ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه ، فلم يجده المشتري ، فثبت له الخيار؛ لفوات ذلك الوصف^(٢) وقال الكرخي : إن العقد هنا فاسد ؛ لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره ، فصار وكأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره ، وذلك فاسد^(٣) .

٢ - غلط يجعل العقد قابلاً للفسخ :

وهو كل غلط يفوت وصفاً مرغوباً فيه ، كمن يشتري حيواناً على أنه ذكر ، فيتبين أنه أنثى أو العكس ، أو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، أو اشترى شاة على أنها حلوب ، فإذا هي غير حلوب ، أو اشترى كتاباً لمؤلف معين ، فإذا هو لمؤلف آخر أو حقيبة على أنها جلد فإذا هي من الكرتون المضغوط أو غيره .

ففي هذه الحالات يكون الغلط في الوصف الذي يجعل العقد غير لازم لمن وقع الغلط في جانبه ، فيكون له الحق في الفسخ ؛ لفوات وصف مرغوب فيه ، نتيجة تعيب الرضا ، لذا لا بد لتمام الالتزام من رضا جديد بالحال التي ظهرت وتبينت ، ولا يكون ذلك إلا في منح العاقد الآخر حق الفسخ .

- المالكية :

قال المالكية : لا يعتد بالغلط ولا يلتفت إليه عند عدم ظهوره أو العلم به ، والعقد معه لازم ؛ لأن العاقد يكون مقصراً في استبيانه لمحل العقد ؛ لأن العبرة للإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول ما دامت الإرادة الحقيقية في طي الخفاء ، حرصاً على استقرار التعامل بين

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٣٩/٥ - ١٤٠ ، المبسوط : السرخسي ١٣/١٢ - ١٣ ، فتح القدير : ٤٣١/٦ - ٤٣٢ ، الفتاوى الهندية : ١٤٠/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢١٧/٤ - ٢١٨ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٧٦/١ ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤١٧ - ٤١٨ ، أحكام المعاملات المالية : الشيخ علي الخفيف ٣٥١ ، النظرية العامة للعقود والعقود : صبحي المحمصاني ١٦٧/٢ ، مصادر الحق : السنهوري ١٠٦/٤ وما بعدها .

(٢) - بدائع الصنائع : ١٣٩/٥ ، فتح القدير : ٤٣١/٦ (٣) - كنز الدقائق وعليه تبين الحقائق : ٥٣/٤

الناس ، جاء في مواهب الجليل : ((سئل مالك عن باع مصلى ، فقال المشتري : أنتري ما هذا المصلى ؟ هي - والله - خز ، فقال البائع : ما علمت أنه خز ، ولو علمته ما بعته بهذا الثمن ، فقال مالك : هو للمشتري ولا شيء للبائع لو شاء استبراه قبل بيعه))^(١) . وكذلك فيمن باع حجراً وسماه باسمه ثم تبين أنه ياقوت وهو يجهل الياقوت ، فالبيع لازم ولا خيار له أيضاً ولو علم المشتري أنه ياقوت ؛ لأن الحجر اسم جنس عام يشمل الياقوت وغيره وقد سماه باسم يصلح له ، بخلاف ما لو سماه بغير اسمه كمن باع مئبناً أنه غير ياقوت فتبين أنه ياقوت أو اشترى ياقوتة فتبين خلافه فالبيع لا يلزم البائع والشراء لا يلزم المشتري .

ووجه التفرقة بين الحالتين : أن الأولى منهما الغلط فيها خفي ، فيلزم العقد ، وعلى العاقد السؤال والتحري فيما هو مقدم عليه بخلاف الثانية ، إذ الغلط فيها يجعل العقد قابلاً للفسخ . أما إذا أبهم أحدهما في التسمية ولم يصرح ، فقال ابن حبيب^(٢) : إن ذلك يوجب الرد كالتصريح^(٣) يظهر مما سبق : أن الغلط لا يؤثر في العقد إن كان خفياً ، حرصاً على استقرار المعاملات بين الناس ومنعاً لزعة الثقة بينهم ، بخلاف ما لو كان الغلط واضحاً جلياً ، إذ يعيب الرضا عندئذ ، فيمنح العاقد الآخر حق الفسخ ؛ حماية لمصلحته ورعاية لحقه .

- الشافعية^(٤) :

لا يخرج الشافعية كثيراً في نظرهم إلى الغلط من حيث أثره على العقد عن المالكية ، فقد قال القليوبي^(٥) : ((لو شك أحد العاقدين في جنس المعقود عليه مثلاً أشعير أم أرز ، صح العقد ولا خيار إن لم يصرح باسمه ، وكذا لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة ، فالعقد صحيح ولا خيار ، إن لم يصرح بلفظ الجوهرة ، وإلا فالعقد باطل ، وحكى عن شيخه قولاً يفيد صحة العقد وثبوت الخيار))^(٦) .

يظهر من هذا الفرع الفقهي لدى الشافعية أن الغلط إن كان خفياً غير مصرح به في العقد فإنه يصح ويلزم ولا خيار للعاقد الآخر ، وإن صرح به ، أو كان ظاهراً في حكم الصريح وقع العقد باطلاً ؛ لفوات محل العقد ، وعلى الرأي الثاني يصح العقد ويثبت حق الفسخ .

(١) - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٦٦/٤

(٢) - ابن حبيب : (ت ٢٣٩) هو : عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن عباس بن مراد السلمي ، كان فقهياً نحويًا لغويًا نساباً أخبارياً ، حافظاً لتفقه على مذهب مالك ، من تصانيفه : كتاب الواضحة في السنن والفقه ، وكتاب فضائل الصحابة ، وكتاب غريب الحديث ، وكتاب تفسير الموطأ . (الديباج المذهب : ١٥٣/١ - ١٥٦) .

(٣) - انظر ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٦٦/٤ ، منج الإكليل في شرح مختصر خليل ٥/٢١٥-٢١٦ ، اتاج والإكليل لمختصر خليل : ٣٩٩/٦ - ٤٠٠ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٤٨٠-٤٨١ .

(٤) - انظر ، حاشية القليوبي ٢/٢٠٥ ، مغني المحتاج : ٢/٨٨ ، اسنى المطالب شرح روض الطالب : ٢/٦٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٤/٢٦٢ - ٢٦٣/٤ ، نهاية المحتاج : الرملي ٣/٤٠٨ .

(٥) - القليوبي (ت ١٠٦٩) أحمد بن أحمد بن سلامة ، أبو العباس ، شهاب الدين القليوبي : فقيه متألف من فقهاء الشافعية ، من أهل قلوب (في مصر) له حواشٍ وشرح ورسائل ، الأعلام للزركلي : ١/ ٩٢ (٦) - حاشية القليوبي ٢/٢٠٥ .

- الحنابلة :

يقترّب المذهب الحنبلي من المذاهب الأخرى حال وجود الغلط في العقد، فقد قال البهوتي: ((لو قال البائع: بعتك هذا البغل بكذا، فقال اشتريته، فبان المشار إليه فرساً أو حميراً لم يصح البيع، ومثله بعتك هذا العبد فبان أمة، أو هذا الجمل فبان ناقّة ونحوه، فلا يصح البيع للجهل بالمبيع، وعدم رؤية يحصل بها معرفته))^(١) وقيل يصح العقد وله الخيار^(٢).

ولكن الراجح عند الحنابلة بطلان العقد حال الجهل والغلط في جنس المعقود عليه؛ لفوات محل العقد بهما، فقد قال ابن قدامة: ((ذات الفرس غير ذات الحمار))^(٣)، في إشارة إلى أنهما جنسان مختلفان أو أن نفعهما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

أما لو اتحدت الذات واختلفت الصفات اختلافاً لا يؤثر في الانتفاع، فإن العقد معها يصح كما لو قال أصدقك هذا الخمر وأشار إلى هذا الخل، أو هذا الحر وأشار إلى عبده، أو هذا الأبيض وأشار إلى الأسود، فالعقد صحيح مع المشار إليه؛ لأنه محل يصح العقد عليه، فلا يختلف حكمه باختلاف تسميته^(٤).

وختلاصة القول: اتفاق الفقهاء على بطلان العقد حال الغلط الجلي في المعقود عليه، والذي يظهر في اختلاف الجنسين اختلافاً بيناً، أو يجعل الانتفاع بهما متفاوتاً تفاوتاً فاحشاً كما عبر عنه الحنفية.

أما الغلط الخفي: فلا نجد بينهم اختلافاً أيضاً في صحة العقد به؛ لأن العبرة للإرادة الظاهرة ما دامت الإرادة الحقيقية خفية حتى لا تضطرب تعاملات الناس، وفي هذا نظرة عدل في استقرار مصالح العباد.

وأما الغلط الذي يجعل العقد غير لازم، فهو عند الحنفية غلط في الوصف، فيكون لمن وقع في جانبه الحق في إمضاء العقد أو فسخه؛ لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا، وذلك في عقود المعاوضات المالية ونحوها التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبل الفسخ أصالة كالزواج^(٥) فإن العقد يقع لازماً عندهم، لا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب، وعند المالكية والشافعية يقع العقد غير لازم حال تسميه المعقود عليه بغير اسمه، فيصبح العقد بسببه قابلاً للفسخ في حق العاقد الآخر.

(١) - كشف القناع: البهوتي ١١٤/٣.

(٢) - الفروع: ١٨/٤، الإحصاف: المرداوي ٢٩٦/٤.

(٣) - المغني: ٥٠/٧.

(٤) - المغني: ١٦٧/٧، الكافي في فقه ابن حنبل: ٨٧/٣.

(٥) - عقد الزواج كما سنرى في الباب الثالث من هذه الأطروحة أنه لا يقبل الفسخ أصلاً، ولكنه يقبله في حالات استثنائية، لذا قلت لا تقبل الفسخ أصالة.

أما الحنابلة فقد ميزوا بين حالة اختلاف الجنسين وحالة اتحادهما ، فأبطلوا العقد في الأولى وصححوه في الثانية .

*** - الغبن مع التغير^(١) :

يعد الغبن مع التغير من العيوب التي تؤثر في الرضا تأثيراً يجعل العقد قابلاً للفسخ بهما في أغلب الأحيان لدى فريق من الفقهاء دون آخرين ، وفيما يأتي تفصيل ذلك من خلال بيان تعريفهما وأنواعهما وأثرهما على العقد :

أولاً - التعريف :

الغبن لغة : هو النقص ، فقد جاء في المصباح المنير : ((غبنه في البيع والشراء غبناً من سبب ضرب مثل غبنه فانغبن وغبنه ، أي نقصه ، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون ، أي منقوص))^(٢) .

أما في اصطلاح الفقهاء ، فلم أعث على تعريف صريح للغبن في نصوصهم الفقهية إلا ما ذكره الحطاب بقوله : ((الغبن عبارة عن بيع^(٣) السلعة بأكثر مما جرت العادة أن يتغابنوا بمثلها أو اشتراها كذلك))^(٤) .

الاحظ على التعريف ما يأتي :

- عبر التعريف عن حقيقة الغبن التي تجري غالباً في عقود المعاوضات المالية على خلاف المعتاد في تعامل المتعاقدين بمثلها .

- ذكر في التعريف المعرف ، وهذا مما لا يصح ؛ لأن التعريف ما هو إلا بيان لماهية الشيء وحقيقته ، فلا يستقيم بذكر المعرف .

وعليه يمكن القول : إن الغبن هو أن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد^(٥) ، فمن باع سيارة بمئتي ألف ، وقيمتها في السوق خمسمئة ألف أو اشتراها في هذه الحال شخص بتسعمئة ألف ، كان البائع مغبوناً في الحال الأولى ، وكان المشتري مغبوناً في الحالة الثانية ، وكمن أجر منزله شهراً بأجرة قدرها عشرة ، ومعروف أن أجرته خمسة ، أو استأجره في هذه الحال شخص بثلاثة كان الغبن واقعاً على

(١) - درست الغبن والتغير معاً ؛ لأنه لا يكون لهما أثر على العقد إلا إذا اجتمعا في الأعم الأغلب ، فالغبن الفاحش لا أثر له على العقد إلا إذا صاحبه تغير عند بعض الفقهاء وكذلك التغير القولي لا يسوغ الحق في الفسخ بدون الغبن الفاحش .

(٢) - المصباح المنير : مادة / غبن / ٤٤٢ .

(٣) - لا ريب أن الغبن والتغير أغلب ما يكون في البيوع ، لذا نجد دراسة الفقهاء لهما تكون ضمن عقد البيع ، وهذا لا يقصر وجودهما في البيع بل يتعداه إلى عقود المعاوضات الأخرى ، وقد سرت على منحنى الفقهاء في ذلك .

(٤) - مواهب الجليل : الخطاب ٤/٤٦٩ .

(٥) - أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥٦ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٢٢١ ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهرة ٤١٨ ، النظرية العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمضلي ٢/١٧٨-١٧٩ .

المستأجر في الحالة الأولى وعلى المؤجر في الحالة الثانية^(١) ، هكذا .

أما التغيرير : فهو الخداع وقد سبق بيان تعريفه^(٢) ، إلا أن الأستاذ محمد أبو زهرة أوضح معناه أيضاً وعلاقته بالغبن من حيث أثرهما على العقد ، فقال : ((وأما التغيرير : هو أن يجعل العاقد في حالة يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك ، كأن يجيء دلال فيبين للعاقد أن قيمة المعقود عليه تعادل كذا ، فيدخل في عقد المعاوضة تحت تأثير ذلك البيان الكاذب ، والتغيرير لا أثر له في العقود إلا إذا ترتب عليه غبن ، فيقوى حكم الغبن ، فليس له إذن أثر في الرضا إلا إذا ترتب عليه غبن))^(٣) .

وتجدر الإشارة إلى أن للتغيرير أنواعاً كثيرة منها : التغيرير الفعلي والتغيرير القولي والتغيرير بكتمان حقيقة الشيء^(٤) :

- **التغيرير الفعلي** : ويقصد به إيهام أحد العاقدين الآخر بفعل شيء في المعقود عليه ليظهر في صورة مقبولة له غير ما هو عليه في الواقع ، كصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد ، وكتوجيه البضاعة المعروضة للبيع بوضع الجيد في الأعلى والرديء في الأسفل ، فيأتي الناظر ويعجب بالوجه الظاهر ، فيشتريها ، وكطلاء الأثاث والمفروشات لتظهر أنها حديثة ، وكتلاعب بعداد السيارة لتظهر أنها قليلة الاستعمال ، وكبيع المصرة ونحوها^(٥) .

ففي كل هذا إغراء للعاقد وخديعة له بإحداث فعل في وصف المعقود عليه من أجل تشجيع المتعاقد على الإقدام على العقد وهو يظن أن ما يفعله في مصلحته والواقع خلاف ذلك .

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل يجيز الفقه الإسلامي للعاقد المغرور الحق في فسخ العقد ؟

اختلف الفقهاء في جواز الفسخ بالتغيرير الفعلي بناء على اختلافهم في حكم التصرية التي

هي شكل من أشكاله .

قال جمهور الفقهاء^(٦) : للعاقد المغرور تغريراً فعلياً الحق في فسخ العقد ورد المعقود عليه

(١) - انظر ، المراجع السابقة .

(٢) - في مبحث الانفساخ بسبب الفساد .

(٣) - الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهرة ٤١٨

(٤) - إن التغيرير بكتمان حقيقة الشيء يسمى تدليساً وهو صورة مشهورة في الفقه الإسلامي ، حقيقته أنه عيب يثبت فيه للعاقد الواقع في جانب خیار العيب ، وقد سبق دراسته لذا فنلن نعرض له خشية التكرار . (انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الرحيلي ٢٢٠/٤) .

(٥) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ١١٥/٣ ، مواهب الجليل : ٤٣٧/٤ - ٤٣٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢١٨/٤ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٦٣/١ - ٤٦٤ ، وبيع المصرة : بيع الشاة ونحوها من

الأعام بعد جمع لبن في ضرعها يوماً أو أكثر حتى يعظم ثديها ليوهم المشتري أنها تحلب مثل ذلك . (مواهب الجليل : ٤٣٨/٤)

(٦) - المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية ، انظر : حاشية ابن عابدين : ٤٤/٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير : ١١٥/٣ - ١١٧ ، مواهب الجليل : ٤٣٨/٤ ، مقني المحتاج : ٨٦/٢ - ٨٨ ، المغني : ١٠٤/٤

لصاحبه مع قيمة النقص ، إن حصل^(١) أو إمساكه وإمضاء العقد دون طلب تعويض عما نقصه بسبب التفرير ، وعمدتهم في ذلك ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر))^(٢) .

وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن^(٣) : ليس للعائد المغرور الحق في الفسخ ، وإنما يرجع بنقصان القيمة إن كانت أنقص مما اشتراها به . ، إذ إنهما لم يأخذا بالحديث السابق ؛ لمخالفته للقياس ، وهو أن ضمان العدوان يكون بالمثل ، أو بالقيمة والتمر ليس منها^(٤) ، قال ابن عابدين : ((ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به ؛ لأنه مخالف للأصول))^(٥) .

وعليه : فإنني أرى أن مذهب الجمهور هو الراجح ؛ لقوة دليلهم وصحته لوروده في الصحيحين ، ثم إن العائد المغرور قد يكون غرضه في الصفة الفائتة الموهوم بوجودها ، فالزامه بالعقد لا شك فيه ضرر لا يستحقه والرجوع بمقدار النقص لا يرفع ذلك الضرر ، فلا بد من إعطاء العائد حق الفسخ مراعاة لمصلحته المتوخاة من العقد .

- **التفرير القولي** : ويراد به الإيهام بالقول من أحد العاقدين ومن يعمل لحسابه ترغيباً في المعقود عليه لحمل العائد الآخر على التعاقد^(٦) : كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر : إن هذا الشيء يساوي أكثر ولا تجد مثله بهذا السعر ، أو دفع لي فلان به كذا فلم

(١) - قال الأستاذ مصطفى الزرقا : ((اختلفت الاجتهادات الفقهية في ذلك : * فمنهم من أوجب ردها مع صاع من تمر مطلقاً دون النظر إلى كمية الثمن المطلوب منها ، عملاً بظاهر الحديث .

* وذهب أبو حنيفة إلى عدم ردها ، وإما يرجع المشتري بنقصان قيمتها إن كانت أنقص مما اشتراها به .

* وذهب أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، في رواية عنه إلى أن المشتري يرددها مع قيمة الثمن المطلوب لا مع صاع من التمر لأنه قد يكون أقل أو أكثر قيمة . فأبو يوسف يحمل ما ورد في الحديث من رد صاع تمر على أن النبي عليه الصلاة والسلام لاحظ تكافؤه مع الثمن المطلوب في تلك الحادثة ، والتمر هو المال الميسور إنذاك ففضى به ، ولكن الأصل الواجب في التعادل هو القيمة.

ورأي أبي يوسف كما ترى في هذه القضية هو أعدل الآراء وأوجهها فقهاً ، وهو الذي يجب التعويل عليه ، وهو أحسن من قول إمامه أبي حنيفة بالرجوع بنقصان الدابة المصراة فقط دون فسخ العقد ، إذ يكون غرض المشتري إنما هو الصفة الفائتة الموهوم بوجودها في البيع ((المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٦٥/١ .

(٢) - أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب انتهى أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة / ٢٠٤١ / ، وأخرجه مسلم : كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه وتحريم التجش وتحريم التصرية / ١٥١٥ / .

(٣) - انظر ، المبسوط : ٤٠ / ٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤٤ / ٣ ، البحر الرائق : ٥١ / ٦ - ٥٣ .

(٤) - المبسوط : ٤٤ / ٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢١٩ / ٤ .

(٥) - حاشية ابن عابدين : ٤٠ / ٣ .

(٦) - انظر ، مواهب الجليل : ٤٣٨ / ٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢١٩ / ٤ - ٢٢٠ .

أقبل ، ونحو ذلك من المغريات للكاذبة^(١) .

ونلمس مثل هذا النوع من التغرير أيضاً في وسائل الترويج الحديثة المتمثلة في الإعلانات بأشكالها المختلفة وغيرها من طرق التفنن في التشويق والترغيب المنتشرة في أيامنا ، ولا يخفى ما في ذلك أحياناً من ألوان الكذب وضروب الخديعة^(٢) .

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل يجيز الفقه الإسلامي أيضاً للعاقده المغرور حق الفسخ ؟ اتفق الفقهاء^(٣) على أنه ليس للعاقده المغرور تغريراً قولياً مجرداً عن الغبن الفاحش الحق في فسخ العقد ؛ لأنه مطالب بالتحري والتأني وعدم العجلة ؛ فإن أقدم على ذلك فهو مقصر يتحمل مغبة تقصيره^(٤) .

ولكن استثنى بعض الفقهاء بيع المرابحة ونظائره من عدم جواز الفسخ بالتغرير القولي المجرد عن الغبن الفاحش ، وفيما يأتي أراؤهم في ذلك :

- الحنفية^(٥) :

اتفق الحنفية على أن العاقده بالخيار إن شاء فسخ العقد ، ورد المعقود عليه ، وإن شاء أخذه وأمضى العقد إن ظهرت الخيانة في صفة العقد ، كأن يشتري شيئاً بنسيئة ، ثم يبيعه مرابحة على الثمن الأول ، ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة ، أو باعه تولية ولم يبين ، ثم علم المشتري به ، وعللوا ذلك : بأن المرابحة عقد بني على الأمانة ، فالمشتري اعتمد البائع واثمنه في الخبر عن الثمن الأول ، فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد ، وصيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب .

أما إن ظهرت الخيانة في قدر الثمن ، كأن يقول البائع اشترت بعشرة وبعثتك بربح كذا أو اشترت بعشرة ووليتك بما توليت ثم يتبين أنه اشتراه بتسعة ، اختلف فقهاء الحنفية في جواز الفسخ بذلك : فقال أبو حنيفة : المشتري بالخيار في المرابحة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك ، وفسخ العقد ؛ لأنها بيع بالثمن الأول وزيادة ربح ، وهذا قائم بعد الخيانة ؛ لأن بعض الثمن رأس مال وبعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مرابحة ، وإنما أوجب تغييراً

(١) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٦٤/١ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٢٠/٤ .

(٢) - انظر ، النظرية العامة للموجبات والمعقودات : صبحي المحمصاتي ١٧١/٢ .

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ١٤٣/٥ وما بعدها ، البحر الرائق : ١٢٥/٦-١٢٦ ، بدائع الصنائع : ٣٠/٦ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢٣٧/٢-٢٣٨ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٦٩/٤ - ٤٧١ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٣٩٩/٦-٤٠٣ ، الشرح الصغير : ١٩٠/٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٤٠/٣-١٤١ ، القوانين الفقهية : ١٧٧/١ المجموع شرح المهذب : ٥٧١/١١ ، روضة الطالبين : ٤٧٠/٣ ، إعتاة الطالبين : ٣٣/٣ . المعنى : ١٤٨/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢١١/٣ .

(٤) - وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من التصرف منهي عنه شرعاً لما فيه من الغش والخداع المنهي عنهما .

(٥) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٢٥/٥ ، المبسوط : ٧٨/١٣-٧٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ١٣٧/٥ ، الغاية شرح الهداية : ٥٠٠/٦ .

في قدر الثمن، وهذا يوجب خلافا في الرضا فيثبت الخيار كما إذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن أما في التولية، فليس للمشتري الخيار لكن له الحط بقدر الخيانة، ويلزم العقد بالثمن الباقي؛ لأن الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية؛ لأنها بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وقد ظهر النقصان في الثمن الأول، فلو أثبتنا الخيار لأخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة، وهذا إنشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه، وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمتنا العقد بالثمن الباقي.

وقال أبو يوسف: لا خيار فيهما ولكن يجوز حط قدر الخيانة، وعلل ذلك بأن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة، والتولية فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته، وبقي العقد لازما بالثمن الباقي.

وقال محمد: له الخيار فيهما جميعا، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده على السابغ؛ لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن، فلا يلزم بدونه ويثبت له الخيار؛ لفوات السلامة عن الخيانة، كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب، إذا وجد المبيع معيباً^(١).

- المالكية^(٢) :-

قال الإمام مالك: المشتري بالخيار إما أن يأخذ بالثمن الحقيقي أو أن يفسخ العقد، ويترك السلعة شريطة أن لا يلزمه البائع بالأخذ بالثمن الحقيقي، فإن ألزمه فلا يسوغ له فسخ العقد عندئذ.

- الشافعية والحنابلة^(٣) :-

ذهب الحنابلة والشافعية في الأظهر عندهم إلى أنه ليس للعاقدين المغرور خيار الفسخ، وإنما له طلب الحط من الزيادة التي غرر فيها، وعللوا ذلك: بأن المرابحة عقد يفيد التمليك باعتماد الثمن الأول؛ لأن التعاقد جرى على أساسه، وكل زيادة عنه يجب حطها. أما القول الثاني للشافعية: ليس للعاقدين المغرور أن يحط شيئاً؛ لأنه قد سمي عوضاً وعقد به.

وعليه: فإن الشافعية والحنابلة لا يجيزون القول بخيار الفسخ حال التغرير القولي في عقد المرابحة ونظائره؛ لأنه لا يمنع صحة العقد، قال البهوتي: ((والمذهب أنه من أخبر بثمن

(١) - بدائع الصنائع: ٢٢٥/٥.

(٢) - انظر، بداية المجتهد: ١٦٢/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٦٩/٣.

(٣) - انظر، مغني المحتاج: ١٠٧/٢-١٠٨، نهاية المحتاج: ١١٧/٤، كشف القناع: ٢٣١/٣، الإصناف: ٤٣٩/٤، مطالب أولى انتهى في شرح غاية المنتهى: ١٢٨/٣.

ففقده به تولسية ، أو شركة ، أو مرابحة ، أو وضعية ، ثم ظهر الثمن أقل مما أخبر به فالمشتري حط الزيادة في التولية والشركة ، وللمشتري أيضاً حط الزيادة في المرابحة ، وحط حظها ، أي قسطها من الربح^(١) .

بناء على ما تقدم فإنني أرجح الأخذ بقول جمهور الفقهاء القاضي بعدم جواز الفسخ ؛ حفاظاً على استقرار التعامل بين الناس ، وابتعاداً عن الفسخ ما أمكن ، حتى لا تنتزع عقود المعاوضات ، مادام رفع الضرر وتحقيق التوازن العقدي حاصلًا بدونه عند الرجوع إلى الثمن الحقيقي ، والزيادة الحاصلة في الثمن تزول بحطها .

ثانياً - أنواع الغبن :

قسم الفقهاء الغبن إلى نوعين : غبن يسير وغبن فاحش ، إلا أن أقوالهم تفاوتت في تحديد كل منهما ، وفيما يأتي بيان ذلك :

١- ذهب الحنفية^(٢) إلى أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين ، والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ؛ لأن القيمة تعرف بالحرز والظن بعد الاجتهاد ، فيعذر فيما يشبهه ؛ لأنه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ، ولا يعذر فيما لا يشبهه لفحشه وإمكان الاحتراز عنه ؛ لأنه لا يقع في مثله عادة إلا عمداً ، وقيل حد الفاحش في العروض نصف القيمة ، وفي الحيوان عشر القيمة ، والعقار خمس القيمة ، وفي الدراهم ربع عشر القيمة ؛ لأن الغبن يحصل لقلّة الممارسة في التصرف ، فكلما كانت الممارسة فيه أقل ، كان الغبن فيه أكثر ، فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة ، والصحيح الأول ، وهذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس يحتاج فيه إلى تقويم المقومين ، وأما إذا كان معروفاً كالخبز واللحم والموز والجبين ، لا يعفى فيه الغبن ، وإن قل ولو كان فلساً واحداً^(٣) .

وعليه يمكن القول : إن الراجح في المذهب الحنفي ، هو أن أساس التقدير بين الفاحش واليسير هو الفاصل الأول ؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققاً ، فكان احتمالياً ، ولذا كان يسيراً ، وإن لم يدخل تحت تقويم المقومين يكون النقص متحققاً ، فيعتبر فاحشاً ، فمن اشترى منزلاً بألف ، وقومه بعضهم بتسعمئة وخمسين ، وبعضهم بألف كان الغبن يسيراً ، وإن كان أقل تقويم له ألف ومئة كان الغبن فاحشاً بالنسبة للبائع ، وإذا كان أعظم تقويم له تسعمئة كان فاحشاً بالنسبة للمشتري ؛ لأن الثمن لم يتناوله تقويم المقومين في الحالتين^(٤) .

(١) كشف القناع : ٢٣١/٣ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠/٦ ، الرد المحتار على الدر المختار : ١٤٥/٥ ، تبين الحقائق : ٢٧٢/٤ .

(٣) - تبين الحقائق : ٢٧٢/٤ .

(٤) - الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤١٩ .

٢- أما المالكية^(١) فقد ميزوا بين الغبن الفاحش واليسير من خلال مخالفة المعتاد مما جرى تعامله بين الناس ، فاليسير ما كان موقفاً للعادة ، فيتغابن الناس بمثله عادة ، والفاحش ما خالفها ، وغالباً ما يتمثل في الزيادة عن الثلث ، وقيل الثلث .

٣- وقال الشافعية^(٢) : الغبن الفاحش هو ما لا يُحتمل غالباً واليسير ما يُحتمل ، فيغتفر فيه ، كبيع عشرة من الدراهم بتسعة منها ، والضابط في ذلك العرف والعادة .

٤- وقال الحنابلة^(٣) : يرجع الغبن إلى العرف والعادة على الصحيح من المذهب ، وقيل يقدر بالثلث ، وقيل : إن الغبن المثبت للفسخ ما لا يتغابن الناس بمثله .

يظهر مما سبق تقارب أقوال الفقهاء في تحديد أساس التقدير بين الغبن الفاحش واليسير ، إذ عبر جمهورهم عن حد الفاحش ما كان مخالفاً للعرف والعادة غالباً ، ومثل هذا ما لا يدخل في تقويم المقومين ، الذي ذهب إليه الحنفية ، بينما الغبن اليسير هو ما كان موافقاً للعرف والعادة ، وهذا يدخل في تقويم أهل الخبرة ، وبالتالي فإن نظرتهما إلى تحديد الفاصل بينهما تكاد تكون متقاربة فيما يبدو لي .

ثالثاً - أثر الغبن على العقد :

اتفق الفقهاء^(٤) على أنه لا أثر للغبن اليسير على رضا العاقد ، وبالتالي فلا يجوز له فسخ العقد بسببه ؛ لأنه غبن غير متحقق ، والشئ المحتمل الوجود ولو كان عن طريق الظن ، لا يكون سبباً في إيجاد خلل في أمر محقق الوجود وهو العقد ؛ لأنه أيضاً غبن يُصعب الاحتراز عنه ، إذ يكثر وقوعه في تعاملات الناس فيما بينهم ، فيتسامحون فيه عادة ، قال ابن هبيرة : ((اتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يوحش لا يؤثر في صحته))^(٥) ، إلا أن الحنفية^(٦) استثنوا حالات ثلاثاً يجوز فيها فسخ العقد بسببه وهي^(٧) :

- تصرف المدين المحجور عليه بسبب دين مستغرق : فإذا باع شيئاً من ماله أو اشترى ولو بغبن يسير ، كان للدائنين حق فسخ العقد ، إلا إذا رضي العاقد الآخر برفع الغبن ؛

(١)- انظر ، مواهب الجليل : الخطاب ٤/٤٦٩-٤٧٠ ، حاشية الدسوقي : ٣/١٤٠ ، شرح الصغير : ٣/١٩٠ ، القوانين الفقهية : ١/١٧٧

(٢)- انظر ، مغني المحتاج : ٢/٣٠٣ ، إعتاة الطائين : ٣/٧١

(٣)- انظر ، الإصناف : ٤/٣٩٤ ، الروض المربع : ٢/٧٨ ، المدع : ٤/٧٨ .

(٤)- انظر ، بدائع الصنائع : ٥/٢٠٩ ، ٦/٤٢ ، تبين الحقائق : ٤/٢٧٢ ، مجمع الأبرار في شرح ملتقى الأبحر ٢/٢٣٧ ، درر الحكام في شرح غرر الحكام ٢/٢٨٩ ، مواهب الجليل : ٤/٤٦٩ ، التاج والإكليل : ٦/٣٩٥ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٣/١٩٠ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٣/١٤٠ ، المجموع شرح المهذب : ١١/٥٧١ ، المغني : ٤/١٧ ، كشاف القناع : ٣/٢١١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٢٢١-٢٢٢ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥٧ ، المتكفية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤/١١٩ .

(٥)- الإصباح : ابن هبيرة ١/٣٢٤

(٦)- انظر ، البحر الرائق : ٧/١٦٩

(٧)- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٢٢٢ ، وانظر ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥٨ .

لأن تصرف المدين موقوف على إجازة الدائنين ، فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بطل .
 - تصرف المريض مرض الموت : إذا باع أو اشترى بغبن يسير جاز للدائنين أو للورثة
 بعد الموت طلب فسخ التصرف إلا إذا رضي المتعاقد الآخر برفع الغبن .
 - بيع الوصي شيئاً من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته كابنه وزوجته ، فإن
 تم ذلك جاز طلب فسخ العقد .

وأما الغبن الفاحش ، فله تأثير على رضا التعاقد فيزيله أو يعيبه ، وهنا يثار التساؤل
 الآتي : هل يحق للعائد المغبون غيباً فاحشاً أن يفسخ العقد ؟
 فتفاوتت أقوال الفقهاء في جواز الفسخ وعدمه حال الغبن الفاحش تبعاً لوجود التغيرير أو
 عدمه عند بعض الفقهاء ، وتبعاً لحالات دون أخرى عند البعض الآخر ، وفيما يأتي تفصيل
 القول في آرائهم :

١ - الحنفية^(١) :

للحنفية ثلاثة أقوال في مسألة تأثير الغبن الفاحش على العقد :

القول الأول : لا أثر لهذا الغبن مطلقاً على العقد في ظاهر الرواية ، فليس للمغبون حق
 الفسخ ، ويكون العقد معه لازماً ، وذلك أن الأصل في عقود المعاوضات اللزوم ، وهي التي
 يجري فيها الغبن عادة ، فيجب أن تصان عن الفسخ ما أمكن ، استقراراً لهذه العقود ، وحفاظاً
 على مصالح الناس ، فلو أجاز الفسخ لكل من يناله غبن لأصبح الإلزام بها أمراً صعباً ،
 ولجرى النزاع في لزومها كثيراً ، وهذا يفقد العقد قوة الإلزام المثبتة شرعاً ، وخاصة إذا كان
 بسبب يعود إلى تقصير التعاقد ؛ لأنه إذا علم بالغبن ، ثم أقدم على العقد ، فقد تحقق رضاه
 بشكل تام ، وأما إن كان جاهلاً بالغبن وقت العقد ، فذاك ينم عن تقصيره أيضاً من خلال عدم
 تأنيبه وبحثه وسؤاله أهل الخبرة ، وفي كلا الحالتين عندئذ لا يجوز له الفسخ أو الاعتراض
 على مجرى العقد^(٢) .

القول الثاني : إن للغبن الفاحش أثراً على العقد ، فيجوز الفسخ به ، وهو اختيار بعض
 الفقهاء^(٣) ؛ لأن المغبون مظلوم ، والظلم يجب رفعه ، ولا يرفع هذا إلا بالفسخ ورد المعقود

(١) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ١٤٣/٥ وما بعدها ، البحر الرائق : ١٢٥/٦-١٢٦ ، بدائع الصنائع : ٣٠/٦ ، مجمع الأنهر
 شرح منقى الأبحر ٢٣٧/٢-٢٣٨

(٢) - انظر ، المراجع السابقة ، والملكية ونظرية العقد ٤٢٠-٤٢١ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته
 د. وهبه الزحيلي ٢٢٢/٤ ، النظرية العامة للموجبات والعقود : صبحي المحمصاني ١٨١/٢-١٨٢

(٣) - قال صاحب كنز الدقائق : ((ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد)) أي الأخذ بهذا القول ولم يحدد من هؤلاء البعض ولكنه أريد قاتلاً : ((
 وقال أبو بكر الزرنجيري يفتى بالرد)) ، كنز الدقائق وعليه البحر الرائق : ١٢٦/٦

عليه فيما إذا كان جاهلاً بالغبن ، فإذا كان عالماً به فلا أثر له على العقد لتحقق الرضا .

القول الثالث : لا أثر للغبن الفاحش على العقد ، إلا إذا صاحبه تغرير من العاقد الآخر ، أو من شخص أجنبي كالدلال ونحوه ، فيكون للمغبون الحق في فسخ العقد ؛ لأن الغبن عندئذ ناتج عن سوء نية أحد العاقدين عن طريق تضليل ، أو غش العاقد الآخر ، ثم إن الرضا بالعقد كان على أساس عدم الغبن والتغرير ، فإن اجتماعهما في العقد تعيب الرضا الموجب لاستمرار العقد ، فجاز الفسخ ، وهو الراجح في المذهب ، فقد جاء في حاشية ابن عابدين : ((وبه أفتى صدر الإسلام وغيره ، وهو الصحيح))^(١) .

وقال ابن نجيم : ((إذا غر البائع المشتري ، وقال له : قيمة متاعي كذا فاشتره ، فاشتراه بناء على قوله ، ثم ظهر فيه غبن فاحش ، فإنه يردده ، وبه يفتى))^(٢) .

ولكن الحنفية^(٣) استنتوا من هذا الرأي ثلاث حالات يجوز فيها فسخ العقد بالغبن الفاحش المجرد عن التغرير وهي : أموال المحجور عليهم بسبب الصغر ، أو الجنون ، أو السفه وأموال الوقف وأموال بيت المال ، فإذا باع الولي أو الوصي مال المحجور عليه أو أجر ناظر الوقف دار الوقف ، أو باع ، أو أجر المأمور المأذون مال بيت المال بغبن فاحش ، انفسخ العقد ولو لم يصاحبه تغرير ؛ لأن التصرف في مثل هذه الأشياء منوط بالنظر والمصلحة ، وليس من المصلحة التصرف فيها بغبن فاحش^(٤) ، قال ابن عابدين : ((فإن تصرفه في مال القاصر منوط بالمصلحة ، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش ولو بدون تغرير))^(٥) ، وأشار علي حيدر في كتابه درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : أن العقد في مثل هذه الحالات يقع باطلاً ؛ لعدم وجود مجيز له عند مباشرته ، فقال : ((إذا باع الولي أو الوصي عقاراً أو عروض الصغير أو التركة بغبن فاحش ، فالبيع باطل ، حتى إنه لا يصح البيع ، ولو أجازاه الصغير بعد البلوغ))^(٦) ثم ذكر أن بعض الفقهاء^(٧) قالوا :

(١) - رد المحتار على الدر المختار : ١٤٣/٥ ، وجاء في مجلة الأحكام العدلية : المادة ٣٥٧ ما نصه ((وإذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً ، فـلمغبون أن يفسخ البيع حينئذ)) .

(٢) - الأشباه والنظائر وعليه غمز عيون البصائر : ٢٩٨/٢ .

(٣) - النظر ، البحر الرائق : ١٦٨/٧ ، الدر المختار على الدر المختار : ٧٠٩/٦ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ١/

٣٦٨-٣٦٩

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٢٢٣/٤ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥٩ ، النظرية العامة

للموجبات والعقود : صبحي المحمصاني ١٨٣/٢ ، مصادر الحق . د. السنهوري ١٣٥/٢ ، الملكية ونظرية العقد : ٤١٩ ، ٤٢٠ .

(٥) - رسائل ابن عابدين : ٦٥ / ٢ .

(٦) - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ٣٦٨-٣٦٩/١

(٧) - ولم يحدد من هؤلاء البعض ، وإنما قال : ((قد قال بعض الفقهاء بفساد البيع)) المرجع السابق .

بفساد البيع الذي هو من هذا القبيل.

وإنني أرى أن القول بانعقاد العقد ووقوعه فاسداً ، أولى من القول ببطلانه لصدور التصرف من أهله في محله ، وهو الرأي الراجح لاتفاقه مع القواعد العامة في المذهب ؛ لأنه عقد منهي عنه لو وصف عرض له وهو الغبن الضار بالمولى عليه^(١) .

يخلص مما تقدم أن الصحيح الذي يُفتى به في المذهب الحنفي ، هو أن الغبن الفاحش إذا صحبه تغرير جاز الفسخ به ، وإن لم يصحبه تغرير فلا خيار للفسخ ، شريطة أن لا يكون هذا الغبن في أموال المحجور عليهم ، أو مال وقف ، أو في بيت المال ، فينفسخ العقد بالغبن الفاحش المجرد عن التغرير عندئذ ؛ لأن الغبن الفاحش المجرد عن الخديعة وأشكالها فيما عدا هذه الحالات الثلاث ، يدل على تقصير ، وعدم تحري المغبون قيمة الأشياء ، فينبغي أن يتحمل تقصيره ، خاصة وأن لكل إنسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق الحر المشروع دون غش أو احتيال^(٢) .

وعليه : فإنه لا يخفى صواب هذا الرأي من حيث تحقيقه للعدل في تعاملات الناس وضبط لها من خلال إدراك المتعاقدين لمآل العقد فيما لو قام أحدهما بالغبن مع التغرير .

ب - المالكية^(٣) :

ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى أن الغبن الفاحش لا أثر له على العقد ، فلا يجيز الفسخ ولا يوجب الرد ، قال الدردير : ((ولا يُرد المبيع بغبن بأن يكثر الثمن أو يقل جداً ، ولو خالف العادة ، بأن خرج عن معتاد العقلاء))^(٤) .

وجاء في مواهب الجليل : ((لا قيام للمبتاع في بيع المساومة بغبن ، ولا بغلط في المشهور من الأقوال ولا أعرف في المذهب في ذلك خلافاً))^(٥) .

وقيل : إن للمغبون حق الخيار بين إمضاء العقد ، أو فسخه، وإن لم يصاحب الغبن تغرير ، قال المواق : ((إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره ، قال : والأصل في هذا أن

(١) - انظر ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٥٩ .

(٢) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٤٦٩/١ .

(٣) - انظر ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٦٩/٤ - ٤٧١ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٣٩٩/٦ - ٤٠٣ ،

الشرح الصغير : ١٩٠/٣ ، حاشية النسوق على الشرح الكبير : ١٤٠/٣ - ١٤١ ، القوانين الفقهية : ١٧٧/١

(٤) - الشرح الكبير وعليه حاشية النسوق : ١٤٠/٣ .

(٥) - مواهب الجليل : ٤٧٠/٤ .

ينظر إلى مدعي الجهل ، فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم وحكى ابن القصار :
إن مذهب مالك للمغبون الرد إن كان فاحشاً ، وهذا إذا كان المغبون جاهلاً بالقيم^(١) .

واستثنى المالكية^(٢) من عدم جواز الفسخ بالغبن الفاحش في المشهور لديهم ما يأتي :

- بيع المستسلم أو المستصح ، وهو أن يخبر أحد العاقدين صاحبه بجهله في أحد البديلين ،
كان يقول المشتري : أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة ، فبعتي كما تباع الناس ، فقال البائع : هي
في العرف بعشرة ، فإذا هي بأقل ، أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشترتني كما تشتري
من الناس ، فيقول المشتري ، هي في عرفهم بعشرة ، فإذا هي بأكثر عندئذ جاز الفسخ والرد
باتفاق المالكية ؛ لأن المغبون قد فوض أمره إلى العاقد الآخر ، حيث إنه لا يحسن المماكسة
في العقد لجهله في بدله ، فظهور الغبن بعد استسلامه ، واستصاح صاحبه قد عيب الرضا
عياً أخل في استمرارية العقد ، لا يزول إلا بالفسخ أو الرضا بما آل إليه الأمر .

٢ - تصرف الوكيل أو الوصي فيما لا يتغابن الناس بمثله ، إذا غبن غبناً فاحشاً ، جاز له
الفسخ و الرد ، لأنه متصرف في ملك غيره ، وقد لا يجتهد فيه الاجتهاد الأمثل ، فقد جاء في
التاج والإكليل :^(٣) «واتفقوا أن النائب عن غيره في بيع ، أو شراء من وكيل ، أو وصي إذا باع
أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود^(٤)» .

ت - الشافعية^(٥) :

ذهب الشافعية إلى أنه لا أثر للغبن الفاحش على العقد سواء رافقه تغرير أم لا مستدلين على
ذلك بحديث حبان بن منفذ الذي أوردناه فيما سبق ، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم لم
يثبت له خيار الغبن ؛ لأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس ، وإنما هو التقصير
وعدم التحري في سؤال الخبرة ، فلم يجز النبي صلى الله عليه وسلم الرد ، وإنما أجاز له ما
يسمى بخيار الشرط ، قال صاحب المجموع :^(٦) «فالدلالة منه - أي من حديث حبان بن منفذ
- ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء
أنفاحش أم لا ، وإن اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة ، فلا خيار له ، ولا نظر
إلى ما يلحقه من الغبن ؛ لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة^(٧)» .

(١) - التاج والإكليل : ٣٩٩/٦ .

(٢) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٣ / ١٤٠ ، الشرح الصغير : ٣ / ١٩٠ ، التاج والإكليل : ٣٩٩/٦ - ٤٠٠ .

(٣) - التاج والإكليل : ٤٠٠/٦ .

(٤) - انظر ، المجموع شرح المهذب : ٥٧١/١١ ، روضة الطالبين : ٤٧٠/٣ ، إعانة الطالبين : ٣٣/٣ .

(٥) - المجموع شرح المهذب : ٥٧١/١١ .

ث - الحنابلة^(١) :

ذهب الحنابلة إلى القول بتأثير الغبن الفاحش في العقد ، سواء صاحبه تغرير ، أم لا في حالات معينة دون أخرى ، فيملك العاقد المغبون حق الفسخ ، وهذه الحالات هي :

- **بيع النجش** : وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ، ليقتدي به المستام^(٢) ، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه ، فيغتر بذلك^(٣) ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش^(٤) ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : **« لا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ وَلَا تَتَّاجِسُوا وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ »**^(٥) .

وعليه : فهذا بيع حرام منهي عنه ؛ لما فيه من التغرير بالمشتري إلا أن الشراء مع النجش صحيح في قول أكثر أهل العلم^(٦) ؛ لأن النهي عائد إلى الناجش لا العاقد^(٧) ، فلم يؤثر في البيع ، ولكن للمشتري حق الفسخ ، إن كان الغبن فاحشاً ومخالفاً للعادة ؛ لأنه أخذ رضا العاقد المغبون الذي لا يمكن جبره إلا بالخيار بين الفسخ أو الإمضاء ، أما إن كان مما يتغابن الناس بمثله ، فلا خيار سواء أكان النجش بمواطاة من البائع أم لم يكن ؛ لأن التغرير حاصل فيهما .

- **تلقى الركبان** : وهو أن يتلقى شخص طائفة من الناس يحملون متاعاً إلى بلد فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر^(٨) ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مثل هذا بقوله : **« لا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ ، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ »**^(٩) ، ولكنه بيع صحيح لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : **« لا تَلْقُوا الجَلْب ، فَمَنْ تَلَقَاه ، وَاشْتَرَى مِنْهُ ،**

(١)- انظر ، المغني : ١٤٨/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢١١/٣ .

(٢)- الذي يساوم البائع من أجل الشراء .

(٣)- المغني : ١٤٨/٤ .

(٤)- أخرجه البخاري : كتاب الحيل ، باب ما يكره من التناجش / ٦٥٦٢ ، وأخرجه مسلم : كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه وتحريم النجش / ١٥١٦ .

(٥)- أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقرة والغنم / ٢٠٤٣ ، وأخرجه مسلم : كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه وتحريم النجش / ١٥١٥ .

(٦)- العقد صحيح أيضاً عند الحنفية والشافعية ، وليس له خيار عند الشافعية ، وفي رواية عن أحمد والإمام مالك : أن البيع باطل ؛ لأن النهي يقتضي الفساد . (انظر ، بدائع الصناعات : ٢٣٢/٥ ، المغني : ١٤٨/٤) .

(٧)- إن قال السباع أيضاً : أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا ، فصدقه المشتري بذلك ثم بان أنه كاذب ، فالبيع صحيح للمشتري الخيار ، لأنه في معنى النجش ، المغني : ١٤٩/٤ .

(٨)- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٢٢٣/٤ .

(٩)- سبق تخريجه أعلاه .

فإذا أتى السوق فهو بالخيار^(١)، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح؛ لأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى أن فيه نوعاً من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، فأشبهه بيع المصراة.

وعليه يمكن القول: إن البيع أو الشراء في حالة تلقي الركبان صحيحان، ولكن يثبت للمغبون فيهما غبناً فاحشاً حق الفسخ.

- المسترسل^(٢): وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء ولا يحسن المساومة والفضال ويشترى وهو مطمئن إلى أمانة البائع^(٣) وقد أسماه المالكية المستسلم أو المستصح، ولا شك أن المسترسل هنا لا يحسن المماكسة، لجهله بقيمة المعقود عليه، فإن ظهر أنه قد غبن غبناً فاحشاً جاز له الفسخ لرفع الغبن وتحقيق الرضا المنشود أو أن يرضى بما آل إليه الأمر فيمضي العقد بخلاف العالم وقت العقد بالغبن والذي لو توقف قليلاً وتحري لعرف ما سيقع به من الغبن، فلا يكون له بعد العقد خيار الفسخ؛ لأنه أقدم برضا تام على إبرام العقد وخيار الغبن لا يثبت إلا لمن أخذ رضا، قال البهوتي: «وكذا إجارة يثبت فيها خيار الغبن إذا جهل أجرة المثل، ولم يحسن المماكسة فيها، فإن فسخ المغبون في أثناءها أي في أثناء مدة الإجارة، كان الفسخ رافعاً للعقد»^(٤).

وبناء على ما تقدم فإنني أميل إلى الأخذ بالمذهب الحنفي في القول بجواز الفسخ بالغبن الفاحش المصاحب للتغريب باستثناءاته؛ لأنه أكثر خدشاً للرضا من الغبن الفاحش المجرد الذي لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في التحري والتأني وسؤال أهل الخبرة، ولا ينم عن مكر من العاقد الآخر؛ لأن الإنسان بطبعه يسعى لطلب المزيد من المنفعة ما لم يضر بالجماعة، فإن أضر بها قيدت حرمة وتحددت منفعته؛ لأن الشرع الحنيف عندما يقيم العدل بين المتعاقدين في الأهلية والحرية التعاقدية، يكون قد وفر مناهجاً مناسبة لتحري الحقيقة ومراعاة المصلحة، فعلى الإنسان أن يسعى جاهداً في مراعاة مصلحة نفسه فيتحرى الأصلح له ويتوقى سواه، فإن لم يفعل، فمغبة ذلك تقع على عاتقه.

هذا وإنني أجد عند الفقهاء الآخرين مثل هذا التوجه من خلال تلك الاستثناءات من عدم جواز الفسخ بالغبن الفاحش سواء صاحبه تغريب أم لا كبيع المستسلم المستصح عند المالكية وبيع النجش والمسترسل عند الحنابلة، إذ أجازوا الفسخ في هذه الحالات؛ لأن حقيقة أمرها

(١) - أخرجه مسلم: كتاب البيوع، باب تحريم الجلب، ١٥١٩/١

(٢) - وعند الحنفية والشافعية أن المسترسل إذا غبن غبناً فاحشاً لا يثبت له خيار الفسخ؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير، (المعنى: ١٧/٤).

(٣) - الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبه الزحيلي، ٢٢٣/٤ (٤) - كشف القناع: ٢١٢/٣.

مبنية على الغبن الفاحش المرافق للغش والخديعة وغيرهما من أشكال التغرير ، وهذا يؤيد ما ذهبنا إليه .

* - تطبيقات على الفسخ بالغبن الفاحش في بعض العقود

يمكننا أن نتلمس بعض الفروع الفقهية لمسألة الفسخ بالغبن الفاحش في بعض العقود غير تلك التي أشرت إليها عند التأصيل ، إتماماً للفائدة ، وتوضيحاً لما قد يوافق أو يخالف أصول ما ذكرته ، ونقتصر في ذلك على عقد القسمة^(١) الذي يقصد به لغة إفراز النصيب أو التفريق واصطلاحاً : ((تعيين الحصة الشائعة ، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل))^(٢) .

الفسخ بالغبن الفاحش في عقد القسمة :

اتفق الفقهاء في الجملة على جواز فسخ عقد القسمة حال ظهور غبن فاحش فيه ، وفيما يأتي تفصيل القول في المذاهب الفقهية :

أ - الحنفية^(٣) :

ميز الحنفية في القسمة في جواز فسخها بالغبن الفاحش ، أو عدمه ، بين أن تكون قسمة تقاض أو تراض ، فأجازوا الفسخ بالغبن الفاحش في قسمة القضاء ، وعللوا ذلك ، بأن تصرف القاضي منوط عادة بالعدل والنظر ، وقد فُقد كل منهما حال ظهور وثبوت الغبن الفاحش الذي وقع بدون رضا المالك ، فصار كبيع الأب والوصي ، إذ يُفسخ - كما قلت عند تأصيل هذه المسألة - بيعهما لمن هو تحت رعايتهما نتيجة الغبن الفاحش ؛ لأن تصرفهما منوط بالمصلحة ولم توجد .

أما إن كانت القسمة قسمة تراض ، فقد تعددت أقوال الحنفية في جواز فسخها ، فقيل : لا تفسخ ، استناداً إلى عقد البيع الذي لا يفسخ بالغبن المجرد ، وكذلك القسمة ؛ لأنها في معناه ، ولكن الصحيح المعتمد من مذهب الحنفية ، أنها تفسخ بالغبن الفاحش قياساً على قسمة التقاضي ؛ لفوات شرط المعادلة في القيمة التي تخالف فيه البيع ؛ لأنه غير مبني على المعادلة في القيمة . فعلى سبيل المثال : لو أراد شريكان قسمة دار بينهما ، فقومت بألف وهي لا تساوي خمسمئة ، جاز للمغبون منهما الفسخ سواء أكانت قسمة تقاض ، أم تراض للغبن الفاحش^(٤) .

(١) - خشية الاستطرد وإطالة الموضوع ، فيما لو بحثنا أثر الغبن الفاحش في باقي العقود ، والذي لا يخرج عما ذكرناه عند تأصيله .

(٢) - مجلة الأحكام العدلية المادة : ١١١٤

(٣) - انظر ، تبين الحقائق : ٢٧٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار ٢٦٧/٥ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ١٦٣/٣ .

(٤) - وقيد بالفاحش لعدم دخوله تحت التقويم ، كما أوضحته في ضابط الغبن فيما سبق .

وأما إن كان الغبن يسيراً : فإن عقد القسمة عندئذ لا يقبل الفسخ به ، و لا تسمع دعوى صاحبه ولا تقبل بينته به .

ب - المالكية^(١) :

اختلف قول المالكية في جواز الفسخ في القسمة تبعاً لنوعها ، فقالوا : إذا ظهر غبن فاحش أو غلط ، أو جور ، أو حيف في قسمة القرعة ، جاز الفسخ ، بخلاف قسمة المراضاة - القائمة على عدم التقويم والتعديل - التي لا يجوز فيها الفسخ بالغبن الفاحش ؛ لأنها محض بيع لا يرد فيها بالغبن كما هو الأصل عندهم ، إلا إذا أدخلها فيها مقوماً يقوّم السلع والحصص ونحوهما ، فتأخذ عندئذ حكم قسمة القرعة ، المبنية عادة على العدل ، ولم يوجد ، فجاز الفسخ قال ابن رشد : ((فأما الغبن ، فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب))^(٢) .

ت - الشافعية^(٣) :

يرى الشافعية جواز الفسخ كالحنفية والمالكية في قسمة إجبار ، أو قسمة إفراز ، حتى ولو كان الحيف والغبن أقل من الفاحش ، شريطة إثباته بالحجة^(٤) ، فإن لم تكن هناك بيّنة وأدعى الغلط أو الحيف واحد من الشريكين فأكثر ، وبين قدر ما ادعاه ؛ عندئذ له تحليف شريكه .

أما إن كانت القسمة قسمة تراض لا إفراز فيها بأن نصبا قاسما ، أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بها ، فلا يقع الفسخ في الأصح عندهم فيما إذا رفع المغبون منهما هذه الدعوى ، إذ لا فائدة لها ؛ لأنه رضي بترك الزيادة ، فصار كما لو اشترى شيئاً بغيره ، وقيل : للمغبون منهما الفسخ والنقض ، فتسمع دعوته ؛ لأنه رضي لاعتقاده أنها قسمة عدل ، فإن بخلافه^(٥) .

ث - الحنابلة^(٦) :

ذهب الحنابلة إلى أنه إذا ظهر غبن فاحش في القسمة جاز الفسخ إذا اعتبرت بيعاً بخلاف ما لو عدت إفرازاً ، إذ لا تصح عندها ؛ لتبين فساد الإفراز ، قال المرادوي : ((لو ظهر في القسمة غبن فاحش . فإن قلنا : هي إفراز : لم تصح . لتبين فساد الإفراز . وإن قلنا : هي بيع : صحت . وثبت خيار الغبن))^(٧) .

(١) - النظر ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٠٣ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٦٧٧/٣ - ٦٧٨ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٣٤٥/٥ - ٣٤٦ .

(٢) - بداية المجتهد : ٢ / ٢٠٣ .

(٣) - انظر ، مقني المحتاج : ٤ / ٥٢٧ - ٥٢٨ ، حاشية البجرمي على الخطيب ٤ / ٤٠٩ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٤ / ٣٣٣ ،

تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ١٠ / ٢٠٩ - ٢١٠ .

(٤) - وتشمّل الحجة : إقرار الخصم أو اليمين المردودة أو الشاهد واليمين أو ظهور بيّنة على ظلم القاضي أو كذب الشهود (مقني المحتاج :

٤ / ٥٢٧) .

(٥) - مقني المحتاج : ٤ / ٥٢٧ - ٥٢٨ .

(٦) - انظر ، الإصناف : ١١ / ٣٥٢ ، القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب الحنبلي ٤١٤ ، كشاف القناع : ٦ / ٣٧٧ .

(٧) - الإصناف : ١١ / ٣٥٢ .

المبحث الثاني

آثار الفسخ

مما لا شك فيه أن للفسخ آثاراً تتجلى في انحلال العقد الذي يسري على الماضي أو المستقبل تبعاً لطبيعة العقد وسبب الفسخ أو الانفساخ^(١) ، وفي الالتزام برد البديلين حال قيامهما أو التعويض عنهما حال فقدهما ، وفيما يأتي تفصيل ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

انحلال العقد وسريته على الماضي والمستقبل أو ما يسمى بالاستناد والاقتصار فيه

أولاً- انحلال العقد :

يعد انحلال العقد ورفع سواه أكان من أصله أم من حينه أهم آثار الفسخ والانفساخ ، كما هو معلوم ؛ لأن ماهيتهما حل لارتباط العقد ، ونقض للالتزام القائم ، وعودة بالمتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد ، وجعله كأن لم يكن كما في فسخ العقود الفورية ، أو وضع حد له بالنسبة للمستقبل ، كالفسخ في العقود المستمرة ، ونلمس هذا الأثر على الطرفين المتعاقدين دون غيرهما ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

١- أثر الفسخ على الطرفين المتعاقدين :

ذكر الفقهاء^(٢) أن العقد يظل قائماً ومنتجاً لجميع آثاره إلى حين الفسخ ، فإن تم الفسخ نتيجة سبب من أسبابه المتعددة والتي تقدم بيانها انحلال العقد ، واعتبر كأن لم يكن من وقته في العقود المستمرة ، ومن أصله في العقود الفورية سواء أكان الفسخ بحكم التراضي ، أم التقاضي ، أم بحكم الشرع ، قال ابن نجيم عند حديثه عن أحكام الفسخ : ((وحقيقته : حل ارتباط العقد))^(٣) . وعليه : فإن فسخ العقد يحل الرابطة التعاقدية الناجمة عنه ، وهذا يقتضي في عقود

(١)- وتجدر الإشارة إلى أن الفسخ والانفساخ لهما ذات الأثر على العقد ، لأن نتيجتهما واحدة .

(٢)-انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٢/٥ ، تبين الحقائق : ١٩٧/٤ ، الأشباه والنظائر وعليه غمز عيون البصائر : ابن نجيم ٣/

٤٤٢ أنسواء البروق في أنواع الفروق : القرافي ١٠٨٥/٣ ، المجموع شرح المهذب : ١٢١/١٠ ، الأشباه والنظائر :

السيوطي ٢٨٧/١ قواعد الفقه : محمد عمير الإحسان البركتي ٤١٢/١ .

(٣)- الأشباه والنظائر وعليه غمز عيون البصائر : ابن نجيم ٤٤٢/٣ .

المعاوضات المالية كالبيع ، والصلح ، والقسمة ، ونحوها ، إعادة البديلين إلى أصحابهما في حالة الفسخ الكلي ، أو رد جزء من محل العقد ، إن كان قابلاً للرد دون أن ينجم عنه ضرر يؤدي بدوره إلى تبويض الصفقة في حالة الفسخ الجزئي ، أما عقود التبرعات ، فإن انحلال العقد الناجم عن الفسخ يوجب رد محل العقد أيضاً إلى صاحبه^(١) .

٢ - أثر الفسخ بالنسبة للغير :

نلمس من خلال تناول الفقهاء لموضوع الفسخ بأشكاله المتنوعة ، أنه لا أثر له على حقوق الغير ؛ لأن الأصل في العقود اللزوم ، والفسخ أمر طارئ عليها استدعاه سبب من أسبابه لرفع ضرر ، وتحقيق توازن بين المتعاقدين ، ولكنه يتأثر بها ، فإذا ما ترتب للغير حق في محل العقد كبيع المشتري ما اشتراه ، أو صالح عليه ، أو وهبه ونحو ذلك ، كان هذا مانعاً من الفسخ حال وقوعه ، حفاظاً على ذلك الحق^(٢) عند الحنفية^(٣) .

أما المالكية^(٤) فقالوا : إذا فات محل العقد ، امتنع الفسخ ، وإلا فهو على حاله .
وأما الشافعية والحنابلة^(٥) فقد قالوا أيضاً : لا ينفذ تصرف أحد العاقدين في محل العقد ما دام حق الفسخ قائماً ، وسنزيد المسألة وضوحاً عند الحديث عن موانع الفسخ إن شاء الله تعالى.

ثانياً - أثر الفسخ في الماضي والمستقبل أو ما يسمى بالاستناد والاقتصار :

إن أثر الفسخ المتمثل في حل ارتباط العقد قد يقع من أصله ، بمعنى أن له أثراً رجعياً ، وقد يكون من حينه بأن يضع حداً للعقد بالنسبة للمستقبل ، وذلك تبعاً لطبيعة العقد ، ونلمس هذا من خلال تعريف الفقهاء للفسخ ، حيث قال الكاساني : الفسخ هو : ((رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن))^(٦) ، وقال الزيلعي : ((الفسخ رفع العقد من الأصل))^(٧) ، وأما

(١) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٩٧/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/ ٣٢١٦ .

(٢) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/ ٣٢١٥ .

(٣) - انظر ، تبیین الحقائق : ٦٤/٤ .

(٤) - انظر ، حاشية الدسوقي : ٦١/٣ .

(٥) - انظر ، المهذب : ٢٦٨/١ ، التنبيه : الشيرازي ١/ ٨٦ ، المعنى : ١٢/٤ ، كشاف القناع : البهوتي ٣/ ٢٠٩ .

(٦) - إبدان الصانع : ٢٨٢/٥ .

(٧) - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٩٧/٤ .

صاحب المجموع ، فقال : «إن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله ، وفيه وجهان مشهوران أحدهما من حينه والثاني من أصله .»^(١) .

وعليه : فإنني أجد للفسخ أثراً منسحباً على الماضي يسمى بالأثر الرجعي عند بعض الفقهاء وأثراً مقتصرأ على المستقبل يسمى بالأثر المقتصر عند البعض الآخر ، وفيما يأتي تفصيل ذلك من خلال بيان معناهما وأقوال الفقهاء فيهما .

أ - بيان معناهما :

* - الأثر المستند (الرجعي) :

ويقصد به أن أثر الفسخ المتمثل في انحلال العقد ونقضه منسحب على الماضي ، فيرفع العقد من أصله ، وذلك في العقود الفورية كالبيع والقسمة والصلح ونحوها ، ففسخ هذه العقود يعيد المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد ، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات ، فالمبيع يعود إلى بائعه والثمن إلى المشتري في فسخ عقد البيع ، ومثل ذلك يقال في بقية العقود التي لا تحتاج إلى عنصر الزمن لإتمامها ، وكذا الحال في الانفساخ أيضاً إذ يجب رد مقابل محل العقد المقبوض حال هلاكه ؛ لأن الالتزام فيه يصبح بلا سبب^(٢) .

* - الأثر المقتصر :

ويراد به أن انحلال العقد يكون مقتصرأ حكمه على المستقبل من تاريخ وقوع الفسخ ، وليس له انعطاف ، وأثر رجعي يعود إلى أصل التعاقد كما في فسخ العقود المستمرة المتمثلة في الإجارة ، والشركة ونحوها التي يدخل عنصر الزمن في إتمامها ، فيكون عندئذ الفسخ أو الانفساخ ذا تأثير مستقبلي على مثل هذه العقود يجري من وقت الفسخ ، وما مضى من التصرفات تكون على حكم العقد^(٣) .

ب - أقوال الفقهاء فيهما :

تبينت أقوال الفقهاء في أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله أم من حينه؟ وذلك تبعاً لسبب الفسخ وطبيعة العقد في بعض الأحيان وتبعاً للمعقود عليه ، وما ينجم عنه من نتائج أحيانا أخرى ؟ وفيما يأتي آراء وأقوال الفقهاء في ذلك :

(١) - المجموع شرح المذهب : ٢٠٢ / ٩ .

(٢) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥٩٦ - ٥٩٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣٢١٦ .

(٣) - انظر ، المرجعين السابقين .

— الحنفية والمالكية : —

إن ما ذكره الحنفية والمفهوم من فروع المالكية^(١) يفيد أن الفسخ بسبب العيب يرفع العقد من حينه ، وليس له أثر مستند إلى الماضي سواء أكان الفسخ بالتراضي ، أم بالتقاضي ، وعللوا ذلك بأن الفسخ لا يمكن أن يرفع العقد من الأصل ؛ لأن العقد إذا جُعِلَ كأن لم يكن ، جُعِلَ الفسخ كذلك ؛ لأن الفسخ بدون العقد لا يتصور ، فإذا انعدم العقد من أصله ، انعدم الفسخ من الأصل أيضاً تبعاً له ، وإذا انعدم الفسخ من الأصل ، عاد العقد لانعدام ما ينافيه ، وهذا دور وتناقض من هذا الوجه ، وما ذكره للفقهاء من أن الفسخ جعل العقد كأن لم يكن ، هو في المستقبل لا في الماضي ، قال ابن نجيم : ((إنه — أي الفسخ — يجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل لا في ما مضى))^(٢).

وسجل القرافي هذا الإشكال المتصور عند شرحه الفرق بين قاعدة رفع الواقعات وبين قاعدة تقدير ارتفاعها ، فقال : ((هاتان القاعدتان تلتبسان على كثير من الفقهاء الفضلاء مع أن القاعدة الأولى امتناع واستحالة عقلية لا سبيل إلى أن يقع شيء منها في الشريعة ، والقاعدة الثانية واقعة في الشريعة في مواقع الإجماع ومواقع الخلاف ، ولقد حضرت يوماً في مجلس فيه فاضلان كبيران من الشافعية ، فقال أحدهما للآخر : ما معنى قول العلماء الرد بالعيب رفع للعقد من أصله أو من حينه ، قولان أما من حينه فمسلم معقول . أما من أصله فغير معقول بسبب أن العقد واقع في نفسه ، وهو من جملة ما تضمنه الزمان الماضي ، والقاعدة العقلية أن رفع الواقع محال ، وإخراج ما تضمنه الزمان الماضي محال ، فما معنى قولهم إنه رفع للعقد من أصله ؟ قال له الآخر : معنى ذلك يرجع إلى رفع آثاره دون نفس العقد ، فقال له : الآثار والأحكام هي أيضاً من جملة الواقعات وقد تضمنها الزمان الماضي فيستحيل رفعها كالعقد ويمتنع إخراجها من الزمان الماضي كسائر الماضيات ، فقال له الآخر : هذا السؤال يرد على مثلي ، وأظهر الغضب والنفور لقلقه وقوة السؤال ، وافترقا عن غير جواب وما سبب ذلك إلا الجهل بهذا الفرق))^(٣) . ثم أزال الإشكال بتوضيحه هذا الفرق بقوله : ((العقد واقع ولا سبيل إلى رفعه لكن من قواعد الشرع التقديرات وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم

(١) — انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٦ / ٦١ ، ٣ / ٢٥٣ ، فتح القدير : ٦ / ٣٧٧ ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه

والنظائر : الحموي ٣ / ٤٤٤ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٣ / ١٨٦ — ١٨٧ ..

(٢) — الأشباه والنظائر وعليه غمز عيون البصائر : ابن نجيم ٣ / ٤٤٤

(٣) — أنواع البروق في أنواع الفروق : ٢ / ٢٧ .

والمعدوم حكم الموجود ، فهذا العقد وإن كان واقعاً لكن يقدره الشرع معدوماً أي يعطيه الآن حكم عقد لم يوجد لا أنه يُرفع بعد وجوده فاندفع الإشكال ، وفائدة الخلاف تظهر في ولد الجارية والبهائم المبيعة لمن تكون وكذلك الغلات عند من يقول بذلك هل تكون في الزمان الماضي للبائع إن قدرناه معدوماً من أصله ، أو للمشتري إن جعلناه مرفوعاً من حينه فهذا فقه مستقيم وليس فيه مخالفة قاعدة عقلية حتى يلزم ورود الشرع بخلاف العقل ، وهو من قاعدة تقدير رفع الوقعات لا من قاعدة رفع الوقعات^(١) .

— الشافعية :

يرى الشافعية^(٢) أن أغلب حالات الفسخ هي رفع للعقد من حين وقوعه ، فليس له أثر رجعي على الماضي ، فقد قال السيوطي موضعاً هذه المسألة^(٣) : الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ، فيه فروع :

الأول : فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط فيه وجهان أصحهما من حينه .

الثاني : الفسخ بخيار العيب والتصرية ونحوها ، والأصح أنه من حينه .

الثالث : تلف المبيع قبل القبض والأصح الانفساخ من حين التلف .

الرابع : الفسخ بالتخالف بين البائع والمشتري الأصح من حينه .

الخامس : الفسخ في السلم يرجع إلى عين رأس المال .

السادس : الفسخ بالفسل من حينه قطعاً .

السابع : الرجوع في الهبة من حينه قطعاً .

الثامن : فسخ النكاح بأحد العيوب والأصح أنه من حينه :

التاسع : الإقالة على القول بأنها فسخ الأصح أنها من حينه .

(١) —أنواء البروق في أنواع الفروق : ٢٧/٢ .

(٢) — انظر ، المجموع شرح المهذب : ٤٠٧/١١ ، المنثور في القواعد : الزركشي ٤٩/٣ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ٤٩٣

(٣) — الأشباه والنظائر : السيوطي ٤٩٣ .

– الحنابلة :

ذهب الحنابلة^(١) في المعتمد لديهم إلى أن وقوع الفسخ بإقالة ، أو خيار شرط ، أو عيب ، أو تدليس ، أو نحوه هو رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصل التعاقد باستثناء فسخ عقد الإجارة بسبب الغبن فإنه رفع للعقد من أصله .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن أثر الفسخ في العقود الفورية مستند ومقتصر تبعاً لوقت نشوء سببه ، فإن كان سببه مرافقاً للعقد كما في العقود الفاسدة والعقود غير اللازمة أصالة أو غير اللازمة لسبب خارج عن ماهيتها كوجود شرط جعلي أو إفلاس ونحوهما يكون الفسخ عندئذ مستند إلى الماضي .

إما إن كان سببه طارئاً على العقد كطروء حرمة رضاع بين الزوجين بأن أَرْضعت أم الزوج زوجة ابنها الصغيرة أو مخالعة عند من يراها فسخاً^(٢) ، يكون الفسخ عندئذ مقتصر على وقت وقوعه عند عدم حاجته إلى القضاء وإلى وقت الحكم حال حاجته إلى القضاء ، على تفصيل سنوضحه في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى .

وأما في العقود المستمرة^(٣) فإن الفسخ يكون مقتصراً على وقت وقوعه ؛ لفوات شيء من محل العقد بمرور الزمن .

(١) - انظر ، كشاف القناع : البيهوتي ٢٥٠/٣ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ١٥٤/٣ ، ١٠٣/٣ ، الإتحاف : ٤٨١ /٤ .

(٢) - انظر فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٩ .

(٣) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٢١٦/٤ .

المطلب الثاني

الالتزام بالرد أو التعويض

ينجم عن الفسخ أو الانفساخ وجوب التراد في البدلين ، حال قيامهما في عقود المعاوضات المالية ، فإن استحال ذلك ، جاز الحكم بالتعويض ، وفيما يأتي سأتناول مسألة الالتزام بالرد أو التعويض كآثر للفسخ والانفساح .

أولاً- الالتزام بالرد :

إن وقوع الفسخ بأسبابه المتعددة يوجب رد أحد البدلين ، أو كليهما حسب طبيعة العقد القابل للفسخ ، ففي العقود اللازمة التي يدخلها خيار كخيار الشرط ، أو العيب ، أو الغبن ونحوها ، يكون حق الرد فيها لصاحب الخيار الذي يملك الفسخ ، فنقض المشتري عقد البيع بخيار العيب ونحوه يوجب رد المبيع المعيب إلى البائع ، واسترداد الثمن^(١) وكذلك في عقد الإجارة ، فمن استأجر داراً فوجد بها عيباً حادثاً يضر بالسكنى ، جاز له الفسخ ، ورد العين المستأجرة إلى مالكيها واسترداد الأجرة ، وهكذا في بقية عقود المعاوضات على تنوع أسباب فسخها^(٢) .

أما العقود غير اللازمة بطبيعتها ، كالوديعة ، والعارية ، والمضاربة ، والشركة ، والوكالة ونحوها ، فقد أوضحت فيما سبق أنها عقود قابلة للفسخ نتيجة عدم لزومها ، ويثبت عند فسخها حق الاسترداد للمالك ، بل يجب ردها عند طلبها في الجملة على تفصيل أوضحته في أسباب فسخها ؛ لأنها أمانات ؛ لقوله تعالى : ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا))^(٣) .

وأما الإقالة فإنه يثبت بها أيضاً حق الاسترداد سواء اعتبرت فسخاً أم بيعاً ؛ لأنها من التصرفات الجائزة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : ((من أقال مسلماً أقال الله عشرته يوم القيامة))^(٤) .

هذا والرد الحاصل نتيجة الإقالة إنما يتمثل في الثمن الأول أو مثله ، ولا يجوز رد زيادة

(١) - وتجدر الإشارة إلى أنه سبق وأوضح اختلاف الفقهاء في حق المشتري في إمساك المبيع معيباً والرجوع بالأرض أو الرد بدون أرض ، انظر : مبحث قابلية العقد للفسخ بخيار العيب (الصحيفة ٩٤) .

(٢) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣٢١٤ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/ ٥٩٦ وما بعدها .

(٣) - سورة النساء : الآية ٥٨

(٤) - سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ٢٦ .

عليه أو نقصه أو رد غير جنسه ؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه ، ورجوع كل منهما إلى ما كان له^(١) .

وأما أثر الانفساخ فإنه لا يختلف عن أثر الفسخ من وجوب رد العوضين إلى أصحابهما ، فانفساخ العقد بسبب الفساد يستلزم عند الحنفية^(٢) رد المبيع في عقد البيع إلى بائعه والتمن إلى المشتري إن كان قائماً في يده ، أما التصرف فيه ببيع أو هبة أو مصالحه ونحوه ، فليس لواحد منهما الحق في الفسخ ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد مقابل أخذ القيمة سواء أكان تصرفه يقبل الفسخ أم لا يقبله ؛ لأنه تعلق به حق العبد ، والفسخ والرد حق الشرع . وما اجتمع حق الله وحق العبد إلا غلب حق العبد لحاجته إلا الإجارة ، فإنها لا تقطع حق البائع في الاسترداد ؛ لأنها عقد ضعيف يفسخ بالأعدار ، وفساد الشراء عذر فيفسخ به^(٣) ، واستدلوا بحديث بريرة ، فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها ، فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق والبيع فاسد^(٤) . هذا وإن رد المبيع إلى المشتري بعد تصرفه فيه ببيع وغيره بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء ، وعاد على حكم الملك الأول ، عاد حق الفسخ ؛ لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان دفعا للعقد من الأصل ، وجعلا له كأن لم يكن ، أما إذا اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب مبتدئاً لا يعود حق الفسخ ؛ لأن الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين^(٥) .

أما جمهور الفقهاء فقد اتفقوا على الفاسد والباطل في المعاملات بمعنى واحد فلا يحصل بهما الملك سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ، ويلزم عند قيام العوضين ردهما إلى أصحابهما فالمبيع إلى بائعه إن كان قائماً والتمن إلى المشتري ، وهكذا في بقية عقود المعاوضات ، وعللوا ذلك بأن المقبوض بعقد فاسد غير مملوك قياساً على العقد الباطل بعلّة عدم الانعقاد فيهما^(٦) ، قال ابن قدامة : «إنه مقبوض بعقد فاسد ، فلم يملكه — المشتري — كما لو كان الثمن مئة أو دماً»^(٧) . ثم رد الجمهور على استدلال الحنفية بأن حديث بريرة يدل

(١) — انظر ، مسألة أثر اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة إلى الصفحة ١١١ .

(٢) — انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٤/٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٩٣/٥ — ٩٤ ،

(٣) — تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٤/٤ .

(٤) — أورد هذا الاستدلال ابن قدامة في المغني : ١٥٨/٤ ، وقد سبق تخريج الحديث في الصحيفة ١٨٩ .

(٥) — بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ .

(٦) — المغني : ١٥٨/٤ .

(٧) — المرجع السابق ١٥٨/٤

على صحة العقد لا على ما ذكروه ، وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ، ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد ، فلم يؤثر فيه^(١) .

ولا يخفى قوة ودقة المذهب الحنفي في التمييز بين الباطل والفاقد وما ينجم عنهما على ما أوضحته في حينه فلا داعي للإعادة خشية التكرار .
واختلف الجمهور فيما إذا تصرف أحد المتعاقدين بمحل العقد ببيع أو هبة ونحوهما إلى رأيين :

الأول : مذهب المالكية^(٢) : الذين يرون وجوب رد المبيع في بيع فاسد لمالكه حال قيامه ، فإن تعذر قيامه بأن فات من يد المشتري ببيع ، أو بنيان ، أو غرس ونحوها ، فإن كان مختلفاً على فساده مضى بالثمن الذي وقع به البيع ، وإن اتفق على فساده ضمن المشتري قيمته إن كان مقوماً حين القبض وضمن مثل المثلي إذا بيع كيلاً ، أو وزناً ، وعلم كيله ، أو وزنه ، ولم يتعذر وجوده ، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء .

أما إذا عاد المبيع إلى المشتري بأي وجه سواء أكان عوداً اختيارياً أو ضرورياً ، فإن حق الاسترداد يعود ما لم يحكم حاكم بعدم الرد ، أو كان الفوات نتيجة تغير السوق بأن عاد السوق إلى ما كان عليه ، فعندئذ لا يرتفع حكم السبب المانع ، ويمتنع المشتري من الرد^(٣) .

الثاني : مذهب الشافعية والحنابلة^(٤) : الذين يرون أنه لا ينفذ تصرف أحد المتعاقدين بمحل العقد ، ويكون الحق لصاحبه في الاسترداد ، قال المرادوي : ((يحرم تعاطيهما – المتعاقدين – عقداً فاسداً ، فلو فعلاً لم يملك به ، ولا ينفذ تصرفه على الصحيح من المذهب))^(٥) .

وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن فسخ العقد وانفساخه يوجب رد العوضين إلى أصحابهما حال قيامهما ، أو قيام أحدهما ما لم يمنع من ذلك مانع معتبر من الموانع التي

(١) - المعنى : ١٥٨/٤ .

(٢) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية السوقي ٧٠/٣ - ٧١ .

(٣) - حاشية السوقي على الشرح الكبير : ٧٥/٣ .

(٤) - انظر ، المجموع شرح المهذب : ٢٤٥/٩ ، مقني المحتاج : ٣١٥/٢ ، المجموع شرح المهذب : ٣٤٨/١١ ، روضة

الطالبين ٤٠٨/٣ ، الفرر البهية في شرح البهجة الوردية : ٢٨٦/٣ ، المعنى : ١٥٨/٤ ، الإصناف : ٤٧٣/٤ .

(٥) - الإصناف : ٤٧٣/٤ .

سأذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى ، وما يتعلق بنتاج المعقود عليه يكون للمشتري ، مقابل ضمانته ، قال البيهوتي : ((فما حصل في المبيع من كسب أو نماء منفصل فهو للمشتري))^(١) . مستدلين بحديث ((الخراج بالضمآن))^(٢) .

ولكن على من تقع مصاريف الرد ؟

اتفق الفقهاء^(٣) على أن مصاريف الرد تقع على الدائن ، قال ابن نجيم : ((إذا وجد بالمبيع الذي له حمل ومؤنة عيباً ، وردّه إلى بائعه فمؤنة الرد على المشتري))^(٤) وقال النووي : ((إذا فسح البيع بالعيب ، أو بخيار الشرط ، أو الإفلاس ، فمؤنة الرد على المشتري ، ومؤنة رد المرهون على الراهن))^(٥) .

(١) - كشف القناع : البيهوتي ٢٥٠/٣

(٢) - أخرجه أبو داود : كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبد فاستعمله ثم وجد به عيباً / ٣٥٠٨ ، وأخرجه الترمذي : كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً / ١٢٨٥ ، وقال : ((هذا حديث حسن وصحيح ، وقد روي هذا الحديث من غير وجه والعمل على هذا عند أهل العلم)) ، وأخرجه النسائي : كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمآن / ٦٠٨١ ، وأخرجه البيهقي في جماع أبواب الخراج بالضمآن ، باب المشتري يجد بما اشتراه عيباً وقد استغله زماناً / ١٠٥١٩ ، وجاء في نيل الأوطار : ٣٢٦/٥ أن : (من جملة من صححه ابن خزيمة والترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم ، وابن القطان .) . وفي كشف الخفاء : ١ / ٣٧٦ : ((حسنه الترمذي عن عائشة مرفوعاً)) ، وفي روضة المحدثين : ٩ / ٢٥٨ ((ضعفه السبخاري و أبو داود . صححه الترمذي و ابن خزيمة و ابن الجارود و ابن حبان والحاكم و ابن القطان لهذا الحديث عند أبي داود ثلاث طرق : اثنان منها رجالهما رجال الصحيح و الثالث قال فيها أبو داود : إسناده ليس بذلك و لعله لأن فيها مسلم)) .

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٨/٥ ، البحر الرائق : ٣٩/٦ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٥٧٨/٣ ، روضة الطالبين : ٣٧٢/٣ ، المغني : ١١/٤ .

(٤) - البحر الرائق : ٣٩/٦ .

(٥) - المجموع شرح المهذب : ٣٤٨/١١ .

ثانياً - التعويض :

قد يحدث في العين ما يمنع ردها بعد الفسخ وذلك باستهلاكها ، أو تلفها ، أو تغييرها تغييراً يخرجها عن اسمها ، وعندئذ يثبت لمالكها الحق في طلب المثل ، أو القيمة ؛ لأن الأصل في المعقود عليه بعد انفساخ العقد أو فسخه أمانة بيد العاقد غير المالك ، جاء في منار السبيل :
 ((والمبيع بعد الفسخ أمانة بيد المشتري ؛ لحصوله بيده بلا تعد ، لكن إن قصر في رده فتلف ضمنه ؛ لتفريطه))^(١) .

وعليه : فالمبيع والمأجور والوديعة والعارية والمرهون ونحوها على خلاف فيها ، كلها أمانة بعد الفسخ أو الانفساخ بيد العاقد غير المالك ، فإذا تلفت بغير تعد أو تقصير فلا ضمان ، أما إن قصر في الحفظ أو تعدى ، فإنه يضمن ما بيده ؛ لتقصيره وتعديه ، بخلاف إن امتنع عن تسليمها لأصحابها بدون عذر ، فتكون يده عندها يد ضمان ، يضمنها ، ولو بدون تعد أو تقصير^(٢) .

أما تعويض العاقد الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه المشروط دلالة أو نصا في العقد ، فتفصيله فيما يأتي :

ضمان الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام المشروط دلالة أو نصا :

لم ينص الفقهاء على ضمان الضرر المتمثل في الامتناع عن الوفاء بالالتزام ، والتي نلمسها في الفسخ بخيار العيب وفي الاستحقاق ونحوهما ، إذ إن المشتري عادة يبتغي السلامة في المعقود عليه ، فإن فانت بعيب من العيوب التي تخدش الرضا جاز له الفسخ ، ولكن ذلك قد يفوت عليه ربحاً أو يلحق به ضرراً نتيجة عدم وفائه بالالتزام المتمثل في وجود السلامة أصلاً ، وذلك إذا كان مدلساً في بيعه .

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول أيضاً : بأن الامتناع عن الوفاء بالالتزام ، أو التأخير فيه ، لا يوجب الضمان فيما إذا فوت ربحاً^(٣) ، أو أنشأ ضرراً فقد قال الدكتور شفيق شحاتة : ((ليس للملتزم له المطالبة بتعويض عما أصابه من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، فالتعويض لا يستحق في الفقه الإسلامي نظير ما فات الملتزم له - الدائن - من

(١) - منار السبيل : ٣٠٢/١ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ - ٣٠٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٣/٥ - ٢٤ ، نهاية المحتاج : ٣٠٩/٥ ،

منهاج الطالبين : ٤٩/١ ، الإحصاف : ٣٩١/٤ ، دليل الطالب : ١١٢/١ ، منار السبيل : ٣٠٢/١ ، الروض المربع : ٨٨/١ ،

كشف القناع : ٢٢٥/٣ ، ٢٤٩ .

(٣) ضمان الضرر المالي غير المادي : للباحث ١٦٠ وما بعدها .

الربح ، ولا يراعى في تقدير الضرر ما أصابه من الخسارة بالفعل ، إن لم تنشأ هذه الخسارة عن هلاك شيء ، فلا يعتبر الضرر إلا إذا كان مادياً محسوساً ، والتعويض يكون في قيمة الشيء الهالك أو ما يمثله ، إن كان الشيء الهالك من المثليات ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان موضوع الالتزام عمل شيء ، لا يستحق الملتزم له تعويضاً عن عدم التنفيذ ، إلا إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه أو بصنعه قد هلك أو تلف ((^(١)).

أما الدكتور محمد فتحي الدريني ، فقد تابع ما ذهب إليه الدكتور شفيق شحاتة ، فقال : ((وأما تأخير تنفيذ الالتزام ، فيما إذا كان محل العقد ، أو محل الالتزام عملاً كالأجير المشترك أو الخاص ، أو تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن ، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه الإسلامي ، إذ التعويض المالي شرعاً ، إنما يعني قيام مال بدل مال أُلُف ، وتأخير التنفيذ ليس بمال ، فلا تعويض فيه ؛ لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل))^(٢) وقال أيضاً : ((إذا امتنع الأجير عن أداء التزامه ، من القيام بالعمل ، محل العقد وكذا إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن ، يجبر قضاءً على ذلك ، ويعزره الحاكم وينفذه عليه إن أمكن ، غير أن الشارع لا يلزمه بتعويض مالي عن تأخره أو امتناعه))^(٣).

ويرى الشيخ علي الخفيف أيضاً أنه لا يجوز التعويض عن فوات الربح في الفقه الإسلامي سواء أكان المضمون مالاً أم عملاً ، فقال : ((إذا كان المضمون مالاً كان على الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه ، فإذا امتنع أجبره القضاء على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين بوفاء دينه ، وإذا ظهر إفساره فنظرة إلى ميسرة وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء ، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن ، أما إذا كان الضمان متعلقاً بفعل ، كما في التزام الأجير بالعمل ، وكما في الالتزام بتسليم العين وامتنع الملتزم عن الوفاء فإنه يجبر عليه ، ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزير ، جزاء على ظلمه وليس عليه أيضاً تعويض بسبب ما ترتب على تأخير الوفاء من ضرر))^(٤).

(١)- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية : شفيق شحاتة ٩١

(٢)-التنظريات الفقهية : د. محمد فتحي الدريني ٢٢٦ .

(٣)- المرجع السابق : ١٩٦

(٤)- الضمان في الفقه الإسلامي : الشيخ علي الخفيف ١٧/١-١٨

واستدل على ذلك بقوله : « إن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار . أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً ، غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن أن يقوم بما التزم به من عمل ، فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له لزمه التعويض بأداء قيمة ما تلف ويلاحظ أن هذا ليس من قبيل ضمان العقد ، وإنما هو ضمان إتلاف حدث تسبباً بسبب امتناع الأجير عما التزم به امتناعاً كان فيه متعدياً»^(١) .

وأما الأستاذ سيد عبد الله علي حسن فقد قال : « التعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات كلاً أو بعضاً ، أو تأخير التنفيذ غير جائز شرعاً ، ولا ينأى الوصول إليه ، لأنه مادام المتعهد في التعاقد يعلم جيداً أنه مكره لئلا ينفذ ما تعهد به ، بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ولن يتوانى في التنفيذ »^(٢) .

وقد ذكر الدكتور محمد سراج أن مصدر بعض هذه الآراء السابقة ، إنما هو رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أن الفقه الإسلامي يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل ، إلا في استثناءات محددة ، ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن ، أو عن أي ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن^(٣) .

وخلاصة القول : إن هؤلاء العلماء يرون أنه لا يجوز شرعاً التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام المشروط دلالة أو نصاً فيما لو فوت ربحاً ، أو ألحق خسارة ، واستلوا على ذلك بقولهم :

أولاً - الضمان أو التعويض المالي الجائز شرعاً هو الذي يحل مالا بدل مال أُلُف، ومجرد

(١)- الضمان في الفقه الإسلامي : الشيخ علي الخفيف ١٨/١

(٢)- المقارنات التشريعية : سيد عبد الله علي حسين ٣٠٠/٢

(٣)- ضمان العدوان : د . محمد سراج ٧٧ ، مصادر الحق : د . عبد الرزاق السنهوري ١٨٦/٦

الامتناع عن الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه فيما إذا نشأ عنه فوات ربح ، ليس بمال ، وبالتالي لا تعويض فيه ؛ لأنه لا يتمثل في تلف مال ؛ وهذا مما لا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً ، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف ، وإلا كان أكلاً له بالباطل ، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضاً عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال ، غير جائز شرعاً ؛ ولأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال ، فإذا قوبل المال بغير المال كان أكلاً له بالباطل^(١) . والله تبارك وتعالى يقول : ﴿ وَكُلُوا مِمَّا كَسَبْتُمْ بِالنَّيِّبِ ﴾^(٢) .

ثانياً - إن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء بالالتزام ، أو التأخير فيه أمر مسلم به ولكن رفعه لا يكون بالضمان المالي له ، وإنما بالسعي إلى القاضي لإجبار الطرف الآخر على الوفاء بما التزم به ، وإن ظهر عسره فنظرة إلى ميسرة .

ثالثاً - ليس هناك مستند في الفقه الإسلامي يجيز القول بالتعويض المالي عن فوات الربح الناجم عن الامتناع عن الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ، فقالوا : « أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً ، فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً »^(٣) .

المناقشة :

يرد على هؤلاء المانعين لضمان الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه بما يأتي^(٤) :

١ - توجب الشريعة الإسلامية دفع الضرر مطلقاً^(٥) ، بدليل العموم الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »^(٦) .

(١) - الضمان في الفقه الإسلامي : الشيخ علي الخفيف ٢٠/١ ، انظر ، النظريات الفقهية : د . محمد الدريني ٢٢٦

(٢) - سورة البقرة : الآية ١٨٨

(٣) - الضمان في الفقه الإسلامي : الشيخ علي الخفيف ١٨/١

(٤) - وقد تبين هذا التوجه في وجوب التعويض أستاذنا الدكتور أسامة الحموي حفظه في أطروحته للدكتوراه ٢٠٨ وما بعدها ، ومن قبله الدكتور محمد سراج في كتابه ضمان العدوان ٧٧ وما بعدها ، ونلمس ذلك أيضاً عند أستاذنا الفاضل الدكتور وهبه الزحبي حفظه ورعاه في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي ٢٤ وما بعدها .

(٥) - انظر ، ضمان العدوان : د . محمد سراج ٧٧ ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : أستاذنا الدكتور أسامة الحموي ٢٠٨

(٦) - سبق تخريجه : ٣٩

قال أستاذنا الدكتور محمد فاروق العكام نقلاً عن الدكتور محمد سلام مذكور ما نصه :
 ((إن هذا الحديث في فقرته الأولى ينفي الضرر قبل الوقوع وبعده ، وفي الفقرة الثانية منه
 ينفي الضرر في مقابلة الضرر . وأما نفي الضرر قبل وقوعه فيكون بنفي ما من شأنه أن
 يؤدي إليه من كل فعل غير مشروع . وأما نفيه بعد وقوعه ، فيكون بتضمين الضار جبراً لما
 فوت على المضرور من حق))^(١) .

وقال أيضاً الأستاذ مصطفى الزرقا : ((إن الشطر الأول (لا ضرر) هو عام في الأموال
 والحقوق والأشخاص . فلا يجوز لأحد أن يضر بمال غيره أو حقه أو مصالحه المشروعة أو
 شخصه (إلا ما أذن به الشرع كما في القصاص وسائر العقوبات) وكذلك من أضر بغيره
 كان مسؤولاً ، مسؤولية تخضع لقاعدة (لا ضرار) فلا يقابل بمثل ضرره ، بل يلزم بإزالة
 الضرر إما عيناً أو تعويضاً .

وأما الشطر الثاني ((لا ضرار)) مجاله في وجوب التعويض المالي إنما هو في الأموال
 والحقوق))^(٢) .

وبناء عليه : فإن فوات الربح الناتج من الامتناع عن الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ضرر
 يجب رفعه استناداً لهذا الحديث ، ورفعته لا يكون إلا عن طريق الضمان المالي الذي يتحقق
 به جانب العدالة .

٢ - القول الوارد : بأن إزالة الضرر بالضمان لا تكون إلا في مقابلة مال أتلّف ، قول
 مردود ، ذلك أن الدية ، أو الأرش تعويض مالي عن ضرر ليس مالياً ، ثم إن الضرر الواجب
 رفعه وإزالته بالتعويض لا يختص بالضرر الوارد على الأعيان فقط ، إلا عند الحنفية^(٣) ، أما
 الجمهور^(٤) فقد أوجبوا ضمان المنافع ، ولعل هذا هو سبب ورود تلك الشبهة إلى ذهن الدكتور
 عبد الرزاق السنهوري الذي ظن أن مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع إلا في تلك
 الاستثناءات^(٥) التي اضطر إليها متأخرو الأحناف ، مذهباً لغيرهم ، واعتبر لهذا أن عدم
 ضمان المنافع هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي ، ولذلك انتهى إلى أن فكرة

(١) - الفعل الموجب للضمان : لأستاذنا الدكتور محمد فاروق العكام ٢٣ .

(٢) - الفعل الضار والضمان فيه : أ . مصطفى الزرقا ٢٤ .

(٣) - انظر ، المبسوط : ٧٨/١١ - ٧٩ ، الهداية شرح البداية : ٢٠/٤ .

(٤) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤٥٢/٣ ، الأم : الشافعي ٢٤٩/٣ ، مغني المحتاج : ٢٨٦/٢ ، المبدع :

١٨٥/٥ ، المغني : ١٦٩/٥ ، كشاف القناع : ١١١/٤ .

(٥) - الاستثناءات التي اضطر إليها متأخرو الحنفية : * - أن يكون المال وفقاً للسكنى أو للاستغلال ** - أن يكون مال يتيم

*** - أن يكون شيئاً معدداً للاستغلال ((وهو من بناء صاحبه أو اشتراه لذلك)) . انظر ، ضمان الضرر المالي غير المادي

للباحث : ١٧٥ .

الضرر في الفقه الإسلامي ضيقة ومحدودة بالضرر المتعلق بأعيان الأموال^(١) .

ولذلك قال الدكتور محمد سراج : « إنه لا عذر لهؤلاء الذين راقهم رأي الدكتور السنهوري ، واعتمدوا تحليله وحكموا بأن التعويض في الشريعة مقيد بإقامة مال بدل مال أُلِف أو أن الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً لا يرى فيه الفقهاء تعويضاً ، وأن الحكم بالتعويض في غير هذه الحالة من قبيل أكل أموال الناس بالباطل»^(٢) .

٣ - ويرد أيضاً على ما استدل به بعض الفقهاء المعاصرين من أن إزالة مثل هذا الضرر - ضرر فوات الربح - يكون بالتنفيذ الجبري ، وذلك بالسعي إلى القاضي ، لتنفيذه لكن لا يخفى أن التنفيذ الجبري بالالتزام فيما التزم به المدين ، لا يكفي وحده لرفع الضرر في الظروف المختلفة ، وذلك كما لو ترك الأجير الزرع دون سقي حتى يبس وجف فإن إجباره على السقي ، أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد في رفع الضرر ، ويتعين التعويض في هذا المثال ؛ لإزالة الضرر طبقاً لما نص عليه الفقهاء^(٣) .

ثم إن التعويض المالي يشكل رادعاً أكبر للمدين سيئ النية الذي لا يريد تنفيذ التزامه عن عمد ، أو إهمال منه ، وإذا عرفنا فساد الناس اليوم لم يعد يشكل التهديد بالتنفيذ الجبري والتعزير بالحبس رادعاً لهم^(٤) ، لذا فإن الحكم بالتعويض فيه مصلحة للناس ، وذلك بحملهم على الالتزام .

٤- ويمكننا أن نناقش أولئك المانعين لضمان ضرر فوات الربح أيضاً ، بأن ضرر فوات الربح الناتج عن الامتناع عن تنفيذ العقد مثل التنفيذ المعيب للعقد الذي يوجب الضمان أو التعويض في الفقه الإسلامي ، والذي تناوله الفقهاء أثناء حديثهم عن أحكام هلاك المعقود عليه وتوابعه ، بأن هذا التعويض الذي أثبتوه في حالات الغبن والتدليس والاستحقاق وما يماثلها من حالات التنفيذ المعيب للعقد ، يتراوح بين الحكم بالخيار في فسخ العقد للمتضرر كما في فسخ عقد الإجارة بالأعدار ، وفي تلقي الركبان ، وبين الحط من العوض بما يماثل الضرر

(١)- الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : أساتذنا الدكتور أسامة الحموي ٢٠٩ - ٢١٠ ، ضمان العدوان : د . محمد

سراج ٧٧ ، وانظر ، مصادر الحق : السنهوري ٥٠/١ - ٥١ ، ١٦٨/٦ .

(٢)- ضمان العدوان : د . محمد سراج ٧٨ .

(٣)- المرجع السابق .

(٤)- الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : أساتذنا الدكتور أسامة الحموي ٢٠٩

قصداً إلى رفعه كما في مسألة إنقاص الجوائح في بيع الثمار^(١) والذي قرره فقهاء المالكية والحنابلة^(٢) ، حيث استدلوا على ذلك بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ((أمر بوضع الجوائح))^(٣) . وفي رواية : ((إن بعث من أخيك تمراً فأصابتها جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق))^(٤) .

وبناء عليه يمكن القول : بما أن التنفيذ المعيب للعقد ، أو الالتزام بوجب الضمان أو التعويض ، فإن الامتناع عن تنفيذ العقد ، يوجب الضمان من باب أولى ؛ لأن التنفيذ المعيب للالتزام ينقص الربح الذي هو ثمرة العقد ، بينما الامتناع عن الوفاء بالالتزام يفقد الربح أساساً لذا نجد أن ضمان الامتناع عن الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه أمر واجب في الفقه الإسلامي قياساً على تنفيذ المعيب للالتزام الذي يوجب التعويض بدوره في الفقه الإسلامي .

٥- ومما يؤيد ضمان فوات الربح في الفقه الإسلامي ما جاء في عقد المرابحة ، فقد ذكر عبد الرحمن المقدسي : ((والمرابحة أن يخبر برأس المال ثم يبيعه بربح معلوم ، فيقول: رأس مالي مئة بعثك بها وربح عشرة ، فهو جائز غير مكروه ؛ لأن الثمن معلوم ثم بان ببينة أو إقرار أن رأس المال تسعون ، فالبيع صحيح ؛ لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة البيع كالمعيب ، وللمشتري أن يرجع على البائع بما زاد وهو عشرة ، وحظها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً))^(٥) . ف ضمان ضرر فوات الربح في هذه المسألة متمثل في أن البائع ضمن ربح العشرة وهو ((درهم)) للمشتري الذي كان سيفوت عليه نتيجة تدليس البائع له ، والذي لم يكن في مقابلة مال .

و خلاصة القول : إن ضمان ضرر فوات الربح مما يقره الفقه الإسلامي إذا كان وقوعه أمراً محققاً ، ذلك أن الشريعة الإسلامية قد أمرت بمراعاة حقوق الناس ومصالحهم وهذا ما أشار إليه أساتذنا الدكتور وهبة الزحيلي بقوله ((وأما تعويض الضرر لضياح

(١)- انظر ، ضمان العدوان : د . محمد سراج ٨١ - ٨٢

(٢)- انظر ، حاشية النسوقي : ١٨٢/٣ - ١٨٦ ، القوانين الفقهية : ابن جزير ١٧٣ ، كشاف القناع : ٢٨٥/٣ - ٢٨٦ ،

المعني : ابن قدامه ٨٦/٤ - ٨٧

(٣)- أخرجه مسلم في صحيحه : كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح (١٥٥٤) والجائحة : هي الآفة السماوية التي تصيب الثمار والزروع فتلتفها ، مثل الجفاف والجراد والبرد والصقيع وغير ذلك (انظر ، الشرط الجزائي : أساتذنا الدكتور : أسامة الحموي ٣٥٥) .

(٤)- سبق تخريج هذه الرواية ، انظر الصحيفة ٤٠ (٥)- العدة في شرح العدة : عبد الرحمن المقدسي ٣٣١ - ٣٣٢

المصلحة^(١) فهو وإن لم ينص فقهاؤنا عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال وعدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك^(٢) مثل قاعدة ((الضرر يزال))^(٣) . و ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))^(٤) ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً))^(٥) .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن ضمان ضرر فوات الربح السابق الذي يقره الفقه الإسلامي كما قلنا ينحصر في العقود دون الديون ؛ لأن التعويض عن التأخير في الديون يؤدي إلى الربا المحرم شرعاً ؛ لأن الدائن ليس له إلا دينه سواء أخذه وقت استحقاقه أم بعد مدة المثل ، فإذا دفع قديراً زائداً عن دينه نتيجة التأخير وقع في الربا^(٦) .

أما الضرر المحتمل الوقوع ، فلا يقر الفقه الإسلامي التعويض عنه ، لأنه أمر احتمالي قد يقع وقد لا يقع ، ولعل هذا ما كان في ذهن فقهاءنا عندما لم ينصوا على ضمان هذا النوع من الأضرار .

وعليه : فإذا ثبت جواز الضمان عما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح ، جاز له المطالبة بالضمان عنهما حال ثبوتهما نتيجة الفسخ .

بأي الطرق يتم تقدير الربح الفائت :

في الواقع يمكن أن يقدر ما فات الدائن من ربح ، إما بطريق الاتفاق ، وإما بطريق القضاء . لكن طريق الاتفاق على مقدار الضرر في مثل هذه الصورة له محذور كبير ، هو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ بين الدائن والمدين ، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية ثم يعقد القرض لمدة قصيرة ، وهما متفاهمان على أن لا يدفع المدين القرض في ميعاده لكي يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقاً ، يعادل سعر الفائدة . لذلك لا يجوز أن يحدد هذا التعويض باتفاق مسبق ، بل يجب أن يناط تقدير التعويض بالقضاء ، تقدره المحكمة عن طريق لجنة خبراء محلّفين لكيلا يتخذ التعويض بالاتفاق المسبق ذريعة لفوائد ربوية مستورة . فيجب الانتباه لذلك ، والتوقي منه ، والنظر إلى تعويض كل حالة من حالات ضرر فوات الربح بحسب ملاسباتها^(٧) .

(١) - ضياع المصلحة تتمثل في عدم قيام المتعهد مثلاً بتوريد سلعة في وقت محدد أو عدم الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير بضاعة في زمن معين ((انظر ، الضمان : د . وهبه الزحيلي ٢٤)) .

(٢) - الضمان : د . وهبه الزحيلي ٢٤ - ٢٥ .

(٣) - الأشباه والنظائر : السيوطي ٨٣/١ .

(٤) - مجلة الأحكام العدلية : المادة ٤٣ .

(٥) - انظر ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : د . أسامة الحموي ٢٠١ - ٢٠٣ .

(٦) - مقالة الأستاذ مصطفى الزرقا : ١٩ في مجلة الدراسات الاقتصادية الإسلامية المجلد ٣ / العدد ٢ / ١٤١٧ هـ .

الفصل الثاني

أنواع الفسخ

انتهيتُ في الفصول المتقدمة من شرح أسباب الفسخ وشروطه وأثاره ، وعرضتُ نطاق هذه الحالات ومداهها في الفقه الإسلامي ، لكن السؤال المتبادر عند إثارتها ومناقشتها وبيانها هو كيف يقع الفسخ فيما إذا توافر سببه ، أيكفي فيه تراضي المتعاقدين دون حاجة إلى التقاضي أم لا بد فيه من حكم القاضي في بعض الأحيان ، وهل وقوع الفسخ يدور في فلكهما أم أن هناك ما يسمى بالفسخ بحكم الشرع .

إن هذه التساؤلات وغيرها تقودنا إلى ضرورة بيان أنواع الفسخ ضمن المباحث الآتية :

- المبحث الأول : الفسخ الاتفاقي .
- المبحث الثاني : الفسخ القضائي .
- المبحث الثالث : الفسخ بحكم الشرع .
- المبحث الرابع : الفسخ الانفرادي .
- المبحث الخامس: معيار التفرقة بين أنواع الفسخ السابقة .

المبحث الأول

الفسخ الاتفاقي^(١)

الفسخ الاتفاقي كما سبق وأوضحنا بشكل تفصيلي في مبحث الفسخ بسبب التراضي هو أن يتفق المتعاقدان على إنهاء العقد بينهما ، وإزالة جميع آثاره المترتبة عليه ، إذ إن فسخ العقد يكون بالوسيلة نفسها التي عقد بها العقد ، فكما نشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشائه ، كذلك يزول بإيجاب وقبول متوافقين على إلغائه ، فالعقد : اتفاق ينشئ الالتزام ، أما الإقالة فهي اتفاق يقضيه . ومحل الإقالة : إلغاء الالتزامات التي نشأت من العقد الذي أقيـل ، وسببها : الباعث الذي دفع المتقابلين إلى هذا الإلغاء ، وقد يحصل الفسخ الاتفاقي بإرادة منفردة إذا اتفق عليها بإرادتين سابقتين ، كاتفاق العاقدين على شرط صحيح في فسخ العقد ، فقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ بخيار الشرط ، والرؤية ، والتعيين يتم بإرادة منفردة دون النظر إلى رضا الطرف الآخر وقت الفسخ ؛ بناء على اتفاق سابق بين المتعاقدين عليه^(٢) ، وهذا ما أشار إليه الكاساني بقوله : « وأجمعوا على أن الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضا وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلاً بلا خلاف بين أصحابنا »^(٣) .

وتجدر الإشارة على أن الفسخ الاتفاقي لا يُخلُ بالمعاوضة لأي من المتعاقدين ، وإنما يدل على أن الرضا الكامل بالعقد غير متوافر^(٤) .

(١) - درست هذا النوع من الفسخ بشكل تفصيلي في بحث أسباب الفسخ فلا داعي للإعادة خشية التكرار ، انظر الصحيفة ١٠٧ وما بعدها .

(٢) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٦٦/٤ - ٣١٦٧ ، المجلد الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٥١٣ ، مصادر الحق : د. عبد الرزاق السنهوري ٢٤٤/٦ - ٢٤٦ .

(٣) - بدائع الصنائع : ٣/٢٨١ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٦٧/٤ .

المبحث الثاني

الفسخ القضائي

ويراد به الفسخ الذي يكون بحكم القاضي ، ويلجأ إليه استثناء من الأصل ، إذا تعذر التراضي ، أو لم يراع العاقدان أحكام الشرع في تجنب أسباب الفساد ، أو مصادمة نصوص الشريعة^(١) ، وذلك استنادا إلى سلطته التقديرية ؛ لأن من الفسوخ ما ينبني على أسباب تقديرية تكون موضع خفاء كالفسخ بسبب العيب والفسخ بسبب الإفلاس والإعسار في عقد النكاح والفسخ بسبب الأضرار الطارئة ونحوها ، فهذه الحالات تكون أسباباً استثنائية تقديرية للفسخ لا يترك الفصل فيها إلى محض إرادة المتعاقد ؛ لأنها مسائل يجري التشاح بين الناس فيها وتختلف الأنظار حولها ، ولا رافع للنزاع ، والخلاف فيها إلا بالرجوع إلى القضاء ، الذي يبت أمره فيها ، لذا فإن فسخها يسمى فسخاً قضائياً ، وفيما يأتي نفضل البحث فيه من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : مبدأ سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقود :

من الوقائع المفهومة بالضرورة في الفقه الإسلامي ، أن العقد لا يمكن أن يكون شريعة المتعاقدين بالإطلاق كما هو معروف في القوانين الوضعية ، بل لا بد من أن يكون متوافقاً مع أحكام الشرع الذي وضع مبدأ إعادة النظر في العقد في العديد من الحالات من قبل المتعاقد المتضرر أو من قبل القاضي ، وخصوصاً تلك التي تنجم عن ظروف طارئة منعا للظلم والاستبداد ، وحفظاً للتوازن بين الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد ، وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد منح القاضي سلطة في تعديل العقد ، أو فسخه في ضوء الظروف المستجدة نتيجة عذر طارئ ، أو فساد معتبر ، أو عيب خفي ؛ استناداً إلى مبدأ العدالة التي جعلها الشارع الحكيم مبدأ ملازماً للأحكام الشرعية ، والتي تظهر جلية في تشريعه لمبدأ التراضي في العقود عامة ، وتقريره لأحكام الخيارات خاصة ؛ حفاظاً على مبدأ التوازن العقدي بقدر الإمكان ، فإذا ما اختل هذا التوازن لظروف معينة ، عندئذ لا بد من تدخل القاضي لاستعادة ذلك التوازن من خلال فسخه للعقد أو تعديله لبعض الالتزامات إلى حد مناسب يرتفع معه الظلم كما لو وقع فساد في العقد ، أو عذر ، أو غبن ، أو غرر ، أو تدليس ، على أحد أطرافه

(١) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣١٨١

فإن القاضي يجد مبرراً في مثل هذه الحالات لمزاولة مهمته في رفع الضرر ، وتحقيق التعادل في الالتزامات بما ينسجم والحالة الواقعة تنفيذاً لأمر الله سبحانه وتعالى^(١) في قوله : « **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ** »^(٢) ، وفي قوله تعالى مخاطباً نبيه محمداً عليه السلام : « **وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** »^(٣) .

يقول ابن القيم أيضاً : « **فإن الله سبحانه أرسل رسوله ، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات . فإن ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه** »^(٤) .

وعليه يمكن القول : إن سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقود مستمدة من ضرورة تحقيق العدالة التي أمر الشارع الحكيم بها في كل ميادين الحياة عموماً ، وفي تنظيم العقود خصوصاً ، والتي أسند إلى القاضي وجوب تحقيقها ؛ لرفع الظلم والاستبداد بين المتعاقدين على أساس التوازن العقدي المنشود .

المطلب الثاني : الفسخ القضائي في حالة الخيارات :

سبق وأشرت إلى أن الفقهاء قسموا الخيارات بالنظر إلى طبيعتها إلى خيارات اتقائية تثبت باشتراط المتعاقدين ، كخيار الشرط ، والنقد ، والتعيين ، وأخرى شرعية تثبت بإقرار الشارع الحكيم لها كخيار العيب والرؤية ، ثم ذكرت أن وجودها في العقد يسلب منه صفة اللزوم ، ويعطي صاحبها الحق في الفسخ ، أو الإجازة ، أو الحط من الثمن بما يعادل وجود العيب في المعقود عليه .

ولكن السؤال المطروح في مثل هذا المقال هو : هل الفسخ بسبب الخيارات فسخ اتقائي أم قضائي ؟

بيّنت في المبحث السابق أن الفسخ بخيار الرؤية والشرط والنقد والتعيين ما هو في الحقيقة إلا صورة من الفسخ الاتقائي سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده .

(١) - انظر ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : د. أسامة الحموي ٣٤٥ وما بعدها ، النظريات الفقهية : د. محمد

فتحي الدريسي ١٥٥ وما بعدها .

(٢) - سورة النحل : الآية ٩٠ .

(٣) - سورة المائدة : الآية ٤٢ .

(٤) - الطرق الحكيمة : ابن القيم الجوزية ١٣ .

أما الفسخ بخيار العيب فقد ميّز الفقهاء فيه بين حالتين :

الحالة الأولى : فيما إذا حصل الفسخ قبل القبض :

اتفق الفقهاء^(١) على أن الفسخ بخيار العيب قبل القبض كالفسخ بخيار الرؤية والشرط لا يحتاج إلى قضاء القاضي ؛ لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة فيه بل تمامها بالقبض ، فكان بمنزلة القبول ؛ ولأنها أيضا على خطر البطلان بهلاك المعقود عليه قبل القبض ، وذلك يبطل العقد ، ثم إن الفسخ بالعيب ما هو إلا امتناع عن التسليم ، والمعقود عليه معيب ، فكان حقا للبايع بلا ريب الفسخ دون الحاجة إلى القضاء^(٢) .

الحالة الثانية : فيما إذا حصل الفسخ بعد القبض :

اختلف الفقهاء في الفسخ بخيار العيب بعد القبض فيما إذا كان بحاجة إلى قضاء القاضي أم لا إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو مذهب الحنفية^(٣) الذين يرون أنه محتاج إلى القضاء ، وعللوا ذلك بأن الصفقة تمت بالقبض ، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخها بعد تمامها كالإقالة ، فالعقد كما أنه لا ينعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الطرف الآخر أو من غير قضاء القاضي ، ولا رضا هنا من العاقد الثاني ، فلم يبق إلا حكم القضاء بالفسخ تنفيذاً لأحكام الشرع .

٦٤١٥٢٥

والمسبب في إعطاء هذه السلطة إلى القاضي هو الحاجة لتقرير وجود العيب أو عدمه ، أو حدوثه قبل القبض أو بعده ، أو عدم حصول رضا من العاقد الآخر ، فتقدير هذه الحالات مما يجري التشاح بين الناس فيها ، ولا مناص من وقوع الخلاف ، فلا بد من سلطة القاضي التقديرية لإزالة الخلاف ، وفض الخصومات في تحديد وجوب الفسخ أو عدمه^(٤) .

الرأي الثاني : وهو مذهب جمهور الفقهاء^(٥) الذين قالوا : يفسخ العقد بالعيب بقول صاحب الخيار « رددت » من غير حاجة إلى القضاء ، ولا رضا العاقد الآخر وحبثهم في ذلك

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨١/٥ ، الهداية شرح البداية ٣/٣٥-٣٩ ، القوانين الفقهية : ابن جزير ١٨٠ . معنى

المحتاج : ١١٨/٣ ، المعنى ٤/١١٦ ، المبدع : ٩٧/٤ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨١/٥ ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤٠٨ ، ضوابط العقد : التركماني ٢٩٢ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨١/٥ ، الهداية شرح البداية : ٣/٣٥ .

(٤) - انظر ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤٠٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٤/٣١٦٨ .

(٥) - انظر ، القوانين الفقهية : ابن جزير ١٨٠ ، معنى المحتاج : ١١٨/٣ ، المعنى : ٤/١١٦ ، كشاف القناع : ٣/٢٣٧ ،

منار السبيل : ١/٣٠٢ ، المبدع : ٩٧/٤ .

أن الفسخ رفع لعقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء ؛ لأن الشارع جعله غير مستحق للبقاء إن أراد من له الخيار ، قال الخطيب الشربيني : ((الفسخ لا يفتر إلى حاكم ويحصل الفسخ بفسخ البيع ، ونقضته ، ورفعته ، وكذا بقوله رددت الثمن ، أو فسخت البيع في الأصح))^(١) .

ومن جهة أخرى فإن إثبات الخيار في العقد يجعله غير لازم بين المتعاقدين ، والعقد غير اللازم ينفرد أحدهما بفسخه كخيار الشرط والرؤية من غير حاجة إلى قضاء^(٢) .

لكنني أرجح رأي الحنفية فيما ذهبوا إليه إن خفي العيب واحتاج الأمر إلى أهل الخبرة فلا بد من تدخل القضاء لنزع الخلاف ، وحسم الأمر سواء أكان بفسخه العقد أم بإمضائه ، أما إن كان العيب واضحاً جلياً فإني أميل إلى رأي الجمهور ؛ لأن الشارع الحكيم عندما ملك صاحب الخيار حق الفسخ ، لا ليتدخل غيره في ممارسة هذا الحق وإنما جعله له يمارسه بمحض إرادته .

وهذا فيما يبدو لي سبب اختلاف الفقهاء ، فالحنفية اعتبروا أن العيب في الغالب خفي يجري التشاح بين الناس فيه ، بينما الجمهور نظروا إلى العيب على أنه مدرك من قبل المتعاقدين فلا حاجة للتقاضي فيه .

المطلب الثالث : الفسخ القضائي في حالة الأعدار الطارئة :

ذهب الفقهاء^(٣) إلى اعتبار الفسخ بالأعدار الطارئة في العقود المستمرة فسخ قضائي ؛ لأن الأعدار أسباب استثنائية تقديرية ، لا يترك الفصل فيها إلى إرادة المتعاقدين ؛ لأن تقديرها محل اختلاف بين الناس ، فلا بد من سلطة القاضي التقديرية في اعتبارها أعداراً تفيد الفسخ أم لا لحسم ما يمكن أن يؤدي إلى نزاع بين المتعاقدين^(٤) .

أما الحنفية^(٥) الذين تفرّدوا بنظرية العذر دون غيرهم ، اختلفوا إلى رأيين في الفسخ بالعذر

(١) - معني المحتاج : ١١٨/٣

(٢) - انظر ، ضوابط العقد : التركماني ٢٩٤ ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٤٠٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه

الزحيلي ٣١٦٨/٤ .

(٣) - أشرت فيما سبق أن الأصل عند جمهور الفقهاء لا يرون الفسخ بالعذر الطارئ وإنما أجازوا الفسخ لتعذر استيفاء المنفعة تعذراً حسياً ولكنهم استثنوا حالات أجازوا فيها الفسخ للعذر الطارئ كالخوف ونحوه الذي يقدره القاضي .

(٤) - انظر ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديته : د. أسامة الحموي ٣٥٠ ، النظرية العامة للفسخ : د. زنون ٢٥٠

(٥) - انظر ، المبسوط : السرخسي ٣/١٦ ، بدائع الصنائع : ٢٠٠/٤ - ٢٠١ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٤٢/٨ ،

العناية شرح الهداية : ٢٥٠/٣ ، ٢٥١ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٢٣٩/٢ ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر / ١١٨ .

أبوقعه القاضي أم يُترك إلى العاقد ؟

الرأي الأول^(١) : يحق للعاقد المتضرر أن يفسخ العقد دون حاجة إلى رضا المتعاقد الآخر أو إلى حاكم ؛ لأن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في البيع يوجب للعاقد حق الفسخ دون التوقف على القضاء أو الرضا .

الرأي الثاني^(٢) : لا يفسخ عقد الإجارة بالعذر إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي ؛ لأن هذا الفسخ ما هو إلا نتيجة خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبهه الرد بالعيب بعد القبض ، ولأنه فصل مجتهد فيه ، فيتوقف على إمضاء القاضي كالرجوع في الهبة .

غير أن هناك من الحنفية أيضاً من فصل القول في أحقية القيام بالفسخ ، بناء على كون العذر ظاهراً أو مشتبهاً ، فإن كان ظاهراً انفرد العاقد المتضرر بالفسخ دون حاجة إلى القضاء ، وإن كان مشتبهاً أو خفياً كالدين فلا بد من التقاضي ليظهر العذر ويزول الاشتباه ، وهذا ما رجحه ابن عابدين^(٣) والكاساني الذي قال : « وهذا حسن »^(٤) .

أما عند الاختلاف بين المتعاقدين في العذر ، فإن العقد يفسخ بالقضاء حال ثبوته عند القاضي^(٥) .

المطلب الرابع : الفسخ القضائي في حالة فساد العقد :

ذكرت سابقاً أن الحنفية قالوا : إن القاضي يملك حق فسخ العقد الفاسد بكل أشكاله وحالاته عند امتناع العاقدين عن ذلك صيانة لحق الشرع المنوط به^(٦) ، قال ابن نجيم : « قال في البرازية : وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً ، وعلم القاضي به فسخه حقاً للشرع »^(٧) .

المطلب الخامس : الفسخ القضائي في حالة الإعسار بالنفقة والمهر في عقد النكاح :

إن الفسخ لإفلاس وإعسار في عقد النكاح فسخ قضائي عند القائلين به على تفصيل وتوضيح سنتعرض له إن شاء الله تعالى في الباب الأخير من هذه الأطروحة .

-
- (١) - نسب هذا الرأي لمحمد بن الحسن الشيباني في كتابه الأصل (المبسوط) وفي الجامع الصغير . انظر ، المراجع السابقة .
- (٢) - نسب هذا الرأي لمحمد بن الحسن الشيباني في كتابه الزيادات (انظر ، المراجع السابقة) ، وفي الفتاوى الهندية : ٤ / ٤٥٨ : اختلفت الروايات ولم تحدد قائلها .
- (٣) - حاشية ابن عابدين ٨١/٦
- (٤) - بدائع الصنائع : ٢٠١/٤ ، وانظر ، الفتاوى الهندية : ٤٥٨/٤ .
- (٥) - انظر ، المبسوط : ٤ / ١٦ .
- (٦) - انظر إلى مبحث لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد الصحيفة ٢٤٤ .
- (٧) - البحر الرائق : ١٠٣/٦ .

المطلب السادس : الفسخ القضائي في حالة عدم التنفيذ أو تأخيرها :

إن صور عدم التنفيذ تأخذ أشكالاً متعددة بحثها الفقهاء في مسائل مختلفة تتمثل أحياناً في اختلاف المتعاقدين على محتويات العقد ، وأحياناً أخرى تتمثل في الامتناع أو التخلف عن تنفيذ الالتزام المترتبة على العقد ، وفيما يأتي سأتناول هاتين المسألتين من حيث بيان حكم الفسخ فيهما بعد توضيح طبيعتهما

المسألة الأولى : مدى الحكم بالفسخ عند اختلاف المتعاقدين :

إن الراجح عند الفقهاء^(١) أن الفسخ بسبب عدم التنفيذ في صورتيه السابقتين عند من يقوله به يغلب عليه طابع الفسخ القضائي ؛ لأنه يحتاج في الأعم الأغلب إلى تقدير الأسباب المحيطة بعدم التنفيذ لتقرير الفسخ أو عدمه ؛ لأن تقديم البينة ومدى قوتها تحتاج فيما تحتاج إليه إلى نظر وتقدير القاضي حال اختلاف المتعاقدين على محتويات العقد كاختلافهما في مقدار المعقود عليه أو صفته أو مقدار الثمن أو الأجل أو الكفيل أو الرهن ونحوها ، ولا يكون لأحدهما دليل يُسند دعواه ، أو أنهما يمتلكان بينتین في نظر كل واحد منهما أنه صاحب الحق ، لذا لا بد من رفع الأمر إلى القاضي الذي مُنح سلطة فسخ العقد عند استمرار الخصومة بعد توجيه اليمين إلى المشتري حال فقد البينة ؛ لحديث ابن مسعود الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة ، فهو ما يقول رب السلعة أو يتأركان »^(٢) .

فدلالة الحديث صريحة في أنه إذا وقع اختلاف بين البائع والمشتري في الثمن أو المبيع أو في شرط من شروطهما ، فالقول قول البائع مع يمينه لما عرف من القواعد الشرعية أن من كان القول قوله فعليه اليمين أو يتأركان ، فيفسخان العقد أو أحدهما أو الحاكم إن لم يتراضيا على تفصيل متشعب في كتب الفقهاء^(٣) نتيجة تعدد المسائل التي قد يختلف المتعاقدان عليها

(١) - انظر ، العناية شرح الهداية : ٢٠٥/٨ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٦٠ - ٥٦١ ، أنوار البروق في أنواع الفروق : ١٣٣/٤ ، مقني المحتاج : ٤٧٢/٢ - ٥٠٩ ، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع شرح المهذب : الرافعي ١٤٩/٩ وما بعدها ، المغني : ١٣٦-١٣٧

(٢) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب البيوع ، باب إذا اختلف البيعان / ٣٥١١ ، والنسائي في (المجتبى) : كتاب البيوع ، باب اختلاف المتبايعين في الثمن / ٤٦٤٨ / بلفظ : (أو يتأركان) ، والترمذي : كتاب البيوع ، باب إذا اختلف البيعان / ١٢٧٠ / بلفظ : (ولم تكن بينة ، فالقول ما قال رب السلعة أو يتأركان) ، الحاكم في المستدرک : كتاب البيوع / ٢٢٩٣ ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه والبيهقي في سننه الكبرى : كتاب البيوع ، باب اختلاف المتبايعين / ١٠٥٨٩ ، وجاء في عون المعبود : ٣٠٧/٩ ((قال المنذري وفيه عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود ، وهو منقطع)) ، وقال الشوكاني في نيل الأوطار : ٢٢٠/٩ ((في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبابة ولا يحتج به وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه فهو منقطع ، وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تصح وقال البيهقي : وأصح إسناده في هذا الباب رواية أبي العباس عن عبد الرحمن عن أبيه عن جده)) . وفي نيل الأوطار أيضاً : ٣٤٠/٥ ((قال الحافظ : رواه ثقات))

(٣) - لمعرفة تفاصيل هذه المسائل وأحكامها ، انظر ، بدائع الصنائع : ٢١٨/٤ وما بعدها - ٢١٢/٦ - ٢٢٣ ، حاشية الدسوقي : ١٨٨/٣ - ١٩٢ ، مقني المحتاج : ١٢٩/٢ وما بعدها ، المغني : ١٣٧/٤ وما بعدها ، كشف القناع : ٢٣٦/٣ - ٢٣٧ .

كالاختلاف في النوع أو الجنس أو الصفة ونحوها^(١) ، ولا حاجة لذكرها خشية الإطالة والخروج عن صلب البحث.

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل يقع الفسخ بمجرد التحالف عند اللجوء إليه^(٢) أو لا بد من جهة تقررره ؟

توافقت أقوال الفقهاء في الراجح من مذاهبهم أن الفسخ لا يقع بمجرد التحالف ، وإنما يقرره الحاكم ، فالحنفية في الصحيح لديهم أن العقد لا يفسخ حال التحالف إلا بفسخ القاضي له عند طلبهما أو طلب أحدهما ؛ لعدم ثبوت دعوى كل من المتحالفين ، فيبقى العقد مجهولاً ، فليجأ إلى القاضي ليقرر الفسخ من عدمه قطعاً للمنازعة ، وقيل يفسخ بنفس التحالف ؛ لأنهما إذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة ، فيفسخ^(٣) .

أما المالكية في المشهور عندهم^(٤) : إن الفسخ بالتحالف يحتاج إلى حكم الحاكم وعللوا ذلك بأن العقد وقع صحيحاً فلا يفسخ إلا بحكم الحاكم ، وقيل : إنه يفسخ بمجرد التحالف دون التوقف على حكم القاضي^(٥) ؛ وعللوا ذلك أيضاً بأنه لا يمكن أن يستمر العقد صحيحاً بعد وقوع الجهالة فيه بسبب التنازع على محتوياته كالثمن أو الأجل ونحوهما ؛ لأن الجهالة فيه موجبة للفساد ، وقد تحققت بالتحالف ، فوجب الانفساخ ، ولا يخفى أن هذا مما يحتاج إلى التقاضي لعدم البينة ؛ لأن ما يوجب الانفساخ نتيجة الجهالة ونحوها ما كان بنفس العقد لا فيما يطراً عليه من النزاع^(٦) ، قال ابن عرفة الدسوقي : ((والظاهر أن الفسخ هنا لا يتوقف على حكم الحاكم به ، كذا قيل ، ورده شيخنا بأنه لا يقطع النزاع إلا الحكم))^(٧) .

وتجدر الإشارة إلى أن محل اشتراط الحكم في الفسخ ، إذ لم يتراضيا عليه بغيره ، فإن تراضيا نقض العقد تقايلاً لا فسخاً^(٨) .

وأما الشافعية فقالوا : إذ تحالفا فالصحيح أن العقد لا يفسخ بنفس التحالف ؛ لأن البينة أقوى من اليمين ، ولو أقام كل منهما بينة لم يفسخ فبالتحالف أولى ، بل إن تراضيا على ما

(١) - انظر ، سبل السلام : ٩/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٥٢١/٤

(٢) - التحالف : هو أن يقسم كل واحد من المتعاقدين يمينا بالله ، أنه : ينكر ما يدعيه صاحبه ، أي يحلف على نفي دعوى صاحبه أو يقر ثبوت دعواه . (انظر ، حاشية الدسوقي : ٣/ ١٨٨ ، أحكام عقد البيع : محمد سكمال ٣٦١) .

(٣) - بدائع الصنائع : ٢٥٦/٦ ، البحر الرائق : ٢٢٠/٦ ، العناية شرح الهداية : ٢١٠/٨ ، حاشية ابن عابدين : ٥٦٧/٥ .

(٤) - انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٨٩/٣ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٥١٠/٤

(٥) - ينسب هذا القول إلى سحنون (الذخيرة : القرني ٣٣١/٥) .

(٦) - انظر ، الذخيرة : القرافي ٣٣١/٥ ، أحكام العقد : محمد سكمال ٢٦٣ .

(٧) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : الدردير ١٨٩/٣ .

(٨) - المرجع السابق : ١٨٩/٣

قاله أحدهما أقر العقد ، وإن استمر نزاعهما ، بفسخانه أو أحدهما ؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب أو الحاكم لقطع النزاع ، وحق الفسخ بعد التحالف ليس على الفور فلو لم يفسخا في الحال كان لهما بعد ذلك لبقاء الضرر المحوج للفسخ ، وقيل إنما يفسخه الحاكم ؛ لأنه فسخ مجتهد فيه ، فلا يفسخ أحدهما ، ومقابل الصحيح أنه يفسخ بالتحالف^(١) .

وقال الحنابلة : الفسخ لا يقع بمجرد التحالف ؛ لأن العقد وقع صحيحاً ، فتنازع المتعاقدين وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ، لكن إن رضي أحدهما بما قاله صاحبه أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ صراحة بلا حكم حاكم ؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه رد المعيب^(٢) .

وبناء عليه يمكن القول : إن جمهور الفقهاء قد اتفقوا فيما ترجح من مذاهبهم من أن الفسخ بالتحالف يحتاج إلى حكم الحاكم حال نزاع المتعاقدين وتعارضهما ؛ لأن قطع النزاع من أصله لا يمكن إلا عن طريق القضاء عند تعذر تراضيهما ، وللحفاظ على الحقوق ومنعاً من ضياعها ؛ لأن عدم تراضيهما يجعل كل واحد منهما خصماً للآخر ولا يمكن رفع الخصومات مع الحفاظ على الحقوق المترتبة إلا بالقضاء في أغلب الأحيان ، ولا سيما حال فساد الزمان ، فضلاً عما استدل به الجمهور من أدلة تورث الاطمئنان في وجوب توقف وقوع الفسخ بالتحالف على القضاء قياساً على الرد العيب .

المسألة الثانية : مدى الحكم بالفسخ عند الامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه :

نص الفقهاء^(٣) على أن مجرد اتفاق القبول والإيجاب اتفاقاً يظهر أثره في محله ، يوجب تنفيذ الالتزام المترتبة على هذا التعاقد ، فتسليم المبيع إلى المشتري مثلاً من التزامات البائع وكذلك تسليم الثمن من التزامات المشتري ؛ لأن تسليم البديلين واجب على العاقدين لتحقيق الملك فيهما شريطة أن لا يكون هناك اتفاق بينهما على خلافه أو كانت طبيعة العقد تقتضي التأجيل ، كما في بيع السلم .

ولكن قد يتنازع الطرفان ، فيمتنع أحدهما عن القيام بوفاء ما التزم به ، فما موقف الفقه الإسلامي حيال هذه المسألة ، فهل يجيز للعاقدين الآخر الحق في طلب الفسخ ؟

إن الباحث في نصوص الفقهاء^(٤) يجد أنهم لا يجيزون الفسخ نتيجة الامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه ، وإنما يجبر العاقدين على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه عيناً ممكناً بطريق القضاء

(١) - معنى المحتاج : ٥١٠ / ٢ - ٥١١ .

(٢) - المعنى : ١٣٧ / ٤ ، كتاب القناع : ٢٣٧ / ٣ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٣٧ / ٥ وما بعدها ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ٢٤٩ / ١ ، حاشية السويفي : ١٩٢ / ٣ ، المعنى : ١٤٠ / ٤ - ١٤١ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٣٨ / ٥ ، معنى المحتاج : ١٧٢ / ٢ ، المعنى : ١٤١ .

لأن مهمة القاضي إيصال نوي الحقوق إلى حقوقهم بسلطته التي منحها الشرع له ، استناداً إلى قوله تعالى : ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود))^(١) ، فقد أمر الله تعالى بوجوب الوفاء بها ، فإذا لم يقم المدين بوفاء ما التزم به اختياراً ومن تلقاء نفسه أجبره القاضي على ذلك ، فليس للعاقده غير المتخلف الحق في طلب الفسخ طالما التنفيذ العيني ممكن ، إلا إذا نص عليه صراحة في العقد كشرط من شروطه ، وقد سبق شرح هذه الحالة .

وعليه : فإن العقد لا يفسخ في نظر فقهاء الشريعة إذا أخل أحد العاقدين بالتزامه ، بل يبقى العقد قائماً ، ففي عقد البيع ، لا يحق للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن ، أو تأخر في دفعه ، بل يطالب بالتنفيذ العيني ، وفي الرهن كذلك إذا أخل المرتهن بالتزامه لم يملك الراهن فسخ الرهن ، بل يقتصر على مطالبة المرتهن بالتنفيذ ، أو مطالبته بالضمان إذا هلك المرهون .

وفي عقد الصلح أيضاً إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يفسخ الصلح ، بل يطالب المدين بأن يقوم بتنفيذ التزامه ، وهكذا فسائر عقود المعاوضات^(٢) .

ولكن هذا التوجه عند الفقهاء محل نظر ، فليس في قواعد الشريعة ومبادئها ما ينفي حق طلب الفسخ عند امتناع أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه ، بل إن مبادئ الشريعة وقواعدها الفقهية تتسع لذلك ، كما أن بعض الفقهاء^(٣) قد أقر حق الفسخ في مثل هذه الحالة في بعض العقود صراحة ، ولم ينه في سواها في إشارة واضحة إلى أن فكرة طلب الفسخ ممكنة في الفقه الإسلامي استناداً لما يأتي^(٤) :

* - إن تنفيذ الالتزامات العقدية تختلف فيه مصالح المتعاقدين بحسب الوقت ، فقد نفوت مصلحة العاقده الملتزم إلى حين رفع الأمر إلى القضاء وإجبار العاقده المتخلف على التنفيذ العيني ، مما يلحق ضرراً كبيراً بصاحبه ، والضرر منفي بالنص ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : ((لا ضرر ولا ضرار))^(٥) ، والقضاء لا يستطيع إعادة الزمن خاصة في عصرنا الذي يخضع القضاء فيه إلى نظام المرافعات وأصول المحاكمات ومجالات التأجيل وبطء السير في

(١) سورة المائدة : الآية ١

(٢) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٣١٦٩

(٣) - كالحنبلي في بعض الحالات ، انظر ، المعنى : ٧ / ٧١ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٥ / ١٢٠ - ١٢١ ،

شرح منتهى الإرادات : ٢ / ٦٦٥

(٤) - المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١ / ٥٩٩ .

(٥) - سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ٣٩ .

القضايا وفن المجادلة والمماثلة والمراوغة الذي برع فيه كثير من المحامين حتى أن بعضهم قد يأخذ الوكالة في القضية الميئوس فيها قضاء لا ليربح الحكم فيها للمدعي عليه ، بل للتأجيل بثتى الوسائل ، مما يمكن القول : بوجوب إعطاء العاقد الملتمزم حق طلب الفسخ رفعا للضرر بنص الحديث السابق ، وتحقيقاً للعدالة وتطبيقاً لمبدأ التوازن العقدي في الالتزامات إلى جانب حقه في التنفيذ العيني ، فهو بالخيار إن شاء طلب من القاضي إجبار العاقد الآخر على التنفيذ وإن شاء طلب فسخ العقد ، والتحلل من التزاماته ، ورد ما نفذ منها ، وقد أخذ بهذا التوجه ابن عابدين استحساناً في مسألة ما يسرع إليه الفساد ، فقال : « لكن إن اشترى شيئاً مما يتسارع إليه الفساد ، ففي القياس لا يجبر المشتري على شيء ، وفي الاستحسان ، يقال له : إما أن تفسخ أو تأخذ المبيع »^(١) ، وفي هذا إشارة واضحة بجواز الفسخ حال تعذر نقد الثمن وخوف الفساد دفعا للضرر ومنعاً من فوات المصلحة ، وهذا مما يستأنس به مما نحن بصدد رفعه للضرر ، ومنعاً من فوات المصلحة كذلك .

•• - نجد أن فقهاء المذهب الحنبلي^(٢) قد صرحوا بجواز فسخ عقد النكاح فيما إذا شرطت المرأة فيه على الرجل شرطاً صحيحاً فلم ينفذه ، فقد قال البيهوتي : في باب الشروط في النكاح : « شرط ما تنتفع به المرأة مما لا ينافي العقد كزيادة معلومة في مهرها أو نفقتها الواجبة اشترط كون مهرها من نقد معين أو تشتترط عليه أن لا ينقلها من دارها أو بلدتها أو أن لا يسافر بها أو أن لا يفرق بينها وبين أبويها أو أن لا يفرق بينها وبين أولادها أو على أن ترضع ولدها الصغير وإنما يثبت للمرأة إذا لم يف به خيار الفسخ »^(٣) .

فهذه الشروط تمكن المرأة من أن ترفع أمرها إلى القاضي حيث يجبر الزوج على احترامها ، وتنفيذها ومع ذلك أعطيت المرأة حق الفسخ في إشارة واضحة إلى إمكانية القول بحق طلب الفسخ للعاقد الملتمزم عند تخلف صاحبه عن تنفيذ التزامه قياساً على عقد النكاح الذي هو أقل العقود قابلية للفسخ كونه لا يقبل الإقالة ، ففي غيره من عقود المعاوضات المالية أولى بقبول هذا الحق .

ثم ذكر ابن قدامه أيضاً صورة أخرى يمكن أن تقوي هذا التوجه في جواز طلب الفسخ

(١) - رد المحتار على الدر المختار : ٥٦٩/٤ .

(٢) - انظر ، المغنى : ٧١ / ٧ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ١٢٠/٥ - ١٢١ ، شرح منتهى الإرادات : ٦٦٥/٢ .

(٣) - كشف القناع : ٩١/٥ .

فقال : « وإن كان غائباً - أي الثمن - عن البلد مسافة القصر ، فالبائع مخير بين أن يصبر إلى أن يوجد ، وبين فسخ العقد ؛ ولأنه قد تعذر عليه الثمن ، فهو كالمفلس ، وإن كان دون مسافة القصر ، فله الخيار في أحد الوجهين - أي خيار الفسخ - لأن فيه ضرراً عليه . والثاني لا خيار له ، لأنه ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر»^(١) .

يستأنس من ما ذكره البهوتي وابن قدامة على جواز الفسخ للامتناع عن التنفيذ استناداً إلى القولين السابقين ، رفعا للضرر وتحقيقاً للمصلحة ومنعاً لفواتها .

***- إن منح العاقد الملتمزم حق الفسخ يشكل رادعاً أكبر للمتخلف سيئ النية الذي لا يريد تنفيذ التزامه عن عمد أو إهمال منه ، وإذا عرفنا فساد الناس اليوم لم يعد يشكل التهديد بالتنفيذ الجبري نتيجة المماطلة فيه رادعاً لهم ، لذا فإن ترك الخيار للدائن في طلب الفسخ أو التنفيذ فيه مصلحة للمتعاقدين ، وذلك بحملهم على الالتزام^(٢) .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الفقه الإسلامي لا ينفي فكرة جواز طلب الفسخ عند تخلف العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه وقد أخذ بهذا الرأي بعض العلماء المعاصرين^(٣) ، وفي هذا نظرة حق وعدل تشهد لها القواعد الفقهية والمبادئ الشرعية التي توجب دفع الضرر مطلقاً ، وتؤكد على ضرورة التعادل ، والتوازن في العقد وما ينجم عنه .

(١) - المعنى : ١٤٠/٤ .

(٢) - انظر ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : أستاذنا الدكتور أسامة الحموي ٢٠٩ .

(٣) - الأستاذ مصطفى الزرقا ، وأستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي .

المبحث الثالث

الفسخ بحكم الشرع

ويراد به الفسخ الذي يقرره الشرع دون توقف على قضاء أو رضا من المتعاقدين نتيجة خلل طرأ على العقد ، كفقْدان أحد مقوماته ، أو مخالفة شرط من شروطه التي أقرها الشرع ، والتي من شأنها تضمن استمرار العقد ، وتحقيق الغاية المرجوة منه في إيجاد التوازن بين المتعاقدين ضمن ضوابط شرعية تهدف إلى تحقيق مصلحة الفرد والجماعة .

وهذا الخلل وتلك المخالفة قد تزعزع مصلحة المتعاقدين من جانب ، وتخل بالنظام العام الذي أوجد الشرع أسسه من جانب آخر ، لذا لا بد من تشريع يعيد التوازن بين المتعاقدين ويحافظ على النظام العام ، فقرر الشارع الحكيم الفسخ نتيجة ذلك الخلل الحاصل في مقومات العقد - والمتمثل في موت أحد العاقدين أو كليهما وفي استحالة التنفيذ عند هلاك المعقود عليه ، وقد سبق دراسة فسخ هذه الحالات - أو في شرط من شروطه التي نظمها الشرع الحنيف كالفسخ حال الفساد وحال الاستحقاق ، وقد درستها أيضاً في الباب الأول من هذه الأطروحة ، وكفسخ الزواج عند تبين الرضاع أو المصاهرة بين الزوجين عند بعض الفقهاء^(١) أو عند اختلاف الدين والذي سأتناوله بالدراسة والبحث ضمن المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الفسخ عند تبين الرضاع أو المصاهرة .

المطلب الثاني : الفسخ عند اختلاف الدين .

(١) - عند الشافعية والحنابلة كما سنجد بعد قليل إن شاء الله تعالى .

فسخ عقد النكاح عند تبين الرضاع أو المصاهرة

اشترط الفقهاء^(١) لعقد النكاح أن يقع على محل صالح له ، وذلك بأن تكون الزوجة حلالاً للزوج غير محرمة عليه ، فإن طرأ على العقد ما يجعلها محرمة لسبب من أسباب التحريم والمتمثلة في الرضاع ، أو المصاهرة سواء أكانت مؤبدة أم مؤقتة ، اختلف العقد معها ، وأصبح قابلاً للفسخ ؛ لمخالفته شرطاً نص عليه الشارع الحكيم صراحة .
وهنا يثار التساؤل الآتي : : هل طرأ سبب من أسباب التحريم السابقة مفسداً للعقد وبالتالي يستوجب الفسخ من قبل المتعاقدين أو بقضاء القاضي رعاية لحق الشرع ، وعندئذ فإن كل وطء قبل الفسخ وبعد قيام سبب التحريم وطء بشبهة ينتفي الحد معه أم إن النكاح يفسخ بحكم الشرع فور قيام سبب التحريم ، ولا حاجة إلى متاركة أو قضاء ، وكل دخول بعده زنا من كل وجه^(٢) .

إن الباحث في النصوص الفقهية لدى الفقهاء يجد أنهم ينقسمون في هذا إلى رأيين :
الرأي الأول : وأصحابه الحنفية والمالكية^(٣) الذين ذهبوا إلى اعتبار التحريم الطارئ على العقد كالتحريم المقارن ، إذ إنه يفسد النكاح ويجعله مستوجباً للفسخ ، فالرضاع أو المصاهرة الطارئة على العقد ، توجب على الزوجين المتاركة ؛ رعاية لحق الشرع في رفع الفساد ، فإن أصرا على عدم الفسخ والمتاركة ، أجبرهما القاضي على ذلك إذا علم به ، قال الكاساني : ((ويستوي في تحريم الرضاع ، الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه ؛ لأن دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما))^(٤) .

وأعطى ابن نجيم أمثلة على هذا النوع من الفسخ ، فقال ((ولو أرضعت ضررتها ، أي لو أرضعت الكبيرة الصغيرة التي هي زوجة زوجها حرمتا على الزوج ؛ لأنه يصير جامعاً بين الأم والبنات رضاعاً ففسد نكاحهما ولم يفسخ ؛ لأن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد ، حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٥٦/٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٠٨/٣ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي ٢٢٠/٢ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٧١ ، كشاف القناع : ٣٧/٥ وما بعدها ، ومطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٤٦/٥ - ٨٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٦٢/٧ - ٦٣

(٢) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ١٥٨

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٠ / ٤ - ١١ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣ / ٢٤٧ ، الرد المحتار على الدر المختار : ٣٧/٣ ، حاشية

(٤) - بدائع الصنائع : ١٠ / ٤ .

الدسوقي على شرح الكبير : ٥٠٥/٢ - ٥٠٦

اثبتته الأمر أو لم يشتهه نص عليه محمد في الأصل وفي البرازيلية وبثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لا يرتفع بيما النكاح حتى لا تملك المرأة التزوج بزواج آخر إلا بعد المتاركة وإن مضى عليه سنون ، وقدمنا أنه لا بد في الفاسد من تفريق القاضي أو المتاركة بالقول^(١) .

الرأي الثاني : وأصحابه الشافعية والحنابلة^(٢) الذي يرون أن النكاح يفسخ بحكم الشرع فور ثبوت سبب التحريم دون الحاجة إلى متاركة أو قضاء ؛ لإزالة سبب الحرمة فقد قال السنوي في منهاجه : « فصل : تحته صغيرة فأرضعتها أمه أو أخته أو زوجة أخرى انفسخ نكاحه »^(٣) . وعلق الشربيني على ذلك بقوله : « انفسخ نكاحه من الصغيرة وحرمت عليه أبدا ؛ لأنها صارت أخته أو بنت أخته أو بنت زوجته أو أخته أيضاً أو بنت ابنه أو بنت أخيه ، لأن ما يوجب الحرمة المؤبدة كما يمنع ابتداء النكاح يمنع استدامته بدليل أن الابن إذا وطئ زوجة أبيه بثبوت انفسخ النكاح وحرمت عليه ، وليس ذلك كطروء الردة والعدة ؛ لعدم إيجابهما التحريم المؤبد »^(٤) .

وعليه : فإن الشافعية يرون أن الحرمة المؤبدة توجب انفساخ العقد بمجرد قيام الحرمة بخلاف الحرمة المؤقتة التي توجب فسخ العقد نتيجة الفساد الذي لا يُرفع إلا بالمتاركة وبالقضاء .

مما تقدم يتبين أن الفسخ بالرضاع أو المصاهرة الطارئین على العقد يتوقف على القضاء إذا لم يحصل رضاً على المتاركة ؛ لأنهما مما تختلف فيهما الآراء وتتشعب بهما الأدلة ، فمن الفقهاء والعلماء^(٥) من يرى أن التحريم المستوجب للفسخ في الرضاع يقع برضعة واحدة

(١) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٢٤٧/٣

(٢) - انظر ، معنى المحتاج : ٣ / ٣٥٣ ، منهج الطلاب : ١ / ١٠٦ ، المعنى : ٨ / ١٤٦ - ١٤٧ .

(٣) - منهاج الطالبين : ١ / ١١٨

(٤) - معنى المحتاج : ٣ / ٣٥٣

(٥) - الحنفية والمالكية : إذ يستوي عندهما الرضاع المحرم قليله وكثيره ولو مصة واحدة (انظر ، بدائع الصنائع : ٤ / ٧ ،

فتح القدير : ٣ / ٤٣٨ ، حاشية النسوي : ٢ / ٥٠٢) .

ومنهم^(١) من لا يرى التحريم بأقل من خمس رضعات ، وكذلك في المصاهرة منهم من يثبت حرمة باللمس بشهوة ، ومنهم من لا يثبتها بذلك^(٢) ، فمثل هذه الآراء والاجتهادات الفقهية تشير الخلاف والنزاع بين الزوجين مما يتعذر معه الوصول إلى رفعه بدون قضاء أو اتفاق بينهم على المتاركة بسبب هذه الحرمة ، مما يجعل إيقاع الفسخ لا يتم بحكم الشرع مباشرة ، وإنما يحتاج إلى متاركة أو قضاء ، لذا فإنني أرى أن مذهب الحنفية والمالكية أولى بالقبول والعمل به من مذهب الشافعية والحنابلة ، وهذا ما أخذ به أستاذنا الدكتور أحمد الحجي الكردي^(٣) .

.....
 (١) - الشافعية والحنابلة : الرضاع المحرم عندهما هو خمس رضعات متفرقات . (نهاية المحتاج : ١٧٦ / ٧ ، المعنى :

١٣٧ / ٨).

(٢) - قال ابن عابدين في حاشيته : ٣٧/٣ ((لو مس المراهق ، وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه)) ، وقال الدردير في

الشرح الكبير : ٢٦٩/٢ ((وأما تحريم المصاهرة فلا يحصل إلا بالوطء)) . وقال النووي في روضة الطالبين : ١١٣/٧))

وأما السنن بشهوة فلا يثبت المصاهرة على المذهب وبه قطع الجمهور ، وقيل قولان)) ، وقال ابن تيمية في الفتاوى : ٢١ /

٢٣٩ ((اللبس المجرد لم يعلق الله به شيئاً من الأحكام ولا جعله ينتشر حرمة المصاهرة)) .

(٣) - فسخ الزواج : أحمد الحجي الكردي ١٦٠ .

الفسخ عند اختلاف الدين الطارئ على العقد

حرم الإسلام ابتداء نكاح المسلم للمرأة المشركة ، ونكاح المسلمة لغير المسلم ؛ لقوله تعالى: ((وَلَمَّا تَتَّخِطُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَمَّا تَتَّخِطُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَكَلِمَةٌ مَوْدَّةٌ وَرَحْمَةٌ))^(١) ؛ لأن اختلاف الدين يولد القلق والاضطراب ويسبب التناحر بين الزوجين ، فلا تستقيم الحياة الزوجية القائمة على دعائم المودة والرحمة والمحبة ، قال تعالى : ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً))^(٢) ، فكل منهما حال اختلاف دينهما يكفر ويستهزئ بمعتقدات الآخر ويظن أن عقيدته هي الصحيحة مما يستثير حفيظة قرينه ، فيرد عليه بالمثل ، وما كان هذا سبيله ، فإنه سيؤدي حتماً إلى التصادمات والخصومات الدائمة ، وتتقلب الحياة الزوجية إلى صراع بين الزوجين وتفقد الغاية المنشودة منها ، ثم إن عدم الإيمان بدين سماوي يسهل على المرأة الخيانة الزوجية والفساد والشر ، ويرفع عنها الأمانة والاستقامة والخير ؛ لأنها تؤمن بالخرافات والأوهام ، وتتأثر بالأهواء والطباع الذاتية غير المهذبة فلا دين يردعها ولا رادع لها من إيمان بالله وباليوم الآخر وبالْحَسَابِ وَالْبِعْثِ^(٣) .

بخلاف نكاح الكتابية دون غيرها ؛ لأنها تؤمن بمبادئ ومثل روحية مستوحاة من دين سماوي كالاقرار بالله تعالى ، والإيمان بالرسول واليوم الآخر وما فيه من حساب وعقاب ، وهذا يشكل مع زوجها المسلم نقاط التقاء وجسور اتصال يضمن إلى حد ما توفير حياة زوجية مستقرة إضافة إلى الأمل في إسلامها كونها تؤمن بالله وكتبه ورسوله في الجملة .

أما نكاح المسلمة لغير المسلم سواء أكان كتابياً أم غيره فقد حرمه الإسلام كما هو معلوم والحكمة هي أن المسلم حال زواجه بكتابية يؤمن بكل الرسل وبالأديان في أصولها الصحيحة الأولى ، فلا خطر منه على زوجته الكتابية في عقيدتها أو مشاعرها ، خلاف غير المسلم كتابياً كان أم غيره الذي لا يؤمن بالإسلام فيكون خطره على المسلمة محققاً وضرره واقعاً بحملها على التأثر بدينه ، ولأن المرأة أيضاً سريعة التأثر والانقياد لضعفها وقوة الرجل^(٤) وقد

(١) - سورة البقرة : الآية ٢٢١

(٢) - سورة الروم : الآية ٢١ .

(٣) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٧/ ١٥٢ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحكي الكروني ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٤) - المرجعان السابقان .

نوه القرآن بذلك في قوله تعالى : ((الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ))^(١) .

هذه نظرة الإسلام حال اختلاف الدين بين الزوجين ابتداء ، لكن ما مصير العلاقة الزوجية فيما إذا طرأ عليها هذا الاختلاف في الدين ؟ أوجب الإسلام فسخ هذه العلاقة أم لا ؟ وهل تتفسخ فور قيام سبب الحرمة أم تحتاج إلى متاركة أو قضاء ؟ هذا ما سنفصله من خلال بيان حكم النكاح حال إسلام أحد الزوجين أو ارتداده .

أولاً - حكم النكاح ومدى قبوله للفسخ فيما إذا أسلم أحد الزوجين .

لبحث حكم هذا النوع من النكاح لا بد أن نميز بين حالتين :

الحالة الأولى : إسلام الزوج وتحتته كتابية :

اتفق الفقهاء^(٢) على دوام النكاح فيما إذا أسلم الزوج وبقيت زوجته كتابية ، شريطة أن تكون على صفة يجوز الزواج بها في شرعنا بأن لا تكون محرمة عليه لنسب أو رضاع أو نحوهما ، فيبقى عندئذ النكاح على حاله ولا يفسخ ولا يجدد ثانية ؛ لجواز نكاح المسلم للكتابية ابتداء ، فيحل له ذلك بقاء من باب أولى .

أما إذا كانت مما لا تجوز له فيما لو كانت مسلمة كان تكون في عدتها من مسلم أو غيره ولم تنقض عدتها أو تكون أخته أو أمه أو غير ذلك انفسخ النكاح حينئذ دون التوقف على متاركة أو قضاء ؛ لأن النكاح في نظر المسلم منهما وقع باطلاً ، فلا يقران على استمراره ، قال النووي : ((أسلم كتابي وتحتته كتابية دام نكاحه))^(٣) .

الحالة الثانية : إسلام أحد الزوجين المشركين :

تباينت أقوال الفقهاء في حكم نكاح طراً عليه إسلام أحد الزوجين المشركين وبقاء الآخر

مشركاً إلى ما يأتي :

١ - ذهب الحنفية^(٤) إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين عُرضَ الإسلام على الآخر ، فإن أسلم

(١) - سورة النساء : الآية ٣٤ .

(٢) - انظر ، البحر الرائق ، ٢٢٦/٣ ، بدائع الصنائع : ٣٣٦/٢ ، حاشية السوقي : ٢٦٧/٢ ، مغني المحتاج : ٣ / ٢٤٥ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٦٣/٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٣٢٨/٧ ، كشف القناع : ١١٨/٥ - ١١٩ .

(٣) - مغني المحتاج : ٣ / ٢٤٥ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣٦/٢ وما بعدها ، البحر الرائق : ٢٢٦/٣ وما بعدها ، شرح فتح القدير : ٤١٩/٣ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣ / ١٨٨ وما بعدها .

فيما على نكاحهما ، ولا يفرق بينهما سواء حصل دخول أم لا ، وإن أبى وقعت الفرقة ؛ لأن مقصد النكاح قد فات فلا بد من سبب للفسخ لتبني الفرقة عليه ، فكان الإباء ؛ لأن الإسلام طاعة ونعمة من الله تعالى فلا يصلح سبباً لها ، بينما الإباء نقمة كونه معصية دون الإسلام الذي حرم نكاح المسلم للمشركة ، ونكاح المشرك للمسلمة ابتداءً فكذاك يمنع بقاء ، وذلك إن كانوا في دار الإسلام .

ولا تقع هذه الفرقة بنفس الإسلام ، وإنما تحتاج إلى القاضي ليفرق بينهم عند الإباء ؛ لأن اليأس عن حصول مقصد النكاح المتمثل في إباء الإسلام يحصل عنده .

واستدلوا بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ، فقد روي أن رجلاً من بني تغلب أسلمت امرأته ، فعرض عمر رضي الله عنه عليه الإسلام فامتنع ، ففرق بينهما^(١) ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعاً^(٢) .

وأما إن كان أحدهما في دار الحرب أو كلاهما فلا يفسخ نكاحهما حال إسلام أحدهما حتى تنقضي مدة تساوي عدة المرأة ؛ لامتناع عرض الإسلام عليه لعدم الولاية ، وقد مست الحاجة إلى التفريق دفعاً للفساد ؛ لاختلاف دينهما ، فيقام شرط الفرقة وهو ثلاث حيضات أو ثلاثة أشهر مقام العلة المتمثلة في عرض الإسلام ؛ لأن إقامة الشرط مقام العلة عند تعذر اعتبار العلة جائز في أصول الشرع ، فإذا مضت تلك المدة ولم يسلم الآخر وقعت الفرقة ، وعداً أبياً للإسلام حكماً دون التوقف على القضاء ؛ لأن تلك الفترة صارت بمنزلة تفريق القاضي .

وعليه يمكن القول : إن وقوع الفرقة بين الزوجين المشركين عند إسلام أحدهما متوقف على إباء الآخر له ، والحكم به قضاء أو مضي المدة التي تبين فيها المرأة عادة إن كان أحدهما في دار الحرب ، فإذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لا تقع الفرقة ، ويبقى النكاح صحيحاً على الرغم من حرمة شرعاً ؛ لأن الإسلام لا يمكن أن يكون سبباً للفسخ بل إباء عنه حقيقة أو حكماً لذا قال ابن نجيم : ^(٣) « وما لم يفرق القاضي بينهما فهي امرأته حتى يجب كمال المهر بموته قبل الدخول ، وإنما لا يتوارثان لو مات أحدهما قبل التفريق للمانع منه ، وهو كفر أحدهما لا للبينونة »^(٣) .

(١) - مختصر اختلاف العلماء : ٣٣٧/٢ ، شرح معاني الآثار : ٢٥٩/٣ .

(٢) - بدائع الصنائع : ٣٣٧/٢ .

(٣) - البحر الرائق : ٢٢٧/٣ .

وفي هذا المقال يثار التساؤل الآتي : هل يُعرض الإسلام على الصغير أو المجنون إن كان هو الأبى للإسلام ؟

بيّن الحنفية^(١) أن غير المسلم إن كان صغيراً مميّزاً ، يجب عرض الإسلام عليه ، فإن أبى فرق بينهما بالاتفاق على الأصح ؛ لأن الأصل أن كل من صح منه الإسلام إذا أتى به يصح منه الإباء إذا عُرض عليه .

أما الصبي الذي لا يميز ، فإنه ينتظر حتى يبلغ ثم يعرض الإسلام عليه ، فإن أسلم كانت زوجته ، وإن أبى أخذ حكم البالغ في ذلك .

وأما المجنون فيُعرض الإسلام على أبويه لا على سبيل الوجوب والإلزام بل عن طريق الشفقة المعلومة من الأباء على الأبناء عادة ، ففعل ذلك يحملها أو أحدهما على الإسلام ، فإن تم استمر النكاح ؛ لأن المجنون يتبع المسلم منهما فيحكم بإسلامه دون الانتظار لعودة العقل ؛ لأنه مما ليس له نهاية معلومة ، فإن لم يكن له أبوان ، نصب القاضي له وصياً ، وحكم عليه بالفرقة .

وإن وقف أحد الزوجين المشركين من الإسلام موقفاً حيادياً ، بأن لم يسلم ولم يمتنع عن الإسلام بأن سكت ، فهل يُعرض الإسلام عليه ثانية ؟

نص فقهاء الحنفية^(٢) على أنه إذا أصر على الإباء ، فالقاضي لا يعرض الإسلام عليه مرة أخرى ويفرق بينهما ، وإن سكت ولم يقل شيئاً ، فالقاضي يعرض عليه الإسلام مرة أخرى حتى تتم ثلاثاً احتياطاً .

٢- المالكية^(٣) :

وذهب المالكية إلى أن إسلام أحد الزوجين الكافرين أو المشركين يوجب انفساخ النكاح بينهما إن كان قبل الدخول ، فتبين الزوجة حين إسلامها لعدم العدة ، وهو الراجح ، قال النفراوي^(٤) : ((وأما لو كانت غير مدخول بها لم يقر عليها لبينونتها بمجرد إسلامها))^(٥) ، وقيل إن قرب إسلام زوجها بعدها استمر نكاحها بناء على أن ما قارب الشيء يعطى حكمه ،

(١)- انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٢٢٦/٣ - ٢٢٧ ، رد المحتار على الدر المختار : ١٨٩ / ٣ ، شرح فتح القدير : ٤١٩ / ٣ .

(٢)- انظر ، المرجع السابقة .

(٣)- انظر ، المدونة : ٢١٢/٢ - ٢١٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٦٧/٢ - ٢٦٨ ، الفواكه الدواني : ٢ / ٢٦ ، الكافي : ١ / ٢٤٨ - ٢٤٩ .

(٤)- النفراوي : (١٠٤٤ - ١١٢٦) هو أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي؛ فقيه من بلدة نفري، من أعمال قويسنا، بمصر ، نشأ بها وتفقّه وتادب وتوفي بالقاهرة . ، ومن تصانيفه : الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، في فقه المالكية. (الأعلام : ١ / ١٩٢) .

(٥)- الفواكه الدواني : ٢ / ٢٦ .

وقدروا ذلك بشهر كما قدره بعضهم بيومين أو ثلاثة أيام ، وفي المدونة شهر ، فإن زاد قليلا لا يضر .

واستدلوا بقوله تعالى : « **وَلَا تُنكِحُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ** »^(١) على انفساخ النكاح أيضا حال إسلام الزوج^(٢) .

وجه دلالة الآية هو أنه لا يجوز نكاح المشركات ابتداء ولا بقاء ، وهو ما يؤكد ابن كثير إذ قال عند تفسيره هذه الآية : « **تحريم من الله عز وجل على عباده المؤمنين نكاح المشركات، والاستمرار معهن.** »^(٣) .

وهنا يثار التساؤل الآتي :

هل يُعرض الإسلام على من لم يسلم منهما في تلك المدة بحيث إذا أبى انفسخ النكاح دون الانتظار أم لا بد من انتهاء المدة ؟
نجد عند المالكية^(٤) رأيين :

الأول منهما : إن عرض عليها الإسلام ، فتوقفت لتتظر في أمرها أو آبت ، يجب الانتظار عندئذ إلى انتهاء المدة .

الثاني : يفرق بينهما إذا عرض الإسلام عليها دون الانتظار إلى انتهاء المدة سواء توقفت لتتظر أم آبت وهو الراجح في المذهب ، قال ابن رشد : « **قال مالك : إذ أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت** »^(٥) .

أما بعد الدخول : فقد ميز المالكية^(٦) بين أيهما أسلم أولا ، فإن أسلمت الزوجة وبقي زوجها مشركا أو كتابيا توقف حكم النكاح على انقضاء عدتها ، فإن أسلم في العدة كان أحق بها ، وإن أبى الإسلام حتى مضت المدة انفسخ نكاحها حتى لو أسلم بعدها ، فإنه لا يقر عليها ؛ لأن إسلامه كالرجعة ، ولا رجعة بعد انقضاء المدة . أما إن أسلم الزوج دونها توقف حكم نكاحها أيضا على إسلامها في مدة قريبة لا تزيد على شهر ، فإن أسلمت فيه استمر عدتها ، وإن انتهت هذه المدة ولم تسلم ، انفسخ نكاحها .

٣- الشافعية والحنابلة^(٧) : فقالوا : إن إسلام أحدهما قبل الدخول يوجب انفساخ النكاح

(١) - سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

(٢) - انظر ، موطأ مالك : ٥٤٥/٢ ، التمهيد لابن عبد البر : ٢٦/١٣ ، شرح الزرقاني : ٢٠٥/٣ .

(٣) - تفسير ابن كثير : ٩٤ / ٨ .

(٤) - انظر ، حاشية الدسوقي : ٢٦٨/٢ ، بداية المجتهد : ٣٧/٢ .

(٥) - بداية المجتهد : ٣٧ / ٢ .

(٦) - انظر ، الفواكه الدواني : ٢٦/٢ وما بعدها ، حاشية العدوي : ٩٢/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٦٨/٢ ، الثمر الداني شرح رسالة القبرواشي : ٤٥٨/١ .

(٧) - انظر ، معنى المحتاج : ٢٤٥ / ٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ١٦٣ / ٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ٣٢٨/٧ - ٣٢٩ ، المعنى : ٧ /

١١٦ - ١١٨ ، كشاف القناع : ١١٩/٥ .

في الحال دون توقف على متاركة أو قضاء بمجرد إسلامه ؛ لأن الزواج غير متأكد بدليل أنها تبين منه بطلقة واحدة ؛ ولأنه اختلاف دين يمنع الإقرار عليه كالردة ، ولو أسلم الآخر منهما فيما بعد لا ترتفع الفرقة ؛ لوقوعها بمجرد الإسلام ، قال ابن قدامة : ((إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي متزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول ، تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ، ويكون ذلك فسخاً لا طلاقاً))^(١) .

أما بعد الدخول فقد ذهب الشافعية والحنابلة في الراجح لديهم^(٢) : إلى أنه يتوقف حكم النكاح على فترة تساوي مدة العدة ، فإن أسلم الآخر منهما دام النكاح ، وإلا انفسخ من حين وقوع إسلامه .

واستدلوا لذلك بما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أنه أسلمت امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنزوت فجاء زوجها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إني قد كنت أسلمت وعلمت بإسلامي فانتزعتها رسول الله صلى الله عليه وسلم من زوجها الآخر وزدها إلى زوجها الأول^(٣) .

وبما روى أيضاً عن مالك في موطنه عن ابن شهاب أنه قال : كان بين إسلام صفوان بن أمية وامراته بنت الوليد بن المغيرة نحواً من شهر ، أسلمت يوم الفتح ، وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ، ثم أسلم ، فلم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح^(٤) . وقال ابن شهاب أيضاً أسلمت أم حكيم يوم الفتح ، وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن ، فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن ، فدعته إلى الإسلام ، فأسلم وقدم فبايع النبي صلى الله عليه وسلم ، فثبتنا على نكاحهما^(٥) .

(١) - المعنى : ١١٦/٧ .

(٢) - مغنى المحتاج : ٢٤٥/٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ١٦٣/٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٣٢٩/٧ ، حاشيتنا قتيوبي وصيرة ٢٥٥/٣ . المعنى : ١١٦/٧ - ١١٧ ، كشف القناع : ١١٩/٥ .

(٣) - أخرجه أبو داود في سننه : كتاب الطلاق ، باب إذا أسلم أحد الزوجين / ٢٢٣٩ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر / ٢٠٠٨ ، وابن حبان في سننه : كتاب النكاح ، باب نكاح الكفار ، ذكر البيان بأن النكاح إذا أسلمت إحداهما يجب أن يقرأ على نكاحهما . ، والحاكم في المستدرک : كتاب الطلاق / ٢٨١٠ ، وقال : ((هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وهو من النوع الذي أقول : إن البخاري احتج بعكرمة)) ، والبيهقي في سننه الكبرى : باب من قال لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما إذا كان مدخولاً بها حتى تنقضى عدتها قبل إسلام المتخلف منهما / ١٣٨٤٩ ، قال الصنعاني في سبل السلام : ١٣٤ / ٣ ((رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم)) ، ونظر ، كنز العمال : ٥٠٥/١٦ .

(٤) - أخرجه مالك في موطنه : كتاب النكاح ، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله / ١١٣٣ / ٥٤٤/٢ ، وقال ابن عبد البر : ((هذا الحديث لا أعلمه يتصل من وجه صحيح ، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير ، وابن شهاب إمام أهل السير ، وكذلك الشعبي ، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده)) (التمهيد : ابن عبد البر ١٩/١٢) .

(٥) - أخرجه مالك في موطنه : كتاب النكاح ، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله / ١١٣٤ ، ولم أعر على بيان لدرجة هذا الحديث .

أما الرواية الثانية عند الحنابلة هي أن الفرقة بينهما تتعجل ؛ لقوله تعالى : ((ولما تُنسبُوا بعصم الكؤافر))^(١) ؛ ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول عنه بعده ^(٢) .

وخلص القول : إن جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أن انفساخ عقد النكاح بين الزوجين المشركين حال إسلام أحدهما لا يحتاج إلى متاركة أو قضاء ، وإنما يفسخ مباشرة بحكم الشرع ، ولكنهم اختلفوا في وقت وكيفية وقوعه ، فالحنفية كما قلت أوضحوا أن الفسخ يتوقف على إساءة الإسلام سواء حصل دخول أم لا ، بينما المالكية والشافعية والحنابلة ميّزوا بين الدخول وعدمه ، فقالوا : يفسخ النكاح قبل الدخول من حين وقوع الإسلام بخلاف بعد الدخول ، فإنه يُنتظر مدة لا تزيد عن شهر في حال إسلام الزوج عند المالكية ، فإن أسلمت المرأة فيه ، دام نكاحهما ، وإلا وقع الفسخ من حين الإسلام ، أما إذا كانت الزوجة هي التي أسلمت فإنه يتوقف في حكم النكاح على مدة تساوي عدتها عادة ، فإن أسلم زوجها فيها دام عقدهما ، وإلا انفسخ من حين إسلامها ، بينما الشافعية والحنابلة ، قالوا : لا بد من فترة تساوي العدة ، فلم يميّزوا بين إسلام الزوج أولاً أو الزوجة .

ولكنني أرجح رأي الحنفية فيما ذهبوا إليه ؛ لوجوب عرض الإسلام والتأكيد عليه من خلال بيان مبادئه العظيمة للأخر ، لعل ذلك يحمله على التأثر والانقياد لدين الله تعالى ، فيُنقِض نفسه ، ويحافظ على أسرته ، ثم إنه قد يمنع المتخلف منيما عن الإسلام مانع فتنتهي المدة ، فكان بعرض الإسلام نوع من التأكيد على عدم قبول له حال إياته ، وهذا يحقق جانب الحبيطة التي يحرص عليها الإسلام ويدعو إلى ضرورة الأخذ بها في عقد الزواج خاصة لما يترتب عليها من أمور تتعلق بكيان الأسرة .

(١) - سورة الممتحنة : الآية ١٠

(٢) - المعنى : ٧ / ١١٨ .

ثانياً - حكم النكاح ومدى قبوله للفسخ فيما إذا ارتد أحد الزوجين أو كليهما :

تصوير المسألة :

إذا ارتد أحد الزوجين أو كلاهما ، أُنفسخ عقد النكاح بينهما حال وقوع الردة أم أنه لا بد من قضاء أو متاركة فيما بينهما ؟ وبعبارة أخرى : هل الفسخ^(١) حال ردة أحد الزوجين أو كليهما فسخ بحكم الشرع أم أنه فسخ قضائي ؟ وهل ارتداد الزوج كارتداد الزوجة في الأثر المترتب عليه^(٢) .

إن الإجابة عن هذه التساؤلات هي محور هذه المسألة وأساسها ، والتي يمكن أن نقدم لها بأن الفقهاء قد اتفقوا من حيث الجملة على انفساخ العقد بحكم الشرع مباشرة حال وقوع الردة دون توقف على قضاء أو غيره ، وفيما يأتي تفصيل آراء الفقهاء واستدلالاتهم على ذلك :

١- الحنفية^(٣) :

ميّز الحنفية في وقوع الفسخ وعدمه نتيجة الردة بين أن تكون من الزوجين معاً أو من أحدهما على التفصيل الآتي :

الحالة الأولى : أثر ارتداد أحد الزوجين المسلمين على عقد نكاحهما :

أوجب الحنفية في الراجح لديهم فسخ عقد النكاح فور وقوع الردة من أحدهما ، وعللوا ذلك بأن الردة تنافي النكاح ، واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمة ؛ ولأنه لا يحل للكافر أن يستولي على المسلمة أو أن يلي أمرها ، فلا بد من التفريق بينهما مباشرة بحكم الشرع دون توقف على قضاء ، قال ابن نجيم : « وارتداد أحدهما فسخ في الحال »^(٤) .

إلا أن هناك قولاً آخر في غير ظاهر الرواية أفتى به بعض مشايخ بلخ وسمرقند^(٥) يفيد عدم الفسخ مطلقاً فيما إذا ارتدت الزوجة ، استحساناً لحسم باب المعصية والحيلة للخلاص من الزوج ، إذ ليس للزوجة سبيل إلى الطلاق بخلاف الزوج ، فإنه غير متهم ؛ لقدرتة على

(١) إن الفرقة الواقعة بين الزوجين نتيجة الردة مما اختلفت فيها الأقوال في اعتبارها فسخاً أو طلاقاً ، على تفصيل سنوضحه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

(٢) - والقصد الأثر المترتب على الارتداد والمنتمثل في فسخ العقد .

(٣) - انظر ، المبسوط : ٤٩/٥ - ٥٠ ، البحر الرائق : ٣/ ٢٣٠- ٢٣٢ ، بدائع الصنائع : ١٣٦/٧ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٤/ ٢٢٣-٢٢٤ ، فسخ الزوج : د. أحمد الحجي الكردي ٢٤٣-٢٤٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٥/٧ .

(٤) - البحر الرائق : ٢٣٠/٣ .

(٥) - بلخ : مدينة مشهورة بخراسان معجم البلدان : ١ / ٣٤٧

سمرقند : من بلدان ما وراء النهر المعروفة وكانت قاعدة بلاد الصغد شرقي بخاري وهي اليوم تقع في ولاية (أوزبكستان) الروسية. ينسب إليها كثير من العلماء منهم ابن بهرام الدارمي السمرقندي من أئمة حفاظ الحديث. تعريف بالأماكن الواردة في البداية والنهاية لابن كثير : ٢ /

التخلص من زوجته بالطلاق ، وهذا يوافق رأي المالكية^(١) ، فقد استثنوا هذه الحالة من وجوب فسخ النكاح ، كما سنرى بعد قليل

وأما عامة مشايخ بخارى فقد أفتوا بالفسخ ، لكنهم قالوا : تجبر على الإسلام حال ردتها ، والنكاح مع زوجها الأول ؛ لأن الحسم يحصل بهذا الخبر ، فلا ضرورة إلى إسقاط اعتبار المنافي - أي اختلاف الدين - وتعقبهم في جامع الفصولين بأن جبر الحرة البالغة مناف للشرع أيضا ، فلزمهم ما هربوا منه من إسقاط اعتبار المنافي^(٢) .

وقال ابن نجيم رداً على ذلك : « وهو مردود ؛ لأن الجبر على النكاح عُيِدَ في الشرع في الجملة للضرورة كما في العبد ، والأمة ، والحر الصغير ، والحرة الصغيرة ، فجاز ارتكابه في غيرهم للضرورة ، ولم يعهد بقاء النكاح مع المنافي له فافترقا ... وصحح في المحيط والخزانة ظاهر الرواية من وقوع الفرقة ، والجبر على تجديد النكاح من الأول وعدم تزوجها بغيره بعد إسلامها ، وقال الولوالجي : وعليه الفتوى ولا يخفى أن محله ما إذا طلب الأول ذلك ، أما إذا رضي بتزوجها من غيره فهو صحيح ؛ لأن الحق له ، وكذلك لو لم يطلب تجديد النكاح واستمر ساكناً ، ولا يجده القاضي حيث أخرجها من بيته »^(٣) .

الحالة الثانية : أثر ارتداد الزوجين معا :

اتفق فقهاء الحنفية^(٤) على ارتداد الزوجين معا كأن يسجدا لصنم ، أو يسبق أحدهما الآخر بكلمة الكفر ونحوه ، ولم يعلم السابق منهما ، لا يوجب فسخ نكاحهما استحسانا ، والقياس الوقوع ؛ لأن المرتد لا يزوج مطلقاً لكونه في حكم الميت ، واستدلوا على هذا الاستحسان بما يأتي :

* - إن علة الفسخ حال الردة تعود إلى عدم انتظام المصالح بينهما ، والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامها بينهما .

* - إجماع الصحابة الكرام على عدم تجديد أنكحة بني حنيفة عند ارتدادهم ثم إسلامهم ، فلو وقع الفسخ بردتهم لوجب تجديد أنكحتهم فلما لم يأمرهم الصحابة بذلك علمنا بأن ردة الزوجين معا لا ترفع النكاح بينهما .

وخلاصة القول : إن الحنفية يوجبون فسخ عقد النكاح حال وقوع الردة من أحد الزوجين ؛ لأنها علة مناسبة للفرقة بينهما بخلاف ردتها معا ، لانقضاء تلك العلة .

(١) - انظر ، الفوائد الدواشي : ٢٥/٢ ، حاشية العدوي : ٧١/٢ ، حاشية النسوقي : ٢٧٠/٢ وما بعدها ، شرح مختصر خليل للخرشي : ٢٢٩ / ٣

(٢) - البحر الرائق : ٢٣٠/٢ .

(٣) - المرجع السابق : ٢٣٠/٣ .

(٤) - انظر ، المبسوط : ٤٩/٥ ، ٥٠ ، البحر الرائق : ٢٣١/٣ - ٢٣٢ .

٢- المالكية^(١) :

ذهب المالكية إلى انفساخ عقد النكاح بين الزوجين حال ارتداد أحدهما أو كليهما في المشهور عندهم ، بناء على أن الردة قطع للإسلام ، ولأن المرتد في حكم الميت ؛ لأنه يستحق القتل ، فوجب قطع الزوجية بينهما ؛ لأن الموت سبب من أسبابها .
قال النفراوي : « وإذا ارتد أحد الزوجين ، أي قطع إسلامه وأولى ردتها معاً انفسخ النكاح اللزوم بينهما »^(٢) .

غير أن المالكية استثنوا من ذلك ردة الزوجة فيما لو قامت القرائن على أن غرضها الاحتياط على الخلاص من الزوج ، فلا يقع الفسخ عندئذ ولا تبين منه بل تعامل بنقيض قصدها ، بخلاف ردة الزوج ليتخلص من زوجته ، فإنه يعامل بقصده ، ويقع الفسخ ؛ لأنه مالك لطلاقها ، فلا حاجة له إلى الردة ، إلا أن أستاذنا الفاضل الدكتور أحمد الحجي الكردي ، ناقش ذلك ورده بقوله : « لكنني أرى أن هذا مردود ، إذ إن المرتدة لن تترك لتعيش برفاه على وجه الأرض كي يقال : إنها قصدت بردتها التخلص من الزوجية فلا تجاب إلى طلبها . بل إنها تقتل عند جمهور بعد كشف شبهتها إن وجوباً أو ندباً هذا بالإضافة إلى العذاب الأخروي الذي ينتظرها وحبوط الأعمال الصالحة التي كانت قدمتها ، وبذلك لم تعد الردة طريقاً سالماً للتخلص من الزوجية ليرد عليها قصدها ، ولذلك يتعين في رأيي القضاء بالفرقة بردتها ، ولا بأس بالحكم بإجبارها على العودة إلى نكاح زوجها بمهر يسير بعد عودتها للإسلام ما دام الإيجاب على النكاح قد عرف في الشرع بالجملة وذلك لتعويض الزوج عما فاتته بسبب ردتها من ضمان المهر وانحلال الزوجية »^(٣) .

وأنني أرى في هذا القول من القبول والاستحسان ما يجعله راجحاً في نظري لتبقى شوكة الإسلام ومنعته في نفوس الناس قوية متينة سواء أكانوا رجالاً أم نساء ، فضلاً عن أن الردة أكبر ذنب وأقبح عذر من أن تتخذ ذريعة لأمر ما .

(١) - انظر ، الفواكه الدواني : ٢٥/٢ ، حاشية العدوي : ٧١/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٧٠/٢ وما بعدها ، شرح مختصر خليل

للخرشي : ٢٢٩ / ٣

(٢) - الفواكه الدواني : ٢٥/٢ .

(٣) - فسخ الزوج : د. أحمد الحجي الكردي ٢٤٤-٢٤٥ .

٣- الشافعية والحنابلة^(١) :

ميّز الشافعية والحنابلة في وجوب انفساخ عقد النكاح حال الردة بين وقوعها قبل الدخول وبعده ، وفيما يأتي بيان حكم العقد في هاتين الحالتين :

الحالة الأولى : حكم عقد النكاح حال الردة قبل الدخول :

إذا ارتد أحد الزوجين أو كلاهما قبل الدخول انفسخ العقد بينهما مباشرة من حين وقوع الردة ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

* - بقوله تعالى : ((لَأَنْتُمْ حُرٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لِهِنَّ وَأَنْتُمْ مِمَّا انْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ))^(٢)

وجه الاستدلال : هو منع استمرار عقد النكاح بين الزوجين حال اختلاف دينهما باستثناء الكتابية ، وبالردة وجد هذا الاختلاف فوجب الفسخ رعاية لحق الشارع الحكيم ، وهذا ما أشار إليه الشافعي بقوله : ((قال الله - عز وجل - للمسلمين : (وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ) فإبانهن من المسلمين))^(٣) .

** - إن الارتداد اختلاف في الدين وقع قبل الإصابة فوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر .

*** - إن الردة تأخذ حكم الموت من حيث إنها تستوجبها ، والموت سبب لانفساخ العقد من حين وقوعه .

الحالة الثانية : حكم عقد النكاح بعد الدخول نتيجة الردة :

ذهب الشافعية والحنابلة في الراجح لديهم إلى توقف انفساخ العقد على انقضاء مدة تساوي عدة المرأة عادة ، فإن أسلما أو أسلم المرء منهما قبل انقضائها فهما على نكاحهما ، وإلا انفسخ عقدهما من حين وقوع الردة ؛ لأنها اختلاف دين وقعت بعد الإصابة ، فلا يجب الفسخ في الحال قياساً على إسلام أحدهما قبل الآخر .

وهناك رواية أخرى للحنابلة تقضي بوقوع الفسخ بعد الدخول بالردة مباشرة قياساً على ما قبل الدخول ؛ لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده .

(١) - انظر ، مغني المحتاج : ٢٤٤/٣ ، نهاية المحتاج : ٢٩٤/٦ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٦٢/٣ ،

المعنى : ١٣٣/٧-١٣٤ ، كشاف القناع : ١٢١/٥ ، الفقه على المذهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري ٢٣٣/٤-٢٣٦ ، فسخ

الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ٢٤٥-٢٤٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ١٥٨/٧ .

(٢) - سورة الممتحنة : الآية ١٠

(٣) - أحكام القرآن : الشافعي ٦٩/٢-٧٠ .

وبناء على كل ما تقدم يمكن القول : إن الفقهاء قد اتفقوا على أن الانفساخ بالردة هو انفساخ بحكم الشرع يقع مباشرة بردة أحد الزوجين عند الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة دون تمييز ما بين قبل الدخول وبعده بخلاف الشافعية والحنابلة في الراجح لديهم الذين قالوا :
بوجوب توقف الفسخ بعد الدخول على مدة تساوي عدة المرأة .

واختلفوا في فسخ العقد فيما لو ارتد الزوجان معاً ، فأوجب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة قياساً على ردة أحدهما ؛ ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده ، زال إذ ارتد غيره معه ، بخلاف الحنفية الذين منعوا الفسخ بردتها معاً استحساناً ؛ لعدم اختلاف دينهما ، فأشبه ما لو أسلما معاً ، إلا إن الجمهور ردوا هذا الاستدلال بقولهم : إن أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ، ويقرن عليه ، بخلاف الردة .

لكنني أرجح رأي الجمهور في وجوب فسخ العقد بين الزوجين حال ردتها معاً عملاً بالقياس على ردة أحدهما ، والقول بانتظام مصالحهما قول فيه مقال من وجهة نظري ؛ لأن المرتد الذي لم يضبطه الدين الحق لا يراعي في الأعم الأغلب مصالح قرينه ؛ لكون الإسلام هو الضابط الحق في إلزام كل منهما في مراعاة مصالح الآخر ، فعند انعدامه ، ينتقي ذلك الانتظام المنشود .

المبحث الرابع

الفسخ الانفرادي

إن ما عرضته من أنواع الفسخ السابقة والمتمثلة في الفسخ الاتفاقي والقضائي والفسخ بحكم الشرع ، والتي لا تتعدى العقود اللازمة في الغالب ، يفرض علينا التساؤل الآتي :

ما نوع الفسخ في العقود غير اللازمة وفي التصرفات الناشئة بالإرادة المنفردة ؟

إن الباحث في العقود غير اللازمة والتي أوضحت مسألة الفسخ فيها من خلال عدم لزومها كسبب من أسباب الفسخ وفي تصرفات الإرادة المنفردة التي سنبحثها في الباب الأخير من هذه الأطروحة ، يجد أنهما يفسخان بإرادة واحدة دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر ، ففسخ عقد العارية والوديعة والجعالة والوصية ونحوها يتم بإرادة واحدة كون هذه العقود غير لازمة بطبيعتها ، وتقبل الفسخ دون توقف على أي اعتبارات أخرى ، وهذا من شأنه أن يمنح أحد المتعاقدين أو كليهما القيام بالفسخ بإرادته المنفردة ، وهو ما أسميته بالفسخ الانفرادي ؛ لانفراد أحد العاقدين به ، قال الكاساني موضحاً أن فسخ عقد الشركة هو فسخ انفرادي : ((إنه عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ))^(١) ، وأشار الخطيب الشربيني في عقد العارية إلى هذا الفسخ أيضاً بقوله : ((ولكل منهما : أي المعير والمستعير ردّ العارية متى شاء))^(٢) ، وقال ابن قدامة عن عقد الوديعة أيضاً : ((وهي عقد جائز من الطرفين ، متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها فإن أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها ؛ لأن المستودع متبرع بإمسائها))^(٣) .

ألاحظ من هذه النصوص الفقهيّة وغيرها أن الفسخ فيها ليس فسخاً اتفاقياً بين إرادتين ، ولا فسخاً قضائياً يتوقف على حكم القاضي ولا فسخاً بحكم الشرع ؛ لتدخل إرادة المتعاقد في الفسخ أو عدمه ، وإنما فسخ انفرادي أمّلته طبيعة هذه العقود ضمن ضوابط ومعايير حددها فقهاؤنا في كل عقد على حده مع استثناءات معينة كنت قد تناولتها بالدراسة والبيان عند الحديث عن أسباب فسخها .

ونلمس الفسخ الانفرادي أيضاً في عقود المعاوضات المالية بسبب الشرط الجعلي^(٤)

(١) - بدائع الصنائع : ٧٧/٦ .

(٢) - مغني المحتاج : ٣٦٤/٢ .

(٣) - المغني : ٣٠٠/٦ .

(٤) - حال صحته ، على التفصيل والتوضيح الذي ذكرته في الفسخ بسبب الشرط الجعلي في الباب الأول .

وسبب الإفلاس والإعسار عند القائلين به من جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١)؛ لوقوع الفسخ بهذه الأسباب بإرادة منفردة، دون توقف على اتفاق، فعند إعسار المشتري في عقد البيع، يجوز للبائع الفسخ والرجوع بعين ماله إن وجده دون توقف على رضاه، مصداقاً لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أذْرَكَ مَالَهُ يَعْنِيهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْشَانَ قَدْ أَقْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ»^(٢).

ودلالة الحديث تشير إلى أن الفسخ والرجوع بعين المال لا تتوقف على رضا المفلس. كما لا يفتقر الفسخ للإفلاس والإعسار في عقود المعاوضات المالية إلى القضاء، فقد قال الخطيب الشربيني: «ولا يحتاج في الفسخ إلى حكم حاكم، بل يفسخه بنفسه على الأصح»^(٣) وعلل ابن قدامة^(٤) عدم افتقار هذا الفسخ إلى القضاء بثبوته بالنص. وذكر الشافعية أيضاً، لو حكم القاضي بمنع الفسخ فإنه لا ينقض حكمه، بخلاف الحنابلة الذين يرون جواز نقض حكمه؛ لعدم حاجته إلى الحاكم أصلاً، فقد قال ابن قدامة: «قال أحمد: لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء، ثم رفع رجل يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حكمه»^(٥).

وختلاصة القول: إن الفسخ الانفرادي هو الفسخ الذي يتم بإرادة منفردة؛ يلحق العقود التي تتعقد بإرادة منفردة، والعقود غير اللازمة بطبيعتها أو غير اللازمة لسبب خارج عن ماهيتها، يتمثل في موجب فسخها كالإفلاس والإعسار وكخيار الشرط والنقد^(٦) ونحوهما من الشروط الجعلية؛ ذلك أن الفقه الإسلامي الذي أعطى الإرادة المنفردة القدرة على إنشاء بعض العقود دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر، كأحكام الوصايا والهبات والعطايا وأحكام الوقف والجمالة ونحو ذلك، منح العاقد هذه الإرادة لنقض ما تم من جهته، فالإرادة المنشئة للالتزام قادرة على حله ونقضه.

لذا يمكن القول: إن أثرها — أي الإرادة المنفردة — في الفقه الإسلامي واقع ملموس بناء وإنهاء من خلال تناول الفقهاء للعقود التي تتعقد أو تفسخ بها.

(١) — انظر إلى مبحث الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار، انظر الصحيفة ١٦٠ وما بعدها.

(٢) — سبق تخريجه، انظر، الصحيفة ١٦٤.

(٣) — معني المحتاج: ٢/٢١٥.

(٤) — انظر، المعني ٤/٢٦٦.

(٥) — المرجع السابق: ٤/٢٦٦.

(٦) — وتجدر الإشارة إلى أن الفسخ بخيار الشرط والنقد يمتزج بهما الفسخ الاتفاقي والفسخ الانفرادي، فإذا نظرنا إلى وقت الفسخ وتنفيذه يكون انفرادياً، لأن العاقد قد انفرد بالفسخ دون رضا الطرف الآخر أو علمه عند بعض الفقهاء كما رأينا في حينه، وإذا نظرنا إلى طبيعة الخيار يكون اتفاقي، لأنه ناشئ من توافق إرادتين سابقتين.

المبحث الخامس

معيّار التفرقة بين أنواع الفسخ

من خلال ما عرضته لأنواع الفسخ وجدتُ أن هناك تمايزاً من جانب ، وتداخلاً من جانب آخر ، خاصة بين الفسخ القضائي والفسخ بحكم الشرع ، فقد يقع الفسخ صيانة لحق الشرع الذي يكون حكم الفسخ فيه كاشفاً له ، ولهذا يحتاج أحياناً إلى تدخل القضاء لتقريره وإنشائه ، وأحياناً أخرى يقع دون التوقف على القضاء ، بمعنى أن الفسخ يقع بمجرد كشف الشرع عنه وبالتالي فهل هناك من ضابط يميز فيه بين الفسخ القضائي والفسخ بحكم الشرع ؟ وبمعنى آخر ، متى يلجأ إلى الأول منهما ، وهل كل انفساخ للعقد يحلّه وينقضه أم أنه يتوقف على قضاء القاضي ؟

هذه التساؤلات تفرض علينا البحث عن معيار وضابط للتفرقة بين الفسخ القضائي والفسخ بحكم الشرع من هذا الجانب ، بينما الفسخ الاتفاقي الناجم عن إرادة المتعاقدين^(١) والفسخ الانفرادي مغايران للفسخ القضائي من حيث أن حكم الفسخ فيهما كاشف عنه أيضاً وليس منشأ له كالحكم في الانفساخ تماماً^(٢) - أي الفسخ بحكم الشرع - الذي يناقضه أيضاً من جهة أن حصوله يتم عند انتفاء إرادة المتعاقدين حقيقة أو حكماً ، بينما الفسخ الاتفاقي والانفرادي مبنيان على إرادتهما ، وقد سبق أن أوضحتُ الفرق بين الفسخ والانفساخ .

يقول ابن نجيم مشيراً إلى أسباب الفسخ ومدى خضوعه لإرادة المتعاقدين أو الحاكم :
« خيار الشرط وخيار عدم النقد إلى ثلاثة أيام وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن وخيار الكمية وخيار كشف الحال وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار هلاك بعض المبيع قبل القبض وبالإقالة والتحالف ، وهلاك المبيع قبل القبض وخيار التفرير ، كالتصيرية على إحدى الروايتين ، وخيار الخيانة في المراجعة والتولية ، وظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً ؛ فهذه ثمانية عشر سبباً ، وكلها يباشرها العاقد إلا التحالف ، فإنه لا يفسخ به ، وإنما يفسخه القاضي ، وكلها يحتاج إلى الفسخ ولا يفسخ فيها بنفسه^(٣) .

وجاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق : « قال بعد ذكر ما تقدم من عدم جواز فسخ

(١) - سواء أكانت تلك الإرادة سابقة لفسخ كما في خيار الشرط والرؤية ، أو لاحقة للعقد كما في الإقالة .

(٢) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣١٦٩

(٣) - الأشباه والنظائر : ابن نجيم ٣/٤٤٢-٤٤٣

الرهن ، والمستأجر والمشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يفتك الرهن ، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ؛ ليفسخ بحكم العجز عن التسليم ، إذ ولاية الفسخ للقاضي لا إليه ((^(١)) .

وقال السيوطي بعد أن عدد أسباب الفسخ : ((وكلها يبأثرها العاقد دون الحاكم إلا فسخ التحالف . ففي وجه : يبأثره الحاكم ، والأصح لا يتعين ، بل هو أو أحدهما وكلها تحتاج إلى فسخ ، ولا يفسخ شيء منها بنفسه إلا التحالف في وجه واختلاط المبيع قبل القبض على قول وكلها تحتاج إلى لفظ ، إلا الفسخ في خيار المجلس والشرط والفسخ بالفلس.))^(٢) .

الاحظ من هذه النصوص الفقهية ، أنها تشير إلى أنواع الفسخ دون أن تحدد معياراً أو ضابطاً ، تميز فيه بين الفسخ القضائي والفسخ بحكم الشرع ، غير أننا نجد أن ابن رجب الحنبلي قد أشار بوضوح إلى المعيار المنشود ، عندما ذكر أنواع الفسخ ، فقال : ((وهذه الفسوخ على ضربين : أحدهما : ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا - من فسخ البيع المعيب والمذلس وكذلك الإجارة ، وفسخ العقود الجائزة والفسخ بالخيار والثاني : ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب في الزوج وغيبته ونحو ذلك ، فيفتقر إلى حكم حاكم ؛ لأنها أمور اجتهادية ، فإن كان الخلاف ضعيفاً يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به إلى حكم حاكم))^(٣) .

وعليه : فإن المعيار الذي يضبط به وقوع الفسخ في مدى حاجته إلى القضاء أم لا عند ابن رجب هو اتفاق الفقهاء على ثبوت سبب الفسخ أو اختلافهم فيه ، فالأول لا يفتقر إلى حكم القاضي بخلاف الثاني ، وقد علل ذلك بقوله : ((لأنها أمور اجتهادية)) ، ولا يخفى على كل باحث في الفقه الإسلامي دقة هذا المعيار من جهة أن اتفاق الفقهاء على ثبوت سبب الفسخ سبيل لوقوعه بدون الحاجة إلى القضاء ؛ لوضوح علة الفسخ وجلائها بخلاف غموضها وخفائها الذي يستدعي تدخل القضاء للكشف عن حقيقتها وإبراز وجوب الفسخ بها من عدمه وهو ما شكّل خلافاً لدى الفقهاء من خلال وضوح العلة عند البعض وخفائها عند البعض الآخر ، وهذا ما أشار إليه الحطاب بقوله : ((اعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ وذلك في مسألة مختلف فيها ومثار الخلاف فيهما اجتهادي أي ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد ، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ))^(٤) .

(١) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٢٨١/٥

(٢) - الأئشبه والنظائر : السيوطي ٢٨٧

(٣) - القواعد في الفقه الإسلامي : ابن رجب ١١٦

(٤) - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ١٣٩/٦ .

وقد أوضح الشيخ عبد الوهاب خلاف ذلك أيضاً بقوله : «إن الفسخ قد يتوقف على حكم القضاء بمعنى أنه ما لم يصدر حكم بفسخ العقد ، فالعقد باق ، وذلك في الحالات التي يبني الفسخ فيها على أسباب تقديرية تكون موضع خفاء كالفسخ بسبب عدم كفاءة الزوج ؛ لأن الكفاءة لا تعرف بالحس وأسبابها مختلفة ، وكالفسخ بنقصان المهر عن مهر المثل ؛ لأنه متوقف على تعيين المثل ، ومهر المثل ومقارنة المسمى به ، والفسخ بخيار البلوغ ؛ لأنه مبني على قصور الشفقة في الولي ، وله شرائطه وقد لا يتوقف الفسخ على حكم القضاء ، بمعنى أنه على الزوجين أن يفسخا من تلقاء أنفسهما ، وذلك في الحالات التي يكون سبب الفسخ فيها جلياً ، ليس موضع خفاء ولا تقرير ، كالفسخ بسبب ظهور فساد العقد أو بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام»^(١) .

وخلص القول : إن حاجة الفسخ إلى القضاء أو عدمه متوقفة على سببه ، فإن كان جلياً ليس فيه موضع خفاء ولا تقدير ، نُقض العقد به ، أما إن كانت علة الفسخ مبنية على أسباب تقديرية ، توقفت وقوعه على القضاء سواء أكان الأصل فيه فسحاً أم انفساخاً .

فالفسخ بسبب استحالة التنفيذ أو بسبب موت أحد العاقدين أو كليهما أو بسبب الفساد يعتبر فسحاً بحكم الشرع لا يتوقف وقوعه على القضاء ؛ لأن علة جلية واضحة لا محل لتقدير القضاء فيها بخلاف الفسخ بسبب الأضرار الطارئة في العقود المستمرة ، فهو فسح قضائي ؛ لأن الأضرار عادة أسباب استثنائية تقديرية ، يحتاج الفصل فيها إلى تدخل القضاء لحل ما يمكن أن ينشأ من نزاع أو خلاف بين المتعاقدين ، إذ إن علة الفسخ فيها مبنية على أسباب تقديرية شأنها شأن الفسخ بخيار العيب حال اختلاف المتعاقدين في تحديد العيب من عدمه^(٢) .

(١) - أحكام الأحوال الشخصية : الشيخ عبد الوهاب خلاف ١٦٧ .

(٢) - وقد سبق أن أوضحتُ اختلاف الفقهاء في حاجة الفسخ بخيار العيب بعد القبض إلى القضاء أو عدمه .

الفصل الثالث

موانع الفسخ

قبل أن نشرع في بيان موانع الفسخ يجدر بنا أن نوضح معنى المانع لغة واصطلاحاً حتى تزداد المسألة وضوحاً وفهماً .

فالمانع لغة : من مَنَعَ من باب قَطَعَ فهو مانع ومنوع ومانع ، فيقال : منعه الأمر ومن الأمر منعاً فهو ممنوع منه محروم ، ويقال أيضاً : امتنع من الأمر كف عنه ، فالمانع اسم فاعل من منع^(١) ، وهو الحائل بين الشئين^(٢) .

أما في اصطلاح الأصوليين : فهو الوصف الظاهر المنضبط الذي يستلزم وجوده عدم الحكم أو عدم السبب^(٣) .

فالمانع معنى معلوم محدد يمنع وجود الحكم أو يمنع تحقق السبب ، وذلك أنه إذا وجد السبب الشرعي وتحقق شرطه ، فلا يترتب المسبب عليه ، إلا إذا انتفى المانع ؛ لأنه يمنع ترتب الحكم على السبب^(٤) ، فهلاك المعقود عليه أو الزيادة المتصلة به وغير المتولدة منه أو التصرف بالشئ المقبوض موانع للفسخ^(٥) ، فإذا وُجِدَ خيار العيب مثلاً كسبب من أسباب الفسخ مع أحدها امتنع حق الفسخ عندئذٍ إلا إذا انتفى ما يمنع تحقق السبب^(٦) .

فوقوع حكم الفسخ مرهون على انتفاء موانع معينة ومحددة يقتضي وجودها ارتفاع ذلك الحكم و استبداله بعوض معين في بعض الحالات كما سنجد فيما يأتي .

وعليه : فإن حق الفسخ لا يعد قائماً ما دام هناك مانع يحول دون تحققه ، فإذا انتفى عاد ذلك الحق ، ولو بعد التنفيذ ؛ لزوال سبب المانع .

وبناء على ما تقدم يمكننا أن نقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

(١) - المصباح المنير : مادة / منع / ٥٨٠ ، مختار الصحاح : مادة / منع / ٢٦٥/١

(٢) - القاموس المحيط : مادة / منع / باب العين فصل الميم .

(٣) - إرشاد الفحول : ٢٥/١

(٤) - أصول الفقه الإسلامي : د. محمد الزحيلي ٣٣٢ ، وانظر ، الموافقات : ٢٦٥/١ - ٢٦٦ ، الإحكام في أصول الأحكام :

١٧٥/١ ، روضة الناظر : ٥٨/١

(٥) - نلمس هذه الموانع بشكل جليّ عند فقهاءنا في الفسخ بسبب الخيار وبسبب الفساد .

(٦) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٨٠/٤ .

المبحث الأول

المانع الطبيعي^(١)

ويراد به كل ما يمنع حق الفسخ نتيجة هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو ما في حكمهما ؛ لأن ((الفسخ لا يرد إلا على محل العقد))^(٢) ، فإذا هلك أو استهلك امتنع الفسخ معهما ؛ لفوات المحل ، فقد قال الكاساني : ((إذا بقي المبيع بقي محل الفسخ))^(٣) وأشار أيضا إلى أنه إذ هلك المعقود عليه لم يبقَ محل للفسخ^(٤) .

فهلاك المعقود عليه وما في حكمه من الموت أو الاستهلاك ونحوهما قبل القبض في يد أحد المتعاقدين يُسقط حقهما في الفسخ ؛ لفوات محله ، إلا أن العقد يفسخ^(٥) تلقائيا حينئذ لاستحالة التنفيذ ، فالمبيع حال هلاكه في يد البائع يُسقط حق الفسخ بسقوط الخيار ، فإن كان الخيار خيار عيب مُنع الرد به أيضا ؛ لامتناع الفسخ بفوات المحل ، ولا يجوز عندئذ للبائع أن يرجع على المشتري بشيء من الثمن ؛ لأن تبعة الهلاك تقع على عاتقه^(٦) ، قال السمرقندي : ((ولو هلك المبيع قبل التسليم فالهالك على البائع ، يعني يسقط الثمن وينفسخ العقد))^(٧) .

أما بعد القبض فقد أشار الفقهاء^(٨) إلى أن حق الفسخ يسقط أيضا حال هلاك المعقود عليه، وعللوا ذلك بأنه — أي المعقود عليه — قد انتقل بالقبض إلى ملك القابض ، والمالك هو الذي يتحمل تبعة الهلاك .

ولكن يثار هنا التساؤل الآتي :

هل يحق للعاقدة المالك حال امتناع الفسخ أن يرجع على صاحبه بما فاته من المعقود عليه ؟

(١) - اقتبست هذا الاصطلاح من كتاب الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ؛ لأنني وجدت فيه خبر عنوان يدل على الموضوع .

(٢) - العناية شرح الهداية : ٣٦٧/٦ .

(٣) - المرجع السابق : ٣٠٩/٥ .

(٤) - هناك فرق بين الفسخ والافساح كما أشرت في الباب الأول ، والذي أرمى إليه هنا هو أن كلا المتعاقدين لا يمكن استخدام حقهما في الفسخ لفوات محله وبالتالي لا يكون له أثر لعدم وقوعه ، إلا أن العقد يُفرض دون إرادة لهما .

(٥) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٣/٥ ، حاشية الدسوقي : ١٤٧/٣ ، كشاف القناع : ٢٠٩/٣ - ٢١٠ ، المغني : ٨٩/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي / ٤ / ٣١٨٠ ، ضوابط العقد : التركماتي ٢٨٩ .

(٦) - تحفة الفقهاء : السمرقندي ٤١/٢ ، وقد سبق التفصيل ذلك في مبحث استحالة التنفيذ .

(٨) - انظر ، فتح القدير : ٣٧١/٦ ، العناية شرح الهداية : ٣٧٢-٣٧٠/٦ ، بداية المجتهد : ١٣٥/٢ ، حاشية الدسوقي : ٣ / ١٣٠ ، الشرح الصغير : ١٦٨/٣ ، مغني المحتاج : ٧٤/٢ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : ١١٧/٣ .

فالملاحظ أن الحنفية قرروا في الفسخ بسبب الفساد ضمان القيمة أو المثل عند تعذر الرد ، كما إذا كان المبيع قطناً فغزله أو غزلاً ففسجه أو حنطة فطحنها ونحوها ، واستدلوا على ذلك بالقياس على هلاك المغصوب ، فقد قال الكاساني : ((القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ، ألا ترى أن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه ؟ فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع هنا))^(١) .

وفي حالة الفسخ بخيار العيب أيضاً فإن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) قد اتفقوا على أنه يجوز الرجوع على البائع مثلاً في عقد البيع بنقصان الثمن ؛ لأنه لم يوف ما أوجبه العقد ، ولم يوجد من المشتري الرضا به ناقصاً ، فقد قال النووي : ((إذا هلك المبيع في يد المشتري بأن مات العبد أو قتل أو تلف الثوب أو أكل الطعام ثم علم كونه معيباً ، فقد تعذر الرد ؛ لفوات المردود ، لكن يرجع على البائع بالأرش ، والأرش جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة ، وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن ؛ لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع كان مضموناً عليه بالثمن ، فإذا احتسب جزء منه كان مضموناً بجزء من الثمن ، مثاله : كانت القيمة مئة دون العيب وتسعين مع العيب ، فالتفاوت بالعشر فيكون الرجوع بعشر الثمن ، فإن كان مئتين فبعشرين ، وإن كان بخمسين فبخمسة))^(٣) .

أما الحنفية^(٤) فقد اختلفوا في جواز الرجوع بالنقصان نتيجة اختلافهم في نوع الهلاك أو الاستهلاك للمعقود عليه ، فقال صاحبان : يجوز الرجوع بالنقصان فيما لو صنع بالمعقود عليه ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل أو اللبس ونحوهما حتى انتهى الملك به بخلاف القتل أو الإحراق ونحوهما من أوجه الإهلاك ، إذ ليس مقصوداً من الشراء عادة ، وبقولهما يُفتى ، إلا أن أبا حنيفة منع الرجوع استحساناً ؛ لأنه أتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه ، وقد انتفى الضمان لملكه ، فكان كالمستفيد عوضاً .

وخلاصة القول : إن الفقهاء قد اتفقوا على أن هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله واسمه مانع من الفسخ سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ، ولكن يجوز الرجوع بالنقصان بعد القبض على العاقد المملك بخلاف ما قبل القبض .

(١) - بدائع الصنائع : ٣٠٣/٥ .

(٢) - انظر ، بداية المجتهد : ١٣٥/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٣٠/٣ ، الشرح الصغير : ١٦٨/٣ ، مغني المحتاج : ٧٤/٢ ،

مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : ١١٧/٣ .

(٣) - روضة الطالبين : ٤٧٢/٣ . (٤) - انظر ، فتح القدير : ٣٧١/٦ ، العناية شرح البداية : ٣٧٠-٣٧٢ .

المبحث الثاني

المانع الشرعي

ويراد به كل ما يمنع الفسخ لحق الشرع الذي ينبغي أن تنضبط به جميع تعاملاتنا وعقودنا ويتمثل هذا المانع في حصول زيادة في المعقود عليه ، على أن تكون زيادة متصلة غير متولدة من الأصل سواء أكانت قبل القبض أم بعده ، أو زيادة منفصلة متولدة من العين بعد القبض عند بعض الفقهاء^(١) ، فتحقق سبب الفسخ عند وجود عيب مثلاً في المعقود عليه متوقف على عدم ظهور تلك الزيادات فيه ، إذ إن ظهورها يمنع وقوع الفسخ وما يترتب عليه من آثار منعا يستلزمه حكم الشرع ، وفيما يأتي تفصيل هاتين الحالتين :

الحالة الأولى : الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل :

اتفق الفقهاء^(٢) على أن ما يلحق المعقود عليه من زيادة أو نماء متصل غير متولد من العين كالصبغ في الثوب والبناء في الأرض ونحوهما ، يمنع حق الفسخ وما يترتب عليه من أثر ، فإن كان سببه خيار العيب مثلاً مُنِعَ الرد به سواء أكانت الزيادة قبل القبض أم بعده ، وعالوا ذلك لمراعاة حق المشتري في مالية الزيادة ؛ لأنها ليست بتابعة ، بل هي أصل بنفسها ، فتعذر معها الفسخ ؛ لأن المعقود عليه لا يُرد نتيجة استعمال حق الفسخ بدون هذه الزيادة ؛ لتعذر الفصل بينهما ، ولا يمكن رده مع الزيادة ؛ لأنها ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعا في الفسخ ؛ ولأن في ردها مع محلها شبهة ربا ، فكان المنع استجابة لحق الشرع ، وأما إن تراضى المتعاقدان على الفسخ كان ذلك بيعاً جديداً محلّه محل العقد الأول مع زيادته .

الحالة الثانية : الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل :

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه الزيادة مانعة من الفسخ أم لا بعد قبض أصلها إلى اتجاهين :

(١) - عند الحنفية خلافاً للجمهور كما سنرى بعد قليل ، وهناك زيادات أخرى تلحق المعقود عليه سواء أكانت متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال أم منفصلة غير متولدة كالكسب والغلة وسواء أكانت قبل القبض أم بعده لا تمنع الفسخ . فلا حاجة لذكرها خشية الإطالة والخروج عن صلب البحث .

(٢) - انظر، بدائع الصنائع : ٢٨٥/٥-٣٠٢ ، المبسوط : المرخسي ١٣/١٠٣ ، بداية المجتهد : ١٣٨/٢ ، المجموع شرح المهذب : ٣٩٧/١١ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٤٤٥/٢ ، أحكام المعاملات : الشيخ علي الخفيف ٣٩٤ - ٣٩٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣١٨٠ .

الاتجاه الأول: وأصحابه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١) الذين يرون أن الزيادة المنفصلة والمتولدة من العين كالولد والثمرة ونحوهما ، لا تمنع الفسخ ورد المعقود عليه ، واستدلوا على رأيهم بالقياس على الكسب والغلة ، فهما لا يمنعان الفسخ والرد ، فقد روى أن رجلاً ابتاع من آخر غلاماً ، فأقام عنده ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فردّه عليه ، فقال : يا رسول الله ، قد استعمل غلامي ، فقال : ((الخراج بالضمان))^(٢) .

وجه دلالة الحديث : إن فوائد المعقود عليه من الكسب والغلة للمشتري يمتلكها في مقابل أنه لو تلف الأصل كان في ضمانه^(٣) .

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية استثنوا من ذلك الولد ، فقال مالك : هو للبائع وليس للمشتري إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك^(٤) .

قال الشيرازي : ((وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ؛ لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسه ويرد الأصل كغلة العبد))^(٥) .

الاتجاه الثاني: وأصحابه الحنفية الذين يرون أن الزيادة تمنع الفسخ بخيار العيب وتحول دون رد المعقود عليه ، وعللوا ذلك بأنها مبيعة تبعاً ؛ لثبوت حكم الأصل ، فإن ردها مع الأصل كانت بمثابة ربح ما لم يضمن ، فالبائع لا يضمن هذه الزيادة للمشتري فيما لو هلكت ؛ لأن العقد لم يرد عليها ، فهي ليست محلاً له ، فإن ردها مع الأصل كانت ربحاً للبائع لم يضمنه ، وهذا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لا يحل بيع وشرط ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك))^(٦) .

ومن جهة أخرى ، فإن هذه الزيادة بما أنها ليست محلاً للعقد ، فهي بالتالي ليست محلاً للفسخ ؛ لأن الفسخ لا يرد إلا على محل العقد ، فإن امتنع محل العقد امتنع الفسخ ؛ لفوات محله ، ولا يصح فسخها تبعاً ؛ لانفصالها عن المحل .

(١) - انظر ، بداية المجتهد : ١٣٨/٢ ، معني المحتاج : ٨٤/٢ ، المجموع شرح المذهب : ٤٠٣/١١ ، المعنى : ٢٧٢/٤ .

(٢) - أخرجه أبو داود : كتاب الإجارة ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣٥٠٨) ، وأخرجه الترمذي : كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى العبد ويستقله ثم يجد فيه عيباً (١٢٨٥) وقال : هذا حديث حسن وصحيح وأخرجه النسائي : كتاب البيوع ، باب التجارة (٦٠٨١) ، وأخرجه البيهقي في جماع أبواب الخراج بالضمان ، باب المشتري يجد بما اشتراه عيباً وقد استقله زماناً (١٠٥١٩) ، وقال الشوكاني : ((من جملة من صححه ابن خزيمة والترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم ، وابن القطان)) نيل الأوطار : ٢٥٢/٥ .

(٣) - انظر ، نيل الأوطار : ٢٥٢/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥٧٠/٤ .

(٦) - سبق تخريجه : ١٩٩ .

(٥) - المذهب : الشيرازي ٢٨٥ / ١

(٤) - بداية المجتهد : ١٣٨/٢

أما إن رد الأصل بدونها كانت في يد القابض لها بلا مقابل ، وهذا ليس إلا صور من صور الربا المحرم شرعاً ، لذا تعذر الفسخ وما يترتب عليه من آثار لحق الشرع ، ولكنها توجب الرجوع بالنقصان^(١) ، وهذا ما عبر السرخسي : « وأما الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول فلا يقابلها ثمن فلماذا لا يكون له أن يردّها ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن ؛ لأنها تبقى سالمة للمشتري بغير عوض والربا ليس إلا هذا ، ولهذا لا يملك ردها ، وإن رضي البائع ؛ لأن تعذر الرد لحق الشرع ، ولهذا رجع بالنقصان^(٢) . وقال الزيلعي أيضاً : « الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ^(٣) .

المناقشة والترحيح :

ورد الحنفية على ما استدل به الجمهور من القياس على الكسب ، فقد قال ابن الهمام : « ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع ، وهي غير الأعيان والولد تولد من نفس المبيع ، فيكون له حكمه فلا يجوز أن نسلمه مجاناً لما فيه من شبهة الربا^(٤) . وكان الحنفية يميزون فيما تولد من المعقود عليه بين المنافع والأعيان ، فما نتج عن الأولى لا يمنع الفسخ ؛ لأن الشارع نص عليه ، بخلاف ما نتج عن الثانية إذ تأخذ حكم أصلها ، فامتنع بها الفسخ رفعاً لشبهة الربا ؛ لأنها دون مقابل . ونجد عند الشافعية رداً ضمينا على ما ذهب إليه الحنفية ، يتمثل في أنه لا فرق بين كسب متولد من منافع أو أعيان ، وهذا ما أشار إليه الخطيب الشربيني بعد أن أوضح حكم هذه المسألة ، فقال : « تنبيه : إنما جمع المصنف في التمثيل بين الأجرة والولد ليعرفك في أنه لا فرق في عدم امتناع الرد بين أن يكون من نفس المبيع كالولد أو لا كالأجرة^(٥) .

يتبين مما تقدم اتفاق الفقهاء على أن ما تولد من المنافع لا يمنع الفسخ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخرج بالضمنان^(٦) ولكنهم اختلفوا فيما تولد من الأعيان دون غيرها ، فالجمهور أجازوا الفسخ فيما لحق العين من زيادة منفصلة إن تحقق سببه بخلاف الحنفية الذين عدوا هذه الزيادة مانعة للفسخ خروجاً عن شبهة الربا المتمثلة في أن تلك الزيادة

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٥/٥-٢٨٦ ، تبين الحقائق : ٧٠/٤ ، المبسوط : السرخسي ١٠٤/٣

(٢) - المبسوط : السرخسي ١٠٤/٣ .

(٣) - تبين الحقائق : ٧٠/٤

(٤) - فتح القدير : ٣٦٩/٦ .

(٥) - معنى المحتاج : ٨٥/٢

لا يقابلها عوض ولم تكن مقصودة بالتناول .

الترجيح :

يظهر لي أن مذهب الجمهور أولى دلالة في عدم امتناع الفسخ حال الزيادة المنفصلة المتولدة من العين من مذهب الحنفية ؛ لأنني لا أرى فرقا بين الكسب المتولد من الأعيان والكسب المتولد من المنافع في وجود شبهة الربا ، ثم إن ما تولد من الأصل يكون في يد قابضه ، فإذا فسخ العقد وترتب عليه رد المعقود عليه ، فإن الزيادة لا ترد معه^(١) ؛ لأنها خارجة عن محل العقد ، فلا يستلزم وجودها وبقاؤها أن تكون ربا منهيأ عنه ؛ لكونها خارجة عن نطاق العقد ، ملكها القابض بالضمان .

والذي يزيد هذا الترجيح قوة أيضاً ما قرره الحنفية أنفسهم عند حديثهم عن الفسخ بسبب الفساد ، إذ لم يميزوا في عدم امتناع الفسخ بين ما تولد من العين أو المنفعة ، فقد قال الكاساني : « وإن كانت - الزيادة - منفصلة ، فإن كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمرة لا تمنع وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة^(٢) ؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل لكونها متولدة منه^(٣) .

(١) - عند الشافعية والحنابلة خلافاً للملكية كما سنرى بعد قليل .

(٢) - وإنني أرى أن مقصده بعد القبض بدليل قوله : للبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة ، فلو لم يكن هناك قبض فلا حاجة للاسترداد من المشتري ، ثم إن الملك لا يتحقق بالعقد الفاسد عند الحنفية إلا بالقبض كما أشرت فيما سبق في حينه .

(٣) - بدائع الصنائع : ٣٠٢/٥

المبحث الثالث

المانع العقدي

ويراد به كل ما يمنع الفسخ نتيجة عدم الوفاء بما أوجبه العقد المبرم بين المتعاقدين أو نتيجة عقد جديد أنشأه المُتملك^(١) ، وفيما يأتي تفصيل هاتين الحالتين :

الحالة الأولى : المانع بسبب حق الغير :

إن إخراج المُتملك للمعقود عليه عن ملكه بعقد من عقود التمليك كالبيع أو الهبة أو الصلح ونحوها ، ثم يظهر سبب للفسخ كوجود عيب قديم أو ظهور فساد معتبر عند الحنفية في العقد الأول ، كان ذلك مانعاً للفسخ ، فلا يمكن حينئذ للمُتملك الأول أن يفسخ العقد الأول إن كان سبب الفسخ عيباً ، وعللوا ذلك بأن حق مالك جديد قد تعلق بالمعقود عليه ، كان المُتملك الأول قد أنشأه وألزم نفسه به^(٢) .

وهنا يثار التساؤل الآتي :

هل يشترط علم المُتملك الأول أو رضاه بسبب الفسخ عند إنشائه حقاً للغير حتى يمتنع الفسخ أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ما يأتي :

* - ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٣) إلى أن التصرف بالمعقود عليه مع العلم بسبب الفسخ كوجود عيب ونحوه أو وجد ما يدل على الرضا به - أي بسبب الفسخ - فليس له عندئذ حق الفسخ ؛ لأن تصرفه رضاً بالعيب ، وإن لم يكن يعلمه ، فله الفسخ ، قال ابن عرفة : **« لو تعلق بالمبيع حق لغير المشتري من رهن أو إجارة**

(١) - وأتصد به متمك المعقود عليه ، ففي عقد البيع يقابله المشتري ، علماً أنني اقتبست هذا المصطلح من الشيخ علي الخفيف من كتابه أحكام المعاملات .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٥ / ٢٨٢ - ٣٠١ ، المعنى : ٤ / ١١٧ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : ٣ / ١١٧ ، الفقه الإسلامي وأدلتها : د. وهبه الزحيلي ٤ / ٥٧١ وتجدد الإشارة إلى أنه يلحق بهذا المانع أيضاً كل أنواع التصرفات الشرعية التي يقوم به العائد الآخر المتمك للمعقود عليه كالاستعمال بالركوب أو التحميل أو اللبس أو المداواة ونحوها ؛ لأن هذا يدل على رضاه بالعيب إلا ما كان لضرورة كأن يكون المبيع في البرية أثناء السفر فيحمل عليه ماله خوف من ضياعه ونحوها (انظر ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري ٢ / ١٩٤ ، خيار المجلس والعيب : عبد الله الطيار ٢٣٢) .

(٣) - انظر ، حاشية الدسوقي وعليه الشرح الكبير : ٣ / ١٢٤ ، معني المحتاج : ٢ / ٧٤-٧٦ ، المعنى : ٤ / ١١٧ ، مطالب أولي النهى : ٣ / ١١٧

وحصل ذلك قبل علمه بالعيب وقف ، وأما لو حصل ذلك بعد علمه فإنه يعد رضا^(١) .

*- أما الحنفية فقد ذهبوا إلى وجوب امتناع الفسخ حال التصرف بالمعقود عليه وخروجه عن ملكه سواء أكان يعلم سبب الفسخ أم لا ، وعللوا رأيهم بأن تصرفه دليل على رضاه به ، وكأنه أسقط حقه في الفسخ وما يترتب عليه من أثر ، قال الكاساني : إن ((تصرف تصرفاً أخرجه - أي المعقود عليه - عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشتري أو وهبه وسلمه لأن الإقدام على هذه التصرفات دليل الرضا بالعيب))^(٢) .

وعليه : ألاحظ اتفاق الفقهاء على امتناع الفسخ حال التصرف بالمعقود عليه وتعلق حق للغير به عند العلم بسبب الفسخ ابتداءً وذلك لرضاه به ، بل عدوا الرضا بالعيب بعد العلم به مانع من الفسخ ؛ لأن إثبات حق الفسخ إنما هو لدفع الضرر في هذه الحالة ، فإن رضي به أسقط حقه فيه .

واختلفوا حال عدم العلم بسبب الفسخ ، فإن الحنفية منعوا الفسخ مطلقاً في هذه الحالة بناء على أن تصرف المملك للمعقود عليه دال على الرضا به على حاله ، ومعلوم أن الرضا يبطل حق الفسخ بخلاف الجمهور كما رأينا ، ولكنني أرجح رأي الجمهور في ذلك رعاية للمصلحة وحفظاً للحقوق ومنعاً للضرر ؛ لأن الكثير من المعقود عليه لا يستطيع المملك الأول أن يكتشف فيه عيباً مباشرة ، وقد يتنبه من غيره إليه ، ثم إن المملك الثاني قد يرجع المعقود عليه بعيب هو عيب قديم لا يعلمه المملك الأول ، فكان وجه المصلحة أن يملك المملك الأول حق الفسخ عند عدم علمه بالعيب رفعا للضرر .

أما إن كان سبب الفسخ الفساد ، فقد استدلوا على المنع بما يأتي^(٣) :

١- إن امتناع الفسخ يعود إلى أن المشتري الأول ملك المعقود عليه ، فتملك التصرف فيه ، فقد قال الكاساني : ((المشتري شراء فاسداً ، إذا باع المشتري أو وهبه أو تصدق به ، بطل حق الفسخ ، وعلى المشتري القيمة أو المثل ؛ لأنه تصرف في محل مملوك له ، فنفذ تصرفه))^(٤) .

٢- إن العقد الأول مشروع بأصله دون وصفه ، والثاني مشروع بأصله ووصفه ، فلا

(١)- حاشية الدسوقي وعليه الشرح الكبير : ١٢٤/٣ .

(٢)- بدائع الصنائع : ٢٨٢/٥ .

(٣)- انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠١ / ٥ ، البحر الرائق : ١٠٣/٦ ، العناية شرح الهداية : ٤٠٥/٦-٤٠٦ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٦٥-٦٤/٤ .

(٤)- بدائع الصنائع : ٣٠١ / ٥ .

بعارضه مجرد الوصف ؛ لأن الأصل أقوى منه في التملك .

٣- إن فسخ العقد الأول رعاية لحق لشرع متعلق بنقض ورفع العقد الثاني الذي تعلق به حق العبد ، وعندئذ يتمتع الفسخ ؛ لأن حق العبد عند معارضته حق الله تعالى يقدم حق العبد عليه بإذنه سبحانه وتعالى لغناه وسعه عفوه - جل وعلا - وفقر العبد الدائم إليه .
وقد استثنى الحنفية عقد الإجارة من ذلك ، فقالوا : إن عقد الإجارة لا يمنع فسخ العقد الفاسد ، وإن كان عقداً لازماً ؛ لأنه عقد يفسخ بالعذر ، ولا عذر أقوى من رفع الفساد ، فيفسخ به^(١) .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا زال المانع ، أيعود حق الفسخ أم لا ؟

تباينت أقوال الفقهاء في ذلك بناء على سبب الرد ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

*- إن الحنفية والشافعية في قول لهما^(٢) يرون أنه إذا زال المانع كان فسخ العقد الثاني بخيار شرط أو رؤية أو عيب ونحوها ، عاد حكم الملك الأول ، فيعود معه حق الفسخ ؛ لأن الفسخ في الحقيقة رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن ، شريطة أن يكون ذلك قبل القضاء بالقيمة أو المثل ؛ لأن قضاء القاضي يبطل حقهما في العين ، وينقله إلى القيمة أو المثل بإذن الشرع ، بخلاف ما لو عاد بسبب مبتدئاً كان اشتراه ثانية ، فلا يعود حق الفسخ عندئذ ؛ لأن الملك اختلف لاختلاف السبب ، فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين .

** - أما المالكية والحنابلة والشافعية في قول آخر لهما^(٣) : يرون أنه إذا زال المانع ، فإن حق الفسخ يعود كما كان قبل التملك الثاني ولم يشترطوا أن تكون عودته بفسخ أو تملك مستأنف ، وعللوا ذلك بأن استحقاق الفسخ والرد ما زال قائماً نتيجة وجود سببه ، وإنما امتنع الفسخ ؛ لتعذره بزوال الملك ، فإن زال المانع بعودة الملك ، جاز الفسخ والرد ، قال ابن عرفة : ((ولا فرق بين أن يعود بمعاوضة أو غيرها ، ولا بين ما عاد اختياراً أو جبراً))^(٤) .

وعليه : ألاحظ أن اختلاف الفقهاء ينحصر في أنه إذا عاد المعقود عليه بملك مستأنف كبيع أو هبة أو إرث ونحوها ، فالحنفية لا يجيزون عودة حق الفسخ والجمهور يبقونه ؛ لأن

(١)- بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ .

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ ، مغني المحتاج : ٧٦/٢ ،

(٣)- انظر ، حاشية الدسوقي وعليها الشرح الكبير : ١٢٥/٣ ، مغني المحتاج : ٧٦/٢ ، المغني : ١١٨/٤ .

(٤)- حاشية الدسوقي وعليها الشرح الكبير : ١٢٥/٣

الحنفية نظروا إلى اختلاف العقدين باختلاف الملكين ، والفسخ إنما يرد على العقد ذاته ، ولا يتعداه بذات السبب إلى عقد آخر ، بينما الجمهور لم ينظروا إلى هذه الزاوية ، وإنما قالوا ما دام المعقود عليه ذاته عاد إلى الممتلك الأول فما زال حقه في فسخ العقد قائماً .
 لكنني أرى أن الحنفية في ذلك أكثر دقة من الناحية العلمية ؛ لأن الفسخ لا يرد إلا على عقد قائم ، وقد انتفى العقد الأول وانتهى بخروج المعقود عليه بعقد جديد إلى ممتلك آخر ، فكيف يعود حق الفسخ وقد انتهى العقد بخلاف ما لو عاد بفسخ ؛ لأن الفسخ يجعل العقد - الثاني - كأن لم يكن في إشارة إلى أن العقد الأول مازال قائماً ، وهذا ما أرجحه حفاظاً على استقرار العقود .

الحالة الثانية : المانع بسبب حق العاقد الآخر (المملك) :

إن استعمال حق الفسخ ينبغي ألا يخرج المتعاقدين أو أحدهما من دائرة الالتزام التعاقدية أو الإخلال به ، فإذا ما حصل سبب للفسخ كوجود عيب قديم في المعقود عليه ، فإنه يرفع العقد وينقضه ما دام أنه لا يخل بتلك الالتزامات الموزعة في العقد ، والتي من شأنها أن تحقق فكرة المساواة التي تقوم عليها العقود ، وهذا ما أشار إليه الكاساني بقوله : ((المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين))^(١) .

فإن حدث خلل في تلك الالتزامات كأن ينقص المعقود عليه عما كان عليه عند القبض أو يلحقه عيب جديد ، كان ذلك كله مانعاً من الفسخ في بعض حالاته وعند بعض الفقهاء دون غيرهم ، لكن هذا النقص أو العيب لا يخلو أن يكون حكماً أو مادياً ، وفيما يأتي أثر كل منهما على الفسخ :

١ - النقص الحكمي :

ويقصد به كل ما ينقص قيمة المعقود عليه نقصاً يؤثر فيها ، ولكن لا يفقد العين شيئاً من أجزائها المادية ، كنقصان قيمة المبيع لتغير الأسواق ، وهذا النوع من النقص لا يمنع الفسخ^(٢) .

(١) - بدائع الصنائع : ٣٠١/٥

(٢) - انظر ، بداية المجتهد : ١٣٦/٢ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل : ٤٤٦/٣

٢- النقص المادي :

ويراد به كل ما ينقص العين نقصاً يفوت بعض أجزائها أو يلحق بها عيباً ، وقد عبر عنه ابن رشد بقوله : « النقصان الحادث في البدن أو النفس »^(١) .

وهذا مما لا يمنع الفسخ إن كان يسيراً غير مؤثر في القيمة أما إن كان له - النقص المادي - أثر فيها ، فقد اختلف الفقهاء عندئذ في أثره على الفسخ إلى فريقين :

#- الفريق الأول : الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة^(٢) :

عدّ الحنفية والشافعية وفي قول عند الإمام أحمد^(٣) أن إنقاص المعقود عليه في يد الممتلك مانع من الفسخ ، فإذا ما تعيب المعقود عليه عند الممتلك بعيب حادث سواء أكان بفعله أم بآفة سماوية أم بفعل المعقود عليه ، فإن الفسخ عندئذ يمتنع ، فقد قال ابن الهمام : « انتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان بالاتفاق »^(٤) . وعللوا ذلك بما يأتي :

*- لأن بالفسخ إلحاق ضرر بالمُملك للمعقود عليه ؛ لأن هذا الأخير قد خرج عن ملكه سالماً من العيب الحادث ، فلو ألزم به معيباً لتضرر ، والضرر مرفوع بالإسلام ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »^(٥) .

** - ولأن الفسخ أيضاً وما يترتب عليه من أثر لا يقع إلا عندما يكون المردود على الصفة التي كان عليها عند القبض ، وقد انتفتت بالعيب الحادث ، فالمعيب المسبب للفسخ قد طرأ عليه عيب آخر ، فانعدم شرط الرد الذي يمتنع بانعدامه الفسخ ؛ تحقيقاً للمساواة المنشودة في المعاوزات ، والذي أشار إليه الكاساني بقوله : « المعاوزات مبناهما على المساواة عادة وحقيقة »^(٦) .

وبما أنه لا بد من رفع الضرر وإزالته عن المتعاقدين كان امتناع الفسخ ودفع أرش العيب القديم هو الأنظري لهما ؛ لأن الشارع رفع الضرر عن الممتلك بالفسخ ، فعندما تسبب في العجز عنه - عن الفسخ والرد - بما باشره في المعقود عليه أو بما حصل فيه على ضمانه ،

(١)- بداية المجتهد : ١٣٦/٢

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٣/٥ ، العناية شرح الهداية : ٣٦٥/٦ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٥١/٦ وما بعدها ، معني

المحتاج : ٨٠/٢ ، المعنى : ١١١/٤

(٣)- أحمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١) : أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني أبو عبد الله المروزي ثم البغدادي أحد أئمة الإسلام والهداة الأعلام وأحد الأربعة الذين تدور عليهم الفتاوى والأحكام في بيان الحلال والحرام أخذ الفقه عن جماعة أجلبهم الإمام الشافعي صحبه مدة مقامه ببغداد في الرحلة الثانية وسلك مسلكه وتبع منهجه وقال كل مسألة ليس عندي فيها دليل فأنا أقول فيها بقول الشافعي من كتبه المسند وغيره (تقريب التهذيب : ٨٤ ، طبقات الشافعية : ٢ / ٥٦) .

(٤)- فتح القدير : ٣٦٩/٦ .

(٦)- بدائع الصنائع : ٢٤٩/٥

(٥)- قد سبق تخريجه ، انظر الصحيفة : ٣٩ .

كان وجه المساواة أن يعود بالنقصان على المُمْلِك فيسترجع حصته في الجزء الفائت بالثمن إلا أن يرضى المملك أن يأخذ المعقود عليه بعيبه الحادث ؛ لأنه رضي بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، وليس للمتملك عندئذ حق الرجوع بالأرث^(١) .

###- الفريق الثاني : المالكية ورواية أخرى عند الحنابلة^(٢) :

ذهب الإمام مالك وأحمد في رواية عنه إلى أن إنقاص المعقود عليه بعيب حادث لا يمنع حق المتملك من الفسخ فهو بالخيار إن شاء أمسكه ورجع بأرث العيب القديم وإن شاء فسخ العقد ورد المعقود عليه ومعه أرث العيب الحادث .

واستدلوا على ذلك :

*- احتج أحمد بحديث المصراة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بردها بعد حلها ورد عوض لبنها^(٣) .

وجه الاستدلال : هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنع الفسخ والرد بالعيب الحادث وهو نقصان لحق المعقود عليه ، تمثل في أخذ اللبن ، بل نجده صلى الله عليه وسلم أنه أثبت الخيار نتيجة التصرية للمشتري في الإمساك أو الفسخ مع أرث ما أنقصه بقوله صلى الله عليه وسلم : ((إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)) ، قال الصنعاني : ((دل الحديث أن يرد عوض اللبن صاعاً من تمر))^(٤) ، وقال الشوكاني : ((وهو دليل على أن الصاع من التمر في مقابلة اللبن ، وأنه أخذ قسطاً من الثمن))^(٥) .

**- إن تغليب حق المتملك أولى ؛ لأن صاحبه قد فرط في أنه لم يستعلمه العيب ، فكأنه قد دلس فيه ، فيترك الخيار له رعاية لجانبه وتحقيقاً للعدالة بين الطرفين ، غير أن الإمام مالك لم يوجب على المتملك عندئذ أن يدفع شيئاً من قيمة العيب الحادث نتيجة تدليس صاحبه .

***- إن الفسخ وما يترتب عليه من الرد أمر جائز قبل حدوث العيب الثاني ، فلا يزول إلا بدليل ، وليس في المسألة إجماع ولا نص ، والقياس إنما يكون على أصل ، وليس لما ذكروه أصل ، فيبقى الجواز بحاله .

(١)- انظر ، العناية شرح الهداية : ٣٦٦/٦ .

(٢)- انظر ، بداية المجتهد : ١٣٧/٢ ، المغني : ١١١/٤ .

(٣)- انظر إلى الصحيفة ٢٧٤ ستجد نص الحديث في حاشيتها تخريجه .

(٤)- سبل السلام شرح بلوغ المرام : الصنعاني ٤٩/٣ .

(٥)- نيل الأوطار : الشوكاني ٢٥٣/٥ .

المناقشة والترجيح :

أولاً - المناقشة :

رُدَّ حديث المصراة بما يأتي^(١) :

- ١- إن راوي الحديث مطعون فيه ، فلا يأخذ بما يرويه إذا كان مخالفاً للقياس الجلي .
- ٢- إن الحديث مضطرب في منته ؛ لذكر التمر فيه تارة واللبن أخرى واعتبار الصاع مرة والمثل أو المثلين أخرى ، وما كان هذا شأنه لا يعتمد عليه .
- ٣- أنه معارض لعموم قوله تعالى : ((وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوْا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ))^(٢) ، وجه التعارض أن الرد مع أرش النقص لا يشكل مماثلة كما نصت عليه الآية^(٣) .
- ٤- إن الحديث منسوخ ، ولكنهم اختلفوا في ناسخه ، منهم من قال : حديث ابن عمر^(٤) في النهي عن بيع الدين بالدين ؛ لأن لبين المصراة قد صار ديناً في ذمة المشتري ، فإذا ألزم بصاع من تمر صار ديناً بدين . وبعضهم الآخر قال ناسخه حديث ((الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ))^(٥) ؛ لأن اللبنة فضلة من فضلات الشاة ، ولو تلفت لكانت من ضمان المشتري فتكون فضلاتها له مقابل الضمان .

٥- إن الحديث أيضاً قد خالف قياس الأصول من جهات :

- أ- من حيث إن اللبنة التالف إن كان موجوداً عند العقد فقد نقص جزء من المبيع ، فيمتنع الفسخ والرد به ، وإن كان حادثاً عند المشتري فهو غير مضمون .
- ب- من حيث إنه جعل الخيار فيه ثلاثاً مع أن خيار العيب وخيار المجلس وخيار الرؤية لا يُقدر شيئاً منها بالثلاثة .
- ت- من حيث إنه يلزم من الأخذ به ضمان الأعيان مع بقائها فيما كان اللبنة موجوداً .
- ث- من حيث إنه يلزم إثبات الرد بغير عيب ؛ لأنه لو كان نقصان اللبنة عيباً ؛ لثبت به

(٢) - سورة النحل : الآية ١٢٦ .

(١) - سبل السلام : الصنعاني : ٥١-٥٠/٣ .

(٣) - نيل الأوطار : الشوكاني ٢٥٥/٥-٢٥٧ .

(٤) - روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : ((أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالءء بالكالءء)) ، يعني الدين بالدين وأخرجه الدار قطني : كتاب البيوع / ٢٦٩ / ٢٧٠ / ، والحاكم في المستدرک : / ٢٢٤٢ / ، ٦٥ / ٢ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ورواه البيهقي في سننه الكبرى : / ١٠٣١٦ / ، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين ، قال الصنعاني : حديث ابن عمر - السابق - رواه إسحاق والزرر بإسناد ضعيف ، ورواه الحاكم والدار قطني من دون تفسير ، ولكن في إسناده موسى بن عبيدة الربذي وضعيف ، وقال أحمد : لا تحل الرواية عندي عنه ، وأعرف هذا الحديث لغیره ، وصحفة الحاكم ، فقال : صحيح على شرط مسلم ، وتعجب البيهقي من تصحيحه على الحاكم ، وقال أحمد : ليس في هذا حديث يصح ، ولكن إجماع الناس أنه لا يجوز بيع الدين بالدين . سبل السلام شرح بلوغ المرام : ٨٢ / ٣ ، وانظر ، نيل الأوطار : الشوكاني ٢٥٤ / ٥ . ((وقال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث)) ، نيل الأوطار : ٢٥٤ / ٥ .

(٥) - سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ٢٩٦

الرد من دون تصرية ولا اشتراط ؛ لأنه لم يشترط الرد .

وعليه : فقد ردوا هذا الحديث وما ينبنى عليه من استدلال في جواز الفسخ بالعيب

الحادث ، إلا أن الجمهور^(١) ناقشوا الحنفية في طعنهم في هذا الحديث من خلال ما يأتي :

١- إن قولكم : راوي الحديث مطعون فيه قول لا يستند إلى أبسط دليل ، بل إن أبا هريرة رضي الله عنه من أحفظ الصحابة الكرام وأكثرهم حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن لم يكن أحفظهم على الإطلاق وأوسعهم رواية لاختصاصه بدعاء النبي صلى الله عليه وسلم له بالحفظ ومن كان بهذه المنزلة لا ينكر عليه تفرد به شيء من الأحكام الشرعية^(٢).

وقد اعتذر رضي الله عنه عن تفرد بكثير مما لا يشاركه فيه غيره بما ثبت عنه في الصحيح من قوله : إن أصحابي من المهاجرين كان يشغلهم الصفق بالأسواق ، وكنت أزم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشهد إذ غابوا وأحفظ إذا نسوا .

هذا وقال الجمهور : ولو سلمنا جدلاً أن ما ادعيتموه من أنه رضي الله عنه ليس كغيره في الفقه ، لم يكن ذلك قادحاً في الذي يتفرد به ؛ لأن كثيراً من أمور الشريعة وأحكامها بل وأكثرها وارد عن طريق غير المشهورين بالفقه من الصحابة رضوان الله عليهم ، فطرح حديث أبي هريرة يستلزم طرح شطر الدين .

فضلاً عما تقدم : فإن أبا هريرة لم يتفرد برواية هذا الحكم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل رواه معه ابن عمر وابن مسعود .

وأخيراً فإن مخالفة ابن مسعود للقياس الجلي مشعرة بثبوت حديث أبي هريرة ؛ لأنهم في هذه المخالفة سواء ، فكيف يُأخذ حديث الأول منهما ويترك الثاني ، بل الأخذ بالحديث الأول مشعر بثبوت حديث الثاني من حيث تلك المخالفة .

وختلاصة القول : إن الطعن بحديث أبي هريرة ليس في مكانه ، وهو ما أشار إليه ابن عبد البر بقوله : ((الحديث مجمع على صحته وثبوته من جهة النقل ، وهذا مما يعد وينقم على أبي حنيفة من السنن التي ردها برأيه ، وهذا ما عيب عليه ، ولا معنى لإنكارهم ما أنكروه من ذلك ؛ لأن الحديث أصل بنفسه))^(٣) .

(١)- انظر ، التمهيد : ابن عبد البر ٢٠٧/١٨ ، وانظر ، فتح الباري : ٣٦٥/٤ ، نيل الأوطار : ٢٥٦/٥ ، تحفة الأحوذى : ٣٨٢/٤ .

(٢)- انظر ، تحفة الأحوذى : ٢٩ /١ ، نيل الأوطار ٢٥٦/٥ ، عون المعبود : ٢٩١/١٠ .

(٣)- التمهيد : ابن عبد البر ٢٠٧/١٨ .

٢- أما القول : إن الحديث مضطرب لتعدد نوع العوض ومقداره ، قول : لا يُنتقد به الحديث ؛ لأن الطرق الصحيحة لا اختلاف فيها ، والضعيف منها لا يعل الصحيح .

٣- أما كونه معارضاً للأية فغير مسلم به ؛ لأن الحديث من ضمان المتلفات لا العقوبات .

٤- وأما كونه منسوخاً فيحتاج إلى دليل ؛ لأن النسخ لا يثبت بمجرد الاحتمال ولو كفى ذلك لرد من شاء ما شاء ، وأما استدلالهم بأن ناسخه حديث ابن عمر ، فغير مسلم به أيضاً لضعف هذا الحديث باتفاق المحدثين ، ولو سلمنا صلاحيته ، فكون ما نحن فيه من بيع الدين بالدين ممنوع ؛ لأنه يرد الصاع مع المصراة حاضراً لا نسيئة ؛ لعموم ذلك من غير فرق بين أن يكون اللبن موجوداً أو غير موجود ، ومع هذا كله لو سلم أنه من بيع الدين بالدين ، فالحديث عندئذ يكون مخصصاً لعموم ذلك النهي ؛ لأنه أخص منه مطلقاً .

أما حديث «الخراج بالضمان»^(١) ، فغير مسلم به أيضاً من أنه ناسخ لحديث أبي هريرة ؛ لأنه علم مخصوص بحديث المصراة ، فكيف يكون ناسخاً ، فضلاً عن أنه لم ينقل تأخره ، والنسخ لا يتم بدون ذلك ، ثم إن حديث المصراة الذي رواه أبو هريرة أقوى دلالة ؛ لوروده في الصحيحين وورود معناه عن غير واحد من الصحابة الكرام .

٥- وأما أنه مخالفة لقياس الأصول ، فغير مسلم به أيضاً ؛ لأنه أصل مستقل برأسه ولا يقال : إنه قد خالف قياس الأصول ، والنقص الحادث إنما يمنع الرد إذا لم يكن لاستعلام العيب وهو هنا لاستعلام العيب فلا يمنع ، وتقبيده بثلاث^(٢) لخصوص حكم التصرية الذي لا يظهر في الأغلب إلا بها بخلاف غير المصراة من العيوب . ولزومه من ضمان العين مندفع أيضاً ، لأنه مختلط باللبن الحادث فقد تعذر رده بعينه بسبب الاختلاط ، فيكون مثل ضمان العبد الأبق^(٣) المغصوب . وأما عدم اعتبار نقصان اللبن عيب دون تصرية ولا اشتراط منقوض أيضاً ؛ لأنه في حكم خيار الشرط من حيث المعنى ، فإن المشتري لما رأى ضرعها مملوءاً ، فكان البائع شرط له أن ذلك عادة لها .

وبناء على ما تقدم يمكن القول : إن استدلال الجمهور بالحديث أقوى دلالة وأصح إثباتاً لقوة الحديث وصحته نقلاً واستدلالاً ، غير أن الشافعية الذين أقرؤا بهذا الحديث لم يعملوا به

(١) - سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ٢٩٦ .

(٢) - أي بثلاثة أيام .

(٣) - الأبق : الذي فر من مائة قصداً (قواعد الفقه : البركتي ٣٥٧/١ . وقال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : الأبق : انطلاق الرقيق تمرداً سواء هرب من مستأجره أو وديعه المودع لديه ، أو مستعيره أو الوصي عليه . (الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٧٨٤/٤) .

في جواز الفسخ وإنما منعوا الفسخ بالنقصان الحادث فيما روي عنهم .
وتجدر الإشارة أيضاً أن الفريق الثاني قد ناقش الفريق الأول فيما ذهب إليه في أن مسألة
المنع من الفسخ ليس فيها إجماع ولا نص ، والاستدلال بالقياس يتطلب أصلاً يعتمد عليه
وليس فيما ذكره أصل يستند إليه فلا بد من أن يبقى الجواز بحاله^(١) .

ثانياً- الترجيح :

بناء على ما تقدم يتبين أن ما ذكره الفريق الثاني هو الراجح ؛ لقوة دليلهم وصحة
الاستدلال به والذي تمثل في حديث أبي هريرة السابق ، ودفع الضرر الذي استند إليه الفريق
الأول مندفع بأرش النقص الحادث ، وكأنني أرى التساوي بين المتعاقدين في إيجاد النقص في
المعقود عليه من حيث إن الأول منهما تسبب في عيب قديم والآخر تسبب في عيب أو نقص
جديد ، فالأولى فيما أرى أن يُترك الأمر على أصله الأول من إثبات الخيار في الإمساك أو
الفسخ مع أرش النقص ، وليس في هذا أي تجاوز لتلك المساواة المنشودة في المعاوزات من
حيث إن كلا منهما متسبب في إحداث نقص معين في المعقود عليه إلا أن حق المُتَمَلِّك
أولى ؛ لأنه صاحبه لم يَسْتَعْلِمِ العيب ، وهذا تفريط وتقصير من جانبه ، وأحياناً أخرى يكون
مدلساً فترك الخيار للمُتَمَلِّك ، فيه تحقيق لتلك المساواة ، وهو ما أخذ به الفريق الثاني .

(١) - المعنى : ١١١/٤

الباب الثالث

مدى قابلية العقود للفسخ^(١)

إن تعريف الفسخ بأنه حل ارتباط العقد يفرض علينا تساؤلاً حول دائرة أو مجال أو نطاق الفسخ ، بمعنى هل يلحق الفسخ كل العقود الصحيحة متى توافر سببه ؟ وبعبارة أخرى : ما مدى قابلية العقود للفسخ ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تظهر من خلال التمييز بين نوعين من العقود من حيث قوة قابليتها للفسخ في الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : مدى قابلية عقود التبرعات والمعاضات المالية للفسخ .

الفصل الثاني : مدى قابلية عقد النكاح للفسخ .

(١) - وتجدر الإشارة إلى أنني قد أشرت نطاق الفسخ إلى هذا الباب ؛ ليكون القارئ قد تزود بأحكام الفسخ ومعلوماته التي

تساعده في فهم العقود التي تقبله والعقود التي لا تقبله .

الفصل الأول

مدى قابلية عقود المعاوضات المالية وعقود التبرعات^(١) للفسخ

إن عقود المعاوضات والتبرعات الصحيحة القابلة للفسخ لا تخرج عن كونها عقوداً نافذة أو موقوفة^(٢)، والنافذ منها لا يتعدى أن يكون لازماً أو غير لازم ، لكن قابليتها للفسخ ، أتكون على درجة واحدة أم تتفاوت تبعاً لطبيعة اللزوم وسبب الفسخ ؟ هذا ما سنوضحه من خلال المباحث الآتية :

- المبحث الأول : العقود اللازمة للطرفين في قابليتها للفسخ .
- المبحث الثاني : العقود غير اللازمة للطرفين والتي تقبل الفسخ بطبيعتها .
- المبحث الثالث : العقود اللازمة لأحد الطرفين في قابليتها للفسخ .
- المبحث الرابع : تصرفات الإرادة المنفردة في قابليتها للفسخ .
- المبحث الخامس : العقد الموقوف في قابليته للفسخ .

(١) - ويراد بعقود المعاوضات المالية : كل عقد يقوم على تبادل النفع والالتزامات بين أطراف العقد ، كعقد البيع حيث يكون النفع للمشترى فسي المبيع ، ويكون بالمقابل النفع للبائع بالثمن ، ومثله عقود الإجارة والقسمة للأموال الشائعة والصلح بمال ونحوها ، ففي جميع هذه العقود وأمثالها تظهر المعاوضة المالية والمبادلة للمنافع من طرفي العقد . أما عقود التبرعات ، فيراد بها أيضاً كل عقد يقوم فيه النفع والمساعدة والمعونة لأحد الطرفين من غير مقابل ، كعقد الهبة والإعارة والوصية ونحوه . (أحكام العقد : محمود عبد المجيد : ٢٠) .

(٢) - يقصد بالعقد التالف : العقد الصحيح الذي صدر من أهله مضافاً إلى محله ، وسلمت أوصافه من الخلل ، وكان صدوره عن له ولاية على العقد ، كعقد البيع والإجارة ونحوهما مما يصدره من له ولاية إصداره . أما الموقوف فهو ما صدر عن أهله مضافاً إلى محله مع سلامة أوصافه ، ولكنه لم يكن ممن له ولاية إصداره وذلك كعقد الفضولي ، وبيع ناقص الأهلية وشرائه وتكاحه ، فإن هذه العقود صحيحة موقوفة على ما سنوضحه في المبحث الأخير من هذا الفصل (الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٣٧٩) .

العقود اللازمة للطرفين في قابليتها للفسخ

ويراد بالعقد اللازم العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد أطرافه فسخه والتحلل منه^(١)، فهو عقد لازم لطرفيه لا يقبل الفسخ بطبيعته إلا إن تعرض لسبب من أسبابه كالإقالة أو الخيار أو العذر في العقود المستمرة منها ، فعندئذ تسلب منه صفة اللزوم ، ويصبح قابلاً للفسخ حال تعرضه لسبب من هذه الأسباب ، وغير قابل للفسخ بطبيعته ؛ لأنه مبني على لزوم الوفاء لقوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ »^(٢) ؛ ولأن آثار العقود التزامات ، والالتزامات من شأنها أن تكون لازمة ، ثم إن الهدف المنشود من العقود هو تحقيق مقاصد معينة وأغراض محددة ، تشبع حاجات المتعاقدين وتؤمن متطلباتهما ، فكان من تمام مقصودها أن تكون لازمة عليهما ؛ ولأنها بمثابة عهود يبرمها أحدهما مع الآخر ، والوفاء بالعهد واجب لازم ؛ لقوله جل وعلا : « وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا »^(٣) .

ويتمثل هذا النوع من العقود في عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والصلح والقسمة والحوالة ونحوها^(٤) ، فهي عقود لازمة بطبيعتها للطرفين المتعاقدين تقبل الفسخ بالإقالة أو الخيار أو العذر في المستمر منها عند الحنفية كما أوضحته في حينه .
وهنا ينثار التساؤلان الآتيان :

الأول منهما : هل هذه العقود اللازمة على درجة واحدة في قبولها للفسخ بأسبابه المتعددة أم أنها تقبل الفسخ بأسباب معينة دون أخرى ؟
الثاني منهما : متى يكتسب العقد صفة اللزوم ؟
إن الإجابة عنهما تظهر من خلال المطالبين الآتيين :

(١) - أحكام العقد : محمود عبد المجيد ١٩ ، وانظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٨٩/٤ ، ضوابط العقد : د.

عدنان التركماني ٣٢٧

(٢) - سورة المائدة : الآية ١ (٣) - سورة الإسراء الآية ٣٤ .

(٤) - انظر ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٤٨/٢ ، أنوار البروق في أنواع الفروق : ١٣/٤ - ١٤ ،

الأشباه والنظائر : السيوطي ٢٧٥ ، القواعد لابن رجب ٦٦ ، كتب وفتاوى ابن تيمية في الفقه : ٤٠٦/٢٩ ، ضوابط العقد :

عدنان التركماني ٣٥٣ ، الفقه لإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٨٩/٤ - ٣١٩٠ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى

الزرقا ٦٣٩/١ .

المطلب الأول

مجالات الفسخ في العقود اللازمة للطرفين

تفاوتت العقود اللازمة للطرفين المتعاقدين في قبولها للفسخ في نظر بعض الفقهاء دون الآخرين تبعاً لسبب الفسخ ونوع العقد ، وسأتناول ذلك من خلال التعرض لبعض هذه العقود التي لها اتجاه الفسخ شأن خاص ثبوتاً أو امتناعاً ، كما يأتي :

أولاً- البيع :

يظهر لي من استعراض أحكام الفسخ السابقة أن الفقهاء^(١) قد اتفقوا على أن عقد البيع بأنواعه المختلفة^(٢) هو المجال الأساسي للفسخ بأسبابه المتعددة ، فهو يقبل الفسخ بالخيار بأنواعه المتنوعة عند القائلين بها^(٣) ، ويقبل الفسخ كذلك بالإقالة وبما يسمى بالشرط الجعلي أيضاً ؛ لأنه من العقود اللازمة التي لاحظ الشارع الحكيم فيها أن مصلحة العاقدين أن يجعل ما هو لازم منها ليس بلازم أحياناً ليقبل الفسخ ؛ رعاية للمصلحة ومنعاً للضرر وتحقيقاً للعدالة واستقراراً للعقود .

إلا أنه يستثنى من عموم قابلية البيع للفسخ ما يأتي :

* - السلم : وهو بيع الدين بالدين^(٤) ، فإنه لا يقبل الفسخ بالإطلاق ؛ لعدم قبوله له بخيار الشرط نتيجة عدم ثبوته فيه ؛ لأن قبض رأس المال واجب في المجلس للنهي عن بيع الدين بالدين فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ^(٥) ، وعدم قبض رأس مال السلم يفضي إلى بيع الدين بالدين ، ثم إن صحة القبض تحتاج إلى الملك ، وخيار الشرط يمنع ثبوته ، فيمتنع المستحق من صحة القبض ، إضافة إلى أن خيار الشرط ثبت

(١) انظر بالإضافة إلى ما تقدم ، البحر الرائق : ٢٨٢/٥ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ٤٨٧ .

(٢) كبيع المغايضة ، والبيع المطلق وبيع المساومة وبيع المراجعة ونحوها .

(٣) كخيار المجلس الذي لا يأخذ به الحنفية والمالكية ، وبالتالي فإن العقد لا يفسخ بخيار المجلس ، بمعنى أن عقد البيع لا يقبل الفسخ بخيار المجلس عندهما ، على ما سنوضحه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

(٤) سألته الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥٩٦/٤ ، فإن السلم فيه بمثابة المبيع وهو دين ، ورأس المال بمثابة الثمن وقد يكون عينا وقد يكون ديناً ، ولكن يشترط قبضه قبل انقضاء العاقدين عن المجلس ، فصرير عينا . وعرفه المالكية : ((بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال ويستأخر الثمن لأجل)) الشرح الكبير : ١٩٥/٣ ، وعرفه الشافعية : ((بأنه بيع شيء موصوف بالذمة)) معني المحتاج : ١٤٠/٢ ، وعرفه الحنابلة : ((بأنه عقد على موصوف بذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس عقد)) الإصناف : ٨٤/٥ ، زاد المستقنع : ١١٥/١ . والدليل على أنه بيع ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان وخصص في السلم ، بمعنى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان عاماً وخصص في السلم بالرخصة فيه ، فدل أن السلم بيع ما ليس عند الإنسان ليستقيم تخصصه عن عموم النهي بالترخيص فيه . بدائع الصنائع : ٢٠١/٥ .

(٥) سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ٣٥٢ .

بالنص على خلاف القياس في بيع العين ، فيبقى ما وراءه على أصل المنع ، فلا يتجاوزها ؛ ولأن شرط الخيار أيضاً شرع لدفع الغبن ، والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن ؛ لأنه بيع المفاليس ، فلم يكن داخلاً تحت مورد النص الذي يجيز الخيار ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) .

أما المالكية^(٢) فقد أجازوا شرط الخيار في السلم إلى يومين أو ثلاثة رعاية للمصلحة ، وبالتالي فإنه يقبل الفسخ بخيار الشرط عندهم في تلك المدة .

**** - الصَّرف :** وهو بيع النقد بالنقد جنساً بجنس أو بغير جنس ، كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو الذهب بالفضة مصوغاً أو نقداً^(٣) ، وهو أيضاً كسلم لا يقبل الفسخ بخيار الشرط لعدم صحته فيه ؛ لمناقضة وجوده مع القبض الذي يعد شرطاً لصحته ، وخيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع صحة القبض ، بمعنى أنه يمنع ثبوت الملك ، فكان وجوده مانعاً من القبض حكماً إلا إذا أسقط الخيار قبل انقضاء مجلس العقد ، فيصح العقد عندئذ ؛ لزوال ما يمنع وجوده ، وذلك باتفاق الفقهاء^(٤) . قال أبو إسحاق بن مفلح الحنبلي : ((لا يثبت خيار الشرط في بيع شرط القبض لصحته))^(٥) .

- (١) - انظر ، الجامع الصغير : ٣٤١/١ ، بدائع الصنائع : ٢٠١/٥ ، الهداية شرح البداية : ٧٥/٣ ، المبسوط : ٢٤/١٤ ، تحفة الفقهاء : ١٢/٢ ، المهذب : ٢٩٧/١ ، التنبيه : ٩٧/١ ، الإقناع : الشريبي ٢٩٦/٢ ، الإقناع : الماوردي ٩٨/١ ، معنى المحتاج : ١٤٠/٢ - ١٤١ ، المعنى : ١٩/٤ - ١٩٥ ، كشاف القناع : ٢٦٦/٣ ، المبدع : ٦٤/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٦٠٩/٤ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٢٤٣/٢ .
- (٢) - انظر ، التاج والإكليل : المواق ٤٧٦/٦ - ٤٨٠ ، بداية المجتهد : ١٥٢/٢ - ١٥٣ .
- (٣) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٦٣٦/٤ ، وانظر ، بدائع الصنائع ٢١٥/٥ .
- (٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢١٩/٥ ، الهداية شرح البداية : ٨٢/٣ ، البحر الرائق : ٤٢/٨ ، حاشية ابن عابدين : ٢٥٧/٥ ، الدر المختار : ٥٧١/٤ ، شرح فتح القدير : ١٣٢/٧ ، بداية المجتهد : ١٥٠/٢ - ١٥١ ، المهذب : ٢٥٨/١ ، روضة الطالبين : ٤٤٦/٣ ، كشاف القناع : ٢٦٦/٣ ، النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر : ٢٧٢/١ .
- (٥) - النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر : ٢٧٢/١ .

ثانياً - الإجارة :

إن المعتمد عند الفقهاء^(١) أن الإجارة عقد لازم من عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ بالإقالة وبالخيار وبالعذر عند الحنفية كما سبق وأوضحنا ذلك في حينه إلا أن الشافعية والحنابلة^(٢) قيدوا قبولها للفسخ بخيار الشرط والتي في الذمة أو على مدة لا تلي العقد مباشرة ؛ لأنها لو وليت العقد في زمن الخيار ؛ لأدت إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها في مدة الخيار وكلاهما غير جائز . قال الشيرازي : ((الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع التصرف ، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة وإن حسب على المكري نقصنا من المدة))^(٣) .

واستثنى الفقهاء^(٤) أيضاً من عموم قابلية عقد الإجارة للفسخ فيما لو كان الفسخ بخيار الرؤية في غير إجارة الأعيان ؛ لعدم ثبوت هذا الخيار في إجارة الذمة قياساً على السلم . أي أن عقد الإجارة يقبل الفسخ بخيار الرؤية فيما إذا كان المعقود عليه عيناً كدار أو سيارة ونحوها ؛ لثبوت هذا الخيار فيها .

ثالثاً - القسمة :

اتفق الفقهاء^(٥) على أن عقد القسمة من العقود اللازمة بطبيعتها للطرفين المتعاقدين فالأصل عدم جواز فسخها والرجوع عنها ، إلا إن طرأ عليها ما ينقض ذلك الأصل من إقالة أو خيار أو استحقاق أو غبن ونحوها ، ولكن لفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة تفصيل في مبدأ لزومها نوضحه فيما يأتي :

*** - الحنفية :**

ميز الحنفية^(١) في لزوم القسمة وعدمه بين حالتين تبعاً لتامها ونوعها :

- (١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٠١/٤ - ٢٢٢/٤ ، المبسوط : ١٣٥/١٥ - ١٦٤/٢١ ، البحر الرائق : ٣/٨ ، بداية المجتهد : ١٧٣/٢ ، المهذب : ٤٠٠/١ ، الأنسباه والنظائر : السيوطي ٤٨٩ ، قواعد الأحكام في مصالح الأئام : العز بن عبد السلام ١٤٨/٢ ، الإصناف : ٤/٣٧٤ ، المغني : ٢٥٩/٥ - ٢٦٠ ، الروض المربع : ٧٣/٢ .
- (٢) - انظر ، المهذب : ٤٠٠/١ ، الوسيط : ١٠٢/٣ ، فتح الوهاب : ٢٨٩/١ ، مغني المحتاج : ٤٤/٢ ، الإصناف : ٣٧٤/٤ ، كشاف القناع : ٢٠٣/٣ ، الروض المربع : ٧٣/٢ .
- (٣) - المهذب : ٤٠٠/١ .
- (٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٠١/٤ - ٢٢٢/٤ ، المبسوط : ١٣٥/١٥ - ١٦٤/٢١ ، البحر الرائق : ٣/٨ ، بداية المجتهد : ١٧٣/٢ ، المهذب : ٤٠٠/١ ، الأنسباه والنظائر : السيوطي ٤٨٩ ، قواعد الأحكام في مصالح الأئام : العز بن عبد السلام ١٤٨/٢ ، الإصناف : ٤/٣٧٤ ، المغني : ٢٥٩/٥ - ٢٦٠ ، الروض المربع : ٧٣/٢ .
- (٥) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨/٧ ، البحر الرائق : ١٧٦/٨ ، المبسوط : ٢/١٥ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ١٦٣/٤ - ١٦٤ ، بداية المجتهد : ٢٠٣/٢ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي ٦٧٦/٦ ، المهذب : ٣٠٩/٢ ، مغني المحتاج : ٥٣٦/٤ ، قواعد الأحكام في مصالح الأئام : العز بن عبد السلام ١٥١/٢ ، المغني : ١٥١/١٠ - ١٥١/١٠ ، القواعد لابن رجب : ٤١٤ .
- (٦) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨/٧ ، المبسوط : ٨/١٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٦٣/٦ .

الحالة الأولى : تلزم القسمة بنوعيتها سواء أكانت قسمة إجبار أم قسمة تراض بعد تمامها حتى لا يجوز فسخها والرجوع عنها إذا تمت .

الحالة الثانية : تلزم القسمة أيضا قبل تمامها إذا كانت قسمة تقاض بخلاف قسمة التراضي التي لا تلزم إلا بعد خروج السهام كلها قياساً على عقد البيع ؛ لأن كل عاقد بسبيل من الرجوع عن عقده قبل تمامه فكذلك القسمة إذ يجوز فسخها والرجوع عنها قبل التمام .
وعليه : فإن الدار المشتركة بين قوم ، إن قسمها القاضي أو الشركاء بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة لزمّت القسمة بناء على الحالة الأولى ، بمعنى أنه لا يجوز فسخها والرجوع عنها حتى لو خرج الكل إلا سهماً واحداً ؛ لأن ذلك في حكم خروج السهام كلها ؛ لكون ذلك السهم متعيناً بمن بقي من الشركاء .

أما إذا خرج بعض السهام دون بعض ، فلا فسخ ولا رجوع عنها إن قسمها القاضي بناء على الحالة الثانية ؛ لعدم الفائدة في الفسخ والرجوع ؛ لإجبار القاضي من فسخها أو رجوع عنها بالالتزام بها ، بخلاف ما لو كانت قسمة تراض بين الشركاء إذ يجوز عندئذ فسخها والرجوع عنها ؛ لعدم تمام خروج السهام^(١) .

*** - الشافعية^(٢) :

ذهب الشافعية في لزوم القسمة إلى ما يقارب مذهب الحنفية من حيث إنها تلزم في قسمة الإجبار دون تراض ؛ لأنه لما لم يعد التراضي عليها في الابتداء لم يعد بعده بخلاف قسمة التراضي التي تسمى قسمة رد عندهم ، فإن المنصوص عليه في المذهب عدم لزومها إلا بالرضا بعد تمامها ؛ لأنه عدُّ في الابتداء فوجب عدُّه في الانتهاء ، وقيل لا يعتبر الرضا بعد القسمة ؛ لأن القاسم مجتهد في تعديل السهام والإقراع ، فهو كالحاكم في طلب الحق ، فوجب أن تلزم قسمته للرضا بها ابتداءً فكذلك الانتهاء .

*** - الحنابلة^(٣) :

وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية من لزوم القسمة أو عدمها في كل من قسمة الإجبار والتراضي إلا أن الأراجح عندهم أنها تلزم في التراضي منها بعد تمامها بخروج القرعة ؛ لأن القاسم كالحاكم من حيث إنه مجتهد في تعديل السهام والإقراع فهو كاجتهد الحاكم في طلب الحق ، وهو ما قاله الشافعية أيضاً في وجه ثان لديهم شريطة أن يكون على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة ، وإلا لم تلزم قسمته إلا بتراضيها بها .

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨/٧ . (٢) - انظر ، المهذب : ٣٠٩/٢ ، مغني المحتاج : ٥٣٦/٤ ، قواعد الأحكام في

مصالح الأنام : ١٥١/٢ . (٣) - انظر ، المغني : ١٥٠/١٠ - ١٥١ ، كشاف القناع : ٣٧٩/٦ .

بعد أن تبين أن القسمة عقد لازم بطبيعته للطرفين المتعاقدين في الجملة عند عامة الفقهاء ،
يطراً التساؤل الآتي : ما مدى قابلية هذا العقد للفسخ ؟

إن القسمة تقبل الفسخ — كما أشرت — بالإقالة والخيار ونحوهما شأنها شأن العقود اللازمة
القابلة له إلا أن للفقهاء تفصيلاً في قابليتها للفسخ بالخيار تبعاً لشكلها ونوع الخيار وفيما يأتي
تفصيل ذلك في المذاهب الفقهية :

١- ذهب الحنفية^(١) إلى أن عقد القسمة يقبل الفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط فيما إذا
كانت القسمة قسمة أجناس مختلفة ، حيث لا يجبر الأبى بها ؛ لأنها بمثابة مبادلة من كل وجه
فأشبهت البيع الذي يقبل الفسخ بهذه الخيارات بخلاف قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات
والموزونات حيث يجبر الأبى على الالتزام بها ، إذ تقبل الفسخ بخيار العيب ؛ لثبوته فيها دعواً
للضرر ، ومنعاً للظلم دون غيره من خيار الرؤية والشرط إذ لا فائدة في إثباتهما ؛ لعدم
الضرر ؛ ولأن معنى الإفراز غالب فيها .

أما إذا كانت القسمة قسمة قيميات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم ونحوهما ؛ فإنها
تقبل الخيارات الثلاثة في الصحيح عندهم ؛ لأن الغالب فيها معنى المبادلة .

٢- وقال المالكية^(٢) بقابلية القسمة للفسخ بخيار الرؤية والشرط والعيب في قسمة المراضاة
في الراجح لديهم قياساً على البيع . وقيل عن ابن ماجشون^(٣) إنه قال : وجود العيب يفسخ
القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي .

٣- وذهب الشافعية^(٤) إلى القول أيضاً بقابلية الفسخ بخيار العيب والرؤية في قسمتي الرد
والتعديل كونهما بيعاً ، فتقاسان عليه ، ولا تقبل القسمة الفسخ بخيار الشرط ؛ لعدم ثبوته فيها ،
وهذا ما أشار إليه الخطيب الشربيني بقوله : ((حيث قلنا : القسمة ببيع ثبت فيها أحكامه من
الخيارين))^(٥) ، وقال الغزالي^(٦) : ((إن القسمة لا يثبت فيها خيار الشرط على الأصح ؛ لأنه
لا مدخل للفظ فيه))^(٧) .

٤- وأما الحنابلة^(٨) فقالوا أيضاً : يقبل القسمة للخيار قياساً على عقد البيع ، وقد أوضحت

(١) - نظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٦٥/٥ ، البحر الرائق : ١٦٨/٨ ، حاشية ابن عابدين : ٢٥٥/٦ .

(٢) - نظر ، المدونة : ٢٨٩/٤ - ٢٩٤ ، بداية المجتهد : ٢٠٣/٢ - ٢٠٤ .

(٣) - ابن ماجشون (ت ٢١٣) هو عبد الملك بن الإمام عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن ماجشون التيمي ، أبو مروان فقهياً فصيحاً
من فقهاء المالكية ، دارت عليه الفتيا في زمانه . (سير أعلام النبلاء : ٣٥٩/١٠ ، الديباج المذهب : ١٥٣/١) .

(٤) - نظر ، معنى المحتاج : ٥٣٦/٤ ، الوسيط : الغزالي ١٠٢/٣ (٥) - معنى المحتاج : ٥٣٦/٤ .

(٦) - الغزالي : (٤٥٠-٥٠٥) هو محمد بن محمد الطوسي الغزالي ، أبو حامد حجة الإسلام ، حكيم متكلم فقيه أصولي صوفي شافعي ، من
تصانيفه : الوسيط ، الوجيز ، والمستصلى وغيرها . (طبقات الشافعية ٢/٣٩٣-٢٩٤) .

(٧) - الوسيط : الغزالي ١٠٢/٣ .

(٨) - نظر ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٥٥٠/٦ ، القواعد لابن رجب : ٤١٣ ، المبدع : ١٤١/١٠ .

فيما سبق قابلية فسخ العقد اللازم بالخيار .

وخلاصة القول : إن الفقهاء قد اتفقوا على قابلية القسمة للفسخ بخيار العيب واختلفوا في قابليتها للفسخ بخيار الرؤية والشرط في بعض أنواعها بناء على اختلافهم في اعتبارها إفراز حق لكل من المتقاسمين أم إنها بمعنى البيع ، فمن اعتبرها إفراز حق قال لا يثبت فيها هذان الخياران ، ومن اعتبرها بيعاً أثبت جميع الخيارات فيها قياساً على البيع .

هذا وتتفسخ القسمة بأسباب الانفساخ التي ذكرناها فيما سبق شأنها شأن العقود اللازمة في قابليتها له إلا أنها تتفسخ أيضاً بظهور دين أو وارث جديد ، وفيما يأتي تفصيل هاتين الحالتين كالآتي :

الحالة الأولى : قابلية القسمة للانفساخ بظهور دين على الميت :

اختلف جمهور الفقهاء^(١) في انفساخ عقد القسمة حال ظهور دين على الميت إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : وأصحابه الحنفية^(١) الذين قالوا : بوجوب فسخ عقد القسمة حال ظهور دين على الميت يحيط بالتركة المقسومة إلا إذا قام الورثة بسداد الدين أو أبرأ الغرماء الدائنون ذمم الورثة ، أو بقي من التركة ما يفي بالدين أو كان للميت مال سوى المقسوم ، واستدلوا على وجوب الانفساخ بأن الدين مقدم على الإرث قليلاً كان أو كثيراً ؛ لقوله تعالى : ((مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ))^(٢) فالدين إذا كان محيطاً بالتركة ، تبين أنه لا ملك للورثة فيها - أي في القسمة - إلا من حيث الصورة ، بل هي ملك للميت يتعلق بها حق الغرماء ، وقيام ملك الغير في المحل ، يمنع صحة القسمة ، فقيام الملك والحق أولى .

وإذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة فملك الميت وحق الغرماء - وهو حق الاستيفاء - ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع ، فيمنع جواز القسمة بجعلها قابلة للانفساخ رعاية لحقوق الدائنين ، وهو مذهب المالكية^(٣) أيضاً .

المذهب الثاني : وأصحابه الشافعية^(٤) الذين ميزوا قابلية القسمة للانفساخ من عدمه تبعاً لطبيعة القسمة فيما إذا كانت تميز حقين أو بيعاً ، فقالوا : لا تتفسخ فيما إذا كانت طبيعتها

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠/٧ ، المبسوط : ١٥ / ٥٩-٦٠ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٦٦/١-٢٦٧ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٦٥/٣ .

(٢) - سورة النساء : الآية ١٢ .

(٣) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٥١٤/٣-٥١٥ .

(٤) - انظر ، المهذب : ٣٢٧/١ - ٣١٠/٢ .

تميز حقيقتين ، أما إن كانت بيعاً ففي انفساخها وجهان : **الأول** : تنفسخ ؛ لتعلق حق الغير بالمال ، **والثاني** : لا تنفسخ إذا قضى الوارث الدين .

المذهب الثالث : وأصحابه الحنابلة^(١) الذين يرون أنه لا تنفسخ القسمة بظهور دين على الميت ؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ؛ لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة ، لكن إن أبوا فسخت القسمة وبيعت التركة في الدين .

وعليه : فإن رأي الحنفية أولى بالاعتبار والأخذ به ؛ لدلالة الآية الكريمة على ذلك بوجوب قضاء الدين ، ولا يمكن قضاؤه إلا من التركة حال تعذر قضائه بغيرها ، وهذا يوجب فسح القسمة ؛ لأن حقوق الدائنين أولى وأقوى من حق الورثة فيجب الالتزام بها .

قابلية القسمة للانفساخ بظهور وارث أو موصى له جديدين :

اتفق الفقهاء^(٢) على أنه تنفسخ قسمة التراضي بظهور وارث أو موصى له جديدين ؛ لأن كلا منهما شريك الورثة ، وله حق مثلهم ، بخلاف قسمة التقاضي التي لا تنفسخ بظهورهما أو ظهور أحدهما ؛ لأنها محل اجتهاد ، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا يُنقض .

رابعاً - الصلح^(٣) :

اتفق الفقهاء^(٤) على أن الصلح عقد لازم يقبل الفسخ قبلاً متفاوتاً ، نظراً لسريان شروطه إلى قرب العقود إليه شبيهاً نتيجة تعدد واختلاف محل الصلح ، فإن كان عن مال بمال ، عدّ عندئذ في حكم البيع ، وإن كان عن مال بمنفعة عدّ في حكم الإجارة ، وإن كان عن بعض العين المدعاة كان الباقي في حكم الهبة ، وإن كان عن نقد بنقد فهو في حكم الصرف ، وإن كان عن مال معين بموصوف في الذمة فهو في حكم السلم وهكذا ، وهو ما أشار إليه الزيلعي بقوله : « وهذا ؛ لأن الأصل في الصلح أن يُحمل على أشبه العقود به ، فتجري عليه

(١) - انظر ، المعنى : ١٥١/١٠ ، المحرر في الفقه : ابن تيمية الحراني ٢١٨/٢ ، المبدع : ١٤١/١٠ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٠/٧ ، البحر الرائق : ٤٦٢/٨ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٦٧/٦ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١٦٧-١٦٥/٣ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٥١٤/٣-٥١٥ ، المذهب : ٣٢٧/١ ، المعنى : ١٥١/١٠ .

(٣) - ويراد بالصلح هنا الصلح في المعاملات بين الناس ، لا الصلح بين المسلمين والكفار ولا الصلح بين الإمام والبيعة ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق ، لذا يعرف الصلح بأنه عقد يرفع النزاع (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢٩/٥) ، وبعبارة أخرى عند الحنابلة : إنه معاهدة توصل بها إلى الموافقة بين المتخاصمين . (كشاف القناع : ٣٩٠/٣ ، وانظر ، الإصناف : ٢٣٤/٥ ، المعنى : ٣٠٨/٤) .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٥٤/٦ ، تبيين الحقائق : ٣١٥/٥ بداية المبتدي : ١٧٥/١ ، الهداية شرح البداية ١٧٢/٣ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٤٠٧-٤٠٥/٣ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي ٣١٧/٣ ، بداية المجتهد : ٢٢١/٢ ، الأم : الشافعي ٢٢٢/٣ ، مغني المحتاج : ٦٠/٢ ، التبسيه : ١٠٣/١ ، الفواكه الدواني : ٢٣١/٢ ، كشاف القناع : ٣٩٧/٣ ، الإصناف : ١٦٩/١ وما بعدها .

المدخل للفقه العام : مصطفى الزرقا ١٦٩/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٢٩٨/٤ .

أحكامه ؛ لأن العبرة للمعاني دون الصور ((^(١)).

وعليه : فإن الصلح عن دعوى المال يقبل الفسخ بالإقالة وبالخيار ونحوهما ؛ لقبول هذه العقود الفسخ بهذه الأسباب وغيرها اتساعاً وتضييقاً على ما أوضحت في حينه ؛ ولأن فيه معنى معاوضة المال بالمال ، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه . قال الشيرازي : ((ويثبت فيه - أي في الصلح - ما يثبت في البيع من خيار المجلس وخيار الشرط والرد بالعيب ، ولا يجوز الصلح على ما لا يجوز عليه البيع من المجهول وغيره))^(٢) . وقال الدردير : ((الصلح كالبيع يعتريه العيب والاستحقاق والأخذ بالشفعة))^(٣) .

أما الصلح عن القصاص في دم العمد ونحوه لا يقبل الفسخ ؛ لأنه إسقاط محض لحق ولي الدم في استيفاء القصاص من القاتل ؛ كونه عفواً والعفو إسقاط فلا يحتمله .

.....
(١) - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٣١/٥ .

(٢) - التتبيه : الشيرازي ١٠٣/١ .

(٣) - الشرح الكبير : الدردير ٣١٧/٣ .

المطلب الثاني

متى يكتسب العقد اللزوم صفة اللزوم؟

اختلف الفقهاء في وقت لزومية العقد الصحيح إلى مذهبين :

المذهب الأول: وأصحابه الحنفية والمالكية^(١) الذين يرون أن العقد يكتسب صفة اللزوم

بتمام الإيجاب والقبول واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بقوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))^(٢) .

وجه دلالة الآية : هو أن الله تبارك وتعالى أمر بالوفاء بالعقود بمجرد انعقادها ، والأمر يحتمل الوجوب ، وترك اللزوم إلى انتهاء المجلس يناقض ذلك الوجوب الذي يتحقق بمجرد توافق الإيجاب والقبول .

٢- إن العقد يتم بمجرد التراضي بين المتعاقدين بدليل قوله تعالى : ((إِنْ أَنْتُمْ تَكُونُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ))^(٣) ، والتراضي حاصل بمجرد توافق الإيجاب والقبول ، فيتحقق بهما الالتزام دون الانتظار إلى آخر المجلس .

٣- القياس على عقد النكاح ، إذ عقود المعاوضات المالية لازمة مثله ، وبما أن النكاح يكتسب صفة اللزوم بمجرد انعقاده ، فكذلك عقد المعاوضة .

المذهب الثاني: وأصحابه : الشافعية والحنابلة^(٤) الذين لا يكسبون العقد صفة اللزوم إلا عند انقضاء المجلس ، ويعدون العقد عند توافق الإيجاب والقبول عقداً جائزاً ، يملك كل من المتعاقدين فسخه أو إمضاه ما دام في المجلس ، فإن انقضى أو اختار أحدهما اللزوم ، اكتسب عندئذ العقد تلك الصفة واستدلوا على ذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْقَرًا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْتُ))^(٥) .

وجه دلالة : الحديث صريح في الدلالة على لزومية العقد بعد انقضاء المجلس أو اختيار

(١) - انظر، بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ ، البحر الرائق : ٢٨٥-٢٨٤/٥ ، المسبوط : ١٥٦/١٣-١٥٧ ، درر الحكام في شرح

مجلة الأحكام ١٤٤/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ١٢٨/٢ - ١٢٩ ، حاشية الدسوقي وعليه الشرح الكبير : ٩٢-٩١/٣ .

(٢) - سورة المائدة : الآية ١ .

(٣) - سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٤) - انظر ، معاني المحتاج : ٦٢/٢ - ٦٣ ، المجموع شرح المذهب : ٢٠٦/٩ وما بعدها ، المعنى : ٦-٥/٤ ، كشاف القناع :

١٩٩/٣-٢٠٠ .

(٥) - أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع / ٢٠٠٣ ، واللفظ له ، وأخرجه مسلم :

كتاب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين / ١٥٣١ / باللفظ الآتي : ((الْبَيْعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَنْقَرًا إِنْ بَنِيَ الْخِيَارِ)) .

أحدهما الإمضاء وهذا ما أشار إليه الصنعاني بقوله : ((الحديث دليل على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين وإنه يمتد إلى أن يحصل التفرق بالأبدان))^(١) .

المناقشة والترحيح :

رد الحنفية والمالكية على استدلال الشافعية والحنابلة بأن الحديث الثابت لديكم مناف لعموم الآيات التي استدللنا بها ، فضلا عن أنه من أخبار الأحاد ومع ذلك فإنه هذا الحديث يراد به مرحلة ما قبل تمام العقد ؛ لأن المقصود من قوله صلى الله عليه وسلم : ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)) المتساومان عند التعاقد ، فإن شاء عقدا العقد وإن شاء لم يعقدها ، وأما التفرق فالمراد به التفريق بالأقوال لا بالأبدان ، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، ولآخر الخيار إن شاء القبول في المجلس وإن شاء رد^(٢) .

قال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي في مناقشة ذلك : ((ولكن يلاحظ أن هذا التأويل لا معنى له ؛ لأن كل عاقد قبل إبرام العقد حر في القبول أو عدمه ، ويجعل (أي هذا التأويل) الحديث عديم الفائدة ، فلا حاجة للمشرع لإثبات مبدأ حرية الإنسان فيما يلتزم ، فهو أصل عام ، والأصل في كل إنسان عدم الالتزام . فإذا لم يقبل الذي وجّه له الإيجاب لا يسمى ذلك تفرقا وإنما اختلافاً ، وحديث خيار المجلس لا يعارض آية الأمر بالوفاء بالعقود ؛ لأن المراد بالعقود هي الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها ، ولا يعارض أيضا آية (تجارة عن تراض) ؛ لأن هذا الخيار مشروع للتأكد من تمام التراضي))^(٣) .

وأما الشافعية والحنابلة فقد ردوا أيضا على استدلال الحنفية والمالكية بما يأتي :

* - الاستدلال بعموم الآية مخصص بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ، والأخذ بالخاص مقدم على العام في بناء الأحكام الشرعية كما هو معروف عند علماء الأصول^(٤) .

** - أما الاستدلال بالقياس فلا يصح قياس عقد المعاوضة المالية على عقد النكاح ؛ لأن النكاح لا يقع غالبا إلا بعد روية ونظر وتمكث ، فلا يحتاج إلى الخيار بعده ؛ لأن في ثبوت الخيار مضرة ، لما يلزم من رد للمرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها وإحاقها بالسلع المبيعة ولهذا لا يقبل خيار الشرط ولا خيار الرؤية ، والحكم في المسألة ظاهر ؛ لظهور دليله ووهاء ما ذكره من مخالفته للحديث .

(١) - سبل السلام شرح بلوغ المرام : الصنعاني ٦١/٣ .

(٢) - انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٥١/٤ .

(٣) - المرجع السابق : ٢٥١/٤ .

(٤) - انظر ، إرشاد الفحول : الشوكاني ١/ ٨٠ - ٢٧٧/١ - ٤٦٣/١ ، الإحكام في أصول الأحكام : الأمدي ٢٦٤/٤ ،

المحصول : الرازي ٣/ ١٧٢ ، قواطع الأدلة في الأصول : السمعاني ٢٣٣/١ .

الترجيح :

إني أرجح رأي الشافعية والحنابلة في منح المتعاقدين مهلة المجلس للزوم العقد بينهما أو أن يختاره أحدهما ؛ لقوة حديث ابن عمر الذي استدلوا به سندا ودلالة على الموضوع ، فقد قال ابن رشد : « هذا الحديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الأحاد»^(١) . فضلا على ما فيه من توسعة على المتعاقدين من حيث إنه قد يبدو لهما أو لأحدهما التراجع عن العقد في حينه ، ولا ضير في ذلك بل المصلحة تستدعيه أحيانا لدفع ضرر ما داما في المجلس .

وما يوجه لهذا الرأي من أنه يزعم قوة العقد الملزمة ، قول فيه نظر من خلال أنه يحصر مهلة الخيار في الإمضاء فيكسب العقد الزوم أو في الفسخ فينتقض بالمجلس ، وهذا شيء يستطيع الناس معرفته بعاداتهم ، فما عده أهل الخبرة في مجالسهم تفرقا فهو تفرق ملزم للعقد وما لا فلا . وقياسا على خيار الشرط وخيار العيب الذي أجازهما الشارع الحكيم .

ثم إن انطلاق العقد من قاعدة صلبة أولى ، باعتبار ما يولده ذلك من استقرار للتعاملات ، ومنعاً للمنازعات فيما بعد التعاقد من خلال تلك الرغبة الجامحة في إبرامه ، والكثير من تعاملات الناس وعقودهم عندما تكون أرضيتها وقاعدتها ليست مستقرة سرعان ما تحدث منازعات وخصومات ، حاولت الشريعة في أحكامها وتشريعاتها سد منافذها وإغلاق بابها ، وخيار المجلس واحد منها ؛ لتأكيد استقرار تلك العقود ، فكان أولى بالقبول والعمل به.

(١) -بداية المجتهد : ١٢٨/٢

المبحث الثاني

العقود غير اللازمة والتي تقبل الفسخ بطبيعتها

سبق وأشرت إلى أنه يراك بها العقود التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ عملاً بطبيعتها ، دون توقف على رضا الطرف الآخر ما لم يُعلق ببقائها حق للغير ، كالوديعة والعارية والوكالة والشركة والhibة والتحكيم ، فهي عقود تقبل الفسخ بطبيعتها ؛ لأن عدم لزوم ، أصل فيها ، لذا يستطيع كل واحد من عاقدتها أن يفسخها منفرداً دون رضا العاقد الآخر^(١) ، وقد سبق الحديث بالتفصيل عن قابليتها للفسخ عند الحديث عن أسباب الفسخ . وتجدر الإشارة إلى أن تعرض هذه العقود إلى أسباب فسخ العقود اللازمة من الخيار ونحوه ما هو إلا تحصيل حاصل ؛ لامتلاك أطرافها حق الفسخ نتيجة عدم لزومها أصلاً .

.....
(١) - انظر ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : العز بن عبد السلام ١٤٩ ، الأشباه والنظائر : السيوطي ٤٨٩ ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٣٨٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٣١٩٠ ، ضوابط العقد : د. عدنان خالد التركماني ٣٢٨ .

العقود اللازمة لأحد الطرفين في قابليتها للفسخ

إن بين العقود اللازمة للطرفين والعقود غير اللازمة لهما عقوداً أخرى تُلزم طرفاً دون آخر تتمثل في عقدي الرهن والكفالة ، فهما عقدان لازمان بالنسبة للراهن والكفيل غير لازمين للمرتهن والمكفول له على تفصيل نوضحه في المطلبين الآتيين من خلال بيان درجة قابليتهما للفسخ .

المطلب الأول : قابلية عقد الرهن للفسخ :

إن عقد الرهن من عقود التبرعات التي لا تعتبر تامة الالتزام في الجملة إلا إذا حصل قبض فيها ، عملاً بالقاعدة التي تقول : ((لا يتم التبرع إلا بالقبض))^(١) ، ولكنه يختلف عنها في لزومه لبعض أطرافه وعدم لزومه لبعضهم الآخر ، وهذا يُرتب عليه تفاوت في قابلية فسخه من قبل عاقديه ، فهو يقبل الفسخ بطبيعته في حق المرتهن ؛ لأن العقد وثيقة بالدين شرعت للحفاظ على مصلحته من خلال حبسه للعين المرهونة حتى يستوفي حقه ، فله وحده أن يتجاوز عن هذا الحق متى شاء دون توقف على رضا الراهن ؛ لأن تشريع العقد حق له ، وذلك باتفاق الفقهاء^(٢) . قال الخطيب الشربيني : ((أما المرتهن لنفسه فلا يلزم في حقه بحال ، وقد يتصور فسخه للرهن بعد قبضه))^(٣) .

أما في جانب الراهن فقد اتفق الفقهاء أيضاً على أنه يقبل الفسخ ، ولكنه بسبب خارج عن ماهيته كإقالة أو اشتراط خيار أو شرط فيه شأنه شأن العقد للآخرين .

ولكنهم اختلفوا في وقت قبوله لهذا الفسخ بناءً على وقت لزومه إلى فريقين :

الفريق الأول : وأصحابه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد لديهم^(٤) :

الذين يرون أنه لا يلزم عقد الرهن في جميع أحواله إلا بالقبض ، أما قبل القبض فيقبل الفسخ

(١) - قواعد الفقه : البركني ١٨٠/١ .

(٢) - انظر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١٢٤/٢ ، بداية المجتهد : ٢٠٦/٢ ، مغني المحتاج : ١٧٥/٢ ، كشاف القناع : ٣٣٠/٣ - ٣٣١ .
الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٤٢/٤ . الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ٣٨٢ ، ضوابط العقد : التركماني ٣٥٤ .

(٣) - مغني المحتاج : ١٧٥/٢ .

(٤) - انظر ، تبيين الحقائق : ٦٣/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤٧٨/٦ - ٤٧٩ ، مغني المحتاج : ١٧٥/٢ ، لسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٥٥/٢ ، المغنسي : ٢١٦/٤ ، كشاف القناع : ٣٣٠/٣ وما بعدها ، أحكام القرآن : الجصاص ٧١٤/١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٤٢/٤ .

بطبيعته ؛ لعدم لزومه ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بقوله تعالى : ((وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ))^(١) .

وجه دلالة الآية : هو أن الله تعالى قد عطف هذه الآية على ما تقدم من قوله : ((وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)) فلما كان استيفاء العدد المذكور والصفة المشروطة للشهود واجبا ، وجب أن يكون كذلك حكم الرهن فيما شرط له من الصفة ، فلا يصح إلا عليها^(٢) . ثم إن قوله تعالى ((فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)) تعني فَرِهَن رِهَان مَقْبُوضَةٌ ؛ لأن المصدر المقترن بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الأمر ، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطا فيه إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة .

٢- ولأنه عقد تبرع ، إذ إن الراهن لا يستوجب بمقابله على المرتهن شيئا ، لهذا فلا يجبر عليه ، فوجب لنفاذه وإمضائه القبض ، قياسا على الهبة التي لا يترتب عليها أي أثر إلا مع القبض ، فكذاك الرهن بجامع علة التبرع فيهما .

الفريق الثاني : وأصحابه المالكية^(٣) الذين يرون أن الرهن يلزم بمجرد القبول والإيجاب ويتم بالقبض ، واستدلوا على ذلك بالقياس على العقد اللازم الذي يلزم بدوره بمجرد توافق الإيجاب والقبول بجامع العلة المشتركة والمتمثلة في أنهما عقدان يتفقان في الإيجاب والقبول وقد قال الله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))^(٤) والرهن عقد ، والأمر للوجوب ، فكان الوفاء واجبا من طريق لزومه بالنسبة للراهن ؛ لأنه هو الملتزم .

تحرير محل النزاع :

إن اختلاف جمهور الفقهاء والمالكية في وقت لزومية عقد الرهن يعود إلى سبب اختلافهم في اعتبار القبض شرط صحة أم شرط تمام ، فمن قال شرط صحة قال : يلزم بمجرد القبض ومن قال شرط تمام ، قال يلزم بمجرد الإيجاب والقبول ، فيكون القبض شرطا لتمام لزوم العقد لا لصحة لزومه .

ولكن الجمهور ناقشوا المالكية في أن القبض شرط صحة للزوم العقد بناء على أنه عقد

(١)سورة البقرة : الآية ٢٨٣

(٢)أحكام القرآن : الجصاص ٧١٤/١

(٣)ناظر ، بداية المجتهد : ٢/٢٠٦ ، أحكام القرآن : ابن العربي ١/٣٤٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٤/٢٤٢ .

(٤)سورة المائدة : الآية ١

إرفاق يفتقر إلى القبول ، فافتقر إلى القبض قياساً على عقود الإرفاق ثم إن النص القرآني صريح الدلالة على وجوب القبض .

ورد المالكية على أن النص القرآني يدل على أن القبض لتمام لزوم العقد لا لصحة لزمه فلا يتم الرهن وينتج آثاره إلا بالقبض ، ويلزم بمجرد انعقاده ، فيلزم الراهن تسليم العين المرهونة بموجب العقد بدليل قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) والرهن عقد فوجب بمجرد انعقاده كالبيع .

الترجيح :

ولكنني أرجح رأي الجمهور في اعتبار القبض شرط صحة للزوم العقد ؛ لدلالة النص القرآني عليه ؛ لأنه عقد أقرب إلى عقود التبرعات منه إلى عقود المعاوضات ، بالتالي فلا يقاس على الأخير منها . وعليه : فإنني أميز حالتين في قبول الرهن للفسخ :

الحالة الأولى قبل القبض : فإن الرهن يقبل الفسخ بطبيعته في هذه الحالة في حق المتعاقدين لعدم لزمه في أحدهما .

الحالة الثانية بعد القبض : فإن الرهن يقبل الفسخ أيضاً بطبيعته في حق المرتهن ؛ لعدم لزمه في جانبه وبسبب خارجي في حق الراهن للزومه من طرفه شأنه شأن العقد اللازم للطرفين .

المطلب الثاني : قابلية عقد الكفالة للفسخ :

اتفق الفقهاء^(١) على أن عقد الكفالة يحمل معنى التبرع ؛ لأن الرابطة التعاقدية ما بين الكفيل والمكفول له خالية من أي معاوضة ، قال الرملي : ((الضمان^(٢) محض التزام لا معاوضة فيه))^(٣) ، فالكفيل تبرع بالالتزام بالكفالة رافعاً للضييق والمشقة عن المكفول عنه – المدين – وتسهيلاً للمعاملة له ، وهو أمر يحض عليه الإسلام ، ويدعو إليه لما فيه من التعاون والتيسير المندوب فعله بين الناس .

ولكن يثار هنا التساؤل الآتي :

ما درجة التزام الكفيل والمكفول له بالكفالة ؟ وبعبارة أخرى : ما مدى قبول الكفالة للفسخ؟ يمكن القول : إن عقد الكفالة عقد لازم في حق الكفيل غير لازم في جانب المكفول له شأنه

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٥/٦ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ١٢٣/٢ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣/

٤٣١ ، نهاية المحتاج : ٤٣٤/٤ ، حاشية الجمل : ٣٧٨/٣ ، كشاف القناع : ٣٦٥/٣ - ٣٦٦ .

(٢) - الضمان هنا بمعنى الكفالة .

(٣) - نهاية المحتاج : ٤٣٤/٤

شأن الرهن ؛ لأنه بمثابة وثيقة قد تبرع الكفيل بها ، فوجب الالتزام بها التزاماً يقوم على الوفاء بما التزم به^(١) ، وبالتالي فإن عقد الكفالة في حقه لا يقبل الفسخ إلا بما يقبله العقد اللازم من إقالة ونحوها ، إذ لا يستطيع الكفيل أن يستقل بالفسخ دون رضا المكفول له ؛ لأن سلامة حقه تعلقت بتعهد الكفيل وتبرعه ، ففي فسخ العقد دون رضاه إضرار به ، والضرر مدفوع في الشريعة ، فكان الفسخ ممتنعاً في حقه دون علم صاحبه ورضاه .

بخلاف الخيار ، الذي اختلف الفقهاء في قبول الكفالة للفسخ به في حق الكفيل إلى رأيين بناء على اختلافهم في دخوله على الكفالة :

الرأي الأول : وأصحابه الحنفية^(٢) الذين يرون أن الكفالة تقبل الفسخ بالخيار لقبولها له ، فقد قال الحصكفي : « وصح شرطه أيضاً في لازم يحتمل الفسخ كمزارعة ومعاملة وإجارة وقسمة وصلح عن مال ونحوها ككفالة وحوالة »^(٣) ، وقال الزيلعي : « الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط »^(٤) . وعللوا ذلك بأن الكفالة تلائم اشتراط الخيار ؛ لأنها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع ، فإذا جاز اشتراطه في البيع ففي الكفالة أولى .

الرأي الثاني : وأصحابه المالكية والشافعية والحنابلة^(٥) الذي يرون أن الكفالة لا تقبل الفسخ بالخيار ؛ لعدم دخوله عليها ، فقد قال ابن قدامة : « ولا يدخل الضمان والكفالة خيار »^(٦) ، وقال النووي : « لو شرط الضامن أو الكفيل الخيار لنفسه لم يصح الضمان ، فلو شرط للمضمون له لم يضر »^(٧) ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- لأن الخيار شرع لاستدراك المتعاقد ما قد يفوته من ظلامه ، فيستطيع به دفع ضرر قد يمسّه فيحجم عن الاستمرار بالتعاقد وهذا واقع ملموس في عقود المعاوضات المالية ، بينما في

(١) - انظر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٧٨٧/١ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٢٦/١ - ٦٣٩/١ ، أحكام المعاملات الشرعية : علي الخفيف ٤٧٦ .

(٢) - انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٣ / ٥ ، الدر المختار وعليه الرد المختار : ٥٦٩/٤ وما بعدها .

(٣) - الدر المختار وعليه الرد المختار : ٥٦٩/٤ وما بعدها .

(٤) - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٣ / ٥ .

(٥) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٣٣٠/٣ وما بعدها ، المهذب : ٣٤١/١ ، حاشية البجيرمي : ٣٥/٣ ، نهاية المحتاج : ٤٣٧/٤ ، المغني : ٣٥٦/٤ مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٣ / ٣٠٠ ، كشاف القناع عن متن الإقناع : ٣٦٦/٣ ، الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده ٢٤٦/١ .

(٦) - المغني : ٣٥٦/٤ ، وتجدر الإشارة إلى أن ابن قدامة ذكر أن أبا حنيفة قال بهذا الذي قال به ولكن المراد في كتب الحنفية نقيض ذلك ، كما رأينا الآن ، ولعل المقصود ما كان بجانب المكفول له وهذا غير مسلم به ؛ لأن الكفالة في حقه غير لازمة بطبيعتها ، فلا يحتاج إلى اشتراط خيار

(٧) - روضة الطالبين : النووي ٢٦٠/٤ .

عقد الكفالة ، فإن الكفيل على بصيرة من أمره ولا حظ له ؛ لأنه متبرع من نفسه،ولهذا يقال : إن الكفالة أولها ندامة وأوسطها ملامة وأخرها غرامة .

٢- ولأن عقد الكفالة أيضاً لا يفتقر في وجوده إلى قبول ، وهو ما ينافي شرط الخيار الذي يبنى على توافق وقبول المتعاقدين ، فكيف نلحق ما يحتاج إلى قبول بما لا يحتاج إليه . ولكنني أرجح رأي الحنفية الذين أجازوا اشتراط الخيار في الكفالة ؛ لأن الكفيل متبرع في التزامه فيحتاج إلى تروؤ ونظر لإدراك ما يترتب على هذا الالتزام من قدرة على التنفيذ ونحوه شأنه في ذلك شأن عقود المعاوضات المالية .

أما في جانب المكفول له فإن عقد الكفالة يقبل الفسخ بطبيعته دون توقف على سبب خارجي له لعدم لزومه في حقه ؛ لأن الكفالة لمصلحته خاصة شأنه شأن المرتهن في عقد الرهن ، فيجوز أن يتنازل عن حقه في الضمان بفسخ الكفالة الذي لا يترتب عليه أي ضرر . وتجدر الإشارة إلى أن عقدي الرهن والكفالة يُفسخان أيضاً بفسخ أو انفساخ العقد الأصلي الذي يبنى أي منهما عليه ؛ لأنهما من العقود التبعية^(١) ، فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيره ، فلا ينعقدان ابتداء إذا لم يكن في مقابلهما عقد أو حق آخر ثابت أو متوقع ، فإذا فسخ العقد الأصلي سينفسخ تبعاً له كل ما تعلق به من رهن أو كفالة ونحوهما . فعلى سبيل المثال : إذا كان الكفيل ضامناً لما في ذمة المشتري من ثمن الشراء أو للبائع في تسليم المبيع ، ثم فسخ عقد البيع ، لم يعد المشتري ملتزماً بدفع الثمن ولا البائع ملتزماً بتسليم الثمن ، فنفسخ الكفالة ، وكذلك الأمر في الرهن^(٢) .

(١) - يصنف الفقهاء العقود إلى أصلية وتبعية ويقصد بالأصلية منها ، كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبط بأمر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال ، وذلك كالبيع والإجارة والإيداع ، والإعارة ونحوها... أما التبعية فيراد بها كل عقد يكون تابعاً لحق آخر ومرتبناً به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بأصله ؟، وذلك كالرهن والكفالة (المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٦٤٦) .

(٢) - انظر ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ١/٦٤٦-٦٤٧ ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة : علي أحمد السالوس ١٢٢ ، الكفالة : محمود أحمد مروح ١٢٣ .

المبحث الرابع

تصرفات الإرادة المنقردة في قابليتها للفسخ

بعد أن أوضحت مدى قبول التصرفات العقدية للفسخ ، والتي يوقعها الشخص على نفسه بإرادتين متوافقتين على إنشائها ، والمتمثلة كما أسلفنا بيانه في البيع والصلح والقسمة والوكالة والشركة ونحوها ، كان لزاماً أن نبيّن مدى قبول التصرفات الأخرى للفسخ التي تحدث بإرادة واحدة كالوقف والوصية والجعالة والإبراء والشفعة وغيرها .

وسنقتصر في بيان قبول هذه التصرفات للفسخ على الوصية والجعالة والوقف ؛ كونها تحمل معنى العقد بصورته العامة ، وذلك في المطالب الآتية :

- المطلب الأول : قابلية الوصية للفسخ .
- المطلب الثاني : قابلية الجعالة للفسخ .
- المطلب الثالث : قابلية الوقف للفسخ .

المطلب الأول

قابلية الوصية للفسخ

إن الحديث عن قابلية الوصية للفسخ يفرض علينا أولاً الإجابة عن التساؤل الآتي : هل الوصية عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول أم أنها تتعقد بمجرد إيجاب الموصي ؟ وذلك لبيان موقعها الفقهي بالنسبة للعقود من حيث إنها عقد جائز أتندرج ضمن العقود غير اللازمة أم أنها عقد بالمعنى العام فنُدرجُ ضمن تصرفات الإرادة المنفردة ؟ وهذا يسهل لنا السبيل في بيان درجة قبولها للفسخ في حق الموصي والموصى له .

أولاً - بيان موقعها الفقهي من العقود :

اختلف الفقهاء في موقع الوصية ، هل هي من العقود التي تحتاج إلى إيجاب وقبول فتكون عقداً بالمعنى الخاص له أم أنها تتعقد بإيجاب الموصي دون توقف على قبول الموصى له على ثلاثة مذاهب :

الأول : مذهب جمهور الفقهاء الذي يمثلته أبو حنيفة وصاحبه والمعتد عند المالكية والشافعية في قول والحنابلة في المعتد لديهم^(١) الذين يرون أن الوصية تحتاج إلى القبول لصحة انعقادها ، فقد قال الكاساني : **«** وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه ، قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى : هو الإيجاب والقبول ، الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له فما لم يوجد جميعاً لا يتم الركن **«**(٢) ، وقال ابن رشد : **«** قال مالك : قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية **«**(٣) ، وقال الخطيب الشربيني : **«** أو أوصى لمعين محصور كزيد اشترط القبول كهبة **«**(٤) ، وقال ابن قدامة : **«** ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء **«**(٥) .

واستدلوا على ذلك بما يأتي^(١) :

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣١/٧ - ٣٣٢ ، المبسوط : ٤٧/٢٨ ، تبيين الحقائق : ١٨٤/٦ ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، مواهب الجليل : ٣٦٧/٦ ، حاشية النسوق على الشرح الكبير : ٤٢٤/٤ ، كفاية الطالب : ٢٩٣/٢ ، مفتي المحتاج : ٣/٦٧ ، المهذب : ٤٥٢/١ ، المغني : ٧٠/٦ ، كشاف القناع : ٣٤٤/٤ ، شرح منتهى الإرادات : ٤٥٨/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ١٤/٨ - ١٥ ، الوصية وأحكامها : محمد جعفر شمس الدين ٢٩ وما بعدها .

(٢) - بدائع الصنائع : ٣٣١/٧

(٣) - بداية المجتهد : ٢٥٢/٢

(٤) - مفتي المحتاج : ٦٧/٣

(٥) - المغني : ٧٠/٦

(٦) - انظر ، المراجع السابقة .

١- بقوله تعالى : ((وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى))^(١) فظاهره ألا يكون للإنسان شيء بدون سعيه ، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه ، وهو منفي إلا ما حُصّ بدليل ، ولا دليل هنا .

٢- ولأن القول بثبوت الملك للموصى له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين:

أحدهما : أنه يلحقه ضرر المنة ، ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة ، فكذاك للموصى له .

ثانيهما : أن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن^(٢) والمقعد ونحو ذلك ، فلو لزمهم الملك من غير قبول للحقهم الضرر من غير التزام أو إزام من له ولاية الإزام ، إذ ليس للموصى له ولاية إزام الضرر ، فلا يلزمه .

٣- ولأن الوصية أحد أنواع العطايا فاشتراط فيها القبول قياساً على الهبة .

٤- ولأن الوصية في الحقيقة هي تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول قياساً على سائر العقود ؛ ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ؛ ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الحكم في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل .

٥- ولأن القبول يرفع تدخل الإنسان في ملك غيره ؛ لأننا لو اعتبرنا الإيجاب وحده كافياً لانعقاد الوصية لتوجب إدخال الموصى به في ملك الموصى له من غير رضاه وما ذلك إلا تدخل وسلطنة من الموصى على الموصى له ، وهو ما لا يجوز في شرعنا الحنيف ، فكان لا بد من القبول ؛ لرفع مثل ذلك التدخل وتلك السلطنة .

المذهب الثاني : وأصحابه المالكية في قول والشافعية في الأصح عندهم^(٣) الذين يرون أن القبول في الوصية من قبل الموصى له شرط لتمامها وتنفيذها واستقرار الملك به ، لا شرط لصحتها ، فبمجرد إيجاب الموصى بالوصية وموته بعدها ، ينتقل الملك إلى الموصى له دون توقف على القبول ، ولكنه ملك متزلزل غير مستقر يثبت بالقبول ، وعللوا ذلك بأن الوصية بعد الموت لا تكون في ملك الموصى ؛ لأنه ميت ، والميت لا يملك شيئاً، كما أنها لا تكون

(١)- سورة النجم : الآية ٣٩ .

(٢)- الزمن : الذي أصيب بعاهة مزمنة .

(٣)- انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤/٤٢٤ ، التاج والإكليل : ٦/٣٦٦ ، المذهب : ١/٤٥٢ ، التنبية : ١/١٤٠ . روضة الطالبين : ٦/١٤٣ ، إعاة الطالبين : ٣/٢٠٨ .

في ملك الورثة ؛ لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدَّين والوصية ، كما أنها لا تكون في ملك الموصى له ؛ لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده ، فثبت أنه موقوف ، فإن قيل ، حكمنا بأنه ملك له من حين الموت ، وكان مُلْكُهُ للوصية غير ثابت ، لكنها الصقُّ به من غيره ، وهذا ما أشار إليه الدردير بقوله : ((وقبول الموصى له البالغ الرشيد المعين أي الذي عينه الموصي كفلان شرط في وجوبها وتنفيذها بعد الموت وإذا قبل بعد الموت ، وقد تأخر القبول عن الموت ، فالملك له أي للموصى له بالموت ؛ لأن بقبوله يتبين أنه ملكها من حين الموت))^(١) .

المذهب الثالث : وهو رأي زفر من الحنفية وقول عند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد^(٢) الذين يرون عدم اعتبار القبول مطلقاً لصحة أو تمام الوصية ، بالتالي فلا يعد عندهم القبول لا ركناً ولا شرطاً، بل قالوا : ملك الموصى له للوصية متوقف على إيجاب الموصي وموته بعدها قياساً على الميراث بجامع علة تتمثل في توقف الملك فيهما على الموت ، فملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث ؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله ، وكذا ملك الموصى له . قال السرخسي : ((وإن رد الموصى له الوصية بطلت برده عندنا ، وفي قول الشافعي لا تبطل ، وهو إحدى الروايتين عن زفر ، لأن الملك بالوصية بمنزلة الملك بالإرث على معنى أنه عقب الموت ، ثم الإرث لا يرتد برد الوارث فكذلك الوصية ، وهذا لأن الملك هاهنا يثبت بطريق الخلافة ، وهو أن الموصى له صار خلفاً عن الموصي في ملك الموصى به كالوارث في التركة))^(٣) .

المناقشة والترجيح :

رُدُّ على أصحاب المذهب الأول القائلين بالعقدية في الوصية بأن استدلالكم لا ينهض إلى اعتبار القبول ركن في الوصية لما يأتي^(٤) :

١- إن قوله تعالى : ((وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى)) دليل لا يتناول المقام الذي نحن بصدده ؛ لأن الآية الكريمة واردة في مقام الثواب والعقاب اللذين هما من شؤون الخالق جلَّت قدرته ، ولا ربط لهما بالوصية ، ولا بغيرها مما يعود على المخلوق .

وإذ سلّمنا أن الآية دليل في هذا المقام ، فليس فيها إشارة مخصوصة إلى اعتبار القبول

(١)- الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤٢٤/٤

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣١/٧ - ٣٣٢ ، المبسوط : السرخسي ٢٨ / ٤٧ ، المهذب : ٤٥٢/١ ، التنبيه : ١٤٠/١ ، روضة الطالبين : ١٤٣/٦ . الإنصاف : ٢٠٣/٧ . فقد جاء فيه : ((وقال في القواعد الفقهية : نص الإمام أحمد في مواضع على أنه لا يعتبر للوصية قبول ، فيملكه فُهرأ كالميراث ، وهو وجه للأصحاب ، حكاه غير واحد ، انتهى)) .

(٣)- المبسوط : السرخسي : ٢٨ / ٤٧

(٤)- انظر ، الوصية وأحكامها : محمد جعفر شمس الدين ٣٥ ، التصرف الفرادي : عبد الله الدرعان ١٢٦-١٢٨ .

ركنا لانعقاد الوصية ؛ لأن السعي المشار إليه في الآية لا يلزم أن يكون في الوصية قبول فقط ، بل قد يتحقق بوسائل أخرى مما يدعو الموصي إلى الإقدام على الإيصاء ، كأن يقوم الموصي له بإسداء معروف إلى الموصي حال حياته ، فيرغب الموصي في مكافأته ونحو ذلك^(١) .

ولكن يمكن أن نلمس في الآية أن القبول شرط وليس ركناً بمعنى أن استقرار الملك في الموصي به وتام الوصية متوقف على القبول ، وما هذا إلا سعي من الموصي له دون حاجة إلى عد القبول ركناً يتوقف عليه انعقاد الوصية أو جزءاً ناقلاً للملك ، وهو ما أشار إليه ابن عابدين بقوله : ((القبول شرط لا ركن))^(٢) .

٢- أما القول بثبوت الملك للموصي له بدون قبوله إضرار به يرد عليه من جانبين :
الجانب الأول : إذا كان عدم القبول مستلزماً لإدخال الضرر على الموصي له ، فلما أثبتتم الملك للموصي له فيما إذا كان حملاً من دون توقف على قبول أحد من ولي أو وصي^(٣) ، قال الزبلي : ((وإذا أوصى للجنين ، يدخل في ملكه من غير قبول استحساناً ؛ لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه))^(٤) . لكن قد يوجد له ولي ونحوه يقبل له ، فلما أطلقتم القول بعدم من يقبل عنه.

الجانب الثاني : إن الموصي به لا يتضرر به الموصي له إذ اعتبرنا القبول شرطاً لاستقرار الملك بعد تزلزله ، ولا داعي لأن نوقف انعقاد الوصية على القبول ، فالضرر مندفع حال كون القبول شرطاً ، وهو أولى بالاعتبار من كونه ركناً ، وفي هذا رد على باقي ما استدل به أصحاب هذا التوجه .

ونوقش أصحاب المذهب الثالث الذين يرون أن انعقاد الوصية لا يتوقف على القبول أبداً ، بل يتم الملك بمجرد موت الموصي قياساً على الميراث ، ولا يخفى على كل باحث متبصر بحقيقة الأمور أن في هذا القول استلزماً لتدخل وسلطنة الموصي على الموصي له وإلزاماً له بالوصية ، وهو ليس من أهل الإلزام بخلاف الميراث فإن الله تعالى أهل للإلزام به ، فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بالإلزام الشرع ابتداءً .

يتبين مما تقدم أن القول بالقبول شرط في ثبوت الملك للموصي له واستقراره بعد حصوله متزلزلاً أولى من ثبوت ركنيته على ما استدللنا به وهو ما أخذ به أصحاب المذهب الثاني

(١)- انظر ، أحكام الوصية : عني الخفيف ١٢ نقلاً من كتاب الوصية وأحكامها : محمد جعفر شمس الدين ٣٥ .

(٢)- حاشية ابن عابدين : ٦/٦٥٠ .

(٣)- انظر ، تبين الحقائق : ٦/١٨٤ ، حاشية ابن عابدين : ٦/٦٤٩ ،

(٤)- تبين الحقائق : ٦/١٨٤ .

والراجح عند الحنفية فيما قاله أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي الذي عد القبول شرطاً في الوصية لا ركناً اعتماداً على ما قاله ابن عابدين رحمه الله تعالى .

أما إن كانت الوصية لجهة عامة كأن تكون لصالح مسجد ونحوه أو كان الموصي لهم غير محصورين كالفقراء والمساكين وما شابه ، انتفى اشتراط القبول في مثل هذه الحالات ؛ لأن اعتباره هنا متعذر ، فكانت كالوقف ، وهذا باتفاق الفقهاء^(١) .

وبناء عليه : يمكن القول : بأن الوصية ما هي إلا تصرف ينشأ بإرادة منفردة يتوقف استقرار الملك فيها على القبول إن كان لجهة معينة ، وبالتالي فهي أقرب إلى التصرف بالإرادة المنفردة منه إلى العقد بمعناه الخاص ، وهذا ما جعل بعض فقهاء الحنفية كالكاساني إلى اعتبار عدم الرد قائماً مقام القبول دون القيام به حيث قال : ((وعدم الرد من الموصي له ، وهو أن يقع اليأس عن رده ، وهذا أسهل لتخريج المسائل))^(٢) ، وهو ما دفع أيضاً بعض العلماء المعاصرين^(٣) إلى تصنيفها مع العقود التي تبرم بإرادة واحدة .

ثانياً - قابلية الوصية للفسخ :

اتفق الفقهاء^(٤) على أن الوصية تقبل الفسخ قبولا متفاوتاً في حق الموصي والموصى له ؛ كونها عقداً غير لازم عندهم ، ينشأ بإرادة منفردة على ما بيّناه ، وفيما يأتي تفصيل القول في ذلك :

* - قبول الوصية للفسخ من جهة الموصي :

اتفق الفقهاء^(٥) على أن الوصية تقبل الفسخ بطبيعتها في حق الموصي ؛ لأنها عقد غير لازم في جانبه ، إذ يجوز له فسخها والرجوع عنها رجوعاً كلياً أو جزئياً سواء وقع منه الإيذاء في حال صحته أو مرضه ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أ- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه قال : ((يغير الرجل ما شاء من الوصية))^(٦) ، وفي هذا إشارة صريحة للدلالة في إمكانية رجوع الموصي عن وصيته وفسخ

(١)- انظر ، حاشية ابن عابدين : ٦٥٨/٦ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤/٢٤٢ ، التاج والإكليل : ٦/٣١٦ ، كفاية الطالب :

٢/٢٩٣ ، مغني المحتاج : ٣/٦٧ ، المغني : ٦/٧٠ كشف القناع : ٤/٣٤٤

(٢)- انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٤/٨٦ ، ٨/١٤

(٣)- كالدكتور وهبه الزحيلي : انظر ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٤/٨٦ ، ٨/١٤

(٤)- انظر ، بدائع الصنائع : ٧/٣٧٨ ، فتح القدير : ١٠/٤٣٦-٤٣٧ ، تبين الحقائق : ٦/١٨٦ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤

/٤٢٨ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٤/٥٨٧ ، بداية المجتهد : ٢/٢٥٢ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٣/٦٣-٦٤ ،

مغني المحتاج : ٣/٩٠ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٦/٩٤-٩٧ ، كشف القناع : ٤/٣٤٨ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : ٤/

٤٦٠-٤٦١ ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٨/٥٤ .

(٥)- انظر ، المراجع السابقة .

(٦)- أخرجه البيهقي في سننه : باب الرجوع في الوصية وتغييرها / ١٢٤٣٤ / وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : ٩/٧٢ .

عقدها متى شاء .

ب - ولأنه عطية وتبرع ينجز بالموت ، فجاز الرجوع عنها وفسخها قبل تنجزها قياساً على الهبة والصدقة قبل القبض .

ت - إن القبول متوقف على الموت ، والإيجاب يصح إبطاله والرجوع فيه قبل القبول قياساً على عقود المعاوضات ففي عقود التبرعات أولى .

وهنا يثار التساؤل الآتي : ما طرق فسخ الوصية والرجوع عنها ؟

اتفق الفقهاء^(١) أيضاً على أن فسخ الوصية يكون بالقول والفعل كما يأتي :

الفسخ القولي : تفسخ الوصية كسائر العقود غير اللازمة بالقول الصريح ، كان يقول الموصي فسخت وصتي ، أو أبطلتها ، أو رجعت عنها ، أو أزلتها ، أو عدلت عنها ، أو ما يجري مجرى الصريح ، كأن يقول : هي حرام على الموصى له ، أو هي لوارثي بعد موتي مشيراً إلى الموصى به ونحو ذلك .

الفسخ الفعلي : ويكون بالتصرف في الموصى به تصرفاً يدل على فسخ الوصية ، والرجوع عنها كالبيع أو الهبة أو الرهن مع القبض فيهما ، أو الإتلاف أو الاستهلاك كذبح الشاة الموصى بها أو أكلها أو خلط الموصى به بغيره خلطاً يعسر تمييزه وطحن حنطة وعجن دقيق وغزل قطن ونسج غزل وقطع ثوب قميصاً ونحوها من التصرفات الناجزة حال الحياة والدالة على الفسخ .

إلا أن المالكية^(٢) يخالفون جمهور الفقهاء في أن التصرفات الفعلية التي لا تذهب بجوهر الموصى به لا تعد فسخاً ورجوعاً ، فحصد الزرع الموصى به ودرسه بدون تزيئة لا تفسخ الوصية به على المعتمد لديهم ؛ لأنه لم يزل عنه اسم الزرع ، وكذلك حشو قطن ، وتفصيل ثوب ونحوهما من التصرفات التي لا تذهب جوهر الموصى به .

وفي معرض الحديث عن كيفية فسخ الوصية في جانب الموصي تثار مسألة جحود الوصية^(٣) .

تصوير المسألة : إذا أنكر الموصي أنه قد أوصى للموصى له ، فقال : لا أعرف هذه

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٧٨/٧ ، فتح القدير : ٤٣٦/١٠-٤٣٧ ، تبين الحقائق : ١٨٦/٦ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤ / ٤٢٨ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٥٨٧/٤ ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٦٤-٦٣/٣ ، مغني المحتاج : ٩٠/٣ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٩٤-٩٧/٦ ، كشاف القناع : ٣٤٨/٤ ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى : ٤ / ٤٦٠-٤٦١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٥٤/٨ .

(٢) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤٢٨/٤ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٥٨٧/٤ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٣٦٩/٦-٣٧٠ .

(٣) - جحود الوصية : إنكارها .

الوصية ، أو لم أوص بها وما يجري مجراها من جحود وإنكار للوصية ، فهل يعد ذلك فسخاً للوصية ورجوعاً عنها ؟ أم لا .

اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو مذهب أبي يوسف من الحنفية والمعتمد لديهم ووجه عند الخنابلة^(١) الذين ذهبوا إلى عدّ جحود الوصية فسخاً ورجوعاً عنها ، وعللوا ذلك بأن جحود أو إنكار الوصية دليل على عدم رضاه عنها ، فكان إنكاره قصداً منه لفسخها والتراجع عنها ، وهذا هو المفهوم من كلام السرخسي في بيانه لتعليل أبي يوسف رحمه الله تعالى ، فقال : ((إنه بالجحود يبقى العقد في الماضي ، ومن ضرورته نفي العقد في الحال ، والثابت بضرورة النص كالثابت بالنص ، وهو يملك نفي العقد في الحال إن كان لا يملك نفيه في الماضي ، وبه فارق النكاح لأن نفي النكاح من الأصل يقتضي نفي وقوع الطلاق عن المحل إلا أنه يقتضي إيقاع الطلاق على المحل في الحال))^(٢) .

الرأي الثاني : وهو مذهب محمد من الحنفية والشافعية والمعتمد عند الخنابلة^(٣) الذين يرون أن جحود الوصية لا يعد فسخاً لها ؛ لأنها عقد ، فلا تبطل بالجحود كسائر العقود ؛ لأن جحد أصل العقد لا يكون تصرفاً فيه بالرفع ، كما أن جحود النكاح من الزوج لا يكون رفعاً بالطلاق .

المناقشة والترجيح :

نوقش أصحاب الرأي الأول بأن الجحود لا يحمل معنى الفسخ والرجوع ؛ لأنه يبيانه مفهوماً ، فجحود الشيء يعني أنه لم يوجد بعد ، فيقال جحد فلان الشيء الفلاني ، أي أنه لم يعترف بوجوده ابتداءً ، فكيف يصح أن يقال : إنه فسخه ورجع عنه ، ومعلوم أن مفهوم الفسخ مبني على وجود الشيء ثم نقضه ورفع ، ففسخ الوصية يستدعي سابقة وجود الوصية ، والجحود إنكار وجودها أصلاً ، فلا يتحقق فيه معنى الفسخ ، ولهذا لم يعد جحود النكاح طلاقاً .

إذا : فإن الجحود والفسخ أمران متباينان ، فلا يصح أن نعد أحدهما مفهوماً للآخر ، وهذا

(١) -انظر ، بدائع الصنائع : ٣٨٠/٧ -٣٨١ ، فتح القدير : ٤٣٨/١٠ وما بعدها ، المبسوط : ١٦٣ /٢٧ ، تبين الحقائق : ١٨٧/٦ ، كشاف لقناع : ٤٣٩/٤ ، الإصناف : ٢١٣/٧ .

(٢) -المبسوط : ١٦٣/٢٧ .

(٣) -انظر ، بدائع الصنائع : ٣٨٠/٧ ، فتح القدير : ٤٣٨/١٠ وما بعدها ، المبسوط : ١٦٣ /٢٧ ، تبين الحقائق : ١٨٧/٦ ، المهذب :

٩/٢ ، معنى المحتاج : ٩١/٣ . كشاف القناع : ٤٣٩/٤ ، الإصناف : ٢١٣/٧ .

واضح من استدلال القائلين بأن الجحود ، فسخ ورجوع عن الوصية من خلال قولهم : « إنه بالجحود يبقى العقد في الماضي» ، وأي عقد وجد في الماضي يقبل الفسخ بعد أن أخذ في مفهوم الجحود سابقة عدم وجوده .

وعليه: فإتني أميل إلى أن جحود الوصية ليس فسخاً ورجوعاً بالمفهوم النظري إلا إذا كانت هناك قرينة تدل على أنه أراد بجحوده الفسخ ، فيكون جحوده فسخاً لا لأن الجحود أفاد ذلك وإنما لإفادة القرينة له .

ولكن هذا التفصيل النظري ليس له أثر ملموس على حقيقة فسخ الوصية أو عدمه ؛ لأن الموصي يملك فسخها والرجوع عنها متى شاء ، فكونه جحوداً أو لم يجحدها ، فيجوز له فسخها مطلقاً ، لذا حمل العلماء الجحود على عدم رضاه بالوصية .

**** - قبول الوصية للفسخ من جهة الموصي له :**

اتفق الفقهاء^(١) على أنه لا أثر للموصي له على الوصية في حياة الموصي ؛ لأنها عقد ينشأ بإرادته المنفردة ، يتوقف وجوبه على موته ، فكل تصرف للموصي له في الوصية لا قيمة له ما دام الموصي حياً ؛ لأنه لم يثبت له حق بعد إلا بالموت ، فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع .

أما بعد موت الموصي ، فإننا نميز في قبول الوصية للفسخ حالتين :

الحالة الأولى : قبول الوصية للفسخ بعد الموت وقبل القبول :

اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى رأيين بناء على كون القبول ركناً أم لا :

الرأي الأول : وهو مذهب جمهور الفقهاء^(٢) الذين ذهبوا إلى بطلان الوصية أصلاً ؛ لعدم انعقادها كون القبول عندهم ركناً فيها ، فإذا لم يقبل الموصي له الوصية ، وقعت باطلة ، وهذا واضح من عباراتهم التي تصرح بذلك ، فقال ابن قدامة : « والثانية أن يردها بعد الموت وقبل القبض ، فيصح الرد وتبطل الوصية ، لا نعلم فيه خلافاً ؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع »^(٣) .

الرأي الثاني : وهو مذهب الشافعية في الأصح عندهم وقول عند المالكية^(٤) الذين يرون

قبول الوصية للفسخ من جهة الموصي له ؛ لأن القبول عندهم شرط لتمامها لا لصحتها على

(١) - انظر ، المبسوط : ٤٧/٢٨ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٤٣٠/٢ ، اشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤٢٤/٤ ، مواهب الجنيل في شرح خليل : ٣٦٧/٦ ، المهذب : ٤٥٢/١ ، مغني المحتاج : ٦٨/٣ ، الإقناع : الشريبي ٣٩٧/٢ ، الأم : ٩٧/٤ ، المغني : ٧/٥٥ ، كشاف القناع : ٣٤٤/٤ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣١/٧ - ٣٣٢ ، المبسوط : ٤٧/٢٨ ، تبين الحقائق : ١٨٤/٦ ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، مواهب الجنيل : ٣٦٧/٦ ، مغني المحتاج : ٦٧/٣ ، المهذب : ٤٥٢/١ ، المغني : ٧/٦٠ .

(٣) - المغني : ٥٥/٧ .

(٤) - انظر ، اشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٤٢٤/٤ ، المهذب : ٤٥٢/١ ، التتبيه : ١٤٠/١ .

ما بينته فيما سبق ، فهي إذا عقد منعقد عندهم يجوز فسخه ؛ كونه غير لازم في جانب الموصي والموصى له قبل القبض والقبول .

الحالة الثانية : قبول الوصية للفسخ بعد الموت وبعد القبول :

تباينت أقوال الفقهاء في إمكانية قبول الوصية للفسخ من جهة الموصى له بعد قبوله وموت الموصي بناء على أنه قد قبض الموصى به أم لا ، وفيما يأتي توضيح تلك الأقوال :

أ- ذهب الحنفية والمالكية^(١) إلى عدم قبول الوصية للفسخ من جهة الموصى له بقبوله سواء قبض الموصى به أم لا ؛ لأنها أصبحت عقداً لازماً لا يملك أحد إبطاله ، قال السرخسي : « فإذا مات الموصي ، فإن قبل الموصى له الوصية ، فالملك له في الموصى به قبضه أو لم يقبضه ؛ لأنه بمجرد القبول يلزم العقد على وجه لا يملك أحد إبطاله فيثبت حكمه ، وهو الملك بخلاف الهبة بعد القبول قبل القبض^(٢)»

ب- وذهب الشافعية^(٣) إلى أنه لا تقبل الفسخ بعد القبض ؛ لاستقرارها على ملك الموصى له ، فأشبهه فسخه لسائر ملكه ، إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم فتتقرر إلى شروط الهبة ، بخلاف قبل القبض ، فلهم فيه وجهان : أحدهما : إنها لا تقبل الفسخ قياساً على ما بعد القبض ، ولأن الموصى له قد ملك الموصى به ملكاً تاماً فلا يصح فسخه وردها ، وثانيهما : وهو المنصوص عليه في المذهب أنها تقبل الفسخ ؛ ولأن ملكه قبل القبض لم يتم ، فجاز الفسخ والرجوع ؛ لأنها تملك من جهة آدمي فصح الفسخ قياساً على الوقف .

ت- وذهب الحنابلة^(٤) أيضاً كالشافعية في أنها تقبل الفسخ بعد القبول والقبض ، أما قبل القبض ، فقالوا : تقبل الفسخ إذا كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً ؛ لعدم استقراره إلا بالقبض ، فأشبهه الفسخ قبل القبول .

أما إن كان الموصى به غير مكيلاً أو غير موزون ونحوهما ، فإن الوصية حينئذ لا تقبل الفسخ من جهة الموصى له ؛ لاستقرار ملكه فيه بمجرد القبول ، فكان كالمقبوض .

وخلاصة القول : إن الوصية عقد غير لازم ينشأ بإرادة منفردة يقبل الفسخ في حق الموصي والموصى له بالجملة على ما بيناه .

(١)- انظر ، المبسوط : ٤٧/ ٢٨ ، حاشية السوقي : ٤٢٤/٤

(٢)- المبسوط : ٤٧/٢٨ .

(٣)- انظر ، المهذب : ٤٥٢/١ ، مغني المحتاج : ٦٨/٣ .

(٤)- انظر ، المغني : ٥٥/٧ ، كشف القناع : ٣٤٤/٤

قابلية الجعالة للفسخ

إن نشوء العقد بمعناه العام بإرادة منفردة يظهر بشكل جلي عند جمهور الفقهاء في عقد الجعالة أكثر من غيره ؛ لاتفاقهم على انعقادها بمجرد إيجاب الجاعل ، خلافاً للحنفية الذين لم يجيزوا هذا العقد أصلاً إلا في حالات استثنائية ، نوضحها من خلال بيان آراء الفقهاء في أصل مشروعية الجعالة بعد تعريفها ؛ ليتسنى لنا الحكم على مدى قبولها للفسخ في حق الجاعل والمجعول له^(١) ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

أولاً - تعريف الجعالة وآراء الفقهاء في بيان أصل مشروعيتها :

الجعالة لغة من الجعل وهو الأجر ، قال الفيومي في المصباح المنير : « جعلت الشيء جعلاً صنعته أو سميته والجعل بالضم الأجر ، فيقال : جعلت له جعلاً أعطيته إياه »^(٢) أما في الاصطلاح الشرعي فقد عرفها الفقهاء الذين قالوا بمشروعيتها تعريفات متعددة ، لا تخرج عما ذكره الخطيب الشربيني بقوله : إنها : « التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه »^(٣) .

اختلف الفقهاء في مشروعية الجعالة إلى رأيين :

١- رأي المتعين ويمثله الحنفية^(٤) الذين لا يجيزون عقد الجعالة أصلاً لما فيها من المخاطرة في استحقاق المال ، وجهالة المدة والعمل قياساً على سائر الإجراءات التي يشترط لها معلومية العمل والمأجور والأجرة والمدة ، فالجعالة عندهم كالإجارة ؛ لأنهم يشترطون فيهما معلومية العمل والمأجور ونحوهما ، فإذا جهل واحد منهما لم يصح العقد فيهما ؛ لأن العقد مع المجهول لا ينعقد عادة^(٥) ، قال السرخسي : « لو قال : من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً بأعيانهم فرده أحدهم لا يستحق شيئاً ، ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر ، وهو قمار ، والقمار حرام في شريعتنا ، ولم يكن حراماً في شريعة من قبلنا »^(٦) .

ولأن عقد الجعالة كسائر العقود لا ينعقد بدون قبول ، ولا قبول فيه لجهل المتعاقد الآخر ، وبالتالي لا يعد عقداً موجباً للعوض ، وإيجاب الجاعل عندئذ لغو ، غير ملزم بشيء . قال السرخسي : « لأن العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك »^(٧) .

(١) - يفتق على المتكلم بالعوض اسم الجاعل ، كونه معطي الجعل - العوض المسمى - وعلى العامل الذي يقوم بتنفيذ مطلب الجاعل اسم المجعول له ، كون الجعل سويصير إليه عند تمام العمل .

(٢) - المصباح المنير : الفيومي مادة / جعل / ١٠٢ .

(٣) - مغني المحتاج : ٥٨٢ / ٢ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٠٣/٦ - ٢٠٤ ، المبسوط : ١٨/١١ ، تبين الحقائق : ٣٠٨/٣ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٨١-٢٨٠/٤ .

(٥) - انظر ، التلغفة الإسلامي : د. وهبه الزحيني ٧٨٤/٤ ، الجعالة وأحكامها : خالد الجميلي ١٦-١٨ ، الجعالة والاستصناع : د. شوقي دينا ٨ .

(٦) - المبسوط : ١٨/١١ .

(٧) - المرجع السابق : ١٨/١١ .

إلا أن بعض الحنفية عدَّ الجعالة إجارة فاسدة إذا كان المَجْعُول له معيناً ، قال ابن عابدين :
 ((إن خصص بالإجارة فاسدة ؛ لكون مكان الرد غير مقدر ، فيجب أجر المثل ، وإن عمَّ
 فباطلة ، ولا أجر))^(١) .

وذهب الجصاص من الحنفية إلى أبعد من ذلك عندما عدَّ الجعالة إجارة ملزمة ، حيث
 قال: ((من حمل هذا المتاع إلى موضع كذا فله درهم وإن هذه إجارة جائزة ، وإن لم يكن
 يشارط على ذلك رجلاً بعينه ، وكذلك قال محمد بن الحسن في السير الكبير إذا قال أمير
 الجيش : من ساق هذه الدواب إلى موضع كذا ، أو قال : من حمل هذا المتاع إلى موضع
 كذا ، فله كذا ، إن هذا جائز ومن حمله استحق الأجر))^(٢) .

هذا واستثنى الحنفية جوازها استحساناً^(٣) في حالة رد العبد الأبق صيانة للمال ، وهو واجب
 شرعاً ، وهو ما علله الكاساني بقوله : ((لأنه لا يتوصل إليه بالطلب عادة إذ ليس له مقام
 معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ، ولا يؤخذ لصاحبه الأخذ والرد عليه مجاناً بلا عوض
 عادة..... بخلاف الضالة ؛ لأن الدابة إذا ضلَّت فإنها ترعى في المراعي المألوفة ، فيمكن
 الوصول إليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الأخذ ، فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل))^(٤) .

وختلاصة القول : إن صور الجعالة عند جمهور الحنفية لا تخرج عن كونها إجارة باطلة لا
 أثر لوجودها إذا كان المتعاقد معه غير معين ، وإجارة فاسدة إذا عين العامل فيها ، والذي
 يستحق عندئذ أجر المثل على عمله خلافاً للجصاص الذي عدَّ الجعالة إجارة لازمة ، إن أتم
 المَجْعُول له العمل .

٢- **رأي المجيزين ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة**^(٥)، فقد قالوا
 بمشروعية عقد الجعالة استناداً لما يأتي :

لـ لقوله تعالى : ((**قَالُوا نَقْذُ صَوَاعِ الْمَلَائِكَةِ وَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**))^(٦) .

وجه الاستدلال : إن هذه الآية صريحة الدلالة في وجوب الجعل عند تحقق العمل من خلال

(١)رد المحتار على الدر المختار : ٢٨١/٤

(٢)أحكام القرآن : الجصاص ٢٥٧/٣ .

(٣)الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص (المستصفي : الغزالي ١٧٣/١) ، والعدول هنا هو ترك
 القياس الذي يقتضي عدم صحة الجعل والقول بالصحة للأثر الواردة عن الصحابة الكرام ، قال السرخسي : ((ولكننا تركنا
 القياس لاتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فقد اتفقوا على وجوب الجعل)) ، في هذه الحالة (المبسوط : ١٧/١) .

(٤)بدائع الصنائع : ٢٠٤/٦ .

(٥)انظر ، بداية المجتهد : ١٧٧/٢ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٧٩/٤ ، المهذب : ٤١١/١ ، مقني المحتاج :
 ٥٨٢/٢ ، تحفة المحتاج : ٣٦٣/٦ ، المغني : ٢٠/٦ ، كشاف القناع : ٢٠٣-٢٠٢/٤ ، شرح منتهى الإرادات : ٣٧٢/٢ .

(٦)سورة يوسف : الآية ٧٢ .

إفادتها بوجوب الالتزام بحمل بعير من الطعام لمن يأتي بالصواع المفقود^(١) قال ابن العربي : « كما أن لفظ الآية نص في الزعامة ، فمعناها نص في الجعالة ، وهو نوع من الإجارة ؛ لكن الفرق بين الجعالة والإجارة ، أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين والجعالة يتقدر فيها الجعل ، والعمل غير مقدر»^(٢) .

بـ = لما روي عن أبي سعيد رضي الله عنه أن نفراً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، جاعلوا أهل حي لدغ سيدهم على البرء ، وأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا دلالة قاطعة على مشروعية الجعالة ؛ لأنه حديث صحيح الإسناد فيما رواه البخاري^(٣) وغيره^(٤) .

تـ = ولأن الحاجة تدعو إلى جوازها ؛ لأن العمل قد يكون مجهولاً ، ولا سبيل لتحقيقه عن طريق الإجارة لجهالته ، وقد لا يوجد من يتبرع به كرد العبد الأبق والضالة وغيرهما من مستجدات عصرنا الحاضر الذي أصبح تشريع عقد الجعالة فيه أمراً ضرورياً ؛ لتحقيق مصالح الناس ، ولرفع الحرج عنهم ولتيسير أمورهم .

المناقشة والترجيح :

** - المناقشة

نوقش الحنفية فيما استدلوا به بما يأتي^(٥) :

١- إن الاستدلال بكون الجعالة قماراً تتحقق فيه المخاطرة في استحقاق المال استدلال لا

(١) - انظر ، تفسير القرآن العظيم : ابن كثير ٤/٤٠١ ، تفسير القرطبي : ٩/٢٣٢ ، فتح القدير : ٤/٥٤ - ٥٥ ، تفسير البيضاوي : ٣/١٧٢ .

(٢) - أحكام القرآن : ابن العربي ٣/٦٥ .

(٣) - البخاري : (١٩٤ - ٢٥٦) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله الجعفي البخاري جبل الحفظ وإمام الدنيا في فقه الحديث / رحل في طلب العلم كثيراً من تصانيفه : الجامع الصحيح وغيره (طبقات الخبابة : ١/٢٧١ ، تقريب التهذيب : ٢/٥٥) .

(٤) - أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب الإجارة ، باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفتح الكتاب / ٢١٥٦ / فيما روى عن أبي سعيد رضي الله عنه قال الطبق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأنزوا أن يضيئوهم فلدغ سيدهم ذلك حتى فسغوا له بكل شيء لا يتفعه شيء فقال بعضهم لو أتيتكم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لئلا يكون عند بعضهم شيء فأتوهم فقتلوا يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا يتفعه فهل عند أحد منكم من شيء فقال بعضهم نعم والله لئسي لارقي وتكن والله لقد استضئناهم فلم نضيئوهم فما آتا براق لقم حتى تجعلوا لنا جعلنا فصالحوهم على قطع من الغنم فأنطلق ينقلن عندهم وينزلوا الحمد لله رب العالمين فكاننا نسط من عقاب فالطلق يمتسي وما به قبة - والقبة الداء الذي يتقلب منه صاحبه على فراشه - قل فاستوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عندهم فقال بعضهم اقموا فقال الذي رقي لا نعلموا حتى تاتي النبي صلى الله عليه وسلم فتذكر له الذي كان فنظروا ما يأتونا فقدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذكروا له فقال وما يذكرك أنها رقية ثم قال قد أصبتم أسعوا واضربوا لي معكم سهماً فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأخرجه الترمذي في سننه ، كتاب رآه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في أخذ الأجر على التعويض / ٢٠٦٤ / وفيه قال أبو عيسى الترمذي : هذا حديث صحيح .

(٥) - انظر ، شرح منتهى الإرادات : ٢/٢٧٩ ، ٢/٣٧٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٤/٧٨٥ ، الجعالة وأحكامها : خالد الجميلي ١٦ ، التصرف الفردي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي : عبد الله شرعان ١٢٤ - ١٢٥ .

ينهض به دليل ؛ لأن مال الجاعل لا يُستحق إلا بعد حصول المقصود من العقد هو القيام بتنفيذ ما أراده أو الإتيان به ، وكذلك المَجْعول له لا يستحق المال أيضاً إلا بتنفيذ ما طلب منه على أتم وجه ، فإذا لم يتمكن من تحقيق ذلك ، فلا يكون قد خسر مالا عائداً له ابتداءً ليكون قماراً ، لذا فلا يمكن أن يكون عقد الجعالة مقامرة ؛ ولأنها أشبه بالمسابقة ؛ لأن المتسابق يستحق المال المَجْعول بناء على جهده ، وخسارته ليست قماراً ؛ لأنه لم يخسر مالا كان عائداً له.

٢- إن الاستدلال بالجهالة في العمل والمدة قياساً على الإجارة استدلال لا يستقيم ومشروعية الجعالة ؛ لأن الجهالة في العمل والمدة لا تضرها ؛ لكونها غير لازمة في حق المتعاقدين ابتداءً ، بخلاف الإجارة ، إذ إنها لازمة تقتصر إلى تعيين المدة ، ثم إنه لا موجب للقياس على الإجارة من حيث اشتراط تعيين المتعاقد الثاني ؛ لأن الجعالة عقد خاص لا علاقة له بالإجارة ، وإن كان يشبهها من بعض الأوجه ، وهو ما أكدته حديث اللديغ السابق ، إذ العمل فيه مجهول ؛ لأنه مبنيٌّ على الظن ابتداءً ؛ لأن اللديغ قد يبرأ وقد لا يبرأ ، فدل ذلك على أن الالتزام فيه مخالف تماماً للالتزام في عقد الإجارة ، وإن كان يشبهه عند تمام العمل من حيث وقوع العوض في مقابل النفع ؛ لأن المَجْعول له أيضاً لا يستحق الجعل إلا بعد تحقيق مطلب الجاعل ، بخلاف الإجارة التي تُستحق فيها شيء من الأجرة مقابل شيء من المنفعة.

٣- إن قولكم بعدم مشروعية عقد الجعالة لانعدام القبول الناجم عن جهالة المتعاقد الآخر ، لا نسلم به ؛ لأن المَجْعول له عندما يقوم بالجهد والكلفة ويحقق مطلب الجاعل ، يكون بمثابة قبول من جهته ، وبالتالي لا موجب للإفصاح عن القبول ؛ لعدم ظهور أي أثر لعقد الجعالة إلا بعد الانتهاء من العمل الذي يعد قرينة صارخة على القبول ؛ لأنه لو لم يقبل لما أقدم على العمل الذي يحقق مراد الجاعل .

٤- إن قولكم بجواز مشروعية الجعالة في رد العبد الأبق وعدم جوازها في غيره من رد الضالة وما يقاس عليها ، لا يستقيم ونهجكم في اعتبار الأبق مالا والضالة مالا ، فكيف أجزتم الجعالة برد الأبق ، ولم تجيزوها برد الضالة ، وكل منهما مال ثمين يتعرض بقاؤه إلى الخطورة إن كان مفقوداً ، فالأبق يحتمل هروبه والضالة ونحوها تحتمل فقدها بالسرقة ونحوه فإذا شجعنا رد الأبق من خلال إيجاب الجعل ، فيجب من باب أولى أن يثبت الجعل أيضاً في غيره من الضوال وما يقاس عليها .

أما مسألة الوصول إلى الدابة وما يقاس عليها بالطلب عادة لا يستقيم وواقع الأمر ؛ لأن الضالة تحتاج في الوصول إليها كالأبق تماماً فيما أرى .

** - الترجيح - - - - - ح :

يتبين مما تقدم أن رأي المجيزين والذي يمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أولى بالأخذ به ؛ لثبوت حكم مشروعية الجعالة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، ويقوي هذا الاتجاه ما أخذ به الجصاص من الحنفية من جهة ، وجوازه عندهم في حالة رد العبد الأبق دون غيره من جهة أخرى ، مما يدفعنا إلى وجوب العمل بجوازها ، خاصة وإن حاجة الناس إليها في عصرنا أمس من غيره ؛ لتغلغلها في حياتنا الاقتصادية بوجه خاص ، فالكثير منها لا يتم إلا بعقد الجعالة ، وما هو إلا أمر جائز أكد القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على مشروعيته .

ثانياً - مدى قبول الجعالة للفسخ :

اتفق جمهور الفقهاء^(١) القائلين بمشروعية الجعالة على أنها عقد يقبل الفسخ قبل الشروع في العمل من جهة المتعاقدين - الجاعل والمجوعول له - لأنها عقد غير لازم في حقهما قبل البدء بالعمل ، فلجاعل أن يفسخ عقد الجعالة ؛ لأنه بمثابة تعليق استحقاق العامل بشرط ، ولم يتم بعد ، العمل بتنفيذ ذلك الشرط ، وللعامل أيضاً أن يفسخ عقدها ؛ لأن عمله فيها مجهول ، دون أن يترتب على هذا الفسخ أي أثر ، فلا شيء للعامل ؛ لأنه لم يعمل شيئاً ، والجاعل لا يلتزم بشيء إلا إذا أتم العامل العمل على رأي الشافعية والحنابلة ، أو أن يبدأ بالعمل في الراجح عند المالكية كما سنرى بعد قليل .

أما بعد الشروع في العمل فقد ميز الفقهاء في قبولها للفسخ بين أن يكون من جهة العامل أو من جهة الجاعل على التفصيل الآتي :

(١) - انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٦٥/٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٨٣/٤ ، اتاج والإكليل لمختصر خليل : ٦٠١/٧ ، بداية المجتهد : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٤١٢/١ ، تحفة الفقهاء في شرح المنهاج : ٣٧٥/٦ ، حاشية البيجرمي : ٢٢٢/٣ ، مغني المحتاج : ٥٨٧/٢ ، نهاية المحتاج : ٤٧٦/٥ - ٤٧٧ ، المغني : ٢٠/٦ ، المبدع : ٥/٢٢٩ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

١ - قبول الجعالة للفسخ من جهة العامل :

اتفق الفقهاء^(١) أيضاً على قبول الجعالة للفسخ من جهة العامل بعد شروعه بالعمل كونها عقداً غير لازم ، ولا يستحق عندئذ شيئاً من الجعل أو غيره ؛ لأن ذلك مرتبط بتمام العمل ؛ وكأنه أسقط حق نفسه باختياره ، حيث لم يأت بما شرط عليه الجاعل من تحقيق مطلبه في العمل ، قياساً على عامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح سواء وقع العمل مسلماً كأن شرط له جعلاً في مقابل بناء حائط فبنى بعضه ، أم لم يقع مسلماً له ككتفيس العامل على المال الضائع المتعاقد على رده ، خلافاً للمالكية الذين لم يجيزوا الجعالة حال انتفاع الجاعل بعمل المجعول له قبل تمامه منعاً للظلم ، يقول ابن رشد : ((..... فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر ، وذلك ظلم))^(٢) .

واستثنى الشافعية^(٣) من حرمان العامل الأجر حال فسخه لعقد الجعالة قبل تمام العمل حالة ما لو زاد الجاعل بالعمل دون أن يرضا العامل ، فقام وفسخ هذا العقد ، قالوا : بوجوب أجرة المثل عندئذ للعامل فيما قام به ؛ لأن الفسخ في واقع الأمر هو من قبل الجاعل الذي دفع العامل إلى القيام به .

٢ - قبول الجعالة للفسخ من جهة الجاعل :

اختلف جمهور الفقهاء في قبول الجعالة للفسخ من جانب الجاعل بعد شروع العامل بالعمل إلى رأيين :

الرأي الأول : ويمثله المالكية^(٤) الذين يرون أن الجعالة لا تقبل الفسخ من جهة الجاعل بعد شروع العامل بالعمل ؛ لأنها عندهم عقد لازم بالعمل ولو كان يسيراً ، وبالتالي لا أثر لفسخ الجاعل ، ويستحق العامل الجعل إن أتم العمل .

الرأي الثاني : ويمثله الشافعية والحنابلة^(٥) الذين يجيزون قبول الجعالة للفسخ من جانب

(١) - انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٦٥/٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٨٣/٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٦٠١/٧ ، بداية المجتهد : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٤١٢/١ ، تحفة الفقهاء في شرح المنهاج : ٣٧٥/٦ ، حاشية البيهقي : ٢٢٢/٣ ، معنى المحتاج : ٥٨٧/٢ ، نهاية المحتاج : ٤٧٦-٤٧٧ ، المعنى : ٢٠/٦ ، المبدع : ٢٢٩/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٢) - بداية المجتهد : ١٧٨ / ٢ .

(٣) - انظر ، معنى المحتاج : ٥٨٧/٢ .

(٤) - انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٦٥/٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٨٢/٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٦٠١/٧ .

(٥) - انظر ، المهذب : ٤١٢/١ ، تحفة الفقهاء في شرح المنهاج : ٣٧٥/٦ ، حاشية البيهقي : ٢٢٢/٣ ، معنى المحتاج : ٥٨٧/٢ ، نهاية المحتاج : ٤٧٦-٤٧٧ ، المعنى : ٢٠/٦ ، المبدع : ٢٢٩/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

الجاعل بعد الشروع ؛ لأنها عقد غير لازم عندهم في حق المتعاقدين إلا بتمام العمل ، وهذا يعطي الجاعل حق الفسخ ، ولكن العامل عندئذ يستحق أجره المثل ؛ لأن الفسخ رفع للعقد وجعله كأن لم يكن ، والعامل قد عملَ عملاً مقوماً فلا يجوز أن يضيع هدراً عليه بالفسخ ، فجاز اللجوء إلى بدله وهو أجره المثل تحقيقاً للعدالة ، سواء حصل به بعض المقصود للجاعل كأن يشارطه على تعليم ابنه القرآن مثلاً ونحوه ، فيقول الجاعل للعامل : إن علمت ابني القرآن فلك كذا ، فعلمه بعضه ثم منعه من تعليمه أم لم يحصل به مقصود أصلاً كرد الضالة ونحوها^(١) .

ومننا يثار التساؤل الآتي : هل يجوز للعامل أن يطالب بنسبة من الجعل بقدر ما عمل بعد الفسخ بدلاً من أجره المثل ؟

ذهب الحنابلة والشافعية^(٢) - في الأصح عندهم - المجيزون للفسخ في هذه الحالة إلى أنه لا يحق له ذلك ؛ لارتفاع العقد بالفسخ ، الذي ينهي كل متعلقاته ، قال الخطيب الشربيني : « إذ ارتفع - العقد - لم يجب المسمى كسائر الفسوخ »^(٣) .

وأشار الشافعية^(٤) دون غيرهم إلى حالة اتفاق العامل والجاعل على فسخ العقد الذي لا يستحق العامل فيه شيئاً من الجعل أو من أجر المثل ؛ لاجتماع المقتضي للاستحقاق وهو فسخ الجاعل والمانع منه وهو فسخ العامل ، فيرجح المانع ، الذي يسقط الجعل أصلاً .

وتجدر الإشارة إلى أن فسخ عقد الجعالة في حالة كون العامل غير معين ، لا يمكن تصور فسخه حقيقة ؛ لعدم انعقاد العقد أصلاً إلا بعد إنجاز العمل ، فلو قال الجاعل : من وجد متاعاً ، فله كذا فهو تعليق لا يتحقق إلا بالعمل ، فلو قال شخص رداً على قول الجاعل قبل أن يشرع بالعمل : فسخت الجعالة أو رددتها ونحوه لا معنى لقوله ؛ لأنه لا رابطة عقدية بينهما حتى يقوم بالفسخ ، فيكون كلامه حينئذ لغواً لا أثر له^(٥) .

يتبين مما تقدم أن قول المالكية بعدم جواز قبول الجعالة للفسخ من جهة الجاعل بعد شروع العامل بالعمل أولى بالاعتبار والأخذ به فيما أرى من قول الشافعية والحنابلة ؛ منعا للتحايل على العامل في التهرب من دفع الجعل الذي لا يستحق عندهم إلا بتمام العمل إلى أجره المثل

(١) - انظر ، مغني المحتاج : ٥٨٨/٢ .

(٢) - انظر ، مغني المحتاج : ٥٨٨/٢ ، تحفة المحتاج : ٣٧٥/٦ ، حاشيتا قتيوبي وعميرة ١٣٤/٣ ، كشف القناع : ٤/

٢٠٦ ، شرح منتهى الإرادات : ٣٧٣/٢

(٣) - مغني المحتاج : ٥٨٨/٢

(٤) - انظر ، مغني المحتاج : ٥٨٧/٢ ، تحفة المحتاج : ٣٧٥/٦ ، حاشيتا قتيوبي وعميرة : ١٣٤/٣ .

(٥) - المراجع السابقة .

التي تكون عادة أقل منه ، وفي هذا إجحاف في حق العامل الذي شرع بالعمل على أساس أن يحصل على الجعل لا على أجره المثل .
 أما بعد تمام العمل فقد اتفق جمهور الفقهاء^(١) على عدم قبول عقد الجعالة للفسخ للزومه في حقهما ، لكن لا يتصور الفسخ من العامل بعد انتهائه من العمل لانتهاء العقد ، ويكون تصرفه حينئذ إسقاطاً لحقه ليس إلا .

.....
 (١) - انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٦٥/٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٨٣/٤ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٦٠١/٧ ، بداية المجتهد : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٤١٢/١ ، تحفة الفقهاء في شرح المنهاج : ٣٧٥/٦ ، حاشية البيجرمي : ٢٢٢/٣ ، مفتي المحتاج : ٥٨٧/٢ ، نهاية المحتاج : ٤٧٦/٥-٤٧٧ ، المغني : ٢٠/٦ ، المبدع : ٥/٥ ، ٢٢٩ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

المطلب الثالث

قابلية الوقف للفسخ

قبل أن نتحدث عن مدى قبول الوقف للفسخ لا بد من أن نبين تعريفه والموقع الفقهي لهذا التصرف العقدي ؛ لإثبات أنه من تصرفات الإرادة المنفردة ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً - تعريف الوقف :

أ - في اللغة : هو الحبس ، يقال : وقفت كذا : أي حبسته ، ووقفت الدار وقفاً حسبتها في سبيل الله والجمع أوقاف^(١) .

أما في الاصطلاح الشرعي فقد عرف أبو حنيفة الوقف بأنه : ((حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة))^(٢) وعرفه أيضاً صاحبان من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٣) بأنه : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته من الوقف وغيره على مصرف مباح موجود تقريباً إلى الله تعالى .

يظهر من هذا التعريف خروج المال عن ملك الواقف ويصير حبيساً على ملك الله تعالى ، فيمتنع على الواقف التصرف فيه ، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف .

هذا والوقف مشروع في الإسلام لقوله تعالى : ((لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ))^(٤) وقوله جل وعلا أيضاً : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ))^(٥) . فهاتان الآيتان يفيدان الدعوة إلى الإنفاق في وجوه الخير والبر ، والوقف : ما هو إلا إنفاق للمال في وجوه الخير والبر .

ثانياً - الموقع الفقهي لهذا التصرف العقدي :

اتفق الفقهاء^(٦) على أن الوقف من تصرفات الإرادة المنفردة التي تنشأ بإرادة الواقف دون افتقار إلى قبول الموقوف عليه ، إذ كان الوقف لغير معين كالفقراء والمساكين ، أو على مما لا يحصى عددهم ، أو مما لا يتحقق منه عادة قبول كالمساجد والمقابر ودور الأيتام ونحوها . أما الوقف على معين مما يتصور منه القبول ، فقد اختلف الفقهاء في اشتراط القبول

(١) - انظر ، المصباح المنير : مادة / وقف / ، المختار الصحاح : مادة / وقف /

(٢) - الهداية شرح البداية : ١٣/٣ ، البحر الرائق : ٥/ ٢٠٢ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٩٨/٤

(٣) - انظر ، الهداية شرح البداية : ١٣/٣ ، البحر الرائق : ٥/ ٢٠٢ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٩٨/٤ ، إعانة الطالبين : ١٥٧/٣ ، مغني المحتاج : ٣٧٦/٢ ، المغني : ٣٢٢/٥ ، كشف القناع : ٢٤٠/٤ .

(٤) - سورة آل عمران : الآية ٩٢

(٥) - سورة البقرة : الآية ٢٦٧

(٦) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٤٢/٤ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي ٨٨/٤ ، أوار البروق في أنواع الفروع : ١١١/٢ ، مغني المحتاج : ٥١٩/٢ ، الوسيط : ٢٤٣/٤ ، حواشي الشرواني : ٢٥٢/٦ ، المغني : ٣٤٩/٥ ، كشف القناع : ٢٥٢/٤ .

لصحة العقد إلى مذهبين :

المذهب الأول : وهو رأي الحنفية في المفتى لديهم والحنابلة في المعتمد فيما ذكره القاضي أبو يعلى^(١) الذين لا يوجبون اشتراط القبول لصحة عقد الوقف ، إذ ينشأ على قولهم بإرادة الواقف دون توقف على قبول المعين قياساً على الوقف في حق غير المعين الذي لا يشترط له القبول باتفاق الفقهاء ؛ ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يعد فيه القبول شرطاً لانعقاده كالعنق .

المذهب الثاني : وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في الأصح لديهم وبعض الحنابلة^(٢) الذين يشترطون القبول لصحة الوقف ، وعللوا ذلك بأنه تبرع لأدمي معين يتصور القبول منه ، فكان شرطاً يلزمه قياساً على الهبة والوصية .

المناقشة والترجيح :

نوقش أصحاب المذهب الأول بأن إلحاق الوقف بالعنق في عدم توقفه على القبول لا نسلم به ؛ لأن العنق لا يُرد بالرد ولا يبطل بالشروط المفسدة بخلاف الوقف في ذلك باتفاق القائلين بأنه ينتقل الملك فيه إلى الله تعالى . ثم إن الوقف كالوصية والهبة من حيث ضرورة توقفهما على القبول ، فالوقف كذلك ، إذ إنه يمكن تحقيقه من المعين بخلاف غير المعين الذي لا يمكن تصور القبول منه^(٣) .

وناقش أصحاب الرأي الأول قول المشترطين للقبول بأن قياسكم الوقف على الوصية والهبة لا نسلم به ؛ لأن الوقف لا يتعلق بالموقوف عليه المعين فقط ، وإنما يتعداه لمن بعده ، فلا يجوز أن يبطل حق الغير عند منح الأول حق القبول أو عدمه بخلاف الوصية والهبة فإن الحق في محل العقد متعين لصاحبه ، وينتقل إلى من بعدهما بالإرث .

هذا ولو كان القبول شرطاً في انعقاد الوقف لأبطل عقده عند عدم القبول وهذا مما لا يقول به أحد ، وإنما يبطل استحقاق الموقوف عليه لمنفعة الوقف ، وينتقل إلى من يليه مما عينه الواقف وهكذا ، وإلا عاد الموقوف إلى الواقف أو ورثته ؛ لعدم وقوعه على محله .

وعليه فإن أرجح المذهب الأول الذي يرى عدم اشتراط القبول لصحة العقد واعتباره شرط تمام لا شرط صحة حتى لا تلزم الغير إدخال مال في ملكه من غير رغبة منه ولا قبول

(١) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ / ٢٤٠ ، المغني : ٥ / ٢٤٩ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤ / ٢٩

(٢) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية النسوق : ٤ / ٨٨ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٧ / ٦٤٩ ، أنوار البروق في أنواع الفروع : ٢ / ١١١ ، مغني

المحتاج : ٢ / ٥١٩ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٢٦٠ ، شرح البهجة : ٣ / ٢٧١ ، المغني : ٥ / ٣٤٩ - ٣٥٠

(٣) - انظر ، مغني المحتاج : ٢ / ٥١٩ .

وفي ذلك سلطانه وتدخل يمنعا شرعا الحنيف ، وهذا أيضا رفع للتحكم الذي يقوم به الموقوف عليه الأول حال جعل قبوله شرطا له ، وهو ما أكده ابن حجر قوله : « وإن الوقف لا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه »^(١) .

ومنه يظهر أن الوقف من عقود الإرادة المنفردة سواء أكان الموقوف عليه معينا أم غير معين ، وهو ما حدا بالعلماء المعاصرين^(٢) إلى اعتباره كذلك .

ثالثا - قبول الوقف للفسخ :

اتفق الفقهاء^(٣) على عدم قبول الوقف للفسخ من جهة الموقوف عليه سواء أكان معينا أم غير معين للزومه في حقه سواء قبله أم لم يقبله ، ولكن يبطل حقه حال عدم قبوله دون أن يفسخ العقد ؛ لانتقاله إلى من يليه ، فإذا انتفى هذا الأخير عاد الموقوف إلى الواقف أو إلى ورثته، لا بناء على أنه فسخ ، وإنما لعدم وقوعه في محله . قال البهوتي : « والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها ؛ لأنه عقد يقتضي التأييد »^(٤) .

ولكن تباينت أقوالهم في مدى قبوله للفسخ من جهة الواقف بناء على لزومه أو عدمه إلى

ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : وهو رأي الإمام أبي حنيفة^(٥) الذي يرى قبول الوقف للفسخ من جهة الواقف ؛ لكونه عقد تبرع غير جائز ، يجوز الرجوع عنه ، فهو بمنزلة الإعارة غير اللازمة ؛ لبقاء العين عنده - أي عند أبي حنيفة - على حكم ملك الواقف .

إلا أنه استثنى من ذلك حالتين يلزم الوقف فيهما فلا يحق للواقف الفسخ والرجوع بالوقف بسببهما ، وهما حالة حكم القاضي بالوقف أو خروجه مخرج الوصية .

الاتجاه الثاني : وهو رأي الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية^(٦) الذين يرون أن الوقف لا

(١) - فتح الباري بشرح صحيح البخاري : ابن حجر العسقلاني ٣٩٧/٥

(٢) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٨٥ / ٤ ، التصرف الاتفرادي وأثره في الالتزامات والعقود في الفقه الإسلامي : عبد الله الدرعان ١١٧ ، الملكية ونظرية العقد : محمد أبو زهره ١٩٥ .

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٣٩ / ٤ ، حاشية الدسوقي : ٤ / ٧٦ - ٨٨ ، مغني المحتاج : ٥١٩ / ٢ ، إعالة الطالبين : ٢٧٠ / ٤ . الإحصاف : ٢٨ / ٧ ، كشاف القناع : ٢٩٢ / ٤ .

(٤) - كشاف القناع : ٢٩٢ / ٤ .

(٥) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٣٧ / ٤ - ٣٣٩ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ١٣٢ / ٢ .

(٦) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٣٧ / ٤ - ٣٣٩ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ١٣٢ / ٢ ، مغني المحتاج : ٢ / ٥١٠ ، المغني : ٣٤٨ / ٥ - ٣٤٩ ، كشاف القناع : ٢٥٢ / ٤ .

يقبل الفسخ ؛ لأنه أصبح عقدا لازما ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما أصاب أرضاً بخبير بعد أن جاء يستأمر النبي صلى الله عليه وسلم فيها : ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها لا تباع ولا توهب ولا تورث))^(١) ، فمنع تصرف الواقف بالموقوف دلالة واضحة على لزومه ، قال ابن قدامة : ((إنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة ، فأزال الملك))^(٢) .

لكن هذا اللزوم متوقف على قبض الموقوف من قبل الجهة الموقوف عليها ، شأنه في ذلك شأن سائر عقود التبرعات ، خلافاً للمفتى به عند الحنفية ، وهو قول أبي يوسف والمعتمد عند الحنابلة^(٣) الذين يرون أن اللزوم يحصل بمجرد التلفظ بالوقف ، ولا يشترط فيه القبض ؛ لأن الوقف تبرع يمنع التصرف بالعين الموقوفة ، فلزم بمجرد اللفظ ، ولا يقاس على سائر عقود التبرعات كالهبة ؛ لأنها في الحقيقة تملك مطلق بينما الوقف تحببب الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعنق أشبه ، فالحاقه به أولى .

الاتجاه الثالث : وهو رأي المالكية^(٤) الذين قالوا : بعدم قبول الوقف للفسخ مطلقاً بناء على أنه عقد إذا صح لزم ، ولا يتوقف على حكم حاكم ، ولا يشترط له القبض للزومه بل يجبر الواقف حال امتناعه عن تسليم الموقوف ، فالوقف عندهم بمنزلة إعارة لازمة ، لا يستطيع الواقف الفسخ والرجوع فيه بعد انعقاده حتى لو اشترط لنفسه الخيار في ذلك ما لم يحصل مانع من موت أو قلس أو مرض متصل بموته ، إلا إذ نص صراحة على الفسخ والرجوع فله ذلك فيما استنتجته من نصوصهم الفقهية التي عدت الوقف أيضاً في المرض أو بعد الموت بمنزلة الوصية ، فيأخذ أحكامها من حيث جواز الفسخ أو عدمه .

مما تقدم يمكن القول : إن الراجح عند الفقهاء هو أن عقد الوقف لا يقبل الفسخ ؛ بناءً على أنه عقد لازم .

(١) - أخرجه البخاري : كتاب الشروط ، باب الشروط في الوقف / ٢٥٨٦ ، أخرجه مسلم : كتاب الوصية ، باب الوقف / ١٦٣٢ ،

(٢) - المغني : ٣٤٩/٥

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٣٨/٤ ، كشف القناع : ٢٥٢/٤ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : ٢٩٥-٢٩٦ .

(٤) - انظر حاشية النسوي على الشرح الكبير : ٧٥/٤ ، الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ١٠٧/٤ .

قابلية العقد الموقوف للفسخ

اختلف الفقهاء في مدى قبول هذا العقد للفسخ بناء على اختلافهم في مشروعيته حيث أجازته الحنفية والمالكية^(١) وأبطله الشافعية والحنابلة^(٢) ، وقد سبق بيان أدلة كل من الفريقين فيما ذهبوا إليه^(٣) إلا أنه ترجح لديّ أن العقد الموقوف عقد صحيح غير نافذ ، وبالتالي فإنه يقبل الفسخ في نظر المجيزين له^(٤) ؛ لانعقاده صحيحاً غير لازم نتيجة توقيفه على إجازة صاحب الشأن ، وهو من صدر التصرف لأجله ، فإن أجازته نفذ وإلا فسخ من أصله ، وقد مثل له الفقهاء بأمثلة متعددة نذكر منها^(٥) : تصرف الصغير غير المميز في أمواله تصرفاً غير مأذون فيه يحتمل النفع والضرر ، والذي يُعدّ عقداً موقوفاً على إجازة وليه ، وتصرف المدين المفلس بعد موقوفاً على إجازة الدائنين ، وتبرع المريض مرض الموت من هبة أو صدقة فيما زاد عن الثلث ، يُعدّ عقداً موقوفاً على إجازة الورثة ، ونحو ذلك من التصرفات غير المأذون بها ، والمتوقفة على إجازة صاحب الحق في التصرف ، فإن لم يجز انفسخ العقد من أصله عند المجيزين للعقد الموقوف ، ووقع باطلاً عند المانعين له .

وتظهر صورة العقد الموقوف أيضاً بشكل جلي في تصرف الفضولي الذي سأتناوله بالدراسة والبيان من حيث دلالاته على العقد الموقوف وقبوله للفسخ ، وذلك فيما يأتي :

** - عقد الفضولي :

إن المتتبع لنصوص الفقهاء يجد أنهم مثلوا بتصرف الفضولي في الغالب ؛ للدلالة على

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٤٨/٥ - ١٤٩ ، فتح القدير : ٥٠/٧ وما بعدها ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٠٣/٤ وما بعدها ، بداية المجتهد : ١٢٩/٢ - ١٣٠ ، الفوانين الفقهية : ١٦٣ ، مواهب الجليل : ٢٧٠/٤ وما بعدها ، أنوار البروق في أنواع الفروق : ٢٤١/٣ - ٢٤٥ ،

(٢) - انظر ، مغني المحتاج : ٢١/٢ ، المجموع شرح المهذب : ٣١٥/٩ وما بعدها ، إعاة الطالبين : ٨/٣ ، روضة الطالبين : النووي ٩٣/٥ - ٥٧٠/٣ ، الإصناف : المرداوي ٢٨٣/٤ ، المغني : ١٥٦/٥ ، القواعد ابن رجب ٣٨٣ ،

(٣) - سُنّد سبق الحديث عن العقد الموقوف تعريفاً ومشروعياً عند الحديث عن الانفساخ بسبب الاستحقاق ؛ لأن ظهور مستحق للمعقود عليه ما هو إلا تصرف يأخذ حكم التصرف الفضولي .

(٤) - وهذا يوضح أن غير المجيزين للعقد الموقوف يقولون بعدم قبوله للفسخ ؛ لعدم انعقاده عندهم أصلاً ؛ لأن الفسخ يرد على العقد المنعقد ولا يرد على العقد الباطل ، جاء في قواعد الفقه : ٥٠٣/١ ((قبيع الفضولي منعقد)) وقد سبق أن أشرت إلى هذا المعنى بوضوح في بداية هذه الأطروحة .

(٥) - انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٧٥/٦ وما بعدها ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٤٠١/١ وما بعدها . الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣١٨٦/٤ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا ٥٠٠/١ - ٥٠٢ ، ضوابط العقد : عدنان التركماني ٢٤٨ - ٢٥٠

العقد الموقوف ؛ لأنه أبرز صور هذا العقد ، وفيما يأتي بيان تعريفه ، ومدى قبوله للفسخ في حق الفضولي والمُملك والمُتملك :

١- تعريف الفضولي :

الفضولي لغة : هو المشتغل بما لا يعنيه^(١) ، وشرعاً : هو كل من يتصرف بحق الغير تصرفاً قولياً^(٢) بدون إذن شرعي^(٣) ، كمن يبيع متاع غيره دون سابق إذن منه ، أو يرهنه أو يؤجره وما شابه ذلك من التصرفات في حق الغير .

٢- قبوله للفسخ :

بما أن التصرف الفضولي شكل من أشكال العقد الموقوف ، فهو يقبل الفسخ قبولاً متفاوتاً في حق أطرافه بناء على وقوعه قبل الإجازة أو بعدها ، فللفضولي حق الفسخ من جهته قبل إجازة من صدر العقد له لا بعدها ؛ ليدفع الحقوق التي تلزمه نتيجة الإجازة ؛ لأنه يصبح بعدها كالوكيل ، فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب مثلاً بالتسليم ، ويخاصم في العيب ونحوهما ، وفي ذلك ضرر قد يعود عليه ، فله دفعه عن نفسه ، وطريق ذلك هو فسخ العقد قبل ثبوته^(٤) .

هذا ويقبل عقد الفضولي الفسخ أيضاً من جهة الممتلك قبل الإجازة ؛ لعدم لزومه في حقه ، لتعلق حق صاحب الشأن فيه^(٥) . قال الكاساني : « وكذا إذا فسخه المشتري بنفسه »^(٦) ، خلافاً للملكية الذين يرون أن عقد الفضولي لا يقبل الفسخ من جهة الممتلك للزوم العقد في حقه ، وهو ما أشار إليه الدردير بقوله : « إذا لم يعلم المشتري بأن البائع فضولي ، بل ولو علم المشتري بذلك وهو لازم من جهته ، منحل من جهة المالك »^(٧) . كما يقبل الفسخ أيضاً من جهة المملك له ؛ لأن نفاذ العقد متوقف على إجازته ، فإن أجازته

(١) -المصباح المنير : مادة / فضل / ٤٧٥ ، المغرب : مادة / فضل / ٣٦٢ ، القاموس المحيط : مادة / فضل / باب اللام فصل الغاء .

(٢) -وتجدر الإشارة إلى تحديد التصرف بالقولي لإخراج التصرف الفعلي الذي لا يعد القيام به من قبيل التصرف الفضولي وإنما من قبيل الغصب ويسمى فاعل ذلك التصرف الفعلي غاصباً فيأخذ حكم الغصب . (المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا : ٥٠٣/١)

(٣) -انظر ، البحر الرائق : ٧٥/٦-٧٦ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ١٠٩/١ ، بداية المجتهد : ١٢٩/٢ ، مقني المحتاج : ٢١/٢ ، المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا : ٥٠٣/١ .

(٤) -انظر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٠٥/٤ .

(٥) -انظر ، بدائع الصنائع : ١٥١/٥ ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : ٤٠٥/١ .

(٦) - بدائع الصنائع : ١٥١/٥ .

(٧) - الشرح الكبير : الدردير ١٢ / ٣

نقد وإلا فُسخ ، قال الكاساني : ((بيع الفضولي عندنا موقوف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإن رده بطل^(١))).^(٢)

أما بعد الإجازة فيصبح العقد عقدا نافذا تجري عليه أحكام الفسخ التي أوضحتها في هذه الأطروحة .

وتجدر الإشارة إلى أن الفضولي في عقد النكاح لا يملك حق الفسخ سواء قبل الإجازة أم بعدها ؛ لأنه معبر محض ، بمعنى أنه بمثابة ناقل للعبارات التي تجعل حقوق العقد منوطة بالمجيز لا بالفضولي ، فقيامه بالفسخ ما هو إلا تصرف في حق غيره ، وهذا مما لا يصح ؛ لأن العقد قد انعقد في حق المتعاقدين – الفضولي والمُتملك – ولكن تعلق به حق من توقف على إجازته ، إذ إن الحكم عند الإجازة ثبت بالعقد السابق ، فلا يجوز له القيام بالفسخ ؛ لتعلق حق الغير به^(٣) .

بخلاف أبي يوسف من الحنفية^(٤) الذي أجاز فسخ الفضولي قبل الإجازة مطلقاً ؛ لأن العقد في نظره قبل الإجازة غير منعقد في حق الحكم ، وإنما انعقد في حق المتعاقدين فقط – الفضولي والمُتملك – فكان الفسخ منه قبلها تصرفاً في كلام نفسه بالرفع والنقض ، وهذا مما لا يمنعه أحد كما هو الحال في عقد البيع النافذ إذ يجوز أن يرجع أحد المتعاقدين قبل قبول الآخر ؛ لأنه رجوع في حق نفسه .

وختلصة القول : إن العقد الموقوف يقبل الفسخ من جهة الفضولي والمُتملك قبل الإجازة لا بعدها كما ويقبل الفسخ من جهة المُتملك صاحب الحق في إجازته ، بناء على أنه عقد لازم ، يستطيع أيُّ من أطرافه أن يتحلل من التزامه طالما لم تلحقه إجازة بعد ؛ لتعلق نفاذه على رضا صاحب الشأن فيه باستثناء المُتملك عند المالكية المجيزين للعقد الموقوف ، للزوم العقد في حقه.

(١) – هذا واستعمال الفقهاء لفظ البطلان هنا في حالة عدم إجازة العقد الموقوف إنما للدلالة على الفسخ ؛ لأن العقد في نظرهم قد انعقد صحيحاً ولكنه غير نافذ ، فعدم إجازته ، نقض له وجعله كأن لم يكن وما هو إلا معنى من معاني الفسخ ، وليس فيه معنى البطلان الذي يستوجب عندهم عدم الاعتقاد أصلاً .

(٢) – بدائع الصنائع : ١٤٧/٥ ، وانظر ، التاج والإكليل : ٢٧٠/٤ .

(٣) – انظر ، بدائع الصنائع : ١٥٢/٥ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٠٥/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي

١٧١/٤ .

(٤) – انظر ، المرجع السابقة .

الفصل الثاني

مدى قابلية عقد النكاح للفسخ

بعد أن تحدثت عن مدى قبول عقود المعاوضات المالية وعقود التبرعات للفسخ ، كان لزاماً عليّ أن أوضح مدى قابلية عقد النكاح للفسخ ؛ انسجاماً لموضوع الباب وتكاملاً لعناصر البحث ، ورفعاً لما قد يلتبس من تداخل في مسألة الفسخ والطلاق في الفرق بين الزوجين :

وعليه : فإنني سأقسم هذا الفصل إلى تمهيد وثلاثة مباحث كالآتي :

تمهيد :

- المبحث الأول : الحالات التي تجعل عقد النكاح قابلاً للفسخ .
- المبحث الثاني : الفرق بين الفسخ والطلاق .
- المبحث الثالث : تطبيقات في التمييز بين الفسخ والطلاق في الفرق الحاصلة بين الزوجين .

تمهيد :

أود أن أعرض إلى ما ذكره علماؤنا المعاصرون^(١) من حديث حول عدم قبول عقد النكاح للفسخ ، إذ صرح الكثير منهم إلى أن الأصل في عقد النكاح أنه لا يقبل الفسخ ؛ لأنه عقد لازم في أصل شرعيته نتيجة خصوصيته ، وما يترتب عليه من آثار تمس جوهر وكرامة المتعاقدين ، بخلاف باقي العقود المبنية على المشاححة ، لذا نجد الشارع الحكيم قد أحاطه بقدسية وأهمية أكثر من غيره ، من خلال أن أحكامه في نظر الشرع تنشأ في الجملة بمجرد وجود العبارات الدالة عليه والمنشئة له .

وهذا في الحقيقة استنتاج من أقوال الفقهاء^(٢) المتقدمين عند حديثهم عن أسباب الفسخ في العقود عامة وفي عقد النكاح خاصة ، إذ نجدهم يقررون أن الفسخ لا يلحق عقد النكاح في الأصل خلافاً لباقي عقود المعاوضات ؛ لأنه عقد لازم لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ، والفسخ بأسبابه المتعددة والمختلفة يوجدُ فاصلاً بين العقد والتزاماته ، وهذا من شأنه أن يرفع اللزوم عن هذا العقد ، وهو ما يتنافى ومقصد الشارع الحكيم في وجوب بناء هذا العقد خصوصاً أكثر من غيره على اللزوم نتيجة علاقته بجوهر وكرامة الإنسان ، وما يبني عليه من آثار تختلف كلياً عن أثر الفسخ في العقود الأخرى .

وما تطرق إليه بعض فقهاءنا من اعتبار بعض الفرق بين الزوجين فسحاً ما هو إلا استثناء من الأصل كما في الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار عند الشافعية والحنابلة كما سبق وأشرت إليه في حينه ، وكالفسخ بسبب خيار البلوغ وخيار عدم الكفاءة وخيار العيب في الجب والعنة ونحوها مما سنفصل القول فيه إن شاء الله تعالى .

وعليه : فإن عقد النكاح لا يقبل الفسخ بالخيار عموماً^(٣) إلا في الحالات الخاصة السابقة ؛ لأن وجود الخيار في عقد النكاح يتنافى ومقتضى هذا العقد ؛ لأنه عقد لا تتراخى آثاره عن عباراته المنشئة له ، والخيار بأنواعه المختلفة – باستثناء حالات من العيوب تعطي خيار العيب ؛ لرفع ضرر يلحق الزوجة غالباً ، وخيار البلوغ^(٤) ، وخيار عدم الكفاءة عند بعض الفقهاء دون آخرين ، وخيار الإعسار – يقتضي

(١) - د. وهبه الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته : ٣١٨٩/٤ ، عدنان التركماني في كتابه ضوابط العقد : ٢٧٦ ، محمد أبو زهره في كتابه الملكية ونظرية العقد : ٢٠٣ ، عبد الله الدرعان في كتابه المدخل للفقه الإسلامي : ٦٥١ .

(٢) - انظر ، البحر الرائق : ١١١/٦ ، حاشية ابن عابدين : ١٢٠/٥ ، حاشية الدسوقي : ٢٣٨/٢ ، مواهب الجليل : ٤٥٣/٣ ، إعانة الطالبين : ٣٣٦/٣ - ٣٣٧ ، فتح الوهاب : ٨٥/٢ ، المبدع : ٩١/٧ ، الكافي في فقه ابن حنبل : ٢٩٣/٢ ، المحرر في الفقه : ٢٤/٢ ، كشاف القناع : ٩٩/٥ ، ١١٢/٥ ، المغني : ٢٧/٦ ، ٥٤/٧ ، ٧١/٧ ، ١٤٠/٧ .

(٣) - قال الحطاب : ((النكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار)) ، مواهب الجليل : ٤٢٢/٣ .

(٤) - ذهب الطرفان من الحنفية إلى أنه يجوز فسخ عقد النكاح بخيار البلوغ فيما إذا كان الولي غير الأب والجد والابن .

تأخير الأحكام إلى انتهاء مدته - أي مدة الخيار - أو يختار فيها الفسخ أو الإمضاء ، وهذا من شأنه أن يؤخر حكم العقد عن عبارته ، وهو مما لا تقبله طبيعة هذا العقد ، لذا فإن الفسخ بالخيار لا يلحق هذا العقد في الأصل إلا ما تم استثناؤه ، قال البابرتي : ((لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا))^(١) .

وتجدر الإشارة إلى أن قبول النكاح للفسخ بخيار العيب ليس سببه العيب ذاته ، وإنما ما ينتج من ضرر بدليل أن حق الفسخ لا يثبت فقط بالعيب القائم وقت العقد ، بل يتعداه إلى كل عيب يعرض بعد ذلك مع أن الخيارات التي يثبتها الفقه الإسلامي يجب لتحقيق معناها أن يكون سببها قائما وقت إنشاء العقد ، فخيار العيب يوجب أن يكون العيب قائما وقت العقد ولا يعلمه ، ولذلك يكون الفسخ بخيار العيب في البيع ونحوه مستندا إلى وقت العقد ، أي أنه يعود عليه بالنقض لنقصان الرضا وقت الإنشاء ، وليس الأمر كذلك في التفريق للعيب في الزواج ، إذ إنه يثبت من وقت حكم القاضي ، وأما العيب الثابت وقت العقد فإن سبب الفسخ يكون قائما من وقت إنشائه ، وإن تأخر العلم به ، ويكون العقد غير لازم بالنسبة لها ، ولكن التفريق لا يكون مستندا إلى وقت العقد ، كخيار العيب في عقود المعاوضات ، بل يكون ثابتا من وقت الحكم ، ولذلك تترتب الآثار إلى ما قبل الحكم ، فتجب النفقة اتفاقا ، ويثبت المهر كله بعد الدخول ، أو بعضه قبله^(٢) .

هذا ولا يقبل هذا العقد الفسخ بالإقالة أيضا ؛ لعدم قبوله الفسخ بالخيار ، فلا يمكن للعاقدين أن يتراضيا على فسخه ونقضه^(٣) ؛ لأنه متى انعقد وقع لازماً لحق الشارع لا يُنقض بإرادتهما لو اتفقا على فسخه ، قال ابن نجيم : ((لا تصح الإقالة في النكاح))^(٤) .

وهنا يثار التساؤل الآتي : كيف يتفق القول بعدم قبول عقد النكاح للفسخ من قبل الزوجين ، بينما يستطيع الزوج أن يتحلل من تعاقدته هذا بالطلاق ؟

وبعبارة أخرى : كيف يقال إن عقد النكاح لازم في حق الزوجين ، بينما يستطيع الزوج أن ينهيه بالطلاق ؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال تظهر في المبحث الثاني من هذا الفصل من خلال بيان الفرق بين الفسخ والطلاق .

(١) - العناية شرح الهداية : ٣٠٠/٤ .

(٢) - محاضرات في عقد الزواج وآثاره : محمد أبو زهره ٩٤ .

(٣) - وما يتم التفريق بين الزوجين بالمخالعة سنوضحها في المبحث الثاني في اعتبارها فسحا أم طلاقا وآراء الفقهاء في ذلك .

(٤) - البحر الرائق : ابن نجيم ١١١/٦ .

المبحث الأول

الحالات التي تجعل عقد النكاح قابلاً للفسخ^(١)

يظهر مما تقدم أن عقد النكاح يقبل الفسخ في بعض الحالات وفي نظر بعض الفقهاء دون آخرين تبعاً للأسباب التي تجعله قابلاً للفسخ ، وفيما يأتي تفصيل ذلك :

أولاً - قابلية عقد النكاح للفسخ بخيار العيب :

اختلف الفقهاء في مدى قبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب إلى مذهبين :

المذهب الأول : ويمثله الحنفية^(٢) الذين يرون أن عقد النكاح متى انعقد صحيحاً فإنه لا يقبل الفسخ بخيار العيب مطلقاً ؛ لأنه عقد لازم في حق الزوجين ، وعللوا ذلك بأن فوات الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب حق الفسخ ، فالعيب أولى ؛ لأنه لا يمنع الاستيفاء بالكلية وإنما يُخَدِّثُ فيه خللاً ، لذا لا يجب الفسخ به .

قال ابن الهمام : « ولنا أن فوات الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى ، وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات ، والمستحق هو التمكن وهو حاصل »^(٣) .

وذكروا أن هذا التوجه يؤيده قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي والخطابي ، كما أنه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما^(٤) .

أما جوازهم الفسخ للزوجة بالجيب ، والعنة ، والخصاء ، إنما هو لفوات المعقود عليه لا بناء على وجود عيب في الزوج ، فالمعقود عليه هو الوطاء ، ووجود مثل هذه الحالات تمنعه فجاز لها طلب الفسخ ؛ لفوات المعقود عليه ؛ لأنه يستحيل معها وجوده ، كحالة هلاك المبيع في عقد البيع ، وهلاك المأجور في عقد الإجارة قبل التسليم ، فالعقد يفسخ بهلاك محله قبل التسليم في عقود المعاوضات المالية ؛ لفوات المعقود عليه لا للعيب ، فكذلك في عقد النكاح ، وهذا ما جعل أبا حنيفة وأبا يوسف يقولان : بالفسخ في هذه العيوب الثلاثة دون غيرها ، أما محمد بن الحسن : فقد قاس عليها أيضاً الجنون والجدام والبرص ؛ بعلّة تفويت الوطاء في الكل ، إذ إن الزوجة تنفر منها - أي من هذه العيوب - عادة فتمنع تسليم نفسها خشية الضرر ، فبفوت حقها نتيجة عدم وطئها لمانع من جهة الزوج ، فكانت هذه العيوب في

(١) - وتجدر الإشارة إلى أن طبيعة الفرقة الحاصلة بمثل هذه الحالات قد تكون فسحاً وقد تكون طلاقاً ، وأما استعمال لفظ الفسخ ، إنما هو سير على منهج الفقهاء ، وفي المبحث الثالث سأعرض لطبيعة تلك الفرق .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٢٧/٢ - ٣٢٨ ، العناية شرح الهداية : ٣٠٣/٤ - ٣٠٥ ، البحر الرائق : ١٣٧/٤ ، فتح القدير : ٣٠٣/٤ - ٣٠٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٠١/٣ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٢٧٦ وما بعدها .

(٣) - فتح القدير : ٣٠٥/٤ . (٤) - انظر ، فتح القدير : ٣٠٤/٤ ، رد المحتار : ابن عابدين ٥٠١/٣ .

حكم عيوب الجب والعنة والخصاء .

هذا وقد وقع بعض الباحثين المعاصرين^(١) في توهم عندما أشاروا إلى أن الحنفية أجازوا الفسخ بالعيوب الثلاثة السابقة دون غيرها بناء على وجود العيب ذاته ، لا بناء على فوات محل العقد ، وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وزاد عليها محمد بن الحسن الجنون والجدام والبرص ، ولم يدركوا أن الحنفية^(٢) أنفسهم وضحوا ذلك من خلال سياق حديثهم عند تعليل الفسخ بهذه العيوب ، إذ يذكرون فوات الاستيفاء بالمعقود عليه المتمثل في الوطء . وهذا ما صرح به الكاساني في قوله : « إن الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد »^(٣) .

وقال صاحب الهداية : « إن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما ثبت في الجب والعنة ؛ لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح »^(٤) . وهذا ما أكده الشيخ محمد أبو زهره ، بقوله : « وإنما اقتصر الشيخان على هذه العيوب دون غيرها ؛ لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الرجل صالحاً ، لذلك فقد أصبح تنفيذ حكم العقد مستحيلًا فلا جدوى في بقائه ؛ لأن في البقاء مع ذلك ضرراً بالمرأة لا يقبل الزوال والأساس الذي بنى عليه الشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ولكن لما كان العيب التناسلي في الرجل يخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء ، فيطلق مختاراً أو غير مختار ، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج في الجملة ، فلا يصح التفريق إلا ممن يملكه بالأصالة وهو الزوج »^(٥) .

أما وجود مثل هذه العيوب وغيرها كالرتق والقرن^(٦) في الزوجة لا تعطي الزوج خيار الفسخ في نظر فقهاء الحنفية ، وبالتالي فإن عقد النكاح غير قابل للفسخ في جانب الزوج عندهم ، فقد قال الكاساني : « وأما في جانب المرأة ، فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها »^(٧)

(١) - الأستاذ المرسي عبد العزيز السماحي في كتابه بحوث في فرق النكاح : ١٦٨ ، الأستاذ فؤاد جاد الكريم في كتابه حق الزوجين في طلب التفريق : ١٢٣ ، محمد يوسف موسى في كتابه أحوال شخصية : ٣٢٨-٣٢٩ .

(٢) - انظر ، البحر الرائق : ١٣٧/٤ ، بدائع الصنائع : ٢٣٧/٢ ، العناية شرح الهداية : ٣٠٣/٤-٣٠٥ ، فتح القدير : ٣٠٣/٤-٣٠٥ .

(٣) - بدائع الصنائع : ٣٢٧/٢ .

(٤) - الأحوال الشخصية : محمد أبو زهره ٣٧٨-٣٧٩ .

(٦) - الرتق : هو أن يخرج على فم فرج المرأة شيء زائد عضلي أو غشائي يمنع الجماع والمرأة الرتقاء : بينة الرتق إذا لم يكن لها فرق إلا المبال (انظر ، أنيس الفقهاء : ١ / ١٥١ ، قواعد الفقه : ١ / ٣٠٤) . القرن : عيب في

فرج المرأة يتمثل في وجود مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما لغدة غليظة أو لحمة مرتتقة (انظر ، المطلاع : ١ / ٣٢٣ ، قواعد الفقه : ١ / ٤٢٧) .

(٧) - بدائع الصنائع : ٣٢٧/٢ .

وعللوا ذلك بأن الوطاء ممكن بالجملة مع هذه العيوب ، إذ يمكن إزالته بجراحة وغيرها ، والمرأة تجبر على ذلك ، ثم إن الزوج يستطيع أن يدفع الضرر عن نفسه بما ملكه الله تعالى من الطلاق بخلاف المرأة ، فكان الفسخ طريقاً للخلاص مما أصابها ، والطلاق سبيل للزوج في مثل ذلك^(١) .

المذهب الثاني : ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) الذين يرون أن عقد النكاح يقبل الفسخ بخيار العيب كعقود المعاوضات المالية^(٣) ، فإذا ما وجد أحد الزوجين عيباً في صاحبه انتفى لزوم العقد في حقه وأصبح قابلاً للفسخ به ؛ لأن العاقد أبرم عقده على أساس السلامة التي هي مطلوبة عادة ولو لم يشترطها ، فإذا ما ظهر عيب في أحدهما تبين أن إرادة العاقد الآخر قد خُدشت من الأصل ، فجاز لمن تعيبت إرادته خيار الفسخ ؛ لدفع ما لحقه من ضرر أو غبن ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بما روى جميل بن زيد أنه قال : صَحِبْتُ شَيْخًا مِنَ الْأَنْصَارِ ذَكَرَ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ صُحْبَةٌ يُقَالُ لَهُ : كَعْبُ بْنُ زَيْدٍ أَوْ زَيْدُ بْنُ كَعْبٍ ، فَحَدَّثَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا ، وَضَعَ ثَوْبَهُ وَقَعَدَ عَلَى الْفِرَاشِ ، أَبْصَرَ بِكَشْحِهَا^(٤) بَيَاضًا ، فَانْحَازَ عَنِ الْفِرَاشِ ، ثُمَّ قَالَ : « حَذِي عَلَيْكَ ثِيَابِكِ » وَلَمْ يَأْخُذْ مِمَّا آتَاهَا شَيْئًا^(٥) .

وجه دلالة الحديث في نظرهم هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فارق المرأة لما وجد بكشحها برصاً ، وهو عيب ، وفي رواية أنه صلى الله عليه وسلم ، قال : « دلستم عليّ » فدل على جواز الفسخ^(٦) ، وقاسوا غيره عليه ، قال الشيرازي : « فتبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص ؛ لأنها في معناه في منع الاستمتاع »^(٧) .

٢- بما روى أبو هريرة ، أنه قال : سمعتُ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول :

(١)- انظر ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٢٨٠-٢٨١ .

(٢)- انظر ، بداية المجتهد : ٣٨ / ٢ ، حاشية النسوق على الشرح الكبير : ٢٧٧ / ٢ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٤٧ / ٣ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٤١٧ / ٢ ، مفتي المحتاج : ٢٥٨-٢٥٩ / ٣ ، المهذب : الشيرازي ٤٨ / ٢ ، إعانة الطالبين : ٣٣٥ / ٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٧٥ / ٣ - ١٧٧ ، المنقى : ١٥٢ / ٧ - ١٥٣ ، كشف القناع : ١٠٥ / ٥ - ١٠٩ ، الكافي في فقه ابن حنبل ٦٠ / ٣ وما بعدها ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى ٢٨٠-٢٨١ .

(٣)- غير أن جمهور الفقهاء الثنتين بجواز الفسخ بخيار العيب أوضحو أن قبول عقد النكاح لفسخ بخيار العيب ليس على إطلاقه كما في عقود المعاوضات المالية نظراً لما يتمتع به عقد النكاح من أهمية وقداًسة تنطوي عليها حفظ كرامة الإنسان عادة لذا حددوا العيوب التي أجزوا الفسخ بها ، وليس كل عيب في الزوجين أو أحدهما يجعل هذا العقد قابلاً للفسخ .

(٤)- الكشح : ما بين الخصرتين إلى الضلع .

(٥)- رواه أحمد في مسنده : كتاب مسند المكين ، باب حديث كعب بن زيد أو زيد بن كعب / ١٥١٥٥ ، وقد انفرد به الإمام أحمد ، وقال ابن الهيثم في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : ٢٠٧ / ٢ : (جميل بن زيد ضعيف) ، وقال الصنعاني في سبل السلام ٢٦١ / ٣ : « جميل بن زيد مجهول ، واختلف عليه في شيخه اختلافاً كثيراً » .

(٦)- المهذب : الشيرازي ٤٨ / ٢ ، وانظر ، الكافي في فقه ابن حنبل ٦٠ / ٣ .

(٧)- انظر ، سبل السلام : الصنعاني ٢٦١ / ٣ .

((فرَّ من المَجْدُومِ فرَارَكَ مِنَ التَّاسِدِ))^(١) .

وجه دلالة الحديث في نظرهم أن الفسخ طريق للفرار من هذا العيب ، ويقاس عليه غيره
بجامع علة العدوى والنفرة في الكل^(٢) .

٣- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ((أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبَيَّهَا
جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صِدَاقُهَا كَامِلًا وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا))^(٣) ، وفي
رواية أخرى للدارقطني : ((قَضَى عُمَرُ فِي الْبَرَصَاءِ وَالْجَذَمَاءِ وَالْمَجْنُونَةِ إِذَا دَخَلَ بِهَا فُرْقٌ
بَيْنَهُمَا وَالصَّدَاقُ لَهَا بِمَسِّسِهِ إِثَامًا وَهُوَ لَهُ عَلَى وَلِيِّهَا . قَالَ قُلْتُ لَهُ أَنْتَ سَمِعْتَهُ قَالَ نَعَمْ))^(٤) .

وجه دلالة هذا الأثر في رأيهم أن قول أو قضاء عمر بن الخطاب بالتفريق بين الرجل
وامراته عند وجود العيب لدليل على جواز الفسخ ، إذ الرجوع لدليل التخيير ، ويقاس عليه كل
عيب بجامع النفرة من الوطء ، وقد ذهب بعض الصحابة الكرام كابن عباس إلى مثل ذلك
فأجازوا الفسخ بعيب الجنون والجذام والبرص ونحوهما^(٥) .

مناقشة أدلة الفريقين :

* مناقشة أدلة المجيزين لقبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب :

ناقش المانعون لقبول عقد النكاح للفسخ المجيزين له فيما استندوا إليه بما يأتي :

١- إن استدلالكم بما رواه جميل بن زيد عن كعب بن زيد أو زيد بن كعب لا نسلم لكم به
سندا ولا متنا ، وبيان ذلك فيما يأتي^(٦) :

١- من جهة السند : هذا الحديث سنده ضعيف ؛ لأن جميل بن زيد غير ثقة فضلا عن
أنه مضطرب في حديثه ؛ لأنه يرويه تارة عن ابن عمر وتارة أخرى عن زيد بن كعب بن
عجره ، وقيل عن كعب بن زيد ، وقال البيهقي في سننه الكبرى : ((وجميل بن زيد تفرد بهذا
الحديث واضطرب الرواة عنه لهذا الحديث وقال البخاري لم يصح حديثه))^(٧) ، وقال
الهيثمي : ((جميل بن زيد ضعيف))^(٨) ، وقال الصنعاني : ((جميل بن زيد مجهول ، واختلف

(١)- أخرجه البخاري : كتاب الطب ، باب الجذام / ٥٧٠٧ / بلفظ : ((لَنَا عَذْوَى وَنَا طَبِيزَةٌ وَنَا هَامَةٌ وَنَا صَفْرٌ وَفَرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا نَفَرٌ مِنَ التَّاسِدِ)) أخرجه أحمد

في مسنده : كتاب باقي المكتوبين ، باب مسند أبي هريرة / ٩٣٤٥ / ، وأخرجه البيهقي : كتاب النكاح / ١٤٦٣٤ / .

(٢)- انظر ، حاشية السنوسي على الشرح الكبير : ٥٢٩/٢ ، شرح الزرقاني : ٤٢٥/٤ ، مغني المحتاج : ٢٥٩/٣ ، الإقناع : ٤٢١/٢ ، إغارة الطالبين :

٣٣٥/٣

(٣)- أخرجه مالك في الموطأ : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحياء / ١٦٩ / ، وأخرجه البيهقي في سننه : ٢١٤/٧ ، وفي معرفة السنن والآثار
في النكاح ، باب العيب في المتكحة / ٤٤٨٦ / ، وجاء في الجوهر النقي لابن التركماني : ٧ / ٢١٤ (ذكر مالك أن ابن المسيب ولد لنحو
ثلاث سنين مضت من خلفه عمر وانكر سماعه منه وقال ابن معين لم يثبت سماعه منه)) .

(٤)- أخرجه الدارقطني في النكاح ، باب المهر / ٣٧١٧ /

(٥)- انظر ، نيل الأوطار : ١٨٦/٦-١٨٧ ، سبل السلام : ٢٦١/٣ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ٢٨١ .

(٦)- انظر ، بدائع الصناعات : ٣٢٧/٢-٣٢٨ ، العلية شرح الهداية : ٣٠٥-٣٠٣/٤ ، البحر الرائق : ١٣٧/٤ ، فتح القدير : ٣٠٣-٣٠٥/٤ ، رد
المحتار على الدر المختار : ٥٠١/٣ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ٢٧٦ وما بعدها .

(٧)- السنن الكبرى للبيهقي : ٢١٤/٧

(٨)- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : الهيثمي ٢٠٧/٢ .

عليه في شيخه اختلافا كثيرا^(١) .

ب - من جهة المتن : هذا الحديث لو سلمنا بصحته سنداً ، فلا دلالة فيه على خيار الفسخ ؛ لأن تصرف النبي صلى الله عليه وسلم يعد طلاقاً لا فسخاً ، ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم في رواية : « الحقي بأهلك » ، وهذا من كنايات الطلاق ، وبدليل أنه صلى الله عليه وسلم لم يأخذ منها شيئاً ، فلو كان فسخاً لاسترد ما أخذته .
وعليه فلا دلالة في هذا الحديث على ما نحن بصده .

٢- إن استدلالكم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « فرّ من المَجْذُوم » لا يسعفكم في الدلالة على مرادكم ؛ لعدم تعين الفسخ طريقاً وحيداً للاجتناب والفرار ، إذ يمكن ذلك بالطلاق والمخالعة ؛ وهما طريقان أفضل من الفسخ لما فيه من التشهير والإيذاء دونهما^(٢) .

٣- إن حمل قول عمر بن الخطاب أو قضاؤه على الفسخ دون سواه أمر غير قاطع لاحتمال أن يُحمل على الطلاق ، وما دام الدليل قد تطرق إليه الاحتمال ، فإنه يسقط به الاستدلال ، والرجوع الذي يعد دليل التخيير لا دلالة فيه أيضاً على الفسخ بل يسند إلى التعرير ؛ لأنه تضمن خارج عن نطاق العقد^(٣) .

وعليه فإن الحنفية لا يرون في أدلة الجمهور ما ينهض بالقول بقبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب .

مناقشة أدلة المانعين :

نوقش الحنفية فيما ذهبوا إليه من جهتين^(٤) :

أ - الجهة الأولى : إن إمكانية الوطاء بالجنون والجذام والبرص وداء الفرج بالفتق والشق أمر لا يخلو من المخالطة من حيث إن الجنون لا يؤمن معه على الحياة ، والجذام والبرص فيهما عدوى للزوج والنسل ، وأما شق الفرج أو فتقه ، ففيه تجاوز ومخاطرة على حياة المرأة ، فضلاً عن أنه لا يخلو من تكلفة للزوج وعبء وضرر مغوي ، والإسلام ينهى عن الضرر بكل أشكاله وصوره .

ب - الجهة الثانية : إن قياسكم عدم قبول النكاح للفسخ على عدم قبوله له بالموت قياس مع الفارق ؛ لأن عقد النكاح أصلاً مؤقت بحياة الزوجين فلا يقاس عليه اختلال الاستمتاع نتيجة وجود عيب من حيث إن العيب باق ما دام الزوجان على قيد الحياة .

(١) - سبل السلام : الصنعاني ٢٦١/٣ . (٢) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٢٨١ . (٣) - المرجع السابق : ٢٨٢ .

(٤) - انظر ، بداية المجتهد : ٣٨ / ٢ ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير : ٢ / ٢٧٧ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : ٤٤٧ / ٣ ، حاشية نساوي على شرح الصغير : ٤٦٧ / ٢ ، معني المحتاج : ٣ / ٢٥٨-٢٥٩ ، المذهب : الشيرازي ٤٨ / ٢ ، إعاة الطالبين : ٣ / ٣٣٥ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٣ / ١٧٥-١٧٧ ، المعنى : ٧ / ١٥٢-١٥٣ ، كشف القناع : ٥ / ١٠٥-١٠٩ ، الكافي في فقه ابن حنبل ١٠ / ٣ وما بعدها ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى ٢٨٠-٢٨١ .

الترجيح :

على ضوء ما تقدم من آراء وأدلة ومناقشات ، فإنني أرحح ما ذهب إليه الحنفية القائلين : بعدم قبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب مطلقاً ؛ لأنه الأصوب والأحوط في نظري ؛ لعدم نهوض أدلة الجمهور إلى درجة تقوي رأيهم من جهة ؛ ولأنه يحافظ على سمعة وكرامة الزوجين الذي ما شرع عقد النكاح إلا من أجل تحقيقهما من جهة أخرى ، وما يقول به بعض الباحثين^(١) من أن « الشريعة الإسلامية تحرم على البائع كتمان عيب سلعته ، كما تحرم على من علم به أن يكتمه ، وجعلت للمشتري حق رد المبيع بسبب ذلك ، فمن باب أولى أن تجعل لكلا الزوجين ذلك الحق إذ وجد في صاحبه عيباً يخل بمقصود النكاح ، أو يوجد نفرة بين الزوجين ، لما في ذلك من الأمور التي تتنافى مع الحكمة من شرعية النكاح »^(٢) .

يمكن القول : إن الشارع الحكيم أعطى هذا العقد ميزة جعلته يفوق باقي العقود أهمية وقداسة ، ويظهر ذلك من خلال تشريع أحكامه وطرق بنائه التي تختلف كلياً عن عقود المعاوضات المالية ، لذا لا يجوز أن يقاس عليها ، وما يمكن أن يوجد العيب في أحد الزوجين من قلق ونفرة ونحوهما تجاه الآخر يعكس صفو الحياة الزوجية ، أمر مستبعد لو أتبعنا تلك الأحكام الشرعية المتعلقة به ؛ لأن كلا الزوجين مأموران بأن يمعن في صاحبه للإطلاع على ما يمكن معرفته من الآخر ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبه وقد خطب امرأة ليتزوجها : « انظر إليها قبلة أخرى أن يؤتمم ببيئكما »^(٣) .

أما إن كان مما لا يُطلع عليه ، فسؤال المحارم والأصدقاء والجيران ونحوهما كفيل في معرفة ما قد يخفيه الإنسان عادة ، خاصة وأن الزوجين مأموران بالاختيار على أساس من الدين والتقوى ، فإن أهمل ذلك ، فينبغي أن يتحمل نتيجة تقصيره .

وما لا يُعلم من العيب بما سبق ، فيمكن رفع ضرره عن الزوج السليم منهما بالطلاق أو بالمخالعة ، إذ بهما يحافظ على سمعة وكرامة الزوجين مع إزالة ما يمكن أن يلحقه العيب من

(١) - كالاستاذ مرسى في كتابه بحوث في فرق النكاح ١٩٣ .

(٢) - بحوث في فرق النكاح : المرسي ١٩٣ .

(٣) - أخرجه الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة / ١٠٧٨ / ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها / ١٨٥٥ / ، النسائي : كتاب النكاح ، باحة إباحة النظر قبل التزويج / ٣١٨٣ / ، وأخرجه احمد في مسنده : كتاب أول مسند الكوفيين ، حديث المغيرة بن شعبه / ١٧٤٣٥ / ، الدارمي في سننه : كتاب النكاح ، باب الرخصة في النظر على المرأة عند الخطبة / ٢٠٧٧ / . وجاء في فتح الباري : ٩ / ١٨١ ((وسنده حسن وله شاهد من حديث محمد بن مسلمة وصححه بن حبان والحاكم وأخرجه أحمد وابن ماجه ومن حديث أبي حميد أخرجه أحمد والبخاري ثم ذكر المصنف فيه حديثين الأول حدث عائشة ((، وقال الصنعاني في سبل السلام : ٣ / ١١٣ ((رجاله ثقات ((، وفي خلاصة البدر المنير : ٢ / ١٧٩ ((قال الترمذي : حسن (() .

ضرر في الزوج الآخر .

فضلا عما تقدم فإن القول : بعدم قبول عقد النكاح للفسخ يشكل سدا لذريعة التفريق بسبب العيب الذي يعده بعض الأزواج وسيلة للتخلص من صاحبه دونما تحمل لتبعات الطلاق أو المخالعة خاصة إن أجزنا الفسخ بكل عيب كما قال به بعض الباحثين ؛ استنادا إلى رأي جمهور الفقهاء الذين وضعوا ضوابط تحدد العيب وتقيده ، وما هذا التقييد إلا للدلالة على أن عقد النكاح ينبغي أن يصرح ويحافظ عليه قدر الإمكان من النقص والرفع ونحوهما ؛ لأنه يتعلق بشخص الإنسان وكيانه^(١) .

ولهذا كله فإنني أرجح رأي الحنفية في عدم قبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب ، وهو ما أخذ به أستاذنا الجليل الدكتور أحمد الحجي الكردي حفظه الله ورعاه^(٢) .

ثانياً - قابلية عقد النكاح للفسخ بخيار البلوغ والإفاقة :

صورة المسألة :

قد يزوج الولي من كان تحت ولايته من القاصرين ، دون أن يكون لهم رضا يعتد به وقت العقد ، فهل يجيز فقهاء الإسلام خيار الفسخ لهذا القاصر حين بلوغه أو حين إفاقته ؟ وهل يشترط وجود الكفاءة ومهر المثل فيمن زوج وهو قاصر حتى يقع العقد صحيحاً ؟ أم يكفي شفقة الولي دون أي اعتبار آخر .

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تظير من خلال ما يأتي :

* - آراء الفقهاء في مدى قبول عقد النكاح للفسخ بخيار البلوغ والإفاقة :

تبينت أقوال الفقهاء وآراؤهم في مدى قبول عقد النكاح للفسخ بخيار البلوغ والإفاقة إلى مذهبين :
المذهب الأول^(٣) : وأصحابه أبو حنيفة ومحمد بن الحسن اللذان يريان قبول عقد النكاح للفسخ إن كان الولي المزوج غير الأب والجد والابن شريطة أن تتوفر الكفاءة ومهر المثل ؛ لأن انعدامهما يفسد العقد ، فإذا ما زوج العم أو الأخ وغيرهما من أصحاب الولاية مَنْ كان تحت ولايته من القاصرين ، وقع العقد نافذاً غير لازم في حق القاصر ، فإذا ما استكمل

(١) - انظر ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٢٨٢-٢٨٣ .

(٢) - انظر ، فسخ الزوج : د. أحمد الحجي الكردي ٢٨٢ وما بعدها . فقد تعرض حفظه الله تعالى إلى ضوابط وشروط العيب عند جمهور الفقهاء المجيزين لقبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب ، وآثرت عدم التعرض لهذه الأمور لسببين : أولهما : تناول أستاذنا لها بالدراسة والبيان وقد أجاد في ذلك حفظه الله تعالى ، وثانيهما : إنني رجحت رأي الحنفية في عدم قبول هذا العقد للفسخ ، وبالتالي لا داعي لأن أتناولها بالبيان .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣١٥/٢ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٦٥/٣ وما بعدها ، البحر الرائق : ١٢٨/٣ -

أهليته بأن بلغ أو أفاق من جنونه ، جاز له خيار الفسخ ؛ لأن العقد تم دون تمام الرضا مع مظنة المصلحة له دون تأكيدها قطعاً ؛ لأن تلك المصلحة لا تعلم حقيقة إلا من قبل الزوجين نفسيهما ؛ لما تتطوي عليه من الرغبة والانسجام والملائمة ونحوها ، وهذه أشياء لا يؤكد صحتها من عدمها إلا الزوجان ، فبترك لهما خيار الفسخ أو الإمضاء ؛ لوجود تلك الأشياء أو عدمها حفاظاً على استقرار الحياة الزوجية واستمرارها بعد اكتمال الأهلية .

بخلاف ما لو كان المزوج الأب أو الجد أو الابن ؛ لوفور شفقتهم التي تتحقق بها المصلحة المنشودة من النكاح ، لذا لا يخير الصغير ولا المجنون جنونا مطبقاً بالفسخ بعد بلوغه أو إفاقته ، بل يقع العقد صحيحاً لازماً شريطة أن لا يكون الأب أو الجد أو الابن مما يُعرف عنه سوء الاختيار .

ولكن إن زوج السكران أو المعروف بسوء الاختيار من الأب أو الجد أو الابن وليه الصغير من كفاء وبمهر المثل صح النكاح ولزم ؛ لعدم الضرر المحض .

وخالف أبو يوسف أبا حنيفة ومحمد ، وذهب إلى عدم قبول عقد النكاح للفسخ مطلقاً بخيار البلوغ والإفاقة ، معللاً ذلك بأن ولاية الإنكاح ولاية نظر في حق المولى عليه ، فيدل ثبوتها على حصول النظر الدال على حصول الشفقة ، وهذا يمنع ثبوت الخيار ؛ لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت لنفي الضرر ولا ضرر هنا ، ولهذا لم يثبت في نكاح الأب والجد الخيار فكذلك في غيرهما من الأخ والعم ونحوهما من أصحاب الولاية .

ورد أبو حنيفة ومحمد على رأي أبي يوسف ، بأن خيار الفسخ بعد البلوغ في حق غير الأب والجد ثابت بالنص لما روي أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد البلوغ ، فاختارت نفسها^(١) .

(١) انظر بدائع الصنائع : ٢ / ٣١٥ وقد أخرج هذا الحديث الإمام أحمد في مسنده : مسند المكثرين من الصحابة ، مسند عبد الله بن عمر ، وأخرجه إدار قطني : كتاب النكاح / ٣٧ ، / ٣ / ٢٣٠ باللفظ الآتي : عن عبد الله بن عمر قال ثوبان بن عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خويكة بنت حكيم بن أمية بن خزيمة بن داود قال وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون قال عبد الله بن عثمان قال فمضيت إلى قدامة بن مظعون فخطب ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ودخل المغيرة بن شعبان بن عبد الله بن عثمان قال فخطبت إليه وخطت الجارية إلى هوى أمها فابينا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمها عبد الله بن عمر فلم أقصر بها في الصلح وكنا في الكفاءة وتكفيها امرأة وإنما خطت إلى هوى أمها قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هي يتيمة وكنا نكحها إذا يابستها قال فانتزعتنا والله مبي بقد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبان ، وجاء في مجمع الزوائد : ٤ / ٢٨٠ ((رجاله ثقات)) . وانظر أيضاً في تحفة الأحوذى : ٤ / ٢٠٧ .

ولأن أصل القرابة إن كان يدل على أصل النظر ؛ لكونه دليلاً على أصل الشفقة ، فقصورها يدل على قصور النظر ؛ لقصور الشفقة بسبب بُعد القرابة ، فيجب اعتبار أصل القرابة بإثبات أصل الولاية ، واعتبار انقصور بإثبات الخيار تكميلاً للنظر ، وتوفيراً في حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع ، ولا يتوهم التقصير في إنكاح الأب والجد ؛ لوفور شفقتيها بخلاف العم والأخ ، إذ يتوهم التقصير منيها ؛ لأنهما قليلاً الشفقة مقارنة بالأب والجد^(١) .

المذهب الثاني : وأصحابه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) الذين يرون أن عقد النكاح لا يقبل الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة مطلقاً ، فإذا ما عقد الولي نكاح وليه الصغير أو المجنون جنوناً مطبقاً وقع العقد صحيحاً لازماً إن توفرت شروط صحته ؛ لأنه لا يجوز عندهم لغير الأب أو الجد أو وصي الأب حق التزويج بالإجبار ؛ ومعلوم أن الشفقة منهم موفورة كاملة ، فيتحقق بوجودها مظنة المصلحة في النكاح .

بناء على ما تقدم يمكن القول : إن الفقهاء قد اتفقوا على أن عقد النكاح لا يقبل الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة بل يقع صحيحاً لازماً إن استوفى شروط صحته باستثناء ما ذكره أبو حنيفة ومحمد بن الحسن في غير الأب والجد والابن كما سبق ذكره .

ثالثاً - قابلية عقد النكاح للفسخ بسبب فوات الكفاءة :

صورة المسألة : قد يقع عقد النكاح دون توافر الكفاءة فيه ، فهل يجوز فسخ العقد حال فواتها ؟ وهل للأولياء حق الفسخ رغم موافقة الزوجة عليه ؟ وهل للزوجة امتلاك هذا الحق

(١) - بدائع الصنائع : ٣١٥/٢

(٢) - انظر ، اثناج والإكليل لمختصر خليل : ١٠٢/٥ ، شرح مختصر خليل : الخرشي ١٧٧/٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٢٢/٢ -

٢٢٤ ، معنى المحتاج : ٢٠٦/٣ وما بعدها ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٣٩/٣ - ١٤٠ ، نهاية المحتاج : ٢٢٨/٦ -

٢٢٩ ، شرح البهجة : ١١٠/٤ - ١١١ ، المعنى : ٣٨/٧ - ٣٩ ، كشاف القناع : ١٣٨/٥ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية

المنتهى : ١٥٤/٥ .

رغم رضا الأولياء بفواتها أو إسقاطها ؟

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من بيان معنى الكفاءة ومدى اعتبارها في هذا العقد

في نظر الفقهاء :

أ - الكفاءة لغة :

يراد بالكفاءة في اللغة النظير والمماثلة والمساواة ، فيقال : تكافأ الشئان تماثلاً وكافأه مكافأةً وكفأه ماثله ، وهذا كفء هذا وكفؤه : أي نظيره ومثله ، ففلان كفء فلانة : إذا كان يصلح بعلا لها ، والجمع أكفاء^(١) .

أما في الاصطلاح : فإن معناها لا يخرج عن المعنى اللغوي السابق ، إذ يقصد الفقهاء^(٢) بها في باب النكاح : المساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث يعتبر وجودها عاملاً من الاستقرار الزوجي ، كما يعتبر الإخلال بها معكراً أو مفسداً للحياة الزوجية ، ويؤدي إلى الشقاق والضرر في أغلب الأحوال^(٣) .

ب - آراء الفقهاء في مدى اعتبار الكفاءة في العقد وتكييفها الفقهي :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة^(٤) على وجوب اعتبار الكفاءة في عقد النكاح ، ولكنهم اختلفوا في جعلها شرط صحة أم شرط نفاذ أم شرط لزوم إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : الذي يرى أنها شرط صحة وهو رواية عن الإمام أحمد^(٥) ، حيث قال : ((إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وفي الرجل الشراب : ما هو بكفاء لها ، يفرق بينهما

(١) - لسان العرب : مادة / كفا / ١٣٩/١ ، وانظر ، القاموس المحيط : باب الهمزة فصل الكاف .

(٢) - انظر ، الدر المختار وعليه الرد المحتار : ٨٦/٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٤٩/٢ ، مغني المحتاج : ٢١١/٣ ، كشف القناع : ٦٨-٦٧/٥ . فقد عرفها الحنفية بقولهم : مساواة مخصوصة أو كون المرأة أدنى ، أي مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة ، أما المالكية ، فقالوا : الكفاءة المماثلة والمقاربة - أي بين الزوجين - في التدبير والحال ، وقال الشافعية : إنها أمر يوجب عدمه عارا ، وقال الحنابلة : المماثلة والمساواة في خمسة أشياء الدين والنسب والحرية والصناعة واليسار وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الصفات التي تعد من الكفاءة والتي لا يعد منها ، وذكر الفقهاء منها الحرية والنسب والدين ونحوها . (انظر ، المراجع السابقة) .

(٣) - شرح قاتون الأحوال الشخصية السوري : د. عبد الرحمن الصابون ١٩٧ .

(٤) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣١٧/٢ ، الرد المحتار على الدر المختار : ٨٥/٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٩٢/٣-٢٩٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٤٩ / ٢ ، التاج والإكليل في شرح مختصر : ١٠٦/٥ - ١٠٨ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣/٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١١/٣ - ٢١٢ ، المغني : ٢٦/٧ - ٢٧ ، كشف القناع : ٦٩-٦٧/٥ ، مطالب أولى النهى في شرح غيبة المنتهى : ٨٧-٨٥/٥ .

عقد النكاح سفيان الثوري والحصن البصري والكرخي من الحنفية ، إذ يرون أنها ليست بشرط أصلا (انظر ، بدائع الصنائع : ٢ / ٣١٧) . واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأدلة لا تنهض إلى أدلة جمهور الفقهاء ، ولم يتعرض لها ؛ لأن رأي الفقهاء الأربعة هو المعتمد ، فلاداعي لسرد أدلة الطرفين خشية الإطالة والخروج عن صلب البحث .

(٥) - انظر ، المغني : ٢٦/٧ ، الإتناف : ٢٩٦ / ٨ ؛ فسخ الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ٣٨١ .

وقال : لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما ((^(١)) .

واستدل على ذلك بما يأتي :

١- بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : ((لا تُكْحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ وَلَا يُزَوِّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ وَلَا مَهْرَ دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ))^(٢) .

هذا الحديث ظاهر الدلالة على اعتبار الكفاءة شرط صحة من خلال النهي عن إنكاح النساء إلا من الأكفاء ، فإذا توافرت الكفاءة ، صح العقد ، وإلا انفسخ ؛ لفساده .

٢- بما روي عن عمر بن الخطاب، أنه قال : ((لَأَمْتَعَنَّ فُرُوجَ ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ))^(٣) وجه دلالة هذا الأثر واضحة من خلال أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه منع زواج ذات الحسب إلا من كفاء لها ، فإذا توافر الحسب ، وهو صورة من صور الكفاءة في الرجل ، صح النكاح في رأيه ، وإلا فلا .

٣- إن عدم اعتبار الكفاءة شرط صحة يجعل التزويج مع فقدها تصرفاً في حق الغير من غير إذنه ، فلا يصح إلا مع وجودها^(٤) .

الرأي الثالثي : الذي يعتبر الكفاءة شرط نفاذ ، فإذا ما تم عقد النكاح بدونها وقع العقد صحيحاً غير نافذ ، أي أنه موقوف على إجازة الزوجة أو وليها ، وهو رواية الحسن بن زياد^(٥)

(١)- المعنى : ٢٦/٧ .

(٢)- أخرجه إدار قطني في سننه : كتاب النكاح ، باب المهر / ٣٦٤٦ - ٢٤٥/٣ ، وقال الدار قطني بعد تخريج هذا الحديث : مبشر بن عبيد متروك الحديث ، فأحاديثه لا يتابع عليها ، وفي تحفة الأحوذى : ٢١٣/٤ ((أحاديث مبشر بن عبيد موضوعة)) ، وفي التمهيد لابن عبد البر : ١٦٥/٩ ((حديث ضعيف لا يحتج بمثله ولا أصل له)) ، وفي معرفة السنن والآثار للبيهقي : ١٠/ ١٢ ((هذا الحديث مع اختلاف إسناده باطل ، لا يرويه غير مبشر ، قال أبو أحمد : حدثنا بن حماد ، حدثني عبد الله بن أحمد بن حنبل ، قال : سمعت أبي يقول : مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذب)) .

(٣)- أخرجه المدار قطني : كتاب النكاح ، باب المهر / ٣٨٣١ ، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار : كتاب النكاح ، باب اعتبار الكفاءة / ٤٣٤٦ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : باب الأكفاء / ١٠٣٢٤ .

(٤)- وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب هذا القول استدلوا بما رواه أبو إسحاق الهمداني ، أنه قال : خرج سلمان وجريير في سفر ، فأقيمت الصلاة ، فقال جريير لسلمان : تقدم أنت ، قال سلمان : بل أنت تقدم ، فبكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاحكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم .

دلالة هذا الأثر من خلال قول سلمان : ولا تنكح نساؤكم ، بمعنى أنه لا يصح لهم نكاحهن ؛ لأنهم ليسوا أكفاء لهم ، وقد علل سبب التفاضل ، وفي هذا إشارة واضحة إلى وجوب اعتبار الكفاءة في النكاح ، وإلا فسد كما هو واضح من هذا الأثر . (غير أنني لم أعر على تخريج لهذا الأثر ، فقد ذكره ابن قدامة في المعنى : ٢٦ / ٧) .

(٥)- الحسن بن زياد : هو الحسن بن زياد الثؤلوي أبو علي قاض وفقه من أصحاب أبو حنيفة أخذ عنه ، وسمع منه ، وكان عالماً بمذهبه بالرأي ، نزل في بغداد وتصدر للفقهاء . (سير أعلام النبلاء : ٥٤٣/٩ - ٥٤٥ ، الأعلام : ١٩١/٢) .

من الحنفية ، والمفتى بها عندهم خلافاً لظاهر الرواية ، وهو أحد قولي الشافعي^(١) رضي الله عنهم أجمعين ، وعللوا ذلك بأن عقد النكاح مع فوات الكفاءة يقع صحيحاً ، ولكن فيه تعد على حق الولي أو الزوجة ، وما كان هذا شأنه يكون موقوفاً في حق من له الحق فيه ، واعتباره شرط لزوم لا يوفر هذا الحق كاملاً ؛ لأن الكثير من الأولياء أو الزوجات تمنعهم عزة نفوسهم وشرفهم من أن يجاوروا القضاء ، مما يجعل الضرر قائماً ، وهذا ما صرح به ابن الهمام بقوله : « كم من واقع لا يرفع ، وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولي وعدل القاضي ، فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام ، واستئقالات لنفس الخصومات ، فيقرر الضرر ، فكان منعه دفعاً له »^(٢) .

هذا والباحث في أقوال هؤلاء الفقهاء بهذه الروايات يجدهم ينصون على أن العقد يعتبر مع عدم موافقة الولي أو الزوجة غير صحيح ، وهذا التعبير يقتضي أن تكون موافقة الولي هنا شرط صحة لا شرط نفاذ ، وهذا مخالف لحقيقة ما نحن بصدده ، ولكن مقصدهم هو أنه غير صحيح بمعنى أنه غير نافذ ، فقد قال ابن عابدين بعد أن ذكر رواية الحسن بن زياد : « أما على رواية الحسن المختارة للفتوى من أنه لا يصح . فالمعنى معتبرة في الصحة »^(٣) ، وهذا ما أوضحه أستاذنا الجليل أحمد الحجي الكردي بقوله : « ولكنني أراها مع ذلك شرط نفاذ في مذهبهم لا شرط صحة ؛ لأنهم يعللون لجعل العقد مع فوات موافقة الولي غير صحيح . بأن ذلك محتاج إليه لدفع الضرر عن الأولياء ، فليس كل ولي يحسن الخصومة ، وليس كل قاض يعدل ، فجعل العقد غير صحيح لذلك . ولكنني أرى أن جعلها شرط نفاذ يحقق ذلك كله فلا معنى لجعلها شرط صحة ، ثم إن الولي قد يسكت وقت العقد أو لا يعلم به في حينه والفتاة بالغة ثيب . فإذا ما سمع به رضي به ، ولو جعل العقد موقوفاً على رضاه ، كانت الإجازة أو الرضا اللاحق للعقد منفاذاً له ، ويكون العقد بذلك نافذاً . أما لو اعتبرنا الموافقة من الولي شرط صحة فإن العقد يقع فاسداً ما دامت موافقة الولي لم تتحقق معه ، وبذلك لا تلحقه الإجازة ، ولكن إذا وافق الولي عليه ، فإنه لا بد من تجديده ، ولا شك أنه تكلف لا حاجة إليه ثم إنني لا اعتقد أن الفقهاء يرمون إلى هذا الإجراء أثناء جعلهم العقد بغير موافقة الولي بأنه غير صحيح ، وبذلك يكون تعبيرهم عن العقد الذي جرى بغير موافقة الولي غير صحيح إنما

(١) - انظر ، الرد المحتار على الدر المختار : ٣/٨٥-٨٦ ، المبسوط : ٥/١٣ ، البحر الرائق : ٣/١١٨-١٣٧ ، نهاية المحتاج : ٦/٢٥٣-٢٥٤ ، مغني المحتاج : ٣/٣١١-٣١٢ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٣/١٣٩ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٣٨١ ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره : محمد أبو زهره ١٨٥-١٨٦ .

(٢) - فتح القدير : ٣/٢٥٦ .

(٣) - رد المحتار على الدر المختار : ٣/٨٤ .

هو تجوز منهم ، وإنهم يعنون بذلك أنه غير نافذ ، وقد صرح بذلك الإمام محمد من الحنفية ، وجعل العقد موقوفاً على إجازة الولي ((^(١)).

الرأي الثالث : الذي يرى أن الكفاءة شرط لزوم ، فإذا ما تم عقد النكاح بدون الكفاءة وقع صحيحاً نافذاً غير لازم ؛ فيحق لكل من الزوجة أو الأولياء الفسخ بعد رفع الأمر إلى القاضي وهو ظاهر الرواية عند الحنفية والمعتمد عند المالكية والأظهر عند الشافعية والراجح عند الحنابلة^(٢) ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بما روي عن عبد الله بن بريدة عن عائشة أن فتاة دخلت عليها فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرقع بي خسيته وأنا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها فقالت يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء من الأمر شيء^(٣) .

وجه دلالة هذا الحديث : هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لها ، فأجازت ما صنع أبوها ، ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار ، فشرط الكفاءة بنص هذا الحديث شرط لزوم من حيث إنه عند العقد صحيحاً مع الخيار .

٢- إن العقد مع فوات الكفاءة وقع بالإذن ، والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته ، وإنما يثبت الخيار قياساً على العيب في العنة وغيرها^(٤) .

وعليه : فإن من اعتبر وجود الكفاءة في النكاح شرط صحة ، يجعل من فواتها سبباً لفساد العقد الذي يعد بدوره سبباً لانفساخه رعاية لحق الشرع سواء أسقطها الأولياء أو الزوجة ، أم لم يسقطوها عند الحنفية ، وسبباً لبطلان العقد عند غيرهم ، أم من عدها شرط نفاذ ، فإنه أجاز فسخ العقد عند فواتها من خلال اعتبارهم أن العقد موقوف موافقين بذلك القائلين إنها شرط لزوم من حيث جواز الفسخ عند فقدها ، ومخالفين لهم في عدم حاجة الفسخ للقضاء ، بناء على رأيهم أن العقد موقوف ، والعقد الموقوف يفسخ أو ينفذ بإرادة العاقد .

(١)- فسخ الزوج : د. أحمد الحجري الكردي ٣٨٢ ، وانظر ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره : محمد أبو زهرة ١٨٥ .
 (٢)- النظر ، بدائع الصنائع : ٣١٧/٢ وما بعدها ، الرد المحتار على الدر المختار : ٨٦-٨٧/٣ ، فتح القدير : ٢٩٢/٣ وما بعدها ، العناية شرح الهداية : ٢٩٢/٣ وما بعدها ، التاج والإكليل : ١٠٦-١٠٨/٥ ، حاشية الدسوقي : ٢٤٩/٢ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣-٢٥٤/٦ ، ومغني المحتاج : ٢١١/٣ - ٢١٢ ، نسى المطالب شرح روض الطالب : ١٣٩/٣ ، المغني : ٢٦/٧ وما بعدها ، كشاف القناع : ٦٧/٥ .
 (٣)- أخرجه النسائي في سننه : كتاب النكاح ، باب ابكر يزوجه أبوها وهي كارهة / ٣٢١٧/ وأخرجه ابن ماجه : كتاب النكاح ، من زوج ابنته وهي كارهة / ١٨٦٤/ ولكن بلفظ : ((..... ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الأباء من الأمر شيء)) ، وأخرجه أحمد في مسنده : كتاب مسند الأوصار ، باقي مسند السيدة عائشة / ٢٣٤٣٣/ باللفظ السابق ، وأخرجه الدر قطني في سننه : كتاب النكاح / ٣٦٠١/ وباللفظ السابق أيضا ، وفي الدراري المضية : ٢٥٥/١ ((ورجاله رجال الصحيح)) وفي مصباح الزجاجة : ١٠٢/٢ ((هذا إسناد صحيح ورجاله ثقات)) - وفي نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية : ٦٥/٦ ((قال البيهقي إنه مرسل ابن بريدة لم يسمع من عائشة)) .
 (٤)- المغني : ٢٧/٧ .

الترجيح :

بناء على ما تقدم من آراء حول التكييف الفقهي لحكم الكفاءة في العقد فإني أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد لديهم والحنفية في ظاهر الرواية عندهم من اعتبار الكفاءة شرط لزوم في عقد النكاح ، وذلك لما يأتي :

١- لضعف الأدلة التي استند إليها أصحاب الرأي الأول ، فالحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم : «لَا تُنكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ.....»^(١) حديث ضعيف عند أهل الحديث لا يحتج بمثله ولا أصل له ؛ لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة ، والحجاج مختلف فيه ، ومبشر ضعيف متروك فقد نسبه أحمد بن حنبل إلى الوضع^(١) .

٢- لقوة أدلة أصحاب الرأي الثالث من خلال صحة حديث الفتاة التي قدمت إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ جعل صلى الله عليه وسلم الأمر لها ، فاختارت البقاء بعد امتلاكها حق الفسخ ، وهذا الحديث يقدم على ما روى عن عمر بن الخطاب وعن سلمان وجريير .

٣- إن وقوع العقد مع فوات الكفاءة لدليل على أنها شرط لزوم ؛ لأنه لا يمكن جعلها شرط صحة ؛ لصحة العقد مع فواتها ، فلو اعتبرنا الكفاءة شرط صحة ، فإن الإسقاط لا يؤثر فيه ؛ لأنه شرط مستحق للشرع فلا يسقط بإسقاط أحد ، وإذا انتفى تأثير الإسقاط على العقد انتفى كونها شرط صحة .

٤- إن ما استدل به أصحاب الرأي الثاني من اعتبار الكفاءة شرط نفاذ لا يقوى إلى درجة دفع دليل الجمهور من الفقهاء ، وظاهر الرواية عند الحنفية من خلال عد الولي مقصر في ترك حق نفسه الذي أوجبه الشرع له في امتلاك حق الفسخ ، وما يقال من عدم قدرته على التقاضي لعزّة في النفس وأنفة في الطبع ما هو احتمال لا يستوجب معه تغيير الحكم ، فضلا عن أن فيه استقراراً لحياة الناس ومنعاً من الاضطراب في تكييف الأحكام الناجمة عن العقد حال فقد الكفاءة ، إذ إننا لو سرنا على رأي أصحاب الرأي الثاني لحصل هذا التخويف من خلال أن فتاة قد تتزوج بغير الكفاءة دون علم أوليائها ، فإذا ما علموا ورفضوا هذا الزواج ، فإن العقد يفسخ من أساسه ، ولكن ما ينجم عنه من آثار في المدة السابقة من حل الاستماع وغيرها ، أيقع جائزا أم محرما ؟

لكن لو جعلت - أي الكفاءة - شرط لزوم لما وقع هذا الاضطراب ؛ لأن العقد معه صحيح قبل الفسخ وينتج أثره من أصله إلى وقت وقوع الفسخ .

وخلاصة القول : إن الفقه الإسلامي يعطي حق الفسخ حال فوات الكفاءة من خلال

(١)- نظر ، تحفة الأحوذى : ٢١٣/٤ ، التمهيد : ١٦٥ / ١٩ ، معرفة السنن والآثار : البيهقي : ١٠/١٣ ، فتح القدير : ٢٩٢/٣ - ٢٩٣ .

اعتبارها شرط لزوم في الراجح لدى الفقهاء .

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل للأولياء حق الفسخ رغم موافقة الزوجة عليه ؟

* * - حق الأولياء في فسخ عقد النكاح حال فوات الكفاءة :

اتفق الفقهاء^(١) على أنه يحق للأولياء الفسخ حال فقدان الكفاءة دفعا للعار ، ورفعاً للضرر عنهم ، ولكنهم اختلفوا أهي لهم جميعاً أم هي حق للأقرب منهم دون الأبعد إلى ثلاثة مذاهب: المذهب الأول : وأصحابه الحنفية^(٢) الذين يرون أن حق الكفاءة ثابت للأقرب من الأولياء دون الأبعد حال وجودهم ، ولكنهم اختلفوا أيضاً فيما لو أسقط بعض الأولياء المتساوين في الدرجة دون الآخرين حق الكفاءة ، فهل يحق للآخرين الفسخ ؟

ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أنه لو أسقط بعض الأولياء هذا الحق فإن حق الباقيين في الفسخ يسقط ، معللين ذلك بأن هذا الحق - أي حق الفسخ - واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ ، وهو القرابة ، وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط لكليه ؛ لأنه لا بعض له ، فإذا أسقطه واحد منهم لا يُتصور بقاءه في حق الباقيين ، قياساً على القصاص الذي إذا وجب لجماعة ، فعفا أحدهم عنه فإنه يُسقط حق الباقيين أيضاً .

ولأن حقهم في الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر ، والتزويج من غير كفاء يُوقع ضرراً بالأولياء من حيث الظاهر ، وهو ضرر عدم الكفاءة ، فالظاهر أنه لا يرضى به أحدهم إلا بعد علمه بمصلحة حقيقية هي أعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها ، وغفل عنها الباقيون لولاها لما رضي ، وهي دفع ضرر الوقوع في الزنا .

أما أبو يوسف فقد قال : إنه لا يسقط حق الباقيين في الفسخ بإسقاط الآخرين حق الكفاءة معللاً ذلك بأن حقهم في الكفاءة ثبت مشتركاً بين الكل ، فإذا رضي به أحدهم ، فقد أسقط حق نفسه ، فلا يسقط حق الباقيين قياساً على الدين إذا وجب لجماعة ، فأبراء بعضهم لا يسقط حق الباقيين .

ولأن رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها ، فإن زوجت نفسها من غير كفاء بغير رضاهم لا يسقط حق الأولياء برضاها ، فلا يسقط برضا أحدهم أولى^(٣) .

المذهب الثاني : وأصحابه المالكية والشافعية^(٤)

الذين ذهبوا إلى

(١) - النظر ، بدائع الصنائع : ٣١٨/٢ ، فتح القدير : ٢٩٤/٣ ، المبسوط : ٢٦/٥ ، شرح مختصر خليل : الخرشي : ٢٠٦/٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٤٩/٢ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣/٦ - ٢٥٤ ، مغني المحتاج : ٢١١/٣ - ٢١٢ ، أسنى المطالب شروح روض الطالب : ١٣٩/٣ ، المغني : ٢٧/٧ ، كشاف القناع : ٦٧/٥ ،

(٢) - النظر ، بدائع الصنائع : ٣١٨/٢ ، فتح القدير : ٢٩٤/٣ ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية : د. أحمد فرج حسين ٢٣٤ .

(٣) - بدائع الصنائع : ٣١٨/٢ (٤) - النظر ، شرح مختصر خليل : الخرشي : ٢٠٦/٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٤٩/٢ ،

نهاية المحتاج : ٢٥٣/٦ - ٢٥٤ ، مغني المحتاج : ٢١١/٣ - ٢١٢ ، أسنى المطالب شروح روض الطالب : ١٣٩/٣ ،

حق الفسخ يملكه الأقرب من الأولياء ، وإلى ما ذهب إليه أبو يوسف فيما لو أسقط بعضهم حق الكفاءة ، فيجوز للآخرين المطالبة بحق الفسخ ؛ لأن لهم حقاً في الكفاءة فاعتبر رضاهم كرضا المرأة ، فقد قال النووي : ((فصل : زوجها الولي غير كفاء لها برضاها أو بعض الأولياء المستويين برضاها ورضا الباقيين صح ، ولو زوجها الأقرب برضاها ، فليس للأبعد اعتراض ، ولو زوجها أحدهم به برضاها دون رضاهم لم يصح))^(١) .

المذهب الثالث : وأصحابه الحنابلة^(٢) الذين يرون أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ، فلم يسقط برضا غيره ، كالمرأة مع الولي ، كما لو زوجها بدون مهر مثلها ، ملك الباقيون عندهم الاعتراض ، مع أنه خالص حقها ، فكذلك حال فوات الكفاءة ، إذ إنه حق لهم فكان من باب أولى ، سواء كانوا متساوين في الدرجة ، أم متفاوتين ، مثل أن يُزوج الأب بغير كفاء ، فإن للأخوة الفسخ ؛ لأنهم أولياء يلحقهم العار بفقد الكفاءة ، فملكوا حق المطالبة بالفسخ كالمساويين .

الترجيح :

من خلال ما تقدم من أقوال الفقهاء فإنني أرجح ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنفية الذين يرون أن حق الفسخ يثبت للأقرب من الأولياء ؛ لأنه لا ولاية للأبعد مع وجود الأقرب ، فوجود الأخ أو العم مع الأب ، ملك الأب حق الفسخ أو الإسقاط ؛ لأن الولاية متعينة له ، فليس لغيره حال وجوده حق الاعتراض ، وما قد يقال : إن العار والضرر بفوات الكفاءة يلحقهم ، أمر لا يعول عليه حال وجود الولي الأقرب ؛ لأنه أكثر شفقة وأدرى حالاً بمن تحت ولايته من غيره .

وفي حال تساويهم في الدرجة فإنني أرجح ما ذكره المالكية والشافعية وأبو يوسف من الحنفية الذين يرون إسقاط بعض الأولياء حقهم في الكفاءة لا يلغي حق الآخرين في المطالبة بالفسخ ؛ لأن الدناءة بفوات الكفاءة تلحقهم جميعاً ، فإسقاط بعضهم لا يلغي حق الآخرين في الاعتراض على العقد ؛ لأن الحق متعين لهم كغيرهم ، وما قد يقال : إن إسقاط حق الاعتراض والفسخ قياساً على القصاص لا نسلم به من حيث إن القصاص لا يثبت لكل واحد ، فإذا سقط بعضه ، تعذر استيفاؤه ، وهنا بخلافه ، فأصبح قياساً مع الفارق فلا يصح ، فضلاً عن أن في القصاص تنازلاً إلى البديل المتمثل في الدية ، وكان حق الباقيين لم يفت ، وهذا

(١) - مقني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : الخطيب الشربيني ٢١١/٣ - ٢١٢ .

(٢) - نظر ، المقني : ٢٧/٧ ، كشف القناع : ٦٧/٥ .

أيضا يخالف ما نحن بصدده ، إذ لا يدل عند إسقاط حق الكفاءة ، وهذا ما رجحه أيضا أستاذنا
الفاضل أحمد الحجى الكردي^(١) .

لكن هل للزوجة امتلاك هذا الحق رغم رضا الأولياء بفواتها أو إسقاطها ؟
** - حق الزوجة في فسخ عقد النكاح حال رضا الأولياء بفوات الكفاءة :

اتفق الفقهاء^(٢) على جواز مطالبة الزوجة بالفسخ بسبب فوات الكفاءة عند إسقاطها من قبل
أولياءها ؛ لأنه حق يثبت لها كما يثبت لهم ، وصورة ذلك : ما لو زوجها وليها دون رضا
منها ، كأن توكله في تزويجها ممن يشاء ، فيزوجها بغير كفاء ، جاز لها عندئذ حق الفسخ .

** - هل زوال الكفاءة بعد العقد يعطي للزوجة أو أولياءها حق المطالبة بالفسخ ؟

إن ممارسة حق المطالبة في الفسخ هو ثبوت فوات الكفاءة عند العقد لا بعده ؛ لأنها شرط
إنشاء لا شرط بقاء ، فإذا ما انعقد النكاح صحيحا مع وجود الكفاءة ، فإنه يقع لازما ، فإذا ما
فانت تلك الكفاءة بعد ذلك ، لا يحق للزوجة أو أولياءها حق المطالبة بالفسخ بسبب زوالها^(٣) ،
قال الحصكفي : ((والكفاءة اعتبارها عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده))^(٤) .

وتجدر الإشارة إلى أن الحنابلة^(٥) قد ذكروا أن حق الأولياء يسقط بفوات الكفاءة بعد العقد
دون الزوجة ، فلها الحق بالمطالبة بالفسخ بفوات الكفاءة بعد العقد أيضا ، وعللوا ذلك بأن حق
الأولياء في ابتداء العقد لا في استدامته .

ولكنني أرى القول بسقوط حق الكل في فوات الكفاءة بعد العقد حفاظا على استقرار عقد
النكاح ؛ لأن الشرع الحنيف أعطى حق الكفاءة عند ابتداء العقد فإذا ما فات هذا الحق بعده ،
فلا يجوز فيما أرى استمراره بعد العقد ، وإنما الصبر والرضا بما آل إليه أمر الزوج واللجوء
إلى وسائل تخفف عن الزوج ، أو تعيده إلى سابق عهده ، وهذا ما أخذ به الأستاذ محمد أبو
زهره فقال : ((من كان قادرا على الإنفاق ، ثم صار غير قادر بعد الزواج ، أو كان متدينا ،
ثم شذ ففسق ، أو كان يحترف مهنة شريفة كالتجارة فأفلس فاحترف مهنة حقيرة ففي هذه
الأحوال لا يفسخ النكاح ؛ لتخلف الكفاءة ، بل يبقى ؛ لأن النكاح قد تقرر ، فلا يفسخ بهذه
الأمر العارضة ، ولا عار في بقاء المرأة مع أن حاله تغيرت ، بل هو الصبر والرضا

(١) - انظر ، فسخ الزواج ، د. أحمد الحجى الكردي ٣٩٨ .

(٢) - انظر ، البحر الرائق ١٣٨/٣-١٣٩ ، حاشية اندسوقي : ٢٤٩/٢ ، مقني المحتاج : ٢١١/٣ ، المغني : ٢٧/٧ ، كشف القناع : ٥/

٦٧ ، فسخ الزواج ، د. أحمد الحجى الكردي ٣٩٨ ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، د. أحمد فرج حسين ٢٣٤ ، قال الدردير :

((ولها ولولي) ، وقال الخطيب الشربيني : ((بل هي - أي الكفاءة حق للمرأة والولي)) (المراجع السابقة) .

(٣) - انظر ، الدر المختار وعليه الرد المحتار : ٩٢/٣ ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره : محمد أبو زهره ١٨٣

(٤) - الدر المختار وعليه الرد المحتار : ٩٢/٣

(٥) - انظر ، دليل الطالب : ٢٢٨/١ ، الفروع : ١٤٣/٥ ، منار السبيل : ١٤٧/٢ ، كشف القناع : ٦٧/٥ .

بحكم القدر ، وهما أمران محمودان^(١) .

رابعاً - قابلية عقد النكاح للفسخ بسبب غيبة الزوج :

قد يغيب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة لا يعلم فيها أحي أم ميت ، وقد يغيب غيبة غير منقطعة ، يعرف فيها خبره وتأتي رسائله

والتساؤل المطروح : ما أثر غيبة الزوج سواء أكانت منقطعة أم غير منقطعة على عقد النكاح ؟ وبعبارة أخرى : هل يحق للزوجة المطالبة بفسخ النكاح والتحلل من عهده أو لا ؟ إنَّ الباحث في نصوص الفقهاء يجدهم يميزون بين غيبة الزوج المنقطعة وغير المنقطعة من حيث حق الزوجة أو عدمه في المطالبة بفسخ النكاح على اختلاف بينهم في كلتا الحالتين ، وذلك على التفصيل الآتي :

** - الحالة الأولى : أثر غيبة الزوج المنقطعة على فسخ النكاح :

تباينت أقوال الفقهاء في أثر غيبة الزوج المنقطعة على فسخ النكاح تبعاً لطبيعتها من جهة ولمدتها من جهة أخرى ، وذلك على التفصيل الآتي :

ذكر الحنفية^(٢) أنه لا يجوز المطالبة بفسخ النكاح حال غيبة الزوج غيبة منقطعة ، وقالوا : لا يفرق بينه وبين امرأته .

أما المالكية^(٣) : فقد ميزوا في غيبة الزوج بين أن يكون في بلاد الإسلام ، أو في بلاد العدو ، أو في حالة سلم أو حرب بين المسلمين ، أو بين المسلمين وغيرهم ، فنصوا على أنه إذا غاب في حالة السلم في بلاد الإسلام فلا أثر لهذه الغيبة على عقد النكاح إلا بعد مضي أربع سنوات ، فيحكم عندئذ بموته ، وينفسخ النكاح ، بعد رفع الأمر إلى القاضي ، وتعتد زوجته عدة وفاة بعدها .

أما إن غاب أو فقد في دار الحرب فلا أثر لهما على النكاح أيضاً إلا بانقضاء مدة التعمير^(٤) ؛ لتعذر الكشف عنه ، فإذا مضت تلك المدة حكم بموته ، وانفسخ عندئذ عقد النكاح بحكم القضاء .

(١) - محاضرات في عقد الزواج وآثاره : محمد أبو زهره ١٨٣ .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٩٦/٦ ، فتح القدير : ١٤٥/٦ - ١٤٦ ، العناية شرح الهداية : ١٤٥/٦ - ١٤٦ ، البحر الرائق : ١٧٥/٥ - ١٧٨ .

(٣) - انظر ، بداية المجتهد : ٣٩ / ٢ - ٤٠ ، حاشية العنوي : ١٢١/٢ ، مواهب الجليل : ١٦٢/٤ ، التاج والأكليل : ٥٠٥/٥ - ٥٠٦ ، حاشية الدسوقي : ٤٧٩/٢ وما بعدها ، وتجدر الإشارة إلى أنهم قلوا أيضاً : من فقد في مجاعة أو وباء الذي منه الطاعون والسعال ونحوهما ، فإن زوجته تعتد بعد ذهاب ذلك ، ومعنى هذا أن عقد النكاح به بعد الرفع إلى القاضي ليحكم بذلك .

(٤) - جاء في بداية المجتهد في مدة التعمير ما نصه ٣٩/٢ : ((قيل سبعون ، وقيل ثمانون ، وقيل تسعون ، وقيل مائة)) ، وانظر أيضاً ، التاج والأكليل : ٥٠٥/٥ .

وأما إن كانت غيبته نتيجة معترك بين المسلمين ، يُفسخ عندئذ النكاح بانفصال الصفيين وانتهاء القتال شريطة إقامة البيعة على أنه حضر المعركة ثم خفي أمره فيها .

وأما إن كانت تلك الغيبة في قتال بين المسلمين والكفار فلا أثر لها إلا بعد مضي سنة كائنة بعد البحث عنه ، إذ يُفسخ النكاح بعدها برفع الزوجة أمرها إلى القاضي ، وقيل : إن زوجته تعامل معاملة زوجة مفقود دار الحرب عملاً بالأحوط .

وأما الشافعية^(١) فقد اختلفت الرواية عندهم عن الإمام الشافعي بين الجديد والقديم ، فنصوا في الجديد كالحنفية على أنه لا أثر لغيبة الزوج المنقطعة على عقد النكاح ، فمن غاب عن زوجته غيبة انقطع بها خبره ، ليس لها المطالبة بفسخ النكاح حتى يتقين موته ، بخلاف ما روي عن الشافعي في القديم ، إذ يجيز للزوجة المطالبة بالفسخ بعد أن تتربص أربع سنين من وقت انقطاع خبره .

وأما الحنابلة^(٢) فقد ميزوا في هذه الحالة بين أن يكون ظاهر غيبة الزوج السلامة ، وبين أن يكون ظاهرها الهلاك ، فقالوا :

١- إن كان ظاهرها السلامة ، كسفر لتجارة في غير مهلكة ، وكطلب للعلم والسياحة ، فلا أثر لها على النكاح ، فلا تزول الزوجية حتى يثبت موته .

٢- أما إن كان ظاهرها الهلاك ، كالذي يُفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ونحوها ، فلا أثر لهذه الغيبة إلا بعد أن تتربص زوجته أربع سنين ، ثم ترفع أمرها إلى القاضي ، فيحكم عندئذ بالفسخ ، وتعتد بعدها عدة الوفاة .
مما تقدم يتلخص أن الفقهاء على فريقين :

الأول : الحنفية والشافعية في الجديد لديهم والحنابلة فيما إذا كان ظاهر الغيبة السلامة.

الثاني : المالكية والشافعية في القديم عندهم والحنابلة فيما إذا كان ظاهر الغيبة الهلاك على اختلاف بينهم في بعض الأحيان في المدة المنتظرة للمطالبة بالفسخ تبعاً لطبيعة تلك الغيبة.
الأدلة :

أولاً - أدلة الفريق الأول :

استدل الفريق الأول على ما ذهب إليه بما يأتي^(٣) :

١- بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « امرأه المفقود امرأته حتى يأتيها

(١) - انظر ، الأم : ١٦٨/٦ ، المهذب : ١٤٦/٢ ، مغني المحتاج : ٥٠٥/٣ - ٥٠٦ .

(٢) - انظر ، المغني : ١٠٦/٨ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٩٦/٦ ، فتح القدير : ١٤٧-١٤٦/٦ ، الضاية شرح الهداية : ١٤٦-١٤٧/٦ ، البحر الرائق : ١٧٨/٥ ،

مغني المحتاج : ٥٠٦/٣ ، المغني : ١٠٥/٨ وما بعدها

الخبر»^(١) .

٢- بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود : ((امرأة ابتليت ، فلتصير ولا تنكح حتى يأتيها يقين موته))^(٢) .

وجه دلالة الحديث والأثر : هو أنه لا أثر لغيبة الزوج على عقد النكاح إلا إذا تبين موته وهو ما صرح به الشافعي حيث قال : ((وبهذا نقول : لا تنكح امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته ، وذكر أن لها العدة والميراث ، ثم قال : وإنما جعل لها العدة في يقين الموت كما جعل لها الميراث في يقينه))^(٣) .

٣- إن النكاح أمر عُرفَ ثبوته بيقين والغيبة كذلك ، لكنها لا توجب الفرقة وحدها بين الزوجين فلا بد من الموت الذي يعد معها في حيز الاحتمال ، وما ثبت بيقين لا يزيله ما ثبت باحتمال .

٤- عملاً باستصحاب الحال ، إذ إن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن ، فحياة المفقود أمر ثابت بيقين بناء على استصحاب الحال ، ووفاته فمشكوك بها ، لذا يترجح حياته على وفاته ، وبالتالي لا أثر للغيبة على عقد النكاح إلا بظهور البينة بهلاكه .

ثانياً - أدلة الفريق الثاني :

استدل الفريق الثاني على ما ذهب إليه بما يأتي^(٤) :

١- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ((امرأة المفقود : تتربص أربع سنين ، وتعدُّ أربعة أشهر وعشراً))^(٥) .

٢- إن القضاء بوفاة المفقود بعد أربع سنين انتشرت في الصحابة من غير إنكار من أحد منهم ، فكانت إجماعاً .

٣- بالقياس على العنة والإيلاء فكما يجب خيار الفسخ فيهما يجب لها الخيار أيضاً حال الفقد بجامع علة الضرر فيهما .

(١) أخرجه الدار قطني في سننه : كتاب النكاح ، باب المهر / ٢٥٥ / ٣١٣ / ٣ ، وقال الصنعلي في سبل السلام : ٢٠٩ / ٣ ((إسناده ضعيف ، لكن مقرباً لتلك الآثار إلا أنه ضعفه أبو حاتم والبيهقي وابن القطان وعبد الحق وغيرهم) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : باب ما جاء في توريث نساء المهاجرين / ١٥٣٥١ / ، وفي معرفة السنن والآثار : كتاب العدة ، باب امرأة المفقود / ٤٩٢٠ / ١٢ / ١٧٧ ، كنز العمال : ١٨٠٣٠ / ٩ / ٦٩٩ ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : ٤٥٠ / ٤ ، وفيه : (قال البيهقي : وهو عن علي مشهور ، وروي عنه وجه ضعيف ما يخالفه وهو منقطع) .

(٣) معرفة السنن والآثار : البيهقي ١٧٧ / ١٢ ، وانظر ، الأم : ٥ / ٢٢٩ ، مقني المحتاج : ٣ / ٢٩٧ .

(٤) انظر ، بداية المجتهد : ٣٩ / ٢ ، ٤٠ ، المقني : ١٠٩ / ٨ - ١٠٩ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ٤٨٢ ، وقد أوضح أيضاً أدلة المالكية : فتح القدير ، ١٤٥ / ٦ - ١٤٦ ، العناية شرح الهداية : ١٤٥ / ٦ - ١٤٦ .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ : كتاب الطلاق ، باب عدة التي تلحق زوجها / ١٠٥٢ / عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال : ((أئماً امرأة ففدت زوجها فلم تستر إن هو فبئها لتنتظر أربع سنين ثم تعدُّ أربعة أشهر وعشراً ثم تحل)) . وأخرجه عبد الرزاق : باب التي لا تطعم مهلك زوجها / ١٢٣١٧ ، وانظر ، نصب الرابة في تخريج أحاديث الهداية : ٨ / ٤٤٥ .

المناقشة :

إن ما استدل به أصحاب الفريق الأول من أدلة لا تخلو من مقال لأهل العلم يحد توجهها ويضبط منحها ، وذلك على التفصيل الآتي :

١- إن الاستدلال بالحديث المتقدم ((امرأه المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر)) لا يسعفهم بالاستشهاد به ولا ينهض إلى درجة الاحتجاج به ، إذ إنه حديث ضعيف عند المحدثين ، فقد قال الصنعاني عنه : ((إسناده ضعيف ضعفه أبو حاتم والبيهقي وابن القطان وعبد الحق وغيرهم))^(١) ، وجاء في كنز العمال : ((حديث ضعيف - لأن في - إسناده محمد بن شريحيل وهو متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكير أباطيل ، وفيه سوار بن مصعب وهو أشهر في المتروكين منه ، ودونه صالح بن مالك ولا يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ولا يعرف حاله))^(٢) ، والحديث الضعيف لا حجة فيه لأحد .

٢- إن ما روي عن علي رضي الله عنه يُنشئ تناقضاً ، إذ روي عنه تارة لا يجيز المطالبة بالفسخ حتى يتبين خبر الغائب بالموت أو الهلاك ، وهو ما استشهد به الفريق الأول ، وتارة أخرى يروي عنه أنها تتربص أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ، وتعد بذلك أربعة أشهر وعشرا ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك ، خُير بين الصداق وبين امرأته ، وهو ما استشهد به الفريق الثاني .

وهذا التعارض يُسقط الاحتجاج بهما ، وهو ما أوضحه أستاذنا الفاضل الدكتور أحمد الحجى الكردي حيث قال : ((وما دامت الروايتان قد تعارضتا عن علي رضي الله عنه فلا أقل من أن يقال إنهما تساقطتا ، وسقط الاحتجاج بهما ، وهذا إلى جانب أن الأولى مرسلة والثانية مسندة متصلة ، والمتصل أولى بالاعتبار من المرسل عند المحدثين . إلا أن يقال : إن رواية علي الثانية ليس فيها تصريح بوجوب الحكم بالوفاة بعد مرور أربع سنين ، بل إنها تصرح بأن ولي زوجها يطلقها بعد ذلك ، والمفهوم لهذا اللفظ أن ولي الزوج إذا لم يطلق لم تقع الفرقة ، فتكون هذه الرواية بذلك قد أفادت أن ولي الزوج إذا طلق وقع طلاقه على الزوجة وحلت للأزواج ، وإلا فلا ، وهو غير موطن الخلاف ، فلا تعارض بين الروايتين ، فتبقى الرواية المرسلة عنه بعدم التفريق مطلقاً هي الأولى بالقبول ، لكنها على أي حال قول صحابي فيما هو محل الاجتهاد ، فلا إلزام فيه))^(٣) .

(١)- سبل السلام شرح بلوغ المرام : الصنعاني ٢٠٩/٣ .

(٢)- كنز العمال : ٤٤٦/٨ .

(٣)- فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٤٨٣ .

٣- إن قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي يفيد وجوب تربص المرأة أربع سنين ، يجوز لها المطالبة بالفسخ بعدها ، قول غير مسلم به ؛ لأنه روي عنه الرجوع إلى قول علي رضي الله عنه من القول بالانتظار حتى يتبين أمره ، ولو طالبت المدة ، وعلى التسليم بصحته وعدم الرجوع عنه لم يخرج من أنه قضاء صحابي فليس فيه حجة .

الترجيح :

بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها فإني أميز في الترجيح بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان ظاهر غيبة المفقود السلامة فإني أرجح رأي الفريق الأول القائل بعدم جواز مطالبة الزوجة بالفسخ بناء على غيبة زوجها المفقود عملاً بما استدلوا به من أدلة ، وإن كان في بعضها ضعف أو مقال لأهل العلم ، ولكنها تقوي للأخذ بها في هذه الحالة لما يأتي :

١- ما ذكره من أدلة أخرى وخاصة دليل استصحاب الحال الذي يصلح أداة ترجيح فيما أرى فيما نحن بصدده ؛ لأنه يثبت إبقاء ما كان ، فحياة المفقود أمر ثابت بيقين ؛ لأن غيبته ظاهرها السلامة ، ووفاته مشكوك بها ، وما ثبت بيقين يترجح على ما هو شك .

٢- إن الحكم بوفاة الزوج نتيجة غيبته المنقطعة تلحق ضرراً كبيراً به من حيث تقسيم أمواله وحل زوجته لغيره ، وتوقف منافع قد تعود عليه فيما لو لم يحكم بموته ، والضرر مندفع في الإسلام بكل أشكاله وصوره كما هو معلوم .

وما قد يقال : إن الزوجة قد تتضرر هي الأخرى نتيجة غيبته المنقطعة ، أفلا يرفع عنها مثل ذلك الضرر ؟ أقول : إن ضرر الزوجة في مثل هذه الحالة إذا ما قيس بضرر الزوج يكون أقل بكثير ، والقواعد الشرعية في شرعنا الحنيف تقيد قبول الضرر الأقل مقابل دفع الضرر الأكثر ، وطريق رفع الضرر عنها أمر ممكن إذا رُفِع أمرها إلى القاضي تشكوه خشية وقوعها في الزنا فالقاضي يستجيب لأمرها دون الحكم بوفاة الزوج .

٣- إن ما استدل به أصحاب الفريق الثاني لا ينهض إلى قوة ما استدل به أصحاب الفريق الأول فيما نحن بصدده ، إذ إن استدلالهم بالقياس لا نسلم به من حيث إن الضرر اللاحق بها بالعنة ونحوها أمر اتضح بالنسبة للزوجة بخلاف حالة غيبة الزوج ؛ لأن الأخيرة ظاهرها السلامة ، فضلاً على أنه قد روي عن عمر بن الخطاب أنه قد رجع عن قوله إلى قول علي ابن أبي طالب ، رضي الله عنهم أجمعين .

الحالة الثانية : إذا كان ظاهر غيبة المفقود الهلاك فإني أرجح رأي الفريق الثاني عملاً باستصحاب الحال الذي عُدَّ دليل ترجيح في الحالة الأولى ، فهلاك المفقود هنا يفيد اليقين وحياته تورث الشك ، وما أفاد اليقين يترجح على ما يورثه الشك .

وتجدر الإشارة إلى أنني أميل إلى رأي الحنابلة في تحديد المدة التي تضرب للحكم بوفاته في هذه الحالة والمقدرة بأربع سنوات عملاً بقول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما ، دون تفريق بين حالة وأخرى كما فعل المالكية ، على أن تكون من وقت غيابه ؛ لأن المرأة عادة تتربص عودة زوجها من حين إلى آخر ، فلو حددت المدة المضروبة للحكم بوفاته من وقت الرفع للقاضي والحكم بها لتضررت المرأة أكثر وزاد ذلك عليها ، وخاصة أن معالم هلاكه قد تورث شيئاً منه.

الحالة الثانية : أثر غيبة الزوج غير المنقطعة على فسخ النكاح :

بعد أن أوضحت أثر غيبة الزوج المنقطعة على فسخ النكاح ، كان من الضروري بيان أثر غيبة الزوج غير المنقطعة كوجه مقابل لذلك حتى يتكامل وضوح الحكم الشرعي في مدى جواز مطالبة الزوجة بفسخ النكاح فيما إذا غاب عنها زوجها غيبة غير منقطعة .

صورة هذه الحالة :

قد يغيب الزوج عن زوجته غيبة طويلة يعرف فيها خبره وتأتي رسائله ، ولكن هذه الغيبة قد تترك أثراً على الزوجة من خلال بعده عنها وتركه لوطنها ، فهل يجيز الفقه الإسلامي للمرأة المطالبة بفسخ النكاح في مثل هذه الحالة ؟

اختلف فقهاؤنا في ذلك بناء على أن الوطء أيعد حقاً واجباً للزوجة أم لا ؟ إلى رأيين :
الرأي الأول : وأصحابه الحنفية والشافعية^(١) الذين يرون أنه لا يجوز للمرأة المطالبة بفسخ النكاح حال غيبة زوجها غيبة غير منقطعة ما دامت النفقة متوفرة لها .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- لأن الوطء ليس بواجب على الزوج إلا مرة واحدة سواء أكان غائباً أم حاضراً ، فإذا

(١) - انظر ، البحر الرائق : ٨٣/٣ ، ١٣٥/٤ ، حاشية ابن عابدين : ٤٩٥/٣ ، ٤/٣ ، مغني المحتاج : ٥٦٣/٣ ، الفقه

الإسلامي وأدبته : د. وهبة الزحيلي ٥٣٢/٧-٥٣٣ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ٤٨٧ وما بعدها .

قال ابن نجيم : ((لو وطنها مرة واحدة لاحق لها في المطالبة لسقوط حقها بالمرة قضاء ، وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء)) البحر الرائق : ١٣٥/٤ .

وقال ابن عابدين : ((وليس إجبار على الوطء بعد وطنها مرة ، وإن وجب عليه ديانة أحياناً)) حاشية ابن عابدين : ٤ / ٣

ما استوفتها لم يعد لها حق في الوطء مطلقاً . فبمجرد الدخول يسقط حقها بالوطء بعده ، ويؤيده حال عنين الزوج ، فإذا ما دخل الزوج بزوجته ثم أصيب بالعنين فإنه لا يحق للمرأة بسببه المطالبة بالفسخ ؛ لأنها قد استوفت حقها بالمرّة الأولى ، وما دام أن حق المرأة بالوطء يقع بمرّة واحدة ، فإذا ما غاب عنها زوجها بعذر أو غيره ، فإنه لا يجوز لها الحق في المطالبة بالفسخ بسبب ذلك ، قال ابن نجيم : ((لو وطئها مرة واحدة لا حق لها في المطالبة لسقوط حقها بالمرّة قضاء ، وما زاد عليها فهو مستحقّ ديانة لا قضاء))^(١) .

٢- لأن عقد النكاح عقد معاوضة^(٢) ، الذي يقتضي تبادل البدلين ، فللزوجة المهر وللزوج الانتفاع بالبضع ، فلو أوجبتنا للزوجة الوطء ، لاقتضى ذلك أن تكون جامعة بين بدلين ، وهذا مما يتنافى وطبيعة عقد المعاوضة ، لذا فإن الوطء ليس بواجب للزوجة ، وبما أنه ليس بواجب فلا يجوز لها المطالبة بفسخ النكاح بسبب ذلك .

٣- لأن الوطء لو كان واجباً للزوجة ، لاقتضى ذلك تكليف الزوج بما لا يطاق ، وهذا ظلم في حقه ؛ لأنه قد يمرض أو يصاب بما يمنعه من القيام بمثل ذلك الواجب المنوط به ، ولكن قد يقال : إن الوطء الواجب منوط بعدم العذر ، فإذا وجد عذر يمنعه من ذلك سقط الواجب عنه ، ويرد على ذلك أن الوطء مبني على الرغبة والميل النفسي ، وهذا مما لا ينضبط بضابط يدرجه تحت مسمى العذر ؛ لأنه أمر خفي ومتفاوت بين الأشخاص بخلاف المرأة ، فإن الذي يجري منها هو التمكين فقط .

بناء عليه يمكن القول : إن علة عدم جواز الزوجة للمطالبة بفسخ النكاح حال غيبة زوجها هو سقوط حقها في الوطء عند الحنفية والشافعية .

الرأي الثاني : وأصحابه المالكية والحنابلة في الأظهر^(٣) لديهم الذين يرون أنه يجوز للمرأة المطالبة بفسخ النكاح حال غيبة زوجها غير منقطعة بناء على أن الوطء حق واجب لها ، قال النفراوي : ((الوطء واجب على الزوج للمرأة عند مالك))^(٤) .
واستدلوا على ذلك بما يأتي^(٥) :

١- بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص :

- (١)- البحر الرائق : ١٣٥/٤ ، وانظر ، الجوهرة النيرة : ٢٦/٢ .
(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٨٣/٢ ، شرح فتح القدير : ٣٥٥/٣ .
(٣)- انظر ، حاشية السوقي : ٤٣١/٢ ، الفواكه الدواني : ٢٢/٢ ، مواهب الجليل : ١١/٤ - ١٢ ، المعنى : ٢٣٠/٧-٢٣٢ ، الإتصاف : ٨ / ٣٥٥ ، منار السبيل : ١٩٩/٢ ، الروض المربع : ١٣٠/٣ .
(٤)- الفواكه الدواني : ٢٢/٢ .
(٥)- انظر ، الفواكه الدواني : ٢٢/٢ ، المعنى : ٢٣٠/٧ وما بعدها ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٤٨٩-٤٩٠ .

((ألمْ أَخْبَرَ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهَارَ وَتَقُومُ اللَّيْلَ فَقُلْتُ بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَلِمَ تَفْعَلُ صُمْ وَأَقْطِرْ وَنَمْ وَتَمْ فَإِنَّ لَجَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا وَإِنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا وَإِنَّ لِرُؤُوسِكَ عَلَيْكَ حَقًّا))^(١) .

وجه دلالة هذا الحديث صريحة في وجوب أن للمرأة حقا على زوجها يتمثل في الوطء دون غيره ، وهذا هو المفهوم من سياق الحديث ؛ لأن النهي عن الصوم في النهار والقيام في الليل يمنع حق المرأة ، ولا حق بوجود هذه الأمور إلا في الوطء ، فإذا كان الوطء حقا واجبا لها جاز لها المطالبة بالفسخ حال منعها ذلك الحق ، وفي غيابه هو مانع لها .

٢- بما روي عن كَعْبِ بْنِ سَوَّارٍ ، كَانَ جَالِسًا عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، مَا رَأَيْتُ رَجُلًا قَطُّ أَفْضَلَ مِنْ زَوْجِي ، وَاللَّهِ إِنَّهُ لَيَبِيتُ لَيْلَةً قَائِمًا ، وَيَطْلُ نَهَارَهُ صَائِمًا فِي النَّيِّمِ الْحَارِّ مَا يَقْطِرُ . فَاسْتَعْفَرَ لَهَا ، وَأَثْنَى عَلَيْهَا ، وَقَالَ : مِثْلَكَ أَنْتِ الْخَيْرُ . قَالَ : وَاسْتَحْيَيْتِ الْمَرْأَةَ فَقَامَتْ رَاجِعَةً ، فَقَالَ كَعْبٌ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَلَّا أُعْذِيتِ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا ؟ قَالَ : وَمَا شَكَتِ ؟ قَالَ : شَكَتُ زَوْجِي أَشَدَّ الشُّكَايَةِ . قَالَ : أَوْ ذَاكَ أَرَادْتِ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : رُدُّوا عَلَيَّ الْمَرْأَةَ . فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِالْحَقِّ أَنْ تَقُولِيهِ ، إِنَّ هَذَا زَعَمَ أَنَّكَ جِئْتَ تَشْكِينِ زَوْجِكَ ، أَنَّهُ يَجْتَنِبُ فِرَاشَكَ . قَالَتْ : أَجَلْ ، إِنِّي امْرَأَةٌ شَابَّةٌ ، وَإِنِّي لَأَبْتَغِي مَا يَبْتَغِي النِّسَاءُ . فَارْسَلْ إِلَى زَوْجِي ، فَجَاءَ ، فَقَالَ لِكَعْبٍ : اقْضِ بَيْنَهُمَا . قَالَ : أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَحَقُّ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا . قَالَ : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لِنَقْضِي بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّكَ فِيمَتْ مِنْ أَمْرِهِمَا مَا لَمْ أَفْهَمْ . قَالَ : فَإِنِّي أَرَى كَأَنَّهَا عَلَيْهَا ثَلَاثُ نِسْوَةٍ ، هِيَ رَابِعُهُنَّ ، فَأَقْضِي لَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهِنَّ يَتَعَبَّدُ فِيهِنَّ ، وَلَهَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ . فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ مَا رَأَيْتُكَ الْوَلُولُ أُعْجِبُ إِلَيَّ مِنَ الْآخِرِ ، إِذْ هَبَّ فَأَنْتِ قَاضٍ عَلَى الْبَصْرَةِ^(٢) .

وهذه قضية انتشرت بين الصحابة ولم تنكر فكانت إجماعا .

٣- ولأنه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة ، ولكن لها الفسخ بهذه العيوب ، فكان لها الفسخ بسبب غياب الزوج بعلّة تقويت الوطء في الكل .

٤- ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته به كالزيادة على النفقة على قدر الواجب ، ولكن القسم أمر واجب عليه فكان ذلك دليلا على حقا فيها .

(١) أخرجه البخاري : كتاب الصوم ، باب حق الجسم في الصوم / ١٨٧٤ / وأخرجه مسلم : كتاب الصيام ، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت حقا / ١١٥٩ / ولكن بلفظ : ((ألمْ أَخْبَرَ أَنَّكَ تَصُومُ الدَّهْرَ وَتَقْرَأُ الْقُرْآنَ كُلَّ لَيْلَةٍ فَقُلْتُ بَلَى يَا نَبِيَّ اللَّهِ وَلَمْ أَرَدْ بِذَلِكَ إِلَّا الْخَيْرَ قَالَ فَإِنَّ بِحَسْبِكَ أَنْ تَصُومَ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ قُلْتُ يَا نَبِيَّ اللَّهِ إِنِّي أَطِيقُ أَفْضَلَ مِنْ ذَلِكَ قَالَ فَإِنَّ لِرُؤُوسِكَ عَلَيْكَ حَقًّا)) .

(٢) لم أجد تحريجا لهذا الأثر في كتب أهل الحديث ، ذكره ابن قدامة في المغني : ٧ / ٢٣٠ ، المبدع : ٧ / ١٩٦ ، كشف القناع : ٥ / ١٩١ .

٥- ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما المتمثل في دفع ضرر الشهوة عنهما ، وهي لا تندفع إلا بإيجابه من أحدهما إلى الآخر .

٦- ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذنها في العزل كالأمة ، ولكن كما هو معلوم أن الاستئذان واجب ، فكان ذلك دليلاً على أنه حق لها .

٧- إن إيجاب الوطء وتعيينه حقاً واجباً للزوجة يفرضه واقع الحال من حيث إن الزوجة تتضرر من منعها هذا الحق من خلال الخشية على نفسها الوقوع في الزنا ، والضرر مندفع في الإسلام بكل أشكاله وصوره ، كما هو معلوم .

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية أجازوا الفسخ سواء أكانت الغيبة لعذر أم لغير عذر شريطة أن تتجاوز سنة فأكثر ، قال الدسوقي : « إنه لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد »^(١) بخلاف الحنابلة الذين أجازوا المطالبة بالفسخ حال عدم العذر كأن يكون في سفر مشروع من طلب للعلم أو الرزق ونحوها بشرط أن تبلغ غيبته سنة أشهر فأكثر كما قلنا ، قال البهوتي : « وإن لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع ، وغاب أكثر من سنة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك »^(٢).

المناقشة :

يمكن أن نناقش أدلة الفقهاء فيما ذهبوا إليه بما يأتي^(٣) :

١- إن الاستدلال بحديث ابن عمر لا ينهض إلى درجة الاعتماد عليه فيما نحن بصدده ؛ لأن الحديث يدل على أن حق المرأة في الوطء يكون ديانةً بدليل السياق الحديث نفسه ؛ لأن المعلوم أن نهي النبي صلى الله عليه وسلم نهي إرشاد من أجل أن لا يضعف الجسم ، لا نهي حكم وقضاء فلا أحد ينكر جواز صوم النهار وقيام الليل ، ولكن النهي محمول على أن ذلك ديانة لا قضاء ، وهو ما أكده أصحاب الرأي الأول ، وهو أن المراد بحق المرأة بالوطء مراد به ديانة لا قضاء ، وهو الأرجح فيما أرى .

وأقل ما يمكن أن يقال : إنه يحتمل أن يكون ذلك قضاء ، ويحتمل أن يكون ديانة ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال .

٢- إن الاستدلال بحديث كعب بن سوار لا ينهض إلى قوة الأخذ فيما نحن بصدده لسببين :

أ - لأنه قول صحابي فيما هو محل اجتهاد ، وهذا ليس بحجة .

(١)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٣١/٢ .

(٢)- كشف القناع : ١٩٣/٥ .

(٣)- انظر ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجوي الكردي ، ٤٩١ ، الأحوال الشخصية : محمد أبو زهرة ٣٨٩ وما بعدها .

- ب - إن قضاء عمر بن الخطاب وموافقته على قضاء كعب بن سوار يقتضي البيوتة وليس الوطء كما هو واضح من الحديث ، لذا فإن الحديث ليس محل للنزاع فيما نحن فيه .
- ٣- إن جواز المطالبة بالفسخ قياسا على جواز مطالبتها بالجب والعنة والعنين قياس مع الفارق من حيث إنه متى وصل الزوج العنين إلى زوجته سقط حقها في الوطء بعد ذلك .
- ٤- إن الاستدلال بالقياس على وجوب العدل في القسم بين الزوجات استدلال غير مسلم به من حيث إن المراد بالقسم بينهن إنما يكون في المبيت لا في الوطء ، وهو ما أكده الفقهاء فقد قال ابن قدامه : ((لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعي ، وذلك لأن الجماع طريقة الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك فإن قلبه قد يميل إلى إحداها دون الأخرى))^(١) ، قال الله تعالى: ﴿وَكُنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾^(٢) .
- ٥- إن الاستدلال بالقياس على وجوب الاستئذان حال العزل غير مسلم به أيضاً من حيث إن العزل لا يكون إلا بعد الإدخال والتبويض ، فيكون فيه إضرار كبير بالزوجة ، بخلاف منعها الوطء ابتداء ، فليس فيه تبويض وإضرار لها كالسابق ، فامتنع القياس عليه لاختلافهما في العلة التي يشترط اتحادها لصحة القياس .

الترجيح : ح :

بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها فإني أميز في الترجيح بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كانت غيبة الزوج لعذر مشروع كسفر لطلب العلم أو التجارة أو العلاج وما شابه ذلك فإني أرجح رأي الحنفية والشافعية والحنابلة نظراً ؛ لأن المرأة مأمورة بأن تتحمل مع زوجها مشقة الحياة وصعوبتها ، وأن يكون لكل واحد من الزوجين عونا وسندا للآخر ، والضرر الذي ينتابها من غياب زوجها ليس بأقل من ضرره لو لم يسافر ويغيب عنها .

ومن جهة أخرى فإن الزوج المريض أو المصاب لا يمكن أن يطالب بالوطء مع مرضه أو إصابته ولا أحد يقول بوجوب فسخ النكاح لعدة المرض ، والغائب يكون في حكم المريض

(١)- المغنى : ٢٣٤ / ٧

(٢)- سورة النساء : الآية ١٢٩ .

لأنه معذور في سفره .

ومن جهة ثالثة فإن المطالبة بالفسخ عادة لرفع ظلم الزوج عن زوجته ، وفي هذه الحالة ليس فيها ظلم لها ؛ لأنه معذور في غيابه ؛ وقد يكون السفر من أجلها ؛ فلا أقل من أن تتحمل معه شيء من أعباء الحياة ، وهذا ما يقتضيه المنطق السديد والنظرة الحق في العدل بين الأشياء.

الحالة الثانية : إذا كان غيبة الزوج بدون عذر مقبول عند أهل الرشد كسفر للسياحة ونحوها فإنني أرجح رأي المالكية والحنابلة من جواز مطالبة المرأة للفسخ بسبب غياب زوجها ضمن شروط محددة ؛ لما ينطوي على غيابه من ضرر غير مبرر حتى تتحمل الزوجة معه ذلك ، لذا فإنني أرى العمل برأي المالكية والحنابلة في هذه الحالة أولى من رأي الحنفية والشافعية دفعا للضرر عنها ؛ لأنه يعد ظالما لها ، وأقل من أن ترفع الظلم عن نفسها ، أن تطالب بالفسخ ؛ لأن الإسلام يدعو إلى رفع الضرر ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))^(١) ، وغيابه عنها دون مسوغ شرعي هو من قبيل الضرر الذي منعه الإسلام وحرصه على رفعه ، فضلا على أن إمساكه وإيقاعه لها على عصمته وذمته ليس إمساكا بمعروف ، فتعين التسريح بإحسان عن طريق القاضي بعد رفع المرأة أمرها إليه ، وهذا ما أخذ به أستاذنا الفاضل الدكتور أحمد الحجى الكردي ، والأستاذ محمد أبو زهرة^(٢) .

بعد أن رجحت رأي الحنابلة والمالكية في جواز مطالبة المرأة بالفسخ^(٣) حال غياب زوجها عنها لغير عذر مقبول ، يرد التساؤل الآتي : هل يجيز الفقه الإسلامي ذلك بمجرد الغيبة أم أن هناك شروطاً محددة وضوابط معينة لا بد من توافرها حتى يحكم للمرأة بالفسخ ؟ إن الباحث في نصوص فقهاء المالكية والحنابلة يجد أنهم وضعوا شروطاً اختلفوا في بعضها واتفقوا في بعضها الآخر لجواز التفريق لغيبة الزوج ، وهذه الشروط هي :

١- أن تكون غيبة طويلة ، وقد اختلف فقهاء المالكية والحنابلة في تحديدها كما يأتي :

***- فقال الحنابلة^(٤) : لا يجوز لامرأة أن تطالب بالفسخ حتى تمضي سنة أشهر فأكثر استنادا لما رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم ، أنه قال بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول :

(١)- سبق تخريجه ، انظر الصحيفة ٣٩ .

(٢)- انظر ، فسخ الزواج : د، أحمد الحجى الكردي ٤٩٤ ، الأحوال الشخصية : محمد أبو زهرة ٣٩٠ .

(٣)- انظر المغني : ٢٣٢/٧ ، كشاف القناع : ١٩٣/٥ .

(٤)- وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفرقة فسح عند الحنابلة وطلاق بائن عند المالكية .

تطاول هذا الليل واسود جانبه
وطال علي أن لا خليل أعبه
فوالله لولا خشية الله وحده
لحُرك من هذا السرير جوائبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقبله ثم دخل على حفصة ، فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ، فقالت : سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا ، فقال : لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت خمسة أشهر ، ستة أشهر ، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسرون شهرا ويقيمون أربعة ويسرون شهرا راجعين^(١) .

وقال المالكية في المعتمد^(٢) : إن المدة المحددة لجواز المطالبة بالتفريق لغيبة الزوج إنما هي سنة فأكثر ، ولم أجد عندهم دليلاً يستندون إليه ، لذا فإني أرجح رأي الحنابلة في ذلك استناداً لما ثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

٢- أن تخشى الزوجة الوقوع في الزنا ، فقد نص المالكية على ذلك فقال الدسوقي : ((ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها ويعلم ذلك منها وتصدق في دعواه حيث طال مدة الغيبة وأما مجرد شهورها للجماع فلا يوجب طلاقها))^(٣) ، أما الحنابلة فقد اشترط أن يلحقها ضرر في ذلك ، ولم يقيدوا بالضرر ، لكن المفهوم من نصوصهم في هذا المضمون أنهم يقصدون الضرر الشديد الذي قد يدفع المرأة إلى ما يخل بمبادئ دينها .

٣- أن تكون غيبة الزوج لغير عذر وهو ما نص عليه الحنابلة ، فقد قال ابن قدامة : ((فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر ،فسخ نكاحه))^(٤) ، أما المالكية فإنهم يسوون بين الغيبة لعذر ولغير عذر ، ولكني أرى وجوب التمييز بينهما كما سبق وأوضحته ذلك .

(١)- أخرجه البيهقي : باب الإمام لا يجمر بالزنى ، (١٧٦٢٨) ، ٢٩/٩ ، وأخرجه عبد الرزاق في سننه : باب الجيوش فوق أربعة أشهر (١٢٥٩٤) ، ١٥٢/٢ بلفظ ((عن معمر قال : بلغني أن عمر بن الخطاب سمع امرأة وهي تقول : تطاول هذا الليل واسود جانبه * وأرقتني إذ لا حبيب أعبه فلولاً الذي فوق السماوات عرشه * لزعزع من هذا السرير جوائبه فأصبح عمر ، فأرسل إليها ، فقال : أنت الغائلة كذا وكذا ؟ قالت : نعم ، قال : ولم ؟ قالت : أجهزت زوجي في هذه البعوث ، قال : فسأل عمر حفصة كم تصبر المرأة من زوجها ؟ فقالت : ستة أشهر)) ، وجاء في التلخيص الحبير : ٢٢٠ / ٣ ((ذكره بالثبوت ورواه بن وهب عن مالك عن عبد الله بن دينار فأرسله وجزم بستة أشهر قال بن وهب : وأخبرني رجال من أهل العلم منهم بن سميان قال : بلغنا أن عمر فذكره وقالت نصف سنة فكان لا يجهز البعوث ويقفلهم في ستة أشهر ، ورواه الخرايطي في اعتلال القلوب من طرق منها عن سعيد بن جبيرة وفيها يقولون إن هذه المرأة هي أم الحجاج بن يوسف قتت ولا يصح ذلك وروى عبد الرزاق عن بن جريج أخبرني من أصدق أن عمر ببنا هو يطوف سمع امرأة فذكره فقال مالك قالت أغزيت زوجي منذ أربعة أشهر فسأل حفصة ، فقالت : ثلاثة أشهر وإلا فأربعة ، فكتب عمر لا يحبس أكثر من أربعة ، ورواه سعيد بن منصور من وجه آخر عن زيد بن أسلم فقالت حفصة أربعة أشهر أو خمسة أشهر أو ستة أشهر)) .

(٢)- انظر ، حاشية الدسوقي : ٤٣١/٢ .

(٣)- المرجع السابق : ٤٣١/٢ .

٤- الإرسال إليه إن علم مكانه ، وأمكن الوصول إليه ، وإلا فلا يعتبر هذا الشرط ، وهذا ما نص عليه المالكية ، وفائدة هذا الشرط من منظور المالكية أنه قد لا يعلم بضرر زوجته ، فقد يعود إليها بعد علمه بذلك أو ينقلها إليه ، أما من منظور الحنابلة فإن الإرسال إليه وعلمه بالأمر ليتبين أن غيابه قد يكون لعذر فتنتفي جواز المطالبة بالفسخ .

ولا يخفى أهمية هذا الشرط من حيث إن اللجوء إلى فسخ النكاح لا يكون إلا عند تعذر السبل الموصولة إلى رفع الضرر ، وقد يرفع الضرر مع المحافظة على عرى الروابط بين الزوجين فكان لا بد من الإرسال إليه ، وفي حالة عدم معرفة مكانه وتعدر وصول الخبر إليه ، فإن الوجوب يسقط بذلك .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المحبوس يأخذ حكم الغائب غيبة غير منقطعة عند الحنفية والشافعية ؛ لأنه معلوم الحياة ، كما رأينا فيما سبق ، أما الحنابلة فإنهم لا يجيزون الفسخ في حالة الحبس ؛ لأن غيابه لعذر ، وما كان غيابه لعذر لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته عندهم ، أما المالكية فإنهم يجيزون للمرأة المطالبة بالفسخ استناداً إلى أصلهم في ذلك ؛ لأنهم لا يفرقون بين الغيبة لعذر أو لغير عذر^(١) كما رأينا .

ولكنني أميل إلى رأي المالكية في حالة المحبوس إن كان حبسه طويل الأمد ، كأن يكون مدة حياته ، وإلى رأي الحنابلة إذا كانت مدته معلومة ومحدودة ، شريطة تعذر الاتصال بأهله.

(١) -انظر ، الأحوال الشخصية : محمد أبو زهرة ٣٩١ . أحكام السجناء وحقوقهم في الفقه الإسلامي : محمد راشد العمر

المبحث الثاني

الفرق بين الفسخ والطلاق

بعد أن اتضح أن عقد النكاح يقبل الفسخ استثناء في حالات محددة ومقيدة عند بعض الفقهاء دون آخرين ، يرد التساؤل الآتي : ما الفرق بينه وبين الطلاق ؟ خصوصاً أن كلا منهما يحل العقد أو ينهيه .

لكن قبل أن نشرع في بيان الفرق بينهما لا بد أن نشير إلى معناهما في اللغة والاصطلاح حتى ندرك الماهية فيهما إدراكاً تتبلور فيه أصول المسألة المعروضة بشكل علمي سليم . وبما أنني أوضحت في بداية هذه الأطروحة معنى الفسخ لغة واصطلاحاً بقي أن نبين معنى الطلاق فيهما .

* - تعريف الطلاق :

١ - تعريف الطلاق لغة :

معنى الطلاق في اللغة الترك والمفارقة والحل والسماحة ، فيقال : طلقت الأسير إذا حللت إيساره وخليت سبيله ، وأطلقت القول : إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط ، وأطلقت الناقة : تركتها وأرسلتها ، وطلق البلاد : تركها وفارقها ، طلق الوَجْهَ والبيدين : أي سمح . ومن معنى الحل والترك والمفارقة وعدم القيد ونحوها أخذت لفظة الطلاق ليراد بها إنهاء الرابطة الزوجية ، فيقال : طلق امرأته تطليقاً ، وطلقت هي : تطلق بالضم طلاقاً فهي طالق ، ويقال أيضاً : طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق ، فإن كثر تطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلق ، والاسم الطلاق ، وقال علماء اللغة : وهذا تركيب يدل على الحل والانحلال^(١) . وجرى عرف الفقهاء على خص لفظ الطلاق على إنهاء عقد النكاح ، وهو استعمال معنوي فيه ، بينما خصوا الحل والترك ونحوهما في غيره بلفظ الإطلاق^(٢) .

٢ - تعريف الطلاق اصطلاحاً :

عرف فقهاؤنا الطلاق تعريفات متعددة تتقارب أحياناً وتتباين أحياناً أخرى تبعاً للجهة التي ينظرون إليه منها ، فالحنفية^(٣) عرفوا الطلاق بأنه : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ

(١) - المصباح المنير : مادة / طلق / ٣٧٦ ، مختار الصحاح : مادة / طلق / ١٦٦/١ ، المغرب : ٢٩٣ .

(٢) - الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٦/٧ .

(٣) - انظر ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٢٦/٣ وما بعدها ، البحر الرائق : ٣ / ٢٥٣ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى

الأبهر : ٣٨١/١ ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٣٥٨/١ .

مخصوص .

فالتعريف عبر عن العقد بأنه قيد وهو في الحقيقية كذلك ؛ لأن العقد ما هو إلا تقييد للرابطة العقدية ، وهو استعمال يتناسب مع المعنى اللغوي للعقد ، وضبطُ المعرف بالحال : لدلالة على الطلاق البائن ، وبالمال : لإدخال الطلاق الرجعي ، وباللفظ المخصوص : لإخراج الفسوخ بأنواعها ، كخيار البلوغ والعق ، وعدم الكفاءة ، ونقصان المهر المسمى عن مهر المثل ، وردة أحد الزوجين ، ونحو ذلك ، فهذه الفرق فسخ عندهم وليست طلاقاً ؛ لأن الطلاق يحتاج لوقوعه إلى لفظ مخصوص يدل عليه صراحة أو كناية .

أما المالكية : فقد ذكروا تعريف ابن عرفة الذي ينص على أن الطلاق : « صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته »^(١) . نجد التعريف عبر بالصفة للدلالة على أنه حدث قائم بالشخص ، إذ إنه مدلول التطلق ؛ لأنه قائم بالفاعل ووصف له ، ومعنى حكمية : أي غير وجودية ؛ لأنه صفة اعتبارية ، كون الحدث أمراً اعتبارياً^(٢) .

وعليه : فالتعريف يوضح أن لفظ الطلاق استعمال معنوي ينهي الروابط القائمة بين الزوجين ويمنع حل الاستمتاع بينهما .

وأما الشافعية والحنابلة فقد عرفوه أيضاً بأنه : « حل قيد النكاح »^(٣) وزاد الشافعية^(٤) : بلفظ الطلاق ونحوه ، وذكر بعضهم أيضاً أن الطلاق : « تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح »^(٥) .

وعليه يمكن القول بأن الطلاق : هو إنهاء العلاقة الزوجية في الحال أو المال من قبل الزوج أو من ينوب عنه بلفظ مخصوص صراحة أو كناية على اختلاف بينهم في طبيعة ذلك الإنهاء .

** - الفرق بين الفسخ والطلاق :

من دراسة موضوع الفسخ والطلاق أجد أن بينهما عدة فروق تتجلى في الحيثيات الآتية :

أولاً - من حيث المعنى^(٦) :

إن استعراضنا لمعنى الفسخ والطلاق يفيد أن كلاً منهما يطلق على عملية إنهاء الشيء وإزالته ، إذ إن معنى الفسخ في اللغة لا يخرج عن معنى النقص والإزالة والرفع والتفريق

(١) - معواهب الجليل في شرح مختصر خليل ١٨/٤ ، حاشية العدوي : ٧٩/٢ ، الفواكة الدواني : ٣٠/٢ - ٣١ .

(٢) - الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزايري ٢٧٩/٤ .

(٣) - أساسى المطالب شرح روض الطالب ٢٦٣/٣ ، تحفة المحتاج : ٢/٨ ، معني المحتاج : ٣٥٦/٣ ، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤٨٨/٣ .

المعنى : ٢٧٧/٧ ، الإصناف : ٤٢٩/٨ ، كشاف القناع : ٢٣٢/٥ .

(٤) - معني المحتاج : ٣٥٦/٣ .

(٥) - المرجع السابق : ٣٥٦/٣ .

(٦) - أقصد المعنى اللغوي ؛ لأن المعنى الاصطلاحي سيظهر من خلال الماهية .

والتقطع ، والطلاق ما هو إلا هذه المعاني تقريباً ؛ فهو رفع للشيء أو تفريق بين أطرافه ، أو إزالة له .

وهذا يوضح أن الفسخ والطلاق في اللغة لفظان متقاربان يفيدان المعنى ذاته . إلا أن ثمة فرقاً خفياً بينهما يدركه المتبصر بحقيقة كل منهما ، نجده في ذات المعاني السابقة المرادفة لهما ، فيقال مثلاً : فسخت عني الثوب أو تفسخ الحيوان ونحوهما ، يعني نقضُ وزوالُ الشيء المفسوخ ، وتحوله إلى غير شكله ، وانتقاله إلى صورة أخرى غير تلك التي كان عليها . وهذا التوجه في المعنى لا ينطبق على قولهم : أطلق الدابة أو رأيت حيواناً طالقاً ؛ لأن هذا المعنى لا يفيد إعدام القيد وزواله وتغييره إلى حالة جديدة ، وإنما يفيد رفع القيد فقط ؛ لإمكانية العودة به إلى حالته الأولى^(١) .

ثانياً - من حيث حقيقة كل منهما^(٢) :

إن التشابه في المعنى بين الفسخ والطلاق لا يقتصر على المعنى اللغوي بل يتعداه إلى المعنى الاصطلاحي من حيث إن كلا منهما ينهي عقد النكاح ويزيل آثاره المترتبة عليه وينقض الرابطة التعاقدية بين الزوجين من خلال رفع الحل المباح بينهما^(٣) .

بيد أن الفرق اللغوي السابق بينهما على ضالته له اعتبار في عرف الفقهاء يظهر جلياً في حقيقة كل منهما ، والذي يتوضح في النقاط الآتية :

*- إن الفسخ يبين الطلاق من حيث إنه نقض للعقد وإزالة للحل المترتب عليه ، فالعقد المفسوخ ، عقد انعدم وجوده ، بينما الطلاق فهو حل وإنهاء للعقد ، حلاً وإنهاء لا يقتضي إعدامه إلا بعد البيّنونة الكبرى ، وهذا ما عبر عنه فقهاؤنا عند تعريفهم للفسخ حيث قال الكاساني وغيره : ((الفسخ رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن))^(٤) .

**- إن الفسخ يختلف عن الطلاق من حيث إنه يلحق العقد الصحيح والعقد الفاسد^(٥) بينما الطلاق لا ينجم إلا عن عقد صحيح في أركانه ومقوماته .

***- إن الفسخ لا يزيل عقد النكاح ولا ينقضه إلا نتيجة سبب استدعاه ، رافق العقد

(١)- فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٧٠ .

(٢)- انظر ، بداية المجتهد : ٥٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٧٤/٢ ، المعنى : ٢٥٠/٧ ، فسخ الزواج : أحمد الحجي الكردي : ٧٠-٧١ ، الفقه الإسلامي وأدبه : د. وهبه الزحيلي ٣٤٨/٧ ، بحوث في فرق النكاح : المرسي عبد العزيز : ٥ ، أحوال شخصية : محمد وسف موسى : ٢٥٠ ، حق الزوجين في طلب التفريق : فؤاد جاد الكريم ١٥٠ .

(٣)- انظر ، شرح مختصر خليل للخرشي : ٢٢٢/٣ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٧/٨

(٤)- بدائع الصنائع : لكاساني ٢٨٢/٥ ، وانظر ، تبين الحقائق : ١٩٧/٤ ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤٤٣-٤٤٢/٣ ، أنوار البروق في أنواء الفروق ١٠٥٨/٣ ، المجموع شرح المهذب : ١٢١/١٠ .

(٥)- يجب التذكير فيما قناه سابقاً من أن قبول العقد الفاسد للفسخ لا يكون إلا في الفقه الحنفي دون باقي المذاهب الذين يسوون بين العقد الباطل والفاسد .

كوجود فساد فيه أو خيار كخيار البلوغ لأحد الزوجين ، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية ، ففيها كان العقد غير لازم ، أو طراً عليه بعد تمامه صحيحاً كردة الزوجة أو إبانها الإسلام ، وكالاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو بنيتها ونحوهما مما يتنافى وطبيعة عقد النكاح ، بخلاف الطلاق فإن الزوج يستطيع مباشرته دون أن يكون هناك سبب له ، إذ ينتهي العقد به بمجرد وقوع اللفظ المحدد له شرعاً.

****- إن الفسخ يباين الطلاق من حيث إنه حق - حال قيام سببه - لكل من الزوجين على حد سواء ، وليس وقفاً على أحدهما دون الآخر ، بخلاف الطلاق الذي ملكه الشارع الحكيم للزوج الذي يحق له فيه التوكيل أو التفويض ، فحق امتلاكه متعين للزوج دون الزوجة.

ثالثاً - من حيث أثر كل منهما :

لكل من الفسخ والطلاق أثر على العقد يختلف عن الآخر اختلافاً ناجماً عن طبيعة كل منهما يظهر فيما يأتي :

*- إن الفسخ الذي ينقض العقد ويهدم أركانه ويجعله كأن لم يكن لا ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج ؛ لأنه إزالة للأساس الذي يستند إليه . بخلاف الطلاق ، إذ ينقص به عدد تلك الطلاقات (١) .

فإذا ما فسخ عقد نكاح لسبب من أسباب الفسخ المتقدمة ، والمتمثلة في خيار عيب أو بلوغ أو ردة ونحوها ، ثم عادت الزوجة إلى زوجها بعقد صحيح ، فإنه يملك ثلاث طلاقات ، لم يُنقص الفسخ منها شيئاً ، بينما لو طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً أو بائناً بينونة صغرى ، وعادت المرأة إلى عصمته ، فإن حقه في امتلاك الطلاق قد نقص إلى طلقتين أو طلاقة واحدة. **- إن الفسخ يباين الطلاق في أثرهما على سقوط المهر وعدمه كلا أو جزءاً ، وفيما يأتي مذاهب الفقهاء في ذلك :

/ - ذهب الحنفية (٢) إلى أن فُرقة الفسخ بين الزوجين قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة تُسقط جميع المهر ؛ لأن حقيقة الفسخ ما هي إلا رفع للعقد من أصله وجعله كأن لم يكن ، وارتفاعه بالفسخ يرفع المهر ؛ لأنه حكم من أحكام العقد الصحيح سواء تمت من قبل الزوجة كردتها عن الإسلام ، أو إبانها الإسلام حال إسلام زوجها ، أو اختيارها الفسخ بعيب في

(١) - انظر ، المبسوط : ١٧٦/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٧٠/٣ ، المنتور : ٢٤/٣ ، المغني : ٢٥٠/٧ ، كشاف القناع : ١١٣/٥
(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٩٥/٢ - ٢٩٦ . الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٢٩٥/٧ ، أحكام الزواج والطلاق : عبد الوود . ٣١١

زوجها ، أم من قبل الزوج ، كان يفسخ ولي المرأة النكاح ؛ لعدم كفاءة الزوج ، فحالات الفسخ هذه تُسقط المهر كاملا ، ولا يحق للمرأة عندئذ المطالبة بشيء منه .

بينما فرقة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة ، توجب نصف المهر باتفاق الفقهاء استنادا إلى قوله تعالى : **« وَإِنْ طَلَقْتُمْوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ »**(^١) .

ب - وقال المالكية : لا يجب قبل الدخول شيء من المهر للزوجة إذا فُسخ النكاح أو رده الزوج بعيب في الزوجة(^٢) ، أو طلقها في نكاح التفويض(^٣) .

ت - وأما الشافعية والحنابلة(^٤) : فقد ميزوا بين جهة الفرقة بسبب من الزوج أو بسبب من الزوجة ، فقالوا : الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها ، كإسلامها بنفسها ، أو بالتبعية كإسلام أحد أباؤها ، أو فسخا بعيبه أو ردتها ، أو إرضاعها زوجة له صغيرة ونحوه ، تُسقط جميع المهر ، وعللوا ذلك : بأنها قد اختارت الفرقة بنفسها ، فكانها أتلفت المعوض قبل التسليم ، فسقط العوض قياساً على إتلاف المبيع قبل التسليم .

أما الفرقة الحاصلة من غير سببها - أي من غير سبب من جهة الزوجة - كطلاق وخلع ولو باختيارها كأن فوض الطلاق إليها ، فطلقت نفسها ، أو علقه على فعلها ففعلت ، أو أسلم الزوج أو ارتد أو لاعن ونحو ذلك ، فمثل هذه الفرقة توجب نصف المهر ، ومستدلين على الطلاق بقوله تعالى : **« وَإِنْ طَلَقْتُمْوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ »**(^٥) ، وغيره يقاس عليه .

وعليه : فإن الفقهاء متفقون من حيث الجملة إنه لا تأثير للفسخ والطلاق على سقوط المهر بعد الدخول ، وإنما أثر الفسخ والطلاق يتجلى عليه قبل الدخول فالفسخ يسقطه كاملا والطلاق ينصفه عند الحنفية والمالكية ، أما الشافعية والحنابلة فأساس سقوط المهر أو تنصيفه عائد إلى سبب الفرقة لا إلى طبيعتها .

(١) - سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٢) - القوانين الفقهية : ١٣٥/١ - ١٣٦ ، وانظر ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣٩٠ / ٢ - ٣٩٩ / ٢ .

(٣) - نكاح التفويض : هو جائز اتفاقاً وهو أن يسكتا عن تعيين الصداق حين العقد ويفوض ذلك إلى أحدهما أو إلى غيرهما ثم لا يدخل بها حتى يتعين فإن فرضه أحدهما بعد فرضيه الآخر لزمه وإن لم ترض المرأة فإن فرض لها صداق المثل أو أكثر لزمها بخلاف الأقل إلا أن ترضى به وإن لم يرض الزوج كان مخيراً بين ثلاثة أشياء إما أن يبذل صداق المثل أو يرضى بفرضها أو يطلق فإن مات قبل الدخول وقبل الفرض فلا صداق لها خلافاً لأبي حنيفة ولها الميراث اتفاقاً وإن طلقها قبل الدخول فلا نصف لها إلا إن كان قد فرض لها (القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٦)

(٤) - انظر ، مغنى المحتاج : ٢٩٨-٢٩٩ ، كشاف القناع : ١١٣ / ٥ - ١٤٨ / ٥ وما بعدها .

(٥) - سورة السابقة : الآية ٢٣٧

المبحث الثالث

تطبيقات في التمييز بين الفسخ والطلاق في الفرق الحاصلة بين الزوجين

بعد أن اتضح لنا الفرق بين الفسخ والطلاق ، يثار التساؤل الآتي : ما نوع الفرق الحاصلة بين الزوجين ، هل هي طلاق أم فسخ ؟ وبعبارة أخرى ، متى تكون الفرق بينهما فسحاً ومتى تكون طلاقاً ؟

ولكن قبل أن نشرع في الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من بيان معنى الفرق لغة واصطلاحاً لتظهر الصورة متكاملة بشكل علمي ، يحدد أبعادها وينظم شكلها في ثوب قشيب ، وذلك فيما يأتي :

**** - تعريف الفرق :**

الفرقة في اللغة : اسم من المفارقة ، ويقصد بها المباينة ، فيقال : فارق الشيء مفارقةً وفراقاً ، بمعنى باينته ، ويقال أيضاً : فارق فلان امرأته مفارقةً وفراقاً : باينتها ، وفرق بين الشينين فرقا وفرقانا ، فصل بينهما^(١) .

أما في الاصطلاح : فإن استعمال الفقهاء^(٢) لهذه الكلمة يُظهر تطابق مرادهم بها مع معناها اللغوي ، إذ يقصدون بها نقض عرى العلاقة بين الزوجين بحل عقد النكاح أو رفعه وإبطاله عن طريق الفسخ أو الطلاق .

فالفرقة في هذا العقد لا تكون إلا فسحاً أو طلاقاً^(٣) ، ولكن الفقهاء تباينت آراؤهم تبايناً كبيراً حول ماهية تلك الفرق في أنها فسخ أم طلاق ، وفي حاجتها إلى القضاء أم لا ، وفيما يأتي سأعرض لطبيعة الفرق الحاصلة بين الزوجين موضحاً مدى حاجتها إلى القضاء أو عدمه .

أولاً - نوع الفرق الثابتة بالعيب :

اختلف الفقهاء في ماهية الفرق الثابتة بالعيب إلى رأيين :

(١) - انظر ، لسان العرب مادة / فرق / ، القاموس المحبط : مادة / فرق / باب لغاف ، فصل الغاء ، المصباح المنير : مادة / فرق / ٤٧١ / .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣٦/٢ ، المنثور في القواعد الفقهية : ٢٤/٣ ، رد المحتار على الدر المختار : ٦٨/٣ وما بعدها ، المغني : ١٢٢/٧ وما بعدها .

(٣) - أما فرقة الموت : فهي إنهاء لعقد النكاح ، لذا لا تدخل في مرادنا هنا ؛ لأن مدار بحثنا حول نقض العقد من أساسه أو إيقاف شرعيته إيقافاً مؤقتاً أو نهائياً . (انظر ، المنثور في القواعد الفقهية : ٢٤/٣) .

الرأي الأول: وأصحابه الحنفية^(١) والمالكية^(٢) الذين يرون أن طبيعة الفرقة الحاصلة بالعيب طلاق بائن لا فسخ ، مدللاً كلُّ منهما على رأيه ، فالحنفية يقولون : إن سبب ثبوت الفرقة بالعيب حصل من جانب الزوج ، وهو منعها من إيفائها حقها المستحق بالنكاح والمتمثل بالوطء ، وكأنه مطالب بالطلاق حكماً ؛ امتثالاً لقوله تعالى : **«فإمسكْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»**^(٣) ، وقد فات الإمساك بالمعروف نتيجة عيبه الذي تتضرر منه الزوجة ، فوجب عندئذ ما يقابله بنص الآية السابقة ، وهو التسريح بإحسان ، المتمثل في الطلاق .

ثم إن المقصود من الفرقة هو دفع الظلم عن الزوجة ، ولا يتحقق إلا بطلاق بائن ؛ لأنها لو لم تكن كذلك ، تعود معلقة بالمراجعة ؛ لأنها ما تزال تحت زوج ، فلا يحصل دفع الظلم . أما المالكية^(٤) فقالوا : إن كل فرقة حدثت في عقد صحيح ولم تثبت حرمة مؤبدة بين الزوجين تكون طلاقاً ، والفرقة بالعيب منها ؛ لوقوعها بعد انعقاد العقد صحيحاً ، وهو ضابط اتخذته المالكية في ذلك .

الرأي الثاني: وأصحابه الشافعية والحنابلة^(٥) الذين يرون أن الفرقة بالعيب فسخ لا طلاق معللين ذلك : بأنها فرقة من جهة المرأة فكانت فسخاً ، ولو كانت طلاقاً لتتصف بها المهر قبل الدخول ، ولم يحصل ذلك ، فكانت فسخاً لا طلاقاً . وقال ابن قدامة : **«ولنا ، إن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسخاً ، كفسخ المشتري لأجل العيب»**^(٦) .

الرأي المختار:

إن استعراض ما ذكره فقهاؤنا عند الحديث عن ماهية الفرقة الحاصلة بالعيب والذي تمخض إلى الرأيين السابقين ، يمكن القول : إنه لا بد من التمييز بين حصول الفرقة قبل الدخول وبعده ، لإدراك ماهية الفرقة بالعيب بشكل يحقق العدالة بين الزوجين : فإن حدثت قبل الدخول وكانت من جهة المرأة فإني أرى أن تكون فسخاً لا طلاقاً ، لرفع ما قد يتضرر به الزوج من دفع المير نتيجة سبب من جهتها ، وهذا ما أخذ به المالكية الذين

(١) - تجدر الإشارة إلى أن الحنفية لا يجزون الفسخ بخيار العيب إلا في الجب والغنة والخصاء ، ولكنهم قالوا : إن الفسخ بهذه العيوب ليس بسبب ذات العيب ، بل لغوات المعقود عليه ، وقد سبق وأوضحت ذلك ، وإشارتي لنوع الفرقة بالعيب هنا عند الحنفية تماشياً مع رأي الجمهور ، ذكرت ذلك حتى لا يتبس الموضوع .

(٢) - النظر ، بدائع الصنائع : ٣٣٦/٢ ، الغاية شرح الهداية : ٣٠٠/٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤٩٥/٣ ، فتح القدير : ٢٩٩/٤ - ٣٠٠ . مواهب الجليل : ٤٤٧/٣ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ١٥٣/٥ - ١٥٤ .

(٣) - سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) - النظر ، مواهب الجليل : ٤٤٧/٣ .

(٥) - نظر ، المنثور في القواعد : ٢٤/٣ - ٢٥ ، مغنى المحتاج : ٢٦١/٣ - ٢٦٢ ، المغنى : ١٥٢/٧ ، المبدع : ٩٦/٧ ، كشاف القناع : ١١٢/٥ - ١١٣ .

(٦) - المغنى : ١٥٢/٧ .

يرون أن الفرقة بالعيب طلاق ، فقد قال صاحب الشرح الصغير : ((ولا صداق في الرد قبل البناء ، ولو وقع بلفظ الطلاق ؛ لأن العيب إذا كان به ، فقد اختارت فراقه قبل استيفاء سلعتها))^(١) .

أما إن كانت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، كأن يكون العيب فيه ، فإني أرجح أن تكون طلاقاً لا فسخاً ؛ لأن الضرر وقع من جهته ولا شأن للمرأة فيه ، فكأنه كان مدلساً لها ، فوجب لها ما تستحقه بالعقد تعويضاً عما لحقها من أذى ، ولا يُستحق شيء من المهر قبل البناء إلا بطلاق ، لذا قلت : إن الأرجح أنها طلاق .

وإن حدثت بعد الدخول ، فإني أرجح أنها طلاق أيضاً ؛ لأنها إما أن يتراضيا على رد النكاح أو يتنازعا . فإن تراضيا ، فالفرقة تقع من الزوج بإرادته وعبارته ، وما يصدر عنه عادة لا يكون إلا طلاقاً .

وإن تنازعا واختلعا ، رُفِع الأمر إلى القاضي ، فيأمره بمفارقتها ، فإن أبي ، ناب القاضي عنه ، وفرق بينهما ؛ ولأنها تستحق المهر بعد الدخول ، واستحقاق المهر ما هو إلا من أحكام الطلاق ، لذ فإن القول : بأنها طلاق هو الأرجح في نظري ، وهو ما أخذ به الأستاذ المرسي عبد العزيز السماحي في كتابه بحوث في فرق النكاح^(٢) .

لكن السؤال المطروح في مثل هذا المقال هو : هل وقوع الفرقة بالعيب سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً تحتاج إلى القضاء لتنتج آثارها على العقد أم تقع بمجرد ثبوت سببها واختيار الزوجة لها ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تظهر من خلال ما يأتي :

**** - طريق وقوع الفرقة الثابتة بالعيب :**

تبينت أقوال الفقهاء في حاجة الفرقة بالعيب إلى القضاء أو عدمه إلى ما يأتي :

أ - ذهب الحنفية^(٣) إلى أن الفرقة الثابتة بالعيب تحتاج لقضاء القاضي لوقوعها وثبوتها ، فيما إذا كان العيب جُباً^(٤) ، فيأمر القاضي الزوج بطلاقها طلاقاً بائناً ، بعد طلب الزوجة منه ذلك ، فإن أبى طلاقها ، ناب القاضي عنه ، وأضيف فعله إليه ، وإن كان العيب عنة أو

(١) - الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوي : ٤٧٧/٢ .

(٢) - بحوث في فرق النكاح : المرسي عبد العزيز السماحي ٢٢١-٢٢٢ .

(٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣٦/٢ ، العناية شرح الهداية : ٢٩٩/٤-٣٠٠ ، البحر الرائق : ١٣٤-١٣٦ ، رد

المحتار على الدر المختار : ٤٩٨/٣ ، فسخ الزواج : أحمد الحجري الكردي ٣٢٧ .

(٤) - إن المجبوب لا يؤجل ، لأن التأجيل ، لأجل الفائدة في زوال العيب مع مرور الوقت ، وهذا متعذر في الجب ، فعدمت الفائدة

فتتلفى التأجيل حال حصوله ، وهذا ما أوضحه فقهاؤنا (انظر ، المراجع السابقة) .

خصاء أجله القاضي سنة ، فإذا انتهت المدة ، ثم رفعت المرأة أمرها إلى القاضي من جديد تشكوه أمر زوجها ، أمره القاضي ثانية بطلاقها ، فإن أبى ناب عنه القاضي كذلك . وقيل تقع الفرقة بمجرد وقوع سببها واختيار الزوجة لها ، فقد قال ابن نجيم : ((بانء بالتفريق ؛ لأن الفرقة لا تقع باختيارها نفسها ، بل لا بد من تطليق الزوج بائنة أو تفريق القاضي إن امتنع ، وقيل : تقع باختيارها وجعله في الخلاصة ظاهر الرواية ، والأول رواية الحسن وأشار ببطلانه باختيارها))^(١).

وقال ابن عابدين ما نصه : ((وفي البدائع عن شرح مختصر الطحاوي أن الثاني ظاهر الرواية ، ثم قال : وذكر في بعض المواضع أن ما ذكر في ظاهر الرواية قولهما))^(٢) .

ب - وذهب المالكية^(٣) أيضا إلى أن الفرقة لا تثبت إلا بإذن القاضي بعد طلب المرأة ذلك إذ يكلف القاضي الزوج بطلاق زوجته طلاقاً بائناً نتيجة عيبه ، فإن أبى ناب عنه القاضي ، وهذا هو مذهب الحنفية تماما - كما سبق - إلا أن المالكية يرون أيضا أنه يجوز أن تقع الفرقة من جانب الزوجة فتطلق نفسها شريطة إذن القاضي لها بعد ذلك ، وهذا ما صرح به الدردير بقوله : ((وإن لم يدعه بعد السنة - أي يدعي الزوج العنين الوصول إليها - طلقها إن شاءت الزوجة بأن يأمره الحاكم به ، فإن طلقها فواضح ، وإلا يطلقها بأن أبى ، فيل يطلق عليه الحاكم أو يأمرها به ، أي بإيقاع الطلاق ، كطلقت نفسي منك وما معناه ، ويكون بائناً لكونه قبل البناء ، ثم يحكم به الحاكم ؛ ليرفع خلاف من لا يرى أمر القاضي لها في هذه الصورة حكماً))^(٤) .

ت - أما الشافعية^(٥) فيشترطون في الأصح عندهم رفع أمر الفرقة إلى القاضي ، لبيت فيها لأنها من الأمور التي تكون محط نظر واجتهاد ، وما كان ذلك سبيله لا بد فيه من تدخل القضاء ؛ لرفع ما قد يحدث من نزاع بين المتخاصمين ، فيتعاطاه بنفسه أو يأذن فيه ، وقيل : إنه لكل منهما الانفراد بالفسخ قياساً على الرد بالعيب ، لكن إنما تفسخ بعد قول القاضي لها ثبتت العنة ، أو ثبت حق الفسخ فاختاري ، والمراد به إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت ، وفسخت قبله نفذ فسخها .

(١) - البحر الرائق : ١٣٦/٤ . (٢) - رد المحتار على الدر المختار : ٤٩٨/٣ .

(٣) - انظر ، التاج والإكلیل لمختصر خليل : ١٥٣/٥ - ١٥٤ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٢٨٣-٢٨٢/٢ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٤٧٤/٢ - ٤٧٥ .

(٤) - انظر ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٢٨٣-٢٨٢/٢ .

(٥) - انظر ، روضة الطالبين : ١٩٨/٧ ، أسنى المطالب شرح روضة الطالب : ١٨٣/٣ ، تحفة المحتاج : ٣٥٤ / ٧ ، مقني المحتاج : ٢٦٢/٣ - ٢٦٥ .

ج - وأما الحنابلة^(١) فيرون أنه لا بد من حكم القاضي أيضاً لينتج الفسخ أثره على العقد ؛ لأنه أمر مختلف فيه يحتاج إلى القضاء لفصله ، فهو كالفسخ للإعسار ، ولكن بعد طلب الزوجة ذلك ؛ واختيارها له ؛ لأنه حق متعين لها ، فلها أن تختاره ولها أن تبقى على الزوجية فإن اختارت الفسخ ، فسخ القاضي أو رده إليها ، فتنسخه - أي العقد - بعد إذن القاضي لها. يتبين مما تقدم أن الفرقة الثابتة بالعيب تحتاج إلى القضاء لوقوعها سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً في نظر الفقهاء في الجملة ؛ لأنها من الأمور الاجتهادية والتي تختلف فيه أنظار الناس وتتباين كثيراً ، ولا سيما أن الفقهاء أجازوا الفرقة بعيوب محددة وبشروط معينة ، وهما سبيلان لتفاوت آراء الناس وتصوراتهم في ذلك ، فكان لا بد من تدخل القضاء لحل ما قد ينشأ من نزاع حولهما ، خاصة إذ علمنا أن الزوج الذي أصيب بالعيب قادر على حله بالطلاق وتخليص زوجته من الضرر الذي هو سبب فيه ، فعندما يمتنع لا بد عندئذ من تدخل القضاء لرفع الظلم والتحقق من أن العيب بشروطه سبب للفرقة أم لا ، فضلاً عن أن المرأة لا تباشر الطلاق بنفسها عند من يقول : إن الفرقة طلاق .

وإنني أرى أن ضبط هذا النوع من الفرقة بالقضاء أمر يحقق العدالة ويمنع زعزعة عقد النكاح ؛ لعلم المرأة أنه مرتبط بأمر القاضي المنوط به إحقاق الحق وإثبات العدل .

ثانياً - هل الفرقة الناجمة عن الإعسار فسخ أو طلاق ؟

اختلف جمهور الفقهاء القائلين بجواز الفرقة حال ثبوت الإعسار بالنفقة أو المهر في تحديد ماهيتها إلى رأيين :

الرأي الأول : وأصحابه المالكية^(٢) الذين يرون أن الفرقة الحاصلة بالإعسار طلاق رجعي سواء أوقعه الزوج أو حكم القاضي به ؛ لوقوعها في عقد صحيح ؛ استناداً إلى الضابط الذي اتخذته - المالكية - في تمييز الفسخ عن الطلاق ، إذ قالوا : كل فرقة حصلت في نكاح صحيح تقع طلاقاً.

ولكنهم حددوا طبيعة هذا الطلاق بأنه رجعي ؛ لأن سببه هو الإعسار ، ومن الممكن يسار الزوج بعد الطلاق ؛ لأن مسألة العسر قد تتجلى بمرور الوقت ؛ وبوقوعه رجعياً يتسنى

(١) - المعنى : ١٥٢/٧ ، الإصناف : ٢٠٠/٨ - ٢٠١ ، كشاف القناع : ١١٣/٥ .

(٢) - انظر ، التاج والإكليل شرح مختصر خليل : ٥٦٥/٥ - ٥٧١ ، منح الجليل شرح مختصر خليل : ٤٠٥/٤ - ٤٠٧ ، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير : ٥١٨/٢ - ٥١٩ .

للزوج إعادة زوجته إلى عصمته ما دامت في العدة ، إذا ما وجد يساراً يقوم بواجب مثلها ، كأن يجد الخبز والأدم على عادتها ، فإذا كانت غنية شأنها أكل اللحم الضاني مثلاً ، فلا تصح الرجعة حينئذ إلا إذا قدر على ذلك ، فإن لم يقدر إلا على الخبز والملح ونحوهما مما لا تعتاده لا تصح الرجعة .

وإنما اعتبر في الرجعة اليسار الكامل مع أنها لا تطلق عليه ، إذا وجد ما تيسر من القوت لأن الطلاق كان لرفع الضرر عنها ، وهو مقدر بالنفقة الضرورية بخلاف رجعتها ؛ إذ إعادة النكاح يتطلب النفقة المعتادة لا الضرورية ، وهذا ما صرح به الدسوقي بقوله : ((لأن الملاءمة والرغبة عن الطلاق تناسب ذلك بخلاف فكاكها وصيرورتها أجنبية فلا يعود الضرر))^(١) .

الرأي الثاني : وأصحابه الشافعية والحنابلة^(٢) الذين يرون أن الفرقة بالإعسار فسخ لا طلاق ؛ لأنها من جهة المرأة ، وكل فرقة من جهتها فسخ ، فيما إذا صدرت من القاضي بعد طلبها ذلك ؛ بخلاف ما لو أمر القاضي الزوج بالطلاق فطلق لأكثر من ثلاث ، فيقع بائناً ، أما إن أوقعه أقل منه ، وقعت الفرقة عندئذ طلاقاً رجعيماً ، له رجعتها ما دامت في العدة ولو كان معسراً . ولها أيضاً طلب الفسخ ثانية ، إن بقي على إعساره ؛ لأن المقتضي له باق ، فأشبه ما قبل الطلاق .

لكنني أرجح ما ذكره الشافعية والحنابلة ؛ لأن ما صدر عن الزوج أصالة أو نيابة سواء بإذن القاضي أم بدون إذنه ما هو إلا طلاق كان الشارع الحكيم قد ملكه إياه ، وأما ما يصدر عن غيره لا يكون إلا فسخ ، وهو معيار اتخذته الشافعية والحنابلة في ذلك .
تجدر الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أن الفرقة الثابتة بالإعسار سواء كانت طلاقاً أم فسحاً تحتاج لثبوتها إلى قضاء القاضي ؛ لأنها من الأمور التي تختلف أنظار الناس فيها ؛ ولأنها محل اجتهاد ونظر ، فلا بد من تدخل القضاء ، شأنها شأن كل الأمور الخلافية لحسم ما قد يتولد من نزاع فيها .

هذا وقد ذكر الشافعية^(٣) أن الزوجة إن لم تستطع رفع أمرها إلى القاضي ، أو فقَدَ بأن لم

(١) - انظر ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٧٤٦-٧٤٥/٢ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٥١٨-٥١٩ ، شرح مختصر خليل للخرشي : ١٩٨/٢ .

(٢) - انظر ، معنى المحتاج : ٥٦٣/٣ ، نهاية المحتاج : ٢١٥-٢١٦/٧ ، شرح البهجة : ٣٩٣-٣٩٦/٤ ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : ٣٤٢-٣٤١/٨ ، المعنى : ١٦٣/٨ ، الإصناف : ٣٨٤/٩ وما بعده ، الفروع : ٥٨٧/٥-٥٨٨ ، كشف القناع : ٤٧٤/٥ .

(٣) - انظر ، معنى المحتاج : ٥٦٦/٣ .

يوجد حاكم ، استقلت هي بالفسخ للضرورة دون غيرها رفعا للظلم وإزالة للضرر .

لكن ثبوت هذه الفرقة بعد رفع الزوجة أمرها إلى القاضي ، يحدث على الفور أم يُنظرُ الزوج مهلة . تباينت أقوال الفقهاء في ذلك إلى ما يأتي :

أ- **المالكية^(١)** ، قالوا : إن ثبت عسر الزوج عند الحاكم تلوم له^(٢) باجتهاده مدة بحسب ما يراه مناسباً من حاله ، لعله يُحصَل النفقة في تلك المدة ، فإذا انقضت ما حدده القاضي له ولم ينفق طلق عليه .

أما إذا لم يثبت إفساره أمره القاضي بالإفراق أو الطلاق ، فإن أبى طلق عليه من غير تلوم على المعتمد عندهم ، وقيل : يطلق عليه بعد التلوم أيضاً .

هذا إذا كان حاضراً أو غائباً غيبة قريبة يقل بعدها عن عشرة أيام ، فإنه يكتب إليه بذلك ، أما إن كان غائباً أكثر من ذلك ، أو لم يعلم له مكاناً ، فإنه يطلق عليه حالاً دون إنظار ؛ لعدم الفائدة منه^(٣) .

ب- **ذهب الشافعية^(٤)** في القديم لديهم إلى أن الفرقة تنجز بمجرد ثبوت الإفسار عند القاضي بعد طلبها من قبل الزوجة ؛ لأن سببها هو الإفسار وقد ثبت عند القاضي ، ولا يلزم الإمهال ؛ لانعدام ما يفيد .

ولكن الأظهر عندهم إمهال الزوج ثلاثة أيام ، وإن لم يطلب الزوج ذلك ؛ للتحقق من عجزه ؛ فإنه قد يعجز لعارض ثم يزول ، وهي مدة قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض ، أو غيره فإن عجز بعدها فرق القاضي بينهما .

ج- **أما الحنابلة^(٥)** فقد ذهبوا إلى ما ذهب إليه الشافعية في القديم لديهم من أنه متى ثبت الفسخ ، وجب وقوعه دون إنظار ؛ لأنه لم يرد عن الشارع ما يدل على ضرورة الإمهال ؛ ولأن سبب الفسخ قد وُجِدَ ، فلا يلزم التأخير ، قياساً على خيار العيب .

ولكنني أرجح ما ذهب إليه المالكية من ضرورة إعطاء الزوج مهلة قبل إيقاع الفرقة بينه وبين زوجته حال كونه حاضراً أو في حكم الحاضر ؛ استناداً إلى الأخذ بالأحوط في ذلك ، وهو عدم الفرقة إلا بعد إنفاذ السبل التي من شأنها تمنع حل عقد الزواج ونقضه ، فقد يُحصَل

(١)- انظر ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٧٤٥-٧٤٦ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٥١٨-٥١٩ ،

شرح مختصر خليل للخرشي : ١٩٨/٢ ، فسخ الزوج : أحمد الحجي الكردي ٤٧٠ . (٢)- تلوم له : أي أمهله .

(٣)- الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٥١٨-٥١٩ ، فسخ الزوج : أحمد الحجي الكردي ٤٧٠ .

(٤)- انظر ، معني المحتاج : ٥٦٦/٣ ، نهاية المحتاج : ٢١٥-٢١٦ ، شرح البيهقي : ٣٩٢-٣٩٦ ، تحفة المحتاج في

شرح المنهاج : ٣٤٢-٣٤١/٨ .

(٥)- انظر ، المعنى : ١٦٣/٨ ، الإصناف : ٣٨٤/٩ وما بعده ، الفروع : ٥٨٧-٥٨٨ ، كشاف القناع : ٤٧٤/٥ .

الشفقة في المدة المحددة له من قبل القاضي الذي يرى باجتهاده ما مدى حاجته إليها دون
تحديدًا بميقات معين لاختلاف أوضاع الناس وظروفهم وبيئاتهم .

أما حال كونه غائبا غيبة منقطعة ، أو لم يعلم مكانه فلا فائدة للإنظار .

ثالثا - هل نوع الفرقة الناجمة عن خيار البلوغ فسخ أم طلاق ؟

سبق وأوضحنا أن عقد النكاح يقبل خيار البلوغ والإفاقة عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن
ولكن ما طبيعة تلك الفرقة الناجمة عن هذا الخيار ؟ وهل يحتاج إلى القضاء أم تتم بمجرد
وقوع سببها ؟

ذكر الحنفية^(١) القائلون بخيار البلوغ والإفاقة في غير الأب والجد والابن أن طبيعة تلك
الفرقة الحاصلة بهما إنما هي فسخ لا طلاق ، لأن معنى الفسخ فيها أقوى من معنى الطلاق ؛
لأن العقد بمجرد وقوعه صحيحاً وقع نافذاً غير لازم من أساسه ، وما كان هذا شأنه فإن
الفرقة فيه تكون فسخاً لا طلاقاً سواء صدر من الزوج أو من الزوجة .

وهذا الفسخ يحتاج إلى القضاء ؛ لأنه شرع لدفع ضرر خفي نتيجة الخلل الناجم عن قصور
الشفقة في المزوج ، ثم إنه أمر مجتهد فيه ومختلف فيه بين الفقهاء في قبول عقد النكاح له ،
وما كان هذا شأنه لا بد من تدخل القضاء لحسم ذلك الخلاف وتقرير الاجتهاد المناسب ، ولرفع
ما قد يقع من الخلاف والنزاع لغموض ضرره نتيجة اختلاف أنظار الناس حوله .

رابعا - هل الفرقة الناجمة عن فوات الكفاءة فسخ أم طلاق؟

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الفرقة الحاصلة بين الزوجين
إنما هي فسخ سواء أكانت شرط لزوم أم شرط نفاذ أم شرط صحة .

ولكن تباينت أقوالهم في تعليل كونها فسخاً بناء على أنها شرط لزوم ، فالحنفية^(٢) قالوا :
هي فسخ ؛ لأنها فرقة جاءت من قبل الزوجة ، وهو مبدأ اتخذوه في ذلك . قال ابن أمير
حاج : ((فإن التفريق بين الزوجين ؛ لعدم الكفاءة ، ونقصان المهر ، وخيار البلوغ ، وبردتها
فسخ))^(٣) .

(١) - انظر ، الدر المحتار على الدر المختار : ٧٢/٣ ، العناية شرح الهداية : ٢٧٧/٣-٢٧٩ ، المبسوط : السرخسي ٢١٣/٤ ،
درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٣٣٧/١ ، فتح القدير : ٢٧٧/٣-٢٧٩ .

(٢) - انظر ، المبسوط ١٧٢/٦ ، البحر الرائق : ١٤٠/٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥٠٥/٣ ، فتح القدير : ٢٤٨/٣ ،
فسخ الزواج : د. أحمد لحجي الكردي ٤٠١ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي ٣٥٠/٧ .

(٣) - التقرير والتحبير : ٢٦٣/٢ .

أما الشافعية والحنابلة^(١) فقد أشاروا أنها فسخ أيضا ؛ لأنها جاءت من جهة المرأة ، وما كان كذلك من الفرق بين الزوجين يكون فسخا .

أما المالكية^(٢) فإن عدنا إلى منهجهم في التمييز بين الطلاق والفسخ نجد أن هذه الفرقة بسبب فوات الكفاءة طلاق عندهم ؛ لأنهم اعتبروا كل فرقة ناجمة عن نكاح صحيح طلاقاً ، والعقد مع فوات الكفاءة صحيح في المعتمد لديهم كما أشرت فيما سبق ؛ لأنهم اعتبروها شرط لزوم .

ويؤكد هذا الاستنتاج من مذهب المالكية ما ذكره الحطاب ، حيث قال : ((حاصله على مذهب ابن القاسم^(٣) أن النكاح على ثلاثة أقسام ، ما كان عقده صحيحاً إلا أن للولي أو لأحد الزوجين فيه خياراً فلا شك أن هذا الفسخ بطلاق))^(٤) .

وقال ابن رشد : ((وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقاً))^(٥) ووجود النكاح مع عدم الكفاءة يمكن أن يتم وتستمر الحياة الزوجية إذا رضيا بفواتها ، دليل أنه يمكن أن يسقطها من يملك حقها .

وهذا ما أخذ به أستاذنا الفاضل الدكتور وهبه الزحيلي ، حيث قال : ((وتكون الفرقة - أي عند المالكية - طلاقاً فيما يأتي - وعدّ منها - الفرقة لعدم الكفاءة الزوج سواء أكانت من الزوجة أم من وليها))^(٦) .

إلا أن الدكتور أحمد الحجي الكردي عدّ الفرقة عند المالكية فسخاً ، فقال : ((وأما على مذهب المالكية ؛ فلأنها لا تكون عندهم إلا قبل الدخول ، ولذلك يعتبر العقد معها في حكم الفاسد فتكون فسخاً))^(٧) .

لكن كيف يكون العقد مع فوات الكفاءة في حكم الفاسد ؟ وهو معها صحيح ؛ لأنها شرط لزوم ، وهو ما قرره حفظه الله تعالى ، إذ قال بعد عرض رأي المالكية : ((حيث جاء في حاشية الدسوقي قوله : [إن رضيت بغير كفاء ، ولم يرض الولي بتركها ، فلأولياء الفسخ ما لم يدخل فإن دخل فلا فسخ]^(٨) ، وهذا دليل على أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط نفاذ أو صحة

(١) - انظر ، المنثور في القواعد الفقهية : ٢٤/٣-٢٧ ، القواعد لابن رجب : ٣٢٢ ، كشاف القناع : ١٣٥/٥ ، الإصناف : ٨ / ٢٧٩ ، المحرر في الفقه : ٣٥/٢ .

(٢) - انظر ، بداية المجتهد : ٥٣/٢ ، مواهب الجليل : ٤٥٢/٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٤٩/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د . وهبه الزحيلي ٣٥٢/٧ .

(٣) - ابن القاسم : (١٣٢ - ١٩١) وهو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، يكنى أبا عبد الله ، صاحب الإمام مالك ، توفي بمصر ، روى المدونة عن الإمام مالك . الديباج المذهب : ١٤٦ - ١٤٧ .

(٤) - مواهب الجليل : ٤٥٢/٣

(٥) - بداية المجتهد : ٥٣/٢ (٦) - الفقه الإسلامي وأدلته : د . وهبه الزحيلي ٣٥٢/٧

(٧) - فسخ الزواج : د . أحمد الحجي الكردي ٤٠٦ (٨) - حاشية الدسوقي : ٢٤٩/٢

وإلا لما صح العقد بعد الدخول بدونها^(١) .

وعليه : فإن الباحث يرى أن الفرقة عند المالكية طلاق بناء على ما ذكرناه ، ولكنني أرجح رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في أن الفرقة لفوات الكفاءة فسخ لا طلاق استنادا إلى تعليلهم في ذلك المتضمن أنها فرقة من جهة المرأة فكانت فسخا ، وهذا يحقق نوعا من العدالة بين الزوجين لرفع ما قد يُكلف الزوج عند اعتبارها طلاقا ، وذلك قبل الدخول . أما من اعتبر الكفاءة شرط صحة أو نفاذ ، فإنها فسخ أيضا ؛ لأن العقد مع فواتها وفوات موافقة من توقف العقد على موافقته يعتبر فاسدا ، والفرقة بسبب فساد العقد فسخ باتفاق الفقهاء^(٢) .

لكن هل تحتاج هذه الفرقة إلى القضاء ؟

إن الباحث في المذاهب الفقهية^(٣) يجد أنها تنصّ على أن الفرقة الناجمة عن فوات الكفاءة لا تثبت إلا بالقضاء ؛ لأنها من الأمور الاجتهادية ، إذ إن كلا من الخصمين يتشبهت بدليل توفر لديه ، من خلال أن الصفات المعبرة في الكفاءة مختلف فيها لدى الفقهاء ، وتختلف فيها أنظار الناس أيضا ، فلا بد من تدخل القضاء رفعا للمنازعات ، وحسما لاختلاف وجهات النظر ، لذا عند عدم الرضا بفوات الكفاءة ، فإنه يحق للولي أو الزوجة أن يرفعا الأمر إلى القاضي من أجل الفسخ ، وبعد التقاضي إن ثبت فوات الكفاءة ، حكم عندئذ بالفسخ ، وحكمه منشئا للفسخ وليس مقررا له ، وهذا كله بناء على أن الكفاءة شرط لزوم .

أما إن كانت شرط صحة على رأي من يراها كذلك ، فإنها تفسخ بحكم القاضي ؛ لأن العقد معها يكون فاسدا ، والعقد الفاسد يفسخ بقضاء القاضي ، أما من يراها شرط نفاذ ، فإنها لا تحتاج إلى قضاء القاضي للفسخ ، بناء على أن العقد الموقوف لا يحتاج إلى القضاء .

(١) - فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٣٨٢

(٢) - المرجع السابق : ٣٨٢

(٣) - انظر ، فتح القدير : ٢٩٣-٢٩٤/٣ ، بداية المجتهد : ١٢/٢ ، مواهب الجليل : ٤٦١/٣ ، المنثور : ٢٤٤-٢٩/٣ ، المغني

: ١٥١/٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبه الزحيلي ٣٥٥/٧ ، بحوث في فرق النكاح : المرسي عبد العزيز ٨ ، أحوال شخصية

: محمد يوسف موسى ٢٤٨ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٤٠١ .

خامساً- هل الخلع^(١) أفسخ أم طلاق ؟

قد تقع الفرقة بين الزوجين بالمخالعة ، فهل هذه الفرقة فسخ أم طلاق ؟ وهل تحتاج إلى القضاء في ثبوتها ؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تظهر من خلال ما يأتي :

أولاً - اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالخلع إلى قولين ، وفيما يأتي سأتناول آراؤهم وأدلتهم :

١- القول الأول : وأصحابه الحنفية والمالكية والشافعية في قول راجح لديهم والحنابلة في رواية مرجوحة^(٢) ، إذ يرون أن الخلع طلاق ، سواء أكان بلفظ الطلاق أم بلفظ الخلع ، ولكنهم أوضحوا من غير المالكية أن الخلع بمال يقع طلاقاً بائناً ، وبغير المال طلاقاً رجعياً ، كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك أو طلقتك على زق خمر ونحوه من كل ليس بمال متقوم ، يقع رجعياً ؛ لأن الخلع من كنايات الطلاق ، ومبني على العوض ، فعند انتفائه يعود الأمر إلى أصله وهو الطلاق الرجعي .

أما المالكية فقد ذكروا أن الخلع طلاق بائن سواء وقع بعوض أم لا ؛ لأن الغاية من استعمال هذه الألفاظ عرفاً هو قصد البينونة .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي :

أ- بقوله تعالى : ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِذْنِ سَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ))^(٣) . تدل هذه الآية الكريمة أن الخلع طلاق ؛ لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين ، فدل على أنه ملحق بهما .

ب- بما روي عن ابن عباس أنه قال : إن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في

(١)- الخلع : هو إزالة ملك النكاح ببذل (فتح القدير : ٢١١/٤) ، وقال الخطيب الشربيني : ((الخلع : هو فرقة بين الزوجين

بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع)) معنى المحتاج : ٣٣٥/٣ .

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ١٥١/٣ وما بعدها ، البحر الرائق : ٧٨-٧٧/٤ ، ٧٨-٧٧/٤ ، فتح القدير : ٢١٠/٤ وما بعدها ، رد

المحتار على الدر المختار : ٤٥٣/٣ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٧٦٠/١ ، بداية المجتهد : ٥٢ / ٢ ، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥١/٢ ، مواهب الجليل : ٢٠-١٩/٤ ، نهاية المحتاج : ٤٠٥/٦ ، معنى المحتاج : ٣٤٢/٣ ،

أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٢٤١/٣ ، المعنى : ٢٤٩/٧-٢٥٠ ، الإصناف : ٣٩٢/٨ .

(٣)- سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

الإسلام فقال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْبُؤَيْنَ عَلَيْهِ حَدِيثُهُ قَالَتْ نَعَمْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ((اِقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلَّقَهَا تَطْلِيقًا))^(١) .

وجه دلالة هذا الحديث هو أن خلع ثابت بن قيس لامرأته بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم كان طلاقاً ، فدل على أن الخلع طلاق لا فسخ^(٢) .

٣- ولأنه لو كان الخلع فسخاً لما جاز على غير الصداق ، إذ الفسخ يوجب استرجاع البذل ، كما في الإقالة التي لا تجوز بغير الثمن الأول ، ومعلوم أن الخلع يجوز على أكثر أو أقل مما سمي ، وما كان كذلك لا يكون فسخاً ، فكان طلاقاً .

٤- ولأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا بالطلاق ؛ لأن الزوجة ما بذلت العوض إلا لوقوع الفرقة بينها وبين زوجها لتخلص نفسها ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها طلاق لا فسخ .

٥- ولأن الزوج الذي خالع زوجته بلفظ غير صريح ، قاصداً فراقها ، قد أتى بكناية من كنايات الطلاق ، لذا كان طلاقاً لا فسخاً .

القول الثاني : وأصحابه الحنابلة في الراجح لديهم وقول للشافعي في القديم^(٣) ، الذين يرون أن الخلع فسخ طالما لم ينو به الزوج الطلاق ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بقوله تعالى : ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ))^(٤) .

وجه دلالة الآية : هو أن الله تعالى ذكر أن الطلاق مرتان ثم أعقبه بالخلع ، فقال : ((فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)) ثم قال : ((فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ)) فذكر تطليقتين والخلع وتطليقه بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً . ولا يمكن أن يكون أربعاً ، فكان فسخاً .

٢- ولأن الخلع فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخاً كسائر الفسوخ .

(١)- أخرجه البخاري : كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه / ٤٩٧١ / ، وأخرجه النسائي في سننه الكبرى : كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع / ٥٦٥٧ / ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : كتاب لطلاق ، باب الإيلاء / ١٤٦١٥ /
(٢)- انظر ، أحكام القرآن : الجصاص ١/ ٥٤٠ .
(٣)- انظر ، نهاية المحتاج ، ٤٠٥/٦ ، مخني المحتاج : ٣/ ٣٤٢ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٣/ ٢٤١ ، المغني : ٧ / ٢٤٩ - ٢٥٠ ، الإصناف : ٨/ ٣٩٢ .
(٤)- سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

٣- و لأن الخلع معاوضة وليس يمينا ؛ لأن الزوج يستحق فيه البذل ، وما كان كذلك يكون فسخاً .

٤- و لأن الخلع لو كان طلاقاً لترتب عليه أحكامه من الحق بالرجعة ، ومن أنه محسوب من الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج إصابة ، ومن أن العدة فيه ثلاثة قروء وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع وثبت بالسنة و أقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعده ، وهذا ظاهر جداً في كونه ليس بطلاق ، ولهذا كان فسخاً^(١).

المناقشة والترجيح :

ألاحظ أن الفريقين قد استدل كل منهما فيما ذهب إليه بقوله تعالى : ((الطلاق مرتان)) ، ولكن استنتاج تكيف الخلع من هذه الآية التي أثبتت مشروعيتها قد اختلف بينهما ، ولكن هذه الآية فيما يبدو لي أن حاصل ما تفيده هو أن الخلع فرقة بين الزوجين ، وتباين وجه الدلالة منها بين الفريقين هو الذي أدى إلى الاختلاف في تكيفه .

ولكن الحنفية ردوا على أصحاب القول الثاني ، بأن الآية الكريمة لا تسعف وجهة نظركم ولا تفيد المعنى الذي استنتجتموه منه بأن الخلع فسخ كونه بين ثلاث تطليقات ، بل حاصل ما في المسألة ، هو أن الله تعالى بعدما أفاد شرعية الطلاق ثلاثاً ، نص على حكم آخر هو جواز دفعها البذل تخلصاً من قيد النكاح ، وأخذ الزوج ذلك منها ، من غير تعرض لكونه طلاقاً أو غيره ، فتعين أخذ تكيفه من خارج الآية ، وهو السنة النبوية المطهرة .

أما كون الخلع فرقة خلت من صريح الطلاق فغير مسلم به عند أصحاب القول الأول ؛ لأنهم اعتبروه من كنايات الطلاق .

وأما كون الخلع معاوضة فلا يمنع من أن تكيفه طلاق ؛ لأن بذلها العوض مقابل طلاقها من زوجها بنية الطلاق يكون طلاق عند الجميع فكذلك ما لو لم ينو به الطلاق ، فضلاً عن أن بعضاً من أصحاب القول الأول عده معاوضة وقالوا : إنه يقع طلاقاً .

وأما كونه يختلف عن أحكام الطلاق ، فإنه لا نسلم لكم به من حيث إنه في الغالب يقع طلاقاً بانناً لا رجعياً ، وعدتها هي عدة المطلقة ، وما ثبت في السنة المطهرة وأقوال الصحابة الكرام من أن العدة في الخلع حيضة إنما يقصدون بالحيضة العدة ذاتها من حيث العدد

(١) - انظر ، زاد المعاد : ١٨٠/٥ .

وهو ما يؤكد ما روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ، فأمرها رسول الله صلى عليه وسلم أن تعتد بحيضة ، فسمى رسول الله صلى عليه وسلم العدة حيضة ، وأشار ابن الهمام إلى ذلك ، إذ قال : ((فقال ابن عمر عدتها أو عدتك عدة المطلقة^(١)) ، وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم يقولون : عدة الختلة ثلاثة قروء^(٢)((٣) .

ورد الحنفية أيضاً على ما استدل به الحنابلة من أن ابن عباس عد الخلع فسخاً^(٤) ، فقد قال ابن قدامة : ((وقال — أي الإمام أحمد — ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ^(٥))) مخالفاً بذلك ما رواه ، وعمل الراوي عندهم بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ ، اللهم إلا أن يثبت رجوعه .

وقالوا : إن ثابتاً طلقها امتثالاً لأمره صلى الله عليه وسلم فلا يبقى من محل للنزاع وهو الخلع ، بل يصير طلاقاً على مال ، فقول ابن عباس بعد ذلك : الخلع فسخ ، كلام في مسألة أخرى ، فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعاً حيث قال : وكان أول خلع في الإسلام يعني أول طلاق بمال ؛ لأن الظاهر أن المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم : طلقها ، امتثل قوله صلى الله عليه وسلم : فطلق ، وكثيراً ما يطلق الخلع على الطلاق بمال . وعلى كل حال فالأظهر ، فإن المرفوع الصريح لا يقام بالنقل التقديري ، ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا إلى النظر في المعنى أفاد ما قلناه من أن الخلع طلاق^(٦) .

وسبب الخلاف كما ذكر ابن رشد هو ((هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ ، أم ليس يخرجها؟))^(٧) .

ولكنني أرجح أصحاب القول الأول الذي يمثل جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح لديهم ، وقول الحنابلة ، من أن الخلع طلاق وليس فسخاً ، ويؤيد هذا التوجه ابن عبد البر الذي يرى أن ما روي عن ابن عباس شذوذ فقال : إذ لا يعرف أحد نقل عنه أنه فسخ وليس بطلاق إلا طاوس^(٨) .

(١) — أخرجه البيهقي : باب الخلع بسطان / ١٤٦٣٥ / ٧ / ٣١٥ . نيل الأوطار : الشوكاتي ٣٩/٧ ، تحفة الأحوي : ٣٠٦/٤ .

(٢) — أخرجه الترمذي في سننه : باب ما جاء في الخلع / ١١٨٥ / ٣ / ٤٩١ ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : ١١٩/٤ ، تحفة الأحوي : ٣٠٦/٤ . (٣) — فتح القدير : ٢١٣/٤ .

(٤) — التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير : كتاب الخلع ٣٧٩/٤ وفيه : أن إسناده صحيح ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٦٥/٢ . (٥) — المعني : ابن قدامة ٢٤٩/٧ .

(٦) — انظر فتح القدير : ٢١٣/٢ . (٧) — بديهة المجتهد : ٥٢/٢ .

(٨) — نيل الأوطار : الشوكاتي ٣٩/٧ .

ثانياً - هل يحتاج الخلع إلى القضاء لثبوته ؟

نص الفقهاء^(١) على أن الخلع يقع بمجرد الإيجاب والقبول دون حاجة لرفع الأمر إلى القضاء سواء أكان فسخاً أم طلاقاً؛ لأن الطلاق لا يحتاج إلى القضاء في الأصل والفسخ كذلك إلا لسبب خارج عن طبيعته كأن يكون محل اختلاف واجتهاد بين الفقهاء أو محل اختلاف بين الناس ، فيتدخل القضاء لفصل المنازعات وتقدير الأمر وتقريره ، والخلع حال كونه فسخاً لا يحتاج إلى مثل ذلك ؛ لأنه عبارة عن عقد بين طرفين يتم بإيجاب وقبول ، كالبيع والشراء .

سادساً - هل الفرقة بسبب حرمة الرضاع والمصاهرة فسخ أم طلاق ؟

اتفق الفقهاء^(٢) على أن الفرقة الحاصلة نتيجة حرمة الرضاع والمصاهرة فسخ لا طلاق ، ولكن تباينت آراؤهم في تعليل ذلك استناداً إلى ضوابط معينة حددت ماهية الفسخ والطلاق في كل مذهب .

فالحنفية قالوا : إن الفرقة الناجمة عن حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع حرمة مؤبدة تقع فسخاً ؛ لأنها حصلت بفعل المرأة أو بفعل غير الزوجين ، وما كان كذلك كان فسخاً .
وأما المالكية فقد قالوا : إنها فسخ بناء على أن الرضاع والمصاهرة يوجبان حرمة مؤبدة غير قابلة للزوال ، حال مخالفتها الشرع الحنيف .
وأما الشافعية والحنابلة فقالوا : لأنها فرقة لا تتوقف على إيقاع الزوج ، ولا من ينوب عنه فكانت فسخاً .

سابعاً - هل الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين فسخ أم طلاق ؟

تباينت أقوال الفقهاء في طبيعة الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب إسلام أحدهما دون الآخر إلى ما يأتي :

* - الحنفية :

اختلف فقهاء الحنفية^(٣) في تحديد ماهية الفرقة الناجمة عن إسلام أحد الزوجين إلى رأيين

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ١٤٥/٣ ، فتح القدير : ٢١٥/٤ ، تحفة الفقهاء : ١٩٩/٢ ، حاشية الدسوقي : ٣٤٧/٤ ، المهذب : ٧١/٢ ، المغني : ٢٤٦/٧ - ٢٤٧ ، المبدع : ٢٢٠/٧ ، كشاف القناع : ٢١٣/٥ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٥٣٠ .
وقال الكاساني في البدائع : ((وحضرة السلطان ليست شرط لجواز الخلع)) ، وقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير : ((وجاز - إي الخلع - بلا حاكم)) ، وقال ابن قدامة في المغني : ((ولأنه معاوضة فلم يفترق إلى السلطان كالبيع)) ، وقال البيهوتي في كشاف القناع : ((ولا يفترق الخلع إلى حاكم)) .

(٢) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٤٠ / ٢ ، البحر الرائق : ٢٥٢/٢ ، تحفة الفقهاء : ١٨٠/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٤١/٢ ، ٥٠٦/٢ ، التاج والإكسول : ١٨٠/٤ ، المهذب : ٤٩/٢ ، المغني : ١١٧/٧ ، ٥٤/٨ ، كشاف القناع : ١٤٩/٥ ، شمع : ٩٢/٨ ، ١٨١/٨ . وتجدر الإشارة إلى أنني قد أوضحت فيما سبق مدى حاجة هذا النوع من الفسخ إلى القضاء أو عدمه في محث الفسخ بسبب الرضاع والمصاهرة (٣) - انظر ، بدائع الصنائع : ٣٣٦/٢ - ٣٣٧ ، البحر الرائق : ٢٢٨/٣ ، تحفة الفقهاء : ١٨٤/٢ .

سواء أكان في دار الإسلام أم في دار الحرب^(١) :

الرأي الأول : يحدد ماهية الفرقة تبعاً لجهة وقوعها ، فإن كانت من جهة المرأة كانت فسخاً ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها ، وهو الإياء من الإسلام ، والفرقة من قبل المرأة لا تصلح أن تكون طلاقاً ؛ لأنها لا تلي الطلاق ، فكانت فسخاً . وإن كانت من جهة الزوج فهي فرقة بطلاق ؛ لأن الإياء سبب الفرقة وهو حاصل من جهته ، وأصحابه أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، وهو المفتي به .

الرأي الثاني : الذي يرى أن الفرقة بهذا السبب فسخ مطلق ؛ لأنها فرقة يشترك في سببها الزوجان ، ويستويان فيه ، فإن الإياء من كل واحد منهما سبب الفرقة ، ثم الفرقة الحاصلة بإيائها فسخ ، فكذا بإيائه ؛ لاستوائهما في السببية ، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف .

** - جمهور الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) إلى أن الفرقة بهذا السبب بين الزوجين هي فسخ لا طلاق ، و لكنهم اختلفوا في تعليل كونها فسخاً ، فقال المالكية : لأنها فرقة من نكاح فاسد وما كان كذلك بينهما يكون فسخاً سواء صدرت تلك الفرقة من الزوج أم من الزوجة ، فقد قال الدردير : « وفسخ لإسلام أحدهما بلا طلاق فيما لا يقران عليهما »^(٣) . أما الشافعية والحنابلة فقد عللوا ذلك ؛ لأنها فرقة وقعت بسبب اختلاف الدين فكانت فسخاً ، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ؛ ولأنها فرقة بغير لفظ الزوج حقيقة وحكماً ، وما كان كذلك من الفرق كان فسخاً .

وتجدر الإشارة إلى أن الفرقة الناجمة عن إسلام الزوجين معاً فسخ أيضاً عند جميع الفقهاء^(٤) وصورته : بأن يسلم الزوج وتحتة أكثر من أربع نسوة أسلمن معه ، أو تحتة أختان ، ففي مثل هذه الصورة تكون الفرقة فسخاً ؛ لفساد العقد عند الحنفية والمالكية ؛ ولأنهن بُنّ بالإسلام دون لفظ من الزوج عند الشافعية والحنابلة .

(١) وتجدر الإشارة إلى سبب الفرقة الإياء الفعلي في الإسلام والحكمي في دار الحرب ، الذي يقع بمجرد انتهاء مدة تساوي عدتها ؛ لأن مضي هذه المدة يقوم مقام إيائه الفعلي لو كاتا في دار الإسلام ، لذا وصفناه بالإياء الحكمي .

(٢) انظر ، التاج والإكليل : ٤٧٩/٣ ، الفواكه الدواني : ٢٥/٢ - ٢٦ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٢٧٠/٢ ، مختصر خليل : ١١٧/١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١٦٣/٣ ، تحفة المحتاج : ٣٢٩/٧ ، حاشيتنا قلوبوي وعميرة : ٢٥٥/٣ ، المغني : ١١٧/٧ ، كشاف القناع : ١١٨/٥ ، سبق وأوضحت أيضاً عدم حاجة هذا النوع من الفسخ إلى القضاء عند جمهور الفقهاء .

(٣) الشرح الكبير : ٢٧٠/٢ .

(٤) انظر ، بدائع الصناعات : ٣٣٦/٢ - ٣٣٧ ، البحر الرائق : ٢٢٨/٣ ، تحفة الفقهاء : ١٨٤/٢ ، التاج والإكليل : ٤٧٩/٣ ، الفواكه الدواني : ٢٥/٢ - ٢٦ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٢٧٠/٢ ، مختصر خليل : ١١٧/١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٣ / ١٦٣ ، تحفة المحتاج : ٣٢٩/٧ ، حاشيتنا قلوبوي وعميرة : ٢٥٥/٣ ، المغني : ١١٧/٧ ، كشاف القناع : ١١٨/٥ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجي الكردي ٢٣١ - ٢٣٢ .

ثامناً - هل الفرقة الناجمة عن ردة أحد الزوجين فسخ أم طلاق ؟

تبأينت أقوال الفقهاء في ماهية هذه الفرقة في اعتبارها فسخاً أم طلاقاً إلى مذهبين :

المذهب الأول : وأصحابه أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعية والحنابلة^(١) الذين يرون أن الفرقة

بهذا السبب فسخ ، ولكن تبأينت أقوالهم في تعليل كونها فسخاً كما يأتي :

قال الحنفية : إن الفرقة برودة المرأة فسخ فظاهر ؛ لأنها حصلت من قبلها ، وما كان كذلك

يكون فسخاً عندهما ، وأما ردة الرجل فهي فرقة فسخ عندهما ؛ لأنها على رأي أبي يوسف

فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان ؛ إذ إن الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت

الفرقة ، والثابت برودتها فرقة بغير طلاق كذا برودته ؛ لاشتراكهما في ذات السبب .

أما على رأي أبي حنيفة ؛ لأن الردة من جانب الزوج بمنزلة الموت ، وفرقة الموت لا

تكون طلاقاً ؛ لأن الطلاق تصرف يختص بما يستفاد بالنكاح ، والفرقة الحاصلة بالردة فرقة

واقعة بطريق التنافي وهو اختلاف الدين ؛ لأن الردة تنافي عصمة الملك ، وما كان طريقه

التنافي لا يستفاد بملك النكاح ، فلا يكون طلاقاً ، فكان فسخاً .

وأما الشافعية والحنابلة فقالوا : لأنها جاءت من غير جهة الزوج وليست بلفظه ، فكانت

فسخاً .

المذهب الثاني : وأصحابه المالكية في المشهور عندهم^(٢) الذين يرون أن الفرقة بسبب ردة

أحد الزوجين طلاق بائن ؛ لأنها من نكاح صحيح فكانت طلاقاً ، فقد قال الدردير : ((فسخ

لإسلام أحدهما بلا طلاق ، فيما لا يقر عليهما مما سبق ، لا رده ، أي أحد الزوجين ، فليس

فسخاً مجرداً ، بل هو طلاق ، وإذا كانت طلقة ، فبائنة لا رجعية فلا بد من عقد جديد فإن

وقع قبل البناء ، فلها نصف الصداق ، ومحل كلام المصنف ما لم تقصد المرأة برودتها فسخ

النكاح ، وإلا لم يفسخ))^(٣) .

وعليه : فإني أرجح إن لم يحصل دخول ، وكانت الفرقة من جانب الرجل رأي المالكية الذي

يقتضي أن تكون الفرقة طلاقاً تغليظاً على الزوج وعقوبة له ليتكلف بما يرتب الطلاق عليه .

وأرجح رأي الجمهور في اعتبار الفرقة فسخ من جانب المرأة تخفيفاً على الزوج نتيجة ما

يرتب الطلاق عليه حال حصوله .

(١) - انظر، بدائع الصنائع : ٣٣٨/٢ ، البحر الرائق : ١٣٠/٣ ، تحفة الفقهاء : ١٨٤/٢ ، الأم الشافعي ١١٩/٥ - ٢٥٩ .

التشبيه : ١٦٨/١ ، المبدع : ١٦١/٧ ، الإصناف : ٢٧٩/٨ ، كشاف القناع : ١٤٩/٥ .

(٢) - انظر ، حاشية الدسوقي الشرح الكبير : ٢٧٠/٢ ، التاج والإكمال لمختصر خليل : ١٣٧/٥ ، الفواكه الدواني : ٢٥/٢ ،

شرح مختصر خليل للخرشي : ٢٢٩/٣ ، فسخ الزواج : د. أحمد الحجى الكردي ٢٤٨ .

(٣) - الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي : ٢٧٠/٢ .

تاسعاً - هل الفرقة بسبب اللعان فسخ أم طلاق ؟

تباينت أقوال الفقهاء في ماهية هذه الفرقة أيضاً الناجمة عن اللعان بين الزوجين إلى رأيين :

الرأي الأول: وأصحابه أبو حنيفة ومحمد بن الحسن^(١) اللذان يريان أن الفرقة باللعان تقع طلاقاً بائناً ، تزيل ملك النكاح ، واستدلوا على ذلك بما يأتي^(٢) :

١- بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته ، قال عويمر : « كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ »^(٣) .

فصار طلاق الزوج بعد اللعان سنة المتلاعنين ؛ لأن عويمر طلق زوجته ثلاثاً بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنفذها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فيجب على كل ملاعن أن يُطلق ، فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في التفريق ، فيكون طلاقاً كما في العنين .

٢- ولأن سبب هذه الفرقة كذب الزوج ؛ لأنه يوجب اللعان ، واللعان يوجب التفريق ، فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة إلى الكذب ، وكل فرقة تكون من الزوج ، أو يكون فعل الزوج سببها ، تكون طلاقاً ، كما في العنين والخلع والإيلاء ونحو ذلك .

٣- استناداً إلى قول بعض السلف نحو إبراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم رضي الله عنهم ، الذين قالوا : إن كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق ، واللعان فرقة تقع من جهة الزوج فعلاً أو حكماً .

الرأي الثاني: وأصحابه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٤) الذين يرون أن الفرقة فسخ ؛ لأنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً ، فكانت فسخاً ، كفرقة الرضاع ؛ ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، فلم يكن طلاقاً ، كسائر ما يفسخ به النكاح ، ولأنه لو كان طلاقاً ، لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة^(٥) .

وعليه : فإنني أراجح في نظر الباحث هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية

(١) - انظر ، بدائع الصنائع : ٢٤٥/٣ - ٢٤٦ ، المبسوط : السرخسي ٤٤/٧ ، العناية شرح الهدية : ٢٨٦/٤ ، البحر الرائق : ٣٣٤/٣ ، فتح القدير : ٢٨٦/٤ وما بعدها .

(٢) - بدائع الصنائع : ٢٤٥/٣ - ٢٤٦ .

(٣) - أخرجه البخاري : كتاب الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث /١٨٥٥/ وباب اللعان ومن طلق بعد اللعان /٤٨٩٦/ وأخرجه مسلم : كتاب اللعان /٢٧٤١/

(٤) - انظر ، شرح الزرقاني : ٢٤٤/٣ ، القوانين الفقهية : ١٦٢ ، روضة الطالبين : ٣٥٦/٨ ، مغني المحتاج : ٤٨٣/٣ ، المغني : ٥٣/٨ - ٥٤ ، الكافي في فقه ابن حنبل : ٢٨٩/٣ .

(٥) - المغني : ٥٣/٨ - ٥٤ .

والحنابلة في أن اللعان فسخ لا طلاق استناداً لما ذكره من أن اللعان لو كان طلاقاً لما احتاج الأمر إلى لعان المرأة أيضاً ، وما استدل به أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من لعان عويمر العجلاني أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم فإني أراه اندفاع ذاتي من عويمر بدليل الحديث نفسه حيث أوضح أنه طلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإقراره صلى الله عليه وسلم لفعله ما هو إلا من أجل إثبات الفرقة بينه وبين زوجته وليس لتحديد طبيعة ماهية اللعان .

وهنا يثار التساؤل الآتي : هل تحصل الفرقة باللعان سواء أكان فسخاً أم طلاقاً بمجرد التلاعن أم تتوقف على قضاء القاضي ؟

**** - مدى حاجة الفرقة الناجمة عن اللعان إلى القضاء :**

اتفق جمهور الفقهاء^(١) على أن الفرقة بين المتلاعنين لا تقع إلا بلعانهما جميعاً خلافاً للشافعية^(٢) الذين يرون الفرقة بينهما تحصل بمجرد لعان الزوج . ولكن تبينت أقوالهم في مدى حاجة الفرقة بعد اللعان إلى القضاء سواء أكانت فسخاً أم طلاقاً إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : ويمثله الحنفية ورواية عند الحنابلة^(٣) الذين يرون أن الفرقة بعد تلاعن الزوجين تتوقف على حكم القاضي ، واستدلوا بما يأتي :

١- بما روي عن عويمر العجلاني عندما لاعن امرأته أنه قال : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٤) . وهذا يدل على إمكان إمساكها ، وأنه وقع طلاقه ، فلو وقعت الفرقة بمجرد اللعان ، لما وقع طلاقه بعد ذلك ، ولا أمكنه إمساكها .

٢- وبما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وبين امرأته فلما فرغا من اللعان ، فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام : ((والله يعلم أن أحكما لكاذب فيل منكما نائب ؟)) فلم يعترف واحد منهما ، فتلاعنا ، ثم فرق بينهما^(٥) .

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٤٤/٣ - ٢٤٥ ، البحر الرائق : ١٢٧/٤ ، فتح القدير : ٢٨٦/٤ بديهة المجتهد : ٩١/٢ ، كفاية الطالب : ٢ /

١٤١ - ١٤٢ ، الفواكه الدواني : ٥١/٢ ، التمهيد لابن عبد البر : ٣٢/١٥ ، القوانين الفقهية : ١٦٢ ، المعنى : ٥٢/٨ ، الأوصاف : ٩ / ٢٥١ .

(٢)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٤٤/٣ - ٢٤٥ ، البحر الرائق : ١٢٧/٤ ، فتح القدير : ٢٨٦/٤ المعنى : ٥٣/٨ - ٥٤ ، الأوصاف : ٩ / ٢٥١ .

(٤)- أخرجه البخاري : كتاب الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث / ٤٨٥٥ / وباب اللعان ومن طلق بعد اللعان / ٤٨٩٦ / وأخرجه مسلم : كتاب اللعان / ٢٧٤١ / .

(٥)- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه : ١٢٤٥٥/١١٩/٧ ، وأخرجه أبو عوانة في مستخرجه : مبتدأ كتاب النكاح ، باب الخبر الموجب التفريق بين المتلاعنين / ٣٧٩٧/٩٠/٤٠٥ ، وقد أورده صاحب كنز العمال : ٢٠٨/٥ .

فدل هذا الحديث والأثر على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعائها إذ لو وقعت لما احتتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان .
 ٣- ولأن ملك النكاح كان ثابتاً قبل اللعان ، والأصل أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته ، ولم توجد الإزالة من الزوج واللعان لا يُنبئ عن زوال الملك ؛ لأنه لا يزول بسائر الشهادات والأيمان .

٤- قياساً على الفرقة بالعنة التي تستوجب حكم القاضي لوقوعها ، بجامع أن سبب كلٍ منهما يتوقف في صحته على القضاء . بما أن سببهما يتوقف على حكم الحاكم فكذلك شرط وقوعهما يتوقف عليه .

الاتجاه الثاني : وأصحابه المالكية والحنابلة في الصحيح لديهم^(١) الذين يرون أن الفرقة الناجمة عن اللعان لا تحتاج إلى قضاء القاضي لوقوعها ، وإنما تقع بمجرد تمام التلاعن بينهما ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- بما روي عن عمر رضي الله عنه ، أنه قال : «المتلاعنان يفرق بينهما ، ولا يجتمعان أبداً»^(٢) دل هذا الأثر على أن الفرقة تقع بمجرد التلاعن ، وذلك واضح من نفيه رضي الله عنه للاجتماع فيما بينهما بعد التلاعن .

٢- ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد ، فلم يقف على حكم الحاكم ، كالرضاع .

٣- ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم ، لساغ ترك التفريق إذا كرهاه ، كالتفريق للعيب والإعسار ، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما ، أن يبقى النكاح مستمراً ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا سبيلَ لكَ عليهما»^(٣) ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب للفرقة .

الاتجاه الثالث : وأصحابه الشافعية^(٤) الذين يرون أن الفرقة لا تحتاج إلى حكم القاضي لوقوعها ، وإنما تقع بمجرد لعان الزوج ، وعللوا ذلك بأنها فرقة حاصلة بالقول ، فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق .

(١) - انظر، بديع المجتهد : ٩١/٢ ، كفاية الطالب : ١٤١/٢ - ١٤٢ ، الفواكه الدواني : ٥١/٢ ، التمهيد لابن عبد البر :

٣٢/١٥ ، الفواتين الفقهية : ١٦٢ ، المغني : ٥٢/٨ - ٥٤ ، الأنصاف : ٢٥١/٩ كشف القناع : ٤٠٣/٥ .

(٢) - أخرجه ابن أبي شيبة : ٤٢٥/٣ ، كنز العمال : ٢٠٤/١٥ .

(٣) - أخرجه البخاري : كتاب الطلاق ، باب قول الإمام للمتلاعنين إن كان أحدهما كاذب فهل منكما / ٤٩٠٠ / وفي باب المتعة التي لم يفرض لها / ٤٩٣١ / ، وأخرجه مسلم : كتاب اللعان / ٢٧٤٣ / بلفظ : ((قال النبي صلى الله عليه وسلم : للمتلاعنين حسابكما على الله أحدهما كاذب لا سبيل لك عليها قال مالي قال لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها إن كنت كذبت عليها فذاك ابعث لك)) .

(٤) - انظر ، الإقناع : ٤٦٤/٢ ، روضة الطالبين : ٣٥٦/٨ ، معنى المحتاج : ٤٨٤/٣ .

المناقشة والترحيح :

الاحظ أولاً بأن جمهور الفقهاء^(١) لم يوافقوا على ما ذكره الشافعية من أن الفرقة تحصل بمجرد لعان الزوج ولو لم تلتعن الزوجة ، وردوه بما يأتي :

١- لأنه مخالف لأية اللعان ؛ لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان في قوله جل وعلا : **« وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ »**^(٢) ، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج ، فالزوجة تلعنه ، وهي غير زوجة ، وهذا على خلاف النص .

٢- لأنه يخالف ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن المتلاعنين ، أنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : **« لِمُتْلَاعَيْنِ حِسَابُكُمَا عَلَى اللَّهِ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا قَالَ مَالِي قَالَ لَا مَالَ لَكَ إِنْ كُنْتَ صَدَقْتَ عَلَيْهَا فَهُوَ بِمَا اسْتَحْلَلْتَ مِنْ فَرْجِهَا وَإِنْ كُنْتَ كَذَبْتَ عَلَيْهَا فَذَلِكَ ابْنَعُ لَكَ »**^(٣) .

دل هذا الحديث على أن الفرقة تمت بعد لعانها معاً .

٣- ولأن الآثار المتقدمة أوضحت أن الفرقة لا تتم إلا بعد تمام اللعان .

وبناء عليه فإن ما أخذ به الشافعية مردود لا ينهض إلى درجة الأخذ به .

أما الخلاف بين أصحاب الاتجاه الأول والثاني فقد صوره ابن رشد بقوله : **« فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك ، أن تقريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناً في الحديث المشهور ؛ لأنه بادر بنفسه - أي الزوج الملعان - فطلق قبل أن يخبره - صلى الله عليه وسلم - بوجود الفرقة ، والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق ، وأنه ليس في الشرع تحريم يتأبد - أعني متفقاً عليه - فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله ، نفى وجوب الفرقة ، ومن - قال بالمفهوم - قال : بإيجابها ، وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم ، أو لم يشترطه ، فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم ، أو التي لا يشترط ذلك فيها »**^(٤) .

ولكنني أرجح أن الفرقة باللعان تحتاج إلى حكم حاكم ؛ لتثبيت وقوعها ؛ لأنه من الواجب

(١)- انظر ، بدائع الصنائع : ٢٤٥/٣ ، بداية المجتهد : ٩١/٢ ، المغنى : ٥٣/٨ - ٥٤ .

(٢)- سورة النور : الأيتان ٦ - ٧

(٣)- أخرجه البخاري : كتاب الطلاق ، باب قول الإمام للمتلاعنين إن كان أحدهما كاذب فهل منكما / ٤٩٠٠ / وفي باب المتعة

التي لم يفرض لها / ٤٩٣١ / وأخرجه مسلم : كتاب اللعان / ٢٧٤٣ .

(٤)- بداية المجتهد : ٩١/٢ .

شرعاً المفارقة بين الزوجين بعد تمام اللعان ، فضماناً لوقوعها ؛ رعاية لحق الشرع ، ووجب حصولها بعد حكم القضاء احتياطاً من جهة ، وحملًا للزوجين على المتاركة من جهة أخرى خاصة عندما نكون في وقت الوازع الديني فيه ضعيفاً .

الخاتمة

وتشتمل على

✿ أهم نتائج البحث ✿

✿ التوصيات ✿

** - أهم نتائج البحث :

وفي ختام هذا البحث المتواضع أضع بين يدي القارئ أهم النتائج التي توصلت إليها خلال هذا البحث ، ومن أبرزها : صياغة نظرية عامة للفسخ توضح مفهومه وتحدد أسبابه وتبين شروطه وأنواعه وتفصح عن آثاره وموانعه ، مدعمة بتطبيقات تدلل على مبادئ هذه النظرية وقواعدها ، والتي أفادت نتائج هامة تتلخص فيما يأتي :

* - يشكل الفسخ بأسبابه المتعددة منفذا هاما لانحلال العقد وإنهائه ، وطريقا لدفع الضرر عن أحد المتعاقدين أو كليهما من خلال نقض الالتزام من أصله أو من حينه .
* - أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو اختلال التوازن العقدي أو فقدانه .
* - الفسخ يلحق للعقد الصحيح والفاقد .

* - يفسخ الالتزام التعاقدي بأنواعه المختلفة نتيجة اتفاق المتعاقدين أو بسبب شرط أدرجه أحدهما أو كلاهما فيه ، أو نتيجة شرط افترضه الشارع الحكيم ، أو نتيجة عذر طارئ أو بسبب إفلاس لحق أحدهما ، وذلك في العقود اللازمة ، أو بسبب طبيعة العقد نفسه في العقود غير اللازمة ، إذ يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالفسخ دون رضا صاحبه .

بنفس العقد نتيجة لعوامل خارجة عن إرادة المتعاقدين ، أي بسبب طارئ غير إرادي
* - أصالة عدم اللزوم في العقد تعطي حق الفسخ دون توقف على رضا أو علم المتعاقد الآخر .

* - يرد الفسخ على العقد في حالتين ، حالة الابتدء وحالة سريان العقد ودوامه ، فالفسخ في حالة الابتدء شرع للعقود غير اللازمة بطبيعتها ، والفسخ في حالة سريان العقد ودوامه شرع عندما يطرأ على العقد سبب من أسباب الفسخ .

* - العذر الطارئ الذي يلحق أشخاص العقد يجيز لصاحبه حق الفسخ .

* - يحتاج الفسخ بالعذر الطارئ إلى حكم القاضي فيما إذ كان خفيا غير ظاهر ، ولا يحتاج إلى ذلك حال كونه ظاهرا غير مشتبه به .

* - تفسخ عقود المعاوضات المالية حال تخلف أو قوات شرط جعلي اشترطه أحد المتعاقدين فيما إذا كان يلائم مقتضى العقد ، أو جرى به عرف صحيح ، أو مما لا ينافي مقصد العقد ، ولا يصادم نصا تشريعيًا ، خلافا لعقد النكاح الذي لا يجوز فسخه بناء على قوات مثل هذا الشرط .

- * - لا يعد شرط الوصف شرطاً تقييداً ، ولكنه يبيح فسخ عقد المعاوضة المالية الذي اشترط فيه ، دون عقد النكاح بعد الدخول لما يترتب على ذلك من آثار تمس جوهر وكرامة الزوجين أكثر من قبله ، رفعا للضرر ، وتحقيقا للتوازن المنشود . .
- * - تغيير الأهلية بالموت ونحوه لا يؤثر على العقود اللازمة من حيث قابليتها للانفساخ بخلاف العقود غير اللازمة ، إذ تنفسخ بالموت .
- * - استحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه أو هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً بأفة سماوية سبب للانفساخ في العقود المستمرة ، وأما العقود الفورية فإنها تنفسخ أيضاً بهلاك المعقود عليه قبل القبض خلافاً لما بعده .
- * - يستحق العقد الفاسد الفسخ رعاية لحق الشرع طالما تعذر إزالة سبب الفساد .
- * - يملك القاضي حق فسخ العقد الفاسد بكل أشكاله وحالاته عند امتناع العاقدین عن ذلك ؛ صيانة لحق الشرع المنوط به .
- * - يتوقف العقد حال استحقاق محله على إجازة المستحق سواء أكان الاستحقاق كلياً أم جزئياً .
- * - الغلط في الوصف يمنح العاقد الذي وقع في جانبه الحق في إمضاء العقد أو فسخه .
- * - للعاقد المغرور تغريراً فعلياً الحق في فسخ العقد ورد المعقود عليه لصاحبه مع قيمة النقص إن حصل أو إمساكه وإمضاء العقد دون طلب تعويض عما نقصه بسبب التغرير .
- * - ليس للعاقد المغرور تغريراً قولياً مجرداً عن الغبن الفاحش الحق في فسخ العقد .
- * - يقتصر أثر الفسخ من حين وقوعه فيما يتعلق بنتائج المعقود عليه ، أما ما يتعلق فيما نفذ من التزامات ، فإن أثر الفسخ يستند إلى الماضي في العقود الفورية ، ويقتصر على وقت وقوعه في العقود المستمرة .
- * - ينجم عن الفسخ أو الانفساخ وجوب التراد في البديلين حال قيامهما في عقود المعاوضات المالية ، فإن استحالة ذلك جاز الحكم بالتعويض .
- * - الفسخ الناجم عن تحالف المتعاقدين يحتاج إلى حكم القاضي حال نزاعهما وتعارضهما .
- * - للعاقد الخيار بين الفسخ والمطالبة بتنفيذ الالتزام حال امتناع أو تخلف صاحبه عن تنفيذ التزامه الذي فرضه العقد .
- * - حكم انقاضي منشي للفسخ حال صدوره عنه وليس مقررأ له .
- * - تفسخ عقود الإرادة المنفردة بما تتعقد به .

- *- إن حاجة الفسخ إلى القضاء أو عدمه متوقف على سببه ، فإن كان جلياً ليس فيه موضع خفاء ولا تقدير ، نقض العقد به ، أما إن كانت علة الفسخ مبنية على أسباب تقديرية ، توقف وقوعه على القضاء سواء أكان الأصل فيه فسحاً أم انفساخاً .
- *- هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله مانع من الفسخ سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ، ولكن الرجوع بالنقصان بعد القبض على العاقد المملك بخلاف ما قبل القبض.
- *- ما يلحق المعقود عليه من زيادة أو نماء متصل غير متولد من العين كالصبغ في الثوب والبناء في الأرض ونحوهما يمنع حق الفسخ .
- *- زوال المانع العقدي بالفسخ يعيد حق الفسخ الأول ما لم يحكم القاضي بالقيمة أو المثل.
- *- إنقاص المعقود عليه بعيب جديد لا يمنع حق الممتلك من الفسخ بالعيب القديم ، فهو بالخيار إن شاء أمسكه ورجع بأرش العيب القديم ، وإن شاء فسخ العقد ورد المعقود عليه ومعه أرش العيب الحادث .
- *- تقبل العقود غير اللازمة الفسخ عملاً بطبيعتها دون توقف على رضا الطرف الآخر .
- *- تقبل العقود اللازمة لأحد الطرفين الفسخ عملاً بطبيعتها في جانب من كانت غير لازمة في حقه ، ونتيجة سبب خارج عن ماهيتها في جانب من كانت لازمة في حقه .
- *- يقبل العقد الموقوف الفسخ من جهة الفضولي والمُتَمَلِّك لمحلله قبل إجازة صاحب الشأن في ذلك ، ويقبل الفسخ أيضاً من جهة صاحب الحق في إجازته .
- *- لا يقبل عقد النكاح الفسخ بالخيار سواء أكان خيار رؤية أم نقد أم عيب أم تعيين .
- *- قبول عقد النكاح للفسخ بخيار العيب بناء على فوات محل العقد أو نتيجة الضرر الناجم عن العيب ، لا بناء على ذات العيب .
- *- لا يقبل عقد النكاح الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة بل يقع صحيحاً لازماً متى استوفى شروط صحته .
- *- يقبل عقد النكاح الفسخ حقاً للزوجة أو لأولياتها أقرب درجة نتيجة فوات الكفاءة وإسقاطها من قبل بعض الأولياء المتساوين في الدرجة لا يلغي حق الآخرين في الاعتراض على العقد.
- *- لا يقبل عقد النكاح الفسخ بسبب غيبة الزوج سواء أكانت غيبته غيبة منقطعة أم لا شريطة أن يكون ظاهرها السلامة في الأولى ، وبعذر في الثانية ، فإن كان ظاهرها الهلاك

في الغيبة المنقطعة أو بدون عذر في الغيبة غير المنقطعة ، فإن عقد النكاح يقبل الفسخ
فيهما ، وذلك برفع المرأة أمرها إلى القاضي .

*

**** - التوصيات المقترحة :**

١- أوصي المختصين ومن لهم الأمر أن تكون أحكام هذا البحث استكمالاً لسد ثغرات ما نقص من أحكام الفسخ في باب المعاوضات المالية منها وغير المالية في القوانين الوضعية تطبيقاً لأحكام الشريعة ، وامتثالاً لتنفيذ حكم الله تعالى .

٢- كما أوصي المختصين أيضاً ومن لهم الأمر والقائمين على تشريع القوانين الوضعية أن ينظروا إلى الفقه الإسلامي نظرة حق وعدل ؛ ليدركوا عظمته ، ومدى تغطيته لكل ما يحتاجه بنى الإنسان في هذه الدنيا من تشريعات ونظم ، تحقق لهم العدل والمساواة ، وتغني عن التعديل والتبديل المتكرر في القوانين الوضعية ، وما ذاك إلا دليل على نقصها وعدم مواكبتها لتطور الإنسان .

٣- كما أوصي الباحثين أيضاً العمل على تقنين الفقه الإسلامي ؛ ليكون مادة جاهزة تغلق أفواه الذين ينعنون الفقه الإسلامي بعدم انتظامه في قوالب تحدد مسائله ، وليكون أداة نهاجم بها من يمنع تطبيقه في محاكمنا ودوائر تقاضينا .

*

تقنين أحكام الفسخ :

وفي نهاية هذا البحث يمكن استخلاص أحكام الفسخ بصورة مواد مقننة ؛ لتكون جزءا من لبنة لقانون مستخلص من أحكام الشريعة الإسلامية ، يشمل كل نواحي الفقه الإسلامي ، لبيان قدرة هذا الفقه العظيم مقابل الفقه الوضعي ؛ ليحل مكانه ، وليأخذ دوره في المحاكم في شتى البلاد الإسلامية ؛ وليعلم القضاة ورجال القانون الوضعي أن الفقه الإسلامي يمكن تقنينه بصورة فاعلة ، وأنه السبيل الوحيد لاستقرار تعاملات الناس فيما بينهم بصورة عادلة توصل الحق إلى صاحبه دون إجحاف أو مماطلة ، وتطبيقه اليوم هو من أشد الأشياء ضرورة ، لما وقع بالمسلمين من تأخر وتخلف وهوان ، وما وجود هذه الأحوال ؛ إلا لبعده عن دين الله تعالى وأحكامه التي برع أسلافنا وعلماؤنا في بيانها وتوضيحها .

وهذا ما يسعى إليه الباحثون في الفقه الإسلامي ؛ لإعطاء صورة واقعية عن مدى قدرة هذا الفقه الذي أكرمنا الله به ، والذي ورثناه عن السلف الصالح رضوان الله عليهم أجمعين .

وتقنين أحكام الفسخ ومتعلقاته من خلال هذا البحث تظهر في المواد الآتية :

الفصل الأول : أصول الفسخ ومتعلقاته :

المادة ١ : العقد هو : ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

المادة ٢ : الالتزام هو : كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه سواء أكان صادرا من شخص واحد أم من شخصين .

المادة ٣ : التصرف هو : كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل يرتب الشرع عليه نتيجة ما سواء أكان ذلك لصالحه أم لا .

المادة ٤ : الفسخ هو : حل ارتباط العقد المنعقد ؛ لعدم توافر الرضا التام بعد انعقاده أو لتعذر التزام كان مقررا بمقتضى العقد أو لمخالفة شرط فيه .

المادة ٥ : الانفساخ هو : انحلال العقد وزوال الارتباط الحاصل بين المتعاقدين سواء أكان بإرادة واحدة أم نتيجة عوامل خارجة عن إرادتهما .

المادة ٦ : الأساس الشرعي للفسخ بسبب الشرط الجعلي ، قوله صلى الله عليه وسلم : ((المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق ذلك)) .

المادة ٧ : الأساس الفقهي للفسخ بأسبابه المتعددة هو اختلال التوازن العقدي القائم على فكرة المعاوضة المعترية شرعاً .

المادة ٨ : البطلان هو : عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وأثاره في نظر الشرع.

المادة ٩ :

فساد العقد هو : اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ .

المادة ١٠ : الفسخ يلحق العقد صحيحاً كان أم فاسداً .

المادة ١١ : حكم القاضي منسئ للفسخ حال صدوره عنه وليس مقرراً له .

المادة ١٢ : الفساد لا يلحق إلا العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية .

المادة ١٣ : فسخ العقد الفاسد واجب شرعاً عند تعذر إزالة سبب الفساد .

الفصل الثاني : الفسخ بالخيار :

المادة ١٤ : الخيار سبب للفسخ فيما لو اتجهت إليه إرادة العاقد الذي يملكه سواء أكان

خيار شرط أو نقد أو عيب ونحوها .

المادة ١٥ : الخيار مهما كان نوعه لا يتصور إلا عند وجود العقد .

المادة ١٦ : الخيار يسلب صفة اللزوم عن العقد .

المادة ١٧ : تصرف من له الخيار فيما انتقل إليه إمضاء للعقد وفيما سينتقل عنه فسخ له .

المادة ١٨ : الفسخ والإجازة إذا اجتمعا فُدم الفسخ .

المادة ١٩ : يجوز أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما مدة معلومة لفسخ العقد أو إمضائه .

المادة ٢٠ : خيار الشرط سبب لفسخ العقد في مدته .

المادة ٢١ : الفسخ الصريح يقع بالقول أو ما يجري مجراه بأن يقول من امتلك حق

الفسخ : فسخت العقد أو نقضته أو أبطلته أو استرجعت المعقود عليه أو رددت بدله أو لا

أمضى العقد حتى تزيد في بدل المعقود ونحوه .

المادة ٢٢ : لا يشترط للفسخ الصريح بسبب اشتراط الخيار التراضي أو التقاضي ؛ لأن

الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه .

المادة ٢٣ : لا يشترط في الفسخ بخيار الشرط علم المتعاقد الآخر فيه سواء أكان فسحا

صريحاً أم بطريق الدلالة .

المادة ٢٤ : العيب الموجب لفسخ العقد هو ما ينقص القيمة أو العين نقصاناً يفوت غرضاً

صحيحاً يغلب على أمثاله عدمه .

المادة ٢٥ : خيار العيب هو : أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه

نتيجة عيب في أحد البديلين ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد .

المادة ٢٦ : سلامة المعقود عليه شرط في العقد ولو لم ينص عليها .

المادة ٢٧ : يشترط للفسخ بخيار العيب ما يأتي :

- ١- قيام الخيار .
- ٢- أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة قبل التمام .

الفصل الثالث : الفسخ بالإقالة :

المادة ٢٨ : يفسخ العقد اللازم القابل للخيار بالتراضي والاتفاق .

المادة ٢٩ : الإقالة : توافق المتعاقدين على رفع العقد القابل للفسخ بخيار .

المادة ٣٠ : تسعقد الإقالة بلفظين يعبر بهما عن الماضي بأن يقول أحد المتقايين أقلت فيقول الآخر : قبلت أو رضيت .

المادة ٣١ : تقع الإقالة بألفاظ الفسخ والترك والإزالة وما في معناها .

المادة ٣٢ : تصح الإقالة بالتعاطي ، كقول أحد المتقايين أقلت ، فيرد الآخر الثمن أو المبيع .

المادة ٣٣ : يشترط لصحة الإقالة ما يأتي :

- ١- رضا المتقايين .
- ٢- اتحاد المجلس .
- ٣- أن يكون محل العقد قابلاً للفسخ بخيار .

المادة ٣٤ : لا يقبل عقد النكاح الإقالة .

الفصل الرابع : الفسخ في العقود غير اللازمة :

المادة ٣٥ : يفسخ العقد غير اللازم بإرادة أحد عاقديه .

المادة ٣٦ : لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء .

المادة ٣٧ : لكل من المعير والمستعير فسخ عقد العارية متى شاء .

المادة ٣٨ : لكل من الشريكين أن يستقل بفسخ عقد الشركة سواء أكان مالها نقوداً أم عروضاً ؛ لأنه من العقود غير اللازمة .

المادة ٣٩ : لكل من الموكل والوكيل فسخ عقد الوكالة ما دامت بغير أجره بشرط إعلام أحدهما الآخر بالفسخ .

المادة ٤٠ : عقد الهبة من العقود غير اللازمة فيما يهب الوالد لولده ما لم يكن هناك مانع من موانع الفسخ والرجوع ، ولازم فيما عداه ، فلا يجوز فسخه في غير ما ذكر بناء على أصالة عدم اللزوم فيه .

المادة ٤١ : العقد اللازم هو : العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد أطرافه فسخه والتحلل منه ، فهو عقد لازم لطرفيه لا يقبل الفسخ بطبيعته إلا إن تعرض لسبب من أسبابه كالإقالة أو الخيار أو العذر في العقود المستمرة ، فعندئذ تسلب منه صفة اللزوم ، ويصبح قابلاً للفسخ حال تعرضه لسبب من هذه الأسباب ، وغير قابل للفسخ بطبيعته ؛ لأنه مبني على لزوم الوفاء .

المادة ٤٢ : العقد غير اللازم هو : العقد الذي يملك كل من العاقدين فيه حق الفسخ عملاً بطبيعته ، دون توقّف على رضا الطرف الآخر ما لم يُعلّق ببقائه حق للغير ، كالوديعة والعارية والوكالة والشركة ، فهي عقود تقبل الفسخ بطبيعتها ؛ لأن عدم اللزوم ، أصل فيها ، لذا يستطيع كل واحد من عاقدتها أن يفسخها منفرداً دون رضا العاقد الآخر .

الفصل الخامس : الفسخ بالعذر الطارئ :

المادة ٤٣ : العقود الفورية هي : العقود التي لا تحتاج إلى عنصر الزمن لتنفيذها بل تنتضي بانتهاء العقد ، وتتمثل في عقد البيع والصلح والقسمة ونحوها من العقود ، التي لا أثر للزمن على وجودها .

المادة ٤٤ : العقود المستمرة هي : التي تحتاج إلى عنصر الزمن لتنفيذها ، تتمثل في عقد الإجارة والمزارعة ونحوها التي يشكل الزمن جزءاً من وجودها .

المادة ٤٥ : العذر المستوجب للفسخ هو : كل ظرف طارئ على العقد يحول دون تنفيذه إلا بضرر يلحق أحد العاقدين لم يكن مستحقاً بالعقد .

المادة ٤٦ : كل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ، ولكنه يلحقه نوعاً من الضرر يحتاج فيه إلى الفسخ .

المادة ٤٧ : يفسخ العقد اللازم بسبب العذر الطارئ .

المادة ٤٨ : يملك العاقد الذي وقع العذر في جانبه حق الفسخ إذا كان العذر ظاهراً دون حاجة إلى التقاضي بخلاف العذر الخفي الذي يتطلب الفسخ به إلى التقاضي ؛ لإظهاره من جهة وإزالة الاشتباه الذي قد يتعلّق به من جهة أخرى .

الفصل السادس : الفسخ بالإفلاس :

المادة ٤٩ : المفلس هو : من دينه أكثر من ماله .

المادة ٥٠ : يملك العاقد حق الفسخ في عقود المعاوضات المالية حال إفلاس صاحبه .

المادة ٥١ : لا يجوز فسخ عقد النكاح حال إعسار الزوج بالنفقة أو المهر .

المادة ٥٢ : شروط الفسخ بالإفلاس والإعسار في عقود المعاوضات المالية :

- ١- أن يكون الفسخ قبل الحجر .
- ٢- أن يكون المال المعقود عليه باقياً بعينه في ملك المفلس .
- ٣- أن لا يكون قد تعلق بالمعقود عليه حق للغير .
- ٤- أن لا يكون الغريم قد قبض شيئاً من الثمن ونحوه من بذل عوض المعقود عليه .
- ٥- أن لا يكون الغرماء قد فدوه بعوض المعقود عليه .
- ٦- أن يكون المفلس حياً وقت الفسخ .

الفصل السابع : الفسخ بالشرط الجعلي :

المادة ٥٣ : الشرط الشرعي هو : الشرط الذي افترضه الشارع الحكيم في الأحكام والتصرفات المختلفة .

المادة ٥٤ : الشرط الجعلي هو : الشرط الذي يقيد ، أو يعلق به العاقد عقده أو تصرفه ؛ ليحقق مصلحة يريد لها أو منفعة يتوخاها .

المادة ٥٥ : الشرط التقييدي هو : التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه .

المادة ٥٦ : إن شرط التقييد حال جوازه يلحق حكم العقد ، فيحدد آثاره أو يعدل من نتائجه الأصلية .

المادة ٥٧ : يصاغ شرط التقييد بعبارة « على أن » أو « بشرط كذا » أو « على أن يكون كذا » ونحوها .

المادة ٥٨ : تفسخ عقود المعاوضات المالية بسبب فوات الشرط التقييدي الذي يرافقها مادام صحيحاً معتبراً .

المادة ٥٩ : شرط الوصف ليس من قبيل الشروط التقييدية المقترنة بالعقد ؛ لأن هذا الشرط في حقيقته ما هو إلا وصف ينبغي وجوده في المعقود عليه عند العقد ، لا يتوقف إنشاؤه على أمر مستقبل ، ذلك أن اشتراطه بمثابة تقرير أمر حال ، بخلاف شرط التقييد الذي يعد شيئاً مستقلاً عن العين المعقود عليها ، يتوقف إنشاؤه على أمر مستقبل .

المادة ٦٠ : يجوز اشتراط صفة صحيحة معتبرة منضبطة مباحة شرعاً مرغوب بها في المعقود عليه .

المادة ٦١ : تفسخ عقود المعاوضات المالية حال تخلف الصفة المشروطة فيها .

المادة ٦٢ : شرائط فوت الوصف المبيح للفسخ في عقود المعاوضات المالية :

١- أن يكون شرط الوصف المتخالف أو الفأنت يندرج تحت جنس المعقود عليه .

٢- أن لا ينطبق على شرط الوصف حال تخلفه اسم العيب .

المادة ٦٣ : يفسخ عقد النكاح قبل الدخول بسبب فوات وصف مرغوب اشترطه أحد

الزوجين فيه .

المادة ٦٤ : لا يفسخ عقد النكاح بعد الدخول حال فوات وصف مرغوب اشترطه أحد

الزوجين فيه .

المادة ٦٥ : الشرط التعلقي هو : الشرط الذي يربط حصول مضمون جملة بحصول

مضمون أخرى . أو أنه الشرط الذي يتوقف وجود العقد على وجوده .

المادة ٦٦ : شرط التعليق يجعل العقد معلقاً غير منجز .

المادة ٦٧ : يجوز تعليق العقد على شرط يبيح فسخه .

المادة ٦٨ : يتمثل شرط التعليق بخيار الشرط وخيار النقد .

المادة ٦٩ : يتمثل خيار النقد في أن من باع شيئاً على أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام

فسخ العقد .

المادة ٧٠ : إن الشرط المتقدم على العقد يأخذ حكم الشرط المقارن له من حيث صحته

وتأثيره على العقد .

المادة ٧١ : إن الشرط المتأخر على العقد يأخذ حكم الشرط المقارن له من حيث صحته

وتأثيره على العقد ، ما دام العقد مسلوب اللزوم ؛ لأن عدم اللزوم يجعل المتعاقد على بصيرة

من أمره .

الفصل الثامن : أسباب الانقاساخ :

المادة ٧٢ : لا يفسخ العقد اللازم المستمر بموت أحد العاقدين أو كليهما ، وتنتقل حقوقه

وأثاره إلى الورثة .

المادة ٧٣ : تنفسخ العقود الجائزة من تلقاء نفسها بموت أحد العاقدين أو كليهما .

المادة ٧٤ : يفسخ عقد العارية بموت المعير أو المستعير .

المادة ٧٥ : يفسخ عقد الوكالة بموت الموكل أو الوكيل .

المادة ٧٦ : لا تنفسخ كفالة الدين بموت الكفيل أو المكفول ، بخلاف كفالة النفس ، إذ

تنفسخ بموت الكفيل أو الأصيل المكفول ، أما المكفول له فلا أثر لموته على عقد الكفالة .

المادة ٧٧ : لا يفسخ عقد الرهن بموت الراهن أو المرتهن بعد قبض المرهون .

المادة ٧٨ : تغير الأهلية بالموت ونحوه لا يؤثر على العقود الفورية بعد تمامها ، لذا لا تنفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما .

المادة ٧٩ : لا تنفسخ العقود الفورية نتيجة تلف المعقود عليه أو هلاكه بالآفة السماوية بعد القبض .

المادة ٨٠ : تنفسخ العقود الفورية نتيجة تلف المعقود أو هلاكه بالآفة السماوية قبل القبض .

المادة ٨١ : تنفسخ العقود المستمرة نتيجة تلف المعقود عليه أو هلاكه هلاكاً كلياً سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده .

المادة ٨٢ : تنفسخ العقود المستمرة نتيجة تلف المعقود عليه تلفاً جزئياً ، وذلك في الجزء التالف ، إن كان محل العقد ذا أجزاء يتقسط عليها بدله .

المادة ٨٣ : لا تنفسخ العقود المستمرة نتيجة تلف المعقود عليه تلفاً جزئياً ، فيما إذا لم يكن محل العقد ذا أجزاء يتقسط عليها بدله .

المادة ٨٤ : للمشتري حق فسخ العقد أو طلب التنفيذ العيني مع دفع الثمن المتفق عليه كاملاً عملاً بخيار تفرق الصفقة الناجمة عن الهلاك الجزئي .

المادة ٨٥ : لا يفسخ العقد فيما إذا تلف محله بفعل المشتري ؛ لأن الإلتلاف كالقبض يُسقط الضمان ، ويلزم المشتري بدفع الثمن .

المادة ٨٦ : يمنح المشتري خيار الفسخ حال تلف المعقود عليه بفعل أجنبي .

المادة ٨٧ : اقتران العقد بسبب من أسباب الفساد يجعله مستحقاً للفسخ .

المادة ٨٨ : ويبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ أيضاً بإجازة المتعاقدين له ؛ لأن إجازتهما لا ترفع الفساد ؛ لمخالفته نظام العقد العام ، فليس لهما أو لأحدهما أن يقر تلك المخالفة ؛ لأنها حق للشرع ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالفسخ أو رفع الفساد بإزالة سببه .

المادة ٨٩ : الجهالة الفاحشة سبب لفساد العقد .

المادة ٩٠ : غرر الوصف والمقدار سبب لفساد العقد .

المادة ٩١ : الشرط المفسد للعقد هو : كل شرط فيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ولم يجر به عرف .

المادة ٩٢ : يمتلك المتعاقدان سلطة فسخ العقد الفاسد .

المادة ٩٣ : يمتلك القاضي حق فسخ العقد الفاسد بكل أشكاله وحالاته عند امتناع العاقدين عن ذلك صيانة لحق الشرع المنوط به .

المادة ٩٤ : الاستحقاق هو ثبوت ملكية المعقود عليه لغير المتصرف فيه تصرفاً لا ولاية له عليه .

المادة ٩٥ : استحقاق المعقود عليه يجعل العقد موقوفاً على إجازة المستحق .

الفصل التاسع : شروط الفسخ وبعض عيوب الرضا التي تشكل سبباً له :

المادة ٩٦ : شروط الفسخ :

١- قيام العقد .

٢- تعيب الرضا أو مخالفة العاقد شرطاً صريحاً أو ضمناً أو حكماً في العقد.

المادة ٩٧ : الغلط في الوصف يمنح العاقد الذي وقع في جانبه الحق في إمضاء العقد أو فسخه.

المادة ٩٨ : للعاقد المغرور تغريراً فعلياً الحق في فسخ العقد ورد المعقود عليه لصاحبه مع قيمة النقص إن حصل ، أو إمساكه وإمضاء العقد دون طلب تعويض عما نقصه بسبب التغرير .

المادة ٩٩ : التغرير الفعلي هو : إيهام أحد العاقدين الآخر بفعل شيء في المعقود عليه ليظهر في صورة مقبولة له غير ما هو عليه في الواقع .

المادة ١٠٠ : التغرير القولي هو : الإيهام بالقول من أحد العاقدين ومن يعمل لحسابه ترغيباً في المعقود عليه ؛ لحمل العاقد الآخر على التعاقد .

المادة ١٠١ : ليس للعاقد المغرور تغريراً قولياً مجرداً عن الغبن الفاحش الحق في فسخ العقد .

المادة ١٠٢ : لا أثر للغبن اليسير على العقد .

المادة ١٠٣ : حد الغبن الفاحش المؤثر على العقد هو ما كان مخالفاً للعرف والعادة غالباً أو هو ما لا يدخل في تقويم المقومين .

المادة ١٠٤ : يستثنى من عدم تأثير الغبن اليسير على العقد ثلاث حالات :

١- تصرف المدين المحجور عليه بسبب دين مستغرق .

٢- تصرف المريض مرض الموت .

٣- بيع الوصي شيئاً من أموال اليتيم .

المادة ١٠٥ : الغبن الفاحش المصاحب للتغريير سبب للفسخ .

المادة ١٠٦ : الغبن الفاحش المجرد عن التغريير سبب للفسخ في ثلاث حالات :

١ - الغبن في حالة أموال المحجور عليهم بسبب الصغر أو الجنون أو السفه

٢- الغبن في حالة مال الوقف .

٣- الغبن في حالة مال بيت المال .

الفصل العاشر : آثار الفسخ :

المادة ١٠٧ : آثار الفسخ تتجلى فيما يأتي :

١- انحلال العقد .

٢- الالتزام بالرد أو التعويض .

المادة ١٠٨ : الأثر المستند للفسخ هو : أن انحلال العقد ونقضه يسحب على الماضي ، فيرفع العقد من أصله ، وذلك في العقود الفورية كالبيع والقسمة والمقايضة ونحوها ، ففسخ هذه العقود يعيد المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد ، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات .

المادة ١٠٩ : الأثر المقتصر للفسخ هو : أن انحلال العقد يكون مقتصراً حكمه على المستقبل من تاريخ وقوع الفسخ ، وليس له انعطاف وأثر رجعي يعود إلى أصل التعاقد كما في فسخ العقود المستمرة المتمثلة في الإجارة والشركة ونحوها التي يدخل عنصر الزمن في إتمامها ، فيكون عندئذ الفسخ أو الانسباخ ذا تأثير مستقبلي على مثل هذه العقود يجري من وقت الفسخ ، وما مضى من التصرفات تكون على حكم العقد .

المادة ١١٠ : يستند أثر الفسخ فيما نفذ من التزامات في العقود الفورية إلى الماضي ، فيوجب التراجع في البديلين .

المادة ١١١ : يقتصر أثر الفسخ فيما نفذ من التزامات في العقود المستمرة إلى وقت وقوع الفسخ .

المادة ١١٢ : إن فسخ العقد أو انفساخه يوجب رد العوضين إلى أصحابهما حال قيامهما أو قيام أحدهما ما لم يمنع من ذلك مانع معتبر .

المادة ١١٣ : إذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو بالإفلاس ، فمؤنة الرد على المشتري .

المادة ١١٤ : المعقود عليه بعد الفسخ أو الانفساخ أمانة في يد العاقد غير المالك ، فإذا تلقت بغير تعد أو تقصير فلا ضمان ، وإلا ففيه الضمان .

الفصل الحادي عشر : أنواع الفسخ وموانعه :

المادة ١١٥ : الفسخ الاتفاقي هو : أن يتفق المتعاقدان على إنهاء العقد بينهما وإزالة جميع آثاره المترتبة عليه .

المادة ١١٦ : الفسخ القضائي هو : الفسخ الذي يكون بحكم القاضي .

المادة ١١٧ : الفسخ بخيار الشرط والرؤية والنقد فسخ اتفاقي سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده .

المادة ١١٨ : الفسخ بخيار العيب قبل القبض فسخ اتفاقي .

المادة ١١٩ : الفسخ بخيار العيب بعد القبض فسخ قضائي في حال خفائه واتفاقي حال ظهوره .

المادة ١٢٠ : الحكم بالفسخ عند اختلاف المتعاقدين يحتاج القضاء .

المادة ١٢١ : الفسخ الانفرادي هو : الفسخ الذي ينفرد به أحد العاقدين دون توقف على رضا الطرف الآخر .

المادة ١٢٢ : هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله مانع من الفسخ سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده ، ولكن يجوز الرجوع بالنقصان بعد القبض على العاقد المملك بخلاف ما قبل القبض .

المادة ١٢٣ : ما يلحق المعقود عليه من زيادة أو نماء متصل غير متولد من العين كالصبغ في الثوب والبناء في الأرض ونحوهما يمنع حق الفسخ .

المادة ١٢٤ : الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل لا تمنع حق الفسخ .

المادة ١٢٥ : وجود حق للغير في المعقود عليه مانع من الفسخ .

المادة ١٢٦ : يتوقف امتناع حق الفسخ حال تعلق حق للغير بالمعقود عليه على العلم بسببه أو الرضا به .

المادة ١٢٧ : زوال المانع العقدي بفسخ يعيد حق الفسخ الأول ما لم يحكم القاضي بالقيمة أو المثل .

المادة ١٢٨ : إنقاص المعقود عليه بعيب جديد لا يمنع حق المشتري من الفسخ بالعيب القديم ، فهو بالخيار إن شاء أمسكه ورجع بأرش العيب القديم ، وإن شاء فسخ العقد ورد المعقود عليه ومعه أرش العيب الحادث .

الفصل الثاني عشر : قابلية العقود للفسخ ومتعلقاتها :

المادة ١٢٩ : عقود المعاوضات المالية هي : كل عقد يقوم على تبادل النفع والالتزامات بين أطراف العقد ، كعقد البيع حيث يكون النفع للمشتري في المبيع ، ويكون بالمقابل النفع للبائع بالثمن ، ومثله عقود الإجارة والقسمة للأموال الشائعة والصلح بمال ونحوها ، ففي جميع هذه العقود ، وأمثالها تظهر المعاوضة المالية من طرفي العقد .

المادة ١٣٠ : عقود التبرعات هي : كل عقد يقوم فيه النفع والمساعدة والمعونة لأحد الطرفين من غير مقابل ، كعقد الهبة والإعارة والوصية ونحوه .

المادة ١٣١ : يفسخ عقد القسمة حال ظهور دين على الميت أو ظهور وارث أو موصى له جديدين .

المادة ١٣٢ : الصلح عن القصاص في دم العمد لا يقبل الفسخ ؛ لأنه إسقاط محض لحق ولي الدم .

المادة ١٣٣ : لا يكتسب العقد اللازم صفة اللازم إلا بعد انتهاء مجلسه .

المادة ١٣٤ : تقبل العقود غير اللازمة الفسخ عملاً بطبيعتها دون توقف على رضا الطرف الآخر .

المادة ١٣٥ : عقد الرهن عقد لازم في حق الراهن ، يقبل الفسخ بسبب خارج عن ماهيته كإقالة أو اشتراط خيار ونحوهما ، وغير لازم في جانب المرتهن يقبل الفسخ بطبيعته من جهته .

المادة ١٣٦ : عقد الكفالة عقد لازم في حق الكفيل ، يقبل الفسخ بسبب خارج عن ماهيته كإقالة أو اشتراط خيار ونحوهما ، وغير لازم في جانب المرتهن ، يقبل الفسخ بطبيعته من جهته .

المادة ١٣٧ : لا يتم التبرع إلا بالقبض .

المادة ١٣٨ : العقود التبعية هي : كل عقد يكون تابعاً لحق آخر ومرتباً به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بأصله ، وذلك كالرهن والكفالة .

المادة ١٣٩ : العقود الأصلية هي : كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبب بأمر آخر على سبيل التبعية في الوجود والزوال ، وذلك كالبيع والإجارة والإيداع ، والإعارة ونحوها .

المادة ١٤٠ : الوصية هي تصرف ينشأ بإرادة منفردة يتوقف استقرار الملك فيها على القبول إن كان لجهة معينة ، وبالتالي فهي أقرب إلى التصرف بالإرادة المنفردة منه إلى العقد بمعناه الخاص .

المادة ١٤١ : لا يشترط القبول في الوصية لجهة عامة كأن تكون لصالح مسجد ونحوه ، أو يكون الموصى لهم غير محصورين كالفقراء والمساكين وما شابه ؛ لأن اعتباره متعذر .

المادة ١٤٢ : تقبل الوصية الفسخ بطبيعتها من جهة الموصي .

المادة ١٤٣ : جحود الموصي للوصية ليس فسخاً ورجوعاً عنها بالمفهوم النظري ، إلا إذا كانت هناك قرينة تدل على أنه أراد بجحوده الفسخ .

المادة ١٤٤ : عقد الجعالة يقبل الفسخ قبل الشروع في العمل من جهة عاقيه .

المادة ١٤٥ : عقد الجعالة يقبل الفسخ بعد الشروع بالعمل من جهة العامل (المجبول له).

المادة ١٤٦ : عقد الجعالة لا يقبل الفسخ بعد الشروع بالعمل من جهة الجاعل منعاً للتحايل على العامل في التهرب من دفع الجعل .

المادة ١٤٧ : عقد الجعالة لا يقبل الفسخ بعد تمام العمل .

المادة ١٤٨ : الوقف من عقود الإرادة المنفردة سواء أكان الموقوف عليه متعينا أم غير

متعين .

المادة ١٤٩ : عقد الوقف لا يقبل الفسخ مطلقاً ، بناء على أنه عقد لازم .

المادة ١٥٠ : الفضولي هو : كل من يتصرف بحق الغير تصرفاً قولياً بدون إذن شرعي.

المادة ١٥١ : العقد الموقوف عقد صحيح غير نافذ .

المادة ١٥٢ : يقبل العقد الموقوف الفسخ من جهة الفضولي والمتملك لمحلله قبل إجازة

صاحب الشأن في ذلك .

المادة ١٥٣ : يقبل العقد الموقوف الفسخ من جهة صاحب الحق في إجازته .

المادة ١٥٤ : العقد الموقوف بعد الإجازة عقد نافذ .

المادة ١٥٥ : لا تصح الإقالة في النكاح .

المادة ١٥٦ : لا يقبل عقد النكاح الفسخ بالخيار سواء أكان خيار شرط أم رؤية أم نقد أم

عيب أم تعيين .

المادة ١٥٧ : لا يقبل عقد النكاح الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة بل يقع صحيحاً لازماً إذا

استوفى شروط صحته .

المادة ١٥٨ : تعد الكفاءة في عقد الزواج شرط لزوم .

المادة ١٥٩ : يجوز للزوجة أو لأوليائها فسخ عقد النكاح حال فوات شرط الكفاءة .

المادة ١٦٠ : حق الفسخ يثبت للأقرب من الأولياء عند فقد شرط الكفاءة .

المادة ١٦١ : إسقاط بعض الأولياء المتساوين في الدرجة حقهم في الكفاءة لا يلغي حق

الآخرين في الاعتراض على العقد .

المادة ١٦٢ : تعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده .

المادة ١٦٣ : يقبل عقد النكاح الفسخ بسبب غياب الزوج غيبة منقطعة ظاهرها الهلاك أو غيبة غير منقطعة بدون عذر .

المادة ١٦٤ : لا يقبل عقد النكاح الفسخ بسبب غياب غيبة منقطعة ظاهرها السلامة أو غيبة غير منقطعة بعذر .

المادة ١٦٥ : لا تأثير للفسخ والطلاق على سقوط المهر بعد الدخول .

المادة ١٦٧ : يسقط المهر قبل الدخول بالفسخ ويتتصف بالطلاق .

المادة ١٦٨ : تعد الفرقة الناجمة عن العيب فسخاً قبل الدخول ، إن كان سببها من جهة المرأة ، وطلاقاً إن كان سببها من جهة الزوج .

المادة ١٦٩ : تعد الفرقة الناجمة عن العيب بعد الدخول طلاقاً .

المادة ١٧٠ : تحتاج الفرقة الناجمة عن العيب إلى القضاء لوقوعها سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً .

المادة ١٧١ : تحتاج الفرقة الناجمة عن الإعسار إلى القضاء لوقوعها سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً .

المادة ١٧٢ : الفرقة الناجمة عن فوات الكفاءة فسخ .

المادة ١٧٣ : تحتاج الفرقة الناجمة عن فوات الكفاءة إلى القضاء لوقوعها .

المادة ١٧٤ : الفرقة الناجمة عن الخلع طلاق .

المادة ١٧٥ : لا تحتاج الفرقة الناجمة عن الخلع إلى القضاء ، وإنما تقع بمجرد حصولها بين الطرفين .

المادة ١٧٦ : الفرقة الناجمة عن حرمة الرضاع والمصاهرة فسخ .

المادة ١٧٧ : تحتاج الفرقة الناجمة عن حرمة الرضاع والمصاهرة إلى القضاء لوقوعها .

المادة ١٧٨ : الفرقة الناجمة عن اللعان فسخ .

المادة ١٧٩ : تحتاج الفرقة باللعان إلى القضاء لوقوعها .

وأخيراً ، أسأل الله تعالى أن يسد خطاي لما فيه رضاه ، وأن يلهمني الرشد والصواب ويعينني من شروء نفسي وسينات عملي

وعلى الله الكريم اعتمادي وإليه تفويضني واستنادي

والحمد لله رب العالمين

تمت بعون الله وفضله يوم الأحد الأول من شهر رمضان من العام الهجري ١٤٢٧ الموافق للرابع والعشرين من شهر أيلول من العام الميلادي ٢٠٠٦

الباحث : حوران محمد سليمان

الفهارس

وتشتمل على

- ❖ فهرس الآيات ❖
- ❖ فهرس الأحاديث ❖
- ❖ فهرس الآثار ❖
- ❖ فهرس الإعلام ❖
- ❖ فهرس المصادر والمراجع ❖
- ❖ فهارس الموضوعات ❖

السورة	رقم الآية	الآية	الصحيفة
النساء	٤	﴿إِن طِبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِينًا مَّرِينًا﴾	١٢١
النساء	٢٩	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾	٣٦٧-٢٥
النساء	١٢	﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ ذَيْنَ﴾	١٣٩
النساء	٢٤	﴿كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ﴾	١٨٩
النساء	٣٤	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْقَفُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾	٣٢٣
النساء	٥٨	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	٢٩٣
النساء	١٢٩	﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾	٤٣٠
المائدة	١	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	٣-٥-٢٣-٣٩-٤٤
المائدة	٢	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	٣١٥-٣٥٨-٣٦٧-٣٧٢-٣٧٣
المائدة	٤٢	﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾	٣٠٨
هود	٥٦	﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ﴾	١٣٣
يوسف	٧٢	﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	٣٨٧
النحل	٩٠	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾	٣٠٨
النحل	١٢٦	﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾	٣٥٢
الإسراء	٣٤	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	٣٩
الكهف	١٩	﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ﴾	١٣٤
النور	٦	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾	٤٥٩
النور	٧	﴿وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾	٤٥٩
الروم	٢١	﴿وَمَنْ آتَاهُ مِنْ خَلْقٍ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً﴾	٣٢٢
ص	٢٤	﴿وَأَنْ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾	١٢٨
النجم	٣٩	﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلا مَا سَعَى﴾	٣٧٨
المتحنة	١٠	﴿لَا هُنَّ حُلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحُلُونَ لَهُنَّ وَأَنَّهُمْ مَا أَنْقَفُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ	

تَكْخُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ	٣٣٢.....	
﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾	١٣٢.....	١٠ الجمعة
﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾	١٦٧.....	٧ الطلاق
﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾	١٣٢.....	٢٠ المزمّل
﴿ وَيَمْتَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾	١٢٤.....	٧ الماعون

ثانياً- فهرس الأحاديث والآثار :

المنهج المتبع فيهما :

رتبت الأحاديث والآثار ترتيباً ألفبائياً حسب أوائل حروف اللفظ الذي يبدأ به الحديث ، دون مراعاة (الي) التعريف سواء أكان اللفظ الذي يبدأ به الحديث من قول النبي صلى الله عليه وسلم أم من قول الصحابي الذي له حكم المرفوع أم من الآثار، وميزت بين الأحاديث النبوية والآثار من خلال وضع الأحاديث بين قوسين خلافاً للآثار وأقوال الصحابة التي لها حكم المرفوع ، وذلك كما يأتي :

الصحيفة

الحديث

- ٢٠٣..... « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّكُمْ بِهِ الْفُرُوجُ »
- ٣١٢..... « إِذَا اختلف البيعان وليس بينهما بينة ، فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان »
- ٧٧..... « إِذَا بايعت فقل : لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام »
- ٧٧..... « إِذَا بايعت فقل لا خلافة ، ثم أنت في كل سلعة تتباعها بالخيار إلى ثلاث ليالٍ »
- ١٦٩..... « أَقْضَى الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غَنَى وَالْيَدِ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى وَإِبْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ »
- « أَلَمْ أُخْبِرْ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهَارَ وَتَقُومُ اللَّيْلَ فَقُلْتَ بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَلَا تَفْعَلْ صُمْ وَأَقْطِرْ وَقُمْ وَتَمْ قَبْنَ لِبُجْسِكَ عَلَيْكَ حَقًّا وَإِنْ لِعَيْتِكَ عَلَيْكَ حَقًّا وَإِنْ لِرُؤُوكَ عَلَيْكَ حَقًّا »
- ٤٢٣..... - امرأه أبليت ، قلنصير وكما تنكح حتى يأتيها يقين موته (قاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه)
- ٣٠٣..... « امر بوضع الحوائج »
- ٤٢٤-٤٢٣-٤٢٢..... « امرأه المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر »
- ١٢٩..... « أنا ثابت الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما »
- « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري أضحية ، فاشتري شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار »
- أن سعيد بن المسيب سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على أهله ، فقال : يفرق بينهم ، ف قيل له : سنة ؟
- ١٦٩..... فقال : نعم سنة.....
- « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »
- أن امرأة أسلمت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتزوجت ، فجاء زوجها ، فقال : يا رسول الله إني كنت أسلمت وعلمت إسلامي ! فانتزعتها رسول الله صلى الله عليه وسلم من زوجها وردها إلى زوجها الأول (قاله ابن عباس رضي الله عنه)
- ٣٢٧..... « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما »
- ٤٠٩..... - أن فساة دخلت عليها فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليوقع بي خميسته وأنا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها فقالت

- يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ اجْزَيْتُ مَا صَنَعْتُ أَبِي
 وَلَكِنْ ارْتَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ ائْتِمَاءَ مِنْ الْأَمْرِ ثُمَّ
 (قائمه عائشة رضي الله عنه) ٤١٦
 - أن نفرأ من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جاعلوا أهل حي لدغ سيدهم على البرء وأقرهم رسول الله
 صلى الله عليه وسلم (ذكره أبو سعيد الخدري رضي الله عنه)..... ٣٨٨
 - أَيَّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جَذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلًا وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غَرَمٌ عَلَى وَبِهَا
 (عمر رضي الله عنه) ٤٠٧

ب

- ((بل عارية مضمونة)) ١٢٥
 - ((التَّبِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةَ خِيَارٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَقَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ)) ٣٨
 - التَّبِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْتُ ٣٦٧-٣٦٨

ت

- ((تَنكِحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعِ لِمَالِهَا وَكِحْسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَكِدِينِهَا ، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ بِذَلِكَ)) ٢٠٩
 - ((تَهَادُوا تَحَابُوا)) ١٣٩

ح

- ((حَسَابُكُمْ عَلَى اللَّهِ أَحَدُكُمْ كَاذِبٌ لَا سَنِيْلَ لَكَ عَلَيْهَا)) ٤٥٩

خ

- ((خَذِي عَنَّا نِيَابَكَ)) ٤٠٦
 - ((خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ)) ١٦٧
 - ((الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ)) ٢٩٦-٣٥٢
 - خرج سلمان وجريير في سفر ، فأقيمت الصلاة، فقال جريير لسلمان : تقدم أنت ، قال سلمان : بل أنت تقدم ، فاتكم
 معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم
 (إسحاق الهمداني) هامش ٤١٤

د

- ((الدين النصيحة)) ١٠١

ع

- « العائد في هبته كالكلب يقى ثم يعود في قبته » ١٤٣-١٤٢-١٤٠
- « العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم » ١٢٤

ف

- « فر من المجذوم فرارك من الأسد » ٤٠٨-٤٠٧

ق

- قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما والصداق لها بمسيبها إياها وهو
له على وليها . قال قلت له أنت سمعته قال نعم ٤٠٧

ك

- كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها (قاله عويمر العجلاني) ٤٥٩ - ٤٥٧ - ٤٥٦
- كان بين إسلام صفوان بن أمية وامراته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر ، أسلمت يوم الفتح ،
ويبقى صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ، ثم أسلم ، فلم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما
(قاله ابن شهاب) ٣٢٧

ل

- « لا تبع ما ليس عندك » ٢٥٢
- « لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة » ١٤٠
- « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإته بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء
ردها وصاعاً من تمر » ٢٧٤
- « لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه ، واشترى منه ، فإذا أتى السوق فهو بالخيار » ٢٨٤
- « لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع حاضر لباد » ٢٨٣
- « لا تئكحوا النساء إلا الأتقاء ولا يزوجهن إلا الأوكياء ولا مهزذون عشرة ذراهم » ٤١٤
- « لا ضرر ولا ضرار » ١٧٠-٤٣-٤٢-٣٩
- « لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك » ٢٥٢
- « لا تمتعن فروج ذوات الأخصاب إلا من الأتقاء (قالها : عمر بن الخطاب رضي الله عنه) ٤١٤
- « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » ١٩٩

- « ليس لنا مثل سوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبته » ١٤٢
- « ليس لأحد أن يعطي عطية ، فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده » ١٤٢
- « لو بعث من أخيك ثمرا فاصابته جانحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق » ٤٠

م

- « المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » ١٩٩
- « المسلمون على شروطهم ما وافق الحق ذلك » ٢٤ - ١٩٠
- « مَنْ أَخَذَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ قَبُولٌ رَدٌّ » ٤١
- « مَنْ أَذْرَكَ مَالَهُ بَعِيْبِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَقْلَسَ قَبُولُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ » ١٦٤ - ١٧٤
- « من أقال مسلما أقال الله عشرته يوم القيامة » ٢٧ - ١٠٨ - ١١١
- « مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِلْوَرَثَةِ » ٧٤
- « من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا إلى الجنة » ٧
- « من غشنا فليس منا » ١٠١
- « من فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة » ١٠٩
- « مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ » ٥

ن

- نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئء بالكالئء ٣٥٣ - ٣٥٩
- نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ٢٣٨
- نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ١٨٩ - ١٩٣
- نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التجش ٢٨٣

و

- « والله يعلم أن أحدكما لكاذب فهل منكما تائب » ٤٥٧
- « الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها » ١٤١ - ١٤٣

ي

- يغير الرجل ما شاء في الوصية (قاله : عمر بن الخطاب رضي الله عنه) ٣٨١

ثالثاً - فهرس ترجمة الأعلام :

المنهج المتبع :

فهرستُ أسماء الأعلام فهرسة ألفبائية حسب أوائل الحروف دون مراعاة لـ (ال) التعريف مع ذكر أرقام الصفحات التي ذكر فيها أسم العلم .

الصفحات	الاسم
٤٤-٤٠	ابن تيميه
١١٠-٨٤	ابن جزيء
٢٧٠	ابن حبيب
١٧١-٤١-٢٤	ابن حجر العسقلاني
١٣٥-١٢٣	ابن حجر الهيتمي
١٦٤-٩٧-٣٨	ابن دقيق العيد
٣٣٧-١٣٠-٣٢	ابن رجب
١٤٢-١٣١-١٣٠-١٢٦-١١٨-١١٣-١٠٤-٩٦-٩٥-٩٢-٨٩-٨١-٧٤-٥٧- -٤٤٧-٣٩١-٣٧٧-٣٦٩-٣٥٠-٣٢٦-٢٨٦-٢٤٦-٢١٨-١٩٥-١٧٤-١٦٠- ٤٥٩-٤٥٢	ابن رشد
٢٤٨-٢٣٧-٢٢٣-١٥٧-١٤٥-١٢١-١٠٠-٩٠-٧٥-٥٩-٥٨-٥٢-١٧- ٤٤٢-٤١٥-٣٨٦-٣٨١-٣٨٠-٣١٦-٢٨٠-٢٧٤-٢٥١-	ابن عابدين
-١٧٤-١٦٤-١٦١-١٥٢-١٢٤-١٢٢-١٠٦-٩٧-٩٦-٩١-٨٤-٧٣-٧١-٥٢- -٣٧٤-٣٧٧-٣٧٤-٣٣٥-٣٣٤-٣٢٧-٣١٧-٣١٦-٢٩٤-٢٧١-٢٥٦-٢٢٢- ٤٥٢-٤٤٠-٤٣٢-٤٣٠-٣٩٦	ابن قدامة
٤٤٧	ابن القاسم
٣٠٨-٢١٣-٤١-٢٥	ابن القيم الجوزية
٣٢٦-٢٣	ابن كثير
٣٦٣	ابن ماجشون
٢٨٧-٢٨٠-٢٦٧-٢٤٣-٢١٧-١٤٦-١٤١-١١٦-٨٩-٨٦-٦٤-٥٩-٤٣-٣١- ٤٤٢-٤٢٧-٤٠٣-٣٣٦-٣٣٠-٣٢٩-٣٢٤-٣١٩-٣١١-٢٩٦-٢٩٠-	ابن نجيم
-٢٠٧-٢٠٦-١٦٧-١٦٢-١٠٢-٩٨-٨٩-٨٦-٧٨-٧٧-٧٦-٧١-٧٠- ٤٥٢-٤١٥-٤٠٤-٣٥٠-٣٤٤-٢٤٤	ابن الهمام
-٢١٣-١٣٥-١١٣-١١٢-١١١-١١٠-١٠٩-١٠٦-١٠٥-٨٥-٨٠-٤٤- ٤٥٧-٤٥٦-٤٥٥-٤٥٤-٤١٨-٤١٢-٤١١-٤١٠-٣٧٧-٢٧٥-٢١٤	أبو حنيفة

٤٥٥-٤٥٤-٤١٩-٤١٨-٤١١-٢٧٦-٢٦٠-١١١-١٠٩-١٠١-٨٥-٨١	أبو يوسف
٤١٧-٣٥٠	أحمد بن حنبل
٤٠٣-٢٢٣-١٦٣-١٢٥-١٢١-١١٨-٩٨-١٧	البايرتي
١١٨	البحيرمي
٤٠٧-٣٨٨	البخاري
٥٦	البصري
-١٩٨-١٨٧-١٨٠-١٦٢-١٣١-١٢٥-١٢٤-٧٣-٦٩-٥٢-٥١-٣٤	البهوتي
٤٢٩-٣٩٥-٣١٧-٣١٦-٢٩٦-٢٨٤-٢٧٦-٢٣١-٢٢٧-٢٢٤-٢١٨	البيضاوي
٢٣	البيضاوي
٤٢٤-٤٠٧-١٦٩-١٦٨	البيهقي
٢٤-٢٣	الثعالبي
٤٢٠-٣٩٠-٣٨٧-١٦٧-٢٣-١٦	النجصاص
٤١٥-٤١٤	الحسن بن زياد
-٣٧٤-٢٤٥-٢٢٤-٥٢	الحصكفي
٤٤٧-٣٣٧-٢٧٢-١٩٥-١٣٠-٩٥-٩٣-١٩	الخطاب
١٨٧-١١٨-٥٩-٢٠	الحموي
٢٦٧	الخرشي
-١٦٠-١٤٣-١٣٧-١٣٠-١٢٥-١٢٤-١٢٢-١٢١-٩٣-٩٠-٨٨-٨٠-٧٥	الخطيب الشربيني
٣٩٢-٣٧٧-٣٧١-٣٦٣-٣٤٤-٣٣٥-٣٣٤-٣١٠-٢١٨-١٩٦-١٦٩-١٦٤	
٣٩٩-٣٧٩-٣٦٦-٢٨١-١٧٥-١٢٦-١١٤-٢٠	اندردير
٤٤٧-٤٤٤-٤٣٢-٣١٣-٢٢٢-٢٠٨-١٣٧-١٢١-١٠٠-١٧	انسوقي
١٨٤	الرازي
٢٢١	الرحيباني
٣٧٣-٢٣٨-١٢٣-٢٠	الرملي
١٢٣-٥٧-٤٩-٢١-١٦	الزركشي
٣٧٩-٢٠٠-١٩٣-١١١-١١٠-١٠٣-٧٨	زفر
٣٨٠-٣٧٤-٣٦٥ ٣٤٤-٢٨٨-١٩٤-١٨٩-١٣٣-١٣١-٤٧-٤٥-٣١	الزبلي
٥٦-٤٩	السبكي
٣٨٦-٣٨٥- ٣٨٣-٣٧٩-٣٤٤-٢٣٨-٢٢٥-١٨٩-١١٨-٧٧-٦٤-٤٤	السرخسي

السمرقندي	٣٤٠-٨٥-٤٩
السيوطي	٣٣٧-٢٩١-١٤٢-٤٣
الشافعي	-٣٧٩-٣٣٢-٢٥٥-١٩٦-١٧٨-١٧٥-١٧١-١٦٩-١٥٩-١٣٦-٤٤ ٤٣٠-٤٢٣-٤٢٢
الشوكاني	٣٥١-١٤٣
الشيرازي	٤٠٦-٣٦٦-٣٦١-٣٤٣-٩٤-٨٦-٧٢-٦٩-٤٠
الصاوي	٢٣٢
الصنعاني	٤٢٤-٤٠٧-٣٦٨-١٧٥-١٦٩-١١١-٤٣-٣٨
الطبري	٢٣
الطحاوي	٤٤٢-١٧١-١٣١
العز بن عبد السلام	٢٣٧-١٤٢-٧٠-٣٥-٢١
علي حيدر	٢٨٠-٢٢٠-١٢٥-١٢٢
الغزالي	٣٦٣
القرافي	٢٩٠-١٢٠-١١٨-٦٠-٣٩-٣٦-٣٥-٣١
القليوبي	٢٧٠
الكاساني	-٩٤-٩١-٩٠-٨٨-٨٦-٨٥-٨٣-٨٠-٧٠-٦٨-٥٩-٥٢-٤٤-٤١-٣١-٢٦ -٢٠٥-١٩٤-١٩٢-١٥٧-١٥٣-١٤٣-١٣١-١٢٩-١١٤-١٠٦-١٠٢-٩٥ -٣٣٤-٣١٩-٣١١-٣٠٦-٢٨٨-٢٥٧-٢٣٨-٢٣٧-٢٣٣-٢٢٨-٢٢٧-٢١٨ ٤٣٦-٤٠٥-٣٩٩-٣٨٧-٣٨١-٣٧٧-٣٤٧-٣٤٥-٢٤١-٢٤١-٣٤٠
الكرابيسي	٢٢٦
مالك بن أنس	٤٤
محمد بن الحسن	٤٠٥-٤٠٤-٣٨٧-٣١١-٢٤٣-١١٥-١١٤-١١٣-١١١-١١٠-١٠٩-٨٥-٨١ ٤٥٧-٤٥٦-٤٥٤-٤٤٦-٤١٨-٤١٢-٤١٠-
المرداوي	٢٩٥-١٢١
المرغيناني	١٢٤-١١٨-٦٣
المواق	٢٨١-٢٣٠-١٢٤-٧٠
النفراوي	٤٢٧-٣٣١-٣٢٥
النوي	-٣٢٠-٢٩٦-٢٥١-٢٢٣-٢١٢-١٩٧-١٥٢-١٢٣-٨٤-٧٧-٥٧-٣١ ٤١٩-٣٧٤-٣٤١-٣٢٣-٣٢٠

رابعاً - فهرس المصادر والمراجع :

المنهج المتبع في ذلك :

رتبت المصادر والمراجع ترتيباً ألفبانياً دون مراعاة لـ (ال) التعريف ، وذلك ضمن أقسامها

الآتية :

١- القرآن الكريم وعلومه .

٢- كتب الحديث الشريف وعلومه .

٣- كتب الأصول والقواعد الفقهية .

٤- الكتب الفقهية :

* - الفقه الحنفي

* - الفقه المالكي

* - الفقه الشافعي

* - الفقه الحنبلي

٥- كتب وبحوث معاصرة .

٦- كتب التراجم والطبقات

٧- كتب اللغة .

أولاً - القرآن الكريم وعلومه .

*- القرآن الكريم

- *- أحكام القرآن : محمد بن إدريس الشافعي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١) .
- *- أحكام القرآن : أبو بكر بن علي الرازي الجصاص (دار الفكر ، دمشق ، ط ١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي) .
- *- أحكام القرآن : محمد بن عبد الله الأندلسي (ابن العربي) (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- أنوار التنزيل وأسرار التأويل : ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي (مؤسسة شعبان ، بيروت) .
- *- تفسير القرآن العظيم : للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (دار الخير ، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ) .
- *- التفسير الواضح : د. محمود حجازي (دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ١) .
- *- جامع البيان عن تأويل القرآن : محمد بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر (دار الفكر ، بيروت) .
- *- الجامع لأحكام القرآن (المعروف بتفسير القرطبي) : محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (دار الشعب ، القاهرة ، ط ٢ ، ١٣٧٢) ، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني .
- *- الجواهر الحسان في تفسير القرآن : أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي (مؤسسة الأعلمي للطبوعات ، بيروت) .
- *- مفردات ألفاظ القرآن : الراغب الأصفهاني (دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت) تحقيق صقوان عدنان داوودي .

ثانياً - كتب الحديث الشريف وعلومه .

- *- إكمال الأحكام شرح عمدة الأحكام : محمد بن علي تقي الدين (ابن دقيق العيد) مطبعة السنة المحمدية.
- *- أوجز المسالك إلى موطأ الإمام مالك : الكاندوي (دار الفكر ، بيروت ، ط ٣ ، ١٣٩٤ هـ) .
- *- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي : محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلاء (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي المعروف بابن حجر العسقلاني (مؤسسة قرطبة ، المدينة المنورة ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م) تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني.
- *- الجامع الصحيح (صحيح البخاري) : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا (دار ابن كثير - اليمامة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م) .
- *- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي (دار إحياء التراث العربي ، بيروت) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون .
- *- الجواهر النقي : للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني (دار الفكر) .
- *- خلاصة البدر المنير : ابن الملقن (مكتبة الرشد ، الرياض ، ط ١) .

- *- الدراري المضية : محمد بن علي الشوكاني (دار الجيل ، بيروت ، ١٤٠٧-١٩٨٧)
- *- دراسات تطبيقية في الحديث النبوي : د. نور الدين عتر (منشورات جامعة دمشق) .
- *- سبل السلام شرح بلوغ المرام : للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني ، قدم له وخرج أحاديثه محمد عبد القادر أحمد عطا (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١) .
- *- سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني (دار الفكر ، بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي) .
- *- سنن أبو داود : سليمان بن الأشعث أبو السجستاني الأزدي (دار الفكر ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد) .
- *- سنن البيهقي الكبرى : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي (مكتبة دار الباز ، مكتبة المكرمة ، ١٤١٤) تحقيق : محمد عبد القادر عطا .
- *- سنن الدار قطنى : علي بن عمر أبو الحسن الدار قطنى البغدادي (دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٦ ، ١٩٦٦ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المنلي) .
- *- سنن الدارمي : عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي (دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ١) تحقيق : أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي .
- *- السنن الكبرى : أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، تحقيق : د. عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن) .
- *- شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية : يحيى بن شرف النووي أبو زكريا
- *- شرح عمدة الأحكام : نقي الدين أبي الفتح ابن دقيق العيد (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- شرح معاني الآثار : محمد بن سلامة الطحاوي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١) تحقيق : محمد زهري النجار .
- *- صحيح ابن حبان : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٢ شعيب الأرنؤوط) .
- *- صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (٢٠٦-٢٦١ هـ) ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء التراث العربي ، بيروت) .
- *- عون المعبود شرح سنن أبي داود : محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤١٥) .
- *- فتح الباري شرح صحيح البخاري : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩) تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، محب الدين الخطيب .
- *- فيض القدير شرح الجامع الصغير : عبد الرؤوف المناوي (دار المعرفة ، بيروت ، ط ١) .
- *- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس : للمفسر المحدث الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى سنة ١١٦٢ هـ عن نسخة كتبت برسم فخر الإشراف السيد سعيد بن الحافظ الشيخ أحمد الحلبي العطار ، مع المقابلة بنسخة خزنة آل العطار بدمشق ومعارضة المتن من نسخة دار الكتب المصرية ((دار الكتب العلمية بيروت - لبنان)) .

- * - كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال : العلامة علاء الدين علي المنقي بن حسام الدين الهندي (مؤسسة الرسالة ، بيروت) .
- * - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : علي بن أبي بكر الهيثمي (دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت) .
- * - مختصر اختلاف العلماء : الجصاص ، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤١٧) تحقيق : د. أحمد الله نذير أحمد .
- * - المستدرک علی الصحیحین : محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١١ هـ) تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا .
- * - مسند الإمام أحمد : للإمام أحمد بن حنبل مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، عالم الكتب ، ط ١) .
- * - مصباح الزجاجة : أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني (دار العربية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٣ هـ تحقيق المنقني الكشناوي) .
- * - مصنف عبد الرزاق : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ) تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
- * - المعجم الأوسط : الطبراني (مكتبة المعارف ، الرياض ، دار الحديث ، القاهرة) .
- * - معرفة علوم الحديث : تصنيف الإمام الحاكم أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحافظ النيسابوري (المكتب التجاري ، بيروت) .
- * - موطأ الإمام مالك : مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي (دار إحياء التراث العربي ، مصر) تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .
- * - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية : عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي (دار الحديث ، مصر ، ١٣٥٧) تحقيق : محمد يوسف البنوري .
- * - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني (دار الجيل ، بيروت ، دار الحديث ، ١٩٧٣) .

ثالثاً - كتب الأصول والقواعد الفقهية .

- * - الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي : تأليف شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- * - الإحكام في أصول الأحكام : تأليف العلامة علي بن محمد الأمدي (دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ١) تحقيق : د. سيد الجميلي .
- * - الإجماع : محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر (دار الدعوة ، الإسكندرية ، ط ٢ ، ١٤٠٢) تحقيق : د. فؤاد عبد المنعم أحمد .

- *- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول : محمد بن علي بن محمد الشوكاني (دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م) تحقيق : محمد سعيد البدري .
- *- الأشباه والنظائر : عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٣ هـ) .
- *- الأشباه والنظائر : تأليف العلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي ، وبالحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر للعلامة محمد أمين المعروف بابن عابدين (دار الفكر ، دمشق ، ط ١) .
- *- أصول الفقه الإسلامي : د. محمد الزحيلي (مطبعة جامعة دمشق ، ط ٥) .
- *- أنوار البروق في أنواء الفروق : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي (عالم الكتب ، بيروت) .
- *- البحر المحيط : بدر محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي (دار الكتبي) .
- *- السبطلان والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي : حنان يونس (دار النفائس) بالأصل : رسالة دكتوراه .
- *- التقرير والتحبير : محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر (دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٦ م) تحقيق : مكتب البحوث والدراسات .
- *- التلويح على التوضيح (شرح على التوضيح) : سعد الدين مسعود بن عمر النغازاني (مكتبة صبيح بمصر) .
- *- اتمهيد : عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي (مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٠) ، تحقيق : د. محمد حسن هيتو .
- *- تيسير التحرير : محمد أمين المعروف بأمير باشاه الحنفي (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- درر الحكام شرح غرر الأحكام : محمد بن فرموز (دار إحياء الكتب العربية) .
- *- درر الحكام شرح مجلة الأحكام : علي حيدر (دار الجيل ، بيروت) .
- *- روضة الناظر وجنة المناظر : عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي أبو محمد (جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، ط ٢) تحقيق : عبد العزيز بن عبد الرحمن السعيد .
- *- شرح الكوكب المنير : محمد بن أحمد عبد العزيز الفتوحى المعروف بابن النجار النبلي (مطبعة السنة المحمدية) .
- *- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : أحمد بن محمد الحموي (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- الفروق : أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الكرابيسي (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ط ١ ، ١٤٠٢) تحقيق : د. محمد طوموم .
- *- قواعد الأحكام في مصالح الأنام : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- قواعد الفقه : محمد عميم الإحسان المجددي البركتي (الصدف ببلشرز ، كراتشي ، ط ١) .
- *- القواعد في الفقه الإسلامي : عبد الرحمن بن أحمد المعروف بابن رجب (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- القواعد والفوائد الأصولية : علي بن عباس البعلي الحنبلي المعروف بابن اللحام (مطبعة السنة المحمدية لقاهرة ، تحقيق : محمد حامد الفتحي) .

- *- قواطع الأدلة في الأصول : أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١) .
- *- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي : تأليف علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي (دار الكتاب العربي ، بيروت) .
- *- اللمع في أصول الفقه : أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ م) .
- *- المحصول في علم الأصول : محمد بن عمر بن الحسين الرازي (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض ، ط ١) تحقيق : طه جابر فياض العلواني .
- *- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل : عبد القادر بن بدران الدمشقي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠١) تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي .
- *- المستصفي في علم الأصول : محمد بن محمد الغزالي أبو حامد (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٣) تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي .
- *- المعتمد في أصول الفقه : محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين (دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١) تحقيق : خليل الميس .
- *- المنثور في القواعد الفقهية : بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي (وزارة الأوقاف الكويتية ، الكويت ط ١) .
- *- الموافقات في أصول الشريعة : إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي (دار المعرفة ، بيروت) تحقيق : عبد الله دراز .
- *- ميزان الأصول في نتائج العقول : علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي ، حققه وعلق عليه محمد زكي عبد البر (مكتبة دار التراث ، القاهرة ، ط ٢) .
- *- الوجيز في أصول التشريع الإسلامي : د. محمد حسن هيتو (مؤسسة الرسالة ، ط ٣) .

رابعاً - الكتب الفقهية :

أ- الفقه الحنفي

- *- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين بن براهيم المعروف بابن نجيم (دار المعرفة ، بيروت ، دار الكتاب الإسلامي) .
- *- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ٢) .
- *- بداية المبتدئ : علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ، ط ١ تحقيق حامد إبراهيم كرسون ، محمد عبد الوهاب بحيري) .
- *- البناء في شرح الهداية : لأبي محمد محمود بن أحمد العيني (دار الفكر ، بيروت ، ط ٢) .
- *- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : عثمان بن علي الزيلعي (دار الكتاب الإسلامي ، بيروت) .
- *- تحفة الفقهاء : محمد بن أحمد بن أبي بكر السمرقندي (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ)

- * - الجامع الصغير : محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله (عالم الكتب ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ) .
- * - جامع الفصولين : محمود بن إسماعيل الشيربازي قاضي سماوه الحنفي (المطبعة الأزهرية) .
- * - الجوهرة الثمينة : أبو بكر بن علي الحدادي العبادي (المطبعة الخيرية) .
- * - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروفة (بحاشية ابن عابدين) : محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين الدمشقي ، ووليّه قرّة عيون الأخيار لنجل المؤلف محمد علاء الدين أفندي (دار الفكر ، بيروت ، ط ٢) ، (دار الكتب العلمية ، ط ١ ، بيروت) .
- * - حاشية الشلبي على تبیین الحقائق : أحمد بن يونس الشيربازي - (الشلبي) ، مطبوع مع تبیین الحقائق في الهامش (دار المعرفة ، بيروت ، ط ٢) .
- * - حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح : أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي (مكتبة البابي الحلبي ، مصر ، ط ٣)
- * - الحجة : محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله ، عالم الكتب ، بيروت ، ط ٣ ، ١٣٠٤ هـ (تحقيق : مهدي حسن الكيلاني القادري .
- * - شرح فتح القدير : محمد بن عبد الواحد السيواسي (دار الفكر ، بيروت ، ط ٢) .
- * - العناية شرح البداية : محمد بن محمد بن محمود البابرني (دار الفكر ، دمشق ، ط ١) .
- * - فتاوى السعدي : علي بن الحسين بن محمد السعدي (مؤسسة الرسالة ، دار الفرقان ، بيروت ، عمان ، ط ٢ ، ١٤٠٤) تحقيق : د. صلاح الدين الناهي .
- * - الفتاوى الهندية : لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي (دار الفكر ، بيروت) .
- * - فتح القدير شرح الهداية : كمال محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي المعروف بابن الهمام (دار الفكر) .
- * - المبسوط : محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني أبو عبد الله (إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي) تحقيق أبو الوفا الأفغاني .
- * - المبسوط : محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦) .
- * - مجلة الأحكام العدلية : جمعية المجلة ، تحقيق : نجيب هوايني ، نشر كارخانة تجارة كتب .
- * - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده (داماد) (دار إحياء التراث العربي ، بيروت) .
- * - مجموعة رسائل ابن عابدين : محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين الدمشقي (دار إحياء التراث العربي ، بيروت) .
- * - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة انعمان : محمد قدرى باشا ، دار الأفق العربية ، القاهرة) .
- * - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي (دار الفكر ، بيروت) .
- * - الهداية شرح البداية : علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسين (المكتبة الإسلامية ، بيروت) .

ب- الفقه المالكي

- *- بداية المجتهد في نهاية المقتصد : للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي لشهير (بابن رشد الحفيد) ، دار الفكر .
- *- بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير) : أبو العباس أحمد بن محمد الخلوّاتي الشهير بالصاوي (دار المعارف مصر) .
- *- التاج والإكليل لمختصر خليل : محمد بن يوسف العبدري (المواق) (دار الكتب العلمية ، بيروت ، دار الفكر ، بيروت ، ط ٢ ، ١٣٩٨ هـ) .
- *- تحرير الكلام من مسائل الالتزام : تأليف أبي عبد الله بن محمد الحطاب الفقيه المالكي (دار الغرب الإسلامي ، بيروت) تحقيق : عبد السلام محمد الشريف .
- *- التمهيد : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري (وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب) تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري .
- *- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (دار الفكر ، بيروت ، محمد عيش ، دار إحياء الكتب العربية) .
- ٦٤١٥٢٥
- *- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني : علي الصعيدي العدوي (دار الفكر) .
- *- الذخيرة : لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط ١) .
- *- شرح الزرقاني على مؤطا مالك : محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١١ هـ) .
- *- شرح مختصر خليل : محمد بن عبد الله الخرشبي (دار الفكر) .
- *- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام : ابن سلمون الكناني (المطبعة العامرة الشرقية) .
- *- فتح العلي في فقه الإمام مالك : محمد بن أحمد بن محمد (عيش) (دار المعرفة) .
- *- الفواكة الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفرواني المالكي (دار الفكر ، بيروت) .
- *- القوانين الفقهية : محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي الغرناطي (دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ٢) .
- *- المدونة : مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ((دار الكتب العلمية)) .
- *- منح الجليل شرح مختصر خليل : محمد بن أحمد بن محمد (عيش) دار الفكر .
- *- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (دار الفكر ، بيروت ، ط ٢ ، ١٣٩٨) .

ت- الفقه الشافعي

- *- أسنى المطالب شرح روض الطالب : زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (دار الكتاب الإسلامي) .
- *- إعتاة الطالبين : (السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي أبو بكر ، دار الفكر ، بيروت) .

- *- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : محمد الشربيني الخطيب (مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥ هـ) .
- *- الإقناع في الفقه الشافعي : تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (مكتبة دار العروبة ، الكويت) تحقيق وتعليق : خضر محمد خضر .
- *- الأم : أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (دار المعرفة ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٩٣ هـ) .
- *- التجريد لنفع العبيد : (حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب : سليمان بن محمد البجيرمي الشافعي (دار انكر العربي) .
- *- تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب) : سليمان بن محمد البجيرمي المصري (دار الفكر) .
- *- تحفة المحتاج في شرح المنهاج : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (دار إحياء التراث العربي ، بيروت) .
- *- التنبيه : إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي (عالم الكتب ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٣) .
- *- حاشيتا قلوبسي وعميرة : على شرح المحلى على المنهاج : المحققان المدققان الشيخ شهاب الدين القلوبسي والشيخ عميرة (دار إحياء الكتب العربية) .
- *- حاشية الجمل على المنهاج (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) : سليمان بن منصور العجيلي المصري (دار الفكر ، بيروت) .
- *- حواشي الشرواني : عبد الحميد الشرواني (دار الفكر ، بيروت) .
- *- دقائق المنهاج : محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي (المكتبة المكية ، مكة المكرمة ط١) ، تحقيق : إياد أحمد الغوج .
- *- روضة الطالبين وعمدة المفتين : يحيى بن شرف النووي (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٢) .
- *- الثغر البهية في شرح البهجة الوردية : شيخ الإسلام القاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري (مطبعة البنية) .
- *- الفتاوى الفقهية الكبرى : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (المكتبة الإسلامية) .
- *- فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع : أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرفاعي (دار الفكر ، ١٩٨٦) مطبوع مع المجموع شرح المذهب .
- *- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : زكريا بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١) .
- *- المجموع شرح المذهب : يحيى بن شرف النووي (مطبعة المنيرية ، دار الفكر ، بيروت ، ط١) ، وقد وافته المنية قبل إتمامه ، وتابعه نجيب مطيعي .
- *- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط١) .
- *- منهاج الطالبين وعمد المفتين في فقه الإمام الشافعي : يحيى بن شرف النووي أبو زكريا (دار المعرفة ، بيروت) .

- *- المذهب في فقه الإمام الشافعي : إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق (دار الفكر ، بيروت) .
- *- نهاية الزين : محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي (دار الفكر ، بيروت ، ط ١)
- *- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : محمد بن شهاب الدين الرملي الشافعي (دار الفكر ، بيروت) .
- *- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : محمد بن شهاب الدين الرملي (دار الفكر ، بيروت) .
- *- الوسيط في الفقه الإسلامي : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (دار السلام ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤١٧هـ)

ث- الفقه الحنبلي

- *- إعلام الموقعين عن رب العالمين : محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم الجوزية (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- الإفصاح عن معاني الصحاح : ابن هبيرة (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- الإتيان في معرفة الراجح من الخلاف : علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (دار إحياء التراث العربي بيروت) تحقيق : محمد حامد الفقي .
- *- دليل الطالب علي مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل : مرعي بن يوسف الحنبلي (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ٢) .
- *- الروض المربع : منصور بن يونس إدريس البهوتي (مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٣٩٠) .
- *- زاد المستتفع : موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي أبو النجا (مكتب النهضة الحديثة ، مكة المكرمة ، تحقيق : علي محمد عبد العزيز الهندي) .
- *- زاد المعاد في هدي خير العباد : محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي الدمشقي أبو عبد الله ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، مكتب المنار الإسلامية ، الكويت) تحقيق : شعيب الأرنؤوط عبد القادر الأرنؤوط .
- *- شرح منتهى الإرادات : منصور بن يونس البهوتي (عالم الكتب ، بيروت) .
- *- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن القيم الجوزية (مطبعة المنى ، القاهرة) تحقيق : د. محمد جميل غازي .
- *- العدة في شرح العمدة : عبد الرحمن المقدسي (المكتبة العلمية الجديدة) .
- *- الفروع : محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ) تحقيق : أبو الزهراء حازم القاضي .
- *- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل : عبد الله بن قدامه المقدسي (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ٥ ، تحقيق ، زهير الشاويش) .
- *- كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه : أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس (مكتبة ابن تيمية) تحقيق : عبد الرحمن محمد قاسم العاصي النجدي الحنبلي .

- * - كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (دار الفكر ، بيروت ، تحقيق : هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الكتب العلمية) .
- * - المبدع شرح المقنع : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ) .
- * - مختصر الخرقى : أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٣ هـ) تحقيق : زهير الشاويش .
- * - المفتي : موفق الدين عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامه (دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دار الفكر ، بيروت ، ط١) .
- * - سنن السبيل : إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان (مكتبة المعارف ، الرياض ، ط٢ ، ١٤٠٥ هـ) تحقيق : عصام القلجى .
- * - النكح والفوائد السننية على مشكل المحرر : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق (مكتبة المعارف ، الرياض ، ط٢ ، ١٤٠٤ هـ) .

خامساً- كتب وبحوث معاصرة .

- * - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : الشيخ عبد الوهاب خلاف (دار القلم ، الكويت ، ط٢)
- * - أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي : محمد يوسف موسى (مؤسسة الخانجي ، القاهرة ، مكتبة المثنى ، بغداد ، ط١) .
- * - أحكام أزواج في الشريعة الإسلامية : د. أحمد فرج حسين (الدار الجامعية ، بيروت) .
- * - أحكام الزواج والطلاق في الشريعة : عبد الودود السريتي (الدار الجامعية ، بيروت ، ط١) .
- * - أحكام العقد في الشريعة الإسلامية : محمود عبد المجيد المغربي ، (المكتبة الحديثة ، ط١) .
- * - أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي : محمد سكمال المجاجي (دار ابن حزم ، بيروت ، ٢٠٠١م)
- * - أحكام المعاملات الشرعية : الشيخ علي الخفيف (دار الفكر العربي ، القاهرة) .
- * - الأحوال الشخصية : محمد أبو زهرة (مطبعة فحيمر ، ط٣) .
- * - اختصارات ابن قدامه الفقهية في أشهر المسائل الخلافية : تأليف د. علي بن سعد الغامدي (دار طيبة ، الرياض ، ط١) .
- * - بحوث في فرق النكاح الدائرة بين الفسخ والطلاق وأسبابها : المرسي عبد العزيز السماحي (مطبعة الفجر الجديد ، ط١) .
- * - بحوث ومقالات مهداه إلى الدكتور وهبه الزحيلي : تأليف عدد من الباحثين (دار الفكر ، دمشق ، ط١)
- * - البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها : د. محمد توفيق رمضان (دار الفكر ، دمشق ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط١) .
- * - التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي : عبد الله بن عبد العزيز الدرعان (مكتبة التوبة ، الرياض ، ط١) .

- *- التطبيقات المعاصرة للكفالة : عبد الكريم موسى السقا ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة جامعة دمشق .
- *- الجعالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (نظرية الوعد بالمكافأة : خالد رشيد الجميلي (دار الندوة الجديدة ، ط٢) .
- *- الجعالة والاستصناع : تحليل فقهي واقتصادي : د.شوقي أحمد دينا ، البنك الإسلامي للتنمية ، جدة ، ط٢) .
- *- حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية : إعداد فؤاد جاد الكريم ، عبد الصبور خلف محمد (مكتبة مدبولي ، القاهرة ، ط١) .
- *- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : (نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون : د. محمد فتحي الدريني (مطبعة جامعة دمشق) .
- *- خيار الشرط في البيوع وتطبيقاته في معاملات المصارف الإسلامية : عمر سليمان الأشقر (عمان ، دار النفائس ، ١٩٩٢ م) .
- *- خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي : عبد الله الطيار (جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية ، الرياض) بالأصل رسالة ماجستير .
- *- الخيار وأثره في العقود : د. عبد الستار أبو غده (مطبعة مقهوي ، ط١) .
- *- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : د. عبد الرحمن الصابوني (منشورات جامعة دمشق ، ١٤١٨هـ = ١٩٩٧ م) .
- *- الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله : أ. د. أسامة محمد منصور الحموي أطروحة دكتوراه لجامعة القاهرة ، كلية العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية .
- *- شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية : كوثر كامل علي (دار بوسلامة ، تونس ، ط٢) .
- *- ضمان الضرر المالي غير المادي : للباحث رسالة ماجستير مقدمة لجامعة دمشق كلية الشريعة .
- *- ضمان العدوان : د. محمد أحمد سراج (دار الثقافة ، القاهرة) .
- *- الضمان في الفقه الإسلامي : الشيخ علي الخفيف (دار الفكر المعاصر ، القاهرة) .
- *- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي : د. عدنان التركماني (دار المطبوعات الحديثة ، جدة) .
- *- العرف والعادة في رأي الفقهاء : أحمد فهمي أبو سنى (مطبعة الأزهر ، القاهرة) .
- *- عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية : عرض منهجي مقارنة : نزية حماد (دمشق ، دار القلم ، ط١)
- *- العقل والفقه في فهم الحديث النبوي : مصطفى الزرقا (دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت) .
- *- العقود المسماة في لفقہ الإسلامي ، (عقد البيع) : مصطفى الزرقا (دار القلم ، دمشق) .
- *- فسح الزواج : (بحث مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية) د. أحمد الحجى الكردي (دار اليمامة ، دمشق ، بيروت) .
- *- فسح العقد : د. مصطفى عبد السيد الجارحي (دار النهضة العربية ، القاهرة) .
- *- فسح العقد في ضوء القضاء والفقه : عبد الحميد الشواربي (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط١ ، ١٩٩٠ م) .

- *- الفعل الضار والضمان فيه : أ . مصطفى الزرقا (دار القلم ، دمشق ، دار العلوم ، بيروت ، ط ١) .
- *- الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي : د. محمد فاروق العكام رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة) .
- *- الفقه الإسلامي : د. إبراهيم محمد سلقيني (مطبعة جامعة دمشق ، ط ١) .
- *- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبه الزحيلي (دار الفكر ، دمشق ، ط ٣ ، ط ٤)
- *- الفقه على المذاهب الأربعة : تأليف عبد الرحمن الجزري (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦) .
- *- فقه المعاوضات : د. أحمد الحجي الكردي (منشورات جامعة دمشق ، ط ٥) .
- *- الكفالة ، أنواعها وطرق الإبراء منها ، دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الفقهية : محمود أحمد مروح مصطفى (دار النفائس ، عمان ، ٢٠٠٣ م) .
- *- الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة : (دراسة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي) : علي أحمد السالوس (مكتبة الفلاح ، الكويت ، ط ٢) .
- *- محاضرات في عقد الزوج وأثاره : ألقاها الأستاذ محمد أبو زهره على طلبة قسم الدراسات القانونية (معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٨٥) .
- *- المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقا (دار انقلم ، دمشق ، ط ١ ، ط ٢)
- *- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : د. عبد الكريم زيدان (مكتبة القدس ، بيروت ، مؤسسة الرسالة)
- *- المدخل للفقه الإسلامي : (تاريخه - قواعده - مبادئه العامة) : عبد الله الدرعان (مكتبة التوبة ، الرياض ، ط ١) .
- *- مصادر الحق في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق السنهوري (المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت) .
- *- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدينة والتشريع الإسلامي : سيد عبد الله علي حسين (دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة) .
- *- مقالة الأستاذ مصطفى الزرقا في مجلة الدراسات الاقتصادية الإسلامية المجلد / ٣ / العدد / ٢ / ١٤١٧ هـ
- *- الملكية في الشريعة الإسلامية : علي الخفيف (دار النهضة ، بيروت) .
- *- الملكية ونظرية العقد في الشريعة : محمد أبو زهرة (دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٧٧ م) .
- *- الملكية ونظرية العقد في الشريعة : أحمد فرج حسين (دار الجامعية ، بيروت) .
- *- الموسوعية الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت ، ط ١) .
- *- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية : د. شفيق شحاته (مطبعة الاعتماد بالقاهرة) .
- *- نظرية البطلان في الفقه الإسلامي : محمد حسنين (المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر) .
- *- النظريات الفقهية : د. محمد فتحي الدريني (منشورات جامعة دمشق ، ط ٣)
- *- نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني : محمد أحمد الكزني (مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ط ١) .
- *- نظرية الضمان : د. وهبه الزحيلي (دار الفكر المعاصر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق) .
- *- نظرية الظروف الطارئة : د. عبد السلام الترميني (دار الفكر ، دمشق ، ط ١) .

- *- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : د. حسن الذنون (مطبعة نهضة مصر) .
- *- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية : (بحث مقارنة في المذاهب الفقهية والقوانين الحديثة) : المحامي صبحي المحمصاني (مكتبة الكشاف ومطبعتها ، بيروت) .
- *- نظرية العقد والإرادة المنفردة : دراسة معمقة بالفقه الإسلامي : د. عبد الفتاح عبد الباقي (مطبعة نهضة مصر ، القاهرة) .
- *- نظرية العقد : ابن تيمية (دار المعرفة ، بيروت ، ط ١) .
- *- نظرية العقد دراسة فقهية مقارنة مع القانون : د. حمزة حمزة (كلية المعارف الإسلامية ، جامعة كراتشي) رسالة دكتوراه .
- *- الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي : (دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة) : محمد جعفر شمس الدين (دار التعاون ، بيروت ، ط ١) .

سادساً - كتب التراجم والطبقات

- *- الأعلام (قاموس تراجم) : خير الدين الزركلي ((دار العلم للملايين ، بيروت)) .
- *- البداية والنهاية : للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ (دار إحياء التراث العربي) حققه ودقق أصوله وعلق حواشيه علي شيري .
- *- تاريخ بغداد : أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- تاريخ دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل أو اجتاز بنواحيها من إرديها وأهلها : تصنيف الإمام العالم الحافظ أبي القاسم علي بن الحسن ابن وهبه الله بن عبد الله الشافعي المعروف بابن عساكر (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع) دراسة وتحقيق علي شيري .
- *- تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف : الحافظ المزي (المكتب الإسلامي ، الدار القيمة ، ط ٢ ، ١٤٠٣ - ١٩٨٣) تحقيق : عبد الصمد شرف الدين .
- *- تذكرة الحفاظ : محمد بن طاهر بن القيسرائي (دار الصميعي ، الرياض ، ط ١) .
- *- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية : عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي (مطبعة مير محمد كتب خانة ، كراتشي) .
- *- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب : إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكي (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- *- الذيل على طبقات الحنابلة : زين الدين عبد الرحمن أحمد المعروف بابن رجب (مطبعة السنة المحمدية) .
- *- سير أعلام النبلاء : محمد بن أحمد قايماز الذهبي ((مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٩)) .
- *- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : محمد مخلوف (دار الكتاب العربي ، بيروت ، وطبعة دار الجيل ، بيروت ، ط ١) .

- *- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع : تأليف شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (مكتبة القدسي ، القاهرة) .
- *- طبقات الحنابلة : محمد بن أبي يعلى أبو الحسين (دار المعرفة ، بيروت) تحقيق : محمد حامد الفقي .
- *- طبقات الشافعية : أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شبيهة (عالم الكتب ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٧) تحقيق : د. الحافظ عبد العليم خان .
- *- طبقات الفقهاء : ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق (دار القلم ، بيروت) تحقيق : خايل الميسر (.
- *- انقوائد البهية في تراجم الحنفية : للإمام المحدث الفقيه محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ، واعتنى به أحمد الزعبي (شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم ، ط ١) .
- *- معجم البلدان : شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي (دار صادر ، بيروت) .
- *- معجم المؤلفين : عمر رضا كحالة (دار إحياء التراث العربي ، بيروت) .
- *- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون : مصطفى بن عبد الله الرومي (دار الكتب العلمية ، بيروت)

سابعاً - كتب اللغة .

- *- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء : قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي (دار الوفاء ، جدة ، ط ١ ، تحقيق : د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي) .
- *- التعريفات : علي بن محمد بن علي الجرجاني (دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ١ ، تحقيق ابراهيم الأبياري) .
- *- شرح حدود بن عرفة : محمد بن قاسم الرصاع (المكتبة العلمية ، بيروت) .
- *- القاموس المحيط : الفيروزآبادي ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة ، وبإشراف محمد نعيم العرفوسي (مؤسسة الرسالة ، ط ٦) .
- *- لسان العرب : محمد بن مكرم بن منظور المصري ((دار صادر ، بيروت ، ط ١)) .
- *- مختار الصحاح : عبد القادر الرازي (دار الحديث ، القاهرة) .
- *- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير : أحمد بن محمد بن علي الفيومي (المكتبة العلمية) .
- *- المطلع على أبواب المقنع : محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي (المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م) تحقيق : محمد بشير الأدلبي .
- *- المغرب في ترتيب المعرب : ناصر بن عبد السيد أبو المكارم المطرزي (الكتاب العربي) .
- *- المقابيس في اللغة : تأليف أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون (دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة) .

ثانياً - فهرس الموضوعات

<u>الصفحة</u>	<u>العنوان</u>
٥	<u>المقدمة</u>
٦	أسباب اختيار البحث
٧	هدف البحث
٨	الدراسات السابقة
٩	منهج البحث وطريقته
١٢	خطة البحث ومعالجه
١٤	<u>التمهيد</u>
١٥	المطلب الأول : تعريف العقد
١٩	المطلب الثاني : الفرق بين العقد والالتزام والتصرف
٢٣	المطلب الثالث : مشروعية العقد
٢٦	المطلب الرابع : طرق إنهاء العقد
٢٨	<u>الباب الأول : تعريف الفسخ وأساسه وأسبابه</u>
٢٩	<u>الفصل الأول : تعريف الفسخ وأساسه</u>
٣٠	المبحث الأول : تعريف الفسخ والانقاسخ والعلاقة بينهما
٣٠	المطلب الأول : تعريف الفسخ
٣٠	أولاً - تعريف الفسخ لغة
٣١	ثانياً - تعريف الفسخ في اصطلاح الفقهاء
٣٢	ثالثاً - التعريف المختار
٣٥	المطلب الثاني : تعريف الانقاسخ وعلاقته بالفسخ
٣٥	أولاً - تعريف الانقاسخ
٣٥	ثانياً - العلاقة بين الفسخ والانقاسخ
٣٧	المبحث الثاني : الأساس الشرعي والفقهي للفسخ
٤٨	المبحث الثالث : استعمالات الفقهاء لألفاظ الفسخ والبطلان والفساد والفرق بينها
٤٨	المطلب الأول : استعمالات الفقهاء لألفاظ الفسخ والبطلان والفرق بينها

٤٨	أولاً - تعريف البطلان لغة
٤٨	ثانياً - تعريف البطلان اصطلاحاً
٥١	ثالثاً - الفرق بين الفسخ والإبطال والبطالان في اصطلاح الفقهاء
٥٥	المطلب الثاني : استعمالات الفقهاء لألفاظ الفسخ والفساد والفرق بينها
٥٥	أولاً - معنى الفساد لغة
٥٦	ثانياً- تعريف الفساد اصطلاحاً
٦٣	ثالثاً - الفرق بين الفساد والفسخ
٦٥	<u>الفصل الثاني : أسباب الفسخ</u>
٦٦	المبحث الأول : الفسخ بسبب الخيار
٦٧	المطلب الأول : ماهية الخيارات وقواعدها العامة
٦٧	أولاً- تعريف الخيارات لغة
٦٧	ثانياً - تعريف الخيار في اصطلاح الفقهاء
٦٩	ثالثاً - القواعد العامة للخيارات
٧٥	المطلب الثاني : الخيارات التعاقدية (خيار الشرط)
٧٥	أولاً- تعريف خيار الشرط لغة
٧٥	ثانياً - تعريف خيار الشرط اصطلاحاً
٧٦	ثالثاً - مشروعية خيار الشرط
٧٨	رابعاً - نطاق خيار الشرط
٨٢	خامساً - كيفية فسخ العقد بخيار الشرط
٨٨	المطلب الثالث : الخيارات الشرعية (خيار العيب)
٨٨	أولاً- تعريف خيار العيب
٩٤	ثانياً- قابلية عقد المعاوضة للفسخ بخيار العيب
٩٩	ثالثاً - شروط انفسخ بخيار العيب
٩٩	* - قيام الخيار
١٠١	** - علم العاقد الآخر بالفسخ
١٠١	*** - أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة قبل التمام
١٠٧	المبحث الثاني : الفسخ بسبب الاتفاق والتراضي (الإقالة)
١٠٧	أولاً - تعريف الإقالة لغة واصطلاحاً

- ١٠٨..... ثانياً - مشروعية الإقالة
- ١٠٩..... ثالثاً- ركن الإقالة
- ١١٠..... رابعاً - ماهية الإقالة وحقيقتها الشرعية
- ١١٢..... خامساً - آثار اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة
- ١١٤..... سادساً - شرائط الإقالة
- ١١٦..... المبحث الثالث : الفسخ بسبب عدم لزوم العقد بطبيعته
- ١١٧..... المطلب الأول : تعريف اللزوم وأصلته في العقود
- ١١٧..... أولاً - تعريف اللزوم لغة
- ١١٧..... ثانياً - تعريف اللزوم في الاصطلاح الفقهي
- ١١٨..... ثالثاً- أصالة اللزوم في العقد
- ١٢٠..... المطلب الثاني : الفسخ بسبب أصالة عدم اللزوم مطلقاً في بعض العقود في حق الطرفين المتعاقدين
- ١٢٠..... أولاً- في عقد الوديعة
- ١٢٤..... ثانياً - في عقد الإعارة
- ١٢٨..... ثالثاً- في عقد الشركة ✓
- ١٣٣..... المطلب الثالث : الفسخ بسبب أصالة عدم اللزوم في بعض العقود التي تلزم أحياناً
- ١٣٤..... أولاً - في عقد الوكالة
- ١٣٩..... ثانياً - في عقد الهبة
- ١٤٥..... المبحث الرابع : الفسخ بسبب الأعذار الطارئة
- ١٤٥..... المطلب الأول : معنى العذر وضابطه
- ١٤٥..... أولاً- معنى العذر في اللغة والاصطلاح
- ١٤٦..... ثانياً - ضابط العذر
- ١٤٨..... المطلب الثاني : آراء الفقهاء في الفسخ بالعذر
- ١٥٦..... المطلب الثالث : التمييز بين الفسخ والانفساخ حال العذر
- ١٥٨..... المطلب الرابع : مقارنة بين العيب والعذر
- ١٦٠..... المبحث الخامس : الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار
- ١٦٠..... المطلب الأول : تعريف الإفلاس والإعسار والعلاقة بينهما
- ١٦٠..... أولاً - تعريف الإفلاس لغة واصطلاحاً
- ١٦١..... ثانياً - تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً

١٦١	ثالثاً - الفرق بين الإفلاس والإعسار
١٦٢	المطلب الثاني : أثر الإفلاس والإعسار على العقد
١٦٣	أولاً- الفسخ للإفلاس والإعسار في عقود المعاوضات المالية
١٦٧	ثانياً- الفسخ للإفلاس والإعسار في عقد النكاح
١٧٣	المطلب الثالث : شروط الفسخ بالإفلاس والإعسار
١٧٩	المطلب الرابع : تطبيقات الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار
١٧٩	أولاً - الفسخ للإفلاس والإعسار في عقد الإجارة
١٨٠	ثانياً - الفسخ لإعسار الزوج بالمهر
١٨٣	المبحث السادس : الفسخ بسبب الشرط الجعلي
١٨٤	المطلب الأول : تعريف الشرط
١٨٤	* - تعريف الشرط
١٨٧	المطلب الثاني : أنواع الشرط الجعلي ومدى قابلية العقد للفسخ به
١٨٧	* - شرط التقييد
١٨٧	أولاً- تعريفه
١٨٨	ثانياً- آراء الفقهاء في مدى جواز تقييد العقد بالشرط ومدى قابليته للفسخ به
٢٠٢	ثالثاً- آراء الفقهاء في مدى جواز الفسخ حال تخلف الشروط التقييدية في عقد النكاح
٢٠٤	رابعاً- شرط الوصف
٢٠٤	١- هل يعد شرط الوصف شرطاً تقيدياً ؟
٢٠٥	٢- أثر فوات شرط الوصف على عقود المعاوضات المالية
٢٠٦	٣- شرائط فوات الوصف في عقود المعاوضات المالية
٢٠٧	٤- أثر فوات شرط الوصف في عقد النكاح
٢١٠	** - شرط التعليق
٢١٠	أولاً - تعريفه
٢١١	ثانياً - مسألة تعليق العقد على شرط يبيح فسخه
٢١٢	*** - الشرط المتقدم والمتأخر ومدى قابلية العقد للفسخ بهما
٢١٦	<u>الفصل الثاني : أسباب الانفساخ</u>
٢١٧	المبحث الأول : موت أحد العاقدين أو كليهما
٢١٧	المطلب الأول : أثر الموت في انفساخ العقود اللازمة

- ٢٢١المطلب الثاني : أثر الموت في انفساخ العقود الجائزة
- ٢٢١* - تطبيقات على الانفساخ بالموت في العقود غير اللازمة
- ٢٢١أولاً - في عقد العارية
- ٢٢٢ثانياً - في عقد الوكالة
- ٢٢٣المطلب الثالث : أثر الموت في انفساخ العقود اللازمة من جانب واحد
- ٢٢٣أولاً - أثر الموت في انفساخ عقد الكفالة
- ٢٢٣ثانياً - أثر الموت في انفساخ عقد الرهن
- ٢٢٥المبحث الثاني : استحالة التنفيذ
- ٢٢٦المطلب الأول : الانفساخ لاستحالة التنفيذ بالآفة السماوية
- ٢٢٦أولاً - في العقود الفورية
- ٢٢٧ثانياً - في العقد المستمرة
- ٢٢٩المطلب الثاني : الانفساخ لاستحالة التنفيذ بتلف المعقود عليه بفعل أحد العاقدين أو غيرهما
- ٢٢٩أولاً - تلف المعقود عليه بفعل البائع
- ٢٣٠ثانياً - تلف المعقود بفعل المشتري
- ٢٣١ثالثاً - تلف المعقود عليه بفعل أجنبي
- ٢٣٣المبحث الثالث : الانفساخ بسبب الفساد
- ٢٣٤المطلب الأول : استحقاق العقد الفاسد للفسخ
- ٢٣٦المطلب الثاني : أسباب الفساد التي توجب فسخ العقد
- ٢٣٧أولاً - الجهالة الفاحشة
- ٢٣٨ثانياً - الغرر
- ٢٣٩ثالثاً - الشرط المفسد
- ٢٤٣المطلب الثالث : لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد
- ٢٤٤المطلب الرابع : كيفية فسخ العقد الفاسد
- ٢٤٥المطلب الخامس : تطبيقات على الانفساخ بسبب الفساد
- ٢٤٥أولاً - في عقد النكاح
- ٢٤٦ثانياً - في عقد الإجارة
- ٢٤٧ثالثاً - في عقد الشركة
- ٢٤٧رابعاً - في عقد القسمة

٢٤٧	خامساً - في عقد الصلح
٢٤٨	المبحث الرابع : الفسخ بسبب الاستحقاق
٢٤٨	المطلب الأول : تعريف الاستحقاق وأنواعه المؤثرة في انفساخ العقد
٢٤٨	أولاً - تعريف الاستحقاق لغةً واصطلاحاً
٢٥٠	ثانياً - أنواع الاستحقاق المؤثرة في انفساخ العقد
٢٥٠	النوع الأول : الاستحقاق المبطل للملك
٢٥٠	النوع الثاني : الاستحقاق المثبت للملك وأثره على العقد
٢٥٠	* - أثر الاستحقاق الكلي على العقد
٢٥٧	** - أثر الاستحقاق الجزئي على العقد
٢٥٨	المطلب الثاني : تطبيقات أثر الاستحقاق على انفساخ بعض العقود
٢٥٨	أولاً - أثر الاستحقاق في انفساخ عقد البيع
٢٦٠	ثانياً - أثر الاستحقاق في انفساخ الإجارة
٢٦١	ثالثاً - أثر الاستحقاق على انفساخ عقد القسمة
<u>٢٦٣</u>		<u>الباب الثاني : شروط الفسخ وآثاره وأنواعه وموانعه</u>
<u>٢٦٤</u>		<u>الفصل الأول : شروط الفسخ وآثاره</u>
٢٦٥	المبحث الأول : شروط الفسخ
٢٦٥	أولاً - قيام العقد
٢٦٦	ثانياً - تعيب الرضا الصحيح أو مخالفة العاقد شرطاً صريحاً أو ضمناً أو حكماً في العقد
٢٦٦	* - مخالفة العاقد شرطاً صريحاً أو ضمناً أو حكماً في العقد
٢٦٧	** - تعيب الرضا الصحيح
٢٦٧	١ - الغلط وأثره على العقد
٢٧٢	٢ - الغبن والتغريب وأثرهما على العقد
٢٨٥	- تطبيقات على الفسخ بالغبن الفاحش في عقد القسمة
٢٨٧	المبحث الثاني : آثار الفسخ
٢٨٧	المطلب الأول : انحلال العقد وسريانه على الماضي والمستقبل
٢٨٧	أولاً - انحلال العقد
٢٨٨	ثانياً - أثر الفسخ في الماضي والمستقبل
٢٨٩	* - الأثر المستند

٢٨٩ الأثر المقتصر
٢٨٩ أقوال الفقهاء فيهما
٢٩٣ المطب الثاني : الالتزام بالرد أو التعويض
٢٩٣ أولاً -- الالتزام بالرد
٢٩٧ ثانياً -- التعويض
٣٠٥	<u>الفصل الثاني : أنواع الفسخ</u>
٣٠٦ المبحث الأول : الفسخ الاتفاقي
٣٠٧ المبحث الثاني : الفسخ القضائي
٣٠٧ المطب الأول : مبدأ سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقود
٣٠٨ المطب الثاني : الفسخ القضائي في حالات الخيارات
٣١٠ المطب الثالث : الفسخ القضائي في حالة الأعذار الطارئة
٣١١ المطب الرابع : الفسخ القضائي في حالة فساد العقد
٣١١ المطب الخامس : الفسخ القضائي في حالة الإعسار بالنفقة والمهر في عقد النكاح
٣١٢ المطب السادس : الفسخ القضائي في حالة عدم التنفيذ أو تأخيره
٣١٢ المسألة الأولى : مدى الحكم بالفسخ عند اختلاف المتعاقدين
٣١٤ المسألة الثانية : مدى الحكم بالفسخ عند امتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه
٣١٨ المبحث الثالث : الفسخ بحكم الشرع
٣١٩ المطب الأول : فسخ عقد النكاح عند تبين الرضاع أو المصاهرة
٣٢٢ المطب الثاني : فسخ عقد النكاح عند اختلاف الدين
٣٢٣ أولاً -- حكم النكاح ومدى قبوله للفسخ فيما إذا أسلم أحد الزوجين
٣٢٩ ثانياً -- حكم النكاح ومدى قبوله للفسخ فما إذا ارتد أحد الزوجين أو كليهما
٣٣٤ المبحث الرابع : الفسخ الانفرادي
٣٣٦ المبحث الخامس : معيار التفرقة بين أنواع الفسخ
٣٣٩	<u>الفصل الثالث : موانع الفسخ</u>
٣٤٠ المبحث الأول : المانع الطبيعي
٣٤٢ المبحث الثاني : المانع الشرعي
٣٤٢ الحالة الأولى : الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل
٣٤٢ الحالة الثانية : الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل

٣٤٦.....	المطلب الثالث : المانع العقدي
٣٤٦.....	الحالة الأولى : المانع بسبب حق الغير
٣٤٩.....	الحالة الثانية المانع بسبب حق العاقد الآخر
٣٤٩.....	١- انقاص الحكمي
٣٥٠.....	٢- انقاص المادي
٣٥٦	الباب الثالث : مدى قابلية العقود للفسخ
٣٥٧	الفصل الأول : مدى قابلية عقود المعاوضات المالية وعقود التبرعات للفسخ
٣٥٨.....	المبحث الأول : العقود اللازمة للطرفين في قابليتها للفسخ
٣٥٩.....	المطلب الأول : مجالات الفسخ في العقود اللازمة للطرفين
٣٥٩.....	أولاً - في البيع
٣٥٩.....	ثانياً - في السلم
٣٦٠.....	ثالثاً - في الصرف
٣٦١.....	رابعاً - في الإجارة
٣٦١.....	خامساً - في القسمة
٣٦٥.....	سادساً - في الصنح
٣٦٧.....	المطلب الثاني : متى يكتسب العقد اللازم صفة اللزوم
٣٧٠.....	المبحث الثاني : العقود غير اللازمة والتي تقبل الفسخ بطبيعتها
٣٧١.....	المبحث الثالث : العقود اللازمة لأحد الطرفين في قابليتها للفسخ
٣٧١.....	المطلب الأول : قابلية عقد الرهن للفسخ
٣٧٣.....	المطلب الثاني قابلية عقد الكفالة للفسخ
٣٧٦.....	المبحث الرابع : تصرفات الإرادة المنفردة في قابليتها للفسخ
٣٧٧.....	المطلب الأول : قابلية الوصية للفسخ
٣٧٧.....	أولاً - بيان موقعها الفقهي من العقود
٣٨١.....	ثانياً - مدى قبول الوصية للفسخ
٣٨٦.....	المطلب الثاني : قابلية الجعالة للفسخ
٣٨٦.....	أولاً - آراء الفقهاء في بيان أصل مشروعيتها
٣٩٠.....	ثانياً- مدى قبول الجعالة للفسخ
٣٩٤.....	المطلب الثالث : قابلية الووقف للفسخ

- أولاً - الموقع الفقهي لهذا التصرف العقدي ٣٩٤
- ثانياً - مدى قبول الوقف للفسخ ٣٩٥
- المطلب الخامس : قابلية العقد الموقوف للفسخ ٣٩٨
- ** - عقد الفضولي ٣٩٨
- تعريف الفضولي ومدى قبول عقده للفسخ ٣٩٩
- الفصل الثاني : مدى قابلية عقد النكاح للفسخ** ٤٠١
- المبحث الأول : الحالات التي تجعل عقد النكاح قابلاً للفسخ ٤٠٤
- أولاً - مدى قابلية عقد النكاح للفسخ بخيار العيب ٤٠٤
- ثانياً - مدى قابلية عقد النكاح بخيار البلوغ والإفاقة ٤١٠
- ثالثاً - مدى قابلية عقد النكاح للفسخ بسبب فوات الكفاءة ٤١٣
- رابعاً - مدى قابلية عقد النكاح للفسخ بسبب غيبة الزوج ٤٢١
- الحالة الأولى : أثر غيبة الزوج المنقطعة على فسخ النكاح ٤٢١
- الحالة الثانية : أثر غيبة الزوج غير المنقطعة على فسخ النكاح ٤٢٦
- المبحث الثاني : الفرق بين الفسخ والطلاق ٤٣٤
- أولاً- تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً ٤٣٤
- ثانياً - الفرق بين الفسخ والطلاق ٤٣٥
- * - من حيث المعنى ٤٣٥
- ** - من حقيقة كل منهما ٤٣٦
- *** - من حيث أثر كل منهما ٤٣٧
- المبحث الثالث : تطبيقات في التمييز بين الفسخ والطلاق في الفرق الحاصلة بين الزوجين ٤٣٩
- أولاً - هل الفرقة الناجمة عن العيب فسخ أم طلاق ؟ ٤٣٩
- ثانياً - هل الفرقة الناجمة عن الإعسار فسخ أم طلاق ؟ ٤٤٣
- ثالثاً - هل الفرقة الناجمة عن خيار البلوغ والإفاقة ؟ ٤٤٦
- رابعاً - هل الفرقة الناجمة عن فوات الكفاءة فسخ أم طلاق ؟ ٤٤٦
- خامساً - هل الخلع فسخ أم طلاق ؟ ٤٤٩
- سادساً- هل الفرقة بسبب حرمة الرضاع والمصاهرة فسخ أم طلاق ؟ ٤٥٣
- سابعاً - هل الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين فسخ أم طلاق ؟ ٤٥٣
- ثامناً - هل الفرقة الناجمة عن ردة أحد الزوجين فسخ أم طلاق ؟ ٤٥٥

٤٥٦.....تاسعاً هل الفرقة بسبب اللعان فسخ أم طلاق؟

٤٦١.....الخاتمة

٤٦٢.....* -أهم نتائج البحث

٤٦٦.....** - التوصيات

٤٦٧..... أحكام الفسخ بصورة مقننة

٤٨٠.....الفهرس

٤٨١..... أولاً - فهرس الآيات القرآنية

٤٨٤..... ثانياً - فهرس الأحاديث والآثار

٤٨٨..... ثالثاً - فهرس الأعلام

٤٩١..... رابعاً - فهرس المصادر والمراجع

٥٠٦..... خامساً - فهرس الموضوعات

* * * * *

* * * *

* *

*