

349.297:Sa22mA:v.2:c.1

معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحق في الفقه الاسلامي

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01025340

مجلد

ما لم يذكر

لإزالة

[illegible]

معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحديث في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٢)

توافق الإرادتين في مجلس العقد

صحة التراضي (الغلط — التدليس — الإكراه)

ألقاها

الدكتور

عبد الرزاق السنهوري

[على طلبه قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

١٩٥٥

609

كيف يتغير العقد

إذا أوجب أحد المتعاقدين العقد المصلحة العامة عليه على النحو الذي
تقضي به ، كان للتعاقد الآخر أن يفل هذا الإيجاب إلى حين انقضاء المجلس
وهذا ما يسمى بخيار القبول .

ولما كان الموجب نفسه بالخيار أيضا ، في أكثر المذاهب ، بين البقاء
على إيجابه أو الرجوع فيه ، في حق من يملكه ، وللموجب أن
يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول ، وهذا ما يسمى بخيار الرجوع .

فإذا انقض المجلس دون أن يصدر القبول ، سقط الإيجاب .
وإذا بقي الموجب على إيجابه ، كان الآخر قبل انقضاء
المجلس قبول مطابق لإيجاب من جميع الوجوه ، انعقد العقد .

ومن ثم يرى أن عدم استعمال الموجب لخياره في الرجوع من جهة ،
ثم استعمال القابل لخياره في القبول من جهة أخرى ، هذا هو الذي يجعل
العقد ينعقد .

المسائل التي تحت

ويجب أن نبرز على غرار الفقه الفرق الحديث بين ما إذا كان التعاقد بين
حاضرين أو بين غائبين ، لتمايز كلا من الطرفين . ثم تعرض بعد ذلك لبعض
حالات في التعاقد بين غائبين . فبعدنا إذن موضوعات ثلاثة :

- ١ - التعاقد بين الحاضرين .
- ٢ - التعاقد بين الغائبين .
- ٣ - حالات خاصة في إبرام العقد .

المبحث الثاني

تطابق الإرادتين في مجلس العقد

كيف ينقذ العقد ؟

إذا أوجب أحد المتعاقدين العقد بالصيغة الدالة عليه على النحو الذي قدمناه ، كان للمتعاقد الآخر أن يقبل هذا الإيجاب إلى حين انقضاء المجلس وهذا ما يسمى بخيار القبول .

ولما كان الموجب نفسه بالخيار أيضاً ، في أكثر المذاهب ، بين البقاء على إيجابه أو الرجوع فيه ، فمعنى ذلك أن الإيجاب غير ملزم ، وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول . وهذا ما يسمى بخيار الرجوع .

فإذا انقض المجلس دون أن يصدر القبول ، سقط الإيجاب . وإذا بقي الموجب على إيجابه ، وصدر من المتعاقد الآخر قبل انقضاء المجلس قبول يطابق الإيجاب من جميع الوجوه ، انعقد العقد .

ومن ثم نرى أن عدم استعمال الموجب لخياره في الرجوع من جهة ، ثم استعمال القابل لخياره في القبول من جهة أخرى ، هذا هو الذي يجعل العقد ينقذ .

المسائل التي تبحث

ويجب أن نميز على غرار الفقه الغربي الحديث بين ما إذا كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين ، لنعالج كلا من الفرضين . ثم نعرض بعد ذلك لبعض حالات في التعاقد نفردها بالذكر . فعندنا إذن موضوعات ثلاثة :

١ — التعاقد بين الحاضرين .

٢ — التعاقد بين الغائبين .

٣ — حالات خاصة في إبرام العقد .

المطلب الأول

التعاقد بين الحاضرين

مسألتاه :

في التعاقد بين الحاضرين يجب تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد .
فعدنا مسألتان : (١) مجلس العقد . (٢) تطابق الإيجاب والقبول .

١ - مجلس العقد

(١) نظرية مجلس العقد

الفرصة من نظرية مجلس العقد :

يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد ، وهذه هي نظرية مجلس العقد . والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب ، حتى يتمكن مَنْ عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه . ولو اشترطنا أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر ، إذ لا يتنبأ له وقت للتدبر . وهذه مسألة لم تعالج علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي . أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية مجلس العقد ، وهي نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيراً لولا إغراقها في المادية فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً ، بل له أن يتدبر بعض الوقت . ولكن من جهة أخرى لا يُسَمَّحُ له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه . فوجب إذن التوسط بين الأمرين . ومن هنا نبئت نظرية مجلس العقد

مردود مجلس العقد — العلة الفنية فيه :

ويؤخذ مما سنورده من النصوص أن مجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان . ويبدأ من وقت صدور الإيجاب . ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يبدأ أعراض من أي منهما .

فأن بدا إعراض من أحدهما ، فقد انفض مجلس العقد .
وإن قام أحدهما وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب ، فقد انفض
أيضاً مجلس العقد .

وإن رد المتعاقد الآخر على الإيجاب ، قبولاً أو رفضاً ، ففي رأينا أن
مجلس العقد يكون قد استنفذ أغراضه .

أما إذا انفض مجلس العقد دون قبول ، فقد سقط الإيجاب . ولا يجوز
بعد ذلك له التعاقد الآخر أن يقبل . فإن فعل ، عد قبوله إيجاباً مبتدأ ، لا بد
فيه من قبول المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب المبتدأ .

والعلة الفنية في مجلس العقد — كما يبدو أيضاً من النصوص التي
سنوردها — إن الأصل هو ألا يتوقف الإيجاب على وجود القبول . ذلك
أنه إذا وجد القبول انعدم الإيجاب من زمان وجوده ، فوجد القبول
والإيجاب منعدم ولكن اعتبار ذلك يسد باب التعاقد . فتوقف الإيجاب
على القبول حكماً في مجلس العقد ، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما
للضرورة . وعند الشافعي حق الضرورة مقضى بالفور ، فوجب أن يصدر
القبول فوراً عقب الإيجاب ، وأما يكون للقابل خيار المجلس للتدبر على
النحو الذي سنبدطه فيما بعد .

النصوص :

ونورد الآن نصوص الفقه الإسلامي ، في مذاهبه المختلفة ، فيما قدمناه
من الأحكام .

المذهبان الحنفي والشافعي : جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) ما يأتي :

« وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان
الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينعقد ، حتى لو
أوجب أحدهما البيع ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل
بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد . لأن القياس

يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثاني من زمان وجوده ، فوجد الثاني والأول منعدم ، فلا ينتظم الركن . إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا . وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر ، والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة ، لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل .

وجاء في الهداية (انظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) ما يأتي :
 « وإنما يمتد (خيار القبول) إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات ، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر ... قال وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، لأن القيام دليل الأعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه . »

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) تعليقاً على ما جاء في الهداية ما يأتي :

« وله أن يقبل مادام المجلس قائماً ، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد . واختلفاه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه . أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية ؛ وعليه مشي جمع ، أنه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضيخان حيث قال فإن قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الأعراض . فإن قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى ألا يثبت الأعراض ، قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنا لم يبق ، فإن الأصل ألا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ، ولا يجتمع قوله قبلت به ، إلا أن للمجلس أثراً في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبق المجلس . وقال شيخ الإسلام في شرح

الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح ،
وله إليه أشير في جمع التفاريق ؛ وهذا شرح لقوله فيما يأتي : وأيهما قام إلى آخره (١) .
مذهب مالك : جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٤٠) :

« والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس
بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً ، وإن تراخى
القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً ، وكذا لو حصل
فاصل يقتضي الأعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام
السابق في العرف لم ينعقد البيع ... ولا يشترط ألا يحصل بين الإيجاب

(١) وجاء في الفتاوى الحانية (جزء ٢ ص ١٣١) : « رجل قال لغيره بعثك هذا
بألف درهم ، فقال لأقل بل أعطني بمحسنة ؛ ثم قال قد أخذته ألف درهم . قال أبو يوسف
رحمه الله تعالى إن دفعه إليه فهو رضا وألا فلا . (والذي يستخلص من هذا القول أن الآخر
رفض الإيجاب فسقط ، ثم تقدم بالإيجاب جديداً لم يقبل ، ثم عاد إلى الإيجاب الأول ، فوجب
لما أن يصدر قبول من البائع وأما أن يتم البيع بالتعاطي ، ولا يعتبر على كل حال إيجاب البائع
الأول قائماً بعد أن سقط) .

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٧ — ٨) وفي المحتجب إذا مضى على العقد بعد
اختلاف كلمتهما ينظر إلى آخرهما كلاماً فيحكم بذلك ، كذا في البحر الرائق . ولو قال بعث منك
هذا العبد بألف درهم ، فقبل المشتري ، ثم قال بعث منك هذا العبد بمائة دينار ، في ذلك المجلس
أو غيره ، وقال المشتري اشتريت ، ينعقد البيع الثاني وينفسخ البيع الأول ، كذا في فتاوى
قاضخان ، وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو أكثر ، نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه
بتسعة أو بأحد عشر . فإن باعه بعشرة ، لا ينعقد الثاني ، والأول يبقى بحاله لخلو الثاني عن
الفائدة ، كذا في الظهيرية ... وإذا قال بعث من فلان الغائب ، فحضر في المجلس فلان
وقال اشتريت ، يصح ، كذا في المحيط . ولو قال البائع بعث ، وقال المشتري اشتريت ، وخرج
الكلامان معاً ينعقد البيع ، هكذا كان يقول والدي رحمه الله تعالى ، كذا في الظهيرية ... ذكر
محمد في كتاب الوكالة مسألة تدل على أن من قال لغيره بعث منك هذا العبد بكذا ، فقال المشتري
قبأت ، أن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت . وبه قال بعض المشايخ ، وهذا
لأن البائع حين قال بعث منك فقد ملك العبد من المشتري . فإذا قال المشتري اشتريت فقد تملك
العبد وملك الثمن ، فلا بد من أجازة البائع بعد ذلك ليتملك الثمن . وعامة المشايخ على أنه
لا يحتاج إلى أجازة البائع بعد ذلك ، وهو الصحيح ، وهكذا روى عن محمد ، كذا في الذخيرة ،
والقول بأن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت ينطوي على اغراق في التمسك
بوحدة الصفقة . فالعقد لا ينعقد إلا على الترام واحد في جانب أحد المتعاقدين . فإذا كان هناك التزامان
متقابلان ، في جانب المتعاقدين كليهما — وهذا هو العقد الملزوم للجانبين — وجب لإيجاب وقبول
للاتزام الأول ، ثم لإيجاب وقبول آخران للاتزام الثاني . وقد كان من الخير أن هذا النظر
المتطرف في وجوب وحدة الصفقة لم يسد في الفقه الاسلامي .

والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية .
 مذهب أحمد : جاء في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٤) :

« وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ماداماً في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه ، وإلا فلا ، لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه . فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح ، لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به » .

ونرى من ذلك أن مذهب أحمد ، على خلاف المذهب الشافعي ، لا يشترط الفور في القول ، وسنرى فيما بعد أنه يقول مع ذلك بخيار المجلس . وفي هذا أغراق لم يقع فيه مذهب الشافعي . فإن خيار المجلس في هذا المذهب الأخير يعرض على القابل ما فاتته من فرصة للتدبر باشتراط الفور في القبول . أما مذهب أحمد فيجعل للقابل فرصتين للتدبر : يرخص له أولاً في أن يتراخى في القبول إلى نهاية المجلس ، ثم إذا هو قبل يجعل له بعد ذلك خيار المجلس !
 المذاهب الأخرى : جاء في النيل (جزء ٢ ص ١١) :

« ومن باع لواحد فقام بلا قبول ، فهل له قبول أو لا يجوز بعد المجلس ؟ قولان فعلى الأول : نتاجه وغلته هل توقف لقبوله فلا تصرف فيها للبائع ما لم ينكر ، أو له والجناية عليه ؟ ... قولان ، والمختار الأول . ويوقف بيع إن وقع لغائب أو طفل أو مجنون لقدم أو بلوغ أو إفاقة . وقيل يبطل وفي قبول أب أو خليفة عليهم قولان » .

والظاهر أن مذهب الإباضية في أحد قوليه يستتبع الإيجاب قائماً ملزماً حتى بعد القيام من المجلس ، بل حتى يقدم الغائب ويبلغ القاصر ويفيق المجنون أو حتى يقبل عن هؤلاء قابل .

وجاء في المنتزع المختار (جزء ٣ ص ٤ وما بعدها) :

« والشرط السابع ألا يكون الإيجاب والقبول قد تخللهما في المجلس إضراب أو رجوع ، فلو قال بعث منك هذا الشيء بكذا ، فأضرَب عنه

المشتري اما بمكاملة غيره أو قام لبعض حاجاته أو نحو ذلك مما يدل على الاعراض ، ثم قبل بعد ذلك ، لم يصح القبول ، ونرى من ذلك أن مذهب الزيدية يقول هو أيضاً بمجلس العقد .

تبدل مجلس العقد — الاعراض في المادية :

وبالرغم مما تنطوى عليه نظرية مجلس العقد من دقة في الصياغة ، إلا أن نصوص المذهب الحنفي ، عند الكلام في تبدل المجلس ، أغرقت في تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا سبيل إلى مجاراتها فيه . ونبدأ بأيراد هذه النصوص . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) : وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في حمل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد . وأن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وأن قل — ألا ترى أنه لو قرأ أية سجدة — وهو يمشى على الأرض أو يسير على دابة لا يصلى عليها — مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة ، وكذا لو خير امرأته وهي تمشى على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس . وإن اختارت نفسها متصلاً بتخير الزوج صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل ، فكذا ههنا . ولو تبايعاً وهما واقفان ، انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان ، فسار الآخر قبل القبول ، أو سارا جميعاً ، ثم قبل ، لا ينعقد ، لأنه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد . ولو وقفنا فخير امرأته ، ثم سار الزوج وهي واقفة ، فاختار في يدها . ولو سارت هي والزوج واقف ، بطل خيارها . فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج ، وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً ، لأن التخيير من قبل الزوج لازم ، ألا ترى أنه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالأعراض ، وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالأعراض . ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد ، سواء

كانت واقعة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت ، بخلاف المشى والسير ، أما المشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ، ولهذا لو كرر آية السجدة في السفينة وهى جارية لا يلزمه إلا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد ، وكذا لو خير زوجته في السفينة وهى جارية فهى على خيارها ما لم يوجد دليل الأعراض .

وجاء في الهداية (فتح القديره ٥ ص ٧٨ - ص ٨٢) : « وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو كانا على دابة واحدة ، فأجاب الآخر ، لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية . واختار غير واحد كالطحاوى وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز . وفى الخلاصة عن النوازل اذا أجاب بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز ، ولا شك أنهما اذا كانا يمشيان مشياً متصلاً لا يقع الايجاب الا فى مكان آخر بلا شبهة . ولو كان مخاطب فى صلاة فريضة ، ففرغ منها ، وأجاب صح . وكذا لو كان فى نافلة ، فضم إلى ركعة الايجاب ركعة أخرى ، ثم قبل ، جاز ، بخلاف ما لو أكملها أربعاً . ولو كان فى يده كوز فشرب ثم أجاب ، جاز . وكذا لو أكل لقمة ، لا يتبدل المجلس الا إذا اشتغل بالأكـل ولو ناما جالسين لا يختلف . ولو مضطجعين ، أو أحدهما ، فهى فرقة والسفينة كالبيت ، فلو عقدا وهى تجرى ، فأجاب الآخر . لا ينقطع المجلس بجريانها ، لأنهما لا يملكان إيقافها . وقيل يجوز فى الماشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما ، أما المسير بلا افتراق فلا ، وهكذا فى خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة . ولو قال بعتك بألف ، ثم قال لآخر بعتك بألف ، فقبلا ، فهى للثانى لا للأول . ولو قال بعتك بكذا ، فلم يقبل حتى قام البائع فى حاجة ، بطل ،

وجاء في الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٢٧) : « ولو تباعا وهما يمشيان ، قال بعضهم لا ينعقد البيع لتفرق المجلس بالخطوات قبل القبول ، كما لو قال بعث فقام المشتري ثم قبل . وقال بعضهم ينعقد إذا أجاب المخاطب موصولا بالخطاب ، فإنه ذكر في الطلاق إذا قال لها اختارى وهما يمشيان ، فقالت اخترت موصولا بالخطاب ، يقع الطلاق » .

ويبدو من قراءة هذه النصوص أن الفقه الحنفي أغرق أغراقا شديدا في تصوير مجلس العقد وحدة مكانية مادية . فالمجلس يتبدل بالمشى ، لأن الإيجاب وقع في مكان ثم وقع القبول في مكان آخر بانتقال المتعاقدين خطوة من المكان الأول وهما يمشيان ، وهذه هي الخطوة التي تخللت الإيجاب والقبول . وكذا الحال في السير على الدابة ، وفي الوقوف ثم المشى أو السير . وتختلف السفينة عن الدابة في أن المجلس لا يتبدل بجريان السفينة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه وهما لا يملكان وقف السفينة ويملكان وقف الدابة . ويتبدل المجلس أيضا بالمضى في الصلاة ، أو في الشرب ، أو في الأكل ، أو في نوم المتعاقدين مضطجعين لاجالسين !!! والظاهر أن الدافع إلى الإغراق في هذا التصوير المادى لمجلس العقد هو الرغبة في تحديده تحديدا مكانيا ماديا منضبطا ، حتى ينضبط التعامل بذلك .

ومع هذا لم يستطع الفقه الحنفي أن يثبت على هذه المكانية المادية في موضعين . (الموضع الأول) في المشى والسير إذا أجاب المخاطب موصولا بالخطاب ، حتى لو مشى خطوة أو خطوتين فتبدل المكان ماديا بل ذهب بعض الفقهاء إلى حد تشبيه المشى بجريان السفينة ، فكما لا ينقطع المجلس بجريان السفينة كذلك لا ينقطع بالمشى مالم يتفرق الماشيان بذاتيهما . (والموضع الثاني) في تبدل المجلس بالأعراض ، فإذا وجد من كلا المتعاقدين أو أحدهما ما يدل على الأعراض من الاشتغال بعمل آخر أو نحوه ، انقطع مجلس العقد ، حتى لو بقي المتعاقدان في مكانهما الأول ولم يبرحاه وفي كلا الموضعين لم يلتزم الفقه الحنفي الوحدة المادية للمكان ، ففي الموضع الأول تبدلت هذه

الوحدة المادية ومع ذلك لم ينقطع المجلس ، وفي الموضوع الثانى لم تتبدل الوحدة المادية ومع ذلك انقطع .

أما كان الأولى نبذ هذه الوحدة المكانية والاستعاضة عنها بالوحدة الزمنية . فنقول إن مجلس العقد لا ينقطع طوال الزمن الذى يظل فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد ، بقيا فى مكانهما أو برحاه . فاذا اشتغل كلاهما أو أحدهما بشئ آخر وأعرض عن التعاقد ، فهنا ينقطع مجلس العقد . فينفض المجلس اذن بالأعراض ولو لم يبرحاهما ، ولا ينفض بغير الأعراض ولو برحاه هذا المكان .

وما بنا بعد ذلك من حاجة إلى التمييز بين المشى والسير ، والوقوف ثم المشى والسير ، وبين سير الدابة وجريان السفينة ، وبين نوم المتعاقد جالسا ونومه مضطجعا ! ثم لانحاز بعد فى أنماط من طرق المواصلات استحدثتها الحضارة ، كالسير بقطار السكة الحديدية^(١) ، والسفر بالسفن البخارية^(٢) ، وقطع المسافات الشاسعة بركوب السيارات^(٣) ، بل اختراق طبقات الجو بامتطاء الطيارات^(٤) !!!

(ب) النتائج التى تترتب على نظرية مجلس العقد :

نتائج ثلاث :

يترتب على نظرية مجلس العقد نتائج ثلاث هامة :
(الأولى) أن يكون للمخاطب بالايجاب خيار القبول إلى أن ينفض

(١) وقد شبهه الأستاذ سليم باز ، فى شرحه للمجلة ، بجريان السفينة دون السير على الدابة ، لأن المتعاقدين لا يمكن أن يوقف القطار .

(٢) وهل لا تختلف السفينة البخارية عن السفينة الشراعية فى أن الأولى يمكن وقفها ولا يمكن وقف الثانية ! .

(٣) وإذا كان المشى يبطل المكان خطوات قليلة يمكن التسامح فيها ، ألا تبدل السيارة المكان مسافة طويلة يقصر دونها التسامح ! .

(٤) وما القول فى الطيران وهو يطوى طبقات الجو ، وهل هو كالمشى على ظهر الأرض خطوة أو خطوتين !!! .

مجلس العقد فالقبول غير محتم . ومجلس العقد إنما صيغت نظريته لتحديد الميعاد الذى يتم فيه قبول الايجاب أو رفضه كما قدمنا . فإدام مجلس العقد قائماً لم ينفذ ، كان للمتعاقد الذى وجه إليه الايجاب أن يقبله أو يرده (الثانية) أن يكون للموجب خيار الرجوع عن ايجابه إلى أن يصدر القبول أو ينفذ المجلس . فمجلس العقد اذن يحدد من جهة متى يجوز للموجب أن يرجع فى ايجابه ، ويحدد من جهة أخرى متى يجوز للمتعاقد الآخر أن يقبل . ومن ثم نرى أنه إذا كان القبول غير محتم كما قدمنا ، فإن الايجاب أيضا غير ملزم ، إلا فى بعض المذاهب وسنبسط ذلك فى موضعه .

وقد جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٤) عن كل من خيار القبول وخيار الرجوع ما يأتى . « وأما صفة الايجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر . فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر ، حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فلاآخر خيار القبول . وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر ، لما روى عن أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : (البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما) ، والخيار الثابت لهما قبل التفريق عن بيعهما هو خيار الرجوع . ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحب مجبورا على ذلك الشطر ، وهذا لا يجوز » .

(الثالث) أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس فى مذهب الشافعى وفى مذهب أحمد . وقد رأينا فيما تقدم أن الشافعى يوجب الفور فى القبول لأن الضرورة تدفع به . ولما كانت الفور يضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل ، فقد عوض عن ذلك بخيار المجلس ، فله أن يرجع عن قبوله الفورى ما دام المجلس قائماً لم ينفذ ، فتتاح له بذلك فرصة للتدبر . ونرى من ذلك أن القبول كالايجاب ، غير ملزم فى مذهبى الشافعى وأحمد ، وأن مجلس العقد كما يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع فى الايجاب ، وكما يحدد متى يجوز لمن وجه إليه الايجاب أن يقبل ، يحدد كذلك متى يجوز لكل من

القابل والموجب أن يرجع في العقد . فجلس العقد اذن هو الوقت الذي يجوز فيه استعمال خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس ، ومن ثم كانت هذه الخيارات الثلاثة هي النتائج الرئيسية لمجلس العقد . ونستعرضها الآن في شيء من التفصيل .

خيار القبول :

جاء في الهداية (فتح القدير ٥ ص ٧٨ - ص ٨٢) : « قال واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، ان شاء قبل في المجلس وأن شاء رد . وهذا خيار القبول ، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه » وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٧) : « واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع ، فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده . وهذا يسمى خيار القبول . وهو غير موروث ، كذا في الجوهر النيرة . وخيار القبول يمتد الى آخر المجلس ، كذا في الكافي . ويشترط لصحة القبول حياة الموجب ، فلو مات قبله بطل الايجاب ؛ كذا في النهر الرائق » . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ٢٩) : « قال في البحر والحاصل أن الايجاب يبطل بما يدل على الأعراض ، وبرجوع أحدهما عنه ، وبموت أحدهما ، ولذا قلنا أن خيار القبول لا يورث » . وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٤٠) : « لو قال أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت ، فلم يقل أخذتها حتى انفض المجلس ، لم يكن له شيء اتفاقا » .

ونستخلص من هذه النصوص القواعد الآتية :

(أولا) لا إلزام في القبول ، فمن وجه إليه إيجاب كان حراً في القبول أو الرفض . وهذه قاعدة بديهية . « لأنه — كما تقول الهداية — لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه » . وكما أن إلزام الموجب بالعقد إنما يقوم على رضاه بصور الإيجاب منه ، كذلك إلزام القابل بالعقد يقوم على رضاه بصور القبول منه . والعقد ، حتى يلزم المتعاقدين ، يجب أن يقوم

على تراضيهما ، بأن يتبادلا إرادتين متطابقتين .
(ثانيا) خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس كما جاء في الفتاوى الهندية .
فما دام المجلس قائما ، وما دام الموجب لم يرجع عن إيجابه ، كان لمن وجه
اليه الإيجاب أن يقبل فيتم العقد .

(ثالثا) يتمتع القبول ، حتى قبل انفضاض المجلس ، بموت أحد
المتعاقدين . أما إذا مات الموجب ، فلإن إيجابه يسقط بموته ، كما جاء في
الفتاوى الهندية . وأما إذا مات من وجه اليه الإيجاب ، فلإن خيار القبول
لا يورث ، كما جاء في الفتاوى الهندية وابن عابدين . وسقوط الإيجاب بموت
من وجه اليه ، أى عدم انتقال خيار القبول إلى الورثة ، حكم شامل معمول
به في القانون المدني المصري وفي القانون المدني العراقي . أما سقوط الإيجاب
بموت الموجب فمعمول به في القانون المدني العراقي دون القانون المدني
المصري ، فقد نصت المادة ٩٢ من القانون المدني المصري على أنه « إذا مات
من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ،
فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ،
هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

ويبقى أن نتساءل هل حكم فقد الأهلية هو حكم الموت؟ الظاهر هو هذا .
على أن الأباضية يذهبون إلى أن الموت وفقد الأهلية لا يمنعان القبول ،
فاذا فقد المشتري أهليته قبل قبول البيع أو مات قام خليفته بمقامه في القبول .
وقد جاء في النيل (جزء ٢ ص ١١) في هذا المعنى ما يأتي : « وإن تجنن
مشتري قبل قبول ، علق البيع ، وخليفته بمقامه إن كانت ، وألا أجبر أولياؤه
باستخلاف عليه إن طلب البائع في الأظهر . وإن مات فوارثه بمقامه . وجاز
قبوله إن ارتد أيام استنابته وبعدها ، إما مسلم أو مقتول ، إن لم يكن المبيع
رقيقا أو مصحفا أو آلة ضرب » . وكذلك إذا مات البائع أو فقد أهليته
قبل قبول المشتري ، لم يسقط الإيجاب وكان للمشتري أن يقبل البيع بالرغم
من ذلك . وقد جاء في النيل أيضا (جزء ٢ ص ١١) في هذا المعنى ما يأتي :

« ومن باع فئات أو جن أو ارتد ، فبذله ، علق للمشتري ، وخير » . أما في مذهب مالك فالإيجاب ملزم لا يجوز للموجب الرجوع عنه كما سنرى ، فهل يسقط هذا الإيجاب الملزم بموت الموجب أو بفقده لأهليته ؟

خيار الرجوع :

جاء في الهداية (فتح القدير ٥ ص ٧٨ - ص ٨٢) : « وإذا لم يفد (الإيجاب) الحكم بدون قبول الآخر ، فلموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه من إبطال حق الغير » . وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ - ص ٨٢) تعليقا على ما تقدم : « والموجب ، أيهما كان بائعا ومشتريا ، أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب ، لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذي أثبت له الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ، ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك ، فلو لم يحز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه . ألا ترى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة ، وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء . ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل . وأورد في الكافي الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لشبوت حق التملك للفقير ، وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب ، وإنما الفئات وصفه وهو النماء ، فبعد أخذ السبب حكمه تم الأمر ، وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجوداً » . وجاء في الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣٠ - ص ١٣١) : « ولو قال البائع بعد الإيجاب رجعت ، فقال المشتري معاً قبلت ، كان الرجوع أولى » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « لو قال بعثت ، وقال المشتري اشتريت ، وقارنه الآخر برجعت ، إن كانا معاً لا يتم البيع ، وإن عاقبه البائع برجعت تم ، كذا في الوجيز للكردرى » . وجاء في المنتزع المختار (جزء ٣ ص ٤ وما بعدها) : « وهكذا لو قال

بعت منك ، ثم » قال رجعت عن ذلك قبل أن يقول المشتري قبلت ، لم يصح (البيع) أيضاً .

هذا ومذهب مالك على غير ذلك ، فقد جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٤٠) « إن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه ، وله الرجوع عنه في المجلس ما لم يجبه صاحبه بالقبول فيه . وهذا ظاهر ، إلا أنه ليس على مذهب مالك . وإنما هو قول محمد بن الحسن . والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول ، .

ويستخلص من هذه النصوص ما يأتي :

(أولاً) مذهب مالك صريح في أن الإيجاب بعد صدوره ملزم لصاحبه ، فلا يجوز له الرجوع عنه . ولو رجع عنه قبل صدور القبول ، ثم صدر القبول بعد الرجوع ، فإن العقد يتم بالرغم من الرجوع عن الإيجاب . ويظهر أن السبب في ذلك أن الإرادة المنفردة عند مالك تلزم صاحبها ، وقد تقدم القول في هذا عند الكلام في الإرادة المنفردة وفي الالتزام وفي الوعد . والإيجاب إرادة منفردة تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه حتى يقبل أو يرفض . فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب ، وإنما يجوز سقوطه برفضه أو بانقضاء مجلس العقد دون أن يصدر القبول .

(ثانياً) أما في المذاهب الأخرى فالإيجاب غير ملزم . وقد رأينا أن الإيجاب يسقط بانقضاء المجلس دون أن يصدر القبول ، ويسقط بموت أحد المتعاقدين أو فقده لأهليته قبل صدور القبول . كذلك يسقط الإيجاب برجوع الموجب عنه قبل صدور القبول ولو قبل انقضاء المجلس . أما إذا صدر القبول في مجلس العقد ، فقد امتنع على الموجب أن يرجع عن

إيجابه . على أنه إذا صدر القبول وفي الوقت ذاته رجع الموجب عن إيجابه ، أى تعاصر صدور القبول ورجوع الموجب ، فإن الرجوع يصح ، ولا يتم العقد ، كما جاء في الفتاوى الخانية وفي الفتاوى الهندية . وقد أخذ القانون المدنى العراقى بجواز الرجوع فى الإيجاب قبل صدور القبول ، ولم يأخذ بمذهب مالك فى لزوم الإيجاب إلا إذا كان الموجب قد حدد ميعادا للقبول . فنصت المادة ٨٢ من هذا القانون على ما يأتى : « المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الإيجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » . ونصت المادة ٨٤ على أنه « إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد » . وهذا أيضا ما فعله القانون المدنى المصرى . فنصت المادة ٩٤ من هذا القانون على ما يأتى :

١ - إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » . ونصت المادة ٩٣ على أنه

١ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » .

(ثالثاً) وتعليل حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه أنه خال من ابطال حق الغير ، كما جاء فى الهداية وفتح القدير . ذلك أن الموجب لم يثبت لمن خاطبه بالإيجاب ألا حق التملك ، وهو إذا كان أقوى من الرخصة فهو أضعف من حق الملك . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك . فلو لم يحز للموجب الرجوع ، وهو صاحب حق الملك ، رعاية للمتعاقد الآخر وهو صاحب

حق التملك ، للزم تعطيل حق الملك بحق التملك ، أى تعطيل الأقوى بالأضعف وهذا لا يجوز . والقاعدة أن حق التملك لا يعطل حق الملك ، فحق التملك الثابت للأب في مال ولده عند الحاجة ، لا يعطل من حق الولد في أن يتصرف في ماله كيف شاء . أما تعجيل الزكاة فيثبت لمن عجلت له حق الملك لا حق التملك ، ولذلك لا يجوز استردادها ، ذلك أن الأصل الموجب للدفع في الزكاة هو النصاب وهو قائم ، ولم يفت إلا الوصف وهو النماء ، فاذا أخذ السبب حكمه لم يحز الرجوع . أما في البيع فسبب حق الملك هو عقد البيع الكامل ، ولم يتحقق لأن الإيجاب ليس إلا شرطاً من البيع ، فجاز الرجوع في الإيجاب ولم يحز الرجوع في تعجيل الزكاة . ويضيف صاحب فتح القدير تعليلاً آخر إلى ما تقدم ، هو أن الإيجاب قد أثبت للمخاطب به ولاية الأخذ ، والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية ، فله أن يرفعها ، كعزل الوكيل .

خيار المجلس

انتهز المذهب في خيار المجلس

أشرنا فيما قدمناه إلى خيار المجلس وأنه خيار يعطى للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انقضاء المجلس . والآن نعرض لهذا الخيار في شيء من التفصيل . فقد انقسمت فيه المذاهب انقساماً شديداً ، وكثر بينها الجدل في شأنه .

فالحنفية والمالكية ينكرون خيار المجلس . وعندهم أن العقد متى تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أى من المتعاقدين بعد ذلك أن يرجع ، لأن صفة العقد الإلزام ، ولا إلزام إذا أجزنا لأى منهما الرجوع . ويبدو أن الحنفية والمالكية في إنكارهم خيار المجلس إنما يجعلون مجلس العقد ينفذ ضرورة بصدور القبول . إذ يستوى من الناحية العملية ، ألا يكون لأحد من المتعاقدين حق الرجوع بعد صدور القبول ، وأن

يكون المجلس قد انفض بصدور القبول .

والشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس . وعندهم أن أياً من المتعاقدين يكون له خيار الرجوع مادام مجلس العقد قائماً لم ينفض ، فإذا انفض المجلس بطل الخيار . فكان المجلس ، على هذا القول ، يمتد إلى ما وراء القبول ، ويبقى ما بقي العاقدان في المجلس ، ويثبت الخيار لكل من المتعاقدين في الفترة ما بين صدور القبول وانصراف المتعاقدين أو أحدهما عن مجلس العقد ، أى قبل تفرق المتعاقدين بالبدن . ولعل الأصح في تصوير مذهب من يقول بخيار المجلس أن يكون هناك مجلسان : مجلس العقد وينفض بالقبول أو بالأعراض من المتعاقدين ، ومجلس الخيار ويعقب مجلس العقد فوراً ولا ينفض إلا بتفرق المتعاقدين بالبدن .

ويستدل أصحاب الرأى الثانى — الشافعية والحنابلة — إلى حديث مشهور يروونه على صور مختلفة .

ويحتج أصحاب الرأى الأول — الحنفية والمالكية — بالكتاب والقياس ويتأولون الحديث . وننقل في هذا الصدد ما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ، فهو يوجز حجج الفريقين ، تمهيداً لما سننقل بعد ذلك في توسع من النصوص التى تناقش كلا من الرأين . قال ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٩ — ص ١٤١) : « ولا خلاف ، فيما أحسب ، أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس . أعنى أنه متى قال البائع قد بعث سلعتى بكذا وكذا ، فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ، ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت ، أنه لا يلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة إن البيع يلزم فى المجلس بالقول وأن لم يفترقا . وقال الشافعى وأحمد وأسحق وأبو ثور وداوود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد . وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة

وابن المبارك وسوار القاضي وشریح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم . وهو ، مروي عن ابن عمر وأبي برزة الإسلامی من الصحابة ولا يخالف لهما من الصحابة . وعمدة المشتريين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا ، إلا بيع الخيار » ، وفي بعض روايات هذا الحديث إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر . وهذا حديث في إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الأسناد يوقع العلم وأن كان من طريق الاحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبيهم في رد العمل بهذا الحديث . فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه ، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : أيما بيعين تبایعا فالقول قول البائع أو يترادان . فسكانه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس . ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تعيين حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزوم إلا بعد الافتراق من المجلس . وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه . والأولى أن يبنى هذا على ذلك . وهذا الحديث لم يخرج له أحد مسنداً فيما أحسب . فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس . فمن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، والعقد هو الإيجاب والقبول ، والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا . وأما القياس فأنهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر ، أصله كسائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد . فلما قيل لهم إن الظواهر التي يحتجون بها

يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق في مقابلة الحديث ، إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية وأن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا ولنا فيه تأويلان . أحدهما أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقليل لهم إنه يكون الحديث على هذا لافائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا إن التفرق ههنا هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال تعالى « وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته » ، والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمة في ذلك هي لموضع الندم .

ويستخلص من استعراض المذاهب المختلفة أن الشافعي يرى أن يكون القبول فوراً كما قدمنا ، فهو يثبت لذلك خيار المجلس حتى يتمكن المتعاقدان من التدبر طيلة المجلس ، فما فاتهما بالفورية يعوضانه بخيار المجلس . أما أبو حنيفة فيرى جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس ، وبهذا يتسع الوقت للمتعاقدين في التدبر ، وما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخي القبول ، إذ يجوز لهوجب الرجوع في الإيجاب مادام المجلس قائماً ولم يصدر قبول ، ويجوز للمخاطب بالإيجاب أن يتدبر أمر القبول أو الرفض طيلة قيام المجلس ، ولكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس لأى من المتعاقدين . وأما مالك فيرى هو أيضاً جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس حتى يتدبر القابل ، ولكن لا يجوز لهوجب أن يرجع في إيجابه لأنه قبل أن يصدر منه الإيجاب يكون قد تدبر ، ومتى صدر القبول لزم العقد من

الجانبيين ولا يثبت خيار المجلس . وأما أحد فيجمع بين التراخى فى القبول وخيار المجلس ، فيعطى لكل من المتعاقدين فرصتين للتدبر : الأولى قبل صدور القبول والثانية قبل انفضاض المجلس ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

فالمذاهب الأربعة ، من حيث اعطاء كل من المتعاقدين فرصة للتدبر ، تتدرج . فالمالكية لا يعطون للموجب فرصة للرجوع عن ايجابه ويعطون للمخاطب بالإيجاب فرصة التدبر للقبول أو الرفض إلى آخر المجلس . والحنفية يعطون لكل من الموجب والمخاطب بالإيجاب فرصة التدبر إلى آخر المجلس . والشافعية يعطون كلا من المتعاقدين فرصة التدبر ، ولكن بعد انعقاد العقد إلى آخر المجلس . والحنابلة يعطون كلا من المتعاقدين فرصتين للتدبر ، قبل انعقاد العقد للموجب خيار الرجوع وللمخاطب بالإيجاب خيار القبول ، وبعد انعقاد العقد لكل منهما خيار المجلس .

أطام خيار المجلس غير من يقول به :

وقد رأينا أن الشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس ، فنستعرض الآن النصوص التى يقررون فيها حكم هذا الخيار .

جاء فى الوجيز (١٠٠ - ١٤١) « والأصل فى البيع اللزوم ، والخيار عارض . ثم ينقسم الخيار إلى خيار التروى وخيار النقيصة . وخيار التروى ما لا يتوقف على فوات وصف . وله سببان . أحدهما المجلس . فيثبت خيار المجلس فى كل معاوضة محضة من بيع وسلم وصرف وإجارة إلا فيما يستعقب عقاقرة كشراء القريب وشراء العبد نفسه . ولا يثبت فيما لا يسمى بيعاً ، لأن مسه تنده قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا . وينقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتام الرضا وبمفارقة المجلس بالبدن . وهل يبطل بالموت ؟ فيه قولان ، أحدهما أنه لا يبطل كخيار الشرط فيثبت للوارث . ولو فرق بينهما على إكراه ، ففي بطلان الخيار خلاف . ويثبت عند جنون أحد المتعاقدين قبل التفرق للقيم . ولو تنازعا فى جريان التفرق ، فالأصل عدمه ومن يدعيه يطالب بالبينة .

ولو تنازعا في الفسخ بعد الاتفاق على التفرق ، فالأصل عدم الفسخ . والسبب الثاني الشرط (أى خيار الشرط) الخ.

وجاء في المذهب (٢٥٧١ - ٢٥٨) : « وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر . والتفرق أن يتفرقا بأبداهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه ؛ لما روى عن نافع أن ابن عمر رضى الله عنه كان إذا اشترى شيئا مشى أذرا ليحب البيع ثم يرجع . ولأن التفرق في الشرع مطلق فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وذلك يحصل بما ذكرناه . وإن لم يتفرقا ، ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار ؛ لأن ذلك لا يسمى تفرقا . وأما التخيار فهو أن يقول أحدهما للآخر اختر إمضاء البيع أو فسخه ، فيقول الآخر اختر إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقوله عليه السلام « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فإن خير أحدهما صاحبه فسكت ، لم ينقطع خيار المسئول . وهل ينقطع خيار السائل ؟ فيه وجهان : أحدهما لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته اختارى فسكتت فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط . والثاني أنه ينقطع ، لقوله عليه السلام « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فدل على أنه إذا قال يسقط خياره ، ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة لم تكن مالكة للخيار وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فإذا سككت بقى على حقه ، وههنا المشتري يملك الفسخ فلا يفيد تخيره إسقاط حقه من الخيار . فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان : أحدهما يبطل الخيار ، لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخيار فإذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار . والثاني أنه لا يبطل ، لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار . فإن باعه على ألا خيار له ففيه وجهان . من أصحابنا من قال يصح ، لأن الخيار جعل رفقا بهما فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار عرد فجاز إسقاطه . وقال أبو إسحق

لا يصح ، وهو الصحيح ، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجوز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع . فإن قلنا بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ فيه وجهان . أحدهما لا يبطل ، لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض . والثاني يبطل ، لأنه يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط ألاّ يسلم المبيع^(١) .

(١) أنظر أيضاً الأشباه للسيوطي ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧ — ونضيف إلى ما تقدم النصوص المقررة لحكم الخيار في مذهب أحمد وهي قريبة من نصوص الشافعية : جاء في المغني [جزء ٤ ص ٦ وما بعدها] : « الفصل الثاني أن البيع يلزم بتفرقها لدلالة الحديث عليه ، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق . والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا ، لأن الشارع علق عليه حكما ولم يبينه ، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز . فإن كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء ، فبأن يمشي أحدهما مستدبرا لصاحبه خطوات ، وقيل هو أن يبعد عنه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرق الأبدان ، فقال إذا أخذ هذا هكذا وهذا هكذا فقد تفرقا . روى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر إذا بايع فأراد ألا يقيله مشى هنيهة ثم رجع . وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس ودسوت ، فلفارقة أن يفارقه من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس إلى بيت أو نحو ذلك . فإن كانا في دار صغيرة ، فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه . وإن كانا في سقينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى . وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر في أسفلها . وهذا كله مذهب الشافعي . فإن كان المشتري هو البائع ، مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو يشتري لولده من مال نفسه ، لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ، ولا يحتمل أن يثبت فيه ، ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لأن الافتراق لا يمكن ههنا لكون البائع هو المشتري . ومنه حصل التفرق لزوم العقد ، قصداً ذلك أو لم يقصده ، علماء أو جهلاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد . ولو هرب أحدهما من صاحبه لزوم العقد ، لأنه فارقه باختياره ولا يفت لزوم العقد على رضاه ، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع . ولو قاما في المجلس وسدلا بينهما سترًا ، أو بقيا بينهما حاجزا ، أو ناما أو قاما فاضيا جميعاً ولم يتفرقا ، فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق . وروى أبو داود والأثرم بأسنادهما عن الرضى قال غزونا غزوة لنا فترلقا منزلا ، فباع صاحب لنا فرسا بفلام ثم أقاما بقية يومها وليلتها ، فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فقدم ، فأقى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال بني وبيئتك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأقيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة ، فقال : أمرضيان أن أفضى بينهما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، ما أراكما افتراقا . فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ، ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقه لصاحبه . وقال القاضي لا ينقطع الخيار =

ويستخلص مما أوردناه من النصوص — في المتن وفي الحاشية —
أن أحكام خيار المجلس عند من يقولون به تتلخص فيما يأتي :

== لأنه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الإكراه كالأمر علق عليه الطلاق . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ، ويكون الخيار للمكره منها في المجلس الذي يرول عنه فيه الإكراه حتى يفارقه ، وإن أكرها جميعا انقطع خيارها لأن كل واحد منها ينقطع خياره لفرقة الآخر له فأشبهه ماله أكره صاحبه دونه . وذكر ابن عقيل من صور الإكراه ماله رأيا سبعا أو ظالما خشيا فهربا فزعا منه أو حملها سبيل أو فرقت ربح بينهما — (فصل) وإن خرس أحدهما قامت لإشارته مقام لفظه ، فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمى عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه . وهذا مذهب الشافعي وإن مات أحدهما بطل خياره ، لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث . وأما الباقي منها فيبطل خياره أيضا لأنه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم . ويحتمل ألا يبطل لأن التفرق بالأبدان لم يحصل ، فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معا . (فصل) وقد روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله . رواه النسائي والأثرم والترمذي وقال حديث حسن . وقوله إلا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقها ولا يكون تفرقها غاية للخيار فيه لكونه ثابتا بعد تفرقها . ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرط فيه ألا يكون بينهما فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرقها . وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع . وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم ، فإنه ذكر له فعل ابن عمر وحدث عمرو بن شعيب ، فقال هذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اختيار أبي بكر . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد جواز ذلك ، لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه متفق عليه . والأول أصح ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه — (الفصل الثالث) أن ظاهر كلام الحنفي أن الخيار يمتد إلى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيمان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص ، هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برة وأكثر الروايات عن عبد الله ابن عمر . والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف بن أبي موسى ، وهذا مذهب الشافعي ، وهو أصح ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بن عمر « فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » متفق عليه ، والأخذ بالزيادة أولى . والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد . فالتخاير في ابتدائه أن يقول بعثك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك ، فلا يكون لهما خيار . والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد أو الزامه أو اخترت العقد أو اسقطت خيارى ، فيلزم العقد من الطرفين . وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر . وقال أصحاب ==

لكل من المتعاقدين ، بعد صدور القبول وتتمام العقد ، خيار المجلس أى خيار الرجوع في العقد بعد تمامه . ويستقل في ذلك بأرادته وحدها ، وهذا هو الفرق بين خيار المجلس والتقايل إذ التقايل لا يكون ألا بتوافق الإرادتين . ومع ذلك ينقطع خيار المجلس ، ويصبح العقد باتا لارجوع فيه بأحد الأمور الآتية : (١) انفضاض المجلس أو التفرق بالأبدان . (٢) التخيار . (٣) موت أحد المتعاقدين .

== الشافعى : التخيار في ابتداء العقد قولان ، اظهرهما لايقطع الخيار ، لأنه اسقاط لاحق قبل سببه فلم يحز كخيار الشفعة . فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ! على وجهين بناء على الشروط الفاسدة . ولنا قوله عليه السلام « فان خير احدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « الا أن يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار وجب البيع » وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ماخالفه . ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنة للعقد كاشتراط الخيار ، ولأنه أحد الخيارين في البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط . وقولهم إنه اسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك ، فان سبب الخيار البيع المطلق فأما البيع مع التخيار فليس بسبب له ، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارنة له فلم يثبت حكمه . وأما الشيع فانه أجنبى عن العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسألتنا . فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئا ، فالساكت منهما على خياره لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره ، وأما الفائل فيجتمعل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » أو يقول أحدهما لصاحبه اختر « رواه البخارى وأبو داود والنسائى ، لأنه جعل لصاحبه مملوكا من الخيار فسقط خياره . وهذا مذهب ظاهر الشافعى . ويجتمعل ألا يبطل خياره ، لانه خبره فلم يختر فلم يؤثر فيه ، كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئا ، ويجتمعل الحديث على أنه خبره فاختر . والاول أولى ، اظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره ، ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تملكها إنما كان أسقاطا فسقط » .

أنظر أيضا الفروع جزء ٢ ص ٤٩٨ — ٥٠٠ (وقد جاء فيه ص ٤٩٨ : وفي طريقة بعض أصحابنا رواية لا يثبت خيار مجلس في بيع وعقد معارضة — وهذا معناه أن هناك رأيا في مذهب أحمد ينكر خيار المجلس ، ويتفق في هذا مع الحنفية والمالكية) . وأنظر القواعد لابن رجب ص ٩٠ .

وانظر في مذهب الظاهرية المحلى لابن حزم جزء ٨ ص ٣٥١ — من ٣٧٠ ، وهو يثبت خيار المجلس . ويقرر أحكامه — وقد ورد في ص ٣٥٧ منه ما يأتى : « فصيح يقينا أنه لا يلزم الوفاء بعقد أصلا إلا عقداً أتى النص بالوفاء به باسمه وعينه » . أما مذهب الأباضية فالظاهر أنه لا يقول بخيار المجلس ، وقد ورد في النيل (جزء ٥ ص ١١) . « والمتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، معناه بالصفقة عندنا لا بالأبدان » .

١ - وانفضاض المجلس أو التفرق بالأبدان يكون على ما جاء في المذهب ، بأن يتفرق المتعاقدان بأبدانها بحيث إذا كلم أحدهما الآخر على العادة لم يسمع كلامه ، فينفض المجلس بذلك وينقطع الخيار . والمرجع في التفرق ، على ما جاء في المغنى ، إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا ، ويغلب أن يكون بأن يبعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة ، وفى هذا يتفق المغنى مع المذهب . ثم يطبق الفقهاء هذا المعيار على أوضاع مختلفة ، فيتكلمون فى التفرق فى الفضاء الواسع كالمسجد الكبير والصحراء ، وفى التفرق فى الدار الكبيرة ذات المجالس والدسوت ، وفى الدار الصغيرة ، وفى السفينة الصغيرة والسفينة الكبيرة ، ويعرفون فى بعض هذه التطبيقات على ما رأينا فى المغنى . على أن التفرق يجب أن يكون تفرقا طبيعياً ، لا تعمد فيه ولا أكره . فلا يبطل التفرق الخيار إذا فارق الصاحب صاحبه خشية أن يستقبله على ما جاء فى الحديث ، وأن كان قد روى عن ابن عمر أنه كان إذا اشترى شيئاً يعجبه تعمد أن يفارق البائع أذعرا ليحب البيع ثم يرجع . وإن فارق أحدهما الآخر مكرهاً لا ينقطع خياره لأن الخيار حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الأكره ، ولأن المكروه لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار . وينقطع خيار غير المكروه من المتعاقدين كما لو هرب من صاحبه وفارقه بغير رضاه . وقيل بل ينقطع خيار المكروه وغير المكروه ، لأن الخيار غاية التفرق وقد وجد ، ولأن المكروه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فإذا لم يفعل فقد رضى باسقاط الخيار ، ولأنه لا يعتبر رضا المتعاقد فى مفارقة صاحبه له فكذلك فى مفارقتها لصاحبه . وأن أكرها جميعا انقطع خيارهما ، لأن كل واحدا منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبهه مالو أكره صاحبه دونه . وذكر من صور الأكره مالو رأيا سبعا أو ظالما خشيا أو حملهما سيل أو فرقت بينهما ريح . أما إذا أقام المتعاقدان فى المجلس لم ينقطع خيارهما ، وأن طالّت المدة ، لعدم التفرق ، حتى لو سدا بينهما سترا أو بنيا حاجزا أو ناما أو قاما

فضيا جميعاً ولم يتفرقا . وأن كان المشتري هو البائع ، كمن يشتري لنفسه من مال ولده ، فالتفرق لا يمكن ، ويعتبر مفارقة مجلس العقد لزومه . ومتى حصل تفرق المتعاقدين على النحو الذى بيناه ، انقطع خيارهما ، قصداً ذلك أو لم يقصده ، علماه أو جهلاه ، فالتفرق إذن واقعة مادية لا تصرف قانونى .

٢ - والتخاير يكون بأن يقول أحد المتعاقدين للآخر ، قبل أن يتفرقا بأبداً منهما ، اختر إمضاء العقد أو فسخه ، فيقول الآخر اخترت إمضاءه أو فسخه . وبذلك يبت المتعاقدان فى مصير العقد قبل التفرق وانفضاض المجلس . وإن سكت المسئول لم ينقطع خياره . ومن خير صاحبه من المتعاقدين — أى السائل — يسقط خياره ، لأن كلا من المتعاقدين يملك الخيار فلم يكن تخيير السائل للمسئول تملك الخيار له بل هو إسقاط لخيار نفسه . وقيل بل لا ينقطع خيار السائل كما لو قال لزوجته إختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط ، ولكن الأولى أن ينقطع خياره ، ويفارق الزوجة لأن تخيره لها لا يحمل على إسقاط خيار نفسه بل على تملكه أياها خياراً لم تكن تملكه قبل التخير . وقد يختار أحد المتعاقدين من تلقاء نفسه إمضاء العقد ، دون أن يخيره صاحبه ، فيلزم العقد فى حقه وحده ، ويبقى المتعاقد الآخر على خياره ، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر .

٣ - وموت أحد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض المجلس يبطل خياره عند أحمد ، لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث . والأصح عند الشافعى أن موت المتعاقد لا يبطل خياره ، فيثبت للوارث قياساً على خيار الشرط . ومن بقى من المتعاقدين حياً يبطل خياره ، لأن الخيار يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم . وقيل لا يبطل ، لأن التفرق بالأبدان لم يحصل ، فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً . أما فقد أحد المتعاقدين لأهليته قبل التفرق ، بأن جن مثلاً ، فلا يفقده خياره ،

بل يثبت الخيار للولى أو القيم أو الحاكم . ومثل الجنون الإغماء أو الخرس إذا لم تفهم إشارة الآخرس .

وقد يتنازع المتعاقدان بعد الاتفاق على أن أحدهما اختار الفسخ في جريان التفرق وانفضاض مجلس العقد قبل اختيار الفسخ ، والأصل عدم التفرق ومن يدعى التفرق يطالب بالبينة . وقد يتفقان على أن التفرق قد تم وانفض المجلس ، ولكن يتنازعان في أن أحدهما اختار فسخ العقد قبل التفرق ، والأصل عدم الفسخ ومن ادعى الفسخ يطالب بالبينة .

ثم أن خيار المجلس يجوز النزول عنه عند التعاقد ، وهذا هو التخيار في ابتداء العقد ، فيقول أحد المتعاقدين للآخر بعثك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك ، فلا يكون لها خيار . ذلك ان خيار المجلس جعل رفقاً بالمتعاقدين فجاز لها تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه ، ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ، ولأنه أحد الخيارين في البيع فجاز إخلاؤه منه كخيار الشرط . والصحيح في مذهب الشافعى هو عدم جواز النزول عن خيار المجلس ابتداء عند التعاقد ، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع . ويرد فمهاء المذهب الحنبلى على ذلك — كما جاء فى المغنى — بأن القول ان إسقاط خيار المجلس ابتداء هو إسقاط للخيار قبل سببه غير صحيح ، فإن سبب الخيار البيع المطلق أما البيع مع التخيار فليس بسبب له ، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه ، وأما الشفيع فإنه أجنبي عن العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره فى العقد بخلاف مسألتنا . على أن من يقول من الشافعية بعدم جواز اشتراط النزول عن خيار المجلس يختلفون فيما إذا كان العقد يبطل بهذا الشرط . قال بعضهم لا يبطل العقد ، لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض . وقال آخرون بل يبطل ، لأن هذا الشرط يستقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط ألا يسلم المبيع .

ماورد من النصوص في آيات خيار المجلس وفي غيره :

والآن بعد أن قررنا أن هناك رأياً في الفقه الإسلامي يثبت خيار المجلس، ويقرر أحكامه على الوجه الذي فصلناه . ورأياً آخر ينفيه ، يبقى أن نذكر النصوص التي وردت في كل من الرأيين لنستخلص منها الحجج التي يستند إليها كل من الفريقين .

جاء في الهداية (فتح القديره ص ٧٨ - ص ٨٢) : « وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ، ولا خيار لواحد منهما ألا من عيب وعدم رؤية . وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا . ولنا أن الفسخ إبطال حق للغير فلا يجوز ، والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فأنهما متبايعان حالة المباينة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال » . وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ - ص ٨٢) تعليقا على ما تقدم : « قوله : وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما ألا من عيب وعدم رؤية - وهو قول مالك رحمه الله . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله . لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً . رواه البخاري عن حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضاً أن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر . وروى البخاري أيضاً من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا . ولنا السمع والقياس . أما السمع فقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، وهذا عقد قبل التخيير ، وقوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير ، وقوله تعالى : وأشهدوا إذا تباعتم ، أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع

يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص . ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعاً وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا لا يتم التجارة عن التراضي إلا به شرعاً وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض . وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه ، حيث قال له إذا ابتعت فل لا خلافة ولى الخيار ، فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام ، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل للخيار ، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور ، كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه . والمتشاغلان ، يعنى المساومين ، يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد ، وهذا هو خيار القبول . وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى . لا يقال هذا أيضاً مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان ، لا نأقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ، كالخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر ، والخبر لا يقوم به دفعة لتصديق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه ، فبالضرورة يصدق مخبراً حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة . ولأننا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراضان فيه ، فليكن هذا المعنى الحقيقي ، والحمل على الحقيقي متعين ، فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما إذا انفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للانفاق والتراضي السابق في إلزامه بكلام أحدهما بعد . قال المصنف رحمه الله تعالى : أو هو يحتمله فيحمل عليه ، جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات حيث يكون المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر . لا يقال

إن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لا خيارهما ؛ لأنه ممنوع ، بل الموجب أيضاً له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وألا يرجع . وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال ، وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول . وإسناد التفرق إلى الناس مراداً به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف — قال الله تعالى : وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة ، وقال صلى الله عليه وسلم افتترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة . وحينئذ فيراد بأحدهما في قوله (إذ يقول أحدهما لصاحبه اختر) الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر أتقبل أولاً ، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر ؛ فكذا في خيار القبول ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعق على مال والكتابة ، كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضاء ، فكذا البيع . وأما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببطلان الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث ، فإنما يرجع الكلام فيه إلى ما ذكرناه من معنى المتبايعين . وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف ، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره ، بل مالك عنده محجوج به (١) .

وجاء في المدونة الكبرى (١٠ ص ٢٠) : « قلت لابن القاسم هل يكون البيعان بالخيار ما لم يتفرقا في قول مالك ؟ قال قال مالك لا خيار لهما وإن لم يتفرقا . قال قال مالك البيع كلام ، فإذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع ، ولم يكن لأحدهما أن يمتنع بما قد لزمه . وقال مالك في حديث ابن عمر

(١) أنظر أيضاً شرح العناية للبارقي تعليقا على الهداية وحاشية سعدى شلبي (فتح القدير • ص ٧٨ — ص ٨٢) . وانظر الزيلعي جزء ٤ ص ٣ وقد ورد فيه ما يأتي : « وقال أبو يوسف هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول » .

البيعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار . قال مالك ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه . (ابن وهب) وقد كان ابن مسعود يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تباعا فالقول ما قال البائع أو يترادان . قال ابن وهب : وقد ذكر إسماعيل ابن عباس عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عبيدة عن ابن لعبد الله ابن مسعود حدثه عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان استخلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك . وقال أشهب : الذي اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز إن البيعين إذا أوجبا البيع بينهما فقد لزم ، ولا خيار لواحد منهما ، إلا أن يكون أحدهما اشترط الخيار فيكون ذلك لمشترط الخيار على صاحبه ، وليس العمل على الحديث الذي جاء البيعان بالخيار ما لم يفترقا . قال أشهب ونرى والله أعلم أنه منسوخ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم . ولقوله صلى الله عليه وسلم : إذا اختلف البيعان استخلف البائع ، وقال غيره فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع التمين ولقال هب الأمر كما قال المبتاع أليس لي إلا أقبل أو أن أفسخ عني البيع فإذا صادقته على البيع كان لي ألا يلزمني ، فإذا خالفته فذلك أبعد من أن يلزمني .

وجاء في المغنى (جزء ٤ ص ٦ وما بعدها) : « أن البيع يقع جائزا ، ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما داما مجتمعين لم يفترقا ، وهو قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبي ذئب والشافعى وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأى : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما ، لأنه روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال البيع صفقة أو خيار ، ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالكاح والخلع . ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا تباعع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار

ما لم يتفرقا وكانا جميعا أن يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع . متفق عليه . وقال صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » . رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله ابن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برزة الأسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبد الله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم . وهو صريح في حكم المسألة . وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده . وقال الشافعي رحمه الله لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعا وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر . وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . فإن قيل المراد بالتفرق ههنا التفرق بالأقوال كما قال الله تعالى : « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالأقوال والاعتقادات ، قلنا هذا باطل لوجوه . منها أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه ، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه . الثاني أن هذا يبطل فائدة الحديث ، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه . الثالث أنه قال في الحديث : إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ، فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، وقال : وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع . الرابع أنه يردده تفسير ابن عمر للحديث بفعله ، فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع ، وتفسير أبي برزة له بقوله على مثل قولنا ، وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه . وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ويبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ، فإنه قد روى عنه أبو إسحق الجوزجاني مثل مذهبنا ، ولو أراد ما قالوه لم يجوز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله

صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر إذا بلغه قول النبی صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ١ على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما . ولا يصح قياس البيع على النكاح ؛ لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن في ثبوت الخيار مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسالم المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية . والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ووجه ما ذكره المخالف في مقابلته والله أعلم^(١) .

ويستخلص من هذه النصوص التي قدمناها أن أنصار الخيار — الشافعي وأحمد — يحتجون على خصومه — أبي حنيفة ومالك — بحديث النبی صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً » . وفي رواية أخرى « ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » هذه هي الحجة الكبرى التي يستند إليها مذهب الخيار . ويروى الحديث بمختلف الأسانيد وعلى مختلف الصور ، وينكر على مالك ، وهو أحد رواة ، ألا يعمل به . والحديث ، في مذهب أهل الخيار ، صريح في أن المتعاقدين ، بعد تمام العقد واقتران القبول بالإيجاب ، يكون لكل منهما حق الرجوع

(١) وقال الشعراني في الميزان (جزء ٢ ص ٧٣) ، مقارنة بين مذهب الخيار ومذهب عدم الخيار ، جاعلاً على طريقته المذهب الأول محملاً على حال الأصاغر والمذهب الثاني محملاً على حال الأكابر : « ومن ذلك قول الشافعي وأحمد أنه إذا انعقد البيع يثبت لكل من المتبايعين خيار المجلس ما لم يتفرقا أو يختارا لزوم البيع ، فإن اختار أحدهما اللزوم بقي الخيار للآخر حتى يفارق المجلس أو يختار اللزوم ، مع قول أبي حنيفة ومالك أنه لا يثبت للمتبايعين خيار المجلس . فالأول مخفف ، والثاني مشدد ، فرجع الأمر إلى مرتبة الميزان . وجه الأول حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما اخترت يعني اللزوم . وجه الثاني لزوم البيع بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ولا يحتاج إلى خيار مجلس . ويصح حمل الأول على حال الأصاغر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لنفسه ، فرحهما الشارع بجعل خيار المجلس لهما لقصور نظرهما وترددهما في لزوم البيع . كما يصح حمل الثاني على حال الأكابر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لأخيه ، ومثل هذين لا يحتاجان إلى خيار المجلس لعدم توقع حصول ندم منهما إذا ظهر الحظ الأوفر لأخيه ، بل يفرح أحدهما بذلك ، فافهم » .

إلى أن يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد فينفض المجلس ويلزم العقد ، ما لم يلزم قبل ذلك بالتخاير قبل التفرق ، أو ما لم يبق غير لازم بعد ذلك بقيام خيار الشرط بعد التفرق . ويهاجم خصوم الخيار حجة أنصاره عن طريق تأويل الحديث وعن طريق القول بنسخه . أما التأويل فيقولون إن المقصود بلفظ « البيعين » المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما ، والمتعاقدان متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ، فيكون كل منهما بالخيار قبل تمام البيع ، الموجب بالخيار في الرجوع عن إيجابه ، وهذا هو خيار الرجوع ، والمتعاقد الآخر بالخيار في القبول ، وهذا هو خيار القبول .

فإذا تفرق المتعاقدان بالأقوال — لا بالأبدان — بأن اختلفا على العقد وقال الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو رجع الموجب قبل القبول ، انقطع خيار كل منهما ، فلا يعود الموجب في حاجة إلى خيار الرجوع لأن إيجابه قد سقط بمخالفة المتعاقد الآخر ، ولا يعود للمتعاقد الآخر خيار القبول بعد أن اختار عدم القبول . ويرد أصحاب الخيار على هذا التأويل بأن اللفظ لا يحتمله ، فالبيعان هما المتعاقدان بعد تمام البيع ، وليس بينهما تفرق بلفظ بل بينهما اتفاق على الثمن والمبيع وقد تم البيع باتفاقهما ، فلم يبق إلا أن يكون لها الخيار بعد تمام البيع وقبل التفرق بالأبدان . على أنه إذا قصد بالبيعين المتشاغلان بالبيع قبل تمامه لم تكن للحديث فائدة ، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إتمامه أو تركه ، ففيم الحاجة لحديث في هذا الحكم البديهي ! ثم أن الحديث في بعض رواياته صريح في أن الخيار إنما يكون بعد تمام البيع ، وعلى هذا الوجه فسره من الصحابة من رواه . ويعمد من ينكرون الخيار ، إذا لم يسلم لهم تأويل الحديث على النحو الذي قالوا به ، إلى القول بنسخ الحديث . ويعارضونه بأحاديث أخرى ، منها قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم ، ومنها قوله عليه السلام إذا اختلف البيعان استحللfb البائع فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين ، ومنها قول عمر رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار . أما قول عمر فيفسره أصحاب الخيار بأن البيع ينقسم

إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ، على أن قول عمر لا ينسخ قول النبي صلى الله عليه وسلم ، بل هو في ذاته بفرض ألا حديث يعارضه ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه عمر ابنه وأبو ברزة وغيرهما . ويسهل بعد ذلك على أصحاب الخيار أن يدحضوا نسخ الحديث بحديث آخر — المسلمون على شروطهم أو إذا اختلف البيعان استحلף البائع — بأن المقصود بالشرط أو بالبيع في الحديث الآخر هو العقد الذي تم لازماً بانقطاع خياراته ومنها خيار المجلس . كما سهل عليهم أن يبطلوا قياس البيع على النكاح ، لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

أما الحجة الكبرى التي يستند إليها من يقول بعدم الخيار فهي ما في القول به من شذوذ وأهدار لحرمة العقد . ذلك أن من يقولون بالخيار لا يريدون أن يقفوا عند المرحلة السابقة لتتمام العقد ، ولا يقتصرون في إعطاء الموجب حق الرجوع على أن يكون رجوعه قبل صدور القبول ، ولا في إعطاء المتعاقد الآخر حق القبول أو الرفض . بل هم يسرون إلى مدى أبعد من ذلك بكثير ، فيجعلون الموجب حق الرجوع حتى بعد صدور القبول ، ويجعلون للمتعاقد الآخر حق الرجوع حتى بعد أن يقبل . فالمسألة إذن ، في نظر من يقول بعدم الخيار ، هي : هل يجوز بعد أن يتم العقد باقتران القبول بالإيجاب ، وقد خلا من خيار الشرط وخيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية ولم يكن من العقود التي يجوز الرجوع فيها كالوكالة ، أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخه دون رضا الآخر ولو في خلال فترة قصيرة من الزمن ! هذا ما لا يستطيع القائلون بعدم الخيار أن يسلموا به . إذ التسليم بذلك فيه إبطال لحق المتعاقد الآخر ، بل فيه أهدار لحرمة العقد ، وقد جاء الكتاب صريحاً

فى وجوب المحافظة على هذه الحرمة . قال الله تعالى يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، وهذا عقد قبل التخيير . وقال الله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير . وقال الله تعالى وأشهدوا إذا تباعتم ، أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول . فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص .

ترجيح المذهب الذى لا يأخذ بخيار المجلس : وعندنا أن حجة المذهب الذى لا يأخذ بخيار المجلس هى الراجحة . وما يؤكد رجحان هذا المذهب الإعتبارات الآتية :

(أولا) القول بخيار المجلس يقتضى تعليق مصير العقد إلى حين انفضاض المجلس . ولما كان وقت انفضاض العقد غير منضبط ، فهو متوقف على التفرق ، وقد رأينا ما جاء فى التفرق من خلافات خطيرة كالتفرق بالإكراه والتفرق بالموت ونحو ذلك مما بسطناه تفصيلا فيما تقدم ، فإن وقت إبرام العقد والبتات فيه يصبح غير منضبط ، وفى هذا من الإخلال باستقرار التعامل ما لا يخفى .

(ثانياً) القول بخيار المجلس يزعزع من قوة العقد الملزمة . وماذا وراء توافق الإرادتين واقتران القبول بالإيجاب من شئ حتى يكون العقد قبله عارياً عن الإلزام ! وإذا أريد بخيار المجلس فى مذهب الشافعى إعطاء المتعاقدين فرصة للتدبر بعد اشتراط الفور فى القبول ، فقد كان الأولى أن تكون هذه الفرصة قبل تمام العقد لا بعده ، وذلك بالتراخى فى القبول وعدم اشتراط الفور فيه . بل الأولى ، حتى مع اشتراط الفور فى القبول ، ألا يكون هناك خيار المجلس احتفاظاً بحرمة العقد . ويسع المتعاقدين فى هذه الحالة ألا يبرما التعاقد ألا بعد المساومة وأفساح المجال للتدبر والتزوى ، وتكون مرحلة المساومة هذه مرحلة تسبق مرحلة أبرام العقد . فإذا انتهى

المتعاقدان من المساومة ، وامتنع رأيهما على التعاقد ، عند ذلك يرمان العقد بإيجاب يتلوه القبول فوراً . وإذا قيل أن في هذا ضرباً من الشككية ، فهي شككية مهذبة ، وهي على كل حال خير من أهدار حرمة العقد باستقلال أحد المتعاقدين بفسخه بعد تمامه عن طريق خيار المجلس . هذا إلى أن القول بخيار المجلس يجعل هناك في الواقع مجلسين لا مجلساً واحداً ، مجلس العقد ومجلس الخيار ، وقد تقدم بيان ذلك .

(ثالثاً) أما حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يحتاج به من يقول بخيار المجلس فقد كثرت الروايات فيه ، ونفث منها عند روايتين سبق أن اخترناهما عند استخلاص حجج هذا المذهب : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً » ، وفي رواية أخرى : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر »^(١) . وتأويل هذا الحديث في نظرنا ميسور لا مشقة فيه . ولكننا لا نقوله على أنه يقرر خيار الرجوع وخيار القبول ، فيجعل تفرق المتعاقدين تفرقاً بالأقوال لا تفرقاً بالأبدان . بل أن التأويل الذي يتبادر إلى الذهن هو أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقصد أن يقرر للموجب خيار الرجوع في ذاته وللمتعاقدين الآخر خيار القبول في ذاته ، ولكن قصد أن يحدد الوقت الذي ينقطع فيه كل من خيار الرجوع وخيار القبول . وهذا الوقت هو وقت تفرق المتعاقدين بالأبدان لا بالأقوال ، إذ مجلس العقد ينفذ ضرورة عند ذلك — وإن كان ينفذ أيضاً بالأعراض عن التعاقد — فينقطع بانقضاضه خيار القبول ما دام القبول لم يصدر ، ويمتنع

(١) وتعددت روايات هذا الحديث كما رأينا . فن ذلك : « البيعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يتفرقا ، ألا بيع الخيار » . ومن ذلك أيضاً : « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، ألا أن تكون صفقة خيار ، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يسئله » . ومن ذلك أيضاً : « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتباعاً على ذلك فقد وجب البيع » ، وأن تفرقاً بعد أن تباعاً ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » . وأبسط رواية لهذا الحديث هي : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » .

خيار الرجوع ما دام الإيجاب قد سقط^(١). وعلى هذا التأويل لا يكون الحديث مقررًا لخيار المجلس، بل يكون كما قدمنا محددًا للوقت الذي ينقطع فيه خيار القبول وخيار الرجوع^(٢).

ومهما يكن من أمر تأويل الحديث، فنحن نواجه مبدأ ضخماً من أهم المبادئ القانونية، هو قوة العقد الملزمة. ويكسب العقد هذه القوة عند تمامه، ولا يجوز أن يتأخر في كسبها عن ذلك الوقت. والقول بغير ذلك فيه أهدار لمبدأ جوهرى من مبادئ القانون، وإخلال بالثقة المشروعة عند التعامل. بل يجوز لتفادى هذه النتائج تغليب القياس على الأثر. وهذا ما فعل أبو حنيفة أمام أهل الرأي جرياً على مذهبه. بل هذا ما فعل مالك نفسه أمام أهل الحديث، وقد روى عنه تغليب القياس على السماع كما قال

(١) ويؤيد هذا التأويل ما جاء في مختصر الطحاوى (ص ٧٤ — ص ٧٥): « وإذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما، فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك، تفرقا بأبدانهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا. والخيار الذى جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعثك وبين قول صاحبه قد قبلت منك: للمخاطب بالبيع الرجوع قبل قبول صاحبه عما قال، وللمخاطب قبول ذلك القول ما لم يفتقر هو وصاحبه بأبدانهما، فإذا افترقا بأبدانهما لم يكن له أن يقبل بعد ذلك. وإنما يجوز له أن يقبل من صاحبه ما لم يكن أخذ في عمل آخر أو في كلام آخر، وما لم يكن صاحبه أخذ في عمل آخر أو في كلام آخر قبل ذلك ». ثم أن هذا التأويل يجعل التفرق بالأبدان لا بالأقوال، وهذا هو المعنى المتبادر من الحديث. وهو عين ما ورد في الزيلعي (جزء ٤ ص ٣) رواية عن أبي يوسف: « وقال أبو يوسف هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول ».

(٢) ويبقى بعد ذلك أن نؤول عبارة: « أو يقول أحدهما لصاحبه اختر ». والتأويل يكون على الوجه الآتى: بعد صدور الإيجاب، إذا لم يرد الموجب أن يبقى معلقاً إلى وقت التفرق، فله أن يستعجل البت، ويقول لصاحبه: اختر قبول الأيجاب أو رفضه. وعند ذلك يمتنع على الموجب الرجوع في الأيجاب، ويتعين على المتماقد الآخر أن يجيب فوراً بالقبول إذا أراد إمضاء العقد، فإن فعل، تم العقد. وإن أجاب بالرفض أو سكوت، سقط الأيجاب وانقض المجلس، فيسكون التخيير بمثابة تعجيل لانقضاء المجلس.

ومما يؤيد هذا التأويل ما جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ٨٢): « وحينئذ فيراد بأحدهما في قوله: أو يقول أحدهما لصاحبه اختر — الموجب بقوله بعد إيجابه الآخر: أقبل أو لا. والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيوع، بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر، فسكذا في خيار القبول ».

ابن رشد في بداية المجتهد . ولقد كشف مالك عن ملكة الفقه فيه عندما أبي أن يهدر قوة العقد الملزمة . أبي أهدارها ، ولو تعارض في ذلك مع ظاهر حديث رواه هو بنفسه ، حتى عابه كثير من أهل العلم على ما جاء في المغني ، وحتى قال الشافعي لا أدري هل أتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر ، وحتى قال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . أما مالك رحمه الله فقد اكتفى بأن يقول في هذا الحديث : ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه ^(١) . . .

٢٨ — تطابق الإرادتين والقبول

تطابق الإرادتين وعدم تغير المحل :

لا بد لانعقاد العقد من أن تتطابق الإرادتان تطابقاً تاماً على محل العقد . ولا بد أيضاً ألا يتغير المحل ما بين الإيجاب والقبول .

(أور) تطابق الإرادتين على محل العقد :

صور انحراف التطابق :

لا بد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ويقول صاحب البدائع (جزء

(١) ولعل موقف مالك من هذا الحديث يؤكد ما قيل عنه من أنه كان يعمل كثيراً بالرأى ، بالرغم مما اشتهر به من أنه أمام أهل الحديث .

ثم لعل موقف من ينسكح خيار المجلس من الفقهاء ، معارضين في ذلك ظاهر الحديث ، يبين في وضوح أن الفقه الإسلامي — ككل نظام قانوني — كان يسير في طريقة ، صناعة فقهية مستقلة ، ترعى المصلحة ، وتساير حضارة الزمن ، لا يعوقها في ذلك حتى ظاهر الحديث . بل نقول حتى ولا ظاهر الكتاب . فقد وردت آية المدائنة في كتاب الله الكريم وهي تكاد تكون صريحة في جعل الكتابة لازمة في الديون الآجلة ، ومع ذلك خضع الفقه الإسلامي لحضارة زمنه ، فأثر الشهادة على الكتابة . وإذا كان هذا الفقه العظيم قد كشف عن نزعة تقدم إلى الإمام في فيه لخيار المجلس رغم ظاهر الحديث ، ثم كشف عن نزعة رجوع إلى الوراء في إثارة الشهادة على الكتابة رغم ظاهر الكتاب ، فهو في الحالتين إنما يساري روح عصره ، ويجاري حضارة زمنه ، وهو في الحالتين فقه يسير على هدى من أمره ، وفقاً لقواعد مقرر ، ومقتضيات من الحضارة محتومة .

٥ ص ١٣٦) في هذا المعنى : « وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه . فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه ، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق . » ثم يضيف إلى الصور المتقدمة من انعدام التوافق صورتين أخريين على النحو الآتي :

« وعلى هذا إذا خاطب البائع رجلين فقال بعثكما هذا العبد أو هذين العبدين ، فقبل أحدهما دون الآخر ، لا ينعقد ، لأنه أضاف الإيجاب في العبدين أو عبد واحد إليهما جميعاً ، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر . وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منك هذا العبد بكذا ، فأوجب أحدهما ، لم ينعقد لما قلنا » (البدائع ٥ ص ١٣٦) .

ونستعرض الآن صور انعدام التطابق الواردة في النص المتقدم ، على ترتيب اخترناه . ونستعير أمثلتها من صاحب البدائع .

فأول صورة منها أن يقبل المشتري غير ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع البيع في العبد فقبل المشتري في الجارية . في هذه الصورة لا ينعقد العقد لأن الإرادتين لم تتوافقا على محل واحد ، فانعدم الرضاء .

والصورة الثانية أن يقبل المشتري بغير ما أوجبه البائع كما إذا أوجب البائع البيع بجنس ثمن (دنانير مثلاً) فقبل المشتري بجنس آخر (دراهم مثلاً) . في هذه الصورة أيضاً لا ينعقد العقد للسبب ذاته الذي رأيناه في الصورة الأولى : لم تتوافق الإرادتان على محل واحد — وهو هنا الثمن أما في الصورة الأولى فهو المبيع — فانعدم الرضاء .

والصورة الثالثة أن يقبل المشتري بعض ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع البيع في العبد فقبل المشتري في أحدهما ، أو أوجب البائع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه . ويقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) في تعليل عدم انعقاد العقد في هذه الصورة ما يأتي : « وكذا إذا أوجب في

العبدین فقبل فی أحدهما ، بأن قال بعثُ منك هذين العبدین بألف درهم فقال المشتري قبلت فی هذا العبد وأشار إلى واحد معین ، لا ینعقد ، لأن القبول فی أحدهما تفريق الصفقة علی البائع ، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا یملك المشتري تفريقها قبل التمام ، لأن من عادة التجار ضم الردی إلى الجید ترویجاً للردی بواسطة الجید فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل فی الجید دون الردی فیتضرر به البائع والضرر منی ، ولأن غرض الترویج لا یحصل إلا بالقبول فیهما جميعاً فلا یكون راضياً بالقبول فی أحدهما ، ولأن القبول فی أحدهما یكون أعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس ، وكذا لو أوجب البیع فی كل العبد فقبل المشتري فی نصفه لا ینعقد ، لأن البائع یتضرر بالتفريق لأنه یلزمه عیب الشركة ، فالأسباب التي یسردها صاحب البدائع لعدم انعقاد العقد ، فی صورة ما إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع ، ثلاثة : (١) الضرر الذي یلحق البائع من تفرق الصفقة (٢) انعدام رضا البائع بتفرق الصفقة (٣) اعتبار القبول فی بعض الصفقة أعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس . ومرد هذه الأسباب جميعاً إلى انعدام الرضاء ، لأن الضرر الذي یلحق البائع من تفرق الصفقة لیس إلا سبباً لانعدام الرضاء . ولأن أعراض المشتري عن الجواب لیس إلا مظهرأ لانعدام الرضاء (١) .

(١) ویوضح ذلك صاحب فتح القدير . فقد جاء فی الهدایة (فتح القدير ٥ ص ٧٧ — ٨٢) : « و لیس له أن یقبل فی بعض البیع ولا أن یقبل المشتري بعض الثمن ، لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة ألا إذا بین ثمن كل واحد لأنه صفقات معنی . » وجاء فی فتح القدير (٥ ص ٧٧ — ٨٢) تعلیقاً علی ما تقدم : « قوله : و لیس له أن یقبل فی بعض المبیع یعنی ألا أن یرضی الآخر بذلك بعد قبوله فی البعض ویكون المبیع مما یقسم الثمن علیه بالأجزاء كعبد واحد أو مکیل أو موزون . فإن كان مما لا ینقسم ألا بالقيمة کثوبین وعبدین لا یجوز وأن قبل الآخر . ولنتكلم علی عبارة الكتاب هنا فإنها مما وقع فیها تجاذب . فنقول الظاهر من نظم الکلام أن ضمیر « له » فی قوله « و لیس له » راجع إلى أحد المتعاقدين فی قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البیع فالآخر ... وحيث یكون أعم من البائع والمشتري . فقنأ فی البائع أنه إذا أوجب المشتري البیع ، بأن قال اشتریت هذه الآنواب أو هذا الثوب بعشرة ، فلیس للبائع أن یقبل فی بعض المبیع من أنواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة ، لأنه قد یعلق غرضه بالجملة لسبب حاجته إلى السکل ویعسر علیه تحصيل باقی الأنواب لعزتها وبعضها =

والصورة الرابعة أن يقبل المشتري ببعض ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع في شيء بألف فقبل المشتري فيه بخمسمائة . في هذه الصورة لا ينعقد العقد لانعدام الرضاء كما في الصورة السابقة . لكن انعدام الرضاء هنا لحق الثمن ، وفي الصورة السابقة لحق المبيع . ولا تنطوي هذه الصورة الرابعة على تفرق في الصفقة ، لأن تفرق الصفقة لا يكون إلا إذا لحق التبعيض المبيع لا الثمن .

والصورة الخامسة أن يخاطب البائع مشتريين فيقبل أحدهما دون الآخر . وفي هذه الصورة لا ينعقد البيع أيضاً لانعدام رضاء البائع ، لأنه أضاف الإيجاب للمشتريين جميعاً ، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر ، وإذا كان البائع قد رضى أن يبيع للاثنين معاً ، فإنه لم يرض أن يبيع لواحد منهما منفرداً . وهنا يتعدد المخاطب بالإيجاب ، ويقبل بعض دون بعض ، فتتفرق الصفقة . ويوضح ذلك صاحب فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) على الوجه الآتي : « والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفرق الصفقة ، فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفرقها . فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره . فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من إلزام الشركة . مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعثكما هذا بألف ، فقال أحدهما اشتريت دون الآخر ، تعددت ، فلا يلزم ، لأنه لو تم في النصف لأنه خاطبهما بالكل فكان مخاطباً كلا بالنصف ، فلو لزم صار شريكاً للبائع ، فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه . »

= لا يقوم بمحاخته ، فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور : وأما في المشتري فعناه إذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة ، لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الرديء ليروجوه فلو ألزمناه البيع بقي الرديء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك . ومعلوم أن القبول في البيع يكون ببعض الثمن ، فحذفه المصنف للعلم به . لكن على هذا لا حاجة لقوله : « ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن » لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة ، فلزم كون الضمير للبائع ، ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه ، أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري ، ولا أن يقبل الممتري في بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا البائع »

والصورة السادسة أن يخاطب المشتري بائعين فيقبل أحدهما دون الآخر .
وهنا أيضاً لا انعقد البيع لانعدام رضا المشتري لأنه أضاف الإيجاب
للبائعين جميعاً ، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر ، وإذا كان المشتري
قد رضى أن يشتري من الإثنين معاً ، فإنه لم يرض أن يشتري من واحد منهما
منفرداً . وفي هذه الصورة ، كما في الصورة السابقة ، تفرقت الصفقة .

حكم انعدام النطابق :

وعند انعدام التطابق في أية صورة من صوره المختلفة التي قدمناها ، يعتبر
القبول ، الذي لم يوافق الإيجاب ، إيجاباً مبتدأً موجهاً للموجب من المتعاقد
الآخر . فإذا قبله الموجب في مجلس العقد ، وكان قبوله مطابقاً لهذا الإيجاب
المبتدأ ، انعقد العقد .

وتطبق هذه القاعدة واضح في صورتين الآتيتين :

(١) صورة ما إذا قبل المشتري غير ما أوجبه البائع ، فأوجب البائع في
العقد وقبل المشتري في الجارية . وواضح هنا أن قبول المشتري في الجارية
يعد إيجاباً مبتدأً ، إذا قبله البائع في مجلس العقد ، وكان هناك اتفاق على الثمن ،
انعقد العقد في الجارية لا في العبد .

(٢) صورة ما إذا قبل المشتري بغير ما أوجبه البائع ، فأوجب البائع
بالدنانير وقبل المشتري بالدرهم . وواضح هنا أيضاً أن قبول المشتري بالدرهم
يعد إيجاباً مبتدأً ، إذا قبله البائع في مجلس العقد ، تم العقد بالدرهم
لا بالدنانير .

تبقى الصور الأخرى وهي : (١) صور تفرق الصفقة (٢) وصورة
قبول المشتري المبيع ببعض الثمن . وفي كل منها تفصيل . أما صور تفرق
الصفقة فقد ورد في شأنها في البدائع (جزءه ص ١٣٦) ما يأتي : « ثم إذا
قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأً من البائع في المجلس
فينظر : أن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز ،

وَأَلَا فَلَا . بَيَانُهُ إِذَا قَالَ بَعْتَ مِنْكَ هَذِينَ الْكَرِينِ بَعَشْرِينَ دِرْهَمًا ، فَقَبِلَ الْمُشْتَرَى فِي أَحَدِهِمَا ، وَأَوْجِبَ الْبَائِعُ ، جَازٌ ، لِأَنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عَلَى الْمُبِيعِ بِاعْتِبَارِ الْأَجْزَاءِ فِيْمَا لَهُ مِثْلٌ ، فَكَانَ يَبِيعُ الْكَرِينِ بَعَشْرِينَ يَبِيعُ كُلَّ كَرٍ بِعَشْرَةٍ لِمِثَالِ قَفْزَانِ الْكَرِينِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ بَعْتَ مِنْكَ هَذِينَ الْعَبْدِينَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَقَبِلَ الْمُشْتَرَى فِي أَحَدِهِمَا وَبَيَّنَّ ثَمَنَهُ ، فَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتَ ، يَجُوزُ . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبَيِّنْ ثَمَنَهُ ، لَا يَجُوزُ وَإِنْ ابْتَدَأَ الْبَائِعُ الْإِيجَابَ ^(١) . بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكَرِينِ وَسَائِرِ الْأَشْيَاءِ الْمُتَمَازِلَةِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الثَّمَنَ فِي الْمُثْلِيَّاتِ يَنْقَسِمُ عَلَى الْمُبِيعِ بِاعْتِبَارِ الْأَجْزَاءِ ، فَكَانَتْ حَصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مَعْلُومَةً ، وَفِيْمَا لَا مِثْلَ لَهُ لَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى الْمُبِيعِ بِاعْتِبَارِ الْأَجْزَاءِ لِانْعِدَامِ تَمَازُلِ الْأَحْزَاءِ ، وَإِذَا لَمْ يَنْقَسِمِ بَقِيَّتْ حَصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الثَّمَنِ مَجْهُولَةً ، وَجَهَالَةُ الثَّمَنِ تَمْنَعُ صَحَّةَ الْبَيْعِ . هَذَا إِذَا لَمْ يَبَيِّنِ الْبَائِعُ حَصَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدِينَ بِأَنَّ قَالَ بَعْتَ مِنْكَ هَذِينَ الْعَبْدِينَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَأَمَّا إِذَا بَيَّنَّ أَنَّ قَالَ بَعْتَ مِنْكَ هَذِينَ الْعَبْدِينَ هَذَا بِأَلْفٍ وَهَذَا بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَقَبِلَ الْمُشْتَرَى فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، جَازَ الْبَيْعُ لِانْعِدَامِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، بَلِ الْبَائِعُ هُوَ الَّذِي فَرَّقَ الصَّفَقَةَ حَيْثُ سَمِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا عَلَى حِدَةٍ ، وَعَلِمَ أَنَّهُ لَا ضَرَرَ لَهُ فِيهِ ، وَلَوْ كَانَ فَهُوَ ضَرَرٌ مَرْضَى بِهِ وَأَنَّهُ غَيْرُ مَدْفُوعٍ . وَيَسْتَخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصْرِ أَنَّ الْمُبِيعَ إِذَا كَانَ مِثْلِيًّا تَفَرَّقَ الثَّمَنُ عَلَى أَحَادِهِ ؛ فَكَانَ ثَمَنُ الْحَصَّةِ الَّتِي انْعَقَدَ فِيهَا الْبَيْعُ مَعْلُومًا ، فَصَحَّ الْعَقْدُ . أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُبِيعُ غَيْرَ مِثْلِيٍّ أَوْ كَانَ مِثْلِيًّا وَقِيمِيًّا ، وَجِبَ تَعْيِينُ ثَمَنِ الْحَصَّةِ الَّتِي انْعَقَدَ فِيهَا الْبَيْعُ ، وَيَكُونُ التَّعْيِينُ إِمَّا بِأَنَّ يَبَيِّنَ الْبَائِعُ حَصَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُبِيعَاتِ عِنْدَ الْإِيجَابِ الْأَوَّلِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا حَاجَةَ إِلَى قَبُولِ جَدِيدٍ فَالْبَائِعُ هُوَ الَّذِي فَرَّقَ الصَّفَقَةَ عِنْدَ الْإِيجَابِ ، وَإِمَّا بِأَنَّ يَبَيِّنَ الْمُشْتَرَى عِنْدَ الْإِيجَابِ الْمُبْتَدَأِ ثَمَنَ الْحَصَّةِ الَّتِي قَبَلَ شَرَاءَهَا ؛ فَيَصَحُّ الْبَيْعُ

(١) وَالظَّاهِرُ أَنَّ النَّصَّ ، فِي قَبُولِ الْمُشْتَرَى لِبَعْضِ الْمُبِيعِ وَرِضَاءِ الْبَائِعِ بِذَلِكَ ، يَجْعَلُ رِضَاءَ الْبَائِعِ هُوَ الْإِيجَابُ الْمُبْتَدَأُ . وَنَحْنُ نَجْعَلُ قَبُولَ الْمُشْتَرَى لِبَعْضِ الْمُبِيعِ إِجْبَابًا مُبْتَدَأً لِأَنَّهُ لَا يَصِلُحُ قَبُولًا لِعَنَمٍ مُوَافَقَتَهُ لِلْإِيجَابِ الْأَوَّلِ ، وَنَجْعَلُ رِضَاءَ الْبَائِعِ هُوَ الْقَبُولُ لِهَذَا الْإِيجَابِ الْمُبْتَدَأِ .

بقبول جديد من البائع ، فإذا لم يتعين ثمن الحصة بأحد هذين الطريقتين ، كان الثمن مجهولاً ولم يصح البيع^(١) . وغنى عن البيان أن هذا الحكم نفسه هو حكم تفرق الصفقة في الصورتين الأخريين عندما يتعدد المخاطب بالإيجاب^(٢) .

(١) وإذا بين البائع حصة كل واحد من المبيعات عند الإيجاب ، فهناك رأى يذهب إلى أن هذا كاف في اعتبار أن البائع قد رضى بتفريق الصفقة . على أن هناك رأياً آخر يذهب إلى أن هذا لا يكفي ، بل يجب أيضاً تكرار لفظ البيع . ولكن الرأي الأول الذي يذهب إلى الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن هو الأوجه . وقد جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) في هذا الصدد ما يأتي : « فلو كان بين ثمن كل منهما ، فلا يخلو أما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره . ففيما إذا كرره فلا تفاق على أنه صفتان ، فإذا قبل في أحدهما يصح ، مثل أن يقول بعثك هذين العبدتين بعثك هذا بألف وبعثك هذا بألف ، أو اشتريت منك هذين العبدتين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف ، كذا في موضع ، وفي موضع أن يقول بعثك هذين بعثك هذا بألف وهذا بألفين . وفيما إذا لم يكرره ، مثل بعثك هذا بمائة وهذا بمائة . فظاهر الهداية أنه صفتان وبه قال بعضهم ، وقال آخرون صفقة واحدة وأن مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع . والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن ، لأن الظاهر أن فادته ليس إلا قصده بأن يبيع منهما أيهما شاء ، وإلا فلو كان غرضه ألا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما . »

(٢) ونقل نصوصاً من بعض المذهب في حكم تفرق الصفقة . جاء في الوجيز (جزء ١ ص ١٤٠ — ص ١٤١) : « ومهما باع الرجل ملك نفسه وملك غيره في صحة بعه في ملكه قولان . ولو كان ما بطل البيع فيه حراً أو خيراً أو خنزيراً أو مالا قيمة له ، فقولان مرتبان وأولى بالبطان . وللبطان علتان : أحدهما أن الصيغة متحدة فإذا فسدت في بعض المقننات لم تقبل التجزئ ، والأخرى أن الثمن فيما يصح يصير مجهولاً . وعلى هذه العلة لا يعتنع بتفريق الصفقة في الرهن والهبة إذ لا عوض فيهما ، ولا في النكاح فإنه لا يفسد بالجهل في العوض . ولو اشترى عبدان وانفسخ العقد في أحدهما بالثلف قبل القبض أو بسبب يوجب الفسخ ، ففي الانفساخ في الباقي قولان : تفريق الصفقة وأولى بالألّا ينفسخ في الباقي . والأصح أن الفساد مقصور على الفاسد إلا إذا صار ثمن ما يصح العقد عليه مجهولاً ، حتى لو باع عبداً له نصفه صح في نصيبه إذ حصته نصف الثمن . وكذا بيع حلة الثمار وفيها عشر الصدقة ، بخلاف ما لو باع أربعين شاة وفيها الزكاة إذ حصة الباقي مجهولة . ثم مهما قضينا بالصحة فلما اشترى الجار إذا لم يسلم له جميع ما اشتراه ، وبأخذ الباقي أن أجاز بقسطه من الثمن على أصح القولين لا بكل الثمن . وأصح القولين أنه لو جمع بين عقدين مختلفين في صفقة واحدة ، كالاجارة والسلم أو الاجارة والبيع أو النكاح والبيع ، مثل أن يقول زوجتك جاريتي وبعثك عبيد بدينار ، فالعقد صحيح وإن اختلفت في الدوام أحكامهما . وتتعدد الصفقة بتعدد البائع وتفتصيل الثمن ، مثل أن يقول بعت هذا بدرهم وهذا بدينار . وهل تتعدد بتعدد المشتري ؟ فيه قولان . وإذا جرى العقد =

وأما صورة قبول المشتري المبيع ببعض الثمن ، كما إذا أوجب البائع بألف فقبل المشتري بخمسمائة ، فقد قدمنا أن البيع لا ينعقد لانعدام الرضاء . ولكن يجوز اعتبار قبول المشتري بخمسمائة إيجاباً مبتدأ ، على النحو الذي أسلفناه ، فإذا قبله البائع في مجلس العقد ، تم العقد بخمسمائة لا بألف . وفي هذا الصدد يصور الفقهاء فروضاً نادرة الحصول ، فيعكسون الصورة التي نحن فيها ويفرضون أن المشتري قبل المبيع بأكثر من الثمن الذي عينه البائع ، أو أن البائع قبل أن يبيع بأقل من الثمن الذي عينه المشتري ، ويقولون أن البيع ينعقد في هاتين الحالتين بالثمن الأقل ، إلا إذا قبل البائع الزيادة في الحالة الأولى . جاء في الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٢٧) : « ولو قال البائع بعث منك هذا العبد بألف درهم ، فقال المشتري اشتريت منك بألفي درهم ، ذكر في النوادر أنه ينعقد البيع بألف ، والألف الأخرى زيادة في الثمن إن قبلها البائع صح . وكذلك لو ابتدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بألفي درهم ، فقال البائع بعته بألف درهم ، كان ذلك خطأ لأحد

== بوكالة ، فالأصح أن الاعتماد على الموكل في تعدده واتحاده .

أنظر أيضاً الأشباه للسبوطي ص ٧٦ وما بعدها .

وجاء في النيل (جزء ٢ ص ١١) . « وان باع شيئاً بكذا فقبل مشتريه بعضه ، أو باع اثنان لواحد فقبل نصيب أحدهما ، فهل جاز التبيع أولاً ؟ قولان . ثم هل يدرك الشريك شفعة ذلك النصيب إن كان أهلاً أو أبطل حقه حين باع ولم يقبل ؟ فيه تردد والأول أظهر . ومن باع لائنين فقبل أحدهما شارك البائع ومنع قبوله وحده وان بيع واحد بصفتان جمعت بقبول ، جاز على المختار ويتم .

وجاء في المنتزع المختار (جزء ٣ ص ٤) : « المشرط الثالث أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين ، أي يتناول القبول كل ما تناوله الإيجاب ، لا ينقص عنه ولا يزيد . فلو قال بعتك هذين العبدين بألفين أو كل واحد بألف ، فقبل أحدهما بألف ، لم يصح البيع . وكذا لو كان المشتري اثنين ، فقبل أحدهما أحد العبدين بألف أو قبل أحدهما السك والبائع باع منهما جميعاً ، لم يصح البيع لأنهما غير متطابقين . فأما لو قال بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف ، فقال المشتري اشتريت هذا بألف ، فإنه يصح ، لأن الإيجاب والقبول في هذه الصورة متطابقان من حيث كانا عقدين قبل أحدهما دون الآخر ، وكذا يصح لو قال البائع بعث منك العبدين كل واحد بألف ، فقال المشتري قبلت هذا بألف وهذا بألف . وهكذا إذا كان البائع شخصين لشئين أو لشئ واحد ، فقبل المشتري بيع أحد الشخصين دون بيع الآخر ، صح العقد ، لأن الإيجاب والقبول قد تطابقا » .

الألفين». وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٧) : « ولو قال لآخر بعث منك عبدي هذا بألف درهم ، وقال المشتري اشتريت بألفي درهم ، فالبيع جائز ، فإن قبل الزيادة في المجلس فالبيع بألفي درهم ، وإن لم يقبل صح بألف . ولو قال اشتريت هذا العبد بألفين ، فقال البائع بعث منك بألف ، جاز البيع بألف ، كذا في الخلاصة . ولو قال بعثتك بألف بعثتك بألفين ، فقال قبلت الأول بألف ، لم يجز . فإن قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الأخير بثلاثة آلاف ، يعني يكون البيع بألفين ، والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها (١) » .

ويلاحظ في الفرض الأخير الذي ورد في الفتاوى الهندية — قال بعثتك بألف بعثتك بألفين — أنه كرر الأيجاب ، ففسخ الأيجاب الثاني (بعثتك بألفين) الأيجاب الأول (بعثتك بألف) ، فسقط الأيجاب الأول وقام الأيجاب الثاني ، فإذا قبل المتعاقد الآخر الأيجاب الأول بألف صادف القبول إيجابا ساقط فلا ينعقد العقد ، ووجب أن ينصب القبول على الأيجاب الثاني بألفين وهو الأيجاب القائم . وقد ورد في هذا الحكم نص في القانون المدني العراقي ، إذ تقول المادة ٨٣ من هذا القانون : « تكرار الأيجاب قبل القبول يبطل الأول ، ويعتبر فيه الأيجاب الثاني » .

مطابقة القبول للأيجاب في الفقه الغربي

وهذه الفروض والأحكام التي بسطناها في الفقه الإسلامي لا يوجد ما يمنع من التسليم بها في الفقه الغربي . وقد لخصتها المادة ٩٦ من القانون المدني المصري في العبارات الآتية : « إذا اقترن القبول بما يزيد في الأيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا » . وجاء في شرح هذا النص في الوسيط (ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) :

(١) أنظر المجلة ١٧٨ — وهذه الفروض النادرة تراها أيضا في كتاب الالتزامات للفقيه الفرنسي پونتييه ، وهو أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم .

ما يأتي « فالقبول اذن يجب أن يكون مطابقة للإيجاب على النحو الذي قدمناه أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع ، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . »

(ثانياً) عدم تغير محل ما بين الإيجاب والقبول :

وحتى يتم العقد يجب ألاّ تتغير حال المبيع وقت القبول عما كانت عليه وقت الإيجاب . فلو باع عصيراً ، فسكت المشتري حتى تخمر ثم تخلل ، ثم قبل ، لم ينقعد العقد . ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ، والمبيع قبل تمام العقد قد أصبح خلا ، فلا يتم العقد في الخل لأنه لم يكن محل التراضي ، ولا في العصير لأنه غير موجود .

وقد جاء في الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣١) في هذا المعنى ما يأتي : « وكذا لو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب وأخذ البائع أرشها ، أو ولدت الجارية ، أو تخمر العصير ثم صار خلا ، لا يصح قبول المشتري . »

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع ، كذا في البحر الرائق . فلو باع عصيراً ، فلم يقبل المشتري حتى تخمر ثم تخلل ، ثم قبل المشتري ، لم يجز . وكذا لو ولدت الجارية ، ثم قبل المشتري . وكذلك لو باع عبدين ، فلم يقبل المشتري حتى قتل أحدهما فقبض البائع الدية ، ثم قبل المشتري ، هكذا في السارخانية . » (انظر أيضاً ابن عابدين ٤ ص ٢٩) .

ويمكن قبول هذا الحكم في الفقه الغربي لأنه لا يخالف أصوله ، وأن لم يكن موضع ذكر خاص في هذا الفقه .

المطلب الثاني

التعاقد بين الغائبين

خصائص هذا التعاقد :

التعاقد بين الغائبين ، كالتعاقد بين الحاضرين ، يجب أن يتم في مجلس العقد .
 والواجب فيه خيار الرجوع في إيجابه ، وللتعاقد الآخر خيار القبول .
 ويجب فيه مطابقة القبول للإيجاب على النحو الذي فصلناه في التعاقد بين الحاضرين .
 ألا أن التعاقد بين الغائبين له خصائص يتميز بها عن التعاقد بين الحاضرين .
 وهي تتعلق : —

- (أولاً) بمجلس العقد .
 - (ثانياً) بوقت تمام العقد .
 - (ثالثاً) بخيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس .
- فنستعرض هذه المسائل الثلاث^(١) .

مجلس العقد في التعاقد بين الغائبين :

قدمنا عند الكلام في التعبير عن الإرادة بالرسالة وبالكتابة^(٢) أن الأصل في الإيجاب والقبول أن يقترن أحدهما بالآخر في مجلس واحد . فإذا أوجب أحد المتعاقدين في غياب المتعاقد الآخر ، لم يتوقف شرط العقد على

(١) أما التعاقد بالتليفون أو بأي طريق مماثل ، فيعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان . فتراعى أحكام كل نوع في مناسباته . وقد نصت المادة ٨٨ من القانون المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . فإذن المادة ١٨٥ من القانون اللبناني .

(٢) أنظر الكراسة الأولى ص ١٠٠ — ص ١٠٦ .

الشرط الآخر إلا في المجلس بحيث لو قبل عن المتعاقد الآخر قابل في المجلس انعقد العقد وتوقف على أجازة المتعاقد الآخر ، ولا يتوقف شرط العقد على الشرط الآخر فيما وراء المجلس إلا إذا كان التعاقد بالرسالة أو بالكتابة ، ويكون مجلس العقد في هذه الحالة هو محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب . وقد جاء في الهداية (فتح القدير ص ٧٨ - ص ٨٢) . « والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة » .

ومن ثم رى أن مجلس العقد في التعاقد بين الغائبين غير مجلسه في التعاقد بين الحاضرين . فالمجلس الثاني هو محل صدور الإيجاب ، أما المجلس الأول فهو محل بلوغ الإيجاب المتعاقد الآخر ، أى محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب ، وهذا الفرق اقتضته طبيعة التعاقد بين الغائبين ، فالتعاقد الآخر غائب عن المجلس الذي صدر فيه الإيجاب ، فلا بد من بلوغ الإيجاب إليه ، وفي محل بلوغه يكون مجلس العقد .

وقد رأينا أن صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨) يفسر ذلك تفسيراً معقولاً فيقول . « أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول للرسول إنى بعث عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبّر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه ، فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس . أما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعث عبدى فلاناً منك بكذا ، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه ، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس . »

ورأينا في التعاقد بالرسالة أنه إذا نقل الرسول الإيجاب للتعاقد الآخر ، وقبل هذا في مجلس أداء الرسالة — وهو مجلس العقد في هذه الحالة — انعقد العقد ، لأن الرسول كما تقدم القول ناقل ، فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً . أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد

الآخر ، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولاً بل فضولياً . لكن لو أمر الموجب أحداً بتبليغ إيجابه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه ، فإن قبل المتعاقد الآخر في مجلس التبليغ انعقد العقد . ونقلنا في هذا الصدد عن فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٩) ما يأتي :

« والرسالة أن يقول إذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا ، فجاء فأخبره ، فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعث عبدى فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره ، فذهب فأخبره فقبل ، وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً ، فلو بلغه بغير أمره فقبل ، لم يحز ، لأنه ليس رسولاً بل فضولياً . ولو كان قال بلغه يا فلان ، فبلغه غيره فقبل ، جاز . » ويقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ — ص ١٥) : « . . . وجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه ، فإن قبل صح البيع ^(١) . » وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : « وإذا قال بعث هذا من فلان الغائب بكذا ، فبلغه أخبر فقبل ، لا يصح . ولو قبل عنه إنسان في المجلس توقف على أجازته ، كذا في السروجية . ولو قال بعته منه فبلغه يا فلان ، فبلغه رجل آخر ، جاز ، كذا في المحيط . » ويبدو من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين ما إذا كان الموجب لم يأمر أحداً بتبليغ إيجابه وبين ما إذا كان قد أمر رسولاً بالتبليغ سواء كان من قام بالتبليغ هو الرسول نفسه أو شخص آخر لم يؤمر بالتبليغ . ففي الحالة الأولى لا يعتبر الإيجاب باتاً لأن الموجب لم يأمر بتبليغه ، فإذا بلغ المتعاقد الآخر عرضاً لم ينعقد العقد . وفي الحالة الثانية يصبح الإيجاب باتاً بمجرد الأمر بالتبليغ — أى بالتصدير — فإذا بلغ المتعاقد الآخر سواء عن طريق الرسول المأمور بالتبليغ أو عن طريق شخص آخر لم يؤمر بذلك ، فإن العقد ينعقد .

ورأينا في التعاقد بالكتابة أن الكتاب كالخطاب . فلو أرسل المتعاقد إيجابه في كتاب للتعاقد الآخر ، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال قبلت في مجلس بلوغ الكتاب ، انعقد^(١) . وقد جاء في الفتاوى البنازية (جزء ٤ ص ٣٦٦) :

« وكما ينعقد بالخطاب من الحاضر ينعقد بالخطاب من الغائب أيضاً . فإن كتب البائع إلى آخر : بعث عبدي منك بكذا ، وقال عند وصول الكتاب قبلت ، تم . وإن كتب المشتري بعث عبدي كذا مني بكذا ، فقال اشتريت ، لا يصح . ولو كتب إليه اشتريت عبدي ، فقال بعث ، تم لوجود الركنين . »
ورأينا أيضاً أن الكتابة تختلف عن الرسالة في أن المتعاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس بلوغ الكتاب ، فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ في مجلس ثان ، فقبل المتعاقد الآخر ، انعقد العقد . وقد جاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ — ص ١٥) في هذا الصدد ما يأتي : « وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة في مبسوطه : الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضرًا مخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ، ثم أجابت في مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح . وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب ، يصح النكاح ، لأن الغائب إنما صار مخاطبًا لها بالكتاب ، والكتاب باق في المجلس الثاني ، فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر . فأما إذا كان حاضرًا فإنما صار مخاطبًا لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني ، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد . اهـ ... وظاهر أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية ، فتأمل^(٢) . »

(١) أنظر الكراسة الأولى ص ١٠١ .

(٢) أنظر الكراسة الأولى ص ١٠١ و ص ١٠٤ — ١٠٥ .

متى يتم العقد في التعاقد بين الغائبين :

وننتقل بعد ذلك إلى مسألة هامة في التعاقد بين الغائبين ، هي متى يتم التعاقد بينهما ؟

انقسم الفقه الغربي في هذه المسألة كما هو معروف ، إلى أربعة آراء :
 رأى يقول بإعلان القبول (déclaration) من المتعاقد الآخر ، وثان يقول بتصدير القبول (expédition) إلى الموجب وهذا غير تصدير الإيجاب إلى المتعاقد الآخر ، وثالث يقول بوصول القبول (reception) إلى الموجب ، ورابع يقول بعلم الموجب بالقبول (information) .

وقد اختار القانون المدني المصري أن يتم العقد بين الغائبين من وقت علم الموجب بالقبول وفي المكان الذي وقع فيه هذا العلم ، على أن يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول . فنصت المادة ٩٧ من هذا القانون على ما يأتي : « ١ . يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك . ٢ . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » . وكذلك فعل القانون المدني العراقي ، فنص في المادة ٨٧ على ما يأتي : « ١ . يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى أو نص قانوني يقضى بغير ذلك . ٢ . ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما » . أما القانون المدني السوري فقد اختار أن يتم العقد بين الغائبين في المكان والزمان اللذين أعلن فيهما القبول من المتعاقد الآخر . وقد اقتدى في ذلك بقانون الالتزامات اللبناني (م ١٨٤) . وهذه هي إحدى المسائل النادرة التي خالف فيها القانون المدني السوري القانون المدني المصري ، « وذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون السوري — لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا

الموضوع بين البلدين لتلايقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوى العلاقة». ففصت المادة ٩٨ من القانون المدني السوري على ما يأتي : « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بعير ذلك » .

أما في الفقه الإسلامي فلم نعث على نص صريح في هذه المسألة يبين متى يتم العقد بين الغائبين ، هل يتم بمجرد إعلان القبول^(١) أو لا يتم إلا بعلم الموجب بالقبول^(٢) ؟ ولكن وردت نصوص في وجوب سماع المتعاقد الآخر الايجاب وفي وجوب سماع الموجب للقبول ، والظاهر أن هذه النصوص إنما وردت في التعاقد ما بين الحاضرين ، فنوردها ثم نبحث هل تنطبق أيضاً على التعاقد ما بين الغائبين . جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٤) : « قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع لم أسمع ولم يسمع به صم ، وقد سمعه من في المجلس ، لا يصدق » . والمفهوم من هذا النص أن البيع لا ينعقد إلا إذا سمع المشتري إيجاب البائع وسمع البائع قبول المشتري . فالبيع لا ينعقد إذن إلا بعلم الموجب بالقبول ، وهو في المثل الذي نحن بصدد سماع البائع قبول المشتري . وإذا ادعى أنه لم يسمع هذا القبول ، وكذبه الظاهر بأن كان ليس به صم وقد سمع من في المجلس قبول المشتري ، فإنه لا يصدق ، ويفترض أنه سمع القبول . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٣) : « ومنها سماع المتعاقدين كلامهما ، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع . فإذا قال المشتري اشتريت ، ولم يسمع البائع كلام المشتري ، لم ينعقد البيع ، هكذا في الفتاوى الصغرى . فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري ، والبائع يقول لم أسمع ولا وقر في أذني ، لم يصدق قضاء ، كذا في البحر الرائق » . وجاء في الفتاوى البزازية (جزء ٤ ص ٣٦٤) :

(١) ويمكن إدخال الرأي الذي يقول بتصدير القبول ضمن هذا الرأي : فالقبول لا يكون باتاً بمجرد إعلانه ، بل يجب تصديره حتى يصعب الرجوع فيه .
(٢) وكذلك يمكن إدخال الرأي الذي يقول بوصول القبول ضمن هذا الرأي ؛ فوصول القبول قرينة على العلم به ، وهذا ما جرى عليه القانون المصري والعراقي فيما قدمناه .

« وسماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع . حتى إذا أوجب أحدهما أو قبل ، ولم يسمع الآخر ، لا يتم البيع بالإجماع . كذا في النكاح والخلع في المختار . ولو سمع أهل المجلس ، وزعم أحدهما عدم السماع ، إن لم يكن في أذنه وقر لا يصدق قضاء . »

فلا شك إذن في وجوب سماع الموجب للقبول حتى ينعقد العقد ، وهذا في التعاقد بين الحاضرين . فهل هو أيضاً واجب في التعاقد بين الغائبين ؟ يجيب الأستاذ شفيق شحاته في رسالته المعروفة (ص ١٤٠) بما يأتي : « وعلى ذلك يمكن القول إن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل ، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب . ويلاحظ أنه على وجه عام يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب ، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول . أما تقرير هذا الحكم على وجه عام فيعارضه ما أورده من النصوص في التعاقد بين الحاضرين من وجوب سماع الموجب للقبول . ولكن يبدو أن الحكم يختلف إذا كان التعاقد بين غائبين . فإن النصوص التي أوردها في التعاقد بالرسالة وبالكاتبة لا تشترط صراحة أن يسمع الموجب القبول ، كما اشترطت ذلك النصوص التي أوردها في التعاقد بين الحاضرين . ففي التعاقد بالرسالة يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨) : « أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول للرسول إني بعث عبدى بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع . » وفي التعاقد بالكاتبة يقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ — ص ١٥) : « صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت ، تم البيع بينهما . » ولم تشترط النصوص في الحالتين ، لتام البيع ، أن يسمع المشتري قبول البائع . ولو قلنا إن في الرسالة يكفي سماع رسول البائع قبول المشتري ، ولو أنه رسول وليس بوكيل ، فكيف نعلل الأمر في التعاقد بالكتابة ، والمشتري قد اكتفى بالقبول بعد قراءة كتاب البائع ، وليس هناك رسول

يسمع هذا القبول ، ومع ذلك فقد تم البيع ؟ الظاهر من النصوص إذن
يريد رأى الأستاذ شفيق شحاتة في قوله : « وعلى ذلك يمكن القول إن العقد
إذا انعقد بالمسكوبة يتم عند قبول القابل ، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل
إلى علم الموجب » . فيتم العقد بين الغائبين ، إذن ، في الفقه الإسلامي ، بإعلان
القبول ولا يشترط علم الموجب بالقبول . وإذا كان التعاقد بين الحاضرين يشترط
فيه سماع الموجب للقبول ، كما تصرح النصوص بذلك ، فكل ما يشترط في
التعاقد بين الغائبين أن يكون الموجب قد أراد تبليغ إيجابه للمتعاقد الآخر
كما قدمنا ، حتى يُعلم بذلك أن إيجابه بات ، ولا يشترط أن يسمع هو -
أي الموجب - قبول المتعاقد الآخر أو أن يبلغه هذا القبول .

هذا ما نستخلصه من ظاهر النصوص . ولكننا مع ذلك نرى أن
الفقهاء لم يواجهوا ، في وجوب سماع الموجب للقبول ، حالة التعاقد بين
الغائبين مواجهة صريحة . وهم لم يواجهوا في ذلك إلا حالة التعاقد بين الحاضرين .
ولو أنهم واجهوا الحالة الأولى كما واجهوا الحالة الثانية ، لما كان بعيدا أن
تختلف الآراء فيها . بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقول إن منطق
القاعدة التي تقول بوجوب سماع الموجب للقبول في التعاقد بين حاضرين تقتضي
القول بوجوب علم الموجب بالقبول في التعاقد بين غائبين . والسماع في حالة
حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه .

خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس في التعاقد بين الغائبين :
وننظر الآن هل خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس في التعاقد
بين الغائبين مثلها في التعاقد بين الحاضرين ؟ .

خيار الرجوع :

أما خيار الموجب في الرجوع عن إيجابه فقد رأيناه قائما في التعاقد بين
الحاضرين ، فيجوز للموجب أن يرجع في الإيجاب مادام القبول لم يصدر
من المتعاقد الآخر . ولكن لما كان سماع المتعاقدين كلامهما هو شرط انعقاد
العقد بالإجماع في التعاقد بين الحاضرين ، فالظاهر أن للموجب أن يرجع

في إيجابه قبل أن يسمع القبول من المتعاقد الآخر ، حتى لو كان هذا القبول قد صدر فعلاً . كذلك يجوز للقابل أن يرجع في قبوله قبل أن يسمعه الموجب . بقي أن نبحث هل الرجوع ذاته يجب أيضاً سماعه ، قياساً على وجوب سماع الإيجاب والقبول ؟ في هذه المسألة خلاف . فقد ورد في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) ما يأتي : « وللموجب أيا كان أن يرجع قبل قبول الآخر ، هكذا في النهر الفائق . ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب ، كذا في التارخانية . وفي اليتيمة يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر ، كذا في البحر الرائق . لو قال البائع بعث منك هذا العبد بكذا ، ثم قال رجعت ، ولم يسمع البائع وقال اشتريت ، ينعقد البيع ، كذا في الظهيرية . » ويستخلص من هذا النص أن هناك رأياً يذهب إلى وجوب سماع الرجوع ، فلو قبل المتعاقد الآخر قبل أن يسمع رجوع الموجب انعقد العقد ، لأن الرجوع لا ينتج أثره إلا إذا سمعه القابل قبل أن يقبل . وهناك رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط سماع الرجوع ، فلو قبل المتعاقد الآخر بعد رجوع الموجب لم ينعقد العقد حتى لو كان القابل لم يسمع الرجوع إلا بعد أن قبل .

هذا الخلاف قائم في التعاقد بين الحاضرين ، فهل الأمر كذلك في التعاقد بين الغائبين ؟ يحسن أن نقرر أولاً أنه في التعاقد بين الغائبين يبدو أن سماع المتعاقد الآخر للإيجاب ضروري لانعقاد العقد .

قال البنا في حاشيته على شرح الزرقاني على سيدى خليل (جزء ٥ ص ٥ - ص ٦) : « قال البرزلى في نوازله : رجل قال في سلعة وقد عرضها من أتانى بعشرة فهى له ، فأتاه رجل بذلك . إن سمع كلامه أو بلغه ، فهو لازم وليس للبائع منعه . وإن لم يسمعه ولا بلغه ، فلا شيء عليه . » ويستخلص من هذا النص ، في المذهب المالكي ، أن الإيجاب إذا وجه إلى شخص غير معين ، وتعين الشخص بعد ذلك ، وجب أن يكون قد سمع الإيجاب أو بلغه . فإذا كان سماع الإيجاب واجباً في حالة التوجه إلى شخص غير معين ، فهو واجب

إذا توجه الموجب إلى شخص معين . ولم نعث في المذاهب الأخرى على رأى معارض .

فإذا كان سماع المتعاقد الآخر للإيجاب ضروريا في التعاقد بين الغائبين ، فهل إذا رجع الموجب في إيجابه يكون سماع المتعاقد الآخر للرجوع ضروريا كذلك ؟ يقرر صاحب البدائع أولا حق الموجب في الرجوع عن إيجابه في التعاقد بين الغائبين ، أى في التعاقد بالكتابة أو بالرسالة ، فيقول (جزء ٥ ص ١٣٨) : « ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه ، لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، فهنا أولى . كذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وإذا احتمل للرجوع ، فهنا أولى . » ثم يعالج مسألة العلم بالرجوع ، فلا ينظر في هذا إلى المتعاقد الآخر ، بل إلى الرسول ، فلا يشترط علمه ، ويفرق في ذلك بينه وبين الوكيل ، فيقول (جزء ٥ ص ١٣٨) : « وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما إذا وكل إنسانا ثم عزله بغير علمه ، لا يصح عزله ، لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيرا ومعبرا محضا ، فلم يشترط علم الرسول بذلك ، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه ، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغير . » وهذا ما يقرره أيضاً الشلبى في تعليقه على الزيلعى (جزء ٤ ص ٤) : « قوله حتى يعتبر مجلس أدائها أى ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينزل . » أما صاحب فتح القدير فيواجه المتعاقد الآخر نفسه ، لا الرسول ، فيقرر في صراحة أنه لا يشترط علمه بالرجوع ، ويقول في هذا الصدد ما يأتي (جزء ٥ ص ٧٩) : « هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك

لا يتم البيع ، بخلاف مالو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فيبيعه نافذ . النص إذن صريح في أن رجوع الموجب عن إيجابه ، في التعاقد بين الغائبين ، لا يشترط فيه حتى ينتج أثره أن يسمعه المتعاقد الآخر أو أن يبلغه ، حتى لو قبل بعد رجوع الموجب لا يتم العقد ولو لم يعلم بهذا الرجوع . ومن ذلك نرى أن الفقه الإسلامي ليس فيه نص يقرر بوجه عام أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . بل هو إذا اشترط ، في التعاقد بين الحاضرين ، علم القابل بالإيجاب وعلم الموجب بالقبول ، وإذا اشترط ، في التعاقد بين الغائبين ، علم القابل بالإيجاب ، فإنه ، فيما يبدو ، لا يشترط علم الموجب بالقبول إذا كان غائباً ، ولا يشترط أيضاً علم القابل برجوع الموجب إذا كانا غائبين ، وإذا كانا حاضرين فهناك خلاف في اشتراط هذا العلم . أما القانون المدني المصري فإنه يقرر بوجه عام أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به ، إذ تنص المادة ٩١ من هذا القانون على ما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » (١) .

ضبار القبول :

أما خيار القبول في التعاقد ما بين غائبين فلا يختلف عنه في التعاقد ما بين حاضرين . فللمتعاقد الآخر الذي بلغه الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة خيار

(١) وينبغي على ذلك أن القبول ذاته في القانون المدني المصري — وهو تعبير عن الإرادة — لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به ، فيتم العقد بالعلم بالقبول بإعلان القبول كما قدمنا . وينبغي على ذلك أيضاً أن القبول لا يكون له أثر ، ولا يتم به العقد ، إذا وصل عدول عنه إلى الموجب قبل أن يصله القبول ذاته أو في الوقت الذي وصل إليه

أما في الفقه الإسلامي فلا يتصور العدول عن القبول بعد اعلانه ، مادام العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول دون أن يشترط علم الموجب به كما تقدم القول .

القبول ، أى أن يقبل الإيجاب أو أن يرفضه ، وذلك في مجلس العقد وهو مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة كما قدمنا . فإذا انفض المجلس سقط الإيجاب ، ولا يصح للمتعاقد الآخر أن يقبل بعد ذلك . على أنه إذا كان الإيجاب بالكتابة ، وقرأ المتعاقد الآخر الكتاب ولم يجب حتى انفض المجلس ، ثم أعاد قراءته في مجلس آخر وقبل ، تمَّ العقد ، لأن الكتاب باقٍ وتكون قراءته في المجلس الثاني بمثابة ما لو تكرر الإيجاب ، وقد تقدم ذكر ذلك . ويجوز أن يكون القبول بالكتابة إذا كان الإيجاب بالكتابة ، بشرط أن يكتب القبول في مجلس بلوغ الكتاب بالإيجاب حيث يتم العقد . قال ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ - ص ١٥) : « قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت عبدك فلاناً بكذا ، فكتب إليه البائع قد بعته ، فهذا بيع كما في التارخانية » .

خيار المجلس :

وإذا قبل المتعاقد الآخر في مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة ، فليس له بعد ذلك خيار المجلس على القول الذي اخترناه في التعاقد ما بين الحاضرين ، ولأن الحديث الذي يستند إليه القائلون بخيار المجلس يقتصر على التعاقد ما بين الحاضرين إذ يفترض أنهما لم يتفرقا .

المطلب الثالث

حالات خاصة في إبرام العقد

حالات ثلاث :

ذكر القانون المدني المصري ، وعلى أثره القانون المدني السوري ، والقانون المدني العراقي ، حالات خاصة في إبرام العقد تقتضى مزيداً من النظر . ونختار من هذه الحالات ثلاثاً ، لنرى حكم الفقه الإسلامي فيها ، وهى :

(Contrat aux enchères)	(أولاً) عقد المزاد
(Contrat d'adhésion)	(ثانياً) عقد الاذعان
(Les arrhes)	(ثالثاً) العربون

§ ١ — عقد المزاد

نصوص التقنيات المدنية العربية :

تنص المادة ٩٩ من التقنين المدني المصري على أنه « لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً » . وتنص المادة ١٠٠ من التقنين المدني السوري على أنه « لا يتم العقد في المزادات إلا بالإحالة القطعية ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً » . وتنص المادة ٨٩ من التقنين المدني العراقي على أنه « لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزايدة ، ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد ، هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى » . وتنص المادة ٩٩ من التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة على أنه « لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً » .

ونرى من ذلك أن نصوص التقنيات المدنية العربية في هذه المسألة متماثلة ، بل هي في بعض هذه التقنيات متطابقة تطابقاً تاماً^(١) . ومن ثم تكون أحكامها جميعاً واحدة .

ويمكن تلخيص هذه الأحكام ، نقلاً عن الوسيط^(٢) على الوجه الآتي :

(١) لم يرد في تقنين الالتزامات اللبناني نص على عقد المزاد . ولكن المادة ٤٦٤ من هذا التقنين قضت بأن دعوى العيوب الخفية لا محل لها في البيوع التي يكون إجراؤها بأمر من القضاء . وهذه البيوع القضائية تقع عادة بطريق المزاد العلني ، فهذا حكم من أحكام بيع المزاد القضائي ذكره التقنين اللبناني . وهو بعد متفق مع سائر التقنيات العربية في بقية الأحكام .

(٢) جزء أول ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨ .

« هناك عقود تتم في بعض الأحيان لا من طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البعوض التي تجريها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزاد إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تترجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضى وعقارات بطريق المزاد » .

« ويعيننا في العقود التي تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة في المزاد هو الإيجاب والتقدم بالعطاء هو القبول . وائس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة في المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد ، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى في ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بعطاء إيجاباً لا قبولاً ... »

« وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتى : لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً . والعطاء يكون باطلاً إذا صدر مثلاً من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد ، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلاً للأبطال إذا صدر مثلاً من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذى تقدمه » .

ويترتب على ما سبقناه من « الوسيط » المبادئ الآتية :

(أولاً) في بيع المزاد — ولنفرض التعاقد بيعاً — الإيجاب ليس هو طرح الصفقة في المزاد ، وإنما هو التقدم بعطاء ، والقبول هو إرساء المزاد على متقدم بعطاء . وإرساء المزاد يتم البيع لمن رسا عليه المزاد ، ولو تقدم بعد ذلك شخص آخر بعطاء أكبر .

(ثانياً) من تقدم بطاء ، اعتبر عطاؤه إيجاباً كما قدمنا . وهو هنا إيجاب ملزم ، لأن ظروف الحال تدل على أن من تقدم بطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه . ويبقى مقيداً بعطاءه إلى أن يسقط هذا العطاء بطاء أزيد على الوجه الذي قدمناه ، أو حتى تنتهي جلسة المزاد دون أن يرسى عليه المزاد . أما إذا أرسى عليه المزاد في الجلسة فقد تم البيع على ما ذكرنا .

(ثالثاً) العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق . فمن تقدم بطاء يزيد على عطاء سابق يسقط بعطاءه هذا العطاء السابق ، ويبقى عطاؤه اللاحق هو العطاء القائم . ويلاحظ أن التقدم بطاء هو تعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني ، فهو إذن تصرف قانوني . ولكن العطاء اللاحق إنما يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً ، بل باعتباره واقعة مادية . ومن ثم يسقط العطاء اللاحق العطاء السابق ، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً ، كعطاء يتقدم به قاض في بيع عين متنازع عليها ويقع نظر النزاع في اختصاصه ، أو كان قابلاً للأبطال ، كعطاء يصدر من قاصر أو محجور عليه .

(رابعاً) لا يتحتم إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء ، وإن كان هذا هو المفروض ما لم يشترط خلافه . فقد يشترط صاحب السلعة أن من حقه ألا يرسى المزاد حتى على من يتقدم بأكبر عطاء ، لأن هذا العطاء لا يجزيه في السلعة ، أو لأنه لا يجب التعامل مع صاحب أكبر عطاء ، أو لأي سبب آخر يذكره ، أو لغير ما سبب يبيده . وقد يشترط أن من حقه أن يرسى المزاد على أي شخص يتقدم بعطاء يختاره ، ولو كان عطاؤه لا يزيد على عطاء غيره ، أو يقل عنه ، مع إبداء السبب ، أو دون إبداء سبب ما . هذه هي خلاصة المبادئ التي يقررها الفقه الغربي الحديث في عقد المزاد . فلننظر أين يقف الفقه الإسلامي من هذه المبادئ .

الفقه الإسلامي يقر « بيع من بزر » :

يقر الفقه الإسلامي بيع المزاد ، ويسميه « بيع من يزيد » . جاء في

البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٢ - ص ٢٣٣) في صدد التمييز بين بيع المستام ، وهو مكروه « ويبيع من يزيد » وهو غير مكروه ما يأتي :

« ... ومنها (أى من البياعات المكروهة) بيع المستام على سوم أخيه ، وهو أن يساوم الرجلان ، فطلب البائع بسلعته ثمناً ورضى المشتري بذلك الثمن ، فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الأول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » ، وروى : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » . والنهي لمعنى في غير البيع وهو الإيذاء ، فكان البيع مشروعاً فيجوز شراؤه ولكنه يكره . وهذا إذا جنح البائع للبيع بالثمن الذى طلبه المشتري الأول . فإن كان لم يجنح له فلا بأس للثاني أن يشتريه ، لأن هذا ليس استيئاماً على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهي ، ولا نعدام معنى الإيذاء أيضاً ، بل هو بيع من يزيد . وأنه ليس بمكروه ، لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يبيع بيعاً مكروهاً . وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٦٧) : « وكذا السوم إنما يكره فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذى سماه المشتري : وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه ، فلا بأس بغيره أن يشتريه بأزيد ، لأن هذا بيع من يزيد . وقد قال أنس أنه عليه السلام باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد ، رواه أحمد والترمذي . ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه » . وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٣٩ - ص ٢٤١) : « ونهى عن السوم . وهو أن يتراضيا بثمان يقع الركون به ، فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه ، فيبيعه منه لوجاهته . وأما صورة البيع على بيع أخيه أن يتراضيا على ثمن سلعة ، فيجىء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن ، فيضر بصاحب السلعة . فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه ، والوارد فيهما حديثان . فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ،

جامعاً للبيع والشراء مجازاً ، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيلاء ...
ولا بأس ببيع من يزيد ، وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى
بالبيع في الدلالة ، لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلماً ببيع من يزيد .
روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلاً من الأنصار
أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله ، فقال له : أما في بيتك شيء ، قال بلى جلس
نلبس بعضه ونبسط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء . قال اتنى بهما ، فأتاه
بهما ، فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين ، فقال
رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً ، فقال رجل
أنا بدرهمين ، فأعطاهما إياه ، وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري . وقال
اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك ، واشتر بالآخر فأسأ فأتني به ، فأناه
به ، فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عوداً بيده ، ثم قال اذهب
فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ، فذهب الرجل يحتطب ويبيع ،
فجاء وقد أصاب عشرة دراهم ، فاشترى ببعضها ثوباً وبعضها طعاماً ، فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في
وجهك يوم القيامة ^(١) .

(١) وجاء في مختصر الطحاوي (ص ٨٤) : « ولا ينبغي أن يسوم الرجل على سوم
أخيه إذا جنح البائع إلى بيعه » . وجاء في المهذب للشيرازي (جزء ١ ص ٢٩١) « ومحرم
أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الحبس فيقول أفسخ أتي
أبيعك أجدد منه بهذا الثمن أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ؟ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يبيع الرجل على بيع أخيه ومحرم أن يدخل على
سوم أخيه وهو أن يجيء إلى رجل أنه في بيع سلعة بشئ فيزيد ليبيع منه ، أو يجيء
إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن ، لما روى أبو هريرة
رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسوم على
سوم أخيه . . . وأما إذا عرضت السلعة في النداء ، جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد في ثمنها » .
وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٤٢ — ص ٤٣) . « وروى مسلم
عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه . » ولا يخلو
من أربعة أقسام : (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع ، فهذا يحرم السوم على غير
ذلك المشتري ، وهو الذي تناوله النهي . (والثاني) أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا ، فلا يحرم

ونرى من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين « بيع المستام » و « بيع من يزيد » ، فالأول مكروه والثاني جائز . وبيع المستام على صورتين : إما أن يزايد المشتري على المشتري بعد أن تم البيع على ثمن معلوم ، وأما أن ينافس البائع البائع بعد أن تم البيع فيعرض المنافس على المشتري سلعة أجود بمثل الثمن أو سلعة مماثلة بأقل من الثمن . وفي هاتين الصورتين يلاحظ أن البيع قد تم ، ولكن لا يزال للبائع الخيار في الصورة الأولى ، أو للمشتري الخيار في الصورة الثانية . والخيار هنا قد يكون خيار مجلس أو خيار شرط .

== السوم لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد (والثالث) أنه لا يوجد منه ما يدل على الرضا ، ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضاً ولا الزيادة ، استدلالاً بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة ، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيع في أحدها أبيع في الآخر . (والرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا بغير تصريح ، فقال القاضي لا تحرم المساومة . وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة استدلالاً بحديث فاطمة ، ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة حرم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا وماعدها يبقى على الأصل . قال شيخنا ولو قيل بالتحريم هنا لكان وجهاً حسناً ، فإن النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها ، فبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ، ولأنه وجد منه دليل على الرضا أشبهه ما لو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد النساق في الدلالة ، وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستشارة للنبي صلى الله عليه وسلم وليس ذلك دليلاً على الرضا وكيف ترضي وقد نهاها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم ؛ والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الوضع الذي حكمنا بالتحريم فيه هـ — وجاء في النيل (جزء ٢ ص ٨) : « نهى لضرر عن سوم رجل على سوم أخيه وعن بيعه كذلك ، وأن يتأخير أو خلاف ، ثمن الأول أو لغيره بكفالة أو بإقالة أو تولية ، وعن تلقى الركبان ، وعن بيع حاضر لباد ، وعن احنكار ، وعن النجش لغبن فيها ، وعن غش وخديعة . فالبيع في السكك ثابت عندنا ، والفاعل عاص ، واستحسن الخيار لمشتري في بعض . ولا بأس بسوم أو بيع على شرك ومن لا يصح منه بيع ، قيل وعلى غير متولى . وقيل النهي خاص بغير الأسواق ومحال المصادقة للمبايعه . — وجاء في البحر الزخار (جزء ٣ ص ٢٩٣ و ص ٢٩٦) « ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . عن السوم على السوم ، والبيع على البع بعد التراضي ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيعن أحدكم على بيعه أخيه » الخبر ، ولا إفساد هنا في الأصح إذ لا غرر . أنظر أيضاً البحر الرائق ٦ ص ٩٩ و ص ١٠٠ — حاشية العدي على شرح أبي الحسن لرسالة القيرواني ٢ ص ١٧٣ و ص ١٧٤ — تندير الحواك في شرح موطأ مالك ٢ ص ١٧٠ و ص ١٧١ .

وقد يكون البيع لم يتم على وجه بات ، ولكن كلاً من المتعاقدين ركن إلى الآخر . وهما ياتم البيع ، فيدخل المستام بينهما . أما إذا عرض البائع سلعته في السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة ، فهذا بيع من يزيد ، وهو جائز كما رأينا . ويختلف عن بيع المستام في أن المزايدة إنما تكون قبل أن يتم البيع ، فيتنافس المشترون في شراء السلعة ، ويقع البيع عادة لمن يعرض الثمن الأعلى . وهذا بيع الفقراء أو بيع من كسدت تجارتها ، كما جاء في النصوص . وهو أيضاً ، في العصر الحاضر ، بيع الحكومة والأشخاص المعنوية العامة والمحاكم الحسبية في أموال القصر والمحجورين والبيع الجبري عن طريق القضاء .

الإيجاب والقبول في « بيع من يزيد » :

والظاهر أيضاً من نصوص الفقه الإسلامي في « بيع من يزيد » أن الإيجاب في هذا البيع هو التقدم بعبء ، وأن القبول هو إرساء المزداد على المتقدم بالعبء ، وأن صاحب السلعة مخير في أن يمسك سلعته أو أن يرسى المزداد فيها ، وذلك حتى ينقضى مجلس المناذاة . ثم أن من يتقدم بعبء يلزمه هذا العبء ولا يستطيع الرجوع فيه ، والخيار للبائع . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) : وأما بيع المزايدة ، فقال ابن رشد في رسم القطعان من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة : الحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له ، ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى ، أو يمسكها حتى ينقضى مجلس المناذاة . . . ويؤخذ من هذا النص أن من زاد في السلعة ، أي من تقدم بعبء فيها ، يكون هو الذي أوجب العقد . ويلتزم بإيجابه ، فلا يستطيع الرجوع فيه . ويكون صاحب السلعة بالخيار إن أراد قبل الإيجاب وأمضى الصفقة . أما إذا استرد سلعته ، وباع بعدها أخرى ، ولو قبل انقضاء مجلس المناذاة ، أو أمسك السلعة ولم يصدر منه قبول حتى انقضى مجلس المناذاة ، فالظاهر

أن البيع لا ينعقد ، وأن الإيجاب ذاته يسقط بانقضاء مجلس المناذاة .
على أنه يصح أن يكون عرف الأسواق قد جرى على أن العطاء
في بيع المزاد يبقى ملزماً لصاحبه دون أن يرسو عليه المزاد حتى بعد انقضاء
مجلس المناذاة .

ويكون الفرق بين بيع المزايدة وبيع المساومة في هذه الحالة أن المشتري
يلزمه البيع بعد الافتراق في بيع المزايدة ، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه
بعد الافتراق إذ يكون الإيجاب قد سقط بانقضاء مجلس العقد .

وهذا كله يرجع للعرف إذا سكت المتعاقدان ، أو للاتفاق إذا اتفقا
على شيء في ذلك . فيلزم صاحب العطاء البيع بعد انقضاء المجلس في مسألة
العرف بمقدار ما جرى به العرف ، وفي مسألة الاتفاق بمقدار الوقت الذي
تم عليه الاتفاق . أما إذا تعارض الاتفاق مع العرف فإن الاتفاق هو الذي
ينسخ العرف . فلو كان العرف يقتضي بأن يبقى صاحب العطاء ملزماً بعد
انقضاء مجلس المناذاة ، ولكنهما اتفقا على أن الالتزام لا يبقى إلا ببقاء
المجلس ، كان الاتفاق مقدماً على العرف . وفي كل هذا يقول الحطاب (جزء ٤
ص ٢٢٧) : « ثم نقل عن ابن حبيب ما يقتضي أن للبائع أن يلزم المشتري
بعد الافتراق في بيع المزايدة ، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه بعد
الافتراق . وذكر عن المازري أنه رد التفرقة المذكورة بأن ذلك كعرف
جرى بينهم . ونص ابن حبيب أن فارق المشتري البائع في بيع المساومة دون
إيجاب لم يلزمه بعد ذلك ، بخلاف بيع المزايدة يلزمه ما أعطى بعد الافتراق
لأن المشتري إنما فارق في المزايدة على أنه استوجب البيع . قال المازري لا وجه
للتفرقة إلا الرجوع للعوائد . ولو شرط المشتري أنما يلتزم الشراء في الحال
قبل المفارقة ، أو شرط البائع لزومه له أو أنه بالخيار في أن يعرضها على
غيره أمدأ معلوماً أو في حكم معلوم ، لزم الحكم في بيع المساومة والمزايدة
اتفاقاً . وإنما اختلفا للعادة ، حسبما علل به ابن حبيب الفرق بينهما . قال
المازري : وإنما نهيت على هذا لأن بعض القضاة ألزم بعض أهل الأسواق

بيع المزايدة بعد الافتراق ، وكانت عادتهم الافتراق على غير إيجاب ، اغتراراً بظاهر قول ابن حبيب وحكاية غيره ، فنهيته عن هذا لأجل مقتضى عوائدهم . قال ابن عرفة قلت والعادة عندنا اللزوم مالم يطل زمن المبايعة ، حسبها تقرر قدر ذلك عندهم . والأمر واضح أن بُعد والسلعة ليست في يد المبتاع . فإن كانت بيده وموقوفة فثبته نظر ، والأقرب اللزوم ، كقولها أن بُعد زمن من مضى أيام الخيار والسلعة في يد البائع والخيار للمبتاع ، ألا حق فيها للمبتاع . إلا أن عُرِفْنَا في بيع المزايدة أنه لا يتم العقد ولو طال مكثها بيد المبتاع ألا بنص إمامنا هـ . فتحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السلعة فلربها أن يلزمه إياها بما زاد ، إلا أن يسترد البائع سلعته ويبيع بعدها أخرى ، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناذاة . إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق أو يشترط ذلك البائع ، فيلزم المشتري الشرط البيع بعد الافتراق في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف وفي مسألة في الأيام المشروطة وبعدها بقرب ذلك على مذهب المدونة . فإن شرط المشتري أنه لا يلزم البيع إلا ما دام في المجلس ، فله شرطه ولو كان العرف بخلافه .

العطاء المزمع بسقط العطاء السابق في « بيع منه برب » :

والظاهر أن هناك قولين في مذهب مالك في هذا الصدد : قولاً يذهب إلى أن من تقدم بعطاء يلزم به ، ولا يسقط عطاؤه حتى لو زاد عليه غيره . فيبقى عطاؤه قائماً ملزماً : وكذلك ينتقل اللزوم لمن تقدم بالعطاء الأعلى مع مشاركة الأول له في هذا اللزوم . ويكون لصاحب السلعة أن يلزم أيّاً من المزايدين بعطائه . وذهب الأبياني إلى القول الآخر . فمن تقدم بعطاء ثم زاد عليه غيره ، سقط العطاء السابق بالعطاء اللاحق ، ويبقى العطاء اللاحق وحده هو القائم الملزم . وهذا القول هو الذي يتفق مع الفقه الغربي على النحو الذي بسطناه .

وقد أورد الخطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) هذين القولين على الوجه الآتي :
 « وقال ابن راشد في المذهب إذا وقع النداء على السلعة ، وأعطى فيها ثمناً
 يلزمه والخيار للبائع . فإن زاد عليه غيره ، انتقل اللزوم للثاني . وإن لم يزد
 عليه أحد ، فللبائع أخذه بذلك ما لم تطل غيبته . ورأيت للأبياني أن الشراء
 لا يلزمه إذا زاد عليه غيره اهـ . ونحوه في الباب إلا أنه لم يذكر كلام
 الأبياني . والظاهر أنه يريد بقوله : انتقل اللزوم للثاني ، أي مع مشاركة الأول
 له في اللزوم أيضاً كما تقدم في كلام ابن رشد ، بدليل أنه جعل كلام الأبياني
 مخالفاً له ، فتأمله والله أعلم . وما ذكره عن الأبياني رأيت في مسائل السمسرة
 له ، وهو كتاب مفيد نحو كراس . وظاهر كلام ابن راشد أن المذهب ما قاله
 ابن رشد . ولم يذكر ابن عرفة غير كلام ابن رشد وتحصل أيضاً أن
 بيع المزايدة يلزم كل من زاد في السلعة ولو زاد غيره عليه ، خلافاً للأبياني .
 وقد جرى العرف في مكة وكثير من البلاد على ما قاله الأبياني . وظاهر
 ما تقدم عن ابن رشد أن لربها أن يلزم كل من زاد ، ولو كان العرف بخلافه .
 وجرت العادة أيضاً بمكة أن من رجع بعد الزيادة لا يلزمه شيء مادام
 في المجلس ، وهذا والله أعلم مبني على القول بخيار المجلس كما هو مذهب
 الشافعي والله أعلم . »

لا يخفى إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء في (بيع من يربز)

والأصل في بيع المزاد أن يرسى صاحب السلعة المزاد على من يتقدم
 بأكبر عطاء . ذلك أنه إنما اختار أن يبيع سلعته في المزاد لكي يحصل فيها
 على أعلى ثمن . ولكن يجوز مع ذلك أن يرسى صاحب السلعة المزاد على عطاء
 أقل ، لأسباب مختلفة . منها أنه قد يثق في صاحب العطاء الأقل . ومنها أنه
 قد لا يثق في صاحب العطاء الأكبر ، أو أنه لا يحب معاملته . وظاهر أن
 هذا الحكم يتفق مع قول من يذهب بإلزام صاحب العطاء وإن زاد غيره
 عليه ، فيختار صاحب السلعة أي عطاء شاء ، ولو كان الأقل ، لأن صاحب

هذا العطاء يبقى ملزماً بعطائه فلا يسقط بالعطاء الأعلى . أما من يقول بسقوط العطاء السابق بالعطاء اللاحق فلا يتسع له إرساء المزاد على عطاء أقل ، إذ يكون صاحبه قد تحمل من عطائه بالعطاء الأعلى . وقد رأينا أن هذا القول الأخير هو مذهب الفقه الغربي . وإنما يتحقق في الفقه الغربي إرساء المزاد على صاحب العطاء الأقل إذا جرى المزاد لا بالمناداة ، بل بالطريقة المعروفة « بالمظاريف » ، فيتقدم المزايد بعطائه في « مظروف » مقفل . وفي اليوم المعين تفتح « مظاريف » المزايدين ، ويرسئ المزاد عادة على صاحب أكبر عطاء ، إلا أنه يجوز لسبب من الأسباب التي قدمناها إرساء المزاد على عطاء أقل .

ويورد الخطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) الحكم القاضي بجواز إرساء المزاد على العطاء الأقل على الوجه الآتي :

« وهو (أى صاحب السلعة) مخير في أن يمضيها لمن يشاء من أعطى فيه (أى في مجلس المناذاة) ، وإن كان غيره قد زاد عليه . هذا الذي أحفظ في هذا من قول الشيخ أبي جعفر بن رزق . وهو صحيح في المعنى ، لأن من حق صاحب السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمه إياها ، إن أئى وقال بعها ممن زادك ، أنا لا أحب معاملة الذى زادنى ، وليس طلبى الزيادة وإن وجدتتها إبراء منى إليك اه . ونقله ابن عرفة فى الكلام على بيع الشخص على بيع أخيه من البيوع المنهى عنها » .

ولا بد من إرساء صاحب السلعة المزاد على عطاء معين حتى يتم البيع لصاحب هذا العطاء . ولكنه متى أرسئ المزاد ، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك ، حتى لو تقدم مزاء آخر بعد إرساء المزاد بعطاء أكبر . فإذا لم يُرسئ صاحب السلعة المزاد على عطاء معين ، أو فوض الأمر فى هذا العطاء للدلال دون أن يقبله أو يرفضه ، ونوى الدلال البيع لصاحب العطاء ، ولكن قبل أن يكشف له عن إرادته تقدم مزاء آخر بعطاء أكبر ، جاز إرساء المزاد على صاحب العطاء الأكبر ، لأن نية الدلال فى إرساء المزاد

على صاحب العطاء الأقل لم يكشف له عنها ، ولا يلزم البيع بالنية . قال الخطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) : « قال ابن راشد في المذهب : ولو أوقف المندى السلعة بضمن على التاجر ، وشاور صاحبها فأمره بالبيع ، ثم زاد غيره عليه ، فهي للأول ، قاله الأيباني اهـ . قلت ما ذكره عن الأيباني هو في مسائل السمسرة له ، وزاد فيها فقال : وسواء ترك السمسار الثوب عند التاجر أو كان في يده وجاء به إلى ربه ، فقال له ربه بعه ، ثم زاد تاجر آخر ، أنه للأول . قال : وأما لو قال له رب الثوب لما شاوره اعمل فيه برأيك ، فرجع السمسار ونوى أن يبيعه ، فزاد فيه تاجر آخر ، فإنه يعمل فيه برأيه ويقبل الزيادة إن شاء ، ولا يلزم البيع بالنية اهـ . قلت وهذا إذا لم تحصل الزيادة إلا بعد مشاورة ربه وأمره السمسار بالبيع . وأما لو زاده فيه شخص قبل مشاورة رب السلعة ، فقد تقدم في التنبيه السابع عن مالك من رواية ابن القاسم أنه يخبر رب السلعة بالزيادة ، ولم ير ذلك من السوم على سوم أخيه لأن النهي عن ذلك إنما هو مع الركون وصاحب السلعة هنا غائب لا يعلم إن كان يميل إلى البيع بذلك الثمن أم لا . وقد كره في سماع أشهب الزيادة ، وقال بثما صنع . إلا أنه أجاز للوكيل أن يخبر بالزيادة صاحب السلعة . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢١٠ - ص ٢١١) في هذا المعنى ما يأتي : « ولا بأس ببيع من يزيد ، وهو بيع الفقراء وبيع من كسدت بضاعته . والاستيلاء على سوم الغير مكروه . والفرق بين المزايدة وبين الاستيلاء على سوم الغير أن صاحب المال إذا كان ينادى على سلعته ، فطلبها إنسان بضمن ، فكف عن النداء وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل ، فليس للغير أن يزيد في ذلك ، وهذا استيلاء على سوم الغير . وإن لم يكف عن النداء ، فلا بأس لغيره أن يزيد ، ويكون هذا بيع المزايدة ولا يكون استيلاء على سوم الغير . وإن كان الدلال هو الذي ينادى على السلعة ، وطلبها إنسان بضمن ، فقال الدلال حتى أسأل المالك ، فلا بأس للغير أن يزيد بعد ذلك في هذه الحالة . فإن أخبر الدلال المالك ، فقال بعه بذلك واقتض

الثن ، فليس لأحد أن يزيد بعد ذلك ، . وحاصل ما تقدم أن الدلال إذا ركن للعطاء ثم زاد آخر جاز ، وإذا ركن الدلال للعطاء وفوض رب السلعة الأمر له ونوى البيع ولكن زاد آخر جاز ، فإذا ركن الدلال للعطاء وقبل رب السلعة ثم زاد آخر لم يجوز .

النجش :

ويحدث في « بيع من يزيد » أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايده صوري ، يدفعه للزيادة في السلعة حتى يعلى ثمنها ، ولا يقصد المزايدة الصوري شراء السلعة ، وإنما أراد رفع ثمنها خدمة لصاحبها . وهذا ما يسمى بالنجش . ويميز الفقه الإسلامي في النجش بين حالتين : (١) إن كان الناجش إنما توأما مع صاحب السلعة لرفع ثمنها عن قيمتها الحقيقية تضليلاً للمزايدين ، فهذا بيع مكروه حكمه حكم بيع المستام . (٢) أما إن كانت السلعة لم تصل في المزايدة إلى مثل ثمنها ، فنجشها رجل حتى تبلغ ثمنها ، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٣) : « ومنها النجش ، وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بشمن ، ثم لا يشتريها بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنها . وأنه مكروه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النجش ، ولأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم . وهذا إذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها . فأما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها ، فنجش رجل سلعة حتى تبلغ إلى ثمنها ، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها . وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٣٩) : « ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش ، وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها ، فإنه تغير للمسلم ظاهراً . فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها ، فزاد القيمة لا يريد الشراء ، فجائز ، لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذ كان شراء الغير بالقيمة . وجاء في البحر الرائق (جزء ٦ ص ٩٩) : « والنجش بفتحيتين ويروى بالسكون أن تسام

السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه . . .
وأصله من نجش الصيد وهو إثارتة ، كذا في المغرب . وفي القاموس النجش
إن تواطىء رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه ، أو أن يريد الإنسان أن يبيع
بباعة فتساومه بها بضمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها ، أو أن تنفر الناس
عن الشيء إلى غيره . . . وقيد أصحابنا كما في الجوهرة بما إذا كانت السلعة
بلغت قيمتها . أما إذا لم تبلغ فلا منع منه ، لأنه نفع المسلم من غير إضرار
بأحد (١) .

واختلفت المذاهب في حكم النجش الممنوع ، وهل يفسد البيع أو
لا يفسده . فأهل الظاهر يذهبون إلى أن البيع فاسد . والمالكية على أن
النجش كالغيب ، فيكون المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة إلى صاحبها
وإن شاء أمسكها . والحنفية والشافعية على أن البيع صحيح ، ولكنه مكروه
فيأثم كل من البائع والناجش . ويوصل ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢
ص ١٣٦) هذا الخلاف على النحو الآتي : « واختلفوا إذا وقع هذا البيع .
فقال أهل الظاهر هو فاسد . وقال مالك هو كالغيب ، والمشتري بالخيار
إن شاء أن يرد رد ، وإن شاء أن يمسك أمسك . وقال أبو حنيفة والشافعي
إن وقع إثم ، وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهى
وإن كان النهي ليس في نفس الشيء ، بل من خارج ؟ فمن قال يتضمن ، فسخ
البيع ولم يجزه . ومن قال ليس يتضمن ، أجازة . والجمهور على أن النهي إذا
ورد لمعنى في المنهى عنه ، أنه يتضمن الفساد ، كالنهي عن الربا والغرر .
وإذا ورد الأمر من خارج ، لم يتضمن الفساد . ويشبه أن يدخل في هذا
الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء ، لقوله عليه الصلاة والسلام
في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء . وفي مذهب
الاباضية قولان : أحدهما أن يكون الخيار للمشتري ، والآخر وهو القول

(١) انظر أيضاً في هذا المعنى : الزيلعي ٤ ص ٦٧ — ابن عابدين ٤ ص ١٨٢ —

المختار أن يكون البيع صحيحاً ويثبت الإثم والعصيان ووجوب التنصل والتوبة .
جاء في النيل (جزء ٢ ص ٩) : « نهى عن النجش ، وهو الزيادة في ثمن
سلعة ممن لا يريد شراءها ، ليوقع غيره فيها ، وعصى به وإن كانت لغيره .
واستحسن الخيار المشتري ، إن كانت للنجش أو اتفق مع ربها ولم يعلم .
والمختار لزوم البيع مطلقاً ، وثبوت العصيان ووجوب التنصل والتوبة » .
وعند المالكية لا يكون الخيار للمشتري إلا إذا دس البائع النجش ، فإن كان
الناجش « أجنبياً » ، فلا شيء على البائع ، ولا يفسخ البيع ، والإثم على من
فعل ذلك .

وللنجش صورة عكسية ، هي أن يتفق المشتري — لا البائع — مع من
ينافسه في شراء السلعة أن يكف عن منافسته ، فلا يتقدم للزيادة عليه ،
وقد يكون ذلك في مقابل جعل يعطيه إياه . فإن كان المشتري قد انفق مع
جميع من ينافسه أو أكثرهم حتى يكفوا عن منافسته ، وحتى ينفرد بالتقدم
لشراء السلعة فينزل من ثمنها ما يشاء ، أو انفق معهم على ألا يزيدوا على
ثمن معين ، كان للبائع الخيار في إمضاء الصفقة أو فسخها . فإن فسخ استرد
السلعة ، وإن فاتته استرد الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة
في البيع . وإن أمضى البيع ، فالمشتري ومن تواطأ معهم في الكف عن
المزايدة شركاء جميعاً في الصفقة ، زادت السلعة أو نقصت أو تلفت . وإن
كان المشتري لم يتفق مع جميع المنافسين أو أكثرهم ، بل انفق مع واحد
أو القليل منهم ، كان البيع لازماً ولم يكن للبائع الخيار . ثم أن المشتري إن
كان قد جعل لمن سألته الكف عن المنافسة عوضاً من غير السلعة المباعة ،
لزمه هذا العوض . أما لو كان الكف بعوض من السلعة المباعة ذاتها ، فإن
كان ذلك على وجه الشركة بين المشتري ومن سأل الكف عن المنافسة جاز ،
وإن كان على وجه العطاء مجاناً لم يجز . جاء في شرح الخرشي وحاشية
العدوي (جزء ٥ ص ٨٣) في هذا المعنى ما يأتي :

« وجاز سؤال البعض ليكف عن الزيادة — هذا إذا كان السؤال بغير

عوض أو بعوض من غير السلعة المباعة ، كما لو قال كف عني ولك دينار ، ويلزمه الدينار اشتراها أولاً . . . وأما لو كان بعوض من السلعة ، كما لو قال كف عني ولك بعضها ، فإن كان على وجه الشركة جاز ، وإن كان على وجه العطاء مجاناً لم يجوز — لا الجميع ، أي وجاز لحاضر سوم سلعة يريد شراءها سؤال البعض من الحاضرين للسوم ليكف عن الزيادة فيها ليشتريها السائل برخص ، وليس له سؤال الجميع أو الأكثر ، والواحد الذي كالجماعة من كونه مقتدى به كالجميع . فإن وقع سؤال الجميع ومن في حكمهم ، وثبت ببينة أو إقرار ، خير البائع ، في قيام السلعة ، في ردها وعدمه . وإن فاتت فله الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة في البيع . فإن أمضى بيعها ، فهم فيها شركاء بتواطئهم على ترك الزيادة ، زادت أو نقصت أو تلفت . ومن حق المشتاع منهم أن يلزمهم الشركة أن نقصت أو تلفت ، ومن حقهم أن يلزموه ذلك أن زادت وكان فيها ربح .

(أنظر أيضاً في النجش وفي السوم على سوم آخر المحلى لأبي حزم الجزء الثامن ص ٤٤٧ — ص ٤٤٩) .

٥ ٢ — عقد الإذعان

نصوص التقنيات المصرية العربية :

تنص المادة ١٠٠ من التقنين المدني المصري على أن « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة ، يضعها الموجب ، ولا يقبل مناقشة فيها » . وتنص المادة ١٤٩ من هذا التقنين على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » ، ثم تنص المادة ١٥١

من هذا التقنين أيضاً على أنه : « ١٠ — يفسر الشك في مصلحة المدين » .
 « ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود
 الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » .

والتقنين المدني السوري يطابق التقنين المدني المصري في جميع هذه
 النصوص (انظر المواد ١٠١ و ١٥٠ و ١٥٢ من التقنين المدني السوري) .
 وكذلك الأمر في التقنين المدني الليبي (انظر المواد ١٠٠ و ١٤٩ و ١٥٣ من
 التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية — وانظر أيضاً المادتين ١٥٠ و ١٥١
 من هذا التقنين) .

وقد جمع التقنين المدني العراقي جميع الأحكام المتقدمة في نص واحد ،
 هو المادة ١٦٧ ، ونصها يطابق نصوص التقنين المدني المصري المتقدمة الذكر .
 وقد عرف تقنين الالتزامات اللبناني في الفقرة الثانية من المادة ١٧٢
 عقد الإذعان على النحو الذي جاء به التقنين المدني المصري في المادة ١٠٠
 سالفه الذكر .

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة ، كما
 هي في عقد المزداد ، متماثلة بل هي متطابقة ، فتكون أحكامها جميعاً واحدة .

عقد المزداد في الفقه العربي الحديث :

ولنخص هذه الأحكام ، كما لخصنا أحكام عقد المزداد ، نقلاً عن الوسيط
 (جزء أول ص ٢٢٩ — ٢٣٦) على الوجه الآتي :

عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :

- ١ — تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى
 المستهلكين أو المنتفعين .

- ٢ — احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ،
 أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

- ٣ — صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر

أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسؤوليته العقدية ، وأخرى تشدد فى مسؤولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغمم فهمها على أوساط الناس . وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد . فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ، ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده .

وقد انقسم الفقهاء فى طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود . أما الفريق الأول — وهم قلة من فقهاء القانون المدنى وكثرة من فقهاء القانون العام — فينسكرون على عقود الإذعان صيغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها . ويرى الفريق الثانى — وهم الكثرة من فقهاء القانون المدنى — أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين

ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتنفقد استقرارها ، بل أن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع — لا القاضى — لينظم عقود الإذعان .

وقد تذرع التقنين المدنى المصرى الجديد بالوسيلة الثانية ، فجعل الحماية تشريعية . ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة . فنصت المادة ١٤٩ على انه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وهذا النص فى عموميه وشموله أداة قوية فى يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، فإذا كشف شرطاً تعسفياً فى عقد إذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً فى ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فأن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً فى عقودها . ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى : « ١ — يفسر الشك فى مصلحة المدين » « ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائماً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقلين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأ أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه » .

عقد الإذعان في الفقه الإسلامى

ولا ننظر أن نجد في الفقه الإسلامى ما نراه في الفقه الغربى الحديث في صدد عقد الإذعان . فإن النظم الاقتصادية قد تطورت تطوراً كبيراً ، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للسرافق العامة والسلع الضرورية ، ونعرف معها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمصانع الكبرى التى تحتكر العمل والعمال وغير ذلك . ثم لا ننسى أن فكرة عقد الإذعان في الفقه الغربى لم تنبثق إلا منذ عهد قريب .

ولكن الجوهرى في كل ذلك هو ، كما قدمنا ، ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية ، فيغلى من سعرها ، ويبيعها للناس على ما يريد ، فتدعن الناس لإرادته ، وترضخ للسعر الذى يفرضه ، لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة ، وذلك أياً كان النظام الاقتصادى القائم . وفي النظم الاقتصادية التى كانت قائمة وقت تكون الفقه الإسلامى ، لم يقصر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التى تمنع الاحتكار ، وتضرب على أيدي المحتكرين ، وترفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربى بعقود الإذعان . كره الفقه الإسلامى — في مختلف مذاهبه — الاحتكار بوجه عام ،

ثم تعقبه في صورتين من صورته التي كانت مألوفة وقت ذاك : في بيع مثاق السلع وفي بيع الحاضر للبادي . فنورد النصوص والأحكام في كل من هذه المسائل الثلاث :

الرمطار :

جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢١٣ - ص ٢١٤) في مذهب الحنفية : « الاحتكار مكروه ، وذلك أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع من بيعه ، وذلك يضر بالناس ، كذا في الحاوي . وإن اشترى في ذلك المصر وحبسه ، ولا يضر بأهل المصر ، لا بأس به ، كذا في التتارخانية ناقلاً عن التجنيس . وإذا اشترى من مكان قريب من مصر فحمل طعاماً إلى مصر وحبسه ، وذلك يضر بأهله ، فهو مكروه ، هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار ، هكذا في الغياثية . وإن اشترى طعاماً في مصر وجلبه إلى مصر آخر واحتكر فيه ، فإنه لا يكره ، هكذا في المحيط . وكذلك لو زرع أرضه وأدخّر طعامه فليس بمحتكر ، كذا في الحاوي . ولكن الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه ، كذا في التتارخانية ناقلاً عن المضمرات . وإذا قلت المدة لا يكون احتكاراً ، وإذا طالت المدة يكون احتكاراً ، وعن أصحابنا أنهم قدروا الطويلة بالشهر ، فادونه قليل . ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن يتربص للغلاء وبين أن يتربص للقحط ، فوبال الثاني أعظم من وبال الأول . وفي الجملة التجارة في الطعام غير محمود ، كذا في المحيط . والاحتكار في كل ما يضر بالعمامة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله تعالى الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهائم ، كذا في الحاوي . قال محمد رحمه الله تعالى للإمام أن يجبر المحتكر على البيع إذا خاف الهلاك على أهل المصر ، ويقول للمحتكر بع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها ، كذا في فتاوى قاضيخان . ولا يسعر بالإجماع ، إلا إذا كان أرباب الطعام

يتحملون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعين، فلا بأس به بمشورة أهل رأى والبصر، هو المختار وبه يفتى، كذا فى الفصول العمادية. فإن سعر، فباع الخباز بأكثر مما سعر، جاز بيعه، كذا فى فتاوى قاضى خان. ومن باع منهم بما قدر الإمام من الثمن، جاز بيعه، كذا فى التتارخانية. وإذا رفع أمر المحتكر إلى الحاكم، فالحاكم يأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة، وينهاه عن الاحتكار، فإن انتهى فيها ونعمت، وإن لم ينته ورفع الأمر إلى القاضى مرة أخرى وهو مصر على عادته، وعظه وهدده، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى. ذكر القدورى فى شرحه: وإذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر، أخذ الطعام من المحتكرين وفرق بين المحايج، فإذا وجدوا ردوا مثله، وهذا صحيح، كذا فى المحيط. وفى المضمرات: وهل ينبغى للقاضى أن يبيع على المحتكر طعامه من غير رضاه، قيل هو على الاختلاف، وقيل يبيع بالاتفاق: فى الملتقط لو خيف الهلاك على الناس، أمر الجالب أن يبيع مثل ما أمر المحتكر، كذا فى التتارخانية.

ويخلص مما نقلناه عن الفتاوى الهندية الأحكام الآتية: (١) الاحتكار مكروه (٢) ويعد احتكاراً أن يشتري طعاماً — أو أية سلعة أخرى يضرب احتكارها بالعامّة فى قول أبى يوسف — فى مصر أو من مكان قريب من المصر، ويترتب به مدة طويلة، تقدر بما لا يقل عن الشهر، للغلاء أو للقمح وهو أشد وبالاً، ويبيعه للناس على ما يريد. (٣) ولا يعد احتكاراً أن يشتري فى مصر ويحلب السلعة إلى مصر آخر، وكذلك لو زرع أرضه أو ادخر طعامه فليس بمحتكر. وإن كان الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه. (٤) وللإمام فى منع الاحتكار المكروه وسيلتان: أولاً أن يسعر السلعة بمشورة أهل رأى والبصر، ولكن التسعير لا يلزم البائع، فإذا باع بأكثر مما سعر الإمام جاز بيعه، وإنما التسعير لتبصير الناس بالسعر المعقول. والوسيلة الأخرى أن يجبر المحتكر على البيع

بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها ، وقيل ينهى المحتكر عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس في المرة الثالثة .

والمالكية يمنعون الاحتكار . جاء في المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ١٢٣) : « قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق ، من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق ... قال مالك يمنع من يحتكره ... قال فإن كان ذلك لا يضر بالسوق ، قال مالك : فلا بأس بذلك . . . قال سألت مالكا عن أهل الريف إذا احتاجوا إلى ما في الفسطاط من الطعام ، فيأتون ويشتررون من الفسطاط ، فأراد أهل الفسطاط أن يمنعوه وقالوا هذا يغلي علينا ما في أسواقنا أترى أن يمنعوا ، قال مالك : لا أرى أن يمنعوا من ذلك إلا أن يكون ذلك مضراً بالفسطاط ، فإن كان ذلك مضراً بهم وعند أهل القرى ما يحملهم منعوا من ذلك ، وإلا تركوا . قال : فأرى القرى التي فيها الأسواق بمنزلة الفسطاط . . . وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) : « لا يجوز التسعير على أهل الأسواق ، ومن زاد في سعر أو نقص منه أمر بإلحاقه بسعر الناس فإن أذى أخرج من السوق . ولا يجوز احتكار الطعام إذا أضر بأهل البلد . واختلف هل يجبر الناس في الغلاء على إخراج الطعام أم لا . ولا يخرج الطعام من بلد إلى غيره إذا أضر بأهل البلد . ومن جلب طعاماً خلى بينه وبينه ، فإن شاء باعه وإن شاء احتكره . »

وعند الشافعية الاحتكار حرام . وقيل مكروه . والاحتكار عندهم في الطعام دون غيره — ويكون إذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن ، أما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه لبيعه إذا غلا فلا يجرم ذلك لأنه في معنى الجالب . جاء في المذهب (جزء أول ص ٢٩٢) : « ويحرم الاحتكار في الأقوات ، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه . ومن أصحابنا من قال يكره ولا يجرم وليس بشيء ، لما روى عمر بن عبد الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون . وروى معمر

العدوى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر إلا خاطيء ، فدل على أنه حرام . فأما إذا ابتاع في وقت الرخص ، أو جاءه من ضيعته طعام ، فأمسكه ليبيعه إذا غلا ، فلا يحرم ذلك ، لأنه في معنى الجالب ، وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . وروى أبو الزناد قال : قلت لسعيد بن المسيب بلغني عنك أنك قلت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر بالمدينة إلا خاطيء ، وأنت تحتكر ، قال ليس هذا الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إنما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيغالي بها ، فأما أن يأتي الشيء وقد اتضع فيشتره ثم يضعه ، فإن احتاج الناس إليه أخرجه ، فذلك خير . وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره ، لما روى أبو إمامة رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام ، فدل على أن غيره يجوز ، ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه . ويلاحظ ما عند الشافعية من تمييز حسن ما بين الجالب — وهو من يشتري في الرخص ويبيع في الغلاء ، وهذا شأن التجار ينفعون وينتفعون ، فيكون رزقهم حلالا — وبين المحتكر ، وهو من يأتي السلعة عند غلائها فيغالي بها وهذه هي المضاربة الممقوتة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون .

والحنابلة كالشافعية يحرمون الاحتكار ، ويجعلونه في الطعام دون غيره ، ويميزون بين الجالب وهو مرزوق والمحتكر وهو ملعون . وهم يقيدون الاحتكار المحرم بشروط ثلاثة : (١) أن يكون المحتكر قد اشتري الطعام ليحتكره . فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره ، لم يكن محتكراً ، لأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع . (٢) أن يكون ما اشتراه قوتاً للإنسان ، فأما الآدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . (٣) أن يضيق على الناس بشرائه ، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين : أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار ، وأن

يكون في حال الضيق والغلاء لا في حال الاتساع والرخص (المغنى ٤ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣) (١).

(١) وهذا ما جاء في المغنى (٤ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣) : والاحتكار حرام لما روى... عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من احتكر فهو خاطئ ، روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خرج مع أصحابه فرأى طعاماً كثيراً قد ألقى على باب مكة ، فقال ما هذا الطعام ؟ فقالوا جلب إلينا ، فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه ، فقيل له فإنه قد احتكر ، قال ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان و فلان مولاك ، فأرسل إليهما فقال ما حملكما على احتكار طعام المسلمين ، قلنا نشترى بأموالنا ونبيع ، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس . قال الراوى : فأما مولى عثمان فباعه وقال والله لأحتكره أبداً ، وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيته مجذوماً . . والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشتري ، فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره ، لم يكن محتكراً ، روى عن الحسن ومالك . وقال الأوزاعى : الحالب ليس بمحتكر لقوله « الحالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الحالب لا يضيق على أحد ولا يضربه بل ينفع . فان الناس إذا علموا عنده طعاماً معداً للبيع كان ذلك أطيّب لقلوبهم من عدمه . (الثاني) أن يكون المشتري قوتاً ، فاما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأغلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن أى شيء الاحتكار ؟ قال إذا كان من قوت الناس فهو الذى يكره ، وهذا قول عبد الله بن عمرو . وكان سعيد بن المسيب ، وهو راوى حديث الاحتكار بمحتكر الزيت . قال أبو داود كان يحتكر النوى والخيوط والبر ، ولأن هذه الأشياء مما لا تهم الحاجة إليها فاشتهت الثياب والحيوانات . (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين : أحدهما أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور ، قال أحمد : الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثغور ، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر ، لا يحرم فيها الاحتكار ، لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً . الثاني أن يكون في حال الضيق . بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس . فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم .

وجاء في الروض النضير ، شرح مجموع الفقه الكبير (جزء ٣ ص ٣٠٦ — ص ٣٠٨) في فقه الزيدية : « حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال : حالب الطعام مرزوق والمحتكر عامس ملعون ، قال زيد بن علي : لا احتكار إلا في الحنطة والشعير والتمر — : الشرح . . وفي المعتمد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الحالب مرزوق والمحتكر محروم ، ومن احتكر على المسلمين طعاماً ضربه الله بالجذام والإفلاس . . وفي الباب عن أبي هريرة من احتكر يريد أن يغالى بها المسلمين فهو خاطئ وقد برىء الله منه . . وظاهر الحديث يدل على تحريم الاحتكار مطلقاً ، سواء كان في الأقوات أو في غيرها ، وهو مذهب أبي يوسف فقال كل ما أضر بالناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو ثياباً ، وقال في النهاية : الاحتكار أن يأخذ الطعام ويحمسه ليقبل فيقلو ، والحكر والحكرة الإسم منه ، وأصل الحكرة الجمع والإسماك . وحمل الإمام عليه السلام الاحتكار على الثلاثة الأنواع (الحنطة والشعير والتمر) كما في الأصل ، =

بيع منقلى السلع :

أو الجلب أو الركبان . وهذا البيع صورة من صور الاحتكار . قال فيه صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٢) : ومنها (أى مما يكره من البياعات) بيع متلقى السلع . واختلف في تفسيره . قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة ، فيتلقاها الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ، ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن . وهذا الشراء مكروه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق . وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ، بأن كان أهله في جذب وقحط . فإن كان لا يضرهم لا بأس — وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاها فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد ، وهم لا يعلمون سعر البلد . وهذا أيضاً مكروه .

== وإنما خصها بها لأنها عمدة أقوات الناس ، وهو مذهب محمد بن الحسن . وبذهب الهادوية والشافعية إلى أنه في قوت بني آدم مطلقاً ، وألحق الهادوية به قوت البهائم قياساً ، وحجتهم ما في بعض الروايات من تشديد الاحتكار بالطعام . وقد اعترض بأنه لا تعارض في مثل ذلك بين المطلق والمقيد ، والواجب عند الجمهور أعمال الحديثين كليهما ، ويبقى المطلق على حاله والمقيد من جملة افرادة . ولا يقول بحمله على المقيد في هذه الصورة إلا أبو ثور ، إلا أن ينظر إلى الحكمة المناسبة للتجريم وهي دفع الضرر عن عامة الناس ، والأغلب في دفع الضرر عن العامة إنما يكون في القولين ، فيقيد الإطلاق بالمناسب ، وعليه يحمل ما روى عن بعض السلف من الاحتكار في غير الأقوات وقد شرط أهل المذهب لتجريم الاحتكار شروطاً ، منها أن يكون فاضلاً عن كفايته ومن يمونه سنة كاملة وأن يكون مترتباً به الغلاء وأن يكون مع حاجة الناس إليه لما عرف أن الغلة في التجريم ليس هو ذات الاحتكار بل لما يلحق الناس به من الضرر . قالوا ولا فرق بين أن يكون الطعام من زرع أو شرائه ، من المصر أو من السواد ، خلاف أبي حنيفة فما كان من زرع أو شرائه من السواد ولا وجه له . ومع عدم اجتماع الشروط المذكورة لا يحرم الاحتكار إذ لا مضرة ، لكنه يكره إن لم يدخره للافتيات .

وجاء في البحر الزخار (جزء ٣ ص ٣١٩ — ص ٣٢٠) في فقه الزيدية أيضاً : « وإنما يحرم (الاحتكار) في الفاضل عن كفايته ومن عون إلى الغلة ، إذ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتكر قوت السنة ، فيجوز مثله ، أو إلى الغلة إن لحق الجذب في بعض السنة . وإنما يحرم مع حاجة الناس إليه ولا يوجد إلا مع مثله ، إذ لا إضرار مع خلاف ذلك . فيجبر على البيع ، ولا يباع عنه . قيل فإن تمرد فالحاكم ، ويعذر المحتكر بخصايته ، ولا يفسد عقد من اشترى الاحتكار لما مر . وأذ لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى عثمان ، ولا يحرم احتكار غير ذلك إذ لا إضرار . »

سواء تضرر به أهل البلد أم لا ، لأنه غرهم . والشراء جائز في صورتين جميعاً ، لأن البيع مشروع في ذاته ، والنهي في غيره ، وهو الأضرار بالعامّة على التفسير الأول وتغيير أصحاب السلع على التفسير الثاني . وجاء في الجوهرة النيرة للحدادي في شرح مختصر القدوري (جزء ١ ص ٢٠٦ :

وصورة تلقى الجلب أن الرجل من أهل المصر ، إذ سمع بمجيء قافلة معهم طعام ، وأهل المصر في قحط وغلاء ، فيخرج ويتلقاهم ويشترى منهم جميع طعامهم ويدخل به المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ، ولو تركهم حتى دخلوا ، باعوا على أهل المصر متفرقاً ، توسع أهل المصر بذلك . وأما إذا كان أهل المصر لا يضررون بذلك ، فإنه لا يكره . وقال بعضهم : صورته أن يتلقاهم رجل من أهل المصر ، فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بسعر أهل المصر ، فالشراء جائز في الحكم ، ولكنه مكروه لأنه غرهم ، سواء تضرر به أهل المصر أو لا . » وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٤٠) :

« نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان ... وللتلقى صورتان : أحدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعوه من أهل البلد بزيادة . وثانيهما أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر . ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك إنه يعصى ، أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق أن خرج فرآهم فاشترى ، ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى ، والوجه لا يعصى إذا لم يُلبَسْ . وعندنا يحمل النهي إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس ، أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس . »

ويستخلص من هذه النصوص أن تلقى السلع أو الجلب أو الركبان قد يكون لأحد غرضين أو للغرضين معاً : إما لتغيير الركبان وهم لا يعلمون السعر فيشترون منهم بأرخص من سعر البلد ، وهذه الحالة صورة من صور التدليس والتغيير . وإما لشراء الميرة كلها من القافلة ، فتحتكر ، ثم يبيعها المشترون على ما يريدون من الثمن فيضرون بأهل البلد ، وهذه الحالة هي صورة

من صور الاختكار المنهى عنه ، وقد تقدم بيان حكمه ^(١) .
وعند المالكية خلاف في تأديب المتلقى وفي اشتراك أهل السوق معه
جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٩) : النوع الخامس (من البيوعات
الفاصلة) تلقى السلعة على ميل ، وقيل على فرسخين ، وقيل على مسيرة يوم
فأكثر ، قبل أن تصل إلى الأسواق . وهو لا يجوز لحق أهل الأسواق .
فإن وقع ، فاختلف في تأديب المتلقى وفي اشتراك أهل السوق معه . وقال
الشافعي إنما يمنع لحق صاحب السلعة ، فهو بالخيار . وأجازه أبو حنيفة .
ويتبين من هذا النص أن البيع من متلقى السلع جائز ولكنه منهي عنه عند
أبي حنيفة ، والبائع فيه بالخيار إذا أتى السوق وبأن له أنه غبن عند الشافعي
(أنظر المذهب جزء أول ص ٢٩٢) . ويعزز فيه المتلقى بل يباع عليه ليشترك
معه أهل السوق في الصفقة التي استأثر بها على خلاف في الرأي عند مالك . وعند
أحمد . في رواية البيع صحيح وللبيع الخيار كما عند الشافعي ، وهي الرواية الأصح .
وفي رواية أخرى ، البيع فاسد . جاء في المغني (جزء ٤ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢)
فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم ، فالبيع صحيح في قول الجميع ، قال
ابن عبد البر . وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن البيع فاسد ، لظاهر النهي .
والأول أصح ، لأن أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
« لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه واشترى منه ، فإذا أتى السوق فهو بالخيار ،
رواه مسلم ، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولأن النهي لا معنى في البيع
بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار ... » وقال
أصحاب الرأي لا خيار له ، وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في
هذا ولا قول لأحد مع قوله . وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لأنه إنما
ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن ، وهذا ظاهر مذهب
الشافعي ... وقال أصحاب مالك إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من
الرفق لأهل السوق لئلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى ،

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى الزيلعي جزء ٤ ص ٦٨ — البحر الرائق ٦ ص ٩٩ .

قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق فاشتراها ، عرضت على أهل السوق فيشترون فيها . وقال الليث بن سعد تباع في السوق . وهذا مخالف لمذلول الحديث فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق ، ولم يجعلوا له خياراً ، وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره ، ولأن الجالس في السوق كالمتلقى في أن كل واحد منهما مبتغى لفضل الله تعالى ، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقى ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته ، فلا يعرج على مثل هذا والله أعلم . ويلاحظ أن هذا كله هو حكم البيع الصادر إلى متلقى السلع إذا غر الركبان . أما حكم احتكاره للسلعة بعد شرائها فقد قدمناه عند الكلام في الاحتكار (١) .

بيع الحاضر للبادي :

وهذا البيع صورة ثانية من صور الاحتكار . وقد اختلف في تصويره . فقال صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٢) : « ومنها (أى مما يكره من البياعات) بيع الحاضر للبادي ، وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمان غال ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يبيع حاضر لبادٍ ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض . ولو باع جاز البيع ، لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر ، فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء . وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف ، فإن كانوا في

(١) وجاء في الروض النضير (جزء ٣ ص ٣٠٤) : وظاهر إطلاق التلقى يعم المسافة القريبة والبعيدة ، ويكون ابتداءه خارج السوق الذي يباع فيه المحلوب . ويتناسب كون التلقى لما يعتبر من خارج السوق من جهة المعنى لأنه موضع التقرير وجهالة سعر البلد ، ولا تنكشف له الحقيقة إلا ببلوغه السوق ؛ فلو فرض تقصيرهم عن طلب الحقيقة بعد بلوغهم إليه ، لم يضر إذ أتوا من أنفسهم . ولا بد أن يكون عالماً بالنهي عن التلقى ، وأن يخرج قاصداً له ، فإن خرج لشغل آخر فرائهم مقبلين فاشترى ، ففيه تردد ، أذ صيغة التلقى تشمل بالتكلف لفعله والقصد إليه ، كما يقال تأمل وتفطن » .

خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر . ويؤيد هذا التصوير البارقي على الهداية (هامش فتح القدير ٥ ص ٢٤٠) إذ يقول : « ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي ؛ فقال عليه الصلاة والسلام : لا يبيع حاضر للبادي : وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ، ويبيعه من أهل البادية بضمن غال . فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك ، أو في قحط يتضررون . فإن كان الثاني فهو مكروه ، وإن كان الأول فلا بأس بذلك . وعلى هذا تكون اللام للبادي بمعنى من . وقيل في صورته نظراً إلى اللام أن يتولى المصرى البيع لأهل البادية ليغالى في القيمة . » وهذا التصوير الثاني الذي يشير إليه البارقي في آخر العبارة هو التصوير الغالب . جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٤٠) : (وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ، ويقول له لا تبع أنت ، أنا أعلم بذلك منك . فيتوكل له ، ويبيع ، ويغالى . ولو تركه يبيع بنفسه ، لرخص على الناس . وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض . وفي المجتبى هذا التفسير أصح ، ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث ^(١) . وجاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٩١ — ص ٢٩٢) : « ويحرم أن يبيع حاضر لباد ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد ، فإذا باع اتسع وإذا لم يبع ضاق . فيجىء إليه سمسار ، فيقول لا تبع حتى أبيع لك قليلاً قليلاً ، وأزيد في ثمنها . » وجاء

(١) انظر أيضاً في كل من التصويرين : الجوهرة المنيرة . (ص ٢٠٦ — الزيلعي ٤

ص ٦٨ — البحر الرائق ٦ ص ٩٩) .

وانظر في التصوير الثاني الروض النضير ٣ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٤ ، وجاء في ص ٣٠٣ منه : « وإن كان في المجلوب سعة والحاجة إليه قليلة ، بحيث لا يؤدي بيع الحاضر للبادي إلى شيء من الأضرار بهم ، فالظاهر الإباحة ، بل قد تكون أولى ، وذلك إذا كان في توسطه وتولية لذلك تيسر على أهل المصر ، كما هو معلوم عند توسط السامرة النخاسين من أهل الجلب والمصر وجاء في القوانين الفقهية لاس جزى (ص ٢٥٩) التصوير الثاني دون غيره في العبارات الآتية . « بيع حاضر لباد من الذين لا يعرفون الأسعار ، وقيل لكل وارد على مكان وإن كان من مدينة . وتعريفه بالسعر كالبيع له ، فلا يجوز . واختلفوا في شرائه له » .

فى المعنى (جزء ٤ ص ٢٨٠) : « والمعنى فى ذلك أنه متى ترك البدوى بيع سلعته ، اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر ، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ، ضاق على أهل البلد . . . أنه يحرم بثلاثة شروط : (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادى ليتولى البيع له . (والثانى) أن يكون البادى جاهلا بالسعر . . . (والثالث) أن يكون قد جلب السلع للبيع . . . وذكر القاضى شرطين آخرين : (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها . (والثانى) أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضيق فى تأخر بيعه . وقال أصحاب الشافعى إنما يحرم بشروط أربعة ، وهى ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه ، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الخرقى بطلانه . ونص عليه أحمد . . . فقال أكره ذلك وأرد البيع فى ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى أن البيع صحيح ، وهو مذهب الشافعى لكون النهى لمعنى فى غير المنهى عنه . ولنا أنه منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . »

ويخلص من ذلك أن بيع الحاضر للبادى ينطوى على ضرب من الاحتكار . إذ البادى يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق . فيمسك السمسار السلعة ، ولا يعرضها فى السوق جملة واحدة ، بل يحبسها عن الناس وهم فى حاجة إليها . فيقل العرض ويشدد الطلب ، على وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيد لاستغلال حاجة الناس ، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من الثمن . وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحاً مكروهاً ، أو باطلاً لا أثر له ، على خلاف تقدم بيانه .

٥ ٣ - العربون

نصوص التفهيمات المدنية العربية :

تنص المادة ١٠٣ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى : « (١) دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول

عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . (٢) فإذا عدل من دفع العربون ففقدته ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

والتقنين المدني السوري في المادة ١٠٤ منه ، وكذلك التقنين المدني الليبي في المادة ١٠٣ منه ، يطابقان النص المتقدم من التقنين المدني المصري .

وتنص المادة ٩٢ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « (١) يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . (٢) فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول . فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً . »

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة متطابقة ، فيما عدا التقنين المدني العراقي فإنه يجعل دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه جزاء للعدول عن العقد .

العربون في الفقه الغربي الحديث :

وتتلخص أحكام العربون في الفقه الغربي الحديث ، نقلاً عن الوسيط (جزء أول ص ٢٥٩ — ص ٢٦٤) ، على الوجه الآتي : —

يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للتوَجُّر جزءاً من الثمن أو من الأجرة ، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون . وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الداللتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت . وغنى

عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالة المفروضة ، وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد حسماً للخلاف والتردد بدلالة جواز العدول ، ومن هنا كان العقد المقترب بعربون مرحلة غير بارة فى التعاقد النهائية إذ يجوز العدول عنه . وتبع التقنين المصرى فى ذلك كل من التقنين السورى والتقنين الليبى . أما التقنين العراقى فقد أخذ بدلالة التأكيدي والبت ، فإذا اقترن العقد بعربون كان هذا دليلاً على أن العقد قد أبرم على وجه بات فلا يجوز العدول عنه ، إلا إذا تبين أن المتعاقدين قد أرادا ، صراحة أو ضمناً ، أن يكون العربون جزاء للعدول عن العقد .

فإذا ثبت أن العربون ، فى أى من هذه التقنينات ، جزاء للعدول عن العقد ، ولم يعدل أحد من المتعاقدين فى خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه فى المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر مقدار العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يردده ويرد مثله للطرف الآخر . والالتزام بدفع قيمة العربون المترتب فى ذمة الطرف الذى عدل عن العقد ليس تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر . بل هو نزول عند إرادة المتعاقدين فقد جعل العربون مقابلاً لحق العدول . وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لتعويض الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وعلى ذلك يمكن تكيف العربون الذى يدفع فى مقابل العدول

عن العقد بأنه البذل في التزام بدلي . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في العقد ودائماً بالحق الذي يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون . ومؤدى ذلك أن العدول في حالة دفع العربون لا يكون عن العقد في جملته ، بل عن الالتزام الأصلي والحق المقابل له ، والعربون بذل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه وهو البذل ، لا عدول عنه في جملته .

أما إذا ثبت أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، لم يجوز لأحد من المتعاقدين العدول عن العقد ، بل كان لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها . وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

وربما قدّمناه أنه يمكن حصر مسائل العربون في الفقه الغربي الحديث فيما يأتي :

(أولاً) العربون قد يكون دليلاً على البت في إبرام العقد أو على جواز العدول عنه .

(ثانياً) فإذا كان دليلاً على ، البت ، فقد أبرم العقد نهائياً ، ولا يجوز العدول عنه . ويعتبر العربون ، في عقد البيع مثلاً ، جزءاً من الثمن عجل دفعه . وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته ، أجب على التنفيذ : البائع يجبر على تسليم المبيع ، والمشتري يجبر على دفع الثمن بعد خصم ما دفعه عربوناً .

(ثالثاً) أما إذا كان دليلاً على جواز العدول ، جاز لأي من المتعاقدين العدول عن العقد في المدة المحددة لذلك . فإن عدل من دفع العربون فقدّه . وإن عدل من تسلم العربون رده ومعه مثله . وهذا وذاك دون أن يشترط

وقوع ضرر ينجم عن هذا العدول ، وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي . فإذا لم يعدل أى من المتعاقدين عن العقد فى المدة المحددة ، أصبح العقد باتاً ، ووجب تنفيذه على الوجه المبين فيما تقدم .

العربون فى الفقه الإسلامى :

وحكم العربون فى الفقه الإسلامى غير متفق عليه . وأكثر المذاهب كلاماً فيه هو المذهب المالكى .

جاء فى الموطأ (جزء ٢ ص ٦٠٩ — ص ٦١١) فى شأنه ما يأتى : —
 « حدثني يحيى عن مالك ، عن الثقة عنده ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العُربان^(١) . قال مالك : وذلك ، فيما نرى والله أعلم ، أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة ، أو يتكاري الدابة . ثم يقول للذى اشترى منه ، أو تكارى منه : أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل ، على أنى إن أخذت السلعة ، أو ركبت ماتكاريك منك ، فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة ، فما أعطيتك لك . باطل بغير شيء ... قال مالك ، فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ، ثم يندم البائع ، فيسأل المشتاع أن يقيه بعشرة دنانير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل ، ويمحو عنه المائة دينار التى له . قال مالك : لا بأس بذلك . »

فالعربون — كما رأينا — يكون فى البيع وفى الإيجار . وفى البيع مثلاً يعطيه المشتري للبائع ، على أن يكون محسوباً من الثمن إن أخذ المشتري السلعة ، وإلا فهو للبائع بغير شيء . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن مثل هذا البيع . وقد ورد فى الموطأ — كما رأينا — صورة أخرى تقرب من بيع العربون وليست أياه : ينعقد البيع باتاً ، ثم يندم البائع ، فيعرض

(١) العربان ، ويقال عربون وعربون ، قال ابن الأثير : قيل سمي بذلك لأن فيه أعراً بالعدو البيع ، أى إصلاحاً وإزالة فساد ، للإيمان بغيره باشتراؤه . وفى الذخيرة : العربان لغة ، أول الشيء .

على المشتري أن يرد له الثمن أو يبرئه منه إن كان إلى أجل ومعه مقدار من المال في مقابل التنازل من البيع . قال مالك : لا بأس بذلك . والفرق بين بيع العربون وهذا البيع أن جواز عدول البائع عن البيع بمقابل كان معتبراً منذ البداية في بيع العربون ، وهذا احتمال يدخل في العقد الغرر فيفسده ، أما البيع الثاني فقد انعقد باناً دون أن تدخله وقت انعقاده احتمال الرجوع فيه بمقابل ، بخلاف من الغرر ، فانعقد صحيحاً ، ثم تقايل المتعاقدان باختيارهما في مقابل مبلغ معين يعطيه البائع للمشتري .

ولذلك كان بيع العربون صحيحاً إذا كان العربون قد دفع على أن يكون جزءاً من الثمن أن تم البيع ، أو يرد إلى المشتري إن لم يتم . وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٨ — ص ٢٥٩) في هذا المعنى ما يأتي : « النوع الثالث (من البيوعات الفاسدة) بيع العربان ، وهو ممنوع إن كان على ألا يرد البائع العربان إلى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما . فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز » . وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٣٦٩ — ٣٧٠ ص) : « وكبيع العربان أن يعطيه شيئاً على أنه إن كره البيع لم يعد إليه ... وفسره مالك في موطنه بإعطاء البائع أو المشتري درهما أو ديناراً على أنه أن أخذ المبيع فهو من الثمن ، وإلا بقي للبائع . أبو عمر ما فسر به مالك عليه فقهاء الأمصار لأنه غرر وأكل مال بالباطل . قال مالك : وأما من اشترى شيئاً وأعطى عرباناً ، على أنه إن رضيه أخذه وإن سخطه رده وأخذ عربانه ، فلا بأس به — ويقول الخطاب في الشرح : قال ابن الحاجب ومنه بيع العربان ، وهو أن يعطى شيئاً على أنه إن كره البيع أو الإجازة لم يعد إليه . قال في التوضيح : فرع فإن وقع البيع أو الكراء على ذلك فقال عيسى ابن دينار يفسخ ، فإن فاتت مضت بالقيمة اهـ . ونحوه في الشامل ونصه : وفسخ إلا أن يفوت بالقيمة . — وجاء في الخرشى (جزء ٥ ص ٧٨) : « وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع العربان ، وهو أن يشتري سلعة بثمن على أن المشتري يعطى البائع أو غيره شيئاً من

الثن على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه ، وأن أحب البيع حاسبه به من الثن ، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وغرر . قال عيسى ويفسخ العقد ، فإن فاتت مضت بالقيمة . ومثل قوله لم يعد إليه إذا كان يتركه له مجاناً ، وكلام المؤلف يصدق بهذه . ومثل البيع بالإجارة فلا فرق بين الذوات والمنافع . وجاء في حاشية العدوى على شرح الخرشي (٥ ص ٧٨) : « وأما إن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه ، وإن رضيه حاسبه به من الثن ، فلا بأس . ويختتم عليه إن كان لا يعرف بعينه ، لئلا يتردد بين السلفية والثنية . » — وجاء في الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٦٣) : « وكبيع العربان ، اسم مفرد . ويقال أربان بضم أول كل ، وعربون وأربون بضم أولهما وفتح . وهو أن يشتري أو يكتري السلعة ، ويعطيه ، أي يعطى المشتري البائع شيئاً من الثن ، على أنه أى المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه ، وإن أحبه حاسبه به من الثن . أو تركه مجاناً ، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . ويفسخ ، فإن فات مضى بالقيمة . فإن أعطاه على أنه أن كره البيع أخذه ، وإلا حاسب به ، جاز . » ويقول الدسوقي في حاشيته على الدردير (جزء ٣ ص ٦٣) : « بيع العربان يجرى في البيع والإجارة لا في البيع فقط كما هو ظاهر المصنف ، والظاهر منعه في جميع العقود لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . وأولى منه في المنع للعلة المذكورة المراهنة التي تقع من عوام الناس . قوله أو تركه مجاناً : كقول البائع للمشتري لا أبيعك السلعة إلا إذا أعطيتني ديناراً أخذه مطلقاً ، سواء أخذت السلعة أو كرهت أخذها . قوله جاز : أى ويختتم عليه إن كان لا يعرف بعينه ، قاله المواق ، لئلا يتردد بين السلفية والثنية . » وجاء في الشرح الصغير للدردير (الصاوى ٢ ص ٣٢) : « ويفسخ ، فإن فات مضى بالقيمة ويحسب منها العربون . » وجاء في كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبرى (ص ٢١٢) : « قال الزرقانى شارح الموطأ : وهو (أى بيع العربون) باطل عند الفقهاء لما فيه من الشرط والغرور وأكل

أموال الناس بالباطل . فإن وقع فسخ . فإن فات مضي ، لأنه مختلف فيه فقد أجازته أحمد . وروى عن ابن عمر وجماعة من التابعين أجازته ، ويرد العربان على كل حال . قال ابن عبد البر : ولا يصح ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من أجازته ، فإن صح احتمل أنه يحتسب على البائع من الثمن إن تم البيع ، وهذا جائز عند الجميع .

هذه طائفة من النصوص نستطيع أن نستخلص منها الأحكام الآتية :

(أولاً) هناك صورة من بيع العربون لا غرر فيها ، فيكون البيع صحيحاً ، وهي صورة ما إذا اشترى شيئاً وأعطى عرباناً ، على أنه إن كره البيع أخذه ، وإن رضيه حاسبه به من الثمن . قال مالك : فلا بأس به . وفي هذه الصورة يكون العربون جزءاً معجلاً من الثمن إذا اختار المشتري إبرام البيع . أما إن كره البيع ولم يبرمه ، كان العربون في يد البائع دون سبب ، فيرده إلى المشتري .

(ثانياً) هناك صورة أخرى من بيع العربون فيها غرر ، فيكون البيع باطلاً ، وهي صورة ما إذا اشترى شيئاً وأعطى عرباناً ، على أنه إن اختار البيع كان العربان جزءاً من الثمن ، وإن كره البيع بقى العربان حقاً للبائع ولم يرده للمشتري .

(ثالثاً) في الصورة المتقدمة ، التي يكون فيها البيع باطلاً ، إذا كره المشتري البيع ، لم يحجز للبائع أن يحتفظ بالعربون لبطلان العقد ، بل وجب عليه رده للمشتري . كذلك إذا اختار المشتري البيع وأراد حساب العربون من الثمن ، فالظاهر من النصوص أن البيع يبقى باطلاً ، ويفسخ ، ويكون على البائع أن يرد الثمن وما اشتمل عليه من العربون ، ويكون على المشتري أن يرد المبيع . فإن فات المبيع بهلاك أو نحوه ، حسب على المشتري ، لا بالثمن لأن البيع باطل ، بل بالقيمة . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع في هذه الحالة الثانية — حالة اختيار المشتري البيع — يكون صحيحاً ويحسب — العربون من الثمن ، وهذا ما رواه عن ابن عمر وجماعة من التابعين ، وقد تقدم ذكر ذلك .

ونرى من ذلك أننا اقتربنا من الفقه الغربي بهذا الرأى الأخير ، فيع العربون صحيح ويحسب العربون من الثمن ، غير أن المشتري إن كره البيع

استرد العربون . وفي الفقه الغربي إن كره المشتري البيع فقد العربون .
ومذهب أحمد هو الذي يتفق مع الفقه الغربي في الحالتين ، ففيه أن
المشتري يفقد العربون إن كره البيع ، وإن اختاره حسب العربون من الثمن .
وقد جاء في الشرح الكبير على المقنع (المعنى جزء ٤ ص ٥٨ — ٥٩)
في هذا المعنى ما يأتي :

« وكذلك إذا قال المرتهن إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك ،
فلا يصح البيع ، إلا يبيع العربون ، وهو أن يشتري شيئاً ويعطى البائع درهماً
ويقول إن أخذته ، وإلا فالدرهم لك . فقال أحمد : يصح لأن عمر فعله .
وعند أبي الخطاب أنه لا يصح ... والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة
ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر ، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ،
وإن لم يأخذها فهو للبائع . يقال عربون وعربون وعربان وأربان . قال
أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به ، وفعله عمر رضي الله عنه . وعن ابن عمر
أنه أجازه . وقال ابن المسيب وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن
يردها ويرد معها شيئاً . قال أحمد : هذا في معناه . وقال أبو الخطاب لا يصح .
وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن .
ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجة . ولأنه
شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي . ولأنه بمنزلة
الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو
قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم . قال شيخنا : هذا هو
القياس ، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى
لعمر دار السجج من صفوان بن أمية ، فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا .
قال الأشرم : قلت لأحمد تذهب إليه ، قال أي شيء أقول هذا عمر رضي الله
عنه ! وضعف الحديث المروي . روى هذه القصة الأثرم بإسناده . فإذا أن
دفع إليه قبل البيع درهماً وقال لا تبع هذه السلعة لغيري ، وإن لم أشتريها
منك فهذا الدرهم لك ، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم

من الثمن ، صح ، لأن البيع خلا عن الشرط المفسد . ويحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه ، فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون . وإن لم يشتر السلعة فى هذه الصورة ، لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله ، لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن فى حال الشراء ، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما فى الإجارة . .

ويمكن أن نستخلص من النص المتقدم ما يأتى :

(أولاً) أن الذين يقولون بطلان بيع العربون يستندون فى ذلك إلى حديث النبى عليه السلام الذى نهى عن بيع العربون ، ولأن العربون اشترط للبائع بغير عوض وهذا شرط فاسد ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول إذا اشترط المشتري خيار الرجوع فى البيع من غير ذكر مدة كما يقول ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم .

(ثانياً) أن أحمد يميز بين العربون ويستند فى ذلك إلى الخبر المروى عن عمر وضعف الحديث المروى فى النهى عن بيع العربون ، وإلى القياس على صورة متفق على صحتها ، هى أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً ، قال أحمد هذا فى معناه .

(ثالثاً) ونرى أنه يستطاع الرد على بقية حجج من يقولون بطلان بيع العربون . فالعربون لم يشترط للبائع بغير عوض ، إذ العوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتقويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة . وليس بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول ، إذ المشتري إنما يشترط خيار الرجوع فى البيع مع ذكر مدة معلومة إن لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار .

(رابعاً) أن هناك صورتين أخريين تقربان من بيع العربون ، ومع

ذلك تصحان درنه في رأى من يقول بطلانه . إحداهما ما قدمناه من بيع بات ، يتلوه تقايل يدفع المشتري في مقابله شيئاً . والأخرى عقدان متتاليان في الأول منهما يدفع المشتري إلى البائع قبل البيع درهما ويقول له لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم أشتريها فالدرهم لك ، وفي الثاني يشتريها بعقد مبتدأ ويحسب الدرهم من الثمن . فهذا البيع — وهو العقد المبتدأ — صحيح لأنه انفصل عن العربون وصار عقداً مستقلاً ، بخلاف الشرط المفسد . وأحمد ، في رأينا ، على حق في تصحيحه لبيع العربون قياساً على هاتين الصورتين . بل إن الصورة الثانية — صورة العقدين المتتاليين عقد العربون وعقد البيع المبتدأ — يصعب فيها القول بأن المشتري إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ، فقد قدمنا أن العوض هو تفويت المشتري للبائع فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة .

(خامساً) يبيع العربون الذي يقول أحمد بجوازه صورته أن يدفع المشتري العربون للبائع ، ثم يتركه له إذا كره البيع . ولا فرق بين هذه الصورة وصورة ما إذا كان البائع هو الذي له الخيار في أن يعدل عن البيع ، فيرد العربون ومعه مثله . وكما قاس أحمد صورة يبيع العربون الذي للمشتري فيه الخيار على صورة البيع البات يتلوه تقايل يدفع المشتري مقابله شيئاً ، كذلك يمكن أن تقاس صورة يبيع العربون الذي للبائع فيه الخيار على الصورة التي أوردناها مالك في الموطأ وهي أن يكون البيع باتاً ثم يندم البائع فيدفع المبتاع شيئاً ويتقايل معه . وإذا أجزنا في بيع العربون أن يكون الخيار للبائع أو المشتري ، جاز أيضاً أن يكون الخيار لكل من البائع والمشتري . أما دلالة العربون عند الشك ، هل هي للبائع أو لجواز العدول ، فأمر يترك للعرف والعادة ، ففي الفقه الإسلامي العادة محكمة .

الفرع الثاني

صحة التراضي

الأهلية وعيوب الإرادة :

رأينا فيما قدمناه كيف يكون وجود التراضي ، وذلك بتطابق الإرادتين . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً ، فننتقل من وجود التراضي إلى صحته .

والتراضي في الفقه الغربي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم يكن مشوباً بعيب من عيوب الإرادة .

الأهلية في البلاد العربية يسرى عليها قانون الأحوال الشخصية :

ولما كانت الأهلية في البلاد العربية يسرى عليها قانون الأحوال الشخصية ، وكان هذا القانون في الكثرة الغالبة من الأحوال هو نفس الفقه الإسلامي ، فما بنا حاجة لمقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في مسائل الأهلية ، ما دام الفقه الغربي لا محل لتطبيقه في هذه المسائل . ومن ثم ندع الأهلية ، ونقتصر على الكلام في عيوب الإرادة .

عيوب الإرادة :

وعيوب الإرادة في الفقه الغربي هي الغلط والتدليس والإكراه . ويجب التمييز بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة . فالإرادة غير الموجودة هي مجرد مظهر خارجي لإرادة موهومة لا حقيقة لها . مثل ذلك الإرادة التي تصدر من المجنون أو الصبي غير المميز أو السكران أو الهازل ، فهذه الإرادة لا وجود لها ، لأن مناط الإرادة التمييز ، ومن ثم لم تتعلق

بمحلها لانعدامها ، فكان العقد باطلا لا وجود له . أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره — وهذا هو الغلط والتدليس — أو غير حر في إرادته — وهذا هو الإكراه . فالإرادة المعيبة إرادة تعلق بمحلها لأنها إرادة موجودة ، ولكنها ما كانت لتتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . والعقد في حالة الإرادة المعيبة موجود منعقد ، لأن الإرادة موجودة وقد تعلق بمحلها . ولكنه غير صحيح وقابل للإبطال ، فيجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته العيب أن يبطله ، صيانة للإرادة من أن يشوبها العيب ، وحماية لصاحبها من أن يلتزم بعقد لم يرده إرادة صحيحة . ولما كنا في معرض المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في عيوب الإرادة ، وجب أن نتكلم في مسائل ثلاث :

(١) الغلط (٢) التدليس (٣) الإكراه .

المبحث الأول

الغلط

تمهيد

المعيار الذاتي في الفقه الغربي والمعيار الموضوعي في الفقه الإسلامي

§ ١ — الغلط في الفقه الغربي

النظرية التقليدية :

يعرف الغلط عادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها .

وتقسم النظرية التقليدية في الفقه الفرنسي الغلط إلى أنواع ثلاثة : نوع يجعل العقد باطلا ، وآخر يجعل العقد قابلا للإبطال ، وثالث لا يؤثر في صحة العقد .

فالنوع الذي يجعل العقد باطلا هو الغلط المانع . ويقع في ماهية العقد ، كمن يبيع شيئاً من آخر والآخر يعتقد أن العقد هبة . ويقع كذلك في ذاتية المحل ، كما لو باع شخص من آخر داره في الأسكندرية والمشتري يعتقد أنه يشتري دار البائع التي في القاهرة .

والنوع الذي يجعل العقد قابلا للإبطال إما غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وإما غلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد . ومادة الشيء (substance même de la chose) هي مجموع الخصائص التي تدخله في جنس معين ، وتميزه عن الأجناس الأخرى . فمن اشترى — كما يقول پوتيه — ثياباً (شمعدان) من نحاس مطلي بالفضة ، وهو يعتقد أنها من فضة خالصة ، يكون قد وقع في غلط في مادة الشيء . ومثل الغلط الذي يقع في شخص المتعاقد أن يتعاقد شخص مع أحد الفنانين ، وهو يعتقد أنه يتعاقد مع فنان آخر .

والنوع الذي لا يؤثر في صحة العقد هو غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام ، أو غلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد ، أو غلط في قيمة الشيء محل الالتزام ، أو غلط في الباعث على التعاقد .

النظرية الحديثة :

ولكن القضاء في فرنسا — وتبعه الفقه الفرنسي المعاصر — لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . فقد استبعد النوع الأول ، وهو الغلط المانع الذي يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث ، واستبدل فيهما بمعيار موضوعي معياراً ذاتياً .

فالغلط في مادة الشيء مثلاً معيار موضوعي محض ، هجره القضاء والفقه إلى معيار ذاتي هو الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء ، واستبدلت بعبارة « مادة الشيء » عبارة « الصفة الجوهرية في الشيء » . كذلك الغلط في القيمة أو الغلط في الباعث قد يكون غلطاً جوهرياً يؤثر في صحة العقد .

ومن ثم أصبح الغلط يؤثر في صحة العقد أو لا يؤثر تبعاً لما إذا كان غلطاً جوهرياً أو غير جوهري . والغلط الجوهري هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع في الغلط ، سواء في ذلك أن يقع الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث .

فإذا اشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ، واعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من الذهب ، فبين أنه أثرى ولكنه مصنوع من « البرونز » ، لم يؤثر هذا الغلط في صحة العقد ، وإن كان قد وقع في مادة الشيء . ذلك أن الصفة الجوهرية التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء هي أنه أثرى ، لا أنه من ذهب ، وقد تبين أنه أثرى . أما إذا تبين أنه غير أثرى ، فالغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال ، حتى لو ثبت أن المبيع مصنوع من الذهب .

والغلط في شخص المتعاقد لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد . مثل ذلك الغلط في شخص الوكيل ، أو المزارع ، أو الشريك ، أو الموهوب له إذا اعتقد الواهب عن غلط أن له به قرابة ، أو المستأجر إذا ثبت أنها امرأة سيئة السلوك .

والغلط في القيمة قد يكون جوهرياً ، فيجعل العقد قابلاً للإبطال ، كما إذا باع شخص سهماً بقيمة الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة .

كذلك الغلط في الباعث قد يكون جوهرياً هو أيضاً . فمن باع شيئاً

وهو يعتقد أنه مريض مرض الموت ، ثم يشفى ، لا يستطيع الطعن فى البيع بأنه صدر فى مرض الموت ، إذ الحق فى هذا الطعن مقصور على الورثة . ولكنه يستطيع الطعن فى العقد بالغلط فى الباعث ، لأنه إنما تعاقد مدفوعاً باعتقاده أنه فى مرض الموت ، وما كان ليسمع لو علم أنه سيشفى .

كيف ينضبط التعامل فى مواجهة المعيار الذاتى فى الغلط — اتصال المتعاقدين

الأثر بالغلط :

ومنذ انقلب معيار الغلط معياراً ذاتياً على هذا النحو ، فقد وجب ألا ينفرد به المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، دون أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه ، وألا تزعم التعامل ولم ينضبط ، إذ لا يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار ، بادعاء صاحبه أنه وقع فى غلط لا علم للآخر به . ومن ثم كان الواجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط حتى ينضبط التعامل . فإما أن يكون مشتركاً فى الغلط ، وأما أن يكون غير مشترك فيه ولكنه يعلم به أو يستطيع أن يعلم به . فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو ، أصبحت لا تتنافى مع استقرار التعامل . ذلك أن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ، ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد . وهو فى الثانية سىء النية ، وإبطال العقد جزاء حق لسوء نيته . وهو فى الثالثة مقصر ، وتعويض التقصير بإبطال العقد . أما إذا كان المتعاقد الآخر غير مشترك فى الغلط ولا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه ، فالعقد صحيح ، ولا عبرة بالغلط الفردى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ولم يتصل به المتعاقد الآخر بوجه من الوجوه . وهنا نكون قد ضحينا بإرادة المتعاقد الحقيقية فى سبيل استقرار التعامل ، وأقمنا العقد على أساس من الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة .

ونطبق هذا المبدأ على الأمثلة المتقدمة :

إذا كان الغلط في صفة جوهرية في الشيء هو أنه أثرى ، لم يستطع من اشتراه أن يبطل البيع إلا إذا أثبت أن الشيء غير أثرى ، وأن البائع في الوقت ذاته كان مشتركاً معه في الغلط معتقداً مثله أن الشيء أثرى ، أو كان على بينة من أن الشيء غير أثرى ومع ذلك كان يعلم ، أو كان من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يعتقد أن الشيء أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً ، لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثرى ، فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والملابسات ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب مالا لذى قرابة ، لم يستطع الواهب أن يبطل الهبة إلا إذا أثبت أن الموهوب له ليس بقريب وقد تقبل الهبة مع ذلك معتقداً أن له قرابة بالواهب ، أو متيناً أن الواهب إنما اندفع إلى الهبة معتقداً عن غلط بهذه القرابة ، أو كان يسهل عليه أن يتبين ذلك من ظروف وملابسات يفهم منها الشخص العادى أن الهبة لم تكن لتصدر لولا اعتقاد الواهب أن الموهوب له تربطه به صلة القرابة .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كمن باع السهم الذى ربح الجائزة بقيمته الفعلية ، فإن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن البائع كان يجهل ربح الجائزة ، وعلى أن المشتري كان إما مشتركاً في هذا الغلط ، وإما عالماً به ، وإما مستطيعاً أن يعلم به .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم يشفى ، فعلى البائع أن يثبت أنه كان يعتقد أنه في مرض الموت ، وأن المشتري كان يعتقد ذلك مثله ، أو كان يعلم أو يسهل عليه أن يعلم بغلط البائع . وقد تقوم تفاهة الثمن أو صورته مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

امتزاج المعيار الموضوعى بالمعيار الذاتى فى الفقه الحرمانى :

وقد مزج الفقه الحرمانى — من أجل استقرار التعامل دائماً — المعيار الموضوعى بالمعيار الذاتى فى التعرف على الصفة الجوهرية التى اعتبرها الطرفان المتعاقدان فى الشيء . فذهب إلى أن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل وهذا هو المعيار الذاتى ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراهما جوهرية وفقاً لما لا بس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية ، وهذا هو المعيار الموضوعى . فالظروف الموضوعية للعقد ، ووجوب أن يسود التعامل حسن النية ، يهديان — إذا لم نهتد من طريق آخر — إلى التعرف على نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار قطعة ظنها أثرية ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر فى الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية ، فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة مادام قد اشتراها ممن يتجر فى الآثار ، بل كان الواجب على هذا التاجر أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك ، وإلا فإنه يكون مشتركاً معه فى الغلط .

نصوص التقنيات المدنية العربية :

وعلى هذه النظرية الحديثة فى الغلط ، التى تبرز فيها المعايير الذاتية بالمعايير الموضوعية ، قامت نصوص التقنيات المدنية العربية .

التقنين المدنى المصرى : فنصت المادة ١٢٠ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان

من السهل عليه أن يتبينه . ونصت المادة ١٢١ على أنه « ١ — يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط : ٢ — وبعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (١) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد » .

التقنين المدني السوري : والمادتان ١٢١ و ١٢٢ من التقنين المدني السوري تطابقان المادتين ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدني المصري في النصوص المتقدمة الذكر .

التقنين المدني الليبي : وكذلك المادتان ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدني الليبي تطابقان المادتين ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدني المصري .

التقنين المدني العراقي : وقد أخذ التقنين المدني العراقي أيضاً بالنظرية الحديثة في الغلط ، موفقاً بينها وبين الفقه الإسلامي الذي سنسبط أحكامه فيما يلي . وسنورد نصوص هذا التقنين بعد بسط أحكام الفقه الإسلامي .

تقنين الالتزامات اللبناني : ونصت المادة ٢٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يعد الرضا متعيباً فقط والعقد قابلاً للإبطال : أولاً — إذا كان الغلط يتناول صفات الشئ الجوهرية . ثانياً — إذا كان الغلط يتناول هوية الشخص أو صفاته الجوهرية في العقود المنظور في إنشائها إلى شخص العاقد . ثالثاً — إذا كان الغلط يتناول فاعلية سبب الموجب (كانشاء عهد من أجل موجب سابق كان يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعياً فقط) » . ونصت المادة ٢٠٥ على أنه « لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه . وخصوصاً إذا كان هذا الغلط يتناول : أولاً — الصفات

العرضية أو الثانوية للشيء أو للشخص . ثانياً — قيمة الشيء فيما عدا حالة الغبن الفاحش (المادة ٢١٤) . ثالثاً — مجرد البواعث التي حملت فريقاً من المتعاقدين على التعاقد . رابعاً — أرقاماً أو حساباً ، وحينئذ يكون التصحيح واجباً قانوناً ، على أن العقد يبقى صالحاً . ونصت المادة ٢٠٧ على أن « الغلط الواقع على صفات الشيء الجوهرية لا يكون هداماً للعقد إلا إذا كان صادراً من قبل الفريقين وداخلاً في الاشتراط . أما الغلط الواقع على الشخص فيعتقد به وإن كان صادراً عن فريق واحد فقط » .

§ ٢ — الغلط في الفقه الإسلامي

معايير الغلط في الفقه الإسلامي موضوعية :

والفقه الإسلامي — كما نعلم — ذو نزعة موضوعية واضحة . ولذلك استعصى على الغلط — وهو شيءٌ نفسي ذاتي — أن يجد له في الفقه الإسلامي مكاناً موحداً يلم شعثه ، ويجمع شتاته . فانتشرت نظرية الغلط في جوانبه متفرقة مبعثرة . فهنا خيار الوصف ، وهناك خيار العيب ، ويتقدم ذلك خيار الرؤية . ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض ، وألاً صلة فيما بينها ، مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط على ما سنرى . وهم الفقهاء في كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين . فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي ، فوق أنها مبعثرة ، يتنازعها عاملان متعارضان : استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية . ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها هي معايير موضوعية ، يجرى في خلالها تيار الإرادة الحقيقية يشق طريقه وسط هذه المعايير .

تدرج عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي :

وبلاحظ أن عيوب الإرادة — الغلط والتدليس والأكراه — تتدرج صاعدة من الذاتية إلى الموضوعية . فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية ، لأنه وهم يقوم بالنفس ... ثم يليه التدليس ، فهو وهم يقوم بالنفس كالغلط ، ولكن يصاحبه طرق احتمالية خارجية . وهذا ما يجعل التدليس يتدرج بقدر معين من الذاتية إلى الموضوعية . ويلى التدليس في التدرج الأكراه . فهو رهبة تقوم بالنفس ، ولكن مصدر هذه الرهبة يكون في العادة شيئاً مادياً ، فيسير الأكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية .

والفقه الإسلامي — ونزعتة موضوعية كما قدمنا — يعتد بهذه العيوب جميعاً ولكن بترتيب عكسي فأكثر ما يعتد به الأكراه ، حتى عقد له باباً قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات . ويعتد بعد الأكراه بالتدليس ، فالتدليس له قوام في الفقه الإسلامي ، بل هو معروف في بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات . والغلط هو في الفقه الإسلامي أقل عيوب الإرادة بروزاً ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية .

أنواع الغلط في الفقه الإسلامي :

ونجاري ترتيب الفقه الغربي في الكلام عن الغلط في الفقه الإسلامي . فهناك غلط في الشيء ، وهو أهم أنواع الغلط وأكثرها عموماً وبروزاً ، إذ تجتمع فيه الخيارات الثلاثة : خيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية^(١) . ثم أن هناك غلطاً في الشخص ، وغلطاً في القيمة ، وغلطاً في

(١) قارن الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ١٤٥ — ص ١٤٧ — وانظر الأستاذ يدرو ديب في نظرية الباعث في المذهب الحنفي (بالفرنسية — باريس سنة ١٩٥٢) وبخاصة ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — وانظر الأستاذ شكري قرداحي في القانون والأخلاق (بالفرنسية) الجزء الثاني سنة ١٩٥٤ ص ٣٤ — ص ٣٩ .

القانون^(١). ونفرد الغلط في الشيء بمكان خاص لأهميته ، ونبحث بعد ذلك الأنواع الأخرى من الغلط .

المطلب الأول

الغلط في الشيء

تتابع هنا أيضاً ترتيب الفقه الغربي . فتكلم في الغلط الجوهرى ، ثم في التنازع ما بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية .

٥ ١ - الغلط الجوهرى

الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه :

يعرف الفقه الإسلامى الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه ، وكلاهما غلط في الشيء ، ويميز بينهما تمييزاً دقيقاً .

(١) الغلط المانع

اختلف الجنس أو اتحاده مع تفرؤى التفاوت :

إذا وقع الغلط في جنس الشيء ، بأن اعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر ، فإن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد ، لأن المحل يكون معدوماً . مثل ذلك أن يبيع ياقوتاً أو ماساً فإذا هو زجاج ، أو يبيع حنطة فإذا هى شعير . كذلك إذا باع حنطة فإذا هى دقيق ، أو هى خبز ، يكون الغلط واقعاً في الجنس ، إذ الحنطة والدقيق والخبز أجناس مختلفة وإن كانت مادتها واحدة ، فمن غصب من آخر حنطة وطحنها

(١) وندع جانباً الغلط في الباءث ، وهو أشد أنواع الغلط اتصالاً بالعوامل النفسية ، إلى حين الكلام في نظرية السبب في الفقه الإسلامى .

ينقطع حق الملك لأن الخنطة تصير بالطحن شيئاً آخر . وإذا باع ثوباً هروباً فإذا به مروي ، أو قزاً فإذا به خز ، اختلف الجنس وكان الغلط مانعاً .

وحق إذا اتحد الجنس ، ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتاً فاحشاً ، فإن الغلط يكون هنا أيضاً غلطاً مانعاً . فإذا باع داراً من آجرٍ فإذا بها من لبن ، أو ثوباً مصبوغاً بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران إذ العصفر والزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً ، فهنا اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فيكون في حكم اختلاف الجنس ، أو هما جنسان مختلفان في المعنى فالتحقيقاً يختلفان في الحقيقة . بل ليس الجنس في الفقه — كما يقول صاحب فتح القدير — إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً ، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتى . ومن ثم يكون الغلط مانعاً سواء كان الجنس مختلفاً أو كان متحداً مع تفاحش في التفاوت . وإذا باع عبداً فإذا به جارية ، فهنا أيضاً تفاحش التفاوت وإن اتحد الجنس ، فيكون الغلط مانعاً . ويذهب زفر إلى أن التفاوت هنا ليس بفاحش ، فبنو آدم جنس واحد ذكورهم وأنثاهم كسائر الحيوان ، فالبيع جائز وفيه خيار الوصف .

وحكم الغلط المانع هو أن يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلاً كما رأينا . وهناك رأى يذهب إلى أن العقد يكون فاسداً لا باطلاً . فالقائلون بالبطلان يعتبرون البيع وقع على معدوم ، ويسع المعدوم باطل . والقائلون بالفساد — وهو اختيار الكرخي — يعللون ذلك بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ، ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره يصير كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد .

النصوص الفقهية :

ونورد بعضاً من النصوص الفقهية التي استخلصنا منها الأحكام المقدمة . جاء في المبسوط للسرخسي (جزء ١٣ ص ١٢ — ص ١٣) : « وإذا

اشترى فصاً على أنه ياقوت ... إن كان المشار إليه زجاجاً فالبيع فاسد لا نعدام المجانسة ، وإن استهلك المشتري فعلية قيمته لأنه استهلك ملك الغير بغير إذنه ... وكذلك لو اشترى ثوباً على أنه هروى فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد ، لأن الثياب أجناس مختلفة . ولو اشترى شخصاً على أنه عبد فإذا هو جارية ، فالبيع فاسد عندنا . وقال زفر جائز ، وللمشتري الخيار ، لأن بني آدم جنس واحد ذكورهم وأنثاهم كسائر الحيوان ، ولو اشترى بقرة على أنها أثنى فإذا هي ثور كان البيع جائزاً ، وكذلك الإبل والبقر والغنم ، فكما يتفاوت المقصود هنا في بني آدم بين الذكور والإناث يتفاوت هناك ، يوضحه أنه لو اشترى عبداً على أنه تركي فإذا هو رومي أو سندی جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية . وحجتنا في ذلك أن الذكور والإناث من بني آدم في حكم جنسين ، لأن ما هو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر ، فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالغلام ، فكان التفاوت بينهما في المقصود أبلغ من التفاوت بين الخنطة والشعير وبين الهروى والمروى من الثياب ، وبه فارق سائر الحيوانات لأن ما هو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والإناث ، وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه ، وإنما التفاوت في صفة المقصود لا أصله فكان جنساً واحداً ، كذلك ذكر في الأصل والله أعلم .

وجاء في الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣٤) : « ولو باع شيئاً معيناً وسماه باسم آخر ، بأن قال بعثك هذا الثوب على أنه هروى فإذا هو مروى ، لا يجوز البيع ، لأن الهروى مع المروى جنسان مختلفان لاختلاف الصفة . ثم اختلفوا أنه باطل أو فاسد . قال بعضهم هو باطل لا يملك بالقبض ، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى أنه فاسد . ولو باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، أو أشار إلى مملوك فقال بعثك هذا الغلام فإذا هو جارية ، كان البيع باطلاً ، لأنهما جنسان مختلفان فيكون هذا بيع المعدوم . »

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٠٦) : « وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش ، كان أيضاً كاختلاف الجنس ، فيكون البيع باطلا . . . بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً ، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي . . . والمعتبر في أنهما جنسان أو جنس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس ، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد ، دون اختلاف الأصل يعنى الذاتي . ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد أصلهما ، بفحش تفاوت الغرض منهما . . . ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، فالبيع باطل . »

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٩ — ص ١٤٠) : « وعلى هذا يخرج إذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج ، أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج ، أو قال بعتك هذا الثوب الهروى بكذا فإذا هو مروى ، أو قال بعتك هذا الثوب على أنه مروى فإذا هو هروى ، لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأن البيع معدوم . . . وكذا لو باع داراً على أن بناءها أجر فإذا هو كلب لا ينعقد ، لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكأما كالجنسين المختلفين . وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوغ بعصفر ، فإذا هو مصبوغ بزعفران ، لا ينعقد ، لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً . وكذا لو باع حنطة في جولة فإذا هو دقيق ، أو شرط الدقيق فإذا هو خبز ، لا ينعقد ، لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان ، وكذا الدقيق مع الخبز . ألا ترى أن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك ، دل أنها تصير بالطحن شيئاً آخر ، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد . »

وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٥٣) : « ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس ، يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لأنه معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم . وقال بعضهم أنه فاسد ، وهو اختيار

الكرخي ، لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره ، فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره ، وذلك فاسد . والإجارة مثل البيع لأنها تبطل بالشرط الفاسد . والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد .

مقارنة بالفقه الغربي :

ويتبين مما تقدم أن الغلط المانع في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه الغربي . فالغلط يكون ما نعا في الفقه الإسلامي حتى لو اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت في المنفعة ، كما رأينا . أما في الفقه الغربي ، فقد يتفاحش التفاوت في المنفعة ، بل قد يختلف الجنس — يشتري شيئاً من فضة فإذا به من « برونز » — ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد ، ويقتصر على جعله قابلاً للإبطال .

(ب) فوات الوصف المرغوب فيه

التفاوت في المنفعة دوره تفاسد :

أما إذا اتحد الجنس ، ولكن تفاوتت المنفعة دون تفاحش في التفاوت ، فإن الأمر يكون إذن مقتصر على فوات وصف مرغوب فيه . فينقصد البيع صحيحاً نافذاً في هذه الحالة ، ولكنه يكون غير لازم ، إذ ثبت فيه خيار الوصف .

فإذا باع ياقوتاً أحمر فإذا هو أصفر ، أو عبداً كاتباً فإذا هو غير كاتب أو هو خبز ، أو باع بقرة فإذا هي ثور ، أو كبشاً فإذا هو نعجة ، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو كتاب لمؤلف آخر ، أو داراً فيها بناء فإذا هي ليس فيها هذا البناء ، أو ثوباً سدهاء من قر فإذا هو من خز (أما في اللحمة فإن الاختلاف يكون في الجنس) ، أو ثوباً بطانته أو حشوه من صوف فإذا هو من قطن (أما في الظهارة فلاختلاف يكون في الجنس) ، كان البيع في جميع هذه الأحوال صحيحاً لأن الغلط في المبيع لم يغير من جنسه ، بل لم يتفاحش التفاوت في المنفعة

بين ما طلبه المشتري وحقيقة المبيع . ولكن يثبت للمشتري خيار الوصف لأنه اشترى المبيع بوصف مرغوب فيه ، فقوات هذا الوصف عليه يجعل له الخيار .

النصوص الفقهية :

وهذه هي بعض النصوص الفقهية التي تستخلص منها الأحكام المتقدمة .
جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٤٠ - ص ١٤١) : « وكذا لو اشترى كتابا على أنه كتاب النكاح من تأليف محمد رحمه الله تعالى فإذا هو كتاب الطلاق أو كتاب الطب أو كتاب النكاح لا من تأليف محمد رحمه الله تعالى ، قالوا يجوز البيع لأن الكتاب هو السواد على البياض وذلك جنس واحد وإنما تختلف أنواعه وهو لا يمنع الجواز . ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي معز ، جاز البيع ويخير المشتري . ولو اشترى بعيراً على أنه خراسي فلم يجده خراسياً ، كان له أن يردّه ، كذا في فتاوى قاضينخان ... وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالف في الصفة ، فalcقد جائز وللمشتري الخيار إذا رآه ، كما لو اشترى فصاً على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر ، كذا في المحيط . اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن ، ففتقها المشتري فوجد الحشو صوفاً ، اختلفوا فيه : قال بعضهم يفسد البيع فيردها المشتري ويرد معها نقصان الفتق ، وقال بعضهم يجوز البيع ويرجع بالنقصان ، وهذا أصح هكذا في الظهيرية . ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا وبطانها كذا وحشوها كذا ، فوجد الظهارة على ما شرط والبطانة والحشو على خلافه ، فالبيع جائز ويتخير المشتري ، وإن كانت الظهارة من غير ما شرط ، فالبيع باطل . وإذا باع قباء على أن بطانته هروى فإذا هي مروى فالبيع جائز ويتخير المشتري ، وكذلك إذا قال حشوه قز فإذا هو قطن ، كذا في المحيط . »

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٤٠) : « وإذا قال بعثك هذا الثوب

القر فإذا هو مُلحَحٌ، ينظر إن كان سداه من القر ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القر فالبيع جائز، لأن الأصل في الثوب هو اللحمية... فإذا كانت لحمته من غير القر فقد اختلف الجنس... وإذا كانت من القر فالجنس لم يختلف... إلا أنه يثبت الخيار للمشتري لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه. ولو قال بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك، فرق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد، ووجه الفرق أن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة فتفاوتا فاحشاً فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم.

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٠١): «ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير. كما إذا باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المصنف، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز، كأن المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أو لا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص، وصحح الأول لفوات غرض المشتري فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضاً له الآن،^(١).

(١) أنظر أيضاً المجلة المواد ٧٢ و ٢٠٨ و ٣١٠ و ٣١٢ — مرشد الحيوان ٣٠١ م و ٣٨١ م.

وانظر في تصرفات أخرى غير البيع: البدائع جزء ٦ ص ٢٣ (الوكالة) و ص ١٧٨ (اللزارة) — و جزء ٧ ص ١٣٨ — ص ١٣٩ (المكاتبة) و ص ١٨٩ (الإبراء) و ص ٣٣٥ (الوصية). وانظر في الوكالة أيضاً فتح القدير ٧ ص ٢٧ — ص ٢٨ — مجمع الأنهر ٢ ص ٢٢٧ — مرشد الحيران م ٩١٠ — وانظر في الإيجار البدائع ٤ ص ١٨١ — البحر الرائق ٨ ص ١٦ — ص ١٧ و ص ٣٦ — ص ٣٧ — فتح القدير ٨ ص ٦٠، ابن عابدين ٥ ص ٤ و ص ٢٤ — مرشد الحيران م ٥٦٧.

مقارنة بالفقه الغربي :

ويتبين مما تقدم أن فوات الوصف المرغوب فيه في الفقه الإسلامي تستغرقه الصفة الجوهرية في الفقه الغربي دون أن تقف عنده . فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية . ولكن الصفة الجوهرية تتسع ، كما رأينا ، لأكثر من الوصف المرغوب فيه وتمتد في بعض تطبيقاتها إلى منطقة الغلط المانع .

ويتضح من ذلك أن الغلط في الشيء ليس ، في الفقه الإسلامي ، بأقل أثراً في سلامة العقد منه في الفقه الغربي ، بل لعله يكون أبلغ أثراً . فقد رأينا أن اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاش التفاوت قد لا يكون في الفقه الغربي أكثر من غلط في صفة جوهرية ، فيقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال . وهو في الفقه الإسلامي يجعل العقد باطلاً ، أو فاسداً في بعض الأقوال .

٢٥ - التنازع ما بين استقرار التعامل

واحترام الإرادة الحقيقية

حالات ثلاث :

في كل ما قدمناه لم ننظر للغلط إلا من حيث أنه يعيب الإرادة الحقيقية للعاقد . ولكن احترام الإرادة الحقيقية هو أحد اعتبارين يعنى بهما المشرع . والاعتبار الثاني هو استقرار التعامل . وكل من هذين الاعتبارين يتعارض مع الاعتبار الآخر . فاحترام الإرادة الحقيقية قد ينتهي إلى التضحية باستقرار التعامل ، واستقرار التعامل قد يتنافى مع احترام الإرادة الحقيقية . والفقه الإسلامي وقف ما بين الاعتبارين موقفاً معتدلاً ، هو أقرب إلى موقف القوانين الجرمانية (وهي لا تضحي استقرار التعامل في سبيل احترام الإرادة الحقيقية) منه إلى موقف القوانين اللاتينية (وهي أكثر ميلاً إلى إثارة الإرادة الحقيقية على استقرار التعامل) .

فالفقه الإسلامى ، حيث يخشى الزعزعة والتقلقل فى التعامل ما بين الناس ،
يضحى بالإرادة الحقيقية ، فلا يعتد بالغلط ، وذلك حتى يكفل استقرار
التعامل . وحيث يطمئن إلى أن استقرار التعامل مكفول ، يعنى باحترام الإرادة
الحقيقية ، ويعتد عندئذ بالغلط .

ونستعرض حالات ثلاثاً :

١ — فى الأولى منها لا يكشف المتعاقد عن إرادته الحقيقية ولا تكون
هذه الإرادة مكشوفة ، فلا يعتد الفقه الإسلامى بها ولا بما يشوبها من الغلط ،
لأنها بقيت محجوبة عن العاقد الآخر فلم يكن له من سبيل للتعرف عليها .
وعند ذلك يكون العاقد الآخر غير عالم بالغلط وليس من السهل عليه أن
يتبينه . وفى هذا لا يزيد الفقه الإسلامى عن الفقه الغربى فى عدم الاعتداد
بالغلط .

٢ — وفى الثانية يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية أو تكون هذه الإرادة
مكشوفة ، فيعتد الفقه الإسلامى بها وبما يشوبها من الغلط ، لأن هذه الإرادة
انكشفت للعاقد الآخر أو كان يستطيع أن يتبينها . وعند ذلك يكون العاقد
الآخر عالماً بالغلط ، أو سهل عليه أن يتبينه . وفى هذا لا يقل الفقه الإسلامى
عن الفقه الغربى فى الاعتداد بالغلط .

٣ — وفى الثالثة يعتد الفقه الإسلامى بالإرادة الحقيقية وبما يشوبها
من الغلط ، سواء انكشفت هذه الإرادة للعاقد الآخر أو لم تنكشف .
وفى هذا يزيد الفقه الإسلامى عن الفقه الغربى فى الاعتداد بالغلط .

(١) عدم الاعتداد بالغلط لأن العاقد لم يكشف عن إرادته

ولم تكن هذه الإرادة مكشوفة

لا يعتد بالغلط إذا استغل به أحد العاقدين :

إذا وقع أحد العاقدين فى غلط ، ولكنه لم يكشف عن إرادته الحقيقية

للعاقدين الآخر ، فلم يعلم الآخر بهذا الغلط ، فإن الغلط في هذه الحالة يكون شيئاً مستتراً مستكناً في ضمير العاقد الذي وقع في الغلط . فما ذنب العاقد الآخر لو أننا اعتدنا بالغلط ، ونقضنا العقد من أجله ! وكيف يستقر التعامل بين الناس إذا نحن فعلنا ذلك ! لا شك في أن الواجب هنا هو إظهار استقرار التعامل على احترام الإرادة الحقيقية ، فلا يعتد بالغلط . وهذا ما فعله الفقه الغربي . وهذا هو أيضاً ما يبدو أن الفقه الإسلامي قد فعله ، وبخاصة إذا لاحظنا أنه فقه ذو نزعة موضوعية واضحة .

ونأتي ببعض النصوص الفقهية في هذه المسألة . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٤٦٦) : « سئل مالك عن باع مصل ، فقال المشتري أتدري ما هذا المصل هي والله خز ، فقال البائع ما علمت أنه خز ، ولو علمت ما بعته بهذا الثمن . قال مالك هو للمشتري ، ولا شيء للبائع ، لو شاء استبرأه قبل بيعه . وكذا لو باع مروياً ، ثم قال لم أعلم أنه مروى ، إنما ظننته كذا وكذا . أرايت لو قال مبتاعه ما اشتريته إلا ظناً أنه خز وليس بخز ، فهذا مثله . . في هذه الأمثلة نرى أن البائع يبيع مصل من خز أو ثوباً مروياً وهو لا يدري أن المصل من خز أو أن الثوب مروى ، ويشترى المشتري وهو عالم بحقيقة المبيع . أو يشتري المشتري المصل أو الثوب ، ظاناً أن المصل من خز أو أن الثوب مروى ، ولا يعلم البائع حقيقة المبيع . ففي كل هذه الفروض لا يعتد بالغلط لأن أحد العاقدين قد استقل به ، وفي ذلك رعاية لاستقرار التعامل :

تسمية العاقد الشيء باسم يصلح له وتسمية الشيء بغير اسمه :

ويشترط فيما قدمناه أن يسمى العاقد الشيء باسم يصلح له على كل حال . مثله — كما يقول الخطاب — قول البائع أبيعك هذا الحجر ، فإذا هو ياقوتة ... فيلزم البائع البيع وإن علم المشتري أنها ياقوتة . . فهنا وقع البائع في الغلط ، ولكنه سمي الشيء باسم يصلح له ، إذ سمي الياقوتة حجراً ، فلم

يكشف عن غلطه فلم يعلم هذا به ، فلا يعتد بهذا الغلط حتى لا يفاجأ المشتري بفسخ العقد .

وأما إذا سمي أحدهما الشيء بغير اسمه ، مثل أن يقول البائع أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة ، أو يقول المشتري بع منى هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة ، فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع ، . (الخطاب ٤ ص ٤٦٦) . فهنا وقع أحد العاقلين في الغلط ، ولكنه كشف عن غلطه للعاقد الآخر بأن سمي الشيء بغير اسمه ، فعلم العاقد الآخر بالغلط ، ومن ثم لا يفاجأ بالفسخ إذا لم يلزم العقد ^(١) .

كذلك إذا قال أخرج لي ثوباً مروياً بدينار ، فأخرج له ثوباً أعطاه إياه ، ثم وجده من أثمان أربعة دنانير ، هذا يحلف ويأخذ ثوبه . فهنا يعلم كل من البائع والمشتري أن المبيع ثوب مروى بدينار ، فإذا أخذ المشتري ثوباً بأربعة دنانير ، فلا يفاجأ بالفسخ إذا حلف البائع وأخذ ثوبه .

ويتبين مما تقدم أن البائع إذا باع الياقوتة وهو يسميها حجراً ، غير عالم أنها ياقوتة ، فلا يعتد بغلطه لأنه لم يكشف عنه للمشتري . أما إذا باع الثوب المروى بدينار ، ولكنه يخرج ثوباً بأربعة ، فإنه يكون قد كشف عن غلطه ، فجاز له فسخ البيع . هذا إلى أن البائع في الحالة الأولى مقصر فيما وقع فيه من الغلط ، إذ كان يستطيع أن يصل إلى العلم بحقيقة المبيع قبل بيعه ، فيعلم أن الحجر الذي يبيعه إنما هو ياقوت ، فغلطه هنا غلط غير مغتفر . أما في الحالة الثانية فالغلط يصعب الاحتراز منه ، فهو غلط مغتفر . وفي هذا المعنى يقول الخطاب (جزء ٤ ص ٤٦٧) : « ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلاً وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج

(١) ويقول الدسوقي (جزء ٣ ص ١٤١) : « والحاصل أن البائع إذا جهل ذات المبيع أي لم يعلم باسمه الخاص ، فإن سماه باسم عام فلا رد ، وإن سماه باسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد ، سواء كان مسمى باسم خاص آخر أو كان مسمى بالإسم العام » .
أنظر أيضاً الصاوي جزء ٢ ص ٦٣ — الخريزي جزء ٥ ص ١٥٢ — جواهر الأكاييل للشيخ صالح عبد السمیع الآبی جزء ٢ ص ٤٩ — شرح البهجة للشيخ زكريا الأنصاري جزء ٢ ص ٤٥٥ .

ثوباً بأربعة أن الأول جهل وقصر إذا لم يسأل من يعلم ما هو ، والثاني غلط والغلط لا يمكن التوقي منه فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه^(١) .

(ب) الاعتماد بالغلط لأن العاقد كشف عن إرادته

أو كانت هذه الإرادة مكشوفة

كيف تنكشف إرادة العاقد :

قدمنا أن العاقد الذي وقع في الغلط إذا انكشفت إرادته الحقيقية للعاقد الآخر ، فانكشف بذلك غلظه ، فإن الغلط يعتد به ، إذ لا يقوم هنا تعارض بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية ، وفي الاعتماد بالغلط احترام للإرادة الحقيقية دون أن يخل ذلك باستقرار التعامل . بقى أن نعرف كيف تنكشف إرادة العاقد .

الطريق المباشر لانكشاف إرادة العاقد هو أن يتولى العاقد ذلك بنفسه فيكشف عن إرادته للعاقد الآخر عن طريق التصريح بها . وقد لا يصرح العاقد بإرادته ، ولكن يمكن استخلاص هذه الإرادة دلالة من الملابسات وظروف الحال . كذلك يجوز أن تستخلص هذه الإرادة من طبائع الأشياء . فهذه طرق ثلاثة لانكشاف الإرادة : الكشف الصريح عنها ، واستخلاصها ضمناً من الملابسات وظروف الحال ، واستخلاصها ضرورة من طبائع الأشياء .

الكشف الصريح عن الإرادة :

يكشف العاقد كشفاً صريحاً عن إرادته إذا هو عيّن للعاقد الآخر الشيء المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة ، وذكر له جميع الأوصاف التي يشتمل عليها الشيء بحيث لو فات وصف منها لرغب عن التعاقد .

ويحصل ذلك عادة بتسمية الشيء أو بالإشارة إليه ، وقد تجتمع التسمية

(١) أنظر أيضاً هذا الموضوع المدونة الكبرى جزء ١٠ ص ٢٩ — ص ٥٠ —

المتنوع المختار جزء ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ .

والإشارة . وفي مذهب مالك يجوز البيع على الوصف وهو ما يعرف بالبيع على البرئاج .

والتسمية كشف عن الإرادة الحقيقية ، أما الإشارة فكشف عن الإرادة الظاهرة . فإذا اجتمعت التسمية والإشارة ، فهذا هو اجتماع الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة . وفي أكثر الأحوال تتفق الإرادتان ، فيكون العاقد قد كشف عن إرادته ، حقيقة كانت أو ظاهرة فهما شيء واحد ، ويتطابق الشيء المسمى مع الشيء المشار إليه ، فلا يكون هناك محل للغلط .

أما إذا اختلفت التسمية مع الإشارة ، أي تعارضت الإرادة الحقيقية مع الإرادة الظاهرة ، فما دام العاقد الآخر قد علم بالتسمية ، فإنه يكون بذلك عالماً بالإرادة الحقيقية . وتكون العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الظاهرة . ولا ضير في ذلك على استقرار التعامل ، إذ العاقد الآخر قد علم بالإرادة الحقيقية كما قدمنا ، فلا وجه للقول بأنه يفاجأ بها . فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى أو من جنسه ولكن مع تفاوت فاحش في المنفعة ، كان الغلط مانعاً كما قدمنا ، ولا ينعقد العقد . وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة دون أن يكون التفاوت فاحشاً ، فإن العقد ينعقد على المشار إليه لأنه من جنس المسمى ، إلا أن العاقد في التسمية قد ذكر وصفاً مرغوباً فيه فلم يجده فيثبت له الخيار . وقد جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٢ —

ص ١٣) في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل في هذا الجنس أن من جمع كلامه بين الإشارة والتسمية ، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل ، لأن انعقاد العقد بالتسمية ، فإن ما ينعقد على المسمى ، وهو معدوم . وإن كان المشار إليه من جنس المسمى فالبيع جائز ، لأن التسمية تتناول ما وقعت الإشارة إليه ، فكانت الإشارة من يده مؤيدة للتسمية ، فينعقد العقد بالمشار إليه وهو مال ، إلا أنه إن كان المشار إليه دون المسمى فلمشتري الخيار لفوات شرطه ، كما لو اشترط في العبد أنه كاتب فوجده غير كاتب . » وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٠٦) : « إذا اجتمع تسمية

وإشارة إلى شيء... كانت العبرة للتسمية، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة. لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة، والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها. ونحن في مقام التعريف، فيتعلق بما تعريفه أبلغ. وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى. ذكره المصنف، وهو الظاهر من قول محمد فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما. وقيل بل هو فاسد. وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش، كان أيضاً كاختلاف الجنس، فيكون البيع باطلاً. وإن كان قليلاً، اعتبرت الإشارة، فينقصد البيع لوروده على مبيع قائم، إلا أنه ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه، فلم يجده المشتري، فثبت له الخيار. وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٥٢ - ٥٣): «ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى إذا اختلفت فيه المسمى والمشار إليه، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة. لأن الإشارة لتعريف الذات، فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً ولا يشاركه فيه غيره. والتسمية لأعلام الماهية، وهو أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ في التعريف، ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه. فكانت الإشارة أولى بالاعتبار في متحدى الجنس، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب، فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه. بخلاف مختلفي الجنس، لأن المسمى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر، فيعتبر الآخر عند تعذر الجمع بينهما. وهذا هو الأصل في العقود كلها، كالإجارة والنكاح والصلح عند دم العمد والخلع والعنق على مال». (أنظر أيضاً الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٩).

وفي البيع على الوصف في مذهب مالك، وهو ما يعرف بالبيع على البرنامج، يكشف العقائد عن إرادته الحقيقية في شأن المبيع، بأن تذكر

أوصافه في دفتر مكتوب ، فيشتريه المشتري على هذه الأوصاف ، فإن وجدت لزوم البيع ، وإلا خير المشتري . ذلك أن البائع والمشتري قد اتفقا اتفاقاً صريحاً على أوصاف المبيع ، وهي الأوصاف المكتوبة في البرنامج . فإذا رضى المشتري بالبائع ، ثم وجده على غير هذه الأوصاف ، كان رضائه مشوباً بغلط . ووجب الاعتداد بهذا الغلط ، لأن المشتري قد كشف عن إرادته الحقيقية للبائع ، بشرائه على الأوصاف المذكورة في البرنامج . وقد جاء في الدسوقي (جزء ٣ ص ٢٤ — ص ٢٥) في البيع على البرنامج ما يأتي : « وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج ... أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المباعة للمشتري على تلك الصفة للضرورة . فإن وجد على الصفة لزوم ، وإلا خير المشتري ... وإن اشترى على رؤية متقدمة ، فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآه عليها ، وادعى البائع أنه عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التي رآه المشتري عليها ولم يتغير . إن شك ، أي حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا ، فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلايين ، وإن قطع بالتغير فالقول للمشتري كذلك ، وإن رجحت لواحد منهما فالقول له يمين » . وجاء في الصاوي (جزء ٢ ص ١١ — ص ١٣) : « وجاز البيع ... على رواية البرنامج ، الدفتر المكتوب فيه صفه ما في العدل من الثياب المباعة . أي يجوز أن يشتري ثياباً مربوطة في العدل ، معتمداً فيها على الأوصاف المذكورة في الدفتر ، فإن وجدت على الصفة لزوم ، وإلا خير المشتري إن كانت أدنى صفة » . وجاء في المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ٤٤ — ص ٤٥) : « وقول مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز فيحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجهم . ويقول في عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا رائطة سابرية وذرعها كذا وكذا ، ويسمى أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعه وصفته ، ثم يقول اشترؤا على هذا . فيشترون ، ويخرجون الأعدال على ذلك ، فيفتحونها فيشتغلون ويبرمون . إن ذلك لازم لهم إذا

كان ذلك موافقاً للبرنامج الذى باعه عليه . قال مالك : فهذا الذى لم يزل الناس يجيزونه بينهم ، إذا لم يكن المتاع مخالفاً لصفة البرنامج . فكفى بقول مالك حجة ، فكيف وقد أخبر أنه فعل الناس ، مع ما ذكرنا من الآثار فى ذلك . . والظاهر أن الذى يميز بيع البرنامج أن المشتري يبتاع شيئاً على الوصف ، فإن وجد مطابقاً لهذا الوصف لم يكن له خيار حتى لو كان لم ير الشيء قبل أن يبتاعه ، فهو بيع لا يثبت فيه خيار الرؤية .

١- فخرص الإرادة ضمناً من الملابس وظروف الحال :

وليس من الضروري أن يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية للعاقد الآخر عن طريق التصريح بها . بل يكفى أن يكون فى استطاعة العاقد الآخر أن يستخلص هذه الإرادة ضمناً من الملابس وظروف الحال . فى الحالة الأولى ، حالة التصريح بالإرادة ، يكون العاقد الآخر قد علم بالإرادة الحقيقية فعلم بالغلط تبعاً لذلك . وفى الحالة الثانية ، حالة استخلاص الإرادة من ظروف الحال ، يكون فى استطاعة العاقد الآخر أن يعلم بالإرادة الحقيقية فيعلم بالغلط . وفى الحالتين ، سواء كان العاقد الآخر يعلم بالغلط أو يستطيع أن يعلم به ، لا وجه للقول أنه يفاجأ بالغلط إذا هو ووجه به ، فلا ضير على استقرار التعامل إذن من الاعتداد بالغلط وإثبات الخيار لمن وقع فيه .

ويتفرع على ذلك أن من اشترى عبداً شهرته أنه خباز أو أنه كاتب ، فوجده المشتري على غير ذلك ، فإن الملابس ، وهى هذه الشهرة التى عرف بها العبد ، تدل على أن الوصف المرغوب فيه هو المهارة فى الخبز أو فى الكتابة . وقد فات هذا الوصف ، فيكون للمشتري الخيار ، ولو لم يصرح فى العقد بالوصف المرغوب فيه ، إذ هو مفهوم ضمناً من الملابس وظروف الحال . كذلك من اشترى ناقة فوجدها بعيراً ، فإن كان المشتري بدوياً يقتات باللبن فإن ظروف الحال يستخلص منها أنه اشترى الناقة للبهنا فيخير ، وأما

إن كان صاحب أسفار يتنقل فالبعير أصلح له من الناقة ولا خيار له . ومن اشترى بقرة فوجد أن لبنها قد نضب ، فإن كانت مهنته الحلب كانت المهنة دليلاً على أن اللبن وصف مرغوب فيه فيخير ، وأما إن كان قصاصاً فمهنته تدل على أن مراده اللحم لا اللبن فلا يكون له خيار . جاء في البحر الرائق (جزء ٦ ص ٢٦) في هذا المعنى ما يأتي : « اعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً أو دلالة ، كما في البدائع في خيار العيب : والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة ، إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد . وإن لم يكن مشروطاً في العقد ، وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده ، فاشترها فوجدها لا تحسن ذلك ، ردها ، لأن الظاهر أنه إنما اشترهاها رغبة في تلك الصفة ، فصارت مشروطة دلالة ، وهو كالمشروط نصاً » . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ٩٤) : « وينبغي في مسأله البعير والناقة أن يكون في الحرب وأهل البوادي ، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل » .

وبما يدل على أن العرف له اعتبار في استخلاص ما إذا كان الوصف مرغوباً فيه ما جاء في البحر الرائق (جزء ٦ ص ٢٥) : « وصح قاضيخان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز ، لأنه بمنزلة شرط البراءة من البيع ، إلا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجوارى لأجل الأولاد » . فالحمل في الجارية دل عرف البلد على أنه وصف مرغوب فيه لا على أنه عيب . والفرق بين الوصف المرغوب فيه والعيب هنا أنه لو تبين بعد البيع أن الجارية ليست بحامل ، فلو كان الحمل وصفاً مرغوباً فيه ردها المشتري لفوات هذا الوصف ، ولو كان الحمل عيباً لما جاز له ردها لأنه وجدها سليمة من العيب . وقد تستخلص إرادة العاقد من ظروف المكان . فمن باع حجراً في سوق الجواهر دل على أنه يبيع جوهرة ، فإن لم تكن ذلك كان للمشتري ردها وإن لم يشترطه صراحة في العقد . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٤٦٦ - ٤٦٧) : « وقد قال بعض الشيوخ أنه إذا باع الحجر في سوق الجواهر فوجده حجراً

كان المبتاع القيام وإن لم يشترط أنه جوهر . وإن باعه في غير ... سوق الجوهر لم يكن له قيام على هذا القياس .

استخلاص الإرادة ضرورة من طبائع الأشياء — خيار العيب :

ومن صور استخلاص الإرادة دلالة أن تستخلص ضرورة من طبائع الأشياء . وهذا هو خيار العيب . ويسميه صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٧٣) خياراً ثابتاً بالشرط دلالة . ذلك أن العاقد ، ما لم يشترط البراءة من العيوب في الشيء الذي يتعامل فيه ، يكون قد كفل للعاقد الآخر — دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح — سلامة المعقود عليه من العيوب . ويرجع في تحديد العيب إلى طبيعة الشيء نفسه ، فما يتنافى مع طبيعة الشيء على تقدير أنه سليم يعد عيباً فيه . والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً (فتح القدير ٥ ص ١٥١) . ومن اشترى شيئاً دون أن ينهه البائع إلى وجود عيب فيه ، فمن حقه أن يحسب أن الشيء خال من العيوب ، ومن واجب البائع أن يتوقع أن يكون المشتري على هذا اليقين . فإذا وجد المشتري عيباً في الشيء كان له أن يردّه ، دون أن يكون هناك وجه للقول بأن البائع يفاجأ بهذا الرد ، ودون أن يكون هناك إخلال باستقرار التعامل . فسلامة الشيء من العيوب شرط ضمنى في العقد تقتضيه طبائع الأشياء . فإذا ظهر عيب في الشيء ، تبين أن المشتري كان واحماً عند ما اعتقد أن الشيء سليم من العيب . ومن هنا كان خيار العيب متصلاً أو ثق الاتصال بنظرية الغلط ، بل هو ليس إلا صورة من صورته المتعددة .

وكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار . ويشترط فيه جهل المشتري بوجوده عند العقد والقبض ، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له . لأن الأقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضاء به دلالة . وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعد القبض ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض ، فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

ويشترط أيضاً عدم اشتراط البراءة من العيب . ثم أن خيار العيب يسقط بالرضا بالعيب بعد العلم به ، لأن حق الرد لقوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ، ولما رضى بالعيب بعد العلم به دل على أنه ما شرط السلامة . ولأنه ثبت نظراً للمشتري دفعاً للضرر عنه ، فإذا رضى بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضى بالضرر^(١) .

وما يقطع في أن السلامة من العيب مشروطة في العقد دلالة ، وإنها إذا لم تتوافر فقد اختل رضا العاقد لما وقع فيه من الغلط ووجب له الخيار ، ما جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٧٤) إذ يقول : « وحكم المبيع بعيب هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال ، ولكنه ملك غير لازم . لأن السلامة شرط في العقد دلالة . . . والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة أن السلامة في المبيع مطلوبة للمشتري عادة . . . لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة . ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة ، فكانت كالمشروطة نصاً ، فإذا فانت المساواة كان له الخيار . . . ولأن السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل ، فقد اختل رضاه ، وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع ، قال الله تعالى : يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلافه يوجب الخيار فيه ، إثباتاً للحكم على قدر الدليل » .

وهذا القدر يكفي في إثبات أن خيار العيب صورة من صور نظرية الغلط . ولا حاجة للخوض في تفصيلات خيار العيب ، فهي مدونة في كتب الفقه ، ومكانها في هذه الكتب معروفة^(٢) .

(١) منقول عن البدائع بلفظه (أنظر جزء ٥ ص ٢٧٤ و ص ٢٧٦ و ص ٢٨٢) .

(٢) أنظر المبسوط ١٣ ص ٩١ — ١٢١ — البدائع ٥ ص ٢٧٣ — ص ٢٩١ — فتح القدير ٥ ص ١٥١ — ص ١٨٣ — البحر الرائق ٦ ص ٣٥ — ص ٦٨ — الزبلي ٤ ص ٣١ — ص ٤٣ — ابن عابدين ٤ ص ١٠٩ — ص ١٥٣ — الخطاب ٤ ص ٤٢٨ — ص ٤٦٦ — الخرشبي ٥ ص ١٢٥ — ص ١٥٢ — الدسوقي ٣ ص ١٠٩ — ص ١٤ — الصاوي ٢ ص ٤٩ — ص ٦٣ — المذهب ١ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٨ — المغني ٤ ص ٢٣٨ — ص ٢٥٩ .

(ح) الاعتداء بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته

خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط :

يثبت الفقه الإسلامى لمن اشترى شيئاً لم يره الخيار إذا رآه^(١) . وخيار الرؤية هذا إنما يقوم في أساسه على فكرة الغلط . ذلك أن المشتري الذى يرد الشيء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التى ظنها ، وكان يعتقد قبل رؤيته أنه يصلح له ، فبذره أدرك أنه لا يصلح ، وأنه كان على غلط في شأنه . ولهذا كان له أن يرده بخيار الرؤية ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه . فأساس هذا الخيار ، كما نرى ، هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته . وما يقطع في أن هذا الخيار متصل بالرضا وإن السبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابهها من الغلط ما جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٩٢) : « أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم ... لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه . واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار . ولأن من الجائز اعتراض التدم لما عسى لا يصلح له إذا رآه ، فيحتاج إلى التدارك ، فيثبت الخيار لا مكان التدارك عند التدم نظر آله » .

وهنا نجد العاقد — أى المشتري — لم يكشف عن إرادته ، فلم يعلم بها العاقد الآخر . ومع ذلك نعتد بالغلط الذى وقع فيه . فالغلط هنا ، كما نرى ، غلط فردى لا يعلم به العاقد الآخر ولا يستطيع أن يعلم به . وإنما اعتدنا به احتراماً للإرادة الحقيقية للمشتري ، دون أن نخشى شيئاً على استقرار التعامل

(١) بشرط أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين ، لأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد ، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض ، فلا يرد عليه الفسخ . ولهذا يثبت خيار الرؤية لافي البيع خصب ، بل أيضاً في الإجارة والصلح عن دعوى المالك والقسمة وهو ذلك ، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية (البدائع جزء ٥ ص ٢٩٢) .

ذلك أن الخيار لا يثبت إلا في شيء لم يره المشتري ، فما على البائع ، إذا أراد أن يطمئن إلى لزوم الصفقة ، إلا أن يمكن المشتري من رؤية البيع قبل التعاقد . أما ولم يفعل ، فذلك تسليم منه بالخيار . ولا وجه بعد ذلك للقول بأن البائع يفاجأ بدعوى الغلط ، إذا اختار المشتري رد المبيع بعد رؤيته .

ونحن لم نفترض فحسب أن المشتري يرد البيع بعد رؤيته بسبب الغلط ، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت ، إذ صدقنا المشتري بدعواه دون أن نلزمه بإقامة البينة . فكأن البائع ، إذا باع شيئاً لم يره المشتري قبل الشراء ، يكون قد احتكم لخدمة المشتري دون يمين ، فيما إذا ادعى المشتري أنه قد وقع في غلط . وهذا معناه أن الفقه الإسلامي يعتد بالغلط إلى مدى أبعد من الفقه الغربي ، ما دام قد اطمأن إلى استقرار التعامل .

خيار الرؤية يثبت للمشتري رده غلطاً مغتفر :

ومما يدل على أن خيار الرؤية إنما يثبت للمشتري لغلط مغتفر في المبيع ، وأن الأمر في ذلك متروك لمحض تقديره الشخصي ، ما يأتي :

١ — أن المشتري إذا اشترى الشيء وهو يراه فلا خيار له . ذلك أن افتراض الغلط المغتفر قد انتفى بالرؤية . وهو إذا لم ينتف بالرؤية ، كان الغلط غير مغتفر ، لأن المشتري يكون مقصراً إذا هو لم يتبين أن المبيع لا يصلح له بعد أن رآه . كذلك الحال لو رأى المشتري المبيع قبل الشراء ، وبقى المبيع على حاله إلى وقت الشراء . فإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار .

٢ — وقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لاقبها . حتى لو أجاز المشتري البيع قبل الرؤية ، ثم رأى المبيع ، فإن له مع ذلك أن يرده . ذلك أن المبيع قبل الرؤية مجهول الوصف ، فلا يزال المشتري على دعواه في الغلط المغتفر ما دام أنه لم ير الشيء ، حتى لو أجاز البيع قبل ذلك .

٣ — يسقط خيار الرؤية بالأجازة بعد الرؤية ، صراحة كانت الأجازة أو دلالة ، كأن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الرضاء ،

أو تصرف فيه تصرف الملاك ، أو امتنع عن الفسخ بعد أن تمكن من ذلك .
 فالأجازة الصريحة أو الضمنية يستخلص منها نفى قرينة الغلط المغتفر في جانب
 المشتري ، وهو بالأجازة دل على أنه راض بالشئ ولم يشب رضاه غلط فيه .
 ٤ — موت المشتري يسقط خياره عند أبي حنيفة . ذلك أن الغلط
 المغتفر ، الذي هو سبب الخيار ، خاص به هو دون ورثته ، وراجع إلى
 محض تقديره الشخصي لصلاحية المبيع له ، فلا ينتقل الخيار إلى ورثته .
 ٥ — إذا اختار المشتري الفسخ ، انفسخ العقد دون حاجة إلى التراضى
 أو قضاء القاضى . ذلك أن المشتري يصدق بقوله دون يمين لأن الأمر متروك
 إلى محض تقديره ، فصح الفسخ من غير تراض أو قضاء .

خيار الرؤية لا يثبت للبائع لو غلط غير مغتفر :

ولا يثبت خيار الرؤية للبائع ، لأن الشئ الذى يبيعه كان في يده أو كان من
 المستطاع أن يحصل عليه في يده ، فيتمكن من رؤيته . فأما وقد باعه دون أن
 يراه ، ثم ظهر أن الشئ أجود مما ظن ، فإنه يكون قد قصر إذ لم يتبين حقيقة
 الشئ قبل بيعه مع تمكنه من ذلك . والغلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه
 يكون غلطاً غير مغتفر ، والغلط غير المغتفر لا يعتد به .

ثم أن البائع إنما يكون قد غلط لأنه قدر أن المبيع أقل جودة من
 حقيقته ، وهذا بخلاف المشتري فغلطه يرجع إلى تقديره أن المبيع أكثر
 جودة من حقيقته . والمشتري إذا اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردى ،
 كان له الخيار . أما البائع فإذا باع شيئاً على أنه ردى فإذا هو جيد ، فلا خيار له .
 وقد جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٩٢) فى هذا الصدد ما يأتى :

وأما بيع ما لم يره البائع فهل يلزم : روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه
 كان يقول أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار ، ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت
 له الخيار . وجه قوله الأول أن ما ثبت له فى شراء ما لم يره المشتري ، وهو
 ما ذكرنا من المعانى ، موجود فى بيع ما لم يره البائع ، فورود الشرع بالخيار

ثمة يكون وروداً ههنا دلالة . وجه قوله الآخر ماروى أن سيدنا عثمان ابن سيدنا عفان رضى الله عنهما باع أرضاً له من طلحة بن عبد رضى الله عنهما ولم يكونا رأياها . فقيل لسيدنا عثمان رضى الله عنه غبنت ، فقال لى الخيار لآنى بعث ما لم أره . وقيل لطلحة مثل ذلك ، فقال لى الخيار لآنى اشتريت ما لم أره . فحكما فى ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة رضى الله عنه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً منهم على ذلك . والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد . لأن المشتري ما لم يره مشتر على أنه خير مما ظنه ، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو ردىء ، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردىء ، فله الخيار . وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه ردىء فإذا هو جيد ، لا خيار للبائع ، فلهذا افرقا^(١) .

المطلب الثانى

الأنواع الأخرى من الغلط

١٥ — الغلط فى الشخص

الغلط فى الشخص لا يؤثر فى العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد محل الاعتبار : غنى عن البيان أن الغلط فى الشخص لا ينبغى أن يكون له تأثير فى العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد التى وقع فيها الغلط هى محل الاعتبار . وهذه

(١) انظر فى تفصيلات خيار الرؤية : المبسوط ١٣ ص ٦٨ — ص ٧٨ — البدائع ٥ ص ٢٩٩ — ٢٩٩ ، فتح القدير ٥ ص ١٣٧ — ١٥١ ، البحر الرائق ٦ ص ٢٦ — ٣٥ ، الزيلعى ٤ ص ٢٤ — ٣١ ، المهذب ١ ص ٢٦٣ — ٢٦٤ . أما الرؤية فى المذهبين المالكي والحنبلى فيغنى عنها الوصف على تفصيل لا محل له هنا .

وقد أخذ القانون المدنى العراقى بخيار الرؤية فى المواد ٥١٧ — ٥٢٣ . قارن أيضاً المادة ٤١٩ من القانون المدنى المصرى والمادة ٣٨٧ من القانون المدنى السورى والمادة ٤٠٨ من القانون المدنى الليبى .

هى القاعدة فى الفقه الغربى كما قدمنا . ويمكن القول أن نفس القاعدة تنطبق أيضاً فى الفقه الإسلامى . فى العقود والتصرفات التى تكون فيها شخصية أطراف التصرف معتبرة ، إذا وقع غلط فى ذاتية الشخص أو فى صفة جوهرية فيه ، كان للطرف الآخر الذى وقع فى الغلط حق فسخ العقد .

ويبدو ذلك واضحاً فى عقد الزواج ، حيث يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهرى من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض . فإذا وقع غلط فى شىء من ذلك ، جاز التفريق . ولكننا ندع عقد الزواج جانباً ، فنحن مقتصرون فى البحث على التصرفات المالية .

وهناك عقد الهبة ، حيث يكون لشخص الموهوب له عادة الاعتبار الأول عند الواهب . فإذا وهب شخص آخر مالا ، ظاناً أن الموهوب له تربطه به صلة القرابة ، فظهر بعد تمام الهبة أن الواهب واهم فيما ظن ، وأن الموهوب له أجنبي عنه ، فإنه ينبغى أن يكون للواهب حق الرجوع فى هبته . وظاهر أن الفقه الإسلامى ليس فى حاجة إلى تقرير هذه القاعدة ، وتخصيصها بالغلط . إذ القاعدة فيه أن للواهب حق الرجوع مطلقاً إذا لم تكن الهبة لغير ذى رحم محرم ولم يوجد مانع آخر من الرجوع ، وذلك سواء كان الواهب قد وقع فى غلط بشأن شخص الموهوب له أو لم يقع .

وفى الوصية كذلك تبرز شخصية الموصى له وتكون محل اعتبار ، ومن ثم نقرأ فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥ : « ومنها (أى من شرائط الركن) رضا الموصى ، لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك ، فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء . فلا تصح وصية الهازل والمكروه والخطأ » ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا .

ونختار بعضاً من التصرفات التى يعتد فيها بالشخص . فى الشفعة ، لذاتية المشتري اعتبار فى الأخذ بها . وفى كل من الوكالة وأجارة الظئر ، يعتد ببعض الصفات الجوهرية فى الوكيل أو الظئر .

الشفعة — الغلط في شخص المشتري :

من المعروف أن الحكمة في الأخذ بالشفعة منع أذى الجوار . ومن ثم كان لشخصية المشتري الذي يؤخذ منه بالشفعة اعتبار جوهري . فإذا غلط الشفيع في شخص المشتري ، وبوهمه شخصاً معيناً سلم له في الشفعة لأنه لا يتأذى بجواره ، ثم تبين أنه شخص آخر لا يرضى به جاراً ، كان تسليم الشفعة — وهو تصرف قانوني — مشوباً بغلط في ذاتية الشخص ، وبقي حق الشفعة للشفيع . وقد نصت المادة ١٤٥ من مرشد الخيران على أنه : « إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة ، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمى ، فله حق الشفعة » .

وهذا هو بعض من النصوص الفقهية الواردة في هذا الحكم .
جاء في المبسوط (جزء ١٤ ص ١٠٥) : « ولو أخبر الشفيع أن المشتري فلان ، فقال قد سلمت له ، فإذا المشتري غيره ، فهو على شفيعته ، لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة ، فرضا بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره . وهذا التقيد منه مفيد ، كأنه قال إن كان المشتري فلاناً فقد سلمت الشفعة ، فإذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه . وإن تبين أنه اشتراه فلان وآخر معه ، صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفيعته في نصيب الآخر ، لأنه رضى بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر » .

وجاء في البحر الرائق (جزء ٨ ص ١٤٤) : « وإن قيل له أن المشتري فلان فسلم ، ثم ظهر أنه غيره ، فله الشفعة ، لتفاوت الناس في الأخلاق ، فمنهم من يرغب في معاشرته ، ومنهم من يجتنب مخالطة شره . فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره . ولو علم أن المشتري هو مع غيره ، كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه » .

وجاء في الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٤٨٧) :

« أو اسقط شفيعته للكذب في الشخص (المشتري) ... بأن قيل له أن شريكك باع حصته لزيد صاحبك ، فأسقط شفيعته ، فتبين أنه باعها لعمر وعدوه ... أو اسقط لكذب في انفراده ، كما لو قيل له أن شريكك باع حصته لفلان وحده ، فأسقط شفيعته ، فتبين أنه باعها لجماعة ، فلان وغيره ... فله القيام بشفيعته » .

وجاء في الخرشي (جزء ٦ ص ١٧٣) : « أو اسقط لكذب .. في المشتري . . . بأن قيل له فلان اشترى نصيب شريكك ، . فأسقط لذلك ، ثم ظهر أنه غير الذي سمي ، فإن له أن يأخذ شفيعته كائناً ما كان الشخص . وكذلك لا تسقط شفيعته إذا قيل له أن فلاناً اشترى حصة شريكك في الشقص ، فرضى به وسلم شفيعته لأجل حسن سيرة هذا المشتري ، ثم علم بعد ذلك أن الشقص اشتراه هو وشخص آخر ، فله القيام بشفيعته ، لأنه يقول إنما رضيت بشركة فلان وحده لا شركته مع غيره » .

وجاء في شرح البهجة للشيخ زكريا الأنصاري (جزء ٣ ص ٢٧٩) : « أو في مشتر ، كأن قال أنه زيد ، فبان عمراً أو زيداً وعمراً ، فقد يرضى بشركة زيد دون غيره » .

الوكالة — الغلط في أهلية الوكيل :

وقد يقع الغلط ، لا في ذاتية الشخص ، بل في صفة جوهرية فيه ، وتكون هذه الصفة معتبرة . فالوكيل تلزمه العهدة ، وترجع حقوق العقد إليه إذا كان أهلاً لذلك . فإن لم يكن أهلاً ، رجعت حقوق العقد إلى الموكل لا إليه . فإن ظن الغير الذي يتعامل مع الوكيل أنه أهل وأن حقوق العقد ترجع إليه ، فتبين بعد أن تعاقد معه أنه ليس بأهل وأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل ، كان هذا غلطاً في صفة جوهرية في الوكيل وهي أهليته لتحمل حقوق العقد ، وكان للغير الذي تعامل مع الوكيل ووقع في هذا الغلط الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه ، وهذا على قول أبي يوسف .

جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٣٤) في بيان هذا الحكم ما يأتي : « إنما تلزمه (الوكيل) العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة . فأما إذا لم يكن ، بأن كان صبيًا محجورًا ، ينفذ بيعه وشراؤه ، وتكون العهدة على الموكل لا عليه . لأن ذلك من باب التبرع ، والصبي ليس من أهل التبرع ، لسكونه من التصرفات الضارة المحضة . . . ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور ، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم ، في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه إن كان عالمًا فلا خيار له ، فأما إذا كان جاهلًا فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه . وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة ، وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد ، فإذا تبين أنها ليست له ، اختل رضاه ، فثبت له الخيار ، كما إذا ظهر به عيب . وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه ، خصوصًا في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والأذن بعارض الرشد ، فكان سبب الوصول إلى العلم قائمًا ، فالجهل به لتقصير من جهته ، فلا يعذر ويعتبر عالمًا ، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار ، كذا هذا . ويلاحظ أنه لم يعتد هنا بغلط المشتري في ظاهر الرواية ، لأن الغلط لا يؤثر في رضائه ، بل لأنه غلط غير مغتفر ، إذ أن المشتري قد قصر في عدم تبين حقيقة الوكيل من أنه محجور مع تمكنه من ذلك .

وجاء في تكملة فتح القدير في باب الوكالة (جزء ٦ ص ١٥ — ١٦) في هذا المعنى ما يأتي : « وإن وكل ... صبيًا محجورًا يعقل البيع والشراء أو عبدًا محجورًا عليه جاز . . . ولا يتعلق بهما الحقوق ، أي حقوق ما يشترط من العقد كالتقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه ، وتتعلق بموكليهما . . . وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع (أي الوكيل عن البائع) ، ثم علم أنه صبي أو عبد محجور . . . له خيار الفسخ . . . لأنه ، أي لأن المشتري ، دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، يعني أن المشتري ما رضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد . فإذا ظهر

خلافه يتخير ، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه . فصار كما إذا عثر ، أى اطلع ، على عيب ، أى على عيب لم يرض به ، والجامع بينهما عدم الرضا . وظاهر أن الوصف المرغوب فيه الذى فات المشتري ، والذى يشير إليه النص ، هو وصف جوهرى فى شخص الوكيل كان محل اعتبار فى التعاقد معه ، هو أنه أهل لتحمل حقوق العقد ، فبان غير أهل ، ومن ثم كان للمشتري خيار الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه عند من تعاقد معه ، وهذا هو الغلط فى الشخص .

أجارة الظئر — الغلط فى وصف جوهرى فيها :

الاستئجار للظئورة — أَرْضاع الطفل — جائز ، لأن الصغار لا يتربون إلا بلبن الأدمية ، والام قد تعجز عن الأرضاع لمرض أو موت أو تأبى الأرضاع ، فلا طريق إلى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر ، جوز ذلك للحاجة . والعقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالح الطفل تبع ، والمعقود عليه هو منفعة الثدي ، فمنفعة كل عضو على حسب ما يليق به . وذهب بعض المتأخرين إلى أن المعقود عليه المنفعة ، وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه ، وأما اللبن فتبع له . وهذا هو الذى يغلب القصد إليه من أجارة الظئر (المرضع) فى عصرنا الحاضر .

وغنى عن البيان أن شخص الظئر محل اعتبار فى العقد ، لا من حيث ذاتيتها ، بل من حيث ما يجب أن يتوافر عندها من الأوصاف المرغوب فيها . فإن فات وصف مرغوب فيه من هذه الأوصاف ، كان هناك غلط فى وصف جوهرى فى شخص العاقد ، وصالح هذا عذرا يثبت به لمستأجر الظئر خيار الفسخ . ومن الأوصاف المرغوب فيها عند الظئر أن يكون لبنها صالحا لتغذية الطفل ، وألا تكون حمقاء سيئة الخلق ، وألا تكون سارقة يخشى منها على المتاع ، وألا تكون فاجرة بينا فجورها .

ويقول السرخسي في المبسوط (جزء ١٥ ص ١١٩ و ص ١٢١ — ص ١٢٢) في هذا المعنى ما يأتي : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ترضع لكم الحُمَّاء فإن اللبن يفسد . وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن اللبن في حكم جزء من عينها ، لأنه يتولد منها ، فتؤثر فيه حماقتها ، ويظهر أثر ذلك في الرضيع لما للغذاء من الأثر . ونظيره ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ترضع لكم سيئة الخلق ... وإذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الأجل فليس لهم ذلك ، إلا من عذر ، لأن العقد لازم من الجانبين . إلا أن الأجارة تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه في بابها . ثم العذر لهم في ذلك ألا يأخذ الصبي من لبنها ، فيفوت به ما هو المقصود ، ولا عذر أبين من ذلك . وكذلك إذا تقايا لبنها ، لأن ذلك يضر بالصبي عادة ، فالحاجة إلى دفع الضرر عنه عذر في فسخ الأجارة ... وكذلك إن كانت سارقة ، فإنهم يخافون على متاعهم إن كانت في بيتهم ، وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها . وكذلك إن كانت فاجرة بينا فجورها ، فيخافون على أنفسهم ، فهذا عذر ، لأنها تشتغل بالفجور ، وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي ، وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها . »

وجاء في الزيلعي (جزء ٥ ص ١٢٨) : « وكذا لو تقيا لبنها لأهلها الفسخ ، لأن ذلك يضر بالصبي . وكذا إذا كانت سارقة ، لأنهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي . وكذا إذا كانت فاجرة بائنا فجورها ، لأنها تشتغل عنه بالفجور . »

وجاء في البحر الرائق (جزء ٨ ص ٢٢ — ص ٢٣) : « ولو تقايا الصبي لبنها لأهلها الفسخ . وكذا إذا كانت سارقة ، وكذا إذا كانت فاجرة ظاهراً فجورها .. وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ لبنها ، كان لهم أن يفسخوا .. وفي الخانية إذا ظهرت الظئر ... زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ .. وكذا إذا كانت سيئة بذيئة اللسان . »

ويخلص من كل ذلك أن الغلط في الشخص أو في صفة جوهرية فيه

— حيث يكون ذلك محل اعتبار — يثبت خيار الفسخ ، شأنه في ذلك شأن الغلط في الشيء . ويقول الفقهاء تارة أن الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه ، وطورا أن الفسخ للعذر . على أن الواضح في جميع هذه الأحوال أن الفسخ يقوم في أساسه على وقوع غلط في الشخص .

٥٢ — الغلط في القيمة

الغلط في القيمة والغبن :

يدق التمييز بين الغلط في القيمة وبين الغبن . فالغلط في القيمة يؤدي عادة إلى الغبن ، ولكن الغبن هنا يكون مصحوبا بجهل لقيمة الشيء ، بحيث لو تبين العاقد هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد ، ولما رضى بهذا الغبن . أما مجرد الغبن ففداه أوسع من الغلط ، إذ يصح أن يقع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشيء ، فلا يكون واقعا في الغلط ، وإنما أراد الحصول عليه لرغبة فيه خاصة دفعته إلى أن يبذل فيه أكثر من سعر السوق . فقد يكون للشيء قيمة ذاتية للعاقد ليست لغيره من الناس ، وقد يكون العاقد مجازفا في الحصول على الشيء لأنه يرجو من ورائه الربح الكثير فيما بعد ، وقد يكون مندفعاً فيما فعل تحت تأثير المزاحمة . فالغلط في القيمة إذن عيب في الإرادة ، ومعياره ذاتي . أما الغبن فخلل في النسبة ما بين سعر السوق والسعر المبذول ، ومعياره مادي .

والفقه الإسلامي لا يعرض للغلط في القيمة إلا عن طريق الغبن ، ثم هو في أكثر مذاهبه ، لا يعتد بالغبن ولو كان فاحشا إلا إذا صحبه تغير أو تدليس . وهو في ذلك يضحى باحترام الإرادة في سبيل استقرار التعامل . وهذا هو شأن أكثر الشرائع الغربية ، فقل أن تجد شريعة منها تعتد بالغبن إلا في حالات محدودة نادرة .

على أن في الفقه الإسلامي اتجاهين بالنسبة إلى الغبن . الاتجاه الأول هو

عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التغير كما قدمنا، أو كان الغبن واقعا في مال المحجور أو الوقف أو بيت المال ممن هم في حاجة إلى الحماية . والاتجاه الثانى هو الاعتداد بالغبن حتى لو لم يصحبه التغير ، إذا كان هذا الغبن فاحشا وكان مصحوبا بغلط في قيمة الشيء .

عدم الاعتماد بالغبن إلا إذا صحبه التغير :

وهذا هو الظاهر فى المذهب الحنفى والمذهب الشافعى ومذهب أحمد .
جاء فى البحر الرائق (جزء ٦ ص ١١٥ — ص ١١٦) : « وفى القنية من اشترى شيئا وغبن فيه غبنا فاحشا ، فله أن يردّه على البائع بحكم الغبن . وفيه روايتان . ويفتى بالرد وفقا للناس ... وقع البيع بغبن فاحش ، ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازى فى واقعاته أن للمشتري أن يرد وللبائع أن يسترد ، وهو اختيار أبى بكر الزنجرى والقاضى الجلال ، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى ... ليس له الرد والاسترداد ، وهو جواب ظاهر الرواية ، وبه أفتى بعضهم ... إن غر المشتري البائع فله أن يسترد ، وكذا إن غر البائع المشتري له أن يرد ... قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتره ، ثم ظهر أنها أقل ، فله الرد ، وأن لم يقل فلا ، وبه أفتى صدر الإسلام ... ولو لم يغرّه البائع ولكن غره الدلال فله الرد . ولو اشترى فيلق الأبريسم خارج البلد ممن لم يكن عالما بسعر البلد بغبن فاحش ، فللبائع أن يرجع على المشتري بالفيلق ، مثله فى حق المشتري ... فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبن فاحش . ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به . وفى خزانة الفتاوى خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد ، وقال أبو بكر الزنجرى يفتى بالرد اهـ . وبعضهم أفتى به أن غره الآخر ، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقا . وفى الصيرفية اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري ، وكذا فى واقعات الجصاص ، وعليه أكثر روايات المضاربة ، وبه يفتى ، واختاره النسفى

وأبو اليسر البزدوى . وقال الإمام جمال الدين جدى أن غره فله الرد ، وإلا فلا . والصحيح أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير ، وما لا ففاحش اهـ . وكما يكون المشتري مغبونا مغرورا يكون البائع كذلك ، كما في فتاوى قارىء الهداية .

وجاء في الدر المختار (جزء ٤ ص ٢٤٦) : « اعلم أنه لا رد بغبن فاحش — هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين — في ظاهر الرواية . وبه أفتى بعضهم مطلقا كما في القنية . ثم رقم وقال : ويفتى بالرد رفقا بالناس ، وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى . ثم رقم وقال : أن غره ، أى غر المشتري البائع أو بالعكس أو غره الدلال ، فله الرد ، وألا لا ، وبه أفتى صدر الإسلام وغيره . »

وقد حرر ابن عابدين هذه المسألة في المذهب الحنفى في رسالته المعروفة « تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغير » ، حيث يقول (رسائل ابن عابدين جزء ٢ ص ٧) : « وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة . قيل تصح ويفسخ مطلقا . وقيل لا مطلقا . وقيل بالتفصيل : أن غره نعم ، وألا فلا ، وبه أفتى أكثر العلماء رفقا بالناس . ومشى عليه في متن التنوير آخر باب المراجعة . وفي الزيلعى والصحيح أن يفتى بالرد أن غره ، وإلا فلا . وبه أفتى الخير الرملى قبيل البيع الفاسد ، حيث سئل هل له خيار الفسخ به حيث غره بذلك ، أجاب نعم له فسخ البيع بذلك والحالة هذه . وقد ذكر المسألة في فتاوى قارىء الهداية في ثلاثة مواضع منها ، وكذا ذكره الزيلعى في باب التولية والمراجعة وصاحب البحر وصاحب منح الغفار وكثير من الأسفار . فاختار بعضهم الرد مطلقا ، وبعضهم عدمه مطلقا ، والصحيح الذى يفتى به أن غره رد وإلا فلا انتهى . ونقل قبله في الخيرية قواه وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس انتهى . فإن قلت لم أطلتكم الجواب فى فسخ القاصر بعد بلوغه بدون اشتراط التغير ، قلت أن البالغ العاقل يصح شراؤه وبيعه لنفسه بما عز وهان ، فصح

تعرفه . لكن أن غره البائع مثلاً فهو معذور ، فيثبت له خيار الرد . بخلاف وصى القاصر ، فإن تصرفه في مال القاصر منوط بالمصلحة ، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش ولو بدون تغير .

ويخلص مما تقدم أن الصحيح الذي يفتى به في المذهب الحنفي هو أن الغبن الفاحش إذا صحبه تغير جاز الرد به ، وإن لم يصحبه تغير فلا رد . وهذا ما لم يكن الغبن في مال المحجور أو في مال الوقف أو بيت المال ، فيرد بالغبن الفاحش ولو لم يوجد تغير . جاء في المادة ٣٥٦ من المجلة : « إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغير ، فليس للغبون أن يفسخ البيع . إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم » . (أنظر أيضاً المادة ١٢٤ من التقنين المدني العراقي — وانظر دعوى الغلط في القسمة ، ويقرب من أن يكون غلطاً في القيمة ، في المبسوط للسرخسي جزء ١٥ ص ٦٤ — ص ٦٩) .

والظاهر أيضاً في مذهب الشافعي ألا رد بالغبن الفاحش إذا لم يوجد تغير . جاء في شرح البهجة لذكري الأنصاري (جزء ٢ ص ٤٥٥) : « ولا يخبرون بغبن وإن فحش ، كالزجاج حيث ... ظنها جوهره حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث » . وفي حاشية الشربيني تعقيماً على ما تقدم قوله : « ظنها جوهره — خرج به ما لو قال له البائع هي جوهره ، فإنه يثبت له الخيار » . ويخلص من ذلك أن الغبن المصحوب بالتغير هو الذي يثبت الخيار ، أما الغبن المصحوب بالغلط فلا رد فيه . وجاء في معنى المحتاج على المنهاج (جزء ٢ ص ٦٥) : « كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهره بثمان كثير أو باع جوهره يظنها زجاجة بمال قليل ، فإنه لا خيار في الأولى للبشترى ، ولا للبائع في الثانية » . وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٤ ص ٧٤) : « ويجرى الخلاف في إلباسه ثوباً مختصاً بجرقة من أرباب الصنائع ، كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهره بثمان الجوهره لأنه المقصر ... ووجه ما تقرر ، وإن استشكله ابن عبد السلام ، أن حقيقة الرضا المشترطة لصحة

البيع لا تعتبر مع التقصير . وجاء في حاشية الشبراملى تعقيباً على ما تقدم : « قوله . يظنها جوهره — خرج به ما لو قال له البائع هي جوهره فثبت له الخيار في هذه الحالة فيما يظهر . ويفرق بين هذا وبين ما لو قال اشتريت بكذا كاذباً ، أو زاد البائع في السلعة وهي مع الدلال ليضر غيره بأن البائع ثم لم يحدث في ذات البيع صفة لاحقيقة ولا حكماً . وإخباره هنا عن الزجاجة بأنها جوهره بمنزلة إحداث صفة تخيل للمشتري فيها ذلك ، فكان كتسويد الشعر وتجعيده بل أولى فليراجع . ثم الكلام حيث لم يسمها بغير جنبها وقت البيع . أما لو فعل ذلك . كما لو قال بعثك هذه الجوهره ، فإن العقد باطل . »

وفي مذهب أحمد بن حنبل يثبت خيار الغبن في صور ثلاث ، وكلها لا تخلو من التغير . الأولى بيع متلق الركب أو السلع . والثانية النجش . وقد بينا ، فيما تقدم ، ما تنطوى عليه كل صورة من هاتين الصورتين من الغش والتغير . والثالثة بيع المسترسل ، وهو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، فيستأمن العاقد معه ، فيغره ، فيكون للمسترسل خيار الغبن ، وقد سحب الغبن هنا أيضاً تغير . وسيأتى تفصيل ذلك في التدليس . ويكفي هنا أن نذكر أن هناك فرقاً بين المسترسل وغير المسترسل . قد يشترك الاثنان في الجهل بقيمة المبيع . ولكن المشتري المسترسل يستأمن البائع فيغره ، ومن ثم وجد التغير في البيع للمسترسل . أما غير المسترسل فيجهل قيمة المبيع ، لا لاستئمانه البائع ، ولكن للعجلة وعدم التثبت ، فجهل ما لو تثبت لعلمه ، فلم يكن له خيار ، لأن الغبن انبنى على تفریطه وتقصيره ، ولم يفتن على التغير .

والاعتماد بالغبن إذا صحبه الغلط :

والاتجاه الثاني في الفقه الإسلامى هو ، كما قدمنا ، الاعتماد بالغبن إذا صحبه الغلط ولو لم يصحبه التغير . وهذا ظاهر في مذهب مالك .

جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (٢٦٨) : « في الغبن وهو على ثلاثة أنواع : الأول غبن لا يقام به ، وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة . والثاني غبن يقام به قل أو كثير ، وهو الغبن في بيع الاسترسال واستسلام المشتري للبائع . والثالث اختلف فيه ، وهو ما عدا ذلك . وعلى القول بالقيام به ، فيقوم المغبون ، سواء كان بائعاً أو مشترياً ، إذا كان مقدار الثلث فأكثر ، وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد فما علم أنه غبن فله المغبون الخيار » .

ويتبين من ذلك أن الغبن في مذهب مالك على ثلاثة أنواع : (أولاً) غبن يقدم عليه العاقد وهو على بينة من أمره ، فهو لا يجهل قيمة السلعة ، ولكنه مع ذلك يشتريها بأكثر من قيمتها لغرض له في ذلك قد يكون الرغبة الملحة في الحصول على الشيء لقيمته الذاتية بالنسبة إلى المشتري ، وقد يكون مجرد المزاحمة والمشاكلة . ومثل هذا الغبن ، الذي لا يصحبه تغير ولا غلط ، لا يعتد به ، لا في الفقه الإسلامي ، ولا في الشرائع الغربية ، إلا في حالات محدودة نادرة حيث يؤثر مجرر الغبن المادى المحض في لزوم التصرف ، كالغبن الواقع في مال المحجور وفي مال الوقف ويبت المال كما سبق القول . (ثانياً) غبن يصحبه التغير . ويرد هذا في بيع الاسترسال ويبيع الأمانة وفي غيرها من المعاملات التي يلجأ فيها أحد العاقلين إلى طرق احتيالية توقع العاقد الآخر في الغلط . وهذا هو التدليس أو الغبن مع التغير . وسيأتى تفصيله فيما يلي . (ثالثاً) غبن يقع فيه العاقد عن غلط في قيمة المعقود عليه ، وهذا هو الغلط في القيمة الذي نقف هنا عنده ، لنرى ما ورد فيه من النصوص .

جاء في التاج والأكلي للذواق (هامش الخطاب ٤ ص ٤٦٨ - ٤٦٩) : « الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق . ابن رشد لا يعذر أحد المتبايعين فيه إن كان في بيع مكايسة ، هذا ظاهر المذهب . وقال أبو عمر الغبن في بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه ، ويبيع غيره المالك

أمر نفسه لا أعلم في لزومه خلافاً ولو كان بأضعاف القيمة . وقال اللخمي
اختلف إذا تباع الرجلان السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر ، هل
لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال اه . وقال المتيطى تنازع البغداديون
في هذا ، وقال بعضهم أن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر ففسخ
البيع ، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته ، على ما قاله القاضي أبو محمد
وغيره . قال والأصل في هذا أن ينظر إلى مدعى الجهل ، فإن كان معروفاً
بذلك اجتهد له الحاكم اه . أنظر من هذا المعنى فتيا الإمام المازري ، قال حكى
ابن القصار أن مذهب مالك للغبون الرد إذا كان المغبون جاهلاً بالقيم ...
قال البرازلى ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا البطرونى ، فأفتى ابن عرفة بنقض
بيعها لأوصاف ذكرها وعذرهما من أجلها ، قال البرازلى وهذا ظاهر اه .
وبنحو هذا أفتى ابن لب . وضمنه ابن عاصم فقال : ومن بغي في مبيع قاماً
— فشرطه ألا يجوز العاما — وأن يكون جاهلاً بما صنع — والغبن بالثلث
فازاد وقع اه ... قال أبو عمر واتفقوا أن النائب عن غيره في بيع أو شراء
من وكيل أو وصى إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود اه .
وانظر أيضاً قد نصوا أن يبت المال أولى ما يحتاط له فاليبيع عليه كالبيع على
المحجور ... سئل ابن لب عن دار مشتركة بين قوم ، منهم مالك أمر نفسه ،
ومنهم محجور . باعوها من الغير ، ثم قاموا عليه بعد أعوام بالغبن . فصالح
بعض المالكين أمر أنفسهم ، وبقي بعضهم والمحجور . فأجاب أن مالك أمر نفسه
مرور عام قاطع بحكم قيامه ، وأما المحجور فينظر له ، لكن ترك الوصى
النظر لمحجوره من غير عذر معلوم كأنه مشعر بتفريطه لحق المحجور بطول
المدة وتصرف المشتري وعمارته في ذلك ، فالصواب ألا يتعرض للمشتري ،
وأن تكون التبعة للمحجور بما نقصه على الناظر عليه .

وجاء في الخطاب جزء ٤ ص ٤٧١—٤٧٢) : ليس الخلاف على الإطلاق .
إنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم إلى بائعه ، ويكون أيضاً من
أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه ، وإنما وقع في الغبن غلط يعتقد أنه غير

غاط . فأما إذا علم القيمة فزاد عليها ، فهو كالواهب أو فعل ذلك لغرض له ، فلا مقال له . وكذلك إن استسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالقيمة ، فذكر له البائع ما غره به ، مثل أن يقول أعطيتُ فيها كذلك ويسمى له بائعها منه ، قال فهذا ممنوع باتفاق ... والغبن قيل الثلث ، وقيل ما خرج عن المعتاد .. وصرح به في الجواهر فقال إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن المتفاحش ، فقد اختلف الأصحاب في تقديره . فمنهم من حده بالثلث فأكثر . ومنهم من قال لا حد له ، وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار ، فما علم أنه من الغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للغبون باتفاق ، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار .

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ١٤١) « وقال الميضي قال بعض البغداديين أن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذلك إن فسخ بنقصان الثلث من قيمته فأعلى ، إذا كان جاهلا بما صنع ، وقام قبل مجاوزة العام . وبهذا أفتى المازري وابن عرفة والبرزلي وابن لب ، ومشى عليه ابن عاصم في متن التحفة ... قلت والعمل به مستمر عندنا بفاس . »

وجاء في حاشية العدوي على الخرشى (جزء ٥ ص ١٥٢) : « حصل بعض الأشياخ في القيام بالغبن وعدم القيام به ثلاث طرق . الأولى للقاضي عبد الوهاب في المعونة : ثبوت الخيار لغير العارف باتفاق ، وفي العارف قولان . الثانية للمازري : إن استسلم أي أخبر المشتري البائع أنه غير عارف بقيمته ، فقال له البائع قيمتها كذا ، فله الرد . وإن كان عالماً بالمبيع وثنه ، فلا رد له . وخلاف في هذين القسمين . وفيما عداها قولان . الطريقة الثالثة لصاحب المقدمات : البيع إن وقع على جهة الاسترسال والاستئمان ، وجب القيام بالغبن ، كقوله اشتر مني سلعة كما تشتري من الناس ، وإن وقع على وجه المكايسة ، فلا قيام له باتفاق . »

وجاء في البهجة في شرح التحفة للتسولي (جزء ٢ ص ١٠٦ - ص ١٠٧) :

« ومن يغبن في مبيع ... قام ، وأراد الرد به ، فشرطه ... ألا يجوز العام ، وأن يكون القائم جاهلاً بما صنع من بيعه بأقل من القيمة أو شرائه بأكثر منها ، وأن يكون الغبن بالثلث .. وقيل لا قيسام به إلا إذا زاد على الثلث ، وقيل يقام به مطلقاً ... وظاهر النظم أنه إذا وجدت الشروط الثلاثة ، ثبت له القيام ، كان البيع بالمزايدة أو بالمساومة ، عرض البائع سلعته على أناس شتى أم لا . والذي في الكراس الثالث من معاوضات المعيار مسلماً ما نصه : سئل الفقيه بركات البازوى عن القيام بالغبن هل يعم جميع البيوع أو يختص بغير بيع المزايدة ، وهل يتنزل منزلة بيع المزايدة تعريض صاحب السلعة بيعها على أناس شتى وترغيبه أيامهم فيها ... فأجاب أما بيع المزايدة فلا يتصور فيه غبن ... وما ذاك ألا لكون قيمته هي ما وقفت عليه ولا سيما في الأصول بعد المناذاة عليها الشهر والشهرين ... قال سيدى محمد بن عبد الصادق في شرحه على المختصر ما نصه : الغبن على القول به إنما يعتبر يوم البيع ، فلا يعتبر تغير الأسواق بعد ذلك . وعليه فما وقع في عصرنا هذا في شراء الغلة الصيفية وكذلك شراءهم ورق التوت ، ومن يشتري ذلك الغالب عليهم أنهم من أهل المعرفة بأثمان ذلك ، فحصل كساد كبير أذهب رؤوس الأموال لأربابها ، فقاموا بذلك ، فأفتوا بأنهم لا قيام لهم لأنه ليس بجائحة ، ولأن الغبن يعتبر فيه وقت العقد ، ولأن المشتري لذلك من أهل المعرفة ^(١) . »

ويخلص مما تقدم أن النوع الثالث من الغبن — وهو الغبن الذى يرجع إلى الخلط فى القيمة — اختلف فيه . فهناك رأى يذهب إلى أن الغبن ، حتى فى هذه الحالة ، لا يثبت الخيار ، وألا خيار فى الغبن إلا إذا صحبه تغير ، كما هو ظاهر المذهب الحنفى والمذهب الشافعى ومذهب أحمد . وهناك رأى آخر فى مذهب مالك (وهو قول البغداديين المالكية) يذهب إلى أن

(١) أنظر أيضاً فى الغبن فى مذهب مالك : شرح التاودى على هامش التسولى (جزء ٢

ص ١٠٦) — حاشية الصاوى على الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ٦٣) — جواهر الأكلال الآبى الأزهرى (جزء ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠) . السجلهاسى ص ١٥٤ .

الغبن في هذه الحالة يثبت الخيار ، وذلك بشروط ثلاثة استخلصت من تحفة ابن عاصم : (الشرط الأول) أن يكون هناك غبن فاحش ، في غير بيع المزايدة . والغبن الفاحش هو الثلث — زيادة في البيع ونقصاً في الشراء — على قول ، وعلى قول آخر بقدر مالا يتغابن به الناس . وتعتبر القيمة وقت البيع . (الشرط الثانى) أن يكون الغبن راجعاً إل جهل المغبون وغلطه في قيمة المبيع . بل يجب فوق ذلك أن يكون المغبون معروفاً بعدم الخبرة ، وقد استغل العاقد الآخر عدم خبرته . وهذا يقرب من الاستغلال المعروف في الفقه الغربى . وهو في الوقت ذاته يكفل استقرار التعامل ، بأن يجعل العاقد الآخر عالماً بالغلط أو مستطيعاً أن يعلم ذلك . (الشرط الثالث) أن يقيم المغبون دعوى الغبن في خلال عام من وقت صدور التصرف الذى وقع فيه الغبن . وذلك حتى لا يطول الوقت الذى يكون فيه هذا التصرف مزعوماً قابلاً للنقض ، بغية استقرار التعامل بين الناس .

فترى من ذلك أن مذهب مالك يتسع للقول بأن الغلط في قيمة البيع يعتد به ، ما دام العاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط ، وما دام العاقد المغبون يقيم دعوى الغبن في مدة العام .

الاستغلال في الفقه الإسلامى :

بل يمكن القول أن الغلط في القيمة على النحو المتقدم إنما ينطوى على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته ، أو في غيائه ورعوثه . ونقرأ شيئاً من هذا في المذهب الحنفى ذاته . يقول الحموى في غمز عيون البصائر (جزء ٢ ص ١٩٥) في هذا المعنى : « خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصى ، وفي صورة تغير البائع المشتري ، بأن كان المشتري غيباً لا يعرف ، فقال البائع اشتريه بهذا الثمن فإنه يساويه ، فاشتراه مغترأ بقوله ، فله خيار الغبن » . بل أن في المذهب الحنفى قد يستغل العاقد المغبون في حاجته الملحة إذا كان مضطراً إلى التعاقد . وهذا هو بيع المضطر وشراؤه . جاء في ابن عابدين

(جزء ٤ ص ١٤٦) : « بيع المضطر وشراؤه فاسد . وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير . وكذلك في الشراء منه ، إذا لم يرض المشتري إلا بشراؤه بدون ثمن المثل بغبن فاحش . ومثاله ما لو أُلزم القاضى ببيع ماله لأبقاء دينه ، أو أُلزم الذى يبيع مصحف ، ونحو ذلك لكن سيدكر فى الأكرام لو صادره السلطان ولم يعين ببيع ماله فباع صح . والحيلة أن يقول من أين أعطى ، فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه . فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرها بل يصح بيعه إلا إذا أمره بالبيع . مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع ، حيث لا يمكنه غيره ، وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل . نعم العبارة مطلقة ، يمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن غير فاحش . »

فتكمل بذلك صور الاستغلال المعروفة فى الفقه الغربى : استغلال العاقد المغبون فى عدم خبرته ، أو فى حاجته ، أو فى طيشه ورعونه . وفى هذا يقرب الفقه الإسلامى كثيراً من الفقه الغربى فى أحدث صورته له ، وفى آخر مرحلة من مراحل تطوره (١) .

٣ - الغلط فى القانون

الغلط فى القانون فى الفقه الغربى :

فى الفقه الغربى ، الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يعيب الإرادة ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٥ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، فملحقه من تعاقد غبن فاحش ، جاز له فى خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول . فإذا كان التصرف الذى صدر منه تبرعا ، جاز له فى هذه المدة أن ينقضه . » قارن المادة ١٢٩ من التقنين المدنى المصرى والمادة ١٣٠ من التقنين المدنى السورى والمادة ١٢٩ من التقنين المدنى اللبنانى .

ويجعل العقد قابلاً للإبطال . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٢٢ من التقنين المدني المصري إذ تقول : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع . . . » (انظر أيضاً المادة ١٢٣ من التقنين المدني السوري والمادة ١٢٢ من التقنين المدني الليبي وهما مطابقان لنص التقنين المدني المصري) .

وقد كان يوقع اللبس في هذه المسألة وجود قاعدة أخرى معروفة تقضي بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة إنما يكون في الأحكام القانونية التي تعتبر من النظام العام ، كالقوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية ومنها القانون الذي يضع حداً أقصى للفوائد على سبيل المثال .

ومن الأمثلة على الغلط في القانون الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، وأن يهب رجل لمطلقة ما لا وهو يعتقد أنه استردها لعصمة جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانقضاء العدة ، وأن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف (انظر في كل ذلك الوسيط جزء أول فقرة ١٧٤ ، ص ٣٠٥ — ص ٣٠٨) .

الغلط في القانون في الفقه الإسلامي :

الظاهر في الفقه الإسلامي — وبخاصة في علم أصول الفقه — أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير . فمن جهل القانون ، وكان مقصراً في هذا الجهل ، حوسب على جهله ، ولم يعتد بخطأه في القانون . ومن جهل القانون ، ولم يكن مقصراً في هذا الجهل ، عذر لجهله ، واعتد بخطأه . جاء في فتح الفناير بشرح المنار لابن نجيم (جزء ٣ ص ١٠٥ - ص ١٠٦) : « ومن هذا القبيل حربى دخل دارنا فأسلم ، فشرب الخمر جاهلاً بالحرمة ، لا يحد . بخلاف ما إذا زنى ، لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة ، لأن الزنا

حرام في جميع الأديان ، فلا يكون جهله عذراً بخلاف الخمر . فما في المحيط وغيره : شرط الحد ألا يظن الزنا حلالاً ، مشكل . بخلاف الذي إذا أسلم فشرب ، يحد لظهور الحكم في دار الإسلام ، فجهله بتقصيره . والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه (أى جهله بالشرائع) يكون عذراً . فلو ترك صلوات جاهلاً لزومها في الإسلام ، لا قضاء . وكذا كل خطاب تركه ولم يشتهر فجهله عذر ، لقوله تعالى : ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا ، نزلت في الذين شربوا بعد تحريمها غير عالمين بخلافه بعد الانتشار . . . وملحق به (أى بهذا الجهل) جهل الشفيع بالبيع ، فلو باع الدار المشفوع بها بعد بيع دار بجوارها غير عالم لا يكون تسليماً للشفعة . وجهل الأمة المنكوحة بالاعتناق فلم تفسخ ، وكذا لو علمته وجهلت ثبوت الخيار لها شرعاً لا يبطل خيارها وعذرت ... بخلاف الحرية زوجها غير الأب والجد صغيرة ، فبلغت جاهلة بثبوت حق الفسخ لها ، لا تعذر ، لأن الدار دار علم وليس للحرية ما يشغلها عن التعلم ، فكأن جهلها لتقصيرها بخلاف الأمة (١) .

ويتبين مما تقدم أن المعيار في أن يكون الجهل بالقانون عذراً أو غير عذر هو انتفاء التقصير أو ثبوته . فالحرابي إذا أسلم وشرب الخمر معذور ، لجهله بأن شرب الخمر محرم ، وهو غير مقصر في هذا الجهل ، لأن حكم تحريم الخمر فيه خفاء ، ولم تسبق له السكنى في دار الإسلام . أما إذا كان ذمياً وأسلم ، فهو مقصر في جهله بتحريم الخمر ، لأنه عاش في دار الإسلام وكان يستطيع أن يعلم بالحكم لذئوعه في هذا الدار . أما الزنا فالجهل بتحريمه ليس عذراً ، سواء أكان من أسلم ذمياً أم حريباً ، لأن الزنا حرام في جميع الأديان . وجهل الأمة بأن لها الخيار في فسخ الزواج إذا أعتقها سيدها الذي تزوج منها وهي أمة يعتبر عذراً ، لأن في حالة الرق ما يشغلها عن التعلم .

(١) انظر في الغلط في القانون في الفقه الإسلامي بدرو ديب في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ١٢٥ — ص ١٢٨ . شكري فرداخي في القانون والأخلاق ، ص ٣٧ — ص ٣٨ .

ولا كذلك الحرة التي زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة ، فإن لها الخيار إذا بلغت ، وجهلها بهذا الخيار ليس بعذر ، لأنه ليس للحرة ما يشغلها عن التعلم .

ونرى من ذلك أن الفقه الإسلامي يتشدد في جعل الجهل بالقانون عذراً . فالأصل أنه ليس بعذر . ولا يكون عذراً إلا إذا قامت ملاسبات خاصة تنفي تهمة التقصير المفروضة في جانب من يجهل القانون . وإذا كان هناك شيء من النساهل في الحدود ، فذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

وقد جاء في الأشباه والنظائر (ص ١٦٧ — ص ١٦٨) لابن نجيم أيضاً في هذا المعنى : « وأما الجهل فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم . فإن قارن اعتقاد النقيض فهو مركب ، وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به . وإلا فبسيط ، وهو المراد بعدم الشعور . وأقسامه على ما ذكره الأصوليون كما في المنار أربعة ... والثاني الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح أو في موضع الشبهة ، وأنه يصلح عذراً وشبهة ، كالمحتجم إذا أفطر على ظن أنها فطرته ، وكمن زنى بجارية والده أو زوجته على ظن أنها تحل له . والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر ، وأنه يكون عذراً . ويلحق به جهل الشفيع وجهل الأمة باعتناق وجهل البكر بنكاح الولي وجهل الوكيل والمأذون بالأطلاق وضده ... وقالوا لو لم تعلم الأمة بأن لها خيار العتق لا يبطل بسكوتهما ، ولو لم تعلم الصغيرة خيار البلوغ بطل ... وفي آخر اليتيمة ظن لجهله أن ما فعله من المحظورات حلال له ، فإن كان مما يعلم من دين النبي صلى الله عليه وسلم ضرورة كفر ، وإلا فلا ... وفي إقرار اليتيمة سئل على بن أحمد عن رجل أقر أن عليه لفلان حنطة من سلم عقدها بينهما ، ثم أنه بعد ذلك قال سألت الفقهاء عن العقد فقالوا هو فاسد فلا يجب على شيء ، والمقر معروف بالجهل ، هل يؤخذ بأقراره ، فقال لا يسقط عنه الحق بدعوى الجهل اهـ . وقال قبله إذا أقر بالطلاق الثلاث على ظن صدق المفتي بالوقوع ثم تبين خطؤه بأفتاء الأهل ، لم يقع ديانة ولا يصدق في الحكم ...

ومما فرقوا فيه بين العلم والجهل ما في وكالة الخانية الوكيل بقضاء الدين إذا دفعه إلى الطالب بعد ما وهب الدين من المديون ، قالوا أن علم الوكيل بالهبة ضمن ، وإلا فلا . ولو دفع إلى الطالب بعد ردته ، قالوا إن علم الوكيل بطريق الفقه أن الدفع إلى الطالب بعد ردته لا يجوز ضمن ما دفعه ، وإلا فلا . وفي وكالة الولوالجية إذا عفا بعض الورثة عن القاتل عمداً ثم قتله الباقي ، إن علم أن عفو البعض يسقط القصاص اقتصر منه ، وإلا فلا ، لأن هذا مما يشكل على الناس .

ونورد بعد ذلك مثليين ، في الأول منهما يعتبر الجهل بالقانون عذراً لحفاء الحكم ، وفي الثاني لا يعتبر عذراً لوضوح الحكم بحيث يكون الجهل به تقصيراً .

جاء في مجمع الضمانات (ص ٤٥٤) : « الغرور لا يوجب الرجوع . فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه للصوص ، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات ، لا ضمان . فلو سأل رجل آخر عن الطريق فقال له اسلكه فإنه آمن ، فهو لا يضمن إذا سلك الرجل الطريق وأخذته للصوص . وهذا حكم فيه خفاء . فلو ظن أنه يضمن ، فدفع ، كان له أن يسترد ما دفع (العقود الدرية جزء ١ ص ٢٨٥ — پدروديب في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ١٢٥ — شكري قرداحي في القانون والأخلاق جزء ٢ ص ٣٧ — ٢٨) . ذلك أن الجهل بالقانون هنا يعتبر عذراً ، فيعتد بالغلط ، ويكون الدفع وفاء بغير المستحق ، فيجوز استرداده .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥١) : « .. كمن اشترى منقولاً . فطلب جاره الشفعة ، فظن المشتري أن له شفعة ، فسلم إليه . ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر ، لم يكن له ذلك ، لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما . فالمشتري هنا ظن خطأ أن الشفعة تجوز في المنقول . وهذا جهل لا يعتبر عذراً لأنه ينطوي على تقصير في جانب المشتري لوضوح الحكم ، فلا يجوز له الرجوع في البيع الذي اندفع إليه بسبب هذا الجهل ،

ويكون البيع لازماً^(١).

المبحث الثاني

التدليس

المطلب الأول

التدليس في الفقه الغربي

التدليس والغلط :

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالتدليس إذن لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد . على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً بين

(١) لما كانت نصوص التقنين المدني العراقي أريد بها التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامي والفقه الغربي (ممثلاً في التقنين المدني المصري) ، فنورد هنا من هذه النصوص ما يتعلق منها بالغلط : م ١١٧ — ١ . إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه ، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه . وإن اتحد الجنس واختلف الوصف ، فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده ، إلا أن يكون موثقاً على إجازة العقد — ٢ . فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب ، يكون البيع موقوفاً على إجازة المشتري . م ١١٨ — لا عبرة بالظن البين خطأه ، فلا ينفذ العقد : ١ . إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك ، للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية — ٢ . إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد — ٣ . إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد . م ١١٩ : لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده . م ١٢٠ : لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي ، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط .

أن يكون مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر الفرق في أمرين :

(أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الاحتمالية التي تستعمل عادة في التدليس تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط بتدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . ومن ثم كان إبطال العقد للتدليس أقل إخلالاً باستقرار التعامل من إبطال العقد للغلط .

(ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزأؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

عناصر التدليس :

تنص المادة ١٢٥ من التقنين المدني على أنه : « ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن لمدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » . وتنص المادة ١٢٦ من نفس التقنين على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين . فليس للتعاقدين المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس » . (أنظر أيضاً المادتين ١٢٦ و ١٢٧ من التقنين المدني السوري والمادتين ١٢٥ و ١٢٦ من التقنين المدني الليبي ، وهذه النصوص مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري -- وانظر المادتين ٢٠٨ و ٢٠٩ من تقنين الالتزامات اللبناني وهما يتفقان في أحكامهما مع أحكام نصوص التقنين

المدنى المصرى — وسنورد نصوص التقنين المدنى العراقى فى نهاية البحث) .
ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين : (١) استعمال طرق
احتمالية . (٢) تحمل على التعاقد . ولا فرق بعد ذلك بين ما إذا كان التدليس
قد صدر من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير .

١- استعمال طرق احتمالية :

يجب أن تكون هذه الطرق كافية لتضليل المتعاقد ، وينظر فى ذلك إلى
حالة كل متعاقد وظروفه وملايساته .

وكثيراً ما تكون الطرق الاحتمالية أعمالاً مادية : مظاهر من الإعلان
تخدع الناس ، أو اصطناع مستندات مزورة ، أو اتخاذ صفات منتحلة ،
ونحو ذلك .

وقد يكون الكذب كافياً للتدليس ، مادام هذا الكذب قد ألبس على
المتعاقد وجه الحق ، فدفعه إلى التعاقد غشاً وتضليلاً .

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فيكفى مجرد الكتمان طريقاً
احتمالياً إذا توافرت الشروط الآتية فى الأمر الذى بقى مكتوماً : (١) أن
يكون هذا الأمر خطيراً (٢) أن يعرفه العاقد المدلس ويعتمد كتمه . (٣) أن
يجهله العاقد المدلس عليه ولا يستطيع أن يعرفه من طريق آخر . وأكث
ما يكون الكتمان تدليساً فى عقود التأمين .

التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو
الذى يبت فى ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر
ما إذا كان التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع
عليه الناس فى تعاملهم ، وبجالة العاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب .

التدليس صادر من الماقر الأخر أو من الغير :

ويستوى أن يكون التدليس صادراً من أحد العاقلين أو صادراً من الغير . فإذا صدر التدليس من الغير ، فليس للعاقد المدلس عليه أن يطلب أبطال العقد إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس .

المطلب الثاني

التدليس أو التغيير في الفقه الإسلامي

التدليس في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً من الغلط :

إذا كنا قد شعرنا بالحاجة — في سبيل إقامة نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي — إلى جمع مواد هذه النظرية من مظانها المختلفة ، وإلى لم شتاتها من مواطن متفرقة ، فلا حاجة بنا ، ونحن نعرض الآن لنظرية التدليس ، إلى هذا الجهد .

فالتغيير معروف في الفقه الإسلامي . ويتحدث عنه الفقهاء في أماكن متقاربة . بل هو ، في الفقه المالكي وغيره من المذاهب ، يدعى في بعض المواطن بالتدليس .

والسبب في بروز نظرية التغيير هو أن هذه النظرية لا ضير منها على استقرار التعامل . فالتغيير ليس كالغلط بالشئ النفسى الذى ينطوى عليه الضمير ، وقد يعلم به العاقد الآخر وقد لا يعلم . إذ المدلس هو في العادة أحد العاقلين ، فيعلم ضرورة بما وقع فيه العاقد المدلس عليه من الغلط ، بل كان هو المتسبب فيه . وحتى إذا كان التدليس قد صدر من الغير ، فإن هذا الغير لا بد أن يكون متواطئاً مع العاقد نفسه ، أو فى القليل لا بد أن يكون العاقد على علم بالتدليس الصادر من الغير أو أن يكون فى استطاعته أن يعلم ذلك .

ففي نظرية التغيرير إذن يمكن التوفيق ، في كثير من اليسر ، بين احترام الأرادة الحقيقية واستقرار التعامل . لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد ، لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي . فهو يعرف التغيرير باستعمال طرق احتيالية ، ويعرفه عن طريق مجرد الكذب ، بل ويعرفه عن طريق محض الكتمان . ثم هو ، كالفقه الغربي ، يعتقد بالتدليس الصادر من الغير .

التغيرير باستعمال طرق احتيالية :

وهذا ما يسمى بالتغيرير الفعلي . ويقع بعمل من التعاقد يقصد به إلى تضليل التعاقد الآخر في حقيقة العقود عليه ، ويدفعه بذلك إلى التعاقد بغبن ولو كان يسيراً . من ذلك أن يصبغ الثوب القديم ليظهره جديداً . ومن ذلك أن يلطخ ثوب العبد بالسواد ليوهم أنه كاتب . ومن ذلك حبس أموال الرحي والقفى تخيلاً لكثرة ثوبها . ومن ذلك تسويد شعر الجارية لإخفاء بياضه ، أو تجمعيده لإخفاء سبطه ، أو تجميل وجهها لتغطية صفرة ، فتبدو الجارية أجمل مما هي ليزيد ثمنها . ومن ذلك تصرية الأبل والبقر والغنم لينتفع ضرعها فيتوهم المستاع أنها كثيرة اللبن . هذه جملة من الطرق الاحتيالية التي كانت تستعمل ، وقد سجلها الفقه الإسلامي ، هي وغيرها ، في كثير من نصوصه . ونورد هنا طائفة من هذه النصوص .

جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٤٣٧ — ص ٤٣٨) : « التغيرير الفعلي ، كالشرطي ، وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كالأ فلا يوجد . قاله ابن شاس ، وهو أحسن من قول التوضيح والشارح وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم اه ، قصر هذا الكلام فيما يستر العيب فقط ، وشمول الفعل لا يستر عيباً وإنما يظهر كالأ ... ومنه صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد ... ومنه .. من ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت على بكذا ، شدد

مالك كراهة فعله واتفق فيه وجه الخلافة . ابن أبي زمنين : أن وقع خير فيه مبتاعه ، وإن فات رد بقيمته . . . وقال في المسائل الملقوطة الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف ، وبالفعل يضمن بلا خلاف . . وجاء في المواق (على هامش الخطاب ٤ ص ٤٣٧) : « قال ابن الحاجب التغرير الفعلي كالشرطي ، وهو فعل يظن به كمال ، كتلطيخ الثوب بالمداد . . وتصوير المازري أئين ، قال كما لو باع غلاما في ثوبه أثر المداد ويده الدواة والقلم فإذا به أمدى . ومن هذا قول المدونة . من ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها وباعها برقمها ولم يقل قامت على بكذا ، شدد مالك كراهة فعله واتفق وجه الخلافة . ابن أبي زمنين : أن وقع خير فيه مبتاعه ، وإن فات رد بقيمته . . وأكثر كتب الفقه المالكي تتضمن عبارات مماثلة لما تقدم .

وفي الفقه الشافعي ، جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرمل (جزء ٤ ص ٧٣ — ص ٧٤) : « وحسب ماء القناة وماء الرحي المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة ، حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته فيزيد في عوضه ، ومثلهما جميع المعاوضات . وتحمير الوجه وتوريمه ووضع نحو قطن في شدقها . وتسويد الشعر وتجميعه الدال على قوة البدن ، وهو ما فيه التواء وانقباض لا كفلفل السودان ، يثبت الخيار ، بجامع التدليس أو الغرر ، وشمل إطلاقه الذكر والأنثى . . . ولا بد في ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير . لا لطاخ ثوبه (أي الرقيق) بمداد تخميلا لكتابته ، أو إلباسه ثوب نحو خباز أليوهم أنه كاتب أو خباز ، أو توريم ضرع الحيوان ، فلا رد له به في الأصح ، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحانه والبحث عنه . . ونرى من ذلك أن شرط الطرق الاحتمالية أن تكون بحيث تضلل غالب الناس ، فإذا لم تكن كذلك وكان العاقد يستطيع أن يتبين الحقيقة فهو مقصر إذا لم يتبينها ، ولا يثبت بها خيار التدليس . فتلطيخ ثوب العبد بالمداد ، وإن كان فقهاء المالكية يرونه تدليساً فيما قدمناه ، لا رد فيه

في المذهب الشافعي ، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحان العبد . وكتب الشافعية حافلة بمثل ما قدمناه من العبارات .

وفي الفقه الحنبلي ، جاء في الشرح الكبير على متن المقنع (المغنى جزء ٤ ص ٨٠ — ص ٨١) : « خيار التدليس بما يزيد الثمن ، كتصرية اللبن في الضرع ، وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيدها ، وجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها ، فهذا يثبت للمشتري خيار الرد ... وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لأجله ... وبهذا قال الشافعي . ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر ، وقال في تجعيده لا يثبت به خيار لأنه تدليس بما ليس بعيب ، أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً ، وما ذكروه ينتقض بتسويد الشعر . وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر في كونه كاتباً ، لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاماً لكانب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعاً لا يستحق به فسخاً . ونرى من ذلك أن الفقهاء ، وأن اتفقوا على مبدأ التدليس ، اختلفوا في تطبيقاته . فالشيء الواحد يعتبره بعض الفقهاء تدليساً ، ولا يعتبره كذلك بعض آخر .

وفي الفقه الحنفي — وهو من أقل المذاهب اعتداداً بالتدليس — جاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤٩) عن بيع الشاة المصراة : « روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تُصَرَّوا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر ، متفق عليه شرح التحرير . وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية ، وهي ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن . قال الشارح في شرحه على المنار وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة ، والتمر ليس منهما ، فكان مخالفاً للقياس ، ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين ، فلم يعمل به لما مر . فيرد قيمة اللبن عند أبي يوسف . وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها اهـ . وفي شرح التحرير وقد

اختلف العلماء في حكمها ، فذهب إلى القول بظاهر الحديث الائمة الثلاثة وأبو يوسف على ما في شرح الطحاوى للأسيبجاني نقلا عن أصحاب الأمالى عنه ، والمذكور عنه للخطابي وابن قديمة أنه يردّها مع قيمة اللبن . ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لأنه خبر مخالف للأصول اهـ . والحاصل كما في الحقائق أنه إذا اشتراها فخلبها فوجدّها قليلة اللبن ، ليس له أن يردّها عندنا . وعند الشافعى وغيره له أن يردّها مع اللبن لو قائماً ، أو مع صاع تمر لو هالكا . وهل يرجع بالنقصان عندنا ، فعلى رواية الطحاوى نعم ، قال في شرح الجمع وهو المختار ، لأن البائع بفعل التصرية غر المشتري فصار كما إذا غره بقوله أنها لبون . ونرى من ذلك أن المذهب الحنفى يعتد بالتدليس فى التصرية والخلاف فى الجزاء على هذا التدليس . فأبو حنيفة ومحمد لا يذهبان إلى حد فسخ العقد ، ويقتصران على رجوع المشتري بالنقصان . أما أبو يوسف فيذهب ، مع الائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، إلى حد فسخ العقد . ويورد صاحب الشرح الكبير على متن المقنع خلاصة هذا الخلاف فيقول (هامش المغنى جز ٤ ص ٨٠ — ص ٨١) : « التصرية جمع اللبن فى الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن فى ضرع الشاة بالشدّيد والتخفيف ، ويقال صرى الماء فى الخوض ، وصرى الطعام فى فيه ... قال البخارى أصل التصرية حبس الماء ، يقال صريت الماء ، ويقال للمصرّة المحفّلة ، وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سميت مجامع الناس محافل . والتصرية حرام إذا أريد بها التدليس على المشتري لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تصروا الإبل » . وروى ابن ماجه بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « بيع المحفلات خلافة » ... فمن اشترى مصرّة من بهيمة الأنعام وهو لا يعلم تصريتها ثم علم ، فله الخيار فى الرد والإمساك . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وأنس ، وإليه ذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم . وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب ، بدليل أنها لو لم تكن مصرّة فوجدّها أقل لبناً من

أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علقها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل . ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال . لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر ، متفق عليه . وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها مثلي لبنها قمحاً ، رواه أبو داود . ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد ، كالشمطاء إذا سود شعرها ، وبه يبطل قياسهم فإن بياضه ليس بعيب كالكبر ، وإذا دلسه ثبت له الخيار . وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه . وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي صلى الله عليه وسلم أولى ، إذا ثبت هذا ، فإنما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشتري بالتصيرية ، فإن كان عالماً لم يثبت له خيار . وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يتبقى على حاله كما لو تزوجت عنيماً ثم طلبت الفسخ . ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك ، ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه ، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع .

وجاء في المواق (على هامش الخطاب ٤ ص ٣٧) : « قال مالك حديث المصراة متبع ليس لأحد فيه رأى . وقال أشهب لا نأخذ به لأنه قد جاء ما هو أثبت منه وهو الخراج بالضمان ... وحديث الخراج بالضمان عام وحديث المصراة مخصص لبعض ما اشتمل عليه حديث الخراج بالضمان ، والخصوص يقضى به على العام كما أن المفسر يقضى به على المجمل ... وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى الصاع من عيش ذلك البلد ، وعيش أهل مصر الخنطة فليعطوا منها^(١) » .

ومن الطرق الاحتمالية التي تستعمل للتدليس النجش في صورتيه . إذا تواطأ البائع مع الناجش لينجش السلعة فيعلى ثمنها ويبلغه إلى أكثر من قيمتها ، فهذا تدليس يوجب للشترى عند مالك خيار الرد . وإذا اتفق المشتري مع منافسيه ممن يرغبون في المزايدة على أن يكفوا ، فيتمكن من شراء السلعة بثمان بخس ، فهذا أيضاً تدليس يوجب للبائع عند مالك الخيار . وقد مضى القول في ذلك .

التقرير عن طريق مجرد الكذب :

بياعات الأمانة :

حدد الفقه الإسلامي منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديساً . وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل ، أو في ضرب يقدم عليه من ضروبه ، أن يتوق غش الناس إياه ، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريباً . وهكذا يتقدم الفقه الإسلامي لمعونة من هو في حاجة إلى الحماية ، يدفع عنه الأذى ، ويرفع عنه الغبن .

وجملة القول في بياعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته ، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فإما أن يزيده فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف

— ٥٠٧ — الخطاب ٤ ص ٤٣٧ — ص ٤٣٩ — الخريشي ٥ ص ١٣٣ — ١٣٥ —
الصاوي ٢ ص ٥٣ — الدسوقي ٣ ص ١١٦ — ص ١١٩ — الآبي ٢ ص ٤٢ — ٤٣ —
المهذب ١ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣ — الرملي ٤ ص ٦٩ — ص ٧٣ — شرح البهجة
لذكرى الأنصاري ٢ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥ — مفتي المحتاج للشربيني ٢ ص ٦٣ — ص ٦٥ —
إعانة الطالبين للسيد البكري ٣ ص ٣٢ — الشرفاوي على التحرير ٢ ص ١٢ — ص ١٣ —
ميون وعبرة على منهاج الطالبين ٢ ص ٢٠٩ — ٢١٠ .

إلى الثمن الأصلي ، ويسمى البيع مراححة . وإما أن ينقصه قدر معلوماً يطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضیعة . وإما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصلي ، ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن .

ومن ثم نرى ما لبيان الثمن الأصلي الذي اشتري به البائع السلعة من أهمية وخطر . فهو الأساس الذي تقوم عليه الصفقة . فلا بد من أن يفضى به البائع بكل ما تقتضيه الأمانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل . فالمشتري إنما يعقد الصفقة على هذا الأساس ، ولا يرتضى لها أساساً آخر . فإن اختلف انتقضت الصفقة . وهو قد اتّمن البائع ووثق في صدق قوله . لذلك يكون مجرد كذب البائع في الإفضاء بهذا البيان الجوهري خيانة وغشاً وتدليساً ، يزعم التعامل في أساسه . ولا يكتفي من البائع ببيان يحمل عن الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات ، وما اقترن به من أوصاف . فيبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئاً ، مؤجلاً أو مقسطاً . ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدين له على بائعه ، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق المماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر أن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها ، أو هي تعيبت ، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدر . كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر في رضا المشتري بالصفقة ، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالغش والتدليس (١) .

والفقه الحنفي — وقد رأيناه يستعصى على التدليس في صورته المتقدمة — لا يتأخر هنا عن المذاهب الأخرى في الاعتراف ببياعات الأمانة ، وفي

(١) وشبهه بذلك عقود التأمين في الفقه الغربي ، فهذه هي أيضاً عقود أمانة ، لا يجوز فيها للمؤمن عليه أن يكذب أو أن يعطى شركة التأمين بياناً خاطئاً ، أو يكتم أمراً له تأثير في التعاقد ، وإلا جاز للشركة إبطال العقد .

وفائها حقها من التفصيل والبيان .

جاء في المبسوط للسرخسي (جزء ١٣ ص ٧٨) : « وإذا اشترى شيئاً ينسيئة ، فليس له أن يبيعه مراحجة حتى يبين أنه اشتراه بنسيئة . لأن بيع المراحجة بيع أمانة ، تنفي عنه كل تهمة وجناية ، ويتحرز فيه من كل كذب . وفي معاريض الكلام شبهة ، فلا يجوز استعمالها في بيع المراحجة . ثم الإنسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد ، فإذا أطلق الأخبار بالشراء فإنما يفهم السامع الشراء بالنقد ، فكان من هذا الوجه كالخبر بأكثر مما اشترى به ، وذلك جنائية في بيع المراحجة . يوضحه أن المؤجل نقص في المالية من الحال ، ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكماً . فإذا باعه وكم ذلك ، فالمشتري بالخيار إذا علم بالتدليس الموجود من البائع ، وهذا لأن المشتري إنما التزم ربحاً بناء على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن ، فلو علم أنه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن ، فضلاً عن أن يعطيه على ذلك ربحاً . فلحاجته إلى دفع الضرر أثبتنا له الخيار . »

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٢٣) : أن بيع المراحجة والتولية بيع أمانة ، لأن المشتري اتّمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير ينسة ولا استخلاف ، فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة ، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن ... إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري ، فأراد إن يبيعها مراحجة ينظر ، أن حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مراحجة بجميع الثمن من غير بيان عندنا ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يبيعها مراحجة حتى يبين ، وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مراحجة حتى يبين بالإجماع ... ولو حدث من المبيع زيادة ، كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر ، لم يبعه مراحجة حتى يبين ، لأن الزيارة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وإن لم يكن لها حصة من الثمن للحال . فهذا حبس بعض المبيع وبيع الباقي ، فلا يجوز من

غير بيان ... ولو اشترى شيئاً نسيئته لم يبيعه مرابحة حتى يبين ، لأن للأجل شبهة المبيع وإن لم يكن مبيعاً حقيقة لأنه مرغوب فيه ، ألا ترى أن الثمن قد يزداد لمكان الأجل ، فكان له شبهة أن يقابله شيء من الثمن ، فيصير كأنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل ، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب ، فيجب التحرز عنها بالبيان . ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه ، له أن يبيعه مرابحة من غير بيان . ولو أخذ شيئاً صناعاً من دين له على إنسان ، لا يبيعه مرابحة حتى يبين . ووجه الفرق أن مبنى الصلح على الخط والإغماض والتجاوز بدون الحق ، فلا بد من البيان ليعلم المشتري أنه سائح أم لا فيقع التحرز عن التهمة . ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة ، فلا حاجة إلى البيان . وفرق آخر أن في الشراء لا تتصور الخيانة لأن الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله ، وهو أن يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتزمان قصاصاً لعدم الفائدة ، والدليل على أنه كذلك أنه لو اشترى ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ، ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء ، وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تمقدر الخيانة كما إذا اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم ابتداء . بخلاف الصلح فإنه يقع بما في الذمة على البذل المذكور ، ألا ترى أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح ، فاحتمل تهمة المسامحة والتجاوز بدون الحق ، فوجب التحرز عن ذلك بالبيان . ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ورقه إثني عشر ، فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز إذا كان الرقم معلوماً والرج معلوماً ، ولا يكون خيانة لأنه صادق ، لكن لا يقول اشتريته بكذا لأنه يكون كاذباً فيه . وروى عن أبي يوسف أن المشتري إذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده أن الرقم هو الثمن ، لم يبيعه مرابحة على ذلك من غير بيان . وكذلك لو ورث ما لا فرقته ثم باعه مرابحة على رقه ، يجوز لما قلنا .

وجاء في الهداية (فتح القدير جزء ٥ ص ٢٥٦) : « فإن اطلع المشتري

على خيانة في المراجعة ، فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء أخذ من جميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما . وقال محمد رحمه الله يخير فيهما . لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما ، والتولية والمراجعة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيتخير بقواته . ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعثتك مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط ، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية ، لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الخط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف ، فأمكن القول بالتخيير . فلو هلك قبل أن يرده ، أو حدث فيه ما يمنع الفسخ ، يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفاتئ فيسقط ما يقابله عند عجزه .

ونرى من ذلك أن العبرة في المراجعة والتولية عند أبي يوسف بالثمن الأول ، فهو الذي أنبنى عليه العقد ، فإن اطلع المشتري على خيانة حطها من الثمن الذي اشترى به حتى يحتفظ للعقد بتوازنه المتفق عليه . والعبرة عند محمد بالثمن المسمى الذي اشترى به المتباع ، وقد قام العقد عليه ، وانعدام الخيانة وصف مرغوب فيه فإن ظهرت خيانة تخير المشتري . والعبرة عند أبي حنيفة بالثمن الأول في التولية ، لأن التولية لا تكون تولية إذا اشترى المتباع بثمان يزيد أو ينقص ، فإن ظهرت خيانة تعين حطها . أما في المراجعة فالعبرة عند أبي حنيفة بالثمن المسمى الذي اشترى به المتباع ، إذ الخيانة في المراجعة لا تغير من وصفها بل تبقى مراجعة ولكن بربح أكبر ، فإن ظهرت خيانة كان هذا فواتاً لو صف مرغوب فيه فيتخير المشتري . ولما كانت

المواضعة بيعاً بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه ، فيعتبر لها من الشرائط والأحكام ما يعتبر للمراجعة (١) .

والفقه المالكي يعرف بياعات الأمانة كالفقه الحنفي . فمن ذلك ما جاء في المدينة (جزء ١٠ ص ٥٩ — ص ٦٢) : « قلت أرأيت لو ورثت متاعاً فرقمته فبعته مرابحة على رقبه ، أيجوز ذلك في قول مالك ؟ قال لا ، لأن مالكا قال لي في الذي يشتري المتاع ثم يرقم عليه فيبيعه مرابحة على ما رقم أن ذلك لا يجوز ، فالذي ورث المتاع أشد من هذا عندي لأنه من وجه الخديعة والغش . . . قلت أرأيت أن اشتريت جارية فذهب ضررها فأردت أن أبيعها مرابحة ؟ قال لا حتى تبين ، قلت وكذلك أن أصابها عيب بعد ما اشتري لم يبيع حتى يبين ؟ قال نعم . قال وقال مالك ولا يبيعها على غير مرابحة حتى يبين ما أصابها عنده . . . قلت أرأيت أن اشتريت جارية فظهرت على عيب بها بعد ما اشتريتها فرضيتها ، أ يصلح لي أن أبيعها مرابحة ولا أ بين وأقول قامت على بكذا وبكذا في قول مالك ؟ قال لا يصلح له أن يبيعها مرابحة حتى يبين أنه اشتراها بكذا أو بكذا بغير عيب ثم اطلع على هذا العيب فرضى الجارية بذلك . لأنه لو شاء أن يردها ردها . . . قلت أرأيت من اشتري سلعة بدين إلى أجل أيجوز له أن يبيعها مرابحة نقداً ؟ قال قال مالك لا يصلح له أن يبيعها مرابحة إلا أن يبين . قال وقال مالك وإن باعها مرابحة ولم يبين رأيت البيع مردودا ، وإن فانت رأيت له قيمة سلعته يوم قبضها المتاع نقداً . قال سحنون ولا يضرب له الربح على القيمة ، قلت فإن كانت القيمة أكثر مما باعها به ؟ قال فليس له إلا ذلك ويعجل له ولا يؤخر ، وإنما قال مالك له قيمة ساعته وهكذا يكون . قلت أرأيت إن

(١) أنظر في بياعات الأمانة في الفقه الحنفي : المبسوط ١٣ ص ٧٨ — ٩١ — البدائع ٥ ص ٢٢٠ — ص ٢٢٨ — فتح القدير ص ٢٥٢ — ص ٢٦٣ — الجوهرة المنيرة ١ ص ٢٠٨ — ص ٢١٢ — الزيلعي ٤ ص ٧٣ — ص ٨٩ — البحر الرائق ٦ ص ١٠٦ — ص ١١٥ — العيني ٢ ص ٢٩ — ص ٣٢ — مجمع الأنهر ٢ ص ٧٤ — ص ٧٩ — الفتاوى الهندية ٣ ص ١٦٠ — ص ١٦٥ — ابن عابدين ٤ ص ٢٣٥ — ص ٢٤٦ .

قال المشتري أنا أقبل الساعة إلى ذلك الأجل ولا أردّها؟ قال لا خير فيه ولا أحب ذلك . قلت أرأيت إن اشتريت سلعة بعشرة دراهم نقداً ، ثم أخرجني البائع بالدراهم سنة ، فأردت أن أبيع مربحة كيف أبيع في قول مالك؟ قال لا تبع حتى تبين ، لأن مالكاً قال لا تبع إذا نقدت غير ما وجبت به الصفقة حتى تبين ، فكذلك الأجل الذي أجلك بالدراهم لا تبع حتى تبين الأجل . قلت أرأيت أن اشتريت سلعة بعشرة دراهم ، فنقدت فيها عشرة ، فأصاب البائع فيها درهما زائفاً فتجوزّه عنى ، كيف أبيع مربحة في قول مالك؟ قال بين ما نقدت في ثمنها وما تجوز عنك ثم تبيع مربحة . . . قلت أرأيت إن اشتريت جارية فزوجتها ، أأبيعها مربحة ولا أبيع؟ قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، ولا أرى أن تبيع حتى تبين ، لأن التزويج لها عيب ، ولا تبيعها أيضاً غير مربحة حتى تبين أن لها زوجاً . ونرى من هذا النص أن إخفاء العيب ، وهو عمل سلبى محض ، حتى لو كان في غير بيعات الأمانة ، يعتبر تدليسا . فقد قال مالك : لا يبيعها على غير مربحة حتى يبين ما أصابها عنده . وقال ابن القاسم : ولا تبيعها أيضاً غير مربحة حتى تبين أن لها زوجاً . وجاء في القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) : « لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن ، فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن ، فالمشتري مخير من أن يمسك بجميع الثمن أو يردّه ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء . وقال أبو حنيفة لا يلزمه . » فحكم المراجعة في مذهب مالك تخيير المشتري ، إلا أن يشاء البائع أن يحط الزيادة وما أصابها من الربح فيلزم البيع . فيجمع المذهب بذلك بين التخيير ويكون للمشتري ، وحط الزيادة ويكون للبائع^(١) .

(١) أنظر في بيعات الأمانة في الفقه المالكي : الخطاط ٤ ص ٤٨٨ — ص ٤٩٥ — الصاوى

٢ ص ٧٢ — ص ٧٦ — الدسوقي ٣ ص ١٦٠ — ص ١٧١ — الخرشى ٥ ص ١٧١ — ص ١٨٠ — الآبى ٢ ص ٥٥ — ص ٥٨ — البهجة في شرح التحفة للنسوى ٢ ص ١٥٠ — ص ١٥٥ .

وكذلك الفقه الشافعي يعرف ببيعات الأمانة . جاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٨٨ — ص ٢٩٠) : « ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه لقوله صلى الله عليه وسلم : إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم . ويجوز أن يبيعها مراحمة ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح ... ويجوز أن يبيعها مواضعه ... إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ، ثم قال أخطأت أو قامت البينة إن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح ... لأن البيع عقد على ثمن معلوم وإنما سقط بعضه بالتدليس ... وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة لأن المسمى في العقد مائة وعشرة . فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً . والثاني أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية ، ويخالف العيب فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا أن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يمك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . ونرى من ذلك أن الصحيح في مذهب الشافعي هو حط الزيادة وما أصابها من الربح كقول أبي يوسف . وفي المذهب قول آخر هو تخيير المشتري ، ويتفق مع قول أبي حنيفة ومحمد (١) .

والفقه الحنبلي يعرف هو أيضاً ببيعات الأمانة (٢) . ويوجب الخط متفقاً في ذلك مع قول أبي يوسف . جاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤

(١) أنظر في ببيعات الأمانة في الفقه الشافعي : مغنى المحتاج للشرابي ٢ ص ٧٦ — ص ٨٠ — نهاية المحتاج للرملي ٤ ص ١٠٤ — ص ١١٥ — الشرح القوي على التحرير ٢ ص ٣٨ — ص ٤٠ — قايوبى وعميرة على منهاج النظارين ٢ ص ٢١٩ — ص ٢٢٤ .

(٢) أنظر في ببيعات الأمانة في الفقه الحنبلي . الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ١٠٠ — ص ١٠٨ — المغنى ٤ ص ٢٥٩ — ص ٢٩٤ — الفروع ٢ ص ٥٢٢ — ص ٥٢٨ .

ص ١٠٠ — ١٠٣) : « السادس خيار ثبت في التولية والشركة والمراجحة والمواضعة ... ومعنى التولية البيع برأس المال ... والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ... والمراجحة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالى فيه مائة ، بعته بها وربح عشرة ... والمواضعة أن يقول بعته بها ووضعته درهم من كل عشرة ، فيلزم المشتري تسعون درهما ... فإن باعه السلعة مراجحة ، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشرة ، ثم علم ببينة أو اقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب . والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم ، فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهما . وهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولى الشافعى . وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب . ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فإذا بان رأس ماله قدرأ ، كان مبيعاً به وبازيادة التى اتفقا عليها . والمعيب كذلك عندنا ، فإن له أخذ الأرش . ثم الفرق بينهما أن المعيب لم يرض فيه إلا بالثمن المذكور ، ومهنأ رضى فيه برأس المال والربح المقدر . وهل للمشتري الخيار : فالمنصوص عن أحمد أن المشتري يخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه . نقل ذلك حنبل ، وهو قول للشافعى . لأن المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن أيضاً ... ظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له ، وحكى قولاً للشافعى ، لأنه رضى به بمائة وعشرة فإذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً ، فلم يثبت له الخيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً ، أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك ، . وجاء أيضاً فى ص ١٠٨ : « قال أحمد المساومة عندى أسهل من بيع المراجحة ، لأن بيع المراجحة يعتريه أمانة واسترسال من المشتري ، ويحتاج فيه إلى تعيين الحال على وجهه ، ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل وخطر ، فيكون على خطر وغرر ، فتجنب ذلك أسلم وأولى . »

بيع الاسترسال :

وإلى جانب بیاعات الأمانة — وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل — يعرف الفقه المالكي والفقه الحنبلي بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن . وفيه يكشف العاقد عن خبيثة نفسه ، ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يستأمن المتعامل معه ويستنصحه ويسترسل إلى نصحه ، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشتري به . فالأساس هنا ، ليس هو الثمن الأصلي كما في بیاعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصدقه المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه في ذلك وغبنه ، فإن هذا الكذب وحده يعتبر غشاً وتدليساً يوجب للعاقد المغبون خيار الرد .

ويسهب الفقه المالكي في بيع المسترسل . من ذلك ما جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٤٧٠) : « وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإنني لا أعلم القيمة ، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن . وقال ابن حبيب ان الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل بعني كما تبيع الناس ، وأما في الشراء فلا . ولا فرق بين البيع والشراء إذا كان الاسترسال والاستئمان . واجب بالإجماع ، لقوله صلى الله عليه وسلم : غبن المسترسل ظلم^(١) . » وجاء في الشرح الكبير للدردير

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الاسترسال يكون أيضاً بأن يقول العاقد لصاحبه لا خلافة ، أي لا غش بيننا في التعامل . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٤٧٣) في هذا الصدد ما يأتي : « في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي يجتمع في البيوع (حيان) إن بايعت فقل لا خلافة ، فكان إذا بايع يقول لا خلافة بالياء موضع اللام ... قال الآبي وانظر لو قلت هذه الكلمة اليوم في العقد ثم ظهر العيب . فقال أحمد بن حنبل يوجب القيام بالغبن . وقال الأكثرون لا يوجب قولها قياماً بالغبن . ثم اختلفوا . ف قيل لأنها خاصة بالرجل . وقيل لأنه أمره أن يشترط ويصدر الشرط بهذه الكلمة حضاً على النصيحة ، فإنه رى أنه قال له قل لا خلافة واشترط الخيار ثلاثة أيام . وقيل أمره بذلك ليعلم من يبيع منه أنه لا بصيرة له فينظر له كما ينظر لنفسه ... وقوله في الحديث فكان إذا بايع قال لا خلافة بالياء التحية لأنه كان ألغى يخرج اللام مخرج الياء ... وهذا الرجل اسمه حيان ... كان قد بلغ مائة وثلاثين سنة ، شج في بعض المغازي معه صلى الله عليه وسلم فأصابته مأمومة تغير منها لسانه والله أعلم . »

(هامش الدسوقي جزء ٣ ص ١٤١ - ص ١٤٢) : «إلا أن يستسلم المغبون ويخبره (أى يخبر صاحبه) بجهله ، تفسير للاستسلام ، بأن يقول المشتري للبائع بعنى كما تبيع للناس فإنى لا أعلم القيمة ، أو يقول البائع للمشتري اشتر منى كما تشتري من غيرى ، أو غير ذلك ، أو يستأمنه بأن يقول أحدهما للآخر ما قيمته لأشترى بها أو لأبيع بها فيقول له قيمته كذا والحال أنه ليس كذلك . فهو تنويع ظاهرى ، والمؤدى واحد . فله الرد حينئذ قطعاً . أو لا يرد مطلقاً . تردد . المعتمد منه الأول » . ويقول الدسوقي تعقيباً على ما تقدم : « قوله والمؤدى واحد : أى وهو أن موجب الرد جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه . ففى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه الآخر فالرد ، وإن لم يكن جهل فلا رد . قوله فله الرد حينئذ : أى حين أخبره بجهله أو استأمنه فكذب عليه ، ولو كان الغبن بأقل من الثلث . وأما لو وقع البيع على وجه المسكيسة ، فلا رد بالغبن . لكن ما ذكره من القطع ، أى الاتفاق على الرد إذا كان هناك استسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه ، مخالف لما ذكره بعد ذلك من قوله أو لا ترد مطلقاً . وأجيب بأن المراد اتفاقاً بحسب ما ظهر لذلك القائل ، كذا ذكر شيخنا . قوله أو لا يرد مطلقاً ، أى سواء وقع البيع على وجه الاستسلام أو المسكيسة . قوله تردد ، أى طريقتان ... قوله المعتمد منه الأول ، أى وهو ما ذكره المصنف من أن محل عدم الرد بالغبن إذا وقع البيع على وجه المسكيسة ، وأما إن وقع على وجه الاستسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه فإنه يرد للرجوع للغش والخديعة ، حتى أن بعضهم أنكروا القول الثانى القائل بعدم الرد مطلقاً » .

ويذكر الدريد حكم بيع الاسترسال ببيان أوضح فى الشرح الصغير (هامش الصاوى جزء ٢ ص ٦٣) : «إلا أن يستسلم أحد المتبايعين لصاحبه ، بأن يخبره بجهله ، كأن يقول المشتري أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعنى كما تبيع الناس ، فقال البائع هى فى العرف بعشرة فإذا هى بأقل ، أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشتر منى كما تشتري من الناس ، فقال هى فى عرفهم بعشرة

فإذا هي بأكثر . فللمغبون الرد على المعتمد ، بل باتفاق وذكر الشيخ فيه التردد معترض بأنه لم يخالف فيه أحد . وإنما الخلاف في الغبن من غير استسلام إذا كان المغبون جاهلاً ، فإن كان عارفاً فلا قيام له اتفاقاً . فإن استسلم الجاهل فالرد متفق عليه ، بل حكى ابن رشد عليه الإجماع ، فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين . ونرى من ذلك أن الدردير يلخص المذهب تلخيصاً واضحاً فيقول : إذا كان المغبون عارفاً فلا رد اتفاقاً ، وإن كان جاهلاً غير مستسلم فالرد فيه خلاف ، وإن كان جاهلاً مستسلماً فالرد متفق عليه^(١) .

وما ورد في بيع الاسترسال في مذهب أحمد ما جاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٧٩) : « الثالثة (أى الصورة الثالثة من خيار الغبن) المسترسل إذا غبن الغبن المذكور . يعنى إذا غبن غبناً يخرج عن العادة ، كما ذكرنا في تلقى الركبان والنجش ، يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء . وبه قال مالك . قال ابن أبى موسى وقيل قد لزمه البيع ولا فسخ له ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا أنه غبنٌ حصل لجهل بالمبيع فأنبت الخيار ، كالغبن في تلقى الركبان . فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعله لم يكن له خيار لأنه أنبنى على تفريطه وتقصيره . والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة . قال أحمد : المسترسل الذى لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذى لا يماكس ، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مما كسبه ولا معرفة بغبنه . ولا حد للغبن في المنصوص عن أحمد . وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبى موسى في الإرشاد بالثلث ، وهو

(١) أنظر أيضاً في بيع الاسترسال في المذهب المالكي : الحرشى ٥ ص ١٥٢ — ١٥٣ — الآبى ٢ ض ٤٩ — ٥٠ — النسولى والتاودى على التحفة ٢ ص ١٠٦ — ١٠٨ — القوانين الفقهية لابن جزى ض ٢٦٤ .

قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « والثالث كثير » . وقيل السدس .
والأولى تحديده بما لا يتغابن الناس به في العادة ، لأن ما لا يرد الشرع
بتحديده يرجع فيه إلى العرف » . وجاء في الفروع (جزء ٢ ص ٥٠٩) :
« ويثبت (الخيار) على الأصح لمسترسل جاهل بالقيمة إذا غبن ، وفي المذهب
أو جهلها لعجلته ، وعنه ولمسترسل إلى البائع لم يملكه ، اختاره شيخنا
وذكره المذهب . وفي الانتصار له الفسخ ما لم يعلمه أنه غال وأنه مغبون فيه .
قال أحمد : اشتر وما كس ... ونص أحمد الغبن عادة . وقيل الثالث . وقيل
السدس » . ويتبين مما تقدم أن مذهب أحمد يشترط في الرد في بيع الاسترسال
أن يكون هناك غبن فاحش ، أما مذهب مالك فيسكتني بالغبن اليسير .

التقرير القولي : ويضع الفقهاء إلى جانب التغيرير الفعلي التغيرير القولي .
فالتغيرير الفعلي يكون بفعل ، وهو ما قدمناه في الطرق الاحتمالية . والتغيرير
القولي يكون بالقول ، أي بمجرد الكذب . فيكون الكذب تدليساً
لا في بيعات الأمانة وبيع المسترسل فحسب — وهذه هي منطقة الأمانة
في التعامل كما قدمنا -- بل أيضاً في غير هذه المنطقة ، أي في التعامل بالمملكة
والمساومة . فمتى كان الكذب من شأنه التغيرير بالمتعاقد وإلحاق الغبن به ،
كان هذا تدليساً يوجب الخيار . غير أن الغبن في التغيرير القولي يجب أن يكون
فاحشاً ، بخلاف التغيرير الفعلي فقد رأينا أنه يكفي فيه الغبن اليسير .
على أن الرد بالتغيرير القولي ، في غير منطقة الأمانة ، على النحو الذي
قدمناه ، محل للخلاف . ويبين ذلك من النصوص الآتية :

جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٤٣٨) : « وقال في المسائل الملقوطة :
الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف ، وبالفعل يضمن بلا خلاف . فالأول
كسالة الصير في ينقد الدراهم ثم يظهر فيها زائف ، ومسألة الخياط يقيس
الثوب ويقول يكفي فيفصله فينقص ، والدليل يخطئ الطريق ، والغار في
الأمه يقول أنها حرة ، ومن أعار شخصاً أثناء مخروقا وهو يعلم به وقال أنه
صحيح ، ومن قال لرجل في رمضان كل فإن الفجر لم يطلع وقد علم طلوعه ...

ومنها أيضاً قال في مسائل أجوبة القرويين في القائل لرجل بع سلعتك من فلان لأنه ثقة وملىء ، فوجده بخلاف ذلك ، فقال لا يغرم شيئاً إلا أن يغره وهو يعلم بحاله .

وجاء في الدر المختار (انظر عابدين جزء ٤ ص ٢٤٧ — ص ٢٥٠) :
 الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث ... منها هذه وضابطها أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع ، كوديعة وأجارة ، فلو هلكا ثم استحقا ، رجع على الدافع بما ضمنه . ولا رجوع في عارية وهبة ، لكون القبض لنفسه .
 الثانية أن يكون في ضمن عقد معاوضة ، كباعوا عبدي أو ابني فقد أذنت له ، ثم ظهر حراً أو ابن الغير ، رجعوا عليه للغرور أن كان الأب حراً ، وإلا فبعد العتق ، وهذا أن إضافه إليه وأمر بمبايعته . ومنه لو بنى المشتري أو استولد ، ثم استحقا ، رجع على البائع بقيمة البناء والولد . ومنه ما يأتي في باب الاستحقاق : اشترى فأنا عبد ، بخلاف ارتنى . الثالثة إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحققت ، رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق ... هل ينتقل الرد بالتغير إلى الوارث ؟ استظهر المصنف لا ، لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لا تورث ... لكن ذكر المصنف في شرح منظومته الفقهية ما يخالفه ، ومال إلى أنه يورث كخيار العيب . ويقول ابن عابدين معقبا على ما تقدم : « الغرور لا يوجب الرجوع . فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكته ، فأخذه اللصوص ، أو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله ومات ، لم يضمن . وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ، ثم ظهر أنها مملوكة ، فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر إلا في ثلاث مسائل . الأولى إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحققت ، فإنه يرجع على المخبر بما غرمه المستحق من قيمة الولد . الثانية أن يكون في ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاء ، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء . وإذا قال الأب

لأهل السوق بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة ، فظهر أنه ابن غيره ، رجعوا عليه للغرور . وكذا لو قال بايعوا عبدي فقد أذنت له ، فبايعوه ولحقه دين ، ثم ظهر أنه عبد لغيره ، رجعوا عليه ، إن كان الأب حراً وإلا فبعد العتق^(١) . وكذا لو ظهر حراً أو مديراً أو مكاتباً . ولا بد في الرجوع من أضافته إليه والأمر بمبايعته ، كذا في السراج الوهاج . الثالثة أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وأجرة ، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثم استحققت وضمن المودع والمستأجر فأنهما يرجعان على الدافع بما ضمنه ، وكذا من كان بمعناهما . وفي عارية وهبة لا رجوع ، إذ القبض كان لنفسه ... قوله إلا في ثلاث : زاد في نور العين مسألة رابعة ، وهي ما إذا ضمن الغار صفة السلامة ، كما إذا قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن وأن أخذ مالك فأنا ضامن ، فإنه يضمن ... قوله أن يكون في ضمن عقد معاوضة : من يبيع صحيح أو فاسد ، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة ، فإن الغرور لا يثبت الرجوع فيها ... وكذا أخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لا معاوضة ... وفي البيري عن المبسوط أن الغرور في عقد المعاوضات يثبت الرجوع ، لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الاستحقاق ، فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة . قوله كبايعوا عبدي الخ : أى فيكون ضامناً للدرك فيما يثبت لهم على العبد في عقد المبايعة لحصول التغير في هذا العقد كما يأتي تقريره ، وبه اندفع ما قيل أن التغير لم يوجد في ضمن عقد المعاوضة ... قوله وهذا : أى الرجوع شرطه شيان ، أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه ، وأمرهم بمبايعته ، فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين ... قوله اشتري فأنا عبد ارتنى : صوابه بخلاف ارتنى . أى لو قال العبد اشتري فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة أى يدرى مكانه لا يرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض ، وإن

(١) انظر أيضاً البدائع ٧ ص ٢٠١ — البحر الرائق ٦ ص ١٤٤ .

كان لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع العبد على بائعه بما رجع به عليه ، وإنما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه ، بخلاف من أدى عن آخر ديننا بلا أمره . والتقييد بقوله اشترى فأنا عبد ، لأنه لو قال أنا عبد ولم يأمره بالشراء ، أو قال اشترى ولم يقل فأنا عبد ، لا يرجع عليه بشيء . ولو قال ارتنى فأنا عبد الراهن ، لم يرجع على العبد ولو الراهن غائباً في ظاهر الرواية عنهم . وعن أبي يوسف لا يرجع في البيع والرهن ، لأن الرجوع بالمعاوضة وهي المبيعة هنا أو بالكفالة ، ولم يوجد هنا بل وجد مجرد الأخبار كاذبا ، فصار كما لو قال أجنبي لشخص ذلك . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وأقراره ، فكان مغروراً من جهته ، والتغيير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعا للغرر بقدر الإمكان ، فكان بتغيره ضامناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ، كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبيدي فأني أذنت له ، ثم ظهر استحقاق العبد ، فأنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ، ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس . بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة ، بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه ، حتى جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه ، ولو كان عقد معاوضة كان استبدالا به قبل قبضه وهو حرام^(١) . وبخلاف الأجنبي فإنه لا يعبأ بقوله ، فالرجل هو الذي اغتراه مخلصاً من الفتح في أول باب الاستحقاق . قوله كما لو زوجه امرأة على أنها حرة : أي بأن كان ولياً أو وكيلاً عنها ، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها ، كما مر في عبارة الأشباه^(٢) . هذا والذي يتضح مما قدمناه عن ابن عابدين أن المقصود ، في أكثر الصور التي أوردها ، هو المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية

(١) البحر الرائق ٦ ص ١٤٥ — ويعترض الأستاذ بدر وديب على التفريق ما بين البيع والرهن في هذه المسألة (انظر كتاباته في نظرية الباعث في الفقه الحنفي ص ١٥٠-١٥٥) .
(٢) انظر أيضاً في مسألة الغرور مجمع الضمانات ص ٤٥٤ .

العقدية القائمة على أساس التغيرير القولى ، أى على مجرد الكذب .
وفى مذهب أحمد نص صريح على أن مجرد الكذب فى التعاقد قد يعد
تدليساً يوجب الخيار للعاقد المدلس عليه . فإذا كذب البائع المشتري ، وقال
له أنه أعطى فى سلعته مقدار معين ، فاعتز المشتري بقوله واشترى السلعة
متأثراً بهذا الكذب ، ثبت له خيار التدليس . جاء فى الشرح الكبير على
متن المقنع (جزء ٤ ص ٧٩) : « ولو قال البائع أعطيت هذه السلعة ما لم
يعط ، فصدقه المشتري ، ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، وللمشتري الخيار أيضاً
لأنه فى معنى النجش » .

وفى تلقى السلع أو الركبان أو الجلب — وقد مر بيانه — يغزر الملتقى
بصاحب السلعة تغريراً قولياً ، ويستغل جهله بأسعار البلد ، فيستقاه قبل أن
يقدم السوق ، ويخبره بكساد سلعته ليغبنه فى ثمنها ، فهذا الكذب يعد تدليساً
يوجب الخيار لصاحب السلعة عند الشافعى وأحمد . جاء فى المذهب (جزء ١
ص ٢٩٢) : « ويحرم تلقى الركبان ، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد
ما معهم من المتاع ليغبنهم ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ، ولأن هذا
تدليس وغرر فلم يحل . فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه فى النجش .
فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار ، لما روى أبو هريرة رضى الله
عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الجاب فن تلقاها
واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق ، ولأنه غرهم ودلس عليهم
فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعب . وأن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه
وجهان : أحدهما أن لهم الخيار للخبر ، والثانى لا خيار لهم لأنه ما غر ولا
دلس . وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التنقى ، فرأى القافلة ، فهل يجوز
أن يبتاع منهم ؟ فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه لم يقصد التلقى ، والثانى لا يجوز
لأن المنع من التلقى للبيع وهذا المعنى موجود وأن لم يقصد التلقى فلم يجر » .

التقرير عن طريق محض الكتمان :

وقد يكون محض الكتمان — وهو عمل سلبى محض — تدليسا في الفقه الإسلامى . رأينا ذلك فى بیاعات الأمانة . فالبائع مرا بحة لا یجوز له أن یكتم بیانا من شأنه أن یؤثر فى قيمة المبیع بعد أن اشتراه . فإذا حدث فى السلعة عیب ، أو اشترى نسيئة ویبیع نقداً ، أو أخذ شیئا صالحا عن دین له على آخر ویبیعه مرا بحة ، أو رقم الثوب رقما هو أكبر من الثمن ، أو كان قد نقد فى ثمنها درهما زائفا تجوزه عنه من باع منه ، أو كان قد زوج الجارية التى یبیعها مرا بحة ، فقد قدمنا أن علیه أن یبین كل ذلك للمشتري منه مرا بحة وأن كتمان شیء من ذلك يعد تدلیسا یثبت للمشتري الخيار . فبیاعات الأمانة إذن تقتضى أمرین : عدم الكذب فى بیان الثمن الأصلی ، وعدم الكتمان فيما یلابس الثمن أو السلعة . وكل من الكذب والكتمان يعد فى هذه البیاعات خیانة وتدلیسا .

وفى غیر بیاعات الأمانة — أى فى بیع الماكسة والمساومة — قد يكون الكتمان أيضاً تدلیسا . وأظهر ما يكون ذلك إذا عمد البائع إلى إخفاء العیب فى المبیع بأن كتمه عن المشتري ولم یبينه . فالخفية يعدون هذا الكتمان حراماً ، والمالكية یصرحون بأنه تدلیس ، والشافعية والحنابلة یعتبرونه غشاً كالتصرية .

ففى المذهب الحنفی ، جاء فى الزیلعی (جزء ٤ ص ٣١) : « ولكون السلامة كالمشروطة فى العقد ، لا یحل له أن یبیع المعیب حتى یبین عیبه ، لقوله علیه السلام لا یحل لمسلم باع من أخیه بیعاً وفيه عیب إلا یبینه له ، رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه . ومرو علیه السلام برجل یبیع طعاماً فأدخل یده فیہ ، فإذا هو مبلول ، فقال من غشنا فلیس منا ، رواه مسلم وغيره . وكتب علیه السلام کتاباً بعد ما باع فقال فیہ : هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله صلى الله علیه وسلم اشترى منه عبداً أو أمة لاداء

ولا غائلة ولا خبيثة ، بيع المسلم للمسلم ، رواه ابن ماجة والترمذى . ويقول الشلبى فى حاشيته تعقيباً على ما تقدم : « بيع المسلم للمسلم ... وليس فى ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع غير المسلم جاز له أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غبنا ، وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة » . وجاء فى البحر الرائق (جزء ٦ ص ٣٥) : « كتمان عيب السلعة حرام ، وفى البزاية وفى الفتاوى إذا باع سلعة معينة عليه البيان . وإن لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته وقيده فى الخلاصة بأن يعلم به » . ويقول ابن عابدين فى حاشيته على البحر الرائق تعقيباً على ما تقدم : « لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشتري حقيقة الحال ، لأن المشتري لو اطلع على ذلك لم يشتريه منه فى الغالب ، وكل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم ، وقد قال صلى الله تعالى عليه وسلم من غش أمى فليس منى ... وقواعدنا لا تأباه . وضابط الغش المحرم أن يشتمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه ، فكل ما كان كذلك يكون غشاً ، وكل ما لا يكون كذلك لا يكون غشاً محرماً ، ذكره فى الفتاوى المذكورة ، ولا مانع منه عندنا » .

وفى المذهب المالكى ، جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) : « لا يجوز الغش فى المراجعة ولا غيرها ، ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري أو ما يقلل رغبته فيها » . وجاء فى الشرح الصغير للرددير (هامش الصاوى جزء ٢ ص ٥٣ — ص ٥٤) : « وعلى البائع لشيء وجوباً بيان ما علمه من عيب سلعته ، قل أو كثر . . . وعليه تفصيله (أى العيب) أو أراءته له (أى للمشتري) إن كان يرى كالعور والكي . ولا يحمله ، أى لا يجوز له إجمال العيب ، أى يحمل فى الجنس الصادق على أفرادهم ولم يعين الغرر القائم به ، كهو معيب ولم يعين العيب ، أو هو سارق أو يابق ولم يبين المكان الذى يابق إليه ولا ما الذى يسرقه ، أو يقول هو ثوب مريض ولم يعين ما هو المرض ، ونحو ذلك .

ومن الإجمال أن يذكر العيب الذي هو به وغيره مما ليس فيه ، بأن يقول هو زان سارق مع أنه فيه أحد العيبين فقط ، لأن المشتري ربما علم سلامته مما ليس فيه فيظن سلامته من الآخر . وإلا ، بأن أجمل ، فدلس ، ويرد المبيع بما وجدته فيه . ويسمى إخفاء العيب التدليس بالعيب . وإذا كتم البائع عيباً في المبيع ، فيثبت للمشتري خيار التدليس مع وجود خيار العيب ، فقد تكون هناك فائدة من قيام خيار التدليس فيما إذا سقط خيار العيب أو كان العيب مما لا يرد المبيع به .

وفي المذهب الشافعي ، جاء في المذهب (جزء أول ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) : « ومن ملك عيباً ، وعلم بها عيباً ، لم يحز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له . فإن علم غير المالك بالعيب ، لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه ، لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع ، فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر ، فقال هل بين لك ما فيها ، قلت وما فيها أنها لسمينة ظاهرة الصحة ، فقال أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً ، قلت أردت عليها الحج ، قال إن بخفها نقباً . قال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا أن تفسد عليّ ، قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه . فإن باع ولم يبين العيب صح البيع ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية . ويستخلص من ذلك أن البيع يصح ، ولكن يثبت فيه خيار التدليس ، كما ثبت في التدليس بالتصرية .

وفي مذهب أحمد ، جاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٨٤ — ص ٨٥) : « ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها ، لقوله عليه السلام : من غشنا فليس منا . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال عليه الصلاة والسلام : المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً

إلا بينه . رواه ابن ماجة . فإن فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي ، بدليل حديث التصرية فإن النبي صلى الله عليه وسلم صححه مع نهيه عنه . وقال أبو بكر إن دلس العيب فالبيع باطل ، لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد . فقليل له ما تقول في التصرية ؟ فلم يذكر جواباً ، فدل على رجوعه . . ويؤخذ من ذلك أن الصحيح هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصرية ، فيكون البيع صحيحاً ، ولكن ثبت فيه للمشتري الخيار (١) .

التدليس الصادر من الغير :

والفقه الإسلامي ، كالفقه الغربي ، يعتد بالتدليس حتى لو صدر من الغير ، ما دام هذا الغير متواطئاً مع العاقد الذي يفيد من التدليس . وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة للتدليس الصادر من الغير . من ذلك الناجش . فهو رجل يتواطئ مع صاحب سلعة يبيعها في المزايدة ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها . فالمشتري الذي اشترى السلعة بأكثر من قيمتها يكون بذلك قد دلس عليه ، والمدلس ليس هو البائع ، بل هو أجنبي متواطئ مع البائع ، وهو الناجش . وفي مذهب أحمد لا يشترط تواطؤ البائع مع الناجش ، ولكن التواطؤ مشروط في مذهب مالك والشافعي . جاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٧٩) : « لكن إن كان في البيع (مع النجش) غبن لم تجز العادة بمثله ، فالمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء كما في تلقى الركبان . فإن كان يتغابن بمثله ، فلا خيار له . وسواء

(١) وجاء في القواعد لابن رجب (القاعد الثالثة والثلاثون ص ٤١ — ص ٤٢) : « بيع الدار المؤجرة تصح ، وسواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم ، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد . وقال في رواية الميموني ليس له أن يبيعها حتى يبين : فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول المنافع وهي الآن ملك غيره . فيشبه نفرق الصفقة . ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه تدليس وتغيرير » .
فإنها تعتبر كتمان حق يثقل العين المبيعة ، ككتمان العيب ، تدليساً وتغيريراً .

كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعليه فلا خيار . واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه . فقال بعضهم لا خيار للمشتري لأن التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته . ولنا أنه تغرير بالعاقبة ، فإذا غبن ثبت له الخيار ، كما في تلقى الركبان .

ومن ذلك أيضاً الغرور . وقد قدمنا أن الرجل إذا قال للناس هذا عبدي أو ابني فباعوه فقد أذنت له ، ثم ظهر حراً أو ابن الغير ، رجعوا على الغار . فالتدليس هنا صدر من أجنبي عن العقد . كذلك إذا باع رجل من رجل عبداً ، وقال العبد للمشتري اشترني فأنا عبد ، ثم ظهر حراً ، جاز للمشتري الرجوع على البائع ، فإن كان غائباً غيبة غير معروفة ، رجع المشتري على الغار وهو العبد الذي ظهر حراً ، ويرجع الغار بعد ذلك على البائع . فهذا أيضاً تدليس صدر من أجنبي عن العقد . وكذا لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحققت ، رجع الزوج على الغار — ويكون عادة وكيل الزوجة أو وليها — بقيمة الولد المستحق . فهذا أيضاً صدر التدليس من الغير .

وهناك مثل للتدليس الصادر من الغير هو التدليس الصادر من الدلال . والدلال ليس غريباً عن العقد ، فهو أمين البائع . وما يصدر منه من تدليس يثبت الخيار للمشتري ، كالتدليس الصادر من البائع نفسه . وهناك محل لافتراض أن البائع متواطئ مع الدلال في التدليس ، أو أنه عالم بهذا التدليس أو يستطيع أن يعلم به . والدلال على كل حال إنما يدلس سعياً وراء مصلحة البائع ، فيجب أن يحمل البائع تبعه هذا التدليس ، ومن ثم يثبت خيار التدليس للمشتري . وقد جاء في صدر المادة ٥٤٥ من مرشد الخيران : « لا رد بغبن فاحش في البيع ، إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال » .

وجاء في رد المحتار (ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٤٦) : « إن غره ، أى غر المشتري البائع أو بالعكس ، أو غره الدلال ، فله الرد » . ويقول ابن عابدين معقبات على ما تقدم : « قوله أو غره الدلال : قال الرملي مفهومه

أنه لو غره رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد . وبقي ما لو غر المشتري البائع في العقار ، فأخذه الشفيع ، هل للبائع أن يسترد منه ؟ ينبغي عدمه لأنه لم يغره وإنما غره المشتري . ويؤخذ على هذا القول أن للبائع الفسخ والاسترداد من المشتري ، فيزول البيع الذي أخذ فيه بالشفعة .

ونقل ابن عابدين (جزء ٤ ص ٢٤٧) عن البحر الرائق (جزء ٦ ص ١١٥ — ص ١١٦) مثلاً لتدليس الدلال على الوجه الآتي : « قال الغزال لا معرفة لي بالغزل ، فأتني بغزل أشتريه . فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ، ولم يعلم به المشتري . فجعل نفسه دلالاً بينهما ، اشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل . وصرف المشتري بعضه إلى حاجته . ثم علم بالغبن وبما صنع . فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن . قال رضى الله عنه : والصواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف في حاجته ويسترد جميع الثمن ، كمن اشترى بيتاً مملوءاً من بر ، فإذا فيه دكان عظيم ، فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شيء منه ، وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن ، كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى . » وتوضيحاً لهذا المثل جاء في الهامش ما يأتي : « قوله فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ، أى بغزل مملوك لهذا الغزال . وحاصله أن الغزال دفع غزله لرجل ، ثم جعل نفسه دلالاً بين الطالب والرجل ، واشترى للطالب الغزل من الرجل بزيادة . ثم تصرف المشتري ، أى من له الشراء حقيقة ، في بعض الغزل ، ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تغريراً للطالب اهـ . » وفي هذا المثل نرى أن البيع انعقد بين الطالب ومن تقدم بالغزل ، وجعل صاحب الغزل نفسه دلالاً بينهما ، ودلس على المشتري حتى حمله أن يشتري الغزل بأكثر من القيمة . فالدلال هنا أكثر من مجرد وسيط ، فهو صاحب الغزل نفسه ، واستطاع على هذا الوجه أن يدلس على المشتري ، ومن ثم كان للمشتري أن يرد ما بقي عنده من الغزل ومثل ما صرف في حاجته ويسترد جميع الثمن ، فقد ثبت له خيار التدليس

وبه يفسخ البيع^(١).

المبحث الثالث

الإكراه

المطلب الأول

الإكراه في الفقه الغربي

مهمته :

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . ولا يعدم الإكراه الإرادة ، ولكن يفسدها . ذلك أن الذي وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة محتارة . وإنما يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المسكره بيد المسكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . وفي الحالة الأولى — حالة فساد الإرادة — يكون العقد قابلاً للإبطال ، أما في الحالة الثانية — حالة انعدام الإرادة — فإن العقد يكون باطلاً .

(١) ونقل هنا نصوص التقنين المدني العراقي في التدليس كما نقلناها في الغلط ، وانفس السبب : م ١٢١ — ١ . إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر ، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً ، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنقّل دعوى التغيرير لوارثه . ٢ . ويعتبر تقريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التجزئ فيها عن الشبهة بالبيان ، كالحيانة في المراجحة والتولية والإشراك والوضيعة — م ١٢٢ — إذا صدر التغيرير من غير العاقدين فلا يتوقف العقد ، إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت إبرام العقد — م ١٢٣ . يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير ، أو أصابه غبن فاحش وكان التغيرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به ، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ، ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال .

ولالإكراه — كما للتدليس — ناحيتان . ناحية ينظر فيها إلى الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فيؤثر في صحة العقد . وناحية أخرى ينظر فيها الإكراه كعمل غير مشروع صدر من المكره يستوجب مسؤوليته ، فيكون ملتزماً بالتعويض لمن وقع عليه الإكراه .

نصوص التقنينات المصرية العربية :

ونصوص التقنينات المدنية العربية في الإكراه متماثلة . إلا أن التقنين المدني العراقي قد وفق في نصوصه بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي ، وسنورد هذه النصوص بعد إيراد أحكام الفقه الإسلامي في الإكراه . وقد نص التقنين المدني المصري في المادة ١٢٧ منه على ما يأتي :

- ١ — « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » .
- ٢ — « وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .
- ٣ — « ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه » .

ونص في المادة ١٢٨ منه على ما يأتي :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس المتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه » .

وتطابق نصوص التقنين المدني السوري في الإكراه نصوص التقنين المدني المصري : انظر المادتين ١٢٨ و ١٢٩ من التقنين المدني السوري . وكذلك نصوص التقنين المدني الليبي : انظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من هذا التقنين .

وتنص المادة ٢١٠ من تقنين الالتزامات البناني على ما يأتي : « باطل كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جثماني أو عن تهديد موجه على شخص المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله أو فروعه . ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد . على أنه يجوز في الحالتين الأخيرتين أن يلزم المكره الراغب في التلصص من العقد بأداء التعويض إلى الفريق الآخر إذا كان هذا الفريق حسن النية . ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الأنصاف » . وتنص المادة ٢١١ على « أن الخوف لا يفسد الرضا إلا إذا كان هو الحامل عليه . ولوقوف على ما هيته وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكره (كالنظر إلى سنه أو إلى كونه امرأة أو رجلاً وإلى درجة تعليمه ومنزلته الاجتماعية) . وتنص المادة ٢١٢ على « أن الخوف الناشئ عن احترام الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول لا يكفي لأفساد العقد . وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً أي أن يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب » .

عناصر الإكراه :

ويتبين من هذه النصوص أن للإكراه — كما للتدليس — عنصرين : (أولاً) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . (ثانياً) رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي . ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة ، سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

وتستعرض كلا من هذين العنصرين ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه .

استعمال وسائل الإكراه نهى بخطر جسم محرم :

لابد من استعمال وسائل الإكراه تقع على الحس أو على النفس ، فتهدد من وقع عليه الإكراه ، هو أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسم محرم بالنفس أو بالمال .

وقد يقع الإكراه على الجسم ، كالضرب والأذى ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسى . وهو نادر الوقوع فى الأوساط المتحضرة . وأغلب ما يقع الإكراه على النفس ، فيكون تهديداً بإيقاع الأذى دون إيقاعه بالفعل ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسى .

والإكراه النفسى هو الذى يقع فى نفس المتعاقد المكروه أن خطراً جسيماً يحقق بنفسه أو بماله .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً : والعبرة فى جسامته بالخطر بحالة المكروه لا بوسائل الإكراه ذاتها ، فقد تقع الرهبة فى نفس المتعاقد بوسائل ساذجة لا تجوز على كثير من الناس . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق « التعزيم » ، أو هددته بأن له قدرة على « الربط والحل » ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً فى الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محققاً : فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه بحيث يتمكن المتعاقد من اتخاذ الحيطة ، فإن هذا التهديد لا يكون من شأنه إفساد الإرادة . على أن العبرة هنا أيضاً بحالة المكروه النفسية ، فقد تقع فى نفسه الرهبة التى تفسد إرادته ولو كان التهديد بخطر متراخ ، فالخطر يكون محققاً إذا كانت الرهبة حالة فى النفس ولو تراخى الخطر .

والخطر إما أن يهدد المتعاقد فى نفسه أو جسمه ، كخطر يهدد حياته أو سلامة أعضائه أو ألم نفسى ينزل به . وإما أن يهدد شرفه واعتباره بين الناس ، كما إذا كان تاجراً فهدد بالتشهير بسوء حالته المالية أو كان رجلاً

ذا مكانة فهدد بالنيل من كرامته . وإما أن يهدد ماله ، كما إذا هدد في مزرعته بالإتلاف أو في داره بالحريق .

وقد يهدد الخطر غير المتعاقد ، على أن يكون شخصاً أثراً عنده . فالزوج والزوجة والخطيب والخطيبة والأولاد والآباء والأقارب والأصدقاء ، يكون فيهم عادة من يعزم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر بما يهددهم من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير هذه الرهبة . وينظر القاضى في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر . وكثيراً ما يعتمد المجرمون إلى خطف الأولاد ويهددون ذويهم بالخلق الأذى بأولادهم إن لم يفتدوهم بالمال ، فهذا التهديد يكفي لتحقيق الإكراه . وقد يكون الغير الذى وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذى صدر عنه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالاتحار عزيزاً عند المهدد ، بأن كان ولده مثلاً .

والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، فتهديد شخص بقتله أو يدفع مالا وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تكون الوسائل مشروعة وتستعمل للوصول إلى غرض غير مشروع ، فيتحقق الإكراه . مثل ذلك أن يفاجئ شخص آخر متلبساً بجريمة ، فيستغل هذا الظرف ويضطره إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه . وقد تكون الوسائل غير مشروعة ، ولكنها تستعمل للوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلاً مدة من الزمن بالنشهر به عند خطيبته له إذا لم يمض لها التزاماً يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها ، وكما إذا حصل شخص بطريق التهديد على سند مثبت لحقه أو على ضمان لهذا الحق ، فما دام الشخص الذى يستعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه فإن العقد لا يبطل للإكراه . ومن باب أولى لا يبطل العقد للإكراه إذا استعملت وسائل مشروعة للوصول إلى غرض مشروع ، كالدائن يهدد المدين بالتشفيذ على ماله إذا لم يعطه تأمناً

على عين بالذات ، وكلمودع يهدد المودع عنده بتقديم بلاغ إلى النيابة العامة
يتمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من المال ، وكلزوجة
تهدد زوجها بأن تحبسه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه . على أن الواقع
من الأمر أننا إذا نظرنا إلى الإكراه من حيث أنه يعيب الإرادة — لا من
حيث أنه عمل غير مشروع — رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله
مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه
مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على
الإرادة ويعيبها . لذلك يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، القول بإبطال
العقد في الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة ولو للوصول
إلى غرض مشروع . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من هاتين
الصورتين ، فإن المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إذا استعمل حقه في إبطال
العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر
هذا تعسفاً في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب
التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيمنع المتعاقد الذي وقع عليه
الإكراه من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في
الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس
من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ،
سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، فلا كراه متحقق
والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد الذي وقع
عليه الإكراه حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذي
يراد منه أن يحققه غرض غير مشروع — أنه متعسف في استعمال هذا الحق .
والشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر ، كنفوذ
الأب على ولده ، والزوج على زوجته ، والوصي على القاصر ، والرئيس
على المرؤوس ، لا يكون وسيلة للإكراه إلا إذا قصد به الوصول إلى غرض
غير مشروع . وقد قضى بإبطال تصرف صدر من امرأة متدنية ، وتجردت

بمقتضاه عن أموالها من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لجلها عليه . فإذا كان النفوذ الأدبي قد قصد به الوصول إلى غرض مشروع ، فإنه لا يعد إكراهاً . كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه . على أن بعض هذه العقود قد تقوم على الاستغلال ، كما إذا استغلت زوجة جديدة مكاتها في نفس زوجها ليؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها . ففي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستغلال والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الحالة الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كآب أو رئيس ، استعمل نفوذه الأدبي ، أما الحالة الثانية فلا يشترط فيها أن يكون الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير فقد يكون زوجة أو ولداً للتصرف .

رهبنة تحمل على التعاقب :

ويجب حتى يتحقق الإكراه أن يكون قد بعث في نفس المتعاقد رهبنة ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية فيما أراد ، وأن تكون هذه الرهبنة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه . فالرهبنة إذن تكون قد أفسدت إرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، وإليها ترد سائر مسائل الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محدقاً ، إنما هو المظهر المادي للرهبنة التي انبعثت في نفس المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسم المحقق مقصوداً لذاته ،

بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس ، وأن تكون هذم الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد .

ولا بد في تقدير الرهبة التي تحمل على التعاقد من النظر إلى حالة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه والظروف التي أحاطت به . فيراعى في ذلك جنس من وقع عليه الإكراه ، وسنه ، وحالته الصحية ، وحالته العقلية ، وحالته الاجتماعية . فالأثني غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوى . والشاب القوى غير الهرم البالي . والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والعصبي المندفع غير المعتدل الهادئ المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكي .

ويجب الاعتداد أيضاً ، إلى جانب الحالة الشخصية ، بالظروف والملابسات . فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ، ولا يحدثه وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقعاً في نفسه ليلاً منه نهاراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكيف جسامته الخطر في نفس المتعاقد . وقد قصت محكمة النقض بأن جسامته الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه . فمعيار الإكراه إذن معيار ذاتي ، شأنه في ذلك شأن معيار الغلط ومعيار التدليس .

الجهة التي صدر منها الإكراه :

الإكراه ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من أجنبي عن العقد ، يفسد الإرادة ، فإذا صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه . أما إذا صدر من أجنبي ، فيشترط لإبطال العقد أن يثبت المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من

المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به ، واختار المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الإرادة فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر .

وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الاستفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد . مثل ذلك أن يتقدم شخص لانقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك ، ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وأن يتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه . فإدامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها . فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجي واستغله فالعقد قابل للإبطال . وعلى النقيض من ذلك يتنفي الإكراه إذا لم يحاول الدائن أن يستغل المتعاقد معه ، بل يقتصر على إنقاذه في مقابل منفعة معقولة . ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو اعتقد هذا المتعاقد أن الدائن قد استغله ، ما دام الدائن كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يهدد المتعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية جراحية خطيرة ، وتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً من المال

ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد أبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض في هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً . هذا ويلاحظ أن استغلال الخطر الذي يهدد المتعاقد لا يترزأ أجر باهظ منه قد تضيق به قواعد استغلال كما وردت في نصوص التقنين المدني المصري ، فهذه لا تنطبق إلا إذا استغل في المتعاقد طيشه البين أو هواه الجامح ، أما استغلال الحاجة الملحة فقد حذف من النص . فيبقى إذن من المفيد أن نعتبر استغلال الخطر الذي يهدد المتعاقد صورة من صور الإكراه ، حتى يتمكن هذا المتعاقد من إبطال العقد للإكراه في حالة لا يتمكن فيها من إبطاله أو إنقاذه للاستغلال^(١) .

المطلب الثاني

الإكراه في الفقه الإسلامي

بروز الإكراه عن سائر عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي :

يبرز الإكراه بروزاً واضحاً في الفقه الإسلامي ، ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة . ذلك بأن الإكراه ، كما قدمنا ، أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية ، بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة وليست وسائل معنوية خفية . فاستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الإرادة الحقيقية ، لا سيما إذا كان الإكراه واقعاً من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر كما هو الغالب .

(١) أنظر في كل ما تقدم الوسيط جزء أول ص ٣٣٤ — ص ٣٥٥ .

والمذهب الحنفي هنا في عيب الاكراه — خلافاً لما رأيناه عليه في عيب الغلط والتدليس — أكثر المذاهب عناية بتقرير مسائل الاكراه وبسطها مسبهة مفصلة ، حتى أنه ليجمع شتاتها في باب مستقل يتميز عن سائر أبواب الفقه . فالاكراه هو العيب الوحيد من عيوب الارادة الذي يجرّد المذهب الحنفي أحكامه ، فلا يجعلها تتصل بعقد أو تصرف بالذات ، ولكن يتناول بها جميع التصرفات ، لا التصرفات القولية فحسب بل والتصرفات الفعلية أيضاً ، أي يعممها فتشمل جميع مصادر الحقوق من تصرفات قانونية ووقائع مادية كما سنرى . ويعني علم أصول الفقه أيضاً بالاكراه فيعقد له باباً خاصاً .

ويقول السرخسي في المبسوط (جزء ٢٤ ص ٤٠) أن محمداً رحمه الله عني بوضع كتاب في الاكراه خاصة وقد ابتلى « بسبب تصنيف هذا الكتاب ، على ما حكى عن ابن سماعة رحمه الله قال : لما صنف محمد رحمه الله هذا الكتاب ، سعى به بعض حساده إلى الخليفة ، فقال أنه صنف كتاباً سماك فيه لصاً غالباً . فاعتاظ لذلك ، وأمر بإحضاره . وأتاه الشخص وأنا معه ، فأدخله على الوزير أولاً في حجرته . فجعل الوزير يعاتبه على ذلك ، فأنكره محمد أصلاً . فلما علمت السبب ، أسرع الرجوع إلى داره ، وتسورت حائط بعض الجيران ، لأنهم كانوا سمروا على بابه . فدخلت داره ، وفتشت الكتب ، حتى وجدت كتاب الاكراه ، فالتقيته في جب في الدار ، لأن الشرط أحاطوا بالدار قبل خروجي منها ، فلم يمكني أن أخرج ، واختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه إلى دار الخليفة بأمر الوزير وفتشوها ، فلم يجدوا شيئاً مما ذكره الساعى لهم . فندم الخليفة على ما صنع به ، واعتذر إليه ، ورده بجميل . فلما كان بعد أيام أراد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب ، فلم يجبه خاطره إلى مراده ، فجعل يتأسف على ما فاتته من هذا الكتاب . ثم أمر بعض وكلائه أن يأتي بعامل ينقى البئر ، لأن ماءها قد تغير . فلما نزل العامل في البئر ، وجد الكتاب في آجرة أو حجر بناء من طي البئر لم يبتل ، فسر محمد رحمه الله بذلك . وكان

يخفي الكتاب زماناً ، ثم أظهره . فعد هذا من مناقب محمد ، وما يستدل به على صحة تفريعه لمسائل هذا الكتاب ، (١) .

والفقه الإسلامى عند ما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويفيض فى تفصيلاتها ، حتى أنه ليميز عن الفقه الغربى ، فى هذه النظرية ، فى أمور ثلاثة :

(أولاً) عندما ينظر الفقه الإسلامى إلى الإكراه كعيب فى الإرادة ، يجعل — فى المذهبين الحنفى والشافعى — الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى . فقد رأينا أن كلا من الغلط والتدليس لا يمنع من صحة العقد ، وإنما يجعل العقد غير لازم فيكون للعاقد الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه . أما فى الإكراه فالمذهب الحنفى ، فى تحديد الجزاء عليه ، يتردد بين فساد العقد وتوقفه وكلاهما أشد من عدم الزوم ، وظاهر المذهب فساد العقد لا توقفه . والمذهب الشافعى يجعل جزاء الإكراه البطالان . على أن مذهب مالك يجعل جزاء الإكراه عدم لزوم العقد ، فيستوى الإكراه فى ذلك مع سائر عيوب الإرادة .

(ثانياً) وعند ما ينظر الفقه الإسلامى إلى الإكراه كعمل غير مشروع ، يقف طويلاً عند ذلك ، ويفصل كيف يرجع العاقد الذى وقع عليه الإكراه على المكروه بالضمان جزاء إكراهه .

(ثالثاً) ولا يقتصر الفقه الإسلامى على هاتين الناحيتين ، بل هو يجاوز بالإكراه منطقة العقود والتصرفات ، فتندمج فيه نظريات مختلفة يعالجها

(١) سقنا هذه القصة لنبين كيف أن القانون العام ، فى مسائل الحكم والإدارة ، لم يرق فى الفقه الإسلامى رقى القانون الخاص . فقد كان الفقهاء يخشون بأس الفقهاء والسلطين لو أنهم عرضوا لمثل هذه المسائل الشائكة ، حتى قيل أن الماوردى لم يذع كتابه فى الأحكام السلطانية طيلة حياته ، وأوصى ألا يذاع إلا بعد موته . ويسكنى أن التصنيف فى مسألة الإكراه — مع بعدها عن مسائل الحكم — كانت سبباً فى هذا البلاء الذى أصاب محمداً رحمه الله . وكان الإكراه أيضاً — عند ما حدث مالك بحديث « ليس على مستكره طلاق » — سبباً فى محنة مالك رحمه الله .

الفقه الغربي في نواحٍ أخرى : تندمج فيه نظرية العمل غير المشروع ، ونظرية الضرورة ، ونظرية الدفاع الشرعي ، ونظرية الوديعة الاضطرارية ، ونظرية الصورية في بيع التلجئة ، ونظرية السبب الأجنبي ، وغير ذلك من النظريات التي لا نعرض لها هنا لخروجها عن نطاق هذا البحث .

وسنجرى في بسط مسائل الإكراه في الفقه الإسلامي — في النطاق الذي رسمناه — على الترتيب الذي رأيناه في الفقه الغربي ، فنستعرض المسائل الآتية :

- (١) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق .
- (٢) هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع ، وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبي .
- (٣) الرهبة التي تحمل على التعاقد .
- (٤) الجهة التي يصدر منها الإكراه .
- (٥) ونضيف مسألة خامسة ، هي حكم الإكراه ، فقد قدمنا أن هذا الحكم يختلف باختلاف المذاهب .

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق :

الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه^(١) . وجاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ٣٨ — ٣٩) : « الإكراه إسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب ، لأن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ... ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار بالإكراه ، وكيف ينعدم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه » . ونرى من ذلك أن الإكراه يعدم الرضاء ويبقى الاختيار ، فإن الإنسان يكون مختاراً لأخف الضررين دون أن يكون راضياً بأيهما . والاختيار هو القصد إلى

(١) فتح الغفار جزء ٣ ص ١١٩ .

مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر ، فإن استقل الفاعل في قصده فاخياره صحيح ، وإلا ففساد . والرضا يكون منعماً دائماً مع الإكراه . أما الاختيار فيكون فاسداً في الإكراه الملجئ وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو ، ويبقى صحيحاً في الإكراه غير الملجئ وهو الإكراه بالقيء أو الحبس مدة طويلة أو بالضرب الذي لا يخشى منه على النفس أو العضو (أنظر فتح الغفار جزء ٣ ص ١١٩) .

ويسمى الكاساني الإكراه الملجئ بالإكراه التام ، والإكراه غير الملجئ بالإكراه الناقص . جاء في البدائع (جزء ٧ ص ١٧٥) دوام بيان أنواع الإكراه فنقول أنه نوعان . نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو ، قل الضرب أو كثر ، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وأنه غير شديد لأن المحول عليه تحقق الضرورة فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد . وهذا النوع يسمى إكراها تاماً . ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار ، وهو الحبس والقيء والضرب الذي لا يخاف منه التلف ، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاعتناء البين من هذه الأشياء ، أعني الحبس والقيء والضرب . وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراها ناقصاً . وجاء في التوضيح (جزء ٢ ص ١٩٦) « الإكراه ... وهو إما ملجئ بأن يكون بفوات النفس أو العضو ، وهذا معدوم للرضا ومفسد للاختيار . وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب ، وهذا معدوم للرضا غير مفسد للاختيار »^(١) . وجاء في التلويح شرحاً لما تقدم : « الإكراه وهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا

(١) فالإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين ، الاختيار والرضا . فإذا انعدم الإرادة ، انعدم العنصران معاً ، كما رأينا ذلك في الفقه الغربي عند انعدام الإرادة بالإكراه . وإذا فسدت الإرادة — كما رأينا ذلك أيضاً في الفقه الغربي — فمعنى ذلك في الفقه الإسلامي أن عنصر الرضا منعدم ، ويبقى عنصر الاختيار ، فاسداً في الإكراه الملجئ وصحيحاً في الإكراه غير الملجئ .

يختار مباشرة لو خلى ونفسه ، فيكون معدماً للرضا لا للاختيار ، إذ الفعل يصدر عنه باختياره . لكنه قد يفسد الاختيار ، بأن يجعله مستنداً إلى اختيار آخر ، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلاً في قصده . وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بتزجيح أحد جانبيه على الآخر ، فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح ، وإلا ففاسد . وبهذا الاعتبار يكون الاكراه إما مائلاً بأن يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو ، وإما غير ملجئ بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو . (أنظر أيضاً المادتين ٢٨٥ - ٢٨٦ من مرشد الحيران والمادتين ١٠٠٦ - ١٠٠٧ من المجلة) .

والفرق بين الاكراه الملجئ والاكراه غير الملجئ أن الأول ، وهو أشد جساماً من الثاني ، يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية جميعاً أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذراً يعفى من المسؤولية عن الثانية . أما الاكراه غير الملجئ فيقتصر على التأثير في صحة التصرفات القولية ، ولا يصلح عذراً يعفى من المسؤولية عن التصرفات الفعلية لأنه لم يبلغ حد الجسامه الواجب لذلك ولكن لما كان كل من النوعين يعدم الرضاء ، ويفسد التصرف القانوني ، فإن إطلاق الاكراه دون تخصيص ينصرف إلى الملجئ وغير الملجئ .

ويجب أن يكون الاكراه جسيماً ، حتى فيما كان منه غير ملجئ . وجسامه الاكراه في الفقه الاسلامي ، كما هو في الفقه الغربي ، أمر نسبي يتوقف على حالة الشخص الذي يقع عليه الاكراه . فضعيف الجسم لا يحتمل ما يحتمله القوى . ثم أن هناك علاقة وثيقة ما بين الوسيلة التي تستعمل للاكراه والعمل الذي يراد الاكراه على إتيانه ، إذ يجب أن يتناسب هذا العمل مع تلك الوسيلة . والاكراه لا يتحقق إلا إذا كان الانسان يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه . فلو هدد شخص بالضرب سوطاً أو سوطين أو بالحبس مدة قصيرة لاجباره على إمضاء التزام باهظ . لوجب أن

يحتمل هذا الضغط الهين ويمتنع عن إمضاء الالتزام الباهظ إذ لا تناسب بين الاثنين ، وهذا ما لم يكن ضعيف الجسم إلى حد أنه لا يحتمل هذا الألم الخفيف . ويقول المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥٠) في هذا المعنى : « وقد بلغنا عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : ما من كلام أتكلم به يدرأ عني ضربتين بسوط غير ذى سلطان إلا كنت متكلماً به . وإنما نضع هذا على الرخصة فيما فيه الألم الشديد ، وإن كان من سوطين . فإما أن نقول السوطان اللذان لا يخاف منهما تلف يوجبان الرخصة له في إجراء كلية الشرك ، فهذا مما لا يجوز أن يظن بعبد الله رضى الله عنه . وأما تصرف هذا اللفظ منه على سبيل المثل ، فليبان الرخصة عند خوف التلف . وقيل السوطان في حقه كان يخاف منهما التلف لضعف نفسه ، فقد كان بهذه الصفة على ما روى أنه صعد شجرة يوماً ، فضحكت الصحابة رضى الله عنهم من دفة ساقيه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تضحكوا فهما ثقيلان في الميزان » . ويقول أيضاً (جزء ٢٤ ص ٦٨) : « ولو قال لتقطع يد نفسك أو لأقطعنها ، أنه لم يسعه قطعها ، لأنه ليس بمكره ، فالمكره من ينجو عما هدد به بالإقدام على ما طلب منه . وهنا في الجانبين عليه ضرر قطع اليد ، وإذا امتنع صارت يده مقطوعة بفعل المكره ، وإذا أقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه . وهو يتيقن بما يفعله بنفسه ، ولا يتيقن بما هدد به المكره ، فربما يخوفه بما لا يحققه . فلهذا لا يسعه قطعها ، ولو قطعها لم يكن على الذى أكرهه شئ » ، لأن نسبة الفعل إلى المكره عند تحقق الإكراه . والإكراه إن يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه ، وذلك لا يوجد هنا . ويقول كذلك (جزء ٢٤ ص ١٥١ — ص ١٥٤) : « وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل ، وهو يعلم أن ذلك يسعه ، كان آثماً ... فإن كان لا يعلم أن ذلك يسعه ، رجوت ألا يكون آثماً ، لأنه قصد به التحرز عن ارتكاب الحرام في زعمه ... ثم ذكر في فصل الإكراه على الكافر أنه إذا امتنع من ذلك حتى قتل لم يكن آثماً ، وقد بينا أنه مأجور فيه ... وحديث خبيب رضى الله عنه معروف ...

أن إجراء كلمة الشرك في هذه الحالة رخصة له ، والامتناع هو العزيمة ، فإن ترخص بالرخصة وسعه ، وإن تمسك بالعزيمة كان أفضل له ... ولو أن رجلاً وجب عليه أمر بمعروف أو نهى عن منكر ، يخاف إن فعل أن يقتل وسعه ألا يفعل ، وإن فعل فقتل كان مأجوراً . وحديث خبيب المشار إليه هنا ، يفصله المبسوط هو وحديث عمار بن ياسر في موضع آخر (جزء ٢٤ ص ٤٣ — ص ٤٤) على الوجه الآتى : « أخذ المشركون عمار بن ياسر رضى الله عنه ، فلم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ، ثم تركوه . فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال عليه الصلاة والسلام ما وراءك ، قال شر ، ما تركوني حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير . قال عليه الصلاة والسلام فكيف تجد قلبك ، قال أجده مطمئناً . قال عليه الصلاة والسلام : إن عادوا فعد ... ولكن مراده عليه الصلاة والسلام : إن عادوا إلى الإكراه ، فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان . وهذا لأن التكلم وإن كان يرخص له فيه ، فالامتناع منه أفضل . ألا ترى أن خبيب بن عدى رضى الله عنه لما امتنع حتى قتل ، سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء ، وقال هو رفيق في الجنة . وقصته أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة ، فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويستب محمد صلى الله عليه وسلم ، وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير : فأجمعوا على قتله . فلما أيقن أنهم قاتلوه ، سألهم أن يدعوه ليصلى ركعتين . فأوجز صلاته ، ثم قال إنما أوجزت لكيلا تظنوا أنى أخاف القتل . ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون هو ساجداً لله حين يقتلونه ، فأبوا عليه ذلك ... فلما قتلوه وصلبوه ، تحول وجهه إلى القبلة » .

ونرى من ذلك أن الإكراه في الفقه الإسلامى أمر نسبي . فيجوز للإنسان أن يقدم على القليل ليدفع عنه الكثير ، ولا يجوز له أن يقدم على الكثير ليدفع عنه القليل . وإذا أقدم على الكثير ليدفع عنه الكثير كان

معذوراً ، أما إذا لم يقدم فإنه يكون مأجوراً .
والا كراه يتحقق من السلطان وغير السلطان ، فكل متغلب يقدر على تنفيذ ما هدد به يحدث في النفس الرهبة التي يتحقق بها الا كراه ، سلطانا كان أو لصاً . وهذا هو قول الصاحبين . ويذهب أبو حنيفة إلى أن الا كراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، ولو صدر الا كراه من غيره أمكن أن يفزع من وقع عليه الا كراه إلى السلطان . والفتوى على قول الصاحبين . جاء في الفتاوى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٣) : « الا كراه لا يتحقق إلا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وفي قول صاحبيه رحمهما الله تعالى يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به ، وعليه الفتوى » . وجاء في الهداية (تكملة فتح القدير ٧ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) : « الا كراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به ، سلطاناً كان أو لصاً . لأن الا كراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره ، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به . وذلك إنما يكون من القادر ، والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة . والذي قاله أبو حنيفة أن الا كراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله » . وجاء في البدائع (جزء ٧ ص ١٧٦) : « وعلى هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه أن الا كراه لا يتحقق إلا من السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يتحقق من السلطان وغيره . وجه قولهما أن الا كراه ليس إلا إبعاداً بالحاق المكره ، وهذا يتحقق من كل مسلط . وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده ، لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه ، فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثاً . وقيل أنه لا خلاف بينهم في المعنى ، إنما هو خلاف زمان ، ففي زمن أبي حنيفة

رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الا كراه ، ثم تغير الحال في زمانهما فغيرت الفتوى على حسب الحال .

ويجب أن يكون الخطر الذي يهدد المكره خطراً محدقاً... وهنا أيضاً كما في الفقه الغربي ، العبرة بحالة المكره . فقد تبقى الرهبة في نفسه مادام المكره حاضراً فيتمثل الخطر محدقاً ، وتزول الرهبة إن غاب المكره عن بصره فيزول الا كراه ، ولا يجوز إذن لمن وقع عليه الا كراه أن يقدم على العمل بعد غياب المكره . ولذلك جاء في الفتاوى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٣) : « وإن غاب المكره عن بصر من أكرهه يزول الا كراه » . وجاء في المادة ١٠٠٥ من المجلة : « إن فعل المكره المكره عليه في حضور المجر أو عونه كان الا كراه معتبراً . أما إذا فعله في غياب المجر أو عونه ، فلا يعتبر ، لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الا كراه . مثلاً لو أكره واحد آخر على بيع ماله ، وذهب المكره وباع ماله في غياب المجر وعونه ، فلا يعتبر الا كراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً » . وجاء في المادة ٢٩٠ من مرشد الحيران : « إذا عقد المكره العقد في غياب المجر . ولم يرسل المجر أحداً ليرده إليه إن لم يفعل ، فلا يعتبر الا كراه ، ويكون قد عقده طوعاً بعد . ولكن يبدو أن هذا إنما يكون إذا اعتقد المكره أن غياب المجر قد أبعده عنه الخطر . ذلك أن العبرة بحلول الرهبة في نفس المكره كما قدمنا . فإذا وقعت الرهبة في نفسه وبقيت حتى بعد غياب المجر ، كان الا كراه متحققاً . وإذا لم تقع الرهبة في نفسه ، فإن الا كراه لا يتحقق حتى مع حضور المجر . فالمعيار هنا أيضاً نفسى . وقد جاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥٠) : « ولو أن هؤلاء للصوص قالوا شيئاً من ذلك للرجل ، والرجل لا يرى أنهم يقدمون عليه ، لم يسعه الاقدام على المحرم ، لأن المعتبر خوف التلف ، ولا يصير خائفاً التلف إذا كان يعلم أنهم لا يقدمون عليه وإن هددوه به » . وقال كاشف الغطاء من أئمة الجعفرية (جزء ٣ ص ١٧٧ — ص ١٧٨) : « سواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد أو بغيابه ، فإن الحضور والغياب ليس له أى أثر بعد تحقق تلك

الشروط ، فلا وجه لما في المادة ١٠٠٥ (من المجلة) ... فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره ولو بكتاب أو رسول ، تحقق الاكراه ، وأى أثر للحضور إذا كان الخوف حاصلًا حتى مع الغياب ! » .

والخطر إما أن يتهدد المتعاقد في نفسه أو جسمه ، وإما أن يتهدده في اعتباره بين الناس ، وإما أن يتهدده في ماله . وقد رأينا أن الاكراه الملبجى هو الذى يهدد بفوات النفس أو العضو ، وأن الاكراه غير الملبجى يكون بالحبس والقيد والضرب . ويشير كل من التاودى والتسولى في شرح تحفة ابن عاصم إلى كل هذه الأشياء التى يتهدها الخطر . فيقول التاودى (جزء ٢ ص ٧٥) : « فصل في بيع المضغوط : المراد به هنا المكره على البيع أو على سببه ... وما أشبهه ، يعنى المخصوب منه ، ومن يبيع في غير حق شرعى بالقهر .. مالا .. تحت ضغط مرعى ، أى معتبر شرعاً ، بأن يكون بخوف قتل أو ضرب أو سجن أو صفع لذى مروءة بملأ أو أخذ مال أو قتل ولد . قال الشارح والاهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه ، فكيف بالضرب والإيلام . قال ابن رشد والسجن بمجرد عند ذوى العلم إكراه ، فكيف بما وصفت من الاخافة والوثاؤ بالحديد » . ويقول التسولى (جزء ٢ ص ٧٥ - ٧٦) : « والاهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه . قال في نوازل الكفالة من البرزلى في قوم تضامنوا لعداوة كانت بينهم أن مذهب لأحدهم ضمنه الآخران الكفالة غير لازمة لوجود الاكراه بالخوف من رجوع العداوة » .

والقياس أن يكون الاكراه واقعاً على المكره نفسه لا على أحد غيره . ولكن الاستحسان أن يعتبر إكراهاً كل خطر جسم يهدد الابن أو الأب أو ذا الرحم المحرم . جاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ١٤٣ - ١٤٤) : « ولو قيل له لتقتلن ابنك هذا أو أباك أو لتبيعن عبدك هذا بألف درهم ، فباعه ، فالقياس أن البيع جائز لأنه ليس بمكره على البيع ، فالمكره من يهدد بشئ في نفسه : ولكنه استحسان فقال البيع باطل ، لأن البيع يعتمد تمام

الرضا ، وبما هدد به ينعدم رضاه ، فالإنسان لا يكون راضياً عادة بقتل أبيه أو إبنه ، ثم هذا يلحق الهلم والحزن به فيكون بمنزلة الإكراه بالحبس والإكراه بالحبس يمنع نفوذ البيع والإقرار والهبة والعقود التي تختمل الفسخ ، فكذلك الإكراه بقتل ابنه ، وكذلك التهديد بقتل ذى رحم محرم ، لأن القرابة المتأيدة بالحرمة بمنزلة الولاد في حكم الأحياء ، بدليل أنها توجب العتق عند الدخول في ملكه . ولو قيل لنحبس أبك في السجن أو لتبيع هذا الرجل عبدك بألف درهم ، ففعل ، ففي القياس البيع جائز لما بينا أن هذا ليس بإكراه ، فإنه لم يهدد بشيء في نفسه ، وحبس أبيه في السجن لا يلحق ضرراً به ، والتهديد به لا يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته ، وكذلك في حق كل ذى رحم محرم . وفي الاستحسان ذلك إكراه كله ، ولا ينفذ شيء من هذه التصرفات ، لأن حبس أبيه يلحق به من الحزن ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر ، فالولد إذا كان باراً يسعى في تخليص أبيه من السجن وإن كان يعلم أنه يحبس ، وربما يدخل السجن مختاراً ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه . فبما أن التهديد بالحبس في حقه يعدم تمام الرضا ، فكذلك التهديد بحبس أبيه ، والله أعلم . . ويبدو أن المذهب المالكي لا يسلم بالإكراه الواقع على الأقارب تسليم المذهب الحنفي ، ففي نصوص الفقه المالكي تردد واضح . جاء في النسولى (جزء ٢ ص ٧٦) : « وأما الخوف على أجنبي ، فصح ابن بشير قول أشهب بأنه لا إكراه . وقال ابن بزيمة أنه المشهور . وأخرى خوفه على قتل أبيه أو أخيه أو عمه . بل صرح ابن فرحون بأن المعرفة إكراه ، ولا يخفى أن قتل الأجنبي عند المؤمن أعظم من صفع قفاه . . وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٥٠ — ص ٢٥١) : « قال ابن عرفة : وبيع قريب المضغوط لفكاكه من عذاب ، كزوجته وولده وقريبه ، لازم اه . يريد بيعه متاع نفسه ، كما صرح به في التوضيح وغيره ، وقال لأن هؤلاء لم يضغظوا ، ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا اه . وهذا في غير الأب . وأما الأب إذا عذب ولده بين يديه ، فقال البرزلى إنه من الإكراه ، ونصه وسئل

ابن البراء عمن أخذه العمال بغير حق فباعته أمه وأخواته داراً لهم قامت عليهم بسبعمئة وقيمتها حينئذ أربعمئة بمائة وخمسين ديناراً جبراً بسبب فداء ولدها ، وكانت لأبيه قاعة فباعها بأربعة عشر ديناراً . ثم مات الوالدان ، وقام الورثة بنقض البيع بسبب الغبن أو غيره ، فأجاب إذا ثبت الجور والعدوان بطل ما يجرى في ذلك ، والحاكم ينظر فيه فما ثبت عنده بنى عليه حكمه الشرعى . قلت تقدم في الرواية أن ما باعته زوجته أو ابنه أو قريبه من متاع أنفسهم في افتكاكه يلزمهم بيعه ، بخلاف متاع المضغوط ، لأنهم لم يطلبوا إنما باعوا حسبة . فعلى هذا كل ما باعته هذه المرأة والأخوات من ما لهن فلا مقال لهن فيه . واستشكل الشيخ أبو القاسم السيورى هذه الرواية ، وقال لم يظهر لى صوابها ، فإن الولد إذا عذب بين يدي والديه فأى إكراه أبين من هذا ، وأين الحسبة والله تعالى يقول لانضار والدة بولدها . قلت هذا أحد الأقوال أن الإكراه بسبب الولد كالاكراه بالنفس ، لكن يبقى غير الولد من الزوجة والأخوة ونحو ذلك مما نص عليه في الرواية اهـ . واعلم أن الرواية لم ينص فيها على الوالد ، ولعله خارج من هذا الحكم ، وأما السؤال ففيه أنهم باعوا جبراً فتأمله والله أعلم . أما المذهب الحنفى فهو صريح ، كما رأينا فى المبسوط ، فى أن الإكراه بسبب ذوى الرحم المحرم معتبر . وقد نصت المادة ٢٨٧ من مرشد الحيران على أن « الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضاً » .

هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرضه

مشروع ، وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبى :

وفى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، لا يتحقق الإكراه إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع . فطالبة الشخص بحق عليه أمر مشروع دون شك ، ثم أن إكراه هذا الشخص على أداء الحق الذى عليه

لا يكون إكراهاً معتبراً ، ولا يفسد التصرف القانوني الذي يؤدّي به الحق ويكون الإكراه هنا إكراهاً بحق ، أو جبراً شرعياً . وصور الجبر الشرعي كثيرة : منها جبر القاضى المديان على بيع متاعه للغرماء ، وجبر من عليه الخراج على بيع ماله لأداء الخراج ، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتها بها ، وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعوه من الناس ظاهراً . كل هذه صور للجبر الشرعي لا يعتد فيها بالإكراه ، لأنه إكراه بحق شرعي ، أو هو إكراه للوصول إلى غرض مشروع . وجاء في الخرشى (جزء ٥ ص ٩) في هذا المعنى : « واحترز بالجبر الحرام من الجبر الشرعي ، كجبر القاضى المديان على البيع لوفاء الغرماء أو المنفق للنفقة والخراج الحق فليس من ذلك بل هو جائز لازم ، ومن الإكراه الحق الجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد والطعام إذا احتيج إليه » . وجاء في المواق (جزء ٤ ص ٢٥٢) : « العامل يعزله الوالى على سخطه ، أو يتقبل الكورة بمال يلزمه ويأخذ أهلها بما شاء من الظلم ، فيعجز عما عليه ، فيغرمه الوالى مالا بعذاب حتى يلجئه لبيع ماله . فيبيعه ماض عليه ، كمضغوط فى حق عليه ، سواء أخذ الوالى ماله لنفسه أو رده على أربابه . وكذلك المكروه والمضغوط فى البيع لحق عليه أو دين لازم ، وكذلك بيع أهل الذمة والغنوة فيما عليهم من جزية اهـ . أنظر أيضاً قد نصوا أنه كما يجبر الإنسان على بيع ماله لحق عليه ، كذلك يجبر ذو ربح على بيعه لتوسيع مسجد الجمعة ، أفتى به ابن رشد . وكذلك قال سحنون يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدها نهر لا يمر للناس إلا فيها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال ... وكذلك أيضاً الماء لمن به عطش ومن انهارت بئرُه ، والمحتسك ، وساقية البلد ، والغدان فى قرن الجبل لتخلص الناس من أجل وعره ، والغرس يطلبه السلطان إن لم يدفع له جبر الناس » . وجاء فى الخطاب (جزء ٤ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) : « ومضى البيع المجبر عليه ، إذا كان ذلك فى جبر السلطان عاملاً من عماله ... وذلك أن السلطان

إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده ، فما وجده بعد ذلك زائداً على ما بيده وعلى ما كان رزق من بيت مال المسلمين ، وإنما أخذه بجاه القضاء والولاية ، فالمشاطرة حسنة . وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه مع عماله لما أشكل عليه ما اكتسبوه بالقضاء والعمالة ... والكلام على مشاطرة سيدنا عمر لسيدنا أبي هريرة وسيدنا أبي موسى رضى الله عنهم مع أن علو منصبهم ومرتبتهم في الورع والدين معلومة . أما إذا كان العامل مشهوراً بالظلم للناس وأخذ أموالهم ، فعلى السلطان أن يأخذ جميع ما ظلم الناس به ويرده عليهم . وما ذكره المصنف هنا مفهوم ... ولو أدخل الكاف عليه فقال : في كبر عامل ، لكان أحسن ، ليدخل في كلامه صور الجبر الشرعى ، كجبر القاضى المديان على بيع متاعه للغرماء ، وجبر أهل الذمة على بيع أموالهم لأداء الجزية الشرعية ، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها على ما اختاره ابن رشد ... قال ابن القاسم قال مالك فى الذى يضغط فى الخراج فيبيع بعض متاعه على وجه الضغط : أرى أن يرد عليه بغير ثمن إذا كان يبعه إياه على عذاب أو ما أشبهه من الشدة ، ولا أرى لمشتري ذلك أن يستحلّه ولا يحبسّه . قال ابن رشد إنما يرد عليهم ما اشتري منهم على وجه الضغط إذا كان الذى يطلبون ويضغطون فيه ظلماً وتعدياً ، أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يوسروا فيبيع عليهم ما لا يلزمهم يبعه كشوب يستربه وشبهه ، فهذا يلزم مشتريه رده . فيما أن يبع عليه شيء فى حق واجب من جزئته أو من غير جزئته تحت الضغط والإكراه ، فلا يرد عليه ، وهو سائغ لمن اشتراه ، وقد كان ينبغى أن يرفق بهم فى تقاضى ذلك منهم وألا يعذبوا على ذلك .

ويقسم الشافعى ألا كراه إلى أكراه بغير حق وأكراه بحق . والأول أما أن يكون عذراً شرعياً يقطع الحكم عن فعل الفاعل ، أو لا يكون عذراً شرعياً فيبقى الحكم منسوباً إلى الفاعل . أما ألا كراه بحق فلا يعتد به ، ولا يقطع الحكم عن فعل الفاعل . . وقد جاء فى التلويح (جزء ٢ ص ١٩٦

— (ص ١٩٧) في هذا المعنى ما يأتي : « القاعدة التي قررها الشافعي رحمه الله تعالى في باب الأكره هو أن الأكره أما أن يحرم الأقدام عليه وهو الأكره بغير حق ، أولاً وهو الأكره بحق . والثاني لا يقطع الحكم عن فعل الفاعل ، كما كراه الحربى على الإسلام فيصح إسلامه ، بخلاف إكره الذى فإنه ليس بحق لقوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون . والأول إما أن يكون عذراً شرعياً ، أولاً . فإن كان عذراً شرعياً ، بأن يحل للفاعل الأقدام على الفعل ، فهو يقطع الحكم عن فعل الفاعل سواء أكرهه على قول أو عمل ، لأن صحة القول بقصد المعنى وصحة العمل باختياره وإلا كراه يفسد القصد والاختيار ، وأيضاً نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه إلحاق الضرر به ، وهو غير جائز لأنه معصوم محترم الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه لثلاث تقوت حقوقه بدون اختياره . ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل ، فإن أمكن نسبة الفعل إلى الحامل أى المكره ، كالإكره على إتلاف مال الغير ، نسب إليه . وإن لم يمكن ، بطل الفعل ، كالإكره على الإقرار وسائر الأقوال . وإن لم يكن عذراً شرعياً ، بالأجل له الإقدام على الفعل ، كما إذا أكره على القتل أو الزنا ، لا يقطع الحكم عن الفاعل ، حتى يجب القصاص والحد على القاتل والزانى مكرهين . »

وعند الحنفية أكره الشخص على إقامة ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكره . جاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ١٠١) : « ... فيكون هذا أكرهاً على إقامة ما هو مستحق عليه ، وذلك لا يوجب الضمان على المكره . كما لو أكرهه على أن يؤدى زكاة ماله ، أو يكفر يمينه . » وجاء أيضاً (ص ١٤٤) « وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يكفر يميناً قد حنت فيها ، فكفر بعق أو صدقة أو كسوة ، أجزأه ذلك ، ولم يرجع على المكره بشيء . » لأنه أمره بإسقاط ما هو واجب عليه شرعاً ، وذلك من باب الحسنة ، فلا يكون موجباً للضمان على المكره ، وكأنه يعوضه ما جبره عليه من التكفير بسقوط التبعة عنه فى الآخرة فإن أوجب شيئاً بعينه

على نفسه صدقة في المساكين ، فأكره بحبس أو قيد على أن يتصدق بذلك ،
 جاز ما صنع منه ، ولم يرجع على المكره بشيء ، لأن الوفاء بما التزمه مستحق
 عليه شرعاً كما التزمه ، فإذا التزم التصديق بالعين كان عليه الوفاء به في ذلك
 العين ، والمكره ما زاد في أمره على ذلك ، فلا يرجع عليه بشيء ولو
 قال لله على عتق رقبة ، فأكرهه على أن يعتق عبداً بعينه بقتل ، فأعتقه ،
 ضمن المكره قيمته ، ولم يحزه عن النذر . لأنه التزم بعتق رقبة بغير عينها ،
 والمكره في أمر بعتق عبد بعينه ظالم ، فيكون ضامناً قيمته . وإن كان يعلم
 الذي أكرهه على عتق عبد هو أدنى ما يكون من النسيئة ، لم يكن على المكره
 ضمان ، وأجزأ عن المعتق ، لتيقننا بوجوب هذا المقدار عليه .

أما الإكراه على الإقرار فلا يجوز ، ولا يعتد بالإقرار في هذه الحالة .
 ذلك لأن الحق إنما يثبت بالإقرار ، فقبل الإقرار لم يكن هناك حق ثابت ،
 فلا يصح أن يقال أن الإكراه كان بحق . وقد فصل المبسوط (جزء ٢٤
 ص ٧٠ - ص ٧٢) هذا الحكم على الوجه الآتي : « ولو أن قاضياً أكره
 رجلاً بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص ،
 كان الإقرار باطلاً . لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب ، وإنما يكون
 حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب ، والتهديد بالضرب
 والحبس يمنع رجحان جانب الصدق ولم ينقل عن أحد من المتقدمين
 من أصحابنا رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس في حق
 السارق وغيره إلا شيء روى عن الحسن بن زياد رضى الله عنه أن بعض
 الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر ، فقال ما لم يقطع اللحم
 أو يبين العظم . ثم ندم على مقالته . وجاء بنفسه إلى مجلس الأمير لينعنه من
 ذلك ، فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال . فلما رأى المال موضوعاً
 بين يدي الأمير ، قال ما رأيت ظالماً أشبه بالحق من هذا . ولو أكرهه قاض
 بضرب أو حبس حتى يقر بسرقة أو زنا أو شرب خمر أو قتل ، فأقر بذلك
 فأقامه عليه ، فإن كان رجلاً معروفاً بما أقر له به ، إلا أنه لا بينة عليه ،

فالقياص أن يقتصر من المكروه فيما أمكن القصاص فيه ، ويضمن من ماله ما لا يستطيع القصاص فيه ، لأن إقراره كان باطلا والإقرار الباطل وجوده كعدمه ، فبقي هو مباشراً للجناية بغير حق ، فيلزمه القصاص فيما يستطيع فيه القصاص . ولكن يستحسن أن يلزمه ضمان جميع ذلك في ماله ويدراً القصاص ، لأن الرجل إذا كان معروفاً بما أقربه على نفسه ، فالذي يقع في قلب كل سامع أنه صادق في إقراره لما أقربه ، وذلك يورث شبهة ، والقصاص مما يندري بالشبهات ، ولأن على قول أهل المدينة رحمهم الله للإمام أن يجبر المعروف بذلك الفعل على الإقرار بالضرب والحبس ، فإن مرتكب الكبيرة قل ما يقر على نفسه طائعا ، وإذا أقربه مكرها عندهم يصح إقراره ، وتقام عليه العقوبة . فيصير اختلاف العلماء رحمهم الله شبهة ، والقاضي مجتهد فيما صنع ، فهذا اجتهاد في موضعه من وجه ، فيكون مسقطاً للقول عنه . ولكن يلزمه المال ، لأن المال مما يثبت مع الشبهات ، وبالإقرار الباطل لم نسقط حرمة نفسه وأطرافه ، فيصير ضامناً له مراعاة حرمة نفسه وطرفه . وإن كان المكروه غير معروف بشيء مما رمى به ، أخذت فيه بالقياص وأوجبت القصاص على القاضي فيما يستطيع فيه القصاص . لأنه إذا كان معروفاً بالصالح فالذي يسبق إليه أوهام الناس أنه برىء الساحة مما رمى به ، وإنما أقرب على نفسه كاذبا بسبب الإكراه .

أما في المذهب المالكي فالإقرار بالإكراه مختلف في صحته : هناك قول يذهب إلى عدم قبوله ، وقول ثان يذهب إلى قبوله ، وقول ثالث يميز بين ما إذا عيّن المقر ما اعترف به من قتل أو سرقة أو نحو ذلك فيقبل إقراره وما إذا لم يعين شيئاً من ذلك فلا يقبل إقراره . جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٢١٦ — ص ٢١٧) : « شرط صحة الإقرار ألا يكون بإكراه . وأما المحبوس والمتهدد فاختلف في أخذه بإقراره ، واضطرب المذهب في إقراره بعد الحبس والتهديد ، هل يقبل جملة ، أو لا يقبل جملة ، أو الفرق فيقبل إذا عيّن ما اعترف به من قتل وسرقة أو لا يقبل إذا لم يعين . ثلاثة أقوال اهـ .

وقال الدماميني في شرح البخاري في قوله زملوني فزملوه حتى ذهب عنه
 الروع : وعن الإمام مالك أن المدعور لا يلزمه ما صدر منه في حال ذعره
 من بيع وإقرار وغيره^(١) .

وقد يتحقق الإكراه في الفقه الإسلامي عن طريق الشوكة والنفوذ
 الأدبي . والأصل أن مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي لا يكون إكراهاً ، وذلك
 ما قررناه أيضاً في الفقه الغربي . فالشوكة التي للزوج على زوجته ، وما تنطوي
 عليه من احتمال أن يطلقها أو يتزوج عليها ، ليست في ذاتها إكراهاً . جاء في
 الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٧) : « وإن أكره الزوج امرأته وهددها بالطلاق
 أو بالتزوج عليها أو بالنسرى لا يكون إكراهاً » . ولكن إذا استغل الزوج
 هذه الشوكة للوصول إلى غرض غير مشروع ، وبخاصة إذا قرن ذلك
 بتخويف وتهديد ، كان هذا إكراهاً وأفسد التصرف الصادر من الزوجة .
 جاء في الدر المختار (جزء ٥ ص ١٣٤ — ص ١٣٥) : « خوفها الزوج
 بالضرب حتى وهبته مهرها ، لم تصح الهبة إن قدر الزوج على الضرب . وإن
 هدها بطلاق أو تزوج عليها أو تسر ، فليس بإكراه ، خانية . وفي مجمع
 الفتاوى منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبيها إلا أن تهبه مهرها ، قوهبته
 بعض المهر ، فاهبة باطلة ، لأنها كالمكره . قلت ويؤخذ منه جواب حادثة
 الفتوى ، وهي زوج بنته البكر من رجل ، فلما أرادت الزفاف منعها الأب
 إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها ، فأقرت ، ثم أذن لها

(١) وفي مذهب الشافعي اضطراب يقرب من اضطراب مذهب مالك . جاء في نهاية
 المحتاج للرملي (جزء ٥ ص ٧٢) : « أما مكره على الصدق ، كأن ضرب ليصدق في قضية
 اتهم فيها ، فيصح حال الضرب وبعده ، ويلزمه ما أقر به لأنه غير مكره ، إذ المكره من
 أكره على شيء واحد ، وهذا إما ضرب ليصدق ، ولم ينحصر الصدق في الإقرار . لكن
 يكره إلزامه حتى يرجع ويقر ثانياً . واستشكل المصنف قبول إقراره حال الضرب بأنه قريب
 من المكره وإن لم يكن مكرهاً . وعلة بما مر . ثم قال : وقبول إقراره بعد الضرب فيه
 نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر . وقال الأذرعى : الصواب فيما لو ضرب ليقر
 بالحق ، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه ، أنه إكراه ، سواء أقر في حال الضرب أم
 بعده وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانياً . وما ذكره ظاهر جلي » .

بالزفاف ، فلا يصح إقرارها لكونها في معنى المسكره . وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم . وجاء في ابن عابدين (جزء ٥ ص ١٣٤ - ١٣٥) تعقياً على ما تقدم : « قوله فليس بإكراه . لأن كل فعل من هذه الأفعال (أى الطلاق أو الزوج عليها أو التسرى) جائز شرعاً ، والأفعال الشرعية لا توصف بالإكراه . قلت نعم ، ولكن يدخل عليها غمأ يفسد صبرها ، ويظهر عذرها ، وقد مر أن البيع ونحوه يفسد بما يوجب غمأ يعدم الرضا . ويدل عليه ما يذكره بعده ، فإن منع المريضة عن أبويها ومنع البكر عن الزفاف لا يغمأ أكثر من هذه الأفعال . ولكن لا مدخل للعقل مع النقل . هذا وقد مر أن ظاهر قولهم الزوج سلطان زوجته أنه يكفي فيه مجرد الأمر حيث كانت تخشى منه الأذى . قوله وبه أفتى أبو السعود . وكذلك الرملى وغيره ونظمه في فتاواه ... ثم قال وأنت تعلم أن البيع والشراء والإجارة كالإقرار والهبة ، وأن كل من يقدر على المنع من الأولياء كالأب للعة الشاملة . فليس قيداً ، وكذلك البكارة ليست قيداً ، كما هو مشاهد في ديارنا من أخذ مهورهن كرهاً عليهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد ، وإن منعت أضرارها أو قتلها . وقد ورد هذا الحكم في مرشد الحيران ، في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٤ ، على الوجه الآتى : « الزوج ذو شوكة على زوجته ، فمن أكره زوجته بالضرب ، أو منعها عن أهلها ، لتهب له مهرها ، فوهبته له وهى خائفة ، فلا تصح الهبة ، ولا تبرأ ذمته من المهر » .

رهبة تحمل على التامير :

ويشترط في الفقه الإسلامى ، كما يشترط في الفقه الغربى ، أن يبعث الإكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد . ويلجأ الفقه الإسلامى في ذلك إلى معيارين ، أحدهما مادى والآخر نفسى . أما المعيار المادى فهو أن يكون المسكره بالوسيلة التى اختارها للإكراه قادراً على تحقيق ما أوعده به ، فيستند الإكراه بذلك إلى ركن من الواقع يجعل دعوى من وقع عليه الإكراه

دعوى معقولة قائمة على أساس . وأما المعيار النفسى فهو أن يقع فى أكثر ظن من وقع عليه الإكراه وقوع ما هدد به ، وهذه هى الرهبة التى تنبعث فى نفسه فتحمله على التعاقد .

وقد جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٣٩) فى هذا المعنى : « ثم فى الإكراه يعتبر معنى فى المكره ، ومعنى فى المكره ، ومعنى فيما أكره عليه ، ومعنى فيما أكره به . فالمعتبر فى المكره تمكنه من إيقاع ما هدد به ، فإذا لم يكن متمكناً من ذلك فإكراهه هذيان . وفى المكره المعتبر أن يصير خائفاً على نفسه من جهة المكره فى إيقاع ما هدد به عاجلاً ، لأنه لا يصير ملجأً محمولا طبعاً ألا بذلك . وفيما أكره به بأن يكون متلفاً أو مزمناً أو مثلفاً عضواً أو موجباً غما ينعدم الرضا باعتباره . وفيما أكره عليه أن يكون المكره ممتنعاً منه قبل الإكراه ، أما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع »^(١) . وجاء فيه أيضاً (ص ٥٠-٥١) : « ألا ترى أنك لو رأيت رجلاً ينقب عليك دارك من خارج ، أو دخل عليك ليلاً من الثقب بالسيف ، وخفت أن أنذرتة يضربك ، وكان على أكثر رأيك ذلك ، وسعك أن تقتله قبل أن تعله إذا خفت أن يسبقك أن أعلمته ، وفى هذا اتلاف نفس . ثم أجاز الاعتماد على غالب الرأى لتعذر الوقوف على حقيقته » . وجاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٧٦) : « وأما شرائط الإكراه فنوعان : نوع يرجع إلى المكره ، ونوع يرجع إلى المكره . أما الذى يرجع إلى المكره فهو أن يكون قادراً على تحقيق ما أوعده ، لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة . . . وأما النوع الذى يرجع إلى المكره فهو أن يقع فى غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يجب إلى مادعى إليه تحقق ما أوعده به ، لأن غالب الرأى حجة ، خصوصاً عند تعذر الوصول إلى اليقين ، حتى أنه لو كان فى أكثر رأى المكره أن المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً وأن وجدت صورة الأبعاد لأن الضرورة لم تتحقق . ومثله لو أمره بفعل

(١) انظر أيضاً فتح الغفار ٣ ص ١١٩ — ص ١٢٠ .

ولم يوعده عليه ، ولكن في أكثر رأى المكروه أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعده ،
يثبت حكم الإكراه لتحقيق الضرورة . ولهذا أنه لو كان في أكثر رأيه أنه
لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه
الإكراه ، لا يباح له أن يعجل بتناولها . وإن كان في أكثر رأيه أنه وأن
صبر إلى تلك الحالة لما أزيل عنه الإكراه ، يباح أو يتناولها للحال . دل
أن العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الأبعاد . ونصت المجلة
على هذه الأحكام ، فجاء في المادة ١٠٠٣ : « يشترط أن يكون المجبر مقتدرآ
على إيقاع تهديده ، فلا عبرة من ثم لإكراه من لم يكن قادرآ على إيقاع تهديده
وإجرائه » . وجاء في المادة ١٠٠٤ : « يشترط خوف المكروه من وقوع
المكروه به ، يعني يشترط حصول ظن غالب عند المكروه بإجراء المكروه به
أن لم يفعل المكروه عليه » . وكذلك نصت على هذه الأحكام المادة ٢٨٩
من مرشد الخيران على الوجه الآتي : « يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا
أن يكون المكروه قادرآ على إيقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكروه وقوع
ما صار تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكروه به أن لم يفعل
الامر المكروه عليه . فإن كان المجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به ، فلا يكون
الإكراه معتبرآ » .

ويختلف الإكراه في الفقه الإسلامي ، كما يختلف في الفقه الغربي ،
باختلاف أحوال الناس من سن وجنس وقوة وضعف ومنصب وجاه
وما إلى ذلك . جاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥١ — ص ٥٢) : « والحد
في الحبس الذي هو إكراه في هذا ما يجيء منه الاغتمام البين ، وفي الضرب
الذي هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد . وليس في ذلك حد لا يزداد عليه
ولا ينقص عنه ، لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون . ولكن ذلك على قدر
ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه ، فما رأى أنه إكراه أبطل الإقرار به .
لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس . فالوجيه الذي يضع الحبس
من جأهه ، تأثير الحبس والقيود يوماً في حقه فوق تأثير حبس شهر في حق

غيره . فلهذا لم نقدر فيه بشيء ، وجعلناه موكولا إلى رأى القاضى ، لينبى ذلك على حال من ابتلى به . . وجاء فى الدور المختار (جزء ٥ ص ١٢٣) : « والثالث كون الشيء المكره به متلفا نفساً أو عضواً أو موجبا عما يعدم الرضا ، وهذا أدنى مراتبه . وهو يختلف باختلاف الأشخاص ، فإن الإشراف يغمون بكلام خشن ، والأراذل ربما لا يغمون ألا بالضرب المبرح فلو أكره بقتل أو ضرب شديد متلف ، لا بسوط أو سوطين أو حبس أو قيد مديدن ، بخلاف حبس يوم أو قيده أو ضرب غير شديد إلا لذى جاه . . . » ويقول ابن عابدين (جزء ٥ ص ١٢٣) تعقيباً على ذلك : « قوله ألا لذى جاه : لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد ، فيفوت به الرضا ، زيلعى . وفى مختارات النوازل أولذى ضعف . . وجاء فى الهداية (تكملة فتح القدير ٧ ص ٢٩٤) : « بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة . فلا يتحقق به الإكراه ، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه لفوات الرضا . . وقد ورد هذا المعنى فى المادة ٢٨٨ من مرشد الخيران على الوجه الآتى : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص ، وسنهم ؛ وضعفهم ، ومناصبهم ؛ وجاههم ؛ ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً . وكما يتوقف الإكراه على حالة الشخص ، يتوقف كذلك على الظروف والملابسة من مكان وزمان . جاء فى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٧) : « وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يتحقق الإكراه من غير السلطان فى المفاوز والقرى ليلا كان أو هاراً ، وفى المصر يتحقق فى الليل ولا يتحقق فى النهار . »

الجهة التى صدر منها الإكراه :

ويقع الإكراه عادة من أحد المتعاقدين على الآخر . ولكنه قد يقع من الغير ، أو تتهماً ظروفه مصادفة فيستغلها أحد المتعاقدين ضد الآخر .

فإذا وقع الإكراه من الغير ، مستوفياً لشروطه ، كان مفسداً للتصرف كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين ، وتلحق به الإجازة كذلك . جاء في الخاتمة (جزء ٣ ص ٤٨٥ - ٤٨٦) : « ولو أكره السلطان رجلاً على الشراء والقبض ودفع الثمن ، والبائع غير مكره ، فلما اشترى المكره وقبضه أعتقه أو دبره ... كان إجازة للشراء ... ولو كان البائع مكرهاً والمشتري غير مكره ، لا يصح إعتاق المشتري قبل القبض ويصح بعد القبض ، فإن أجاز البائع بعد ما أعتقه المشتري ينفذ البيع ولا ينفذ العتق قبل القبض . ولو كان البائع والمشتري جميعاً مكرهين ، فإن أجاز البيع بغير إكراه جاز ، وإن أجاز أحدهما بطل خياره ويبقى خيار الآخر . ولو أكره على بيع جاريته ولم يسم أحداً ، فباعها من إنسان ، كان فاسداً . ولو أكره على البيع ، فوهب ، جاز . ولو أكره على هبة جاريته لعبد الله ، فوهبها لعبد الله وزيد ، جازت الهبة في حصة زيد وبطلت في حصة عبد الله ... ولو أكره على أن يبرء الغريم من الدين ، ففعل ، لا يصح الإبراء . ولو أكره على أن يخرج الكفيل بالنفس أو بالمال من الكفالة ، لا يصح ذلك ، لأن هذا مما يتعاق بالرضا ... ولو أكره الشفيع على أن يسكت عن طلب الشفعة ، فسكت ، لا تبطل شفيعته . »

ويبدو أن الفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر متواطئاً مع الغير الذي وقع منه الإكراه أو عالماً بما وقع من الإكراه أو مستطيعاً أن يعمله . بل أن مذهب مالك يعتمد بالإكراه حتى لو تها مصادفة ، ولا يشترط في الاعتداد به أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالإكراه . وهذا ما يسمى ببيع المضغوط . فعند مالك الإكراه يكون على البيع نفسه ، أو على دفع مال ظاهراً ، فيضطر المكره أن يبيع متاعه لدفع هذا المال ، فلا يكون هذا البيع لازماً حتى لو لم يكن المشتري عالماً بالإكراه الواقع على البائع . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٠) : « إذا كان شرط لزوم البيع التكليف بمن أجبر عليه ، أي على البيع ، جبراً حراماً ، إما بأن يكره على

البيع نفسه ، أو يكره على دفع مال ظاهراً فيبيع متاعه لذلك ، وكالذي يضغط فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها ، فلا يلزمه ، لا تنفاه شرط لزومه الذي هو التكليف ... وقال البرزلي سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو ، فقال هو من أضغط في بيع رבעه أو شيء بعينه أو في مال يؤخذ منه فباع لذلك اه . وظاهر كلام ابن راشد أن النسبية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال فباع لذلك ... فنص ابن القاسم عن مالك على أنه يأخذ متاعه بلا ثمن . وأقوى اللخمي أن يبيعه ماض ، وهو قول السيوري ، ورأى أن من اشترى منه ليخلص من العذاب مأجور . واعلم أن من أكره على البيع لا يلزمه البيع بإجماع ... وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك ، ففيه خلاف : مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يلزمه . . . وقال ابن كنانة يبيعه لازم . . . وقد علمت أن المذهب لا فرق بين الإكراه على البيع أو على دفع مال فيبيع لذلك . . . إذا أكره على دفع مال ظاهراً فباع متاعه لذلك ، فيرد إليه متاعه بلا ثمن ، حتى يتحقق أن المضغوط صرف الثمن في مصالحه . وأما إذا أكره على البيع فقط ، فله إجازة البيع ورده ، فإن رد البيع رد الثمن الذي أخذه إلا أن تقوم بينة على تلفه . . . وقال في البيان وسواء علم المشتري أنه مضغوط أو لم يعلم ، قال ذلك ابن القاسم في المبسوط عن مالك ، وسواء وصل الثمن من المتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله في منفعه أو كان الظالم هو الذي تولى قبضه من المتاع للمضغوط ، في ذلك كله أن يأخذ ماله من المشتري أو بمن اشتراه من المشتري بغير ثمن ، ويرجع المشتري الثاني على المشتري من المضغوط ، والمشتري من المضغوط على الظالم ، إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن في منفعه ولم يدفعه إلى الظالم فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشتري . . . وذهب سحنون إلى أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن ، فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن ، وحكاه عن مالك . وقال ابن كنانة يبيعه لازم له غير مفسوخ عنه ، وهو أجبر يؤجر به عليه ، ولزومه

إياه لأنه أنقذه مما كان فيه من العذاب ... ونقله في التوضيح ، ونصه ولو باع متاعه في مظلمة ثم لا يدرى هل وصل الثمن إلى الظالم أم لا ، نظر ، فإن كان ظلمه له وعداؤه عليه معلوماً حتى باع متاعه ، فيحمل على أنه وصل للظالم ، حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه فلا يصل حينئذ إلى متاعه إلا بدفع الثمن ، وسواء علم المشتاع بأن ما اشتراه المضغوط أو لم يعلم . قيل لمطرف أنهم يخرجون عندنا من غير كبل ، يقفون لبيع متاعهم ، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن قد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل ، والمشتري لا يعلم أو يعلم ، ومنهم من هو في كبل وعذاب ، ومنهم هارب قد أخذ متاعه يباع قد أمر بعض أهله ببيعه . قال كل هذا سواء وهو إكراه ، لا يبالي بعلم المشتاع أو جهله ، إلا أن من علم مأثوم . وقاله ابن عبد الحكيم وأصبغ ، قالوا وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزاد عليه أو لم يكن اه . ونقله ابن عرفة ، ولفظه : وسواء أخرج المضغوط للبيع مكبولا ، أو موكلا به حراس ، أو أخذ عليه حميل ، أو كان مسرحاً دون حميل إلا أنه إن هرب خالفه الظالم إلى منزله بالأخذ والمعرفة في أهله ، كان له مال عين غير ما باعه أو لم يكن ، ولي البيع أو وكل عليه اه . وقال قبله : ويتبع المشتري بشمنه الظالم ، دفعه له هو أو البائع اه . . قال في التوضيح : ومن كان عالماً بحال المضغوط فاشتري شيئاً من متاعه ، فهو ضامن كالغاصب . وأما من لم يعلم فيشتري في السوق ، فلا يضمن الدور والحيوان ، ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس ، والغلة له ، وأما الظالم فلا غلة له وهو ضامن لها اه . . .

وجاء في المواق (جزء ٤ ص ٢٤٩) . « من أكره على إعطاء مال ظلمها ، فبيعه لذلك بيع مكره . ولرب المبيع أخذه بلا ثمن إن كان المشتري عالماً بضغطه ، وإلا فبالثمن . وروى مطرق يتبع المشتري بشمنه الظالم دفعه هو له أو البائع ، ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء . قال مطرف فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعذر ، لقوله صلى الله عليه وسلم لإطاعة المخلوق في معصية الخالق . وكذا كل ما أقر بفعله ظلمها من قتل أو قطع

أو جلد أو أخذ مال وهو يخاف إن لم يفعله نزل به مثل ذلك ، فإن فعله لزمه القصاص والغرم . ابن عرفة : هذا ونحوه من نصوص المذهب مما يبين لك حال بعض القضاة في تقويمهم من يعرفون جرحته شرعا للشهادة بين الناس في الدماء والقروح ، يعتذرون بالخوف من موليهم القضاء ، مع أنهم فيما رأيت لا يخافون منه إلا عزله عن القضاء . . وجاء في الدسوقي (جزء ٣ ص ٦) : « وقد اعتمد بعضهم أن الإكراه على سبب البيع كالإكراه على البيع في أن البائع إنما يرد المبيع إذا رد الثمن للمشتري . والحاصل أن الإكراه على سبب البيع فيه أقوال ثلاثة . قيل أنه لازم ، وبه العمل بفاس ونواحيها . وقيل أنه غير لازم : وعليه إذا رد المبيع فهل يرد بالثمن وهو المعتمد ، أو بلا ثمن وهو ما مشى عليه المصنف . وبقي قول رابع لسحنون ، وحاصله أن المضغوط إن كان قبض الثمن رد المبيع بالثمن ، وإلا فلا يغرمه . » وجاء في الخرشي (جزء ٥ ص ١٠) : « أن المكره على سبب البيع ، وهو المال ، إذا قدر على خلاص شئته الذي باعه ، فإنه يأخذه ممن هو بيده بلا غرم ثمنه . ويرجع المشتري على الظالم أو وكيله ، وسواء علم المشتري بأنه مكره أم لا ، والمشتري منه كالمشتري من الغاصب في العلم وعدمه . » وجاء في النسولي (جزء ٢ ص ٧٦) : « فالبيع أن وقع على وجه الضغط المذكور ، سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه ، مردود على بائعه ، بإجماع فيما إذا أكرهه على نفس البيع . . . وإما أن أكرهه على سبب البيع ، كما إذا أكرهه على إعطاء مال ظالماً فبإجماع أمته لذلك ، فالمشهور أنه مردود أيضاً ، ويأخذ البائع شئته بلا ثمن ... يدفعه للمشتري ، وظاهره أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط ... إلا أن العالم آثم كالغاصب ، وعليه الضمان مطلقاً ، ولا غلة له ولغيره الغلة ، ولا يضمن العقار ، ويضمن ما أكل أو لبس ، ويبطل عتقه ووقفه اهـ . خلافاً لما لابن رشد في نوازل من أنه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط ، وإلا فلا يأخذه إلا بالثمن . وظاهره أيضاً أنه إنما يأخذه دون ثمن علم أن الظالم أو وكيله قبضه من المضغوط أو من المشتري أو جهل

هل دفعه المشتري للظالم أو لو كيله أو لرب المتاع ، أو هل دفعه المضغوط للظالم أو بقي عنده ، وهل صرفه في مصالحه أو لا ، وهو كذلك في الجميع . ووجهه أنه لما ثبت أصل الضغط ، حمل على أخذ الظالم له عند الجهل . اللهم إلا أن علم ببيئته أو إقرار أنه صرفه في مصالح نفسه أو أتلفه عمداً أو خطأ فإنه يأخذه بالثمن حينئذ .

ويتبين من هذه النصوص أن مذهب مالك يعتد بالإكراه ، حتى لو تها مصادقة بأن كان الإكراه على سبب التصرف لاعلى التصرف نفسه ، فلم يكن للمتعاقد الآخر غير المكره يد في وقوع الإكراه ، بل لم يكن يعلم به ، على ما مر . والمذهب على هذا الوجه ينبذ الإكراه إلى مدى بعيد ، ويعتد بالإرادة الحقيقية حتى لو أهدر في سبيلها استقرار التعامل .

وقد رأينا أن المذهب الحنفي يقف موقفاً معتدلاً في هذه المسألة ، فيعتد بالإرادة الحقيقية دون أن يهدر استقرار التعامل . فيبيع المضطر وشراؤه فاسد ، على ما رأينا في ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤٦ وجزء ٥ ص ١٣٤) . ولكن لو صادر السلطان شخصاً ، ولم يعين يبيع ماله ، فباع ، كان البيع صحيحاً ، وفي هذا رعاية كافية لاستقرار التعامل . فإذا كان المشتري عالماً بالإكراه واستغله إلى حد أن اشترى المال بغبن فاحش ، كان البيع فاسداً للإكراه ، وفي هذا احترام كاف للإرادة الحقيقية .

حكم الإكراه :

يميز الفقه الإسلامي بين الإكراه في التصرفات الفعلية ، أي في الوقائع المادية ، ويشترط أن يكون إكراهاً ملجئاً على ما قدمنا ، وبين الإكراه في التصرفات القولية ، أي في التصرفات القانونية ، ويعتد فيها بالإكراه ولو كان غير ملجئ .

والإكراه في التصرفات الفعلية تندمج فيه ، كما سبق القول ، نظريات مختلفة ، كنظرية الضرورة ونظرية الدفاع الشرعي ونظرية السبب الأجنبي

ونظرية العمل غير المشروع . ولا شأن لنا بذلك هنا ، ونحن نتكلم في
الأكراه كعيب في الإرادة في صدد التصرفات القانونية . ونقتصر على
الإشارة إلى أن الصناعة الفقهية ، في الفقه الإسلامي ، نظرت إلى الأكراه
الملمح في التصرفات الفعلية ، واعتبرته ، لا على أنه قد نقل الفعل عن وقع
عليه الأكراه إلى المكره فأصبح هذا مسئولاً عنه ، بل على أن من وقع عليه
الأكراه قد صار كالآلة في يد المكره فأصبح فعل الأول منسوباً إلى الثاني .
وهذا بخلاف الأكراه في التصرفات القولية . وفي هذا المعنى يقول المبسوط
(جزء ٢٤ ص ٣٩) : « وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن أثر الأكراه
التام (الملمح) في الأفعال في نقل الفعل من المكره إلى المكره . وهذا
ليس بصحيح . فإنه لا يتصور نقل الفعل الموجود من شخص إلى غيره .
والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضاً ، فإن البالغ إذا أكره صديقاً على القتل يجب
اللقود على المكره ، وهذا الفعل في محله غير موجب للقود ، فلا
يصير موجباً بانتقاله إلى محل آخر . ولكن الأصح أن تأثير الأكراه
في جعل المكره آلة للمكره ، فيصير الفعل منسوباً إلى المكره بهذا
الطريق . وجعل المكره آلة لا باعتبار أن بالأكراه ينعدم الاختيار
منه أصلاً ، ولكن لأنه يفسد اختياره به لتحقيق الأجل . فالمرء مجبول على
حب حياته ، وإذا يحمله على الأقدام على ما أكره عليه ، فيفسد به اختياره
من هذا الوجه ، والفساد في معارضة الصحيح كالمعدوم . فيصير الفعل
منسوباً إلى المكره لوجود الاختيار منه ، والمكره يصير كالآلة للمكره
لانعدام اختياره حكماً في معارضة الاختيار الصحيح . ولهذا اقتصر على
ما يصلح أن يكون آلة له فيه ، دون ما لا يصلح كالتصرفات قولاً ، فإنه
لا يتصور تكلم المرء بلسان غيره . وتأثير الأكراه في هذه التصرفات
في انعدام الرضا من المكره بحكم الشبه ، وشبهه بعض أصحابنا رحمهم الله
بالهزل ، فإن الهزل عدم الرضا بحكم السبب مع وجود القصد والاختيار
في نفس السبب ، فالأكراه كذلك . إلا أن الهزل غير محمول على التكلم ،

والمكره محمول على ذلك ، وبذلك لا ينعدم اختياره كما بينا . وشبهه بعضهم باشتراط الخيار ، فإن شرط الخيار يعدم الرضا بحكم السبب دون نفس السبب .

فإذا وقفنا عند حكم الاكراه في التصرفات القولية ، وجب أن نقسم هذه التصرفات إلى قسمين : إنشاء وإقرار . والانشاء نوعان : نوع لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتاق والنذر واليمين ، ونوع يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والاجارة .

فأما الانشاء الذي لا يحتمل الفسخ ، فهو جائز مع الاكراه في المذهب الحنفي . جاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ٤١ - ٤٢) في هذا المعنى : «... إن رجلاً خرج مع امرأته إلى الجبل ليمتار العسل ، فلما تدلى من الجبل بحبل وضعت السكين على الحبل ، فقالت لتطلقني ثلاثاً أو لأقطعنه ، فطلقها ثلاثاً . ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتي ، فقال عليه الصلاة والسلام لا قيلولة في الطلاق ، وأمضى طلاقه . وذكر نظير هذا عن عمرو بن شرحبيل رضى الله عنه أن امرأة كانت مبغضة لزوجها ، فراودته على الطلاق فأبى ، فلما رأته نائماً قامت إلى سيفه فأخذه ثم وضعته على بطنه ، ثم حركته برجلها . فلما استيقظ ، قالت له والله لأنفذنك به أو لتطلقني ثلاثاً ، فطلقها . فأتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاستغاث به ، فشمها وقال لها ويحك ما حملك على ما صنعت ، فقالت بغضى إياه ، فأمضى طلاقه ... وعن عمر رضى الله عنه قال أربع واجبات على من تكلم بهن : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر ، يعنى النذر المرسل إذ اليمين بالنذر يمين . وبه تأخذ ، فنقول هذا كله جائز لازم ، إن كان جاداً فيه أو هازلاً ، أكره أولم يكره ... وأيد هذا كله حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلن جد ، الطلاق والرجعة والنكاح ... ثم لما لم يمتنع الوقوع مع وجود ما يضاد الجدد ، فلأن لا يمتنع الوقوع بسبب الاكراه أولى ، لأن الاكراه لا يضاد الجدد فإنه أكره على الجدد وأجاب إلى

ذلك . وإنما ضد الإكراه الرضا ، فيثبت بطريق البيئة لزوم هذه التصرفات مع الإكراه ، لأنه لما لم يتمتع لزومها بما هو ضد الجد ، فلأن لا يتمتع لزومها مع جد أقدم عليه عن إكراه أولى . ولا يجوز الانشاء مع الإكراه عند الشافعي . ورد في البدائع (جزء ٧ ص ١٨٢) : « وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز . واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً . ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه ، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون ، وهذا الشرط يفوت بالإكراه ، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له ، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه . وهذا هو أيضاً مذهب مالك ومذهب أحمد ، ولا يقول بالجواز إلا الحنفية . وقد ثار ابن القيم ، ومن قبله ابن حزم ، على من يقول بالجواز . فقال ابن القيم ، في أعلام الموقعين (جزء ٤ ص ٤٣) : « المخرج الثالث أن يكون مكرهاً على الطلاق أو الحلف به عند جمهور الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وهو قول أحمد ومالك والشافعي وجميع أصحابهم على اختلاف بينهم في حقيقة الإكراه وشروطه . قال الامام أحمد في رواية أبي طالب يمين المستكره إذا ضرب ، ابن عمر وابن الزبير لم يرياه شيئاً . وقال في رواية أبي الحرث إذا طلق المكره لم يلزمه الطلاق ... وقال الشافعي رضي الله عنه قال الله عز وجل « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » ، وللكفر أحكام ، فلما وضعها الله تعالى عنه سقطت أحكام الإكراه عن القول كله ، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه ... وقال ابن أبي شيبة ثنا عبد الله بن أبي طلحة عن أبي يزيد المديني عن ابن عباس قال ليس على المكره ولا المضطهد طلاق ... ثنا وكيع عن الأوزاعي عن رجل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لم يره شيئاً . قلت قد اختلف على عمر : فقال اسماعيل بن أبي أويس ... أن رجلاً تدلى يشتر عسلاً في زمن عمر رضي الله عنه ، فجاءته امرأته فوقفت

على الحبل ، خلفت لتقطعنه أو لتطلقى ثلاثاً ، فذكرها الله والاسلام ، فأبت إلا ذلك ، فطلقها ثلاثاً . فلما ظهر أتى عمر فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها ، فقال ارجع إلى أهلِكَ فليس هذا بطلاق . تابعه عبد الرحمن بن مهدى عن عبد الملك وهو المشهور عن عمر . وقال أبو عبيد حدثني يزيد عن عبد الملك بن قدامة عن أبيه عن عمر بهذا ، لكنه قال فرفع إلى عمر فأبأنها منه . قال أبو عبيد وقد روى عن عمر خلافه ، ولم يصح عن أحد من الصحابة تنفيذ طلاق المكره سوى هذا الأثر عن عمر ، وقد اختلف فيه عنه ، والمشهور أنه ردها إليه ، ولو صح إبانها منه لم يكن صريحاً في الوقوع ، بل لعله رأى من المصلحة التفريق بينهما وأنهما لا يتصافيان بعد ذلك فألزمه بإبانتها . . وقال ابن حزم فى المحلى (جزء ٨ ص ٣٣٢) : « ومن طريق ثابت الأعرج قال : سألت كل فقيه بالمدينة عن طلاق المكره ، فقالوا ليس بشىء . ثم أتيت ابن الزبير وابن عمر فردا على امرأتى ، وكان قد أكره على طلاقها ثلاثاً . وصح هذا أيضاً عن جابر بن زيد والحسن وعطاء وطلووس وشریح وعمر بن عبد العزيز ، وهو قول مالك والأوزاعى والشافعى وأحمد وأبى سليمان وجميع أصحابهم ... واحتج المجيزون لذلك بعموم قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد » : قال أبو محمد : وهذا تمويه منهم لأن الله تعالى الذى قال هذا هو الذى قال « ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » ، والمكره لم يطلق قط ، إنما قيل له قل هى طالق ثلاثاً ، فحكى قول المكره له فقط : والعجب من تخليطهم وقلة حياتهم ، يحتجون بعموم هذه الآية فى إجازة طلاق المكره ثم لا يجيزون بيع المكره والله تعالى يقول « وأحل الله البيع وحرم الربا » ! فإن قالوا البيع لا يكون إلا عن تراض ، قلنا والطلاق لا يكون إلا عن رضا من المطلق ونية له بالنصوص التى قدمنا . ثم قد خالفوا هذا العموم ولم يجيزوا طلاق الصبي ولا طلاق النائم . .

وأما الإنشاء الذى يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة ، فالإكراه فيه يفسد التصرف عند أى حنيفة وصاحبيه ، ويجعله موقوفاً عند زفر . ويتخفف

مالك فيجعل تصرف المكروه غير لازم ، ويتشدد الشافعي فيجعله باطلاً^(١) .

ونبدأ بالمذهب الحنفي ، وفيه خلاف كما رأينا بين الأئمة الثلاثة وزفر . فزفر يرى بيع المكروه موقوفاً لأن الرضا شرط البيع ، وقد فات الرضا بالإكراه ، فأصبح البيع موقوفاً على أجازة المكروه كييع الفضولي . أما الأئمة الثلاثة فيرون أن بيع المكروه فاسد ، لأن ركن البيع وهو المبادلة صدر من أهل للبيع في محل قابل له ، فأفاد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة . ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك ، وهنا الفساد لهدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لاشتراط الحكم ، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة . إلا أن سائر البياعات الفاسدة لا تلحقها الإجازة ، لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد ، وههنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بأجازته ورضاه (أنظر في ذلك البدائع جزء ٧ ص ١٨٦) . ويفارق بيع المكروه البيع الفاسد أيضاً من وجه ثان : ففي البيع الفاسد يزول الفساد إذا باع المشتري المبيع من ثالث ، أما في بيع المكروه

(١) والظاهر عند الجعفرية عدم صحة التصرفات بالإكراه . قال كاشف الغطاء (جزء ٣ ص ١٥٦) : « الإكراه الملجئ هو الحمل على الفعل بغير قصد من الفاعل ، كما لو أوجر الماء في حلق الصائم أو أركب إنسان غيره بأن رفعه ووضع على الدابة وهكذا . ونقسم الثاني هو الذي يصدر فيه الفعل بإرادة الفاعل ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقفاً للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره بإتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرس أو حبس وهو ذلك ... فالملجئ يسلب الإرادة والرضا ، وغير الملجئ يسلب الرضا وطيب النفس دون الإرادة . ولكن الظاهر تساويهما في أكثر الأحكام ، وقد يختلف نادراً . ففي مثل الصوم لو أوجر في حلقه لا قضاء عليه ولا كفارة ، ولكن لو أكرهه بالإكراه الغير الملجئ كان عليه القضاء دون الكفارة . أما في مثل الطلاق والبيع وسائر المعاملات ، فالظاهر عدم الصحة بالإكراه مطلقاً » .

وتقسم الإكراه عند الجعفرية إلى ملجئ وغير ملجئ هو كتنظيم الإكراه في الفقه الغربي إلى إكراه معدم للإرادة وإكراه مفسد لها . غير أن الجعفرية يجعلون الإكراه غير الملجئ ، كالاكراه الملجئ ، يبطل التصرفات .

فلا يزول الفساد والبائع المكره أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدي .
 ويفارقه من وجه ثالث : إذا قبض المشتري غير المكره المبيع لزم البيع من
 جانبه فلا يستطيع الفسخ ، أما في البيع الفاسد فيستطيع المشتري الفسخ ولو
 قبض المبيع (أنظر في الفروق ما بين بيع المكره والبيع القاسد ابن عابدين ه
 ص ١٢٥) . وظاهر أن هذه الفروق الثلاثة بين بيع المكره والبيع القاسد
 مما يدعم ما ذهب إليه زفر من أن بيع المكره موقوف لافساد ، فإنها فروق
 تقرب بيع المكره من البيع الموقوف وتبعده عن البيع القاسد .

ومالك لا يذهب في تصرف المكره إلى حد الفساد أو التوقف ، بل
 يقتصر على جعله غير لازم ، فيكون للعاقدة المكره الخيار بين فسخ العقد
 أو إمضائه . جاء في الشرح الكبير للدردير (الدسوقي جزء ٣ ص ٦) :
 « وأما لو أكره على البيع فقط فله رد البيع ويجب رد الثمن الذي أخذه إلا
 لبينة على تلفه بلا تفريط منه » . ويقول الدسوقي معقباً على ما تقدم : « قوله
 إلا لبينة : تشهد بتلفه من البائع بلا تفريط منه ، أي فلا يلزمه رد الثمن حيثئذ .
 وظاهره أن البائع إذا ادعى التلف من غير تفريط ، ولم يكن له بينة بذلك ،
 لم يصدق ، وهو قول . وقيل أنه يصدق يمين كالمودع » . وجاء في التسولي
 (جزء ٢ ص ٧٦) : « فالبيع إن وقع على وجه الضغط المذكور ، سواء باع
 المضغوط بنفسه أو وكل عليه مردود على بائعه ، بإجماع فيما إذا أكره على
 نفس البيع . ويرد الثمن للمشتري ، إلا أن تقرر البينة على تلفه عند البائع
 بغير سببه . فإن لم تقرر البينة بذلك ، بل ادعاه البائع فقط ، ففي تصديقه قولان
 لسحنون . ويظهر رجحان الأول ، لأن الثمن لم يقبضه البائع لحق نفسه إذ هو
 غير راض به ، فهو عنده كالأمانة فيصدق في تلفها بغير سببه » والمزية
 الملحوظة في مذهب مالك أنه يسوى ما بين عيوب الإرادة الثلاثة — الغلط
 والتدليس والإكراه — من حيث الجزاء . فكل من هذه العيوب يفسد
 الإرادة دون أن يعدمها ، أو كما يقول الفقه الإسلامي يعدم الرضا دون
 الاختيار ، ومن ثم كان جزاؤها واحداً ، وهو جعل التصرف غير لازم ،

فيثبت لمن فسدت إرادته الخيار في فسخ العقد أو إمضائه .

والشافعي ، على النقيض من مالك ، يذهب في الإكراه مدى أبعد من التوقف أو الفساد . فتصرفات المكره عنده باطلة . يستوى في ذلك التصرفات التي تحتمل الفسخ كالبيع والإيجار والتصرفات التي لا تحتمل الفسخ كالزواج والطلاق ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وعند الشافعي إذا انعدم الرضا — والإكراه يعدم الرضا كما قدمنا — فلا عبرة بالاختيار . بل إن الإكراه يضاد الاختيار الصحيح المعتبر شرعاً . ولا ينعقد التصرف إلا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً . ويعرض المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥٦ — ص ٥٩) حجج الشافعية في هذا الصدد عرضاً حسناً ، ثم يعارضها بحجج الحنفية فيقول : « وقال الشافعي تصرفات المكره قولاً يكون لغواً إذا كان الإكراه بغير حق ، بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون ، ويستوى إن كان الإكراه بحبس أو قتل . وحجته في ذلك قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » ، والمراد نفي الحكم لما يكره عليه المرء في الدين . قال عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، فهذا يدل على أن ما يكره عليه يكون مرفوعاً عنه حكمه وأثمه وعينه إلا بدليل ... أن انعقاد التصرفات شرعاً بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً ، ولهذا لا ينعقد شيء من ذلك بكلام الصبي والمجنون والنائم . وليس للمكره اختيار صحيح معتبر شرعاً فيما تكلم به ، بل هو مكره عليه ، والإكراه يضاد الاختيار ، فوجب اعتبار هذا الإكراه في انعدام اختياره به لسكونه إكراهاً بالباطل ولسكونه معذوراً في ذلك ، فإذا لم يبق له قصد معتبراً شرعاً التحق بالمجنون .. ولا يدخل فيه السكران فإنه غير معذور شرعاً ، فهو في المعنى كالمكره بحق ، فيكون قصده واختياره معتبراً شرعاً ، ولهذا نفذ منه جميع التصرفات . ولهذا صح إقراره بالطلاق هناك ، ولا يصح هنا إقراره بالطلاق بالاتفاق ، فكذلك إنشاؤه . وهذا بخلاف الهزل ، لأنه قاصد إلى التكلم بالطلاق مختار له ، فإن باب الهزل واسع ، فلما اختار عند الهزل

التكلم بالطلاق من بين سائر الكلمات ، عرفنا أنه مختار للفظ وإن لم يكن مريداً لحكمه . فأما المكره فغير مختار في التكلم بالطلاق هنا ، لأنه لا يحصل له النجاة إذا تكلم بشيء آخر ... ولأن سبب الإكراه محافظة قدر المالك على المكره ، حتى قلتم في الإكراه على العتق يضمن القيمة للمكره ، وكما يجب محافظة قدر ملكه عليه ، يجب محافظة عين ملكه عليه ، ولا طريق لذلك سوى أن يجعل الفعل عدماً في جانب المكره ، ويجعل هو آلة للمكره . وإذا صار آلة له ، امتنع وقوع الطلاق والعتاق . ولا معنى لقولكم أنه في التكلم لا يصلح آلة ، فإنكم جعلتموه آلة حيث أوجبتم ضمان القيمة على المكره في العتاق وضمان نصف الصداق على المكره في الطلاق قبل الدخول . ثم إن لم يمكن أن يجعل آلة حتى يصير الفعل موجوداً من المكره ، يجعل آلة حتى ينعدم الفعل في جانب المكره ... وحجتنا في ذلك (أي حجة الحنفية) أنه تصرف من أهله في محله فلا يلغى كما لو كان طائعاً ، وبيانه أن هذا التصرف كلام ، والأهل للكلام يكون مميزاً ومخاطباً ، وبالإكراه لا ينعدم ذلك ... وهذا لأن الخطاب ينبنى على اعتدال الحال ، وذلك يختلف فيه أحوال الناس ، فأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال في توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعاً تيسيراً للأمر على الناس . وبسبب الإكراه لا ينعدم هذا المعنى ، والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفي دار الحكم معه وجوداً وعدماً . وبيان المحلية أنه ملكه ، ولو لم يكن مكرها لكان تصرفه مصادفاً محله . وليس للطوعية تأثير في جعل ما ليس بمحل محلاً . فعرفنا أن التصرف صادف محله ، إلا أن بسبب الإكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ، ولا ينعدم أصل القصد والاختيار ، لأن المكره عرف الشرين فاختر أهونهما ، وهذا دليل حسن اختياره ، فكيف يكون مفسداً لاختياره ؟ . وهو قاصد إليه أيضاً لأنه قصد دفع الشر عن نفسه ... وما لا يتوصل إلى

المقصود إلا به يكون مقصوداً . فعرفنا أنه قاصد مختار ، ولكن لا لعينه بل لدفع الشر عنه . فيكون بمنزلة الهازل من حيث أنه قاصد إلى التكلم ، مختار له لا لحكمه بل لغيره وهو الهزل وقد بينا أن حال المكره في اعتبار كلامه فوق حال الهازل ، لأن الحكم للجد من الكلام ، والهزل ضد الجد ، والمكره يتكلم بالجد لأنه يجب إلى مادي إليه ، ولكنه غير راض بحكمه . . . ثم أن وجب محافظة قدر الملك على المكره ، فذلك لا يدل على أنه يجب محافظة عين الملك عليه ، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو موسر ، فإنه يجب محافظة قدر الملك على الساكت بإيجاب الضمان له على المعتق ، ولا يجب محافظة عين ملكه بابطال عتق المعتق . وهذا لأنه مكره على شيئين ، التكلم بالعتاق والاتلاف ، وهو في التكلم لا يصلح آلة للمكره لأن تكلمه بلسان الغير لا يتحقق ، وفي الاتلاف يصلح آلة له ، فجعلنا الاتلاف مضافاً إلى المكره ، فأوجبنا الضمان عليه .

بقي من التصرفات الإقرار . وهذا لا فرق فيه بين ما إذا كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن ، والإكراه يمنع من صحته في الحالتين عند الجميع . جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٢١٦) : « قال القرطبي في شرح مسلم في آخر باب الديات : شرط صحة الإقرار ألا يكون بإكراه » . وجاء في نهاية المحتاج للرملي (جزء ٥ ص ٧١ — ص ٧٢) : « ولا يصح إقرار مكره بما أكره عليه بغير حق ، لقوله تعالى « ألا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » . جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر ، فبالأولى ما سواه ، كأن ضرب ليقر . وجاء في البدائع (جزء ٧ ص ١٨٩ — ص ١٩٠) : « فإذا كان (الإكراه) على الإقرار فيمنع صحة الإقرار ، سواء كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن . لأن الإقرار أخبار ، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود الخبر به سابقاً على الإخبار ، والخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم . وإنما يترجح جنبه الوجود على جنبه العدم بالصدق ، وحال الإكراه لا يدل على الصدق ،

لأن الإنسان لا يتخرج عن الكذب حالة الإكراه ، فلا يثبت
الرجحان^(١) .

(١) وننقل هنا نصوص التقنين المدني العراقي في الإكراه — وهي توافق بين أحكام
الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي — كما نقلناها في القلط وفي التدليس :

م ١١٢ : ١ - الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه .
٢ . ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كإتلاف نفس أو عضو
أو ضرب مبرح أو إنداء شديد أو إتلاف خطير في المال . ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً
بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس ٣ . والتهديد بإيقاع ضرر
بالوالدين أو الزوج أو ذى رحم محرم ، والتهديد بخطر يحدش الشرف ، يعتبر إكراهاً .
ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال .
م ١١٣ : يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكروه قادراً على إيقاع تهديده ، وأن يخاف
المكروه وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكروه به أن لم يفعل الأمر
المكروه عليه .

م ١١٤ : يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم
ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً .
م ١١٥ : من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد ، لا تنفذ
عقده .

م ١١٦ : الزوج ذو شوكة على زوجته ، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً ، أو منعها عن
أهلها ، لتهب له مهرها ، فوهبته له ، لا تنفذ الهبة ، ولا تبرأ ذمته من المهر .

الفهرس

المبحث الثاني

تطابق الإرادتين في مجلس العقد

الصفحة

كيف ينقصد العقد ١

المطلب الأول

التعاقد بين الحاضرين

§ ١ - مجلس العقد

(١) نظرية مجلس العقد :

- الغرض من نظرية مجلس العقد ٢
حدود مجلس العقد — العلة الفنية فيه ٢
النصوص ٣
تبدل مجلس العقد — الإغراق في المادية ٧

(ب) النتائج التي تترتب على مجلس العقد :

- نتائج ثلاث : ١٠
خيار القبول ١٢
خيار الرجوع ١٤
خيار المجلس ١٧
اختلاف المذاهب في خيار المجلس ١٧
أحكام خيار المجلس عند من يقول به ٢١
ما ورد من النصوص في إثبات خيار المجلس وفي نفيه ٢٩
ترجيح المذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس ٣٧

٢ — تطابق الإيجاب والقبول

الصفحة

٤٠	أولاً — تطابق الإرادتين على محل العقد :
٤٠	صور انعدام التطابق
٤٤	حكم انعدام التطابق
٤٨	مطابقة القبول للإيجاب في الفقه الغربي
٤٩	ثانياً — عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول :

المطلب الثاني

التعاقد بين الغائبين

٥٠	خصائص هذا التعاقد
٥٠	جلس العقد في التعاقد بين الغائبين
٥٤	متى يتم العقد في التعاقد بين الغائبين
٥٧	خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس في التعاقد بين الغائبين :
٥٧	خيار الرجوع
٦٠	خيار القبول
٦١	خيار المجلس

المطلب الثالث

حالات خاصة في إبرام العقد

١ — عقد المزا

٦٢	نصوص التقنينات المدنية العربية
٦٤	الفقه الإسلامي يقر « بيع من يزيد »
٦٨	الإيجاب والقبول في « بيع من يزيد »
٧٠	العطاء اللاحق لا يسقط العطاء السابق في « بيع من يزيد »
٧١	لا يتختم إرساء المزا على من تقدم بأكبر عطاء في « بيع من يزيد »
٧٤	النجش

§ ٢ — عقد الإذعان

الصفحة

٧٧	نصوص التقنينات المدنية العربية
٧٨	عقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث
٨١	عقد الإذعان في الفقه الإسلامي :
٨٢	الاحتكار
٨٧	بيع متلقى السلم
٩٠	بيع الحاضر للبادي

§ ٣ — العربون

٩٢	نصوص التقنينات المدنية العربية
٩٣	العربون في الفقه الغربي الحديث
٩٦	العربون في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني

مقالة التراضي

١٠٣	الأهلية وعيوب الإرادة :
١٠٣	الأهلية في البلاد العربية يسرى عليها قانون الأحوال الشخصية
١٠٣	عيوب الإرادة

المبحث الأول

الغلط

تمهيد

§ ١ — الغلط في الفقه الغربي

١٠٤	النظرية التقليدية
١٠٥	النظرية الحديثة
١٠٧	كيف ينضبط التعامل في مواجهة المعيار الذاتي في الغلط — اتصال المتعاقد الآخر بالغلط
١٠٩	نصوص التقنينات المدنية العربية

§ ٢ - الغلط في الفقه الإسلامي

الصفحة

١١١	 معايير الغلط في الفقه الإسلامي موضوعية
١١٢	 تدرج عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي
١١٢	 أنواع الغلط في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

الغلط في الشيء

§ ١ - الغلط الجوهرى

(١) الغلط المانع :

١١٣	 اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاش التفاوت
١١٣	 النصوص الفقهية
١١٧	 مقارنة بالفقه الغربى

(ب) فوات الوصف المرغوب فيه :

١١٧	 التفاوت في المنفعة دون تفاش
١١٨	 النصوص الفقهية
١٢٠	 مقارنة بالفقه الغربى

§ ٢ - التنازع ما بين استقرار التعامل

واحترام الإرادة الحقيقية

(١) عدم الاعتداء بالغلط لأن العاقد لم يكشف عن إرادته

ولم تكن هذه الإرادة مكشوفة :

١٢١	 لا يعتد بالغلط إذا استقل به أحد العاقلين
١٢٢	 تسمية العاقد الشيء باسم يصلح له وتسمية الشيء بغير اسمه

(ب) الاعتداد بالغلط لأن الغلط كشف عن إرادته أو كانت

هذه الإرادة مكشوفة :

كيف تكشف إرادة العاقد	١٢٤
الكشف الصريح عن الإرادة	١٢٤
استخلاص الإرادة ضمناً من الملابس وظروف الحال	١٢٨
استخلاص الإرادة ضرورة من طبائع الأشياء — خيار العيب	١٣٠

(ح) الاعتداد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته :

خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط	١٣٢
خيار الرؤية يثبت للمشتري لأن غلطه مغتفر	١٣٣
خيار الرؤية لا يثبت للبائع لأن غلطه غير مغتفر	١٣٤

المطلب الثاني

الأنواع الأخرى من الغلط

§ ١ — الغلط في الشخص

الغلط في الشخص لا يؤثر في العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد محل اعتبار	١٣٥
الشفعة — الغلط في شخص المشتري	١٣٧
الوكالة — الغلط في أهلية الوكيل	١٣٨
إجازة النظر — الغلط في وصف جوهري فيها	١٤٠

§ ٢ — الغلط في القيمة

الغلط في القيمة والغبن	١٤٢
عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التفرير	١٤٣
الاعتداد بالغبن إذا صحبه الغلط	١٤٦
الاستغلال في الفقه الإسلامي	١٥١

§ ٣ — الغلط في القانون

الصفحة

الغلط في القانون في الفقه الغربي	١٥٢
الغلط في القانون في الفقه الإسلامي	١٥٣

المبحث الثاني

التدليس

المطلب الأول

التدليس في الفقه الغربي

التدليس والغلط	١٥٧
عناصر التدليس :	١٥٨
استعمال طرق احتمالية	١٥٩
التدليس هو الدافع إلى التعاقد	١٥٩
التدليس صادر من التعاقد الآخر أو من الغير	١٦٠

المطلب الثاني

التدليس أو التغيرير في الفقه الإسلامي

التدليس في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً من الغلط	١٦٠
التغيرير باستعمال طرق احتمالية — التغيرير الفعلي	١٦١
التغيرير عن طريق مجرد الكذب :	١٦٦
بياعات الأمانة	١٦٦
بيع الاسترسال	١٧٥
التغيرير القسوى	١٧٨
التغيرير عن طريق محض الكتمان	١٨٣
التدليس الصادر من الغير	١٨٦

المبحث الثالث

الإكراه

المطلب الأول

الإكراه في الفقه الغربي

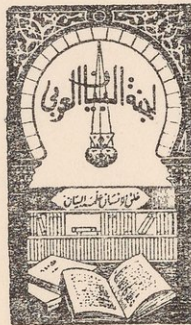
الصفحة

١٨٩		تمهيد
١٩٠		نصوص التقنينات المدنية العربية
١٩١		عناصر الإكراه :
١٩٢		استعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محقق
١٩٥		رهبة تحمل على التعاقد ..
١٩٦		الجهة التي صدر منها الإكراه

المطلب الثاني

الإكراه في الفقه الإسلامي

١٩٨		بروز الإكراه عن سائر عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي
٢٠١		استعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محقق
٢١٠	{	هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع ، وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبي
٢١٧		رهبة تحمل على التعاقد
٢٢٠		الجهة التي صدر منها الإكراه
٢٢٥		حكم الإكراه



مطبعة لجنة البيان العربي بلاطو على

المبحث الثالث

الإكراه

المطلب الأول

الإكراه في عقد القرض

المقدمة

- ١٨٩ تعريف الإكراه
- ١٩٠ أسباب الإكراه
- ١٩١ عناصر الإكراه
- ١٩٢ وسائل الإكراه
- ١٩٣ أثر الإكراه في العقد
- ١٩٤ رخصة العمل على التعاقب
- ١٩٥ الجهة التي تستلزم بها الإكراه
- ١٩٦

المطلب الثاني

الإكراه في التعقيد الإسلامي

- ١٩٨ رد الإكراه عن سائر محاييل الإكراه في الفقه الإسلامي
- ٢٠١ وسائل الإكراه
- ٢٠٢ هل يكون الإكراه مصحفاً إذا
- ٢٠٣ وهل يتعلق به طريق
- ٢٠٤ رخصة العمل على التعاقب
- ٢٠٥ الجهة التي تستلزم بها الإكراه
- ٢٠٦ حكم الإكراه



American University of Beirut



349.297

Sa 22mA

V.2

General Library

