العقود والشروط والخيارات

العقود والشروط والخيارات

لحضرة صاحب الفضيلة الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم بك

أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ووكيل الكلية

هذه خلاصة جمعت فيها كل ما يتعلق بالعقود والشروط والخيارات مما أنتجته قرائح فقهاء الشريعة الاسلامية رضى الله عنهم . وقد التزمت فيما سأذكره هنا الإجمال فى جملته حتى يسهل تناوله وتصوره على الطالبين . وان وراء هذا كتابة جامعة مفصلة جدا استوعبت فيها جميع مسائل هذا الموضوع استيعابا تاما ، قدرت لها أنها تستغرق المئات من الصفحات ، مع سعة البحوث والتعمق فيها وتحرير النظريات وبسط الأدلة والتعليلات . وسيكون هذا الموضوع برمته جزءا من كل يحتوي الالتزامات فى الشريعة الاسلامية ، ويفصلها أتم ما يمكن من التفصيل ، مسايرا فى ذلك الالتزامات فى القوانين الوضعية ، حتى تسهل المقارنة ، وتتيسر الاستفادة ، وينكشف ما كان خفيا ويظهر للعيان واضحا جليا . وبذا تقف الشريعة الصحيحة المحررة أمام القانون المدل بجدته ومحرره الى حد بعيد جدا وجها لوجه ، كل يعرض ما احتواه من الآراء والنظريات والقضايا الأساسية التى هى مبنى الأحكام التفصيلية . وقد يتراءى بعد ذلك أنهما متقاربان لا يكاد يكون بينهما فرق من حيث وجهة النظر التشريعية المراعى فيها من الطرفين جميعا جلب المصالح ودرء المفاسد . وقد يكون فى الكنوز الثمينة النفيسة التى خلفها لنا سلفنا الصالح من فقهاء الشريعة الاسلامية ما يصلح بحق أن يكون مورد تغذية وافية كافية هنيئة مريئة للقوانين الوضعية فتنميها وتصلح من شأنها. وان أسعد وقت عندنا لهو الوقت الذى يتم فيه التعارف والتفاهم بين الشريعة والقانون ، حتى تكونه أو يكونها ، وليس ذلك على من أخلص فى العمل وشمله الله تعالى بتوفيقه وهدايته بعزيز .

وهاك محتويات هذا الموضوع :

(أ) العقود .

(١) العقد .

(٢) العاقد .

(٣) المعقود عليه — أو — محل العقد .

(٤) حكم العقد .

(٥) حقوق العقد .

أ — **العقد** : العقد والتصرف . العقد والوعد . الوجود الحسي للعقد . الوجود الشرعي للعقد .

ركن العقد : الايجاب . القبول . اشتراط أكثر من إرادة واحدة . الاكتفاء بإرادة واحدة . اتحاد الإرادتين . القبض .

مجلس العقد : اتحاد المجلس . اختلاف المجلس .

صيغة العقد : التنجيز . التعليق . الاضافة إلى المستقبل . التوقيت . الفرق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط .

التكوين الشرعي للعقد : العقد باللفظ ، وبالكتابة ، وبالإشارة . الانعقاد . الصحة . النفاذ . اللزوم . العقد الصحيح . العقد الفاسد . العقد الباطل . العقد الموقوف . العقد اللازم بالنسبة لكل من العاقدين أو أحدهما . غير اللازم . البات .

مجموعات العقود : من حيث وحدتها الذاتية .

التمليكات — أنواع المعاوضات . التبرعات . الاسقاطات . الاطلاقات . التقييدات . الشركات . عقود الاستئمان والاستحفاظ . يد الأمانة . يد الضمان .

ما يتعين فيه النقود بالتعيين وما لا يتعين والآثار المترتبة على ذلك .

الأحكام الأربعة للعقود . الاقتصار . الانقلاب . التبيين . الاستناد (الأثر الرجعي) .

القصور فى العقود : وما يعترض على العقد من العيوب .

٢ — **أهلية العاقد** : الصفات التى لا تؤثر فى أهلية العاقد لكنها تؤثر فى حكم العقد لاعتبارات خاصة .

تعدد العاقد : توحد العاقد .

ولاية العاقد : المالك . الوكيل . الرسول . الولى . الوصي . الفضولي . الحاكم .

٣ — **المعقود عليه أو محل العقد** : المحلية المطلقة . المحلية النسبية . العقد على الموجود . العقد على المعدوم . قابلية المحل لحكم العقد وعدم قابليته شرعا وطبعا .

٤ — **حكم العقد** : من يثبت له حكم العقد ومتى يثبت .

٥ — **حقوق العقد** : من الذى ترجع اليه حقوق العقد و بيان الآثار المترتبة على ذلك .

(ب) الشروط :

آراء أئمة الشريعة فى الشروط الزائدة على ما يقتضيه العقد ، المقارنة له ، أو السابقة عليه ، أو اللاحقة . بيان حكم الشروط فى كل مجموعات العقود .

(جـ) الخيارات :

تعريف الخيار . أنواع الخيار . خيار الشرط . خيار الرؤية . خيار العيب . خيار التعيين . خيار النقد . خيار فوات الوصف المرغوب فيه . خيار تفريق الصفقة . خيار الغبن والتغرير . خيار المخيرة . خيار العتق . خيار الفسخ لعدم الكفاءة . خيار البلوغ . خيار المجلس . خيار الكمية . خيار الاستحقاق . خيار التغرير الفعلي . خيار كشف الحال . خيار الخيانة فى المرابحة والتولية . خيار إجازة عقد الفضولي . خيار ظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا .

العقـــــــــــــد

العقد هو التزام اختياري ، يوجبه الانسان على نفسه . وقد يقره الشارع على ما التزمه ، وقد لا يقره . فتصحيح العقد وترتيب آثاره عليه موكول الى اعتبار الشارع . ومن معاني العقد فى لغة العرب[1] إحكام الشيء وتقويته ، والجمع بين أطراف الخيط بالربط ، وضد العقد الحل . ومن المعنى الأخير جاء التعريف الشرعى[2] للعقد ، وهو ربط أجزاء التصرف بالايجاب والقبول ، وأثره الانعقاد ، وهو فى الوضع اللغوى حسي ، وفى الوضع الشرعى معنوي . وترتب الانعقاد على العقد الحسى لازم حتما ، أعنى أنه كلما وجد العقد الحسى وجد أثره وهو الانعقاد بدون تخلف ، فهما متلازمان عقلا وطبعا ، وأما ترتب الانعقاد على العقد الشرعى فهو بصنيع الشارع ، فان شاء رتبه فورا ، وان شاء على التراخى ، وان شاء وقفه ولم يرتبه الخ . وذلك لأن العقود الشرعيـة علل جعليـة وليست عللا عقلية ولا طبيعية ، ونظيرها فى ذلك العقود القانونية ، فهما سيان . وقد يتم العقد بارادة واحدة ، وذلك فى الالتزامات الشخصية التى لا يقابلها التزامات أخرى على طريق التبادل من الطرف الآخر ، كما فى التبرعات من هبة وصدقة ووصية وابراء من الدين واعتاق ووقف الخ . وانما اشترط القبول من الطرف الآخر فى الالتزامات التبرعية اذا كان معينا ، لأنه ليس لأحد أن يدخل شيئا فى ملك غيره بدون ارادته ، فالقبول اعلان برضا المتبرع له بدخول ما تبرع له به فى ملكه ، وليست حقيقة التبرع بمتوقفة عليه . أما اذا كان المتبرع له غير معين بالشخص كالفقراء وطلبة العلم واليتامى والجهـات الخيرية العامة فلا يشترط القبول ، بالاتفاق . فهل تسمى هذه التصرفات التى تتم بالايجاب وحده من اعتاق وطلاق وابراء ونحوها عقودا أو لا تسمى بذلك ؟ لا شك فى أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد ، اذ هى أمور وقعت فى نفس الملتزم أولا وعقد عليها نيته وعزم عليها عزما أكيـدا ، ثم أبان عنها باللفظ أو بما يقوم مقامه . وإذا يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التى تترتب عليها آثار شرعية ، وقد تتم

بارادة واحدة أو بأكثر ، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد الا بايجاب وقبول ، كما فى عقود المعاوضات ، وهى فى الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى ومتوقفة على وجودها وتحققها ، فالالتزام فيها حاصل من الطرفين ، كل يلتزم للآخر بما ألزم به نفسه . وبالجملة فالفقهاء وان كانوا قد عرفوا العقد بأنه ربط طرف الأيجاب بطرف القبول — هم أيضا عند تعرضهم لبيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله يتناولون كل التصرفات والالتزامات الشرعية على العموم فيذكرون الطلاق والعتق والابراء والوقف الخ ، كما يذكرون البيع والاجارة والقسمة والنكاح والخلع الخ . فيتناولون بتعميمهم هذا كل صور العقد بمعناه الأعم ومعناه الأخص . وعلى هذا يصح أن نقول : للعقد فى اطلاق الفقهاء معنيان ، معنى عام يشمل جميع التصرفات التى لها أحكام شرعية ، ومعنى خاص بما فيه التزام من طرفين متقابلين ، وكلا الاستعمالين سائغ فى كتب الفقه الشرعية ، كما يظهر ذلك بالتتبع فى كتب جميع المذاهب المختلفة .

العقد والتصرف — وعلى هذا تكون النسبة بين العقد والتصرف اما المساواة بناء على التعريف الأعم ، ويحمل التصرف على ما يلتزمه الشخص لغيره مطلقا ، أما اذا حمل التصرف على ما هو أعم من ذلك من التزام وغيره فان معناه يكون أعم من معنى العقد حينئذ ، اذ العقد لا يكون الا التزاما على أى وجه قلبته . واما أن تكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق بناء على التعريف الأخص ، فكل عقد تصرف ولا عكس . على أنه اذا قيل — العقود والتصرفات — أو التصرفات والعقود ، جاز أن يكون هذا من ذكر العام بعد الخاص ، أو الخاص بعد العام ، أو المتساويين ، أحدهما بعد الآخر . وجاز أيضا حمل كل منهما على معنى خاص ، فتحمل العقود اما على الالتزامات المتقابلة من طرفين ، والتصرفات على ما عدا ذلك ، أو تحمل العقود على الالتزام بمعناه الأعم ، والتصرفات على ما وراء ذلك من الأعمال الادارية كعمل الوصى وناظر الوقف والقاضى وكل ما يندرج تحت الولاية العامة أو الخاصة مما يملكه

الولى أو الوصى ونحو ذلك . وحينئذ نقول ان النسبة بين التصرف والعقد هى التباين ، اذ لا ينتظمهما على هذا الاعتبار معنى واحد ، بل معنياهما متغايران . ولعل حمل كل من التصرف والعقد على هذه المعانى المختلفة يختلف باختلاف المقامات والقرائن . هذا هو ما استخلصته بالاستقراء من الكتب الفقهية الشرعية ومما اصطلح عليه فى أعمال المحاكم عندنا .

العقد و الوعد : العقد انشاء تصرف فى الحال ، والوفاء به واجب قضاء وديانة متى توافرت أركانه وشروطه الشرعية ، وأما الوعد فهو الاعلان عن الرغبة فى فعل أمر فى المستقبل يعود بالفائدة على الموعود ، ولذا قيل فى تعريفه انه اخبار عن انشاء المخبر معروفا فى المستقبل . ولا خلاف بين العلماء فى استحباب الوفاء بالوعد ، وأن الوفاء به من مكارم الأخلاق . وانما الخلاف بينهم فى وجوب الوفاء به قضاء ، أعنى هل يلزم القاضى الواعد بأن يفى بوعده و يجبره على ذلك ، كما يلزم العاقد بالوفاء بعقده و يجبره على ذلك ؟ ذهب جمهور الفقهاء الى أن الوعد لا يجب الوفاء به قضاء وأنه لا يكسب الموعود حقا قبل الواعد الا حقا أدبيا فقط ، لا سبيل للقضاء الى الزامه به . وأما على ما ذهب اليه مالك وأصحابه ففى المسألة أربعة أقوال :

(الأول) أنه يقضى به مطلقا ، واختار هذا القول بعض أصحاب مالك ، ورجحه صاحب تصحيح الفروق .(١)

(الثانى) لا يقضى به مطلقا ، كما هو قول جمهور الفقهاء .

(الثالث) ان كان الوعد على سبب وجب الوفاء به قضاء ، والا فلا ، سواء أدخل الواعد الموعود فى السبب أم لا .

(الرابع) ان كان الوعد على سبب ، وقد أدخل الواعد الموعود فى السبب ، فانه يجب الوفاء به قضاء كما يجب الوفاء بالعقد . فلو قال شخص لآخر سأعطيك اذا نجحت فى الامتحان عشرة جنيهات مصرية ، ثم نجح وجب الوفاء بذلك ، والقضاء عليه بما وعد به ، لاعتباره التزاما منه ، على القول الأول فقط ، ولا يجب الوفاء بذلك قضاء على الأقوال الثلاثة وعلى ما ذهب اليه جمهور الفقهاء . واذا

قلت لشخص أريد أن أتزوج أو أن أشترى كذا أو أن أقضى غرمائى فأسلفنى كذا ، أو أريد أن أركب غدا الى مكان كذا فاعرنى دابتك ، أو أن أحرث أرضى فاعرنى بقرك ، فقال لك نعم ، ثم بدا له أن يرجع فيما قال قبل أن تشترى أو أن تتزوج أو أن تسافر الخ فان ذلك الوعد يلزمه ، ويجب القضاء عليه به ، على القول الثالث ، وكذا الأول فقط . أما اذا دخلت فى السبب بالفعل كأن تزوجت ، أو اشتريت الخ فانه يقضى عليه بالوفاء بوعده على القول الرابع ، وكذا على الأول والثالث ، بالأولى ، وهـذا هو المشهور والراجح من مذهب مالك : ومما فرعوه على ذلك أنه لو قال شخص لآخر : اشتر هـذه الدار والثمن على ، فاشتراها ، لزم الواعد أن يقدم الثمن لأنه أدخله فى الشراء ، وكذا لو قال له تزوج وعلى المهر فتزوج ، لأنه أدخله فى الزواج .

ومما تقدم ترى أن الوعد يكون فى قوة العقد ، فى الالزام ، على قول مالك الراجح اذا أدخل الواعد الموعود فى السبب ، وقد باشره بنـاء على الوعد . وأما على قول جمهور الفقهاء فالوعد ليس له قوة الالزام القضائى على أى شكل كان ، بل هو التزام أدبى فقط ، والوفاء به من مكارم الأخلاق .

هذا — ولا يفرق بين العقد والوعد بصيغة الماضى والمضارع ، فان العقد كما يـكون بصيغة الماضى ، وهو الـكثير الغالب فيه ، قد يـكون كذلك بصيغة المضارع اذا دلت القرائن عليه . وبالجملة فصيغة الماضى قاصرة على العـقد ، وأما صيغة المضارع فالمتبادر الظاهر منها الوعد الا أن تدل قرينة على العقد . قال فى فتح القدير ما خلاصته لو قال رجل لآخر تزوجنى بنتك فقال له قبلت ، فان هذا لا يـكون عقدا الا عند عدم قصد الاستيغاد ، فـكأنه قال أتعدنى أن تزوجنى بنتك ؟ فيـكون معنى قوله قبلت — انى قبلت أن أعدك بذلك ، وهـذا ليس من العقد فى شىء ، بل هو وعد . لـكن ان قامت قرينة على العقد كان عقدا ، كأن يكون المجلس للعقد ، فى هذه الحالة تصرف القرينة لفظ المضارع عن ظاهره الدال على الوعد ، وتعينه للعقد — والحاصل أن المرجع فى مثل ذلك يـكون الى قرائن الأحوال (وانظر كتابنا الأحوال الشخصية فى صيغة عقد الزواج) .

والبيع ينعقد بلفظين مضارعين لم يقرنا بالسين أو سوف ، لكنه فى هذه الحالة يحتاج الى النية أو القرينة الدالة على انشاء البيع فى الحال ، كأن يقول أحدهما للآخر أبيعك الآن دارى الفلانية بكذا فيقول الآخر أقبل ، أو قبلت ذلك . وكذا اذا جرى عرف أهل بلد باستعمال المضارع فى العقود كأهل خوارزم (٤) فان هذا العرف يعتبر فى دلالته على انشاء العقد فى الحال . والسبب فى ذلك أن للمضارع المجرد احتمالين ، الحال ، والاستقبال ، ولا بد لتعيين أحدهما من نية أو قرينة أو عرف ، بخلاف الماضى فان صيغته للقطع والجزم ، لا احتمال فيها أصلا ، فلذا صحت بها العقود جاهلية واسلاما ، سواء اعتبرناها منقولة الى الانشاء ، أو باقية على معناها الأصلى (راجع تهذيب الفروق (٥)) . وعلى هذا لو قال أحدهما للآخر سأبيعك دارى الفلانية بكذا ، فقال الآخر سوف أقبل أو سأقبل ، أو أقبل ، أو قبلت ، فلا بيع بينهما لعدم الجزم ، فلم يخرج الكلام عن كونه وعدا (انظر الدر ورد المحتار) (٦) .

الوجود الحسى والوجود الشرعى للعقد — لكل عقد وجودان حسى وشرعى ، فأما الوجود الحسى فهو ما يدركه الحس من سمع وبصر من كلام العاقدين ورؤية الكتابة أو الاشارة مما يتكون منه العقد . والوجود الشرعى هو ذلك الوجود الحسى مع استيفاء العقد أركانه وشروطه الشرعية . وكلما كان للعقد وجود شرعى كان له وجود حسى حتما ، واذا انتفى الوجود الحسى للعقد انتفى كون الشرعى له ، وذلك لأن حديث النفس وحده لا يترتب عليه حكم شرعى ، خلافا لمالك فى بعض ما نقل عنه . وليس كلما كان للعقد وجود حسى كان له وجود شرعى ، كما اذا صدر العقد من غير أهله ، أو فى غير محله ، أو فقد شرطا مما يشترط لاعتباره شرعا . فالنسبة بين الوجودين العموم والخصوص المطلق ، على ما ذهب اليه الجمهور ، وهو الصحيح الراجح . وأما على ما ذهب اليه مالك فى بعض ما روى عنه فالنسبة بينهما العموم والخصوص من وجه ، فيجتمعان فى عقد صدر بايجاب وقبول مسموعين (مثلا) من أهله فى محله مع

استيفاء كل شروطه الشرعية ، و ينفرد الوجود الحسى للعقد فى مثل صدور العقد بعبارة مسموعة ، لـكن من غير أهله أو فى غير محله ، و ينفرد الوجود الشرعى فيما ينعقد من العقود بحديث النفس وحده بدون تلفظ أو ما يقوم مقامه كالطلاق بالنية ، على ذلك القول ، ومن ذلك ما قاله ابن رشد[١٥] فيمن عزل لمسكين معين شيئا وبتله له بقول ، أو نية ، فلا يجوز له أن يصرفه الى غيره ، وهو ضامن له ان فعل ، وسواء كان المال من عنده ، أو جعل له تفرقته اه . ومعنى بتله أى جعله له من الآن . والمراد بالنية حديث النفس (انظر الخطاب وتهذيب الفروق)[١١] ونظير الوجود الحسى فقط للعقد صلاة غير المتوضىء وصوم الحائض ، فـكل من الصلاة والصوم له وجود فى الحس ، وليس له وجود فى الشرع ، فلا بد من اعادة الصلاة والصوم لبطلان ما حصل أولا ، لفـقدان شرط الصحة فى كل من العبادتين .

والوجود الحسى للعقد لا يترتب عليه وحده أثر للعقد شرعا ، بخلاف الوجود الشرعى . وسيأتى لهذا فضل بيان فى تقسيم العقد الى صحيح وغير صحيح .

ركن العـقد

وهو ما تـكونت منه ماهية العقد ، وهو اما بسيط اذا كان تحقق العـقد بالايجاب وحده كالعتق والطلاق والوقف ، والـكفالة على قول ، واما مركب اذا توقفت حقيقة العقد على وجود كل من الايجاب والقبول جميعا .

الايجاب والقبول — من معانى الايجاب فى اللغة الالزام والاثبات ، ومن معانى القبول التصديق والموافقة . والمراد بالايجاب هنا ما يصدر من أحد العاقدين أولا ، سمى ايجابا لاثباته لما يريده الموجب ، والقبول هو ما يصدر من العاقد الآخر بعد الايجاب من الأول مصدقا وموافقا له . فلو قال شخص لآخر بعتك دارى الفلانية بألف جنيه مصرى ، فقال الآخر اشتريتها بهذا الثمن كان قول الأول (بعت) ايجابا ، وقول الثانى (اشتريت) قبولا ، ولو أن المشترى قال أولا (إشتريت) ، وقال البائع بعد ذلك (بعت) ، كان قوله (اشتريت)

ايجابا ، وقوله (بعت) قبولا . وهكذا . وفى الحقيقة كل من الايجاب والقبول اثبات ، غير أن الاثبات الثانى سمى قبولا تمييزا له عن الاثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول . والايجاب والقبول قد يكونان فى عقد فيه التزامان متقابلان من طرفين كما فى عقود المعاوضات ، واذا لا بد من القبول حتما لتحقق معنى العقد ووجوده ، وذلك لأن الايجاب معلق على القبول ، فاذا لم يوجد قبول موافق للايجاب فلا وجود للعقد أصلا . فالقبول فى هذه الحالة ركن من أركان العقد لا يتحقق الا بوجوده ، وقد يكون القبول بالمعاطاة ، أى بالفعل ، كما فى عقد البيع . وقد يكون العقد عقد تبرع ، وفى هذه الحالة يتحقق وجود الالتزام فيه بالايجاب وحده ، وانما يشترط القبول اذا كان المتبرع له معينا لأجل رضاه بدخول الشىء المتبرع به فى ملكه ، كما فى الهبة والوصية ونحوهما . واذا وجد فى العقد ايجاب وقبول فلا بد لتحقق هذا العقد شرعا من تواردهما على موضوع واحد ، والا فلا وجود للعقد شرعا ، فلو قال رجل لآخر أجرتك دارى التى بالزمالك ، فقال الآخر قبلت اجارة دارك التى بالجيزه ، فلا عقد بينهما لعدم توارد ارادتيهما على محل واحد ، وكذلك لا انعقاد فيما لو قال رجل لآخر زوجتك بنتى فاطمة فقال قبلت زواج ابنتك عائشة . غير أن مخالفة القبول للايجاب اذا كانت الى خير مع عدم تغير محل العقد فلا يمنع ذلك تحقق العقد شرعا ولا الانعقاد ، وذلك لوجود الموافقة ضمنا . ومن أمثلة ذلك ما اذا قال البائع للمشترى بعتك هذه الفرس بمائة جنيه مصرى ، وقال المشترى اشتريتها منك بمائة وعشرين ، فان البيع ينعقد بينهما بمائة ، وأما العشرون التى زادها المشترى فلو قبلها البائع فى المجلس لزمت المشترى أيضا . وكذا لو قال المشترى للبائع اشتريت منك هذه الدار بألف ، فقال البائع بعتها منك بتسعمائة ، انعقد البيع بينهما ولزم بالتسعمائة ، ويعتبر أن البائع أبرأ المشترى من مائة ، والابراء اسقاط يتم بالايجاب وحده ، فلا يتوقف على القبول ، وان كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك . ومن أمثلته أيضا ما اذا قال الخاطب لمخطوبته تزوجتك بمائتين ، فقالت قبلت بمائة ، انعقد الزواج بينهما بمائة ، على اعتبار أنها قبلت المائتين وحطت عنه

مائة منها ، والحط اسقاط كما تقدم . وكذا لو قالت له تزوجتك بمائة ، فقال قبلت بمائتين ، انعقد النكاح بينهما بمائة ، وأما المائة الأخرى التى زادها فلا تلزمه الا اذا قبلتها فى المجلس . وانظر أحوال مخالفة الوكيل للموكل فى كل من البيع والزواج ففيهما صور كثيرة للمخالفة التى لا تضر والمخالفة التى تضر. ومما يناسب ذكره هنا أنه اذا سمى المهر مع الايجاب ، بأن قال تزوجتك بكذا ، فقالت قبلت الزواج ولا أقبل المهر لا يصح العقد ، ولا يشكل على هذا أنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية ، أو وجودها ، وذلك لأنه ما أوجب الزواج الا بهذا القدر ، فلو صححناه اذا قبلت فى الزواج دون المهر لزمه مهر المثل ، وهو لم يرض بالزواج به ، بل بما سمى ، فيلزمه ما لم يلتزمه ، وهذا لا يجوز . وهذا بخلاف ما اذا لم يسم فى الأصل ، لأن الظاهر أن غرضه فى هذه الحالة هو الزواج بمهر المثل حيث سكت عن التسمية ، مع العلم بأن مهر المثل هو اللازم عند عدم التسمية ، واذا يلزمه ما التزمه . وانظر كتابنا الأحوال الشخصية ففيه تمام هذه المسألة .

ومما ينبغى ذكره هنا ما يتعلق بتفريق الصفقة [1] فى البيع ، وجملة القول فيه أن الموجب اذا كان واحدا ، سواء أكان بائعا أم مشتريا ، وكان المخاطب متعددا ، فلا يجوز تفريق الصفقة بقبول بعضهم دون بعض ، لما فى ذلك من الاضرار بالموجب . فلو قال زيد لبكر وخالد ورجب بعتكم دارى الفلانية بكذا ، فقبل بكر وحده ، أو بكر وخالد فقط ، لا يجوز البيع الا اذا أجازه زيد ، وكذا لو قال خالد لزيد و بكر وعمرو الشركاء فى ملك دار لهم اشتريت منكم تلك الدار بكذا ، فقبل بعضهم دون بعض ، لا يجوز البيع أيضا الا اذا رضى به المشترى بعد ذلك ، دفعا لضرر تفريق الصفقة عنه . واذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يجز القبول فى حصة واحد دون الآخرين للسبب المتقدم ، والمثال ظاهر مما تقدم .

---

(١) الصفقة هى ضرب اليد على اليد . وكان من عادة العرب إقبل الاسلام أن يضرب المشترى يده على يد البائع اذا كان قد رضى بالبيع ، ثم سمى عقد البيع صفقة . ويقال صفقة خاسرة ، وصفقة رابحة ، كما يقال ربحت صفقة فلان . والمراد بتفريق الصفقة فى اصطلاح الفقهاء تجزئة المعقود عليه ، بالرضا ببعضه دون بعض ، مخالفا فى ذلك القبول للايجاب .

واذا اتحد كلاهما لم يجز القبول فى بعض المبيع دون بعض الا اذا أجازه من يضره تفريق الصفقة ، من بائع أو مشتر بشرط أن يكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء ، كأن يكون عينا واحدة قيمية أو من المثليات كالمكيل من بر أو شعير ونحوهما ، وحينئذ يكون القبول ايجابا ، والرضا قبولا ، ويبطل الايجاب الأول . أما اذا كان المبيع متعددا ولا يمكن انقسام الثمن عليه الا بالقيمة ، كدار وبستان ، أو فرس وبقرة وجمل ، فلا يجوز تفريق الصفقة فيه ولو رضى الموجب الا اذا فصل الثمن وكرر لفظ الايجاب ، كأن يقول بعتك هذه الدار وهذا البستان ، بعتك الدار بألف وبعتك البستان بستمائة ، أما اذا لم يفعل ذلك فالصحيح أنه لا يصح . أنظر المادتين ١٧٩ و ١٨٠ من المجلة العدلية (١٣) ففيها وفى شروحها الكلام واف فى هذه المسألة ، وهو خلاصة ما فى الكتب الفقهية .

وقد تتحد الارادتان كما فى بيع الولى لموليه شيئا من ماله ، ففى هذه الحالة يكتفى بالايجاب وحده . وهكذا فى كل ما يجوز أن يتولى فيه طرفى العقد عاقد واحد ، اذ تظهر فيه ارادتاه معا فى آن واحد بايجابه ، فلا حاجة اذا الى قبوله ، لوجوده ضمنا فى ايجابه .

كذلك يتحقق الالتزام بارادة واحدة كما فى التبرعات والاسقاطات من هبة صدقة ووقف الخ وعتق وطلاق الخ ، ولكن هل يلزم العقد بتلك الإرادة الواحدة ، أى بالايجاب وحده ؟ أما فى الاسقاطات فالجواب نعم ، غير أنه فى الاسقاط الذى فيه معنى التمليك يرتد بالرد كالابراء من الدين وكالوقف على شخص معين . وفى التبرعات الايجابية كالهبة والصدقة يتوقف تمام العقد على قبول المتبرع له المعين ، وهذا عند الجمهور . وأما عند مالك فان الالتزام يتم بالايجاب وحده ، وللموهوب له (مثلا) أو لوارثه من بعده أن يطالب الواهب بتسليم الشىء الموهوب اليه (راجع مقالتنا التزام التبرعات)(١٤) .

وقد يغنى القبض عن القبول اذا كان باذن الموجب ، أو كان الشىء المقبوض حاضرا بمجلس العقد ، فانه يجوز للطرف الآخر أن يقبضه ولو بلا اذن ، وذلك لحصول الاذن من الطرف الأول بالقبض دلالة . فلو وهب زيد لبكر فرسا

فقبض بكر الفرس وكانت حاضرة بمجلس عقد الهبة ، أو قبضها باذن الواهب وهى غائبة عن المجلس ، جاز ذلك وقام القبض مقام القبول . أما اذا قبضها وهى غائبة عن المجلس بلا اذن الواهب فالقبض غير صحيح ، وعليه ضمانها اذا هلكت ، وفى هذا خلاف مالك . وقد يكتفى بالايجاب وحده و يستغنى عن القبول والقبض كما فى هبة الولى لموليه . ومن العقود ما لا يتم بالايجاب والقبول وحدهما بل تمامه متوقف على القبض ، وذلك فى الهبة ، والصدقة ، والرهن ، والاعارة ، والقرض ، والوديعة . لكن اذا وجد الايجاب وأعقبه القبض فانه يستغنى فى هذه الحالة عن القبول ، لقيام القبض مقامه ، كما هو ظاهر .

كذلك فى العقود ما يتغير فيه الحكم بعد القبض عن الحكم قبله ، كالبيع اذا هلك المبيع فى يد البائع بعد القبول وقبل قبض المشترى اياه ، وكالنكاح اذا هلك المهر فى يد الزوج بعد تمام العقد وقبل أن تقبضه الزوجة .

وقد يصادف أن القبض يكون سابقا على العقد لسبب ما ، كأن يستعير شخص من آخر ساعة ثم يهبها المعير للمستعير بعد ذلك ، أو يقبض انسان شيئا على سوم الشراء ، أو غصبا ، أو وديعة ، ثم يبيعه المالك له أو يرهنه عنده ، أو يهبه اياه . والقاعدة لذلك أنه اذا تجانس القبضان قام الأول مقام الثانى ، فلا حاجة اذا الى قبض جديد ، وكذا الحكم اذا اختلفا ، وكان القبض الأول أقوى من الثانى ، بأن يكون قبض ضمان ، والثانى قبض أمانة . أما اذا كان الثانى هو الأقوى فلا يقوم الأول مقامه ، بل لا بد من تجديد القبض . على أنه فى حالة اغناء القبض الأول عن القبض الثانى لابد من القبول بعد الايجاب لظهور الرضا بالعقد . ويتفرع على هذا أنه لو وهب زيد لبكر ساعة مملوكة لزيد وهى وقت ايجاب الهبة فى يد بكر اما مضمونه لأنها مغصوبة أو مشتراة بعقد فاسد أو مقبوضة على سوم الشراء الخ أو أمانة لأنها مستعارة أو وديعة أو مقبوضة على سوم النظر الخ ، فلا حاجة الى تجديد القبض استغناء بالقبض الأول ، وذلك لأن القبض فى الهبة قبض أمانة ، فهو اما مساو للأول ، أو الأول أقوى منه . وعلى كل حال لا بد من قبول الموهوب له ليتم العقد . أما ان تكان بدل الهبة بيع (يمثلا) ، ففى صور

قبض الضمان لا حاجة الى تجديد القبض ، وفى صورة قبض الامانة لا بد من تجديد القبض ، والقبول لابد منه أيضا . فاذا لم يوجد قبض ثان ثم هلكت العين فى يد المشترى فانها تأخذ حكم هلاك المبيع بعد القبض فى صور قبض الضمان ، وتأخذ حكم هلاك المبيع قبل القبض فى صور قبض الأمانة .

واذا رجع الموجب عن ايجابه قبل قبول الآخر ، ففى عقود المعاوضات يبطل الايجاب ، فلا يصح القبول بعد ذلك بالاجماع ، وليس للطرف الآخر كالمشترى (مثلا) أن يدعى أنه صار له حق تملك المبيع بسبب ايجاب البائع ، وذلك لأن حقيقة الملك فى العين لا تزال ثابتة للبائع ، وهى أقوى من حق التملك ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك . ونظير هذا أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة ، ومع هذا فللولد أن يتصرف فى ماله كيف شاء مع أن حق تملك الأب اياه متعلق به . وأما فى عقود التبرعات فالحكم كذلك عند جمهور الفقهاء . وقال مالك وأصحابه لا يجوز رجوع المتبرع عما تبرع به بعد الايجاب ، سواء كان المتبرع له حاضرا ، وقبل أو لم يقبل ، أو غائبا ، وعلم أو لم يعلم ، حتى اذا مات قام وارثه مقامه لمطالبة المتبرع بما تبرع به ، ما لم يوجد مانع آخر (راجع التزام التبرعات) .

مجلس العقد

مجلس العقد هو مكانه ، و بعض العقود يشترط لوجوده شرعا اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، أعنى أن يكونا فى مكان واحد ، ومن ذلك عقود المعاوضات ، بالاجماع ، وكذا سائر التمليكات على اختلاف فى بعضها بين الأئمة كالهبة . غير أن الوصية بالاجماع لا يشترط فيها اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، اذ الايجاب فيها يكون حال حياة الموصى ، وأما القبول فلا يصح الا بعد وفاته . و بعض العقود لا يشترط فيها اتحاد المجلس كالوكالة ونحوها ، ومن ذلك كل العقود التى يكون فيها أحد الركنين يمينا والثانى معاوضة كالخلع والعتق على مال ، فان كان الايجاب من الزوج أو السيد صح قبول الزوجة والعبد فى مجلس آخر ، وذلك لأن

الايجاب هنا بمعنى اليمين ، أما اذا كانا من الزوجة أو العبد فلا بد من أن يكون جوابهما فى المجلس ، لأنهما فى هذه الحالة بمعنى المعاوضة . والمجلس قد يكون مكانا مستقرا ، وقد يكون متحركا كالدابة والسفينة . فلو تعاقدا البيع مثلا وهما فى بيت ، أو فى سفينة وهى تجرى ، صح العقد ، ولا ينقطع المجلس بجريان السفينة ، ولو عقداه وهما يمشيان أو يسيران على دابتين ، أو دابة واحدة فى محل واحد ، فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين ، انعقد البيع ، وان كان بينهما فصل وسكوت ، وان قل ، لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وان قل . وقيل يجوز فى الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما ، لكن الأول هو ظاهر الرواية .

وانما اشترط اتحاد المجلس فى البيع ونحوه ، لأن الايجاب يحتاج الى جواب يلاقيه ، فوجب أن يكون القبول عقب الايجاب مباشرة حتى يتصور الانعقاد بينهما ، وهذا هو القياس ، و به قال الشافعى ، لكن فى الأخذ به عسر بالمشترى لعدم تمكينه من التأمل والتفكير فجاز القبول مع التراخى — استحسانا — مادام المجلس على حاله ، لم يتخلل فيه بين القبول والايجاب ما يدل على الاعراض من كل واحد من المتعاقدين ، ولو طال الزمن بينهما ، ما دام المجلس باقيا ، وهذا كله رعاية لجانب القابل ، ثم اشترط القبول فى المجلس رعاية لجانب الموجب ، حتى اذا افترقا كانا على بينة من أمر العقد ، فاذا قلنا بجواز القبول بعد الافتراق كان فى هذا اضرار بالموجب لأنه يصبح رهين أمر القابل ، اذ لا يدرى متى يقبل ، لكن لو قبل الطرف الآخر فى المجلس ، واشترط لنفسه الخيار فى امضاء العقد أو فسخه ، وحدد لذلك زمنا معينا ورضى به الموجب صح الشرط ، وهذا هو المسمى بشرط الخيار ، وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى فى الكلام فى الخيارات .

وكما يكون كل من الايجاب والقبول بالقول أو بالتعاطى أو بالاشارة حال اجتماع العاقدين فى مجلس واحد ، كذلك يكونان ، أو أحدهما ، بالرسالة أو بالكتابة من كل واحد من العاقدين فى مكان غير المكان الذى فيه الآخر . وصورة الرسالة أن يرسل شخص الى آخر رسولا ويقول الرسول : انى بعت

داري هذه من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له : ان فلانا أرسلني اليك وقال لي قل له اني قد بعت داري الفلانية من فلان بكذا ، فذهب الرسول و بلغه الرسالة ، فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ، ناقل كلامه الى المرسل اليه ، فكأنه حضر بنفسه وأوجب البيع ، وقبل الآخر فى المجلس . وصورة الكتابة أن يكتب شخص الى آخر أني قد بعت أرضى الفلانية منك بكذا ، فاذا وصل اليه الكتاب ، فعلم ما فيه ، وقال فى مجلسه هذا قبلت انعقد البيع بينهما ، ويكون كأن الموجب حضر بنفسه وخاطب الآخر بالايجاب ، وقبل منه الآخر فى المجلس . ولو رجع الموجب قبل أن يبلغ الرسول رسالته ، أو يصل كتابه الى المكتوب اليه صح رجوعه ، كما يصح رجوعه عن ايجابه قبل قبول الآخر اذا كان حاضرا بالمجلس ، فهذا كهذا . ولا يشترط لصحة الرجوع علم الرسول به بل الرجوع صحيح قبل قبول الآخر مطلقا . أما رجوع الموجب بعد قبول المرسل اليه ، أو المكتوب له ، فلا يصح لأنه جاء بعد تمام العقد ، وخروج الأمر من يد المرسل والكاتب . ومن هنا تعلم أن العقد يتم بقبول المرسل اليه أو المكتوب له ، ولو قبل علم المرسل والكاتب . وأقول ان العقد بالتلغراف كالعقد بالكتابة ، لأنه لم يخرج عن كونه كتابة مرسومة مستبينة وان لم تكن بخط العاقد الآخر ، ولكنها نقل لصورة ما كتبه هو ووقع عليه ، وتلك الصورة تحفظ بمحل الارسال دائما ، ولا بد منها . وأما العقد بالتلفون فالذى يظهر أنه كالعقد مشافهة ، مهما طالت الشقة بينهما ، ويعتبر العاقدان كأنهما فى مجلس واحد ، اذ المعنى المفهوم من اتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر ويتبينه ، وهذا حاصل فى الكلام بالتلفون ، كما هو مشاهد لنا ، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب وتصنع صوت الغير ، لكن هذا قد يحصل فى الرسالة والكتابة أيضا . وقد يحصل العقد بواسطة الراديو كما نقلت الصحف فى هذه الأيام نبأ عقد زواج بين فتاة فى بلاد السويد وفتى فى أمريكا والمسافة بينهما ٤٣٠٠ كيلو متر ، وكان ذلك بواسطة الراديو ، وأقول ان القول فيه كالقول فى التلفون . ثم أقول إن الغرض هو أن تظهر إرادة العاقدين على أي

صورة كانت ، وألا يكون فى العقد عسر بأحدهما من حيث ارتباط الايجاب بالقبول ، الذى من أجله اشترط الفقهاء اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، حتى توسعوا ودققوا فيه ، وأتوا بصور كثيرة توهموا فيها الاعراض عن العقد من أحد المتعاقدين ، فحكموا بعدم الانعقاد فيها ، وهذا كله من أجل الاحتياط فى الموضوع .

هذا — ولو قبل عن الغائب شخص حاضر بمجلس الايجاب صح القبول وتم العقد موقوفا على اجازة الغائب ، فان أجازه لزم والا فلا . وهذا حل آخر لمسألة العقد بين حاضر وغائب .

ولو قال شخص بعت دارى الفلانية من فلان الغائب بكذا ، وأمر شخصا بتبليغه ذلك ، فتطوع بالتبليغ شخص آخر غير المأمور ، فقبل الغائب البيع صح ذلك أيضا ، وهذا بخلاف ما لو علم الغائب بايجاب البيع بدون أن يأمر الموجب أحدا بالتبليغ أصلا . والفرق بينهما أنه فى صورة الأمر بالتبليغ قد أظهر من نفسه الرضا به ، فكل من بلغه كان التبليغ برضاء الموجب ، فان قبل الغائب صح البيع ، أما اذا لم يأمر أحدا بالتبليغ فلم يظهر رضاه به ، فلم يصح ، حتى اذا قبل الغائب فلا عقد بينهما اه . (انظر رد المحتار) .

وفى اختيارات ابن تيمية أنه اذا كان العاقدان حاضرين فى مجلس واحد ، فأوجب أحدهما عقد النكاح ، فلا بد من قبول الآخر قبل الافتراق . أما اذا كان غائبا فانه يجوز تراخى القبول عن الايجاب اه . وقد استنبط هذا مما قاله أحمد فى بعض الروايات عنه فى رجل مشى اليه قومه فقالوا زوج فلانا فقال زوجته على ألف ، فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قبلت ، هل يكون نكاحا ؟ قال نعم . فذهب بعض أصحاب أحمد الى أن هذا تراخى القبول عن الايجاب ، وذهب آخرون الى أنه تراخى الاجازة ، لا القبول . وأقول ان هذا نظير مذهب أبى يوسف تماما فى مسألة نكاح الفضولى التى سنذكرها قريبا هنا . فهى على ما فى ظاهر البدائع تدل على جواز تراخى القبول عن الايجاب فى الزواج ، بحيث يكون الايجاب فى مجلس ، والقبول من الغائب فى مجلس آخر ،

وعلى ما قاله غيره ان العقد قد تم بشطر واحد ، وان الحاصل من الغائب انما هو اجازة ذلك العقد . وهذه هى صورة المسألة — فى كتابنا الأحوال الشخصية — اذا تولى طرفى العقد واحد بصفة واحدة هو فيها فضولى بالنسبة للطرفين ، أو كان فضوليا من جانب واحد فقط ، ففى هذه الحالة وقع خلاف بين أبى حنيفة ومحمد من جهة وأبى يوسف من جهة أخرى ، فقال أبو يوسف يتوقف العقد على الاجازة ، وقالا بفساده ، وذلك فى الصور الآتية : (١) فضولى من الجانبين ، (٢) فضولى من جانب وأصيل من جانب ، (٣) فضولى ووكيل ، (٤) فضولى وولى . ومبنى الخلاف على ماحققه فى الفتح هو فى أن ما يقوم بالفضولى عقد تام ، أو شطر عقد . فعندهما شطر فلا يتوقف على ما وراء المجلس ، وعنده هو عقد تام فيتوقف على اجازة من تولى الفضولى العقد نيابة عنه .

استدل أبو يوسف بأن كلام الشخص الواحد ينعقد به النكاح اذا كان وكيلا من الجانبين ، أو أصيلا من جانب ووكيلا من جانب ، أو وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر ، وهذا باتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه ، وكل ما جاز بالاذن ابتداء جاز بالاجازة بعد وجوده ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

واستدل الطرفان على أن الموجود بعبارته شطر العقد فقط (أى الايجاب وحده) أنها اذا كانت حاضرة بالمجلس فان العقد لا يتم الا بقبولها ، وهذا دليل على أن الموجود بعبارته هو الايجاب فقط ، بدليل أنها لو بارحت المجلس بدون قبول ، ثم قبلت بعد ذلك لا يصح العقد باتفاق ، واذا يكون الحاصل من الموجب حال حضرتها كالحاصل منه حال غيبتها تماما ، وعلى ذلك يكون الموجود من الموجب وحده هو شطر العقد فقط سواء أكانت حاضرة ، وهذا باتفاق ، أم غائبة ، وهذه هى محل النزاع . أقول — لأبى يوسف أن يجيب عن هذا بالفرق بين الحالتين ، فانها اذا كانت حاضرة فلا معنى لتراخى رضاها بالعقد الى مجلس آخر ، بل عليها أن تعلن رأيها فى المجلس ، اما بالقبول أو بالرفض ، وذلك لأن ايجاب العقد اتصل بعلمها وهى فى مجلسه ، ففى تراخى القبول عسر وإضرار بالزوج ، أما