

The Islamic University _ Gaza
Research and Postgraduate affairs
Faculty of Shariah & Law
Master of Comparative Fiqh



الجامعة الإسلامية _ غزة
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير الفقه المقارن

التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة Laxity in financial contracts and its contemporary applications

إعداد الباحثة:

زينب جبارة أحمد الأسطل

إشراف:

الدكتور/ تيسير كامل إسماعيل إبراهيم

قدمت هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة

ذو الحجة ١٤٣٨هـ / سبتمبر ٢٠١٧م

إقرار

أنا الموقعة أدناه مقدمة الرسالة التي تحمل العنوان:

التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة Laxity in financial contracts and its contemporary applications

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى، وأن حقوق النشر محفوظة للجامعة الإسلامية - غزة.

Declaration

I hereby certify that this submission is the result of my own work, except where otherwise acknowledged, and that this thesis (or any part of it) has not been submitted for a higher degree or quantification to any other university or institution. All copyrights are reserves to IUG.

Student's name:	زينب جبارة أحمد الأسطل	اسم الطالبة:
Signature:	زينب جبارة أحمد الأسطل	التوقيع:
Date:	٢٠١٧/٩/٦ م	التاريخ:



نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحثة/ زينب جبارة أحمد الأسطل لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم الفقه المقارن وموضوعها:

التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة

وبعد المناقشة التي تمت اليوم الأربعاء 14 ذو الحجة 1438 هـ، الموافق 2017/9/06م الساعة

الواحدة ظهراً ، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

- | | | |
|-------|-----------------|-----------------------|
| | مشرفاً و رئيساً | د. تيسير كامل ابراهيم |
| | مناقشاً داخلياً | د. محمد صبحي أبو صقر |
| | مناقشاً خارجياً | د. خليل محمد قنن |

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحثة درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/قسم الفقه المقارن.

واللجنة إذ تمنحها هذه الدرجة فإنها توصيها بتقوى الله ولزوم طاعته وأن تسخر علمها في خدمة دينها ووطنها.

والله ولي التوفيق ،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. مازن اسماعيل هنية



ملخص الرسالة باللغة العربية

هدف الدراسة:

تناول هذا البحث موضوعاً يتعلق بتفصيلات العقد، التي حرص الإسلام على بيانها؛ ليكون المسلم على علم بها، كونها متعلقة بحقوق الأدميين القائمة على المشاحة، ومنعاً لحدوث أي منازعات قد تقضي إلى تفكك المجتمع، وانهاره، فهو يتحدث عن التراخي في العقود المالية، وتطبيقاته المعاصرة.

منهج الدراسة:

اعتمدت الباحثة المنهج الاستقرائي الوصفي.

نتائج الدراسة:

١. الأصل ألا يتراخي القبول عن الإيجاب كثيراً في الصيغة اللفظية للعقود عند توفر شروطها، وأن التراخي في الصيغة غير اللفظية بين الغائبين لا يدل على الإعراض بخلاف الحاضرين.
٢. لا يؤثر التراخي على العقود التي لا يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد، ويشترط الفور في العقود التي يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد.
٣. الخيارات شرعت تيسيراً على الناس، وعلى هذا تقييدها بمدة زمنية يحقق ذلك المقصد، ويساعد في استقرار المعاملات بين الناس.

أهم توصيات الدراسة:

١. أوصي الباحثين بالكتابة في موضوع التراخي في العقود غير المالية، فموضوع التراخي في العقود واسع، يحتاج المزيد من البيان والتفصيل.
٢. أوصي المختصين المهتمين بنشر الوعي الفقهي فيما يخص التراخي في العقود المالية.
٣. أوصي بأن تضمن البنوك والمؤسسات ذات الصلة لائحة واضحة من الإجراءات التي تترتب على التراخي في العقود المعاصرة.

Abstract

Study Aim:

This study tackled a subject that is related to the contract details, which is highly required in Islam to ensure that Muslims are aware of it. This is due to its relation to human rights, which are based on demand. This is essential to prevent the occurrence of any disputes that may lead to the disintegration of society. This study discusses laxity in financial contracts and its contemporary applications.

Study Approach:

The researcher adopted the descriptive inductive method.

Study Results:

1. The acceptance in the case of verbal forms should not be separated from affirmation by a long period in normal situations, given that their conditions were fulfilled. and laxity in the nonverbal form between the absent persons does not indicate disagreement, which is not the case in the case of attending contracting persons.
2. The laxity does not affect contracts that do not require receiving the item stated in the contract at the time of contracting.
3. Several choices in this regard were made permissible in Sharia to facilitate people's dealings. Making them time-bound is consistent with this goal, and helps stabilize transactions between people.

Study Recommendations:

1. I recommend that researchers write about the subject of laxity in non-financial contracts, The subject of laxity in contracts is broad, Need more statement and detail.
2. I recommend specialists interested in spreading the jurisprudential awareness regarding the laxity of financial contracts.
3. I recommend that banks and relevant institutions ensure a clear list of actions resulting from laxity in contemporary contracts

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

[المائدة: ١]

الإهداء

إلى روح أخي أحمد الذي سبقنا للقاء الله عز وجل، ورحل عن دنيانا قبل أشهر، والذي كان مدرسة للصبر، عنواناً للخير، والذي كان يحثني على إكمال البحث؛ ليراه يخرج إلى النور، لكن الله عز وجل اختاره إلى جواره، أسأله تعالى أن ينفعه بأجره، ويجعله في ميزان حسناته، وأن يجمعنا به في مستقر رحمته.

إلى والدي الصابرين المحتسبين حفظهما الله، ورعاهما، وأمد في عمرهما، وأمدهما بالصحة والعافية، وألهمهما وإيانا الرضا بقضائه وقدره.

إلى أخوي محمود وصلاح الدين حفظهما الله، وجعلهما الله ذخراً للإسلام والمسلمين.

إلى أخواتي رفيفات دربي في هذه الحياة، أكرمهن الله، ووفقهن إلى ما يحبه ويرضاه.

إلى من ضحى لأجل فلسطين الشهداء، الأسرى، والجرحى.

إلى أولي العلم؛ الأساتذة والطلبة.

إلى من ساندني ولو بكلمة، أو بدعوة في ظهر الغيب.

إليهم جميعاً أهدي هذا البحث

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين، وعلى صحابته، وآله، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

امتثالاً لقوله تعالى: ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأُدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾^(١)، وانطلاقاً من قوله ﷺ: (من لا يشكر الناس لا يشكر الله)^(٢).

لذلك فإنه لا يسعني في هذا المقام إلا أن أحاول رد المعروف على قدر استطاعتي، وما في استطاعتي إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير لكل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى النور، مبتدئة بالدكتور تيسير كامل إبراهيم - حفظه الله - والذي تفضل بقبوله الإشراف على هذه الرسالة، والذي كان له دور كبير في إخراج البحث على هذا الوجه، أسأل الله تعالى أن ينفع به ويعلمه الإسلام والمسلمين.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لعضوي لجنة المناقشة الكريمين، اللذان تفضلا بمناقشة الرسالة وإثرائها؛ الدكتور خليل محمد قنن، والدكتور محمد صبحي أبو صقر - حفظهما الله -. كما أتقدم بالشكر والتقدير للجامعة الإسلامية - قبة العلم الأولى في غزة - ممثلة برئيسها الأستاذ الدكتور ناصر فرحات.

والشكر أقدمه أيضاً لكلية الشريعة والقانون ممثلة بعميدها الدكتور سلمان الداية، وأعضاء هيئة التدريس جميعاً جزاهم الله تعالى كل خير. كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لعمادة الدراسات العليا التي تأخذ على عاتقها تيسير دروب العلم لطلبتها ممثلة بعميدها الأستاذ الدكتور مازن هنية.

(١) [النمل: ١٩].

(٢) [الترمذي: سنن الترمذي وفي الحاشية حكم الألباني، كتاب البر والصلة/باب الشكر لمن أحسن إليك، ٣٣٩/٤: رقم الحديث ١٩٥٤]، قال الألباني: صحيح.

جدول المحتويات

ب.....	إقرار
ت.....	نتيجة الحكم
ث.....	ملخص الرسالة باللغة العربية
ج.....	Abstract
خ.....	الإهداء
د.....	شكر وتقدير
ذ.....	جدول المحتويات
ز.....	المقدمة
س.....	أهمية البحث:
س.....	مشكلة البحث:
س.....	أسئلة البحث:
س.....	أهداف البحث:
ش.....	الدراسات السابقة:
ش.....	هيكلية البحث:
ص.....	منهج البحث:
	الفصل التمهيدي حقيقة التراخي في العقود المالية، وأنواعه، وضوابطه المعتمدة شرعاً، والآثار العامة المترتبة عليه
١.....	المبحث الأول حقيقة التراخي في العقود المالية
٢.....	المطلب الأول حقيقة التراخي
٣.....	المطلب الثاني حقيقة التراخي في العقود المالية
٦.....	المبحث الثاني أنواع التراخي في العقود المالية
١١.....	المطلب الأول تقسيم التراخي باعتبار الإرادة
١٢.....	المطلب الثاني تقسيم التراخي باعتبار الوقت
١٤.....	المبحث الثالث ضوابط التراخي المعتمدة شرعاً والآثار العامة المترتبة عليه
١٥.....	المطلب الأول ضوابط التراخي المعتمدة شرعاً
١٦.....	المطلب الثاني الآثار العامة المترتبة على التراخي
١٨.....	الفصل الأول التراخي في صيغ العقود المالية المعاصرة
٢٠.....	المبحث الأول التراخي بين الإيجاب والقبول
٢١.....	

٢٢	المطلب الأول التراخي في الصيغة اللفظية للعقود
٣١	المطلب الثاني التراخي في الصيغة غير اللفظية للعقود
٤٢	المبحث الثاني التراخي في الطلب
٤٣	المطلب الأول التراخي في طلب الموائمة
٥٠	المطلب الثاني التراخي في طلب التقرير والإشهاد
٥٣	المطلب الثالث التراخي في طلب الخصومة والتملك
٥٥	الفصل الثاني التراخي في التسليم والرد
٥٦	المبحث الأول التراخي في التسليم في العقود المالية
٥٧	المطلب الأول التراخي في تسليم المعقود عليه في العقود التي لا يشترط فيها قبضه حين العقد
٦٥	المطلب الثاني التراخي في تسليم المعقود عليه في العقود التي يشترط فيها قبضه حين العقد
٧٣	المبحث الثاني التراخي في الرد
٧٤	المطلب الأول حقيقة الرد، وموجباته، ومسقطاته
٧٨	المطلب الثاني التراخي في رد مال الغير
٨٢	الفصل الثالث التراخي في خيارات العقود المالية المعاصرة
٨٣	المبحث الأول التراخي في خيار التروي
٨٥	المطلب الأول التراخي في خيار المجلس
٩٣	المطلب الثاني التراخي في خيار الشرط
٩٦	المبحث الثاني التراخي في خيار النقيصة
٩٧	المطلب الأول التراخي في خيار العيب
١٠٨	المطلب الثاني التراخي في خيار فوات الوصف و الشرط
١١٤	الخاتمة
١٢١	المصادر والمراجع

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونستهديه، ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، والصلاة والسلام على من بعث للخير هادياً، وللأخلاق متمماً، وعلى من سار على دربه من صحابته، ومن تبعهم إلى يوم الدين، أما بعد:

إن العقود لم تظهر إلا بعد الحاجة إليها، فالإنسان في القديم لم يكن بحاجة إلى العقود، كون جميع احتياجاته متوفرة أمامه - لقلتها - لا يمنعه منها أحد، ولما كثر عدد الأفراد، وتزايدت احتياجات الفرد، شعر الإنسان أنه بحاجة إلى من يستطيع تلبية رغباته من الاحتياجات التي كثرت وتتنوعت، ولم يكن بوسعها إشباعها كلها بمفرده؛ لأسباب مختلفة؛ فاندمج الفرد في إطار الجماعة، فهو اجتماعي بطبعه، عند ذلك صار الإنسان يفكر في الأخذ والعطاء وتبادل الحاجات، وكان من الضروري التزام كل من الطرفين بتقديم الفائض لديه وأخذ ما يلزمه، هذا الالتزام هو التعاقد بين الطرفين لتنفيذ الإرادة في التبادل.

ومع مرور الوقت حدثت للناس وقائع لم تكن موجودة عند أسلافهم، وتطورت الحياة تطوراً سريعاً على مختلف الصعد، وقد تطورت العقود بين الناس لتأخذ أشكالاً مختلفة، إلى أن جاء الإسلام، وأولى العقود اهتماماً كبيراً؛ كون العقد ثاني أسباب الملكية الأربعة، فالمال أحد المقاصد الضرورية الخمسة، والمسلم يعرف أنه محاسب على كل صغيرة وكبيرة في هذا الجانب، فهو يتعلق بحقوق الآخرين، لذا كان من الواجب عليه أن يتحرى الأحكام الشرعية، فيقف عليها، فقد قال رسول الله ﷺ: " لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه، وعن علمه فيم فعل به، وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه، وعن جسمه فيم أبلاه"^(١).

وبين الإسلام للناس أحكام تلك العقود بأقسامها العامة الشاملة لجميع مناحي الحياة، منها ما تعلق بنوع العقد - كالعقود المنهي عنها-، ومنها ما تعلق بتفصيلاته، كأحكام الصيغة، والتسليم، والخيارات.

وقد يعتري تفصيلات العقد سאלفة الذكر بعض الأمور التي يعتبرها بعض العلماء مخرلة بمقصد العقد، منها التراخي، وقد نشأ التراخي مع تزايد حاجات الناس، وميلهم إلى اتخاذ تدابير أكثر تأثيراً على سلطان الإرادة العقدية، فبعد أن كانت الفورية في العقود هي سيدة الموقف، أصبح الإنسان بحاجة إلى مزيد من التروي والتأمل في إبرام العقود، ويأتي هذا البحث ليلسط الضوء على هذا الموضوع، وأثاره على تفصيلات العقد، وهو بعنوان:

(١) [الترمذي: سنن الترمذي وفي الحاشية حكم الألباني، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع/باب في القيامة ج٤/٦١٢: رقم الحديث ٢٤١٧]، قال الألباني: صحيح.

التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في:

١. ضمان حفظ حقوق المتعاقدين، فمعرفة أحكام التراخي تبين للعاقد ما له وما عليه، فيكون ذلك مدعاة له على الالتزام.
٢. الحد من حدوث المنازعات بين الناس، ونبذ التباغض والكراهية التي قد تنتج عن جهل الناس بالأحكام الشرعية المتعلقة بالتراخي.
٣. تعلق الموضوع بالمال الذي هو أحد المقاصد الضرورية الخمسة التي لا بد منها كي تستقيم حياة الفرد والمجتمع.

مشكلة البحث:

البحث عبارة عن دراسة فقهية مقارنة في باب المعاملات المالية، الموصوف بتجدد وقائعه، وعدم تناهي قضاياه، فنحن كل يوم أمام معاملة جديدة يريد المسلم أن يكون على علم بحكمها الشرعي، والمعاملات تكون طبيعتها مختلفة من واحدة لأخرى، لكن هناك بعض الأمور قد تجمعها، يمكن تحديدها وتطبيقها على المعاملات ككل، منها التراخي، فمشكلة البحث تكمن في الكشف عن أثر التراخي على العقود المالية بأنواعها، وتطبيقاتها المعاصرة.

أسئلة البحث:

١. ما حقيقة التراخي، وأين مواضعه في العقود، وما هي ضوابطه المعتمدة، وما آثاره العامة؟
٢. ما أثر التراخي في صيغة العقد؟
٣. ما أثر التراخي في التسليم والرد؟
٤. ما أثر التراخي في الخيارات؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- ١) التعرف على حقيقة التراخي، ومواضعه في العقود، وضوابطه المعتمدة، وآثاره العامة.
- ٢) التعرف على أثر التراخي في صيغة العقد.
- ٣) التعرف على أثر التراخي في تسليم المعقود عليه.

٤) التعرف على أثر التراخي في الخيارات.

الدراسات السابقة:

لم يتحدث الفقهاء القدامى عن هذا الموضوع بشكل مستقل، لكن نثرت أحكامه في أبواب الفقه المختلفة، وقد عثرت على كتاب معاصر أصله رسالة دكتوراة وهو بعنوان التأخير وأحكامه في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة- للمؤلف محمد بن عبد الكريم العيسى وقد نشرت مكتبة الرشد الطبعة الأولى منه عام ٢٠٠٣م، وقد تحدث المؤلف في كتابه عن التأخير في أبواب الفقه المختلفة من عبادات ومعاملات وعقوبات وقضاء، وما يميز هذا البحث أنه يسلط الضوء على جزئية التراخي في المعاملات المالية وتطبيقاتها المعاصرة، فكان من المناسب أن يجمع شتات هذا الموضوع في مؤلف واحد يمكن الرجوع إليه في المعاملات.

هيكلية البحث:

يتكون هذا البحث من المقدمة، وأربعة فصول موزعة كالتالي:

الفصل التمهيدي:

حقيقة التراخي في العقود المالية، وأنواعه، وضوابطه المعتمدة شرعاً، والآثار العامة المترتبة عليه.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة التراخي في العقود المالية.

المبحث الثاني: أنواع التراخي.

المبحث الثالث: ضوابط التراخي المعتمدة شرعاً والآثار العامة المترتبة عليه.

الفصل الأول:

التراخي في صيغ العقود المالية المعاصرة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التراخي بين الإيجاب والقبول.

المبحث الثاني: التراخي في الطلب.

الفصل الثاني: التراخي في التسليم والرد.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التراخي في التسليم.

المبحث الثاني: التراخي في الرد.

الفصل الثالث:

التراخي في خيارات العقود المالية المعاصرة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التراخي في خيارات التروي.

المبحث الثاني: التراخي في خيارات النقيصة.

الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات.

منهج البحث:

اتبعت المنهج الاستقرائي الوصفي، حيث انفرد كل مبحث بمجموعة من المسائل المتشابهة المتقاربة، التي تم تجميعها بعد دراسة ونظر وتأمل في المسائل التي أوردها الفقهاء في كتبهم، بعد ذلك تم عرض تلك المسائل مفصلة، ببيان آراء الفقهاء الواردة فيها - إن وجدت-، وذكر أدلتهم، وبيان القول الراجح -إن تبينت لي مسوغاته- المستند في كثير من الأحيان إلى قاعدة التيسير، فالأصل في المعاملات الإباحة، وقد عبرت عن التراخي في بعض المواضع بمصطلح التأخير إن لم يكن هناك فارق، فالتأخير تراخ إن لم يفت الوقت.

الفصل التمهيدي

حقيقة التراخي في العقود المالية،
وأنواعه، وضوابطه المعتبرة شرعاً،
والآثار العامة المترتبة عليه.

المبحث الأول

حقيقة التراخي في العقود المالية

قبل الخوض في تفاصيل البحث يلزم إلقاء نظرة عامة حول تاريخ العقد، وكيفية وصول الإنسان إلى الصور المتعارف عليها اليوم في إبرام العقود.

فقد عرف الإنسان العقد منذ قديم الزمان، وقد كان السبب الثاني في الملكية بعد إحراز المباحات، لكن فكرة التعاقد بين البشر وإنشاء الالتزامات لا يعرف أحد كيف نشأت، إلا بالتخمين استنتاجاً من سنة التطور الاجتماعي^(١).

وأول ما عرف الإنسان من العقود هو التبادل الفوري، فعند الحاجة يأخذ ويعطي بقدر مساوٍ لما أخذه، أما التعاقد على الالتزامات المستقبلية لم يكن معروفاً وقد كان للأديان أعظم الأثر في ظهور العقود، واحترام الالتزامات^(٢).

ومع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية ظهرت الحاجة إلى التروي والتفكير قبل اتخاذ القرار في إنشاء الالتزامات، لأن التبادل لم يقتصر على حاجته الحاضرة فقط، بل تطلع الإنسان للحاجات المستقبلية، وعلى ذلك قد يحدث تأخير معين في إبرام العقد من أحد العاقدين، أو القيام بمستلزماته، وهذا التأخير سماه فقهاؤنا لعة ما ستذكر لاحقاً تراخياً، وفي هذا المبحث سيتم التعرف على حقيقة كل من: التراخي، والعقود المالية، والتراخي في العقود المالية.

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام (ج١/٣٨٥).

(٢) المرجع السابق، ص ٣٨٥.

المطلب الأول حقيقة التراخي

للقوف على مفهوم التراخي وجب تعريفه لغة واصطلاحاً، وبيان الألفاظ ذات الصلة.

أولاً: تعريف التراخي لغة:

من مادة (ر خ و)، والرخو كلمة مثلثة الراء^(١)؛ أي تأتي بفتح الراء وكسرها وضمها، والرَّخْوُ، والرَّخْوُ، والرَّخْوُ: الهَش من كل شيء، والأنثى بالهاء^(٢).
والتراخي: مصدر تراخى، وهو التقاعد عن الشيء، والتقاعد عنه، والإبطاء والتأخير فيه، والتمهل وامتداد الزمان، والتساهل وترك الاستعجال والمبادرة^(٣).
ومنه تَرَخَى فلان عني أي أبطأ وتقاعس^(٤)، وعن حاجته فتر^(٥) وتراخى ما بينهما: تباعد^(٦)، وتراخى السماء: أبطأ المطر^(٧)، وتراخى عن الأمر، إذا قعد عنه وأبطأ^(٨)، وتراخى الأمر تراخياً امتد زمانه^(٩)، وفي الأمر تراخ أي فسحة^(١٠).
ومما سبق يتبين أن التراخي يدور حول معاني الإبطاء في عمل الشيء والتأخير فيه.

ثانياً: تعريف التراخي اصطلاحاً:

لم يذكر الأصوليون تعريفاً محدداً للتراخي - في حدود علمي - ولكن تحدثوا عنه في ثلاثة مواضع وهي: الأمر، والرخصة، ومعنى ثم في باب معاني الحروف.
الموضع الأول: حيث اختلفوا في إفادة الأمر المطلق للفور أو التراخي^(١١).

- (١) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس (ج٣٨/١٣٧)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط (ج١/١٢٨٧).
- (٢) المرسي، المحكم والمحيط الأعظم (ج٥/٢٩٥)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط (ج١/١٢٨٧).
- (٣) الركبي، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب (ج٢/٧).
- (٤) الفراهيدي، العين (ج٤/٢٠٠)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط (ج١/١٢٨٧).
- (٥) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس (ج٣٨/١٣٩).
- (٦) الزمخشري، أساس البلاغة (ج١/٣٤٦).
- (٧) الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (ج٦/٢٣٥٤).
- (٨) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج٢/٥٠١).
- (٩) الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف (ص٩٥).
- (١٠) الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (ص٢٢٤).
- (١١) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه (ج٢/١٢٦).

الموضع الثاني: ذكروا من أنواع الرخص ما تراخى حكم سببه مع بقائه على السببية إلى زوال العذر الموجب للرخصة، كفطر المسافر والمريض، فإن سببية الشهر باقية في حقهما، حتى لو صامتا بنية الفرض أجزأ^(١)؛ أي أن بإمكانهما التراخي في الصيام وقضائه في أيام أخرى بعد رمضان، لكن سبب الصيام وهو شهر رمضان باق على حاله في إمكانهما صيامه في الوقت نفسه؛ لما روى أن رسول الله ﷺ قال: " إن شئت فصم، وإن شئت فأفطر"^(٢)، وتأخر الخطاب عنهما في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٣).

الموضع الثالث: قالوا في المعنى الذي اختصت به "ثم" في أصل الوضع هو: العطف على وجه التعقيب مع التراخي، وهو: " أن يكون بين المعطوف والمعطوف عليه مهلة في الفعل المتعلق بهما فإذا قلت جاءني زيد ثم عمرو أو قلت ضربت زيدا ثم عمراً كان المعنى أنه وقع بينهما مهلة"^(٤).

ولم يفرد الفقهاء القدامى التراخي-كمصطلح- بتعريف محدد في كتبهم- في حدود علمي- وذلك إما لأن التعريف الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، أو لوضوح المعنى عندهم، فيكون توضيح الواضح مشكلاً كما يقال، وقد عرفه من جاء بعدهم بتعريف لم يخرج عن المعنى اللغوي السابق كثيراً، فقد عرف بأنه:

" جواز تأخير الفعل عن وقته الأول إلى ظن الفوت"^(٥).

فكلمة جواز تعيد حكماً شرعياً، والشائع في التعريفات ألا تتحدث عن حكم شرعي، إلا إذا كان هناك سقف زمني للحد الزمني للأمر المحكوم عليه، وهذا يصدق غالباً على العبادات. وتأخير الفعل عن وقته الأول: يشمل التراخي والتأخير أيضاً على حد سواء. وإلى ظن الفوت: لا إلى تحققه، فيخرج التأخير. والواضح أن هذا التعريف بحاجة لشيء من التعديل ليصبح جامعاً مانعاً، فيصبح: تأخير الفعل عن وقته الأول إلى ظن الفوت.

(١) الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (ج١/١٧٩)

(٢) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصوم/باب الصوم في السفر والإفطار، ج٣/٣٣: رقم الحديث ١٩٤٣].

(٣) [البقرة: ١٨٤].

(٤) البخاري، كشف الأسرار (ج٢/١٩٦)

(٥) الفاروقي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (ج١/٤٠٦)؛ والبركتي، التعريفات الفقهية (ص٥٥).

الألفاظ ذات الصلة:

أولاً: التأخير:

لغة: ضد التقديم، ومؤخر كل شيء بالتشديد: خلاف مقدمه، يقال: ضرب مقدم رأسه ومؤخره^(١).
اصطلاحاً: هو فعل الشيء في آخر وقته المحدد له شرعاً، أو خارج الوقت^(٢).
مثال الأول: تأخير السحور والصلاة، ومثال الثاني: تأخير الزكاة والدين؛ وعلى هذا فيتفق التأخير مع التراخي في فعل العبادة في آخر وقتها، ويختلفان في حال إيقاع العبادة خارج الوقت، فيسمى ذلك تأخيراً لا تراخياً^(٣).

ثانياً: الفور:

لغة: الفاء والواو والراء كلمة تدل على غليان، ثم يقاس عليها. فالفور: الغليان. يقال: فارت القدر تقور فوراً، وفار غضبه، إذا جاش، ومما قيس على هذا قولهم: فعله من فوره، أي في بدء أمره، قبل أن يسكن^(٤)، وفور كل شيء: أوله^(٥).
اصطلاحاً: وجوب الأداء في أول أوقات الإمكان بحيث يلحقه الذم بالتأخير عنه^(٦).
وعلاقة الفور بالتراخي علاقة تضاد^(٧).

(١) ابن منظور، لسان العرب (ج٤/١٢).

(٢) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج١٠/٦).

(٣) المرجع السابق، ص٦.

(٤) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج٤/٤٥٨).

(٥) ابن منظور، لسان العرب (ج٥/٦٧).

(٦) الجرجاني، التعريفات (ص٢١٧).

(٧) الفاروقي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (ج١/٤٠٦)؛ والبركتي، التعريفات الفقهية (ص٥٥).

المطلب الثاني

حقيقة التراخي في العقود المالية

قبل الخوض في مفهوم العقود المالية، سيتم تعريف العقد والمال كلاً منهما على حدة، ثم تعريف العقود المالية.

أولاً: تعريف العقد:

لغة: العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شدٍ وشدة وثوق^(١)، ويطلق على فروع كثيرة منها: عقد الحبل: جعل فيه عقدة، أي جعل منه عروة وأدخل أحد طرفيه فيها وشده، عكس حله، وعقد الزواج أو البيع ونحوهما: أجره وأتمه، وعقد اتفاقاً: أبرمه، وعقد العزم أو النية: عزم ونوى وقصد، وعقد قلبه على شيء: لزمه وعكف عليه، وعقد العهد أو اليمين: أكده وأحكمه^(٢)، والعقد هو: " اتفاق بين طرفين يلتزم بموجبه كل منهما تنفيذ ما جاء فيه"^(٣)، ويشمل هذا التعريف العقود بأنواعها المختلفة.

اصطلاحاً:

من تتبع كلام الفقهاء وجد أن العقد يطلق عندهم على معنيين، وهما:

المعنى العام:

يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي تترتب عليها آثاراً شرعية، وتم تعريفه على أنه ما يلزم الشخص نفسه على أمر يفعله هو، أو يلزم غيره على فعله على وجه إلزامه إياه^(٤)، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، وما لا تعلق له بمعنى في المستقبل ينتظر وقوعه، وإنما هو على شيء ماض قد وقع، فإنه لا يسمى عقداً، فمن طلق امرأته فإن طلاقه لا يسمى عقداً^(٥).

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (ج٤/٨٦)

(٢) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (ج٢/١٥٢٦).

(٣) المرجع السابق، ص ١٥٢٦.

(٤) الجصاص، أحكام القرآن (ج٣/٢٨٥).

(٥) المرجع السابق، ص ٢٨٥.

المعنى الخاص:

العقد ربط أجزاء التصرف شرعاً بالإيجاب والقبول^(١).

أو هو ارتباط الإيجاب بالقبول أو ما يقوم مقامهما بمثله^(٢).

وهذا المعنى يطلق على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، وهذا هو موضوع البحث.

ويرى بعض الباحثين أنه لا يصح أن يضاف في آخر تعريف العقد (على وجه مشروع يظهر أثره في محله) أو (يترتب أو يثبت أثره في المعقود عليه)؛ لأن هذا تعريف للعقد الصحيح، والمعرف هو العقد المطلق، فهو بإضافة هذا القيد تعريف غير جامع، والأصل في الحقائق العقلية والمصطلحات الشرعية أن تشمل الصحيح والفاقد؛ لذا يقال: بيع فاسد ونكاح باطل. فصح إطلاق مسمى العقد مع عدم حصول الأثر الشرعي عليه بلا تردد، فبيان حقيقة العقد لا يتقيد بالصحة^(٣).

أنواع العقود:

قسم الفقهاء العقود تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة، لكن ما له علاقة بموضوع البحث من جهة المال ما يلي:

(١) **العقود المالية:** العقد إذا وقع على عين من الأعيان يسمى عقداً مالياً، سواء أكان نقل ملكيتها بعوض، كالبيع بجميع أنواعه من الصرف والسلم، ونحوها أم بغير عوض، كالهبة والقرض والوصية بالأعيان ونحوها^(٤).

(٢) **العقود غير المالية من الطرفين:** إذا وقع العقد على عمل معين دون مقابل كالوكالة والكفالة، أو الكف عن عمل معين كعقد الهدنة بين المسلمين وأهل الحرب^(٥).

(٣) **عقود تعتبر مالية من جانب، وغير مالية من جانب آخر:** كعقد النكاح والخلع، وعقد الجزية ونحوها^(٦).

(١) الجرجاني، التعريفات (ص ١٩٦)؛ والبركتي، التعريفات الفقهية (ص ٥٥).

(٢) ابن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها (ص ١٩).

(٣) المرجع السابق، ص ١٩.

(٤) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ٣٠/٢٢٧).

(٥) المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٦) المرجع نفسه، ص ٢٢٨.

٤) واختلفوا في العقود التي تقع على المنافع، كالإجارة، والإعارة ونحوهما، فالجمهور يعتبرها من العقود المالية^(١)؛ لأن المنافع أموال عندهم أو في حكم الأموال خلافاً للحنفية، حيث إن المنافع لا تعتبر أموالاً عندهم^(٢) _ وهذا الاختلاف سيتم عرضه في السطور القادمة.

ثانياً: تعريف المال:

لغة: من مول، والمال: معروف ما ملكته من جميع الأشياء، ومنه مال الرجل يمول ويمال مولاً ومؤولاً إذا صار ذا مال^(٣).

اصطلاحاً: اختلفت آراء الفقهاء حول مالية المنافع^(٤) والديون^(٥)، واتفقوا على ما عداها؛ لذلك اختلفوا في تعريف المال على رأيين:

الرأي الأول: ذهب إليه الحنفية، وقالوا: المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة^(٦)، فالمالية تتحقق عندهم بأمرين:

١. أن يكون الشيء متمولاً تجري عادة الناس على التناقص عليه.

٢. يمكن حيازته وادخاره لوقت الحاجة.

وعلى ذلك المنافع والديون خرجت عندهم من التعريف؛ لأنه لا يمكن ادخارها لوقت الحاجة^(٧).

الرأي الثاني: ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، وكانت تعريفاتهم كالتالي:

عند المالكية: المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه^(٨).

أو هو كل ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به^(٩).

(١) الشاطبي، الموافقات (ج٣٢/٢)؛ والخطيب الشرييني، مغني المحتاج (ج٣٢٢/٢)؛ والبهوتي، شرح منتهى الإيرادات (ج٦/٣).

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٥١/٥)؛ والحصكفي، الدر المختار (ص٣٠٥).

(٣) ابن منظور، لسان العرب (ج٦٧/٥).

(٤) المنفعة لغة: اسم ما انتفع به. ابن منظور، لسان العرب (ج٣٥٩/٨)، واصطلاحاً: الفائدة التي تحصل باستعمال العين فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها تستحصل من الدابة بركوبها. حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج١١٥/١).

(٥) الدين لغة: ما له أجل، الرِّيدي، تاج العروس من جواهر القاموس (ج٤٩/٣٥)، اصطلاحاً: الدين لزوم حق في الذمة، البخاري، شرح التلويح على التوضيح لمتن التتقيح في أصول الفقه (ج١٣٩/٢).

(٦) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٥٠١/٤).

(٧) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٥١/٥)؛ والحصكفي، الدر المختار (ص٣٠٥).

(٨) الشاطبي، الموافقات (ج٣٢/٢).

(٩) ابن العربي، أحكام القرآن (ج١٠٧/٢).

وعند الشافعية: لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، ومالا يطرحه الناس مثل الفس وما أشبه^(١).

وعند الحنابلة: ما فيه منفعة مباحة مطلقاً، ويباح اقتناؤه بلا حاجة^(٢).
وعلى ذلك تتحقق المالية عند الجمهور بأمرين:

١. أن يكون للأشياء قيمة مادية سواء كانت عيناً أم منفعة.

٢. أن يباح الانتفاع بها.

وبهذا تدخل المنافع والديون^(٣).

وسبب اختلافهم: أن مالية كل منهما معدومة، وليست أموالاً على الحقيقة، لكن الجمهور أعطوها حكم المال من باب التوسع والمجاز، وأبقاها الحنفية على الأصل.
وثمره اختلافهم: يعتبر الجمهور العقود التي تقع على المنافع، كالإجارة، والإعارة ونحوهما من العقود المالية؛ لأن المنافع أموال عندهم أو في حكم الأموال، خلافاً للحنفية، حيث إن المنافع لا تعتبر أموالاً عندهم.
والراجح: قول الجمهور؛ لأن المنافع مقومة، والديون مستردة، ولو قضاء.

تعريف العقود المالية:

يمكن وضع التعريف الثاني للعقد في هذا الموضع وهو: ارتباط الإيجاب بالقبول أو ما يقوم مقامهما بمثله^(٤).

إذ إنه يقتصر فقط على العقود المالية، بدليل القيد الاحترازي: " أو ما يقوم مقامهما بمثله"، فهو الصيغة غير اللفظية للناطقين، وهذا يكون في العقود المالية؛ كالمعاطاة أو التعاطي بمثله من المتعاقدين الآخر، وبذلك تخرج العقود غير المالية مثل عقد الزواج. والإيجاب والقبول سيتم الحديث عنهما في الفصل القادم إن شاء الله، لكن سأكتفي هنا بذكر أنهما ركنا العقد، وما عداهما يترتب عليهما، كالتسليم والرد، والطلب والخيارات.

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر (ص ٣٢٧).

(٢) البعلي، الروض الندي شرح كافي المبتدي (ص ٢٠٤).

(٣) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (ج ٢/٣٢٢)؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (ج ٦/٣).

(٤) ابن طاهر، العقود المضافة إلى مثله (ص ١٩).

أنواع العقود المالية:

قسم الفقهاء العقود المالية تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة، لكن ما له علاقة بموضوع البحث من جهة النفاذ في الحال ما يلي:

تقسم العقود باعتبار نفاذها في الحال من عدمه إلى ثلاثة أقسام:

١. العقد المنجز أو الفوري: وهو العقد الصحيح المستوفي لأركانه وشروطه، والصادر من كامل الأهلية، غير مضاف إلى المستقبل، ولا معلق على شرط، وهذا هو الأصل في العقود: أي أن آثارها تترتب عليها فور إنشائها، وقد تتوقف صحة العقد على كونه منجزاً، فإن تأخر بطل، وذلك كبيع الدراهم بالدراهم^(١).

٢. العقد المتراخي: عقد يستغرق تنفيذه مدة بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً فيها، وذلك مثل الإجارة، والإعارة، والشركة^(٢).

وهذا التراخي الذي هو أصل لتلك العقود، ليس هو مقصود البحث، ولكن قد يدخل ضمن البحث إذا حدث تراخي إضافي على التراخي الأصلي.

٣. العقد المضاف للمستقبل: وهو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثل أجرتك داري لسنة ابتداء من مطلع الشهر القادم، فينقصد في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت الذي أضيف إليه^(٣).

وهناك نوع من العقود لا يقع إلا مضافاً للمستقبل، وذلك مثل عقد الوصية.

مفهوم التراخي في العقود المالية:

من خلال تعريف كل من التراخي، والعقود المالية، يمكن تعريف التراخي في العقود المالية بأنه:

تأخير ارتباط الإيجاب بالقبول أو ما يقوم مقامهما بمثله، أو ما يترتب عليهما عن وقته الأول إلى ظنّ الفوت.

فيكون التعريف قد شمل التراخي في الصيغة بنوعيتها اللفظية، وغير اللفظية، وما تتطلبه الصيغة من إجراءات مترتبة عليها، من تسليم وطلب ورد وخيارات في العقود التي تحتلها.

(١) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١/٩٥).

(٢) المرجع السابق، ص ٩٥.

(٣) المرجع نفسه، ص ٩٥.

المبحث الثاني

أنواع التراخي في العقود المالية

يعد الاختلاف بين الناس من أعظم الآيات الدالة على الله سبحانه في هذا الكون؛ إذ لو لم يكونوا مختلفين لما رأينا هذا التنوع في الحياة على الصعد المختلفة، وعندما نتحدث عن تقسيمات معينة لشيء معين، فإننا في الغالب نعتمد على الاختلاف والتشابه من وجوه معينة بين مفردات الشيء المقسم.

فبعد التعرف على حقيقة التراخي في العقود المالية، يجدر بنا أن نتعرف على أنواعه، وذلك باعتبار كل من الإرادة، والوقت؛ لأن ذلك يسهم في فهم أعمق للمسألة، وبالتالي يسهل الحكم على كل حالة، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره.

المطلب الأول

تقسيم التراخي باعتبار الإرادة

الأصل في العقود أن تكون مبنية على التراضي بين الطرفين، وهذا التراضي إنما ينشأ عن توافق الإرادة العقدية بين الطرفين، لكن قد يحصل ما يشوب تلك الإرادة، ويؤثر على العقد، والتراخي هو أحد المؤثرات على العقد والإرادة العقدية من جهة، ومن جهة أخرى التراخي نفسه يمكن تقسيمه باعتبار إرادة العاقد إلى:

١) تراخي اختياري.

٢) تراخي إجباري.

وفيما يلي شيء من التفصيل لكل منهما:

أولاً: التراخي الاختياري:

وهو التراخي الخالي من المؤثرات الخارجية، والعاقد إلى إرادة المتعاقد نفسه، وأمثله:

أ. تراخي القبول عن الإيجاب في مجلس العقد:

فتراخي القبول عن الإيجاب في مجلس العقد، وعدم التشاغل أو الفصل بما يقتضي الإعراض^(١)، أو بما يقطع المجلس عرفاً^(٢)؛ لأن حالة المجلس كحالة العقد، فيكتفي بالقبض فيه لما يشترط قبضه^(٣)، يعتبر تراخياً اختيارياً.

ب. التراخي في طلب الشفعة:

فإذا علم الشفيع بالبيع ينبغي أن يطلب الشفعة على الفور، فإذا سكت بغير عذر ولم يطلب، بطلت شفته^(٤)، فسكوته تراخياً اختيارياً.

ت. التراخي في تسليم رأس مال السلم:

فيجب تسليم رأس المال في السلم، وهو الثمن، ويكون في مجلس العقد؛ إذ لو تراخى بدون عذر لكان في معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال في الذمة؛ ولأن في السلم غرراً فلا يضم إليه غرر تراخي تسليم رأس المال^(٥)، فعدم العذر يعني اختياره للتراخي.

(١) الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (ج٦/٣٠).

(٢) الزركشي، شرح الزركشي (ج٣/٣٨٣).

(٣) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج٤/٥).

(٤) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج٣/٥٢).

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (ج٣/٤).

ثانياً: التراخي الإجباري:

وهو التراخي العائد للمؤثرات الخارجة عن إرادة العاقدين، وأمثله:

التراخي بسبب الغيبة:

فإن كان المشتري غائباً عن المجلس، فكاتبه البائع، أو راسله إنني بعثك داري بكذا، أو أني بعث فلاناً ونسبه بما يميزه داري بكذا، وبلغ المشتري الخبر قبل البيع^(١)؛ فالتراخي في القبول مع غيبة المشتري إجباري.

التراخي بسبب عدم العلم بالبيع في الشفعة:

فتراخيه بسبب عدم علمه لا يبطل شفيعته^(٢)، فالتراخي يكون إجبارياً.

التراخي بسبب العوارض الخارجة عن الإرادة:

فإذا علم الشفيع بالبيع، فليبادر على العادة، فلو كان الشفيع في الصلاة أو في الحمام أو في حال قضاء الحاجة، لم يكلف قطع ما هو فيه، وإنما له التأخير إلى الفراغ مما هو فيه. والضابط فيه: أن ما عد توانياً في طلب الشفعة أسقطها، وإلا فلا^(٣).

وأيضاً يمكن أن تضاف أمثلة النوع السابق إذا قيدت بعذر مقبول.

(١) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع (ج٣/٤٨١).

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج٣/٥٢).

(٣) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٥/٥٣٨، ٥٣٩).

المطلب الثاني

تقسيم التراخي باعتبار الوقت

أصل التراخي في اللغة والاصطلاح ارتباطه بمسألة الوقت، والإمهال فيه، لكن مناسبة ذكر هذا المطلب في أنواع التراخي هو أن الفقهاء قد قيدوا بعض أنواع التراخي بمدة معينة، في حين لم يقيدوه الآخرون، وحتى الذين قالوا بتقييده في عقود معينة، لم يقيدوه في عقود أخرى، وبناء على ما سبق يمكن تقسيم التراخي إلى نوعين هما:

١. تراخي غير مقيد بزمن.

٢. تراخي مقيد بزمن.

أولاً: التراخي غير المقيد بزمن:

مثاله عند المالكية: التراخي في طلب الشفعة للحاضر؛ فلا يقطعها شيء ما لم يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك، أو يتركها هو طوعاً، أو يأتي من طول الزمان ما يرى أنه كان تاركاً لها، أو يحدث فيها المبتاع بناء أو غرساً أو هدماً أو تغييراً وهو حاضر فيقطع شفيعته ذلك، وقد سئل الإمام مالك عن شفيع حاضر قام على شفيعته بعد خمس سنين، وربما قيل له: أكثر من ذلك؟ فيقول: في هذا لا أراه طولاً ما لم يحدث المشتري بنياناً أو يغير شيئاً وهو حاضر فإن أجله أقصر من أجل الذي لم يحدث عليه شيئاً^(١)، وهذا في رواية عنهم، فالمدة عندهم غير معلومة فقد تطول وقد تقصر.

ثانياً: التراخي المقيد بزمن:

ومثاله عند المالكية أيضاً: في طلب الشفعة للحاضر في الرواية الأخرى أنه ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعده^(٢).

ومثاله أيضاً عند بعض الحنفية - كما سيتضح في الفصل الثالث - أن خيار الشرط يثبت شرعاً لكلا العاقدين لقوله - عليه الصلاة والسلام - لمن يغبين في البياعات: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام"^(٣)، على أن تقدر مدته بثلاثة أيام فما دونها، ولا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام لكن لو ذكر أكثر منها جاز^(٤).

(١) التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة (ج ٢٠/٥٨).

(٢) المرجع السابق، ص ٥٨.

(٣) إنكره البخاري في صحيحه لكن ليس كاملاً، وما ذكره "إذا بايعت فقل لا خلافة"، كتاب البيوع/باب ما يكره من الخداع في البيع، ج ٣/٦٥: رقم الحديث ٢١١٧.

(٤) شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (ج ٣/٣٥).

المبحث الثالث

ضوابط التراخي المعتبرة شرعاً والآثار العامة المترتبة عليه

العبادة هي امتثال أوامر الله عز وجل، فالمسلم كما يتعبد الله في عباداته، يتعبده أيضاً في معاملاته وعقوده المالية وغيرها، فأحكام الله تعالى يلتزم بها المؤمن في جميع أوقاته وأحواله. ومخافة الله وخشيته هي التي تهذب الضمير الإنساني، فأخذ المسلم بالرأي الفقهي فيما أفتاه العلماء هي ميزان تحقيق العبودية والاستخلاف. ومعرفة أحكام الحلال والحرام يهدف إليها المسلم في حياته، فيأخذ الحلال ويلتزم ضوابطه، ويتحمل نتائجه وآثاره المترتبة عليه، ويجتنب الحرام ويتعد عن ما يقربه منه. وفي هذا المبحث سيتم الحديث عن ضوابط التراخي، والآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول

ضوابط التراخي المعتبرة شرعاً

أجاز الفقهاء الأخذ بالتراخي في المعاملات المالية بوجه عام، لكن إجازتهم تلك لم تكن مطلقة؛ بل وضعوا مجموعة من الضوابط المعتبرة شرعاً قيدها، ومن أهم تلك الضوابط:

١. منع الظلم:

ومن أمثلة ذلك أن من غصب شيئاً من آخر وجب عليه رد المغصوب لصاحبه فوراً من غير تراخ بنفسه أو وليه أو وكيله، وإن تكلف عليه أضعاف قيمته^(١)؛ فلا تقبل توبته ما دام في يده- إن لم يكن للغاصب عذر في التراخي، كخوفه على نفسه، أو ما بيده من مغصوب وغيره^(٢) .

٢. تقييد الفاصل الزمني بين تصرفات طرفي العقد بوقت معين:

المقصود بتصرفات طرفي العقد: ما يصدر من العاقدين من قبول وإيجاب وما يترتب عليهما من تسليم لكل من المعقود عليه والثلث في البيع ونحوه في العقود، وأيضاً ما يترتب عليهما من خيارات.

وإجازة التراخي عند العلماء فيها اهتمام بمسألة الوقت للحفاظ على مصالح العاقدين، ومن أمثلة ذلك:

**** التقييد بمدة مجلس العقد:** فالقابل يحتاج إلى فترة للتأمل، حيث يكفي صدور القبول في مجلس العقد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة؛ وهذا التأمل للموازنة بين ما يأخذ أو يغنم وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد، وقدرت فترة التأمل بمدة مجلس العقد؛ لأن المجلس جامع للمتفرقات، فتعتبر ساعة واحدة تيسيراً على الناس، ومنعاً للمضايقة والحرص، ودفعاً للضرر عن العاقد قدر الإمكان^(٣).

**** تعيين مدة القبول:** فإذا كان الموجب ليس له الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر عند المالكية^(٤)، وحدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول، يلتزم بها، ويكون ملتزماً بالبقاء على إيجابه

(١) قليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة (ج٣/٢٩).

(٢) السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (ج٤/٦٩).

(٣) البارتي، العناية شرح الهداية (ج٦/٢٥٣).

(٤) الحطاب، مواهب الجليل (ج٦/٣٠).

إذا عين ميعاداً للقبول كأن يقول: أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً، فيلزمه هذا التقييد ولو انتهى المجلس^(١).

٣. ألا يكون الأخذ بالتراخي بعد تصرف دال على الرضا:

يعني هذا أن الذي يريد أن يأخذ بمبدأ التراخي له الحق في ذلك، لكن بشرط ألا يتصرف بما يدل على رضاه، ومثاله خيار العيب فهو على التراخي لا يسقط إلا بما يدل على رضاه^(٢).

٤. مراعاة الحالات الطارئة للعاقدين، ومثاله:

إذا علم الشفيع بالبيع، فليبادر على العادة، فلو كان الشفيع في الصلاة أو في الحمام أو في حال قضاء الحاجة، لم يكلف قطع ما هو فيه، وإنما له التأخير إلى الفراغ مما هو فيه. والضابط فيه: أن ما عد توانياً في طلب الشفعة أسقطها، وإلا فلا^(٣). وإن كان مريضاً مرضاً ثقیلاً أو غائباً عن بلد المشتري، أو خائفاً من عدو، فليوكل إن قدر، وإلا بأن عجز عن التوكيل، فليشهد على طلب الشفعة، فإن ترك الشفيع المقذور عليه من التوكيل والإشهاد، بطل حقه في الأظهر؛ لأنه مشعر بالترك^(٤).

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج٤/٢٩٥٦).

(٢) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج١/٣٣٥).

(٣) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٥/٥٣٨، ٥٣٩).

(٤) الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص٢٨٦)؛ والرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

(ج٥/٢١٦)؛ والخن، وآخران، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج٧/١٨).

المطلب الثاني

الآثار العامة المترتبة على التراخي

الأخذ بالتراخي في المواضع المنصوص عليها يترتب عليه آثار عامة يمكن حصرها في التالي: آثار أخروية، وأخرى دنيوية، وفيما يلي توضيح لكل منهما.

أولاً: الآثار الأخروية:

تتمحور تلك الآثار في استحقاق الإثم، وما يترتب عليه من الحساب والعقاب، وذلك إن تعلق التراخي بحقوق الآخرين، وحصول الظلم، ومثال ذلك التراخي في رد المغصوب بلا عذر.

ثانياً: الآثار الدنيوية:

تتعلق هذه الآثار بقضية ثبوت الحق تارة، وسقوطه تارة أخرى، وفيما يلي تمثيل لكل منهما:

١. ثبوت الحق:

وثبوت الحق يعني أن التراخي لا يؤثر في العقد، فيبقى صحيحاً إذا كان مكتمل الأركان والشروط، ولا يضر أحد طرفي العقد المعني بالتراخي الأخذ به. مثاله: أنه لا يشترط كون القبول أو الرد في الوصية فوراً بعد الموت بل هما على التراخي، فيجوز كل منهما بعد الوفاة، لأن الفور عرفاً إنما يشترط في العقود المنجزة التي يرتبط القبول فيها بالإيجاب كالبيع، وليست الوصية منها، لكن إذا لم يقبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي، ولا رد الوصية بعد فترة طويلة، حكم عليه بالرد، وبطل حقه من الوصية لأنها إنما تنتقل إلى ملكه بالقبول ولم يوجد^(١).

٢. سقوط الحق:

مثاله: على الشفيع أن يظهر رغبته بمجرد علمه بالبيع، وشرطه أن يكون من فور العلم بالبيع، إذا كان قادراً عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفيع في رواية عند الحنفية^(٢).

(١) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين (ج٦/١٤٣، ١٤٢)؛ وكشاف القناع عن متن الإقناع

(ج٤٤٤، ٣٤٥/٤)

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج١٧/٥).

٣. بطلان العقد:

مثاله عند الحنابلة: يعتبر في صحة بيع المعاطاة معاقبة القبض للطالب في نحو خذ هذا بدرهم أو معاقبة الإقباض للطلب في نحو أعطني بهذا خبزاً؛ لأنه إذا اعتبر عدم التأخير في الإيجاب والقبول اللفظي؛ أي إذا اعتبر أن لا يتأخر أحدهما عن الآخر حتى يتفرقا من المجلس أو يتشاغلا بما يقطعه عرفاً فاعتبار عدم التأخير في المعاطاة أولى، والتأخير في المعاطاة مبطل، ولو كان العاقدان بالمجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه؛ لضعفها عن الصيغة القولية^(١).

(١) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج٣/١٤٩).

الفصل الأول
التراخي في صيغ العقود
المالية المعاصرة

المبحث الأول

التراخي بين الإيجاب والقبول

العقد من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لارتباط إرادتيهما، وهاتان الإرادتان خفيتان، والتعبير عنهما هو طريق إظهارهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما من الطرفين المتعاقدين، وهذا التعبير المتبادل يسمى الإيجاب والقبول^(١).
وينعقد العقد بالإيجاب والقبول، والمراد من الانعقاد انضمام كلام أحد المتعاقدين - أو ما يقوم مقامه - إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً، والإيجاب: عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولاً، سمي به؛ لأن الإيجاب هو الإثبات ونقيض السلب، والموجب هو المتكلم منهما أولاً بقوله: بعث أو اشتريت يريد إثبات العقد بشرط أن ينضم إليه قبول الآخر^(٢).
وسمي به؛ لأن قوله بعث أو اشتريت إيجاب؛ فقبل التلفظ به كان في حيز الإمكان، أي إنه غير مجبر على تلك الألفاظ في ذلك الوقت، وبعد التلفظ به صار واجب الوجود لغيره، ثم سمي كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الآخر، وإن كان هو أيضاً إيجاباً في الحقيقة؛ حتى يمتاز السابق من كلام العاقدين من اللاحق^(٣).

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج ١/٣٨٢).

(٢) العيني، البناية شرح الهداية (ج ٤/٨).

(٣) المرجع السابق، ص ٤.

المطلب الأول

التراخي في الصيغة اللفظية للعقود

قبل الحديث عن الصيغة اللفظية والتراخي فيها، لابد من الإشارة إلى أركان العقد.

أركان العقد:

أركان الشيء: أجزاء ماهيته، وجوانبه التي يستند إليها ويقوم بها^(١). وفي الاصطلاح: الركن هو الجزء الذاتي الذي تتركب الماهية منه ومن غيره بحيث يتوقف تقومها عليه^(٢).

آراء الفقهاء في أركان العقد:

اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد عاقد وصيغة (الإيجاب والقبول) ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول (المعقود عليه).

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه الثلاثة كلها أركان العقد^(٣). وذهب الحنفية إلى أن ركن العقد هو الصيغة فقط^(٤)، أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة لا من الأركان، وذلك لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليه^(٥).

والخلاف هنا يبدو شكلياً؛ لأن المعنى واحد، وإن كان التعبير مختلفاً، والمسميات متفاوتة، وما يلزم في هذا البحث هي الصيغة المتفق على تسميتها.

الإيجاب والقبول اللفظيين:

الإرادة من الأمور الباطنة، وما الصيغة اللفظية إلا ترجمة عن التراضي وإرادة العقد، ولما كان للعقود أثر كبير في الحياة؛ حيث تتعلق بالأموال، والمال شقيق الروح كما يقال؛ أوجب الفقه الإسلامي ظهور الإرادتين بشكل واضح، ووضع لها مجموعة شروط وهي^(٦):

(١) الفيومي، المصباح المنير (ج ١/٢٣٧)؛ والزبيدي، تاج العروس (ج ٣٥/١١١).

(٢) عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (ج ٢/١٧٩).

(٣) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (ج ٦/١٢)؛ والنووي، المجموع شرح المهذب (ج ٩/١٤٩)؛ والزرکشي، شرح الزرکشي (ج ٣/٣٨٢).

(٤) العيني، البناية شرح الهداية (ج ٨/٤).

(٥) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ٣٠/٢٠٠).

(٦) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج ١/٤٠٦).

١. جلاء المعنى.
 ٢. موافقة الإيجاب للقبول.
 ٣. جزم الإرادتين.
- وفيما يلي تفصيل لكل منها:

أولاً: جلاء المعنى في صيغة العقد:

المراد بجلاء المعنى في صيغة العقد أن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين؛ ذلك لأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضوع والأحكام، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكنه إلزامهما بأحكامه الخاصة به^(١).

ففي مبادلة مال بمال يجب أن يستعمل لفظ البيع، أو ما يؤدي معناه من تملك الأعيان بعوض، وفي المبادلة على المنفعة يجب أن يستعمل لفظ الإجارة، أو ما يفيد معناها من تملك المنفعة بعوض، وهلم جرأً.

ولا فرق بعد ذلك بين أن تكون دلالة اللفظ على العقد المقصود حقيقية أو مجازية، فالجلاء والوضوح يتحقق بطريقي الحقيقة والمجاز.

ومتى احتمل اللفظ المستعمل في الإيجاب أحد عقدين أحدهما أقوى وأكثر إلزاماً لأحد العاقدين والآخر أضعف، فإنه يحمل على الأضعف جرياً مع اليقين؛ إذ لا يسوغ إلزام أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده إلى العقد الموجب لها^(٢).

وعلى ذلك فإن ألفاظ الكنايات في العقود تحتاج إلى قرينة ترجح أن العاقد قد أراد بها ذلك العقد؛ لأن لفظ الكناية يحتمله كما يحتمل غيره، فلا بد من مرجح وهو القرينة^(٣).

ومن أمثلة ذلك أن البيع ينعقد بلفظ الهبة المقرون بالثمن، بأن يقول أحد المتبايعين: قد وهبتك هذا بكذا دينار، فيقبل الآخر؛ لأن ذكر الثمن قرينة تجعل الهبة جلي الدلالة على قصد البيع؛ إذ إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(٤).

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج١/٤٠٦).

(٢) الحصكفي، الدر المختار (ص٥٥١).

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج١/٤٠٧).

(٤) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٥٥.

ثانياً: توافق الإيجاب والقبول:

يجب أن يوافق الإيجاب والقبول من كل وجه، فإذا خالفه لا يعتبر قبولاً، ولا ينعقد به العقد، فلو أوجب البائع مثلاً لبيع شيء بمائة، فقبل المشتري بتسعين، وإذا أوجب المؤجر بخمسين نقداً، فقبل المستأجر بخمسين مؤجلة أو مقسطة، لا ينعقد العقد بهذا القبول، ويعتبر من المخالفة أيضاً تجزئة الصفقة بالقبول، ولو مع المحافظة على نسبة البدل، فإذا أوجب البائع بيع كمية من القمح، فقبل المشتري نصف المبيع بنصف الثمن، لا ينعقد البيع لمخالفة القبول للإيجاب، إذ ربما كان البائع لا يوافق مع بيع بعض المبيع دون بعض، وكذلك إن أوجب البائع بيع شيء بعشرين نقداً فقبل المشتري بأربعين مؤجلة لشهر مثلاً، لا ينعقد للمخالفة، ولأنه ربما كان للبائع رغبة في النقد العاجل، فيفوت غرضه^(١).

والقبول المخالف لا يبطل، بل هو صالح لأن يبنى عليه، وقد يرضى به الطرف الآخر، فالقبول المخالف يعتبر استثناءً إيجاب يحتاج في انعقاد العقد على أساسه إلى قبول من الطرف الآخر الذي كان موجباً، فيصبح الموجب قابلاً، والقابل موجباً^(٢).

ويستثنى من المخالفة مخالفة الإيجاب للقبول إلى الأفضل من كل وجه بالنسبة للشخص الموجب، فلا تكون مانعة من الانعقاد؛ لأنها في الحقيقة ليست مخالفة، بل زيادة في الموافقة، فالعبرة ليست بالمبنى بل بالمعنى.

ومن أمثله: لو أوجب المشتري بعشر، فقبل البائع بأقل منها، أو أوجب البائع بعشرة، فقبل المشتري بأكثر منها، كان ذلك في الحقيقة قبولاً بالمبلغ الذي تضمنه الإيجاب، مع التزام حط منه أو زيادة عليه لمصلحة الطرف الموجب، فينعقد البيع بالثمن الذي تضمنه الإيجاب، ويتوقف لزوم الحط أو الزيادة على رضى الطرف الموجب، إذ القاعدة تقول إن الحط من العوض أو الزيادة فيه لمصلحة الطرف الآخر متوقف لزومهما على رضاه^(٣).

ثالثاً: جزم الإرادتين:

المراد به أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبت والقطع في العقد بصورة لا ترد معها ولا تسويف، وإلا كانت نية العقد منقضية؛ لأن التردد في حكم الرفض، ومن الواضح أنه إذا انتفى من دلالة الصيغة وقوع الالتزام والتعاقد، فلا التزام ولا عقد، وعلى هذا يقرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لا ينعقد البيع به، ولا يلزم صاحبه قضاء.

(١) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين (ج ٣/٤٢٣).

(٢) البخاري، المحیط البرهاني في الفقه النعماني (ج ٦/٢٧٩).

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج ١/٤٠٨).

ومن صورة الوعد أن تقترن عبارة الإيجاب أو القبول بأداة تأخير وتسويق، كحرف السين وسوف؛ فلو قال البائع لمن يستام الشيء: سأبيعه بكذا، أو قال المستام: سوف أشتريه، فإن البيع لا ينعقد بذلك، ولو قبل الطرف الآخر قبولاً باتاً^(١).

والصيغة العامة التي يرححها الفقهاء في الإيجاب والقبول للدلالة على الإرادة الجازمة هي صيغة الماضي؛ نحو: بعت واشتريت، ورهنت وارتهنت، وأجرت واستأجرت، ولفظ قبلت أو رضيت أو ما في معناهما بعد ذكر الإيجاب يكفي ويغني عن إعادة ما تقدم في الإيجاب^(٢).

وصيغة الماضي ليست بشرط، وإنما هي أفضل من سواها؛ لدلالاتها في مقام العقود على الإنشاء الجازم^(٣)، فلو عبر الطرفان بالمضارع مقصوداً به الحال، انعقد العقد، كما لو قال: أبيعك الآن، فقال الآخر: أشتري الآن، وهكذا كل عبارة تظهر بوضوح إرادة العاقدين الجازمة في إنشاء العقود بحسب نوع كل عقد^(٤).

ففي عقد البيع لو أوجب المشتري بقوله: هذا علي بألف، فقال البائع: قبلت، أو أوجب البائع بقوله: هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت، فقال المشتري: وافقني أو أعجبني أو أردت، ينعقد البيع بكل هذه العبارات.

حتى إن الفقهاء اعتبروا صيغة الأمر وغيرها من العبارات كافية إذا كانت تنبئ عن إيجاب وقبول مقدر يقتضيه المعنى ويستلزمه؛ كما لو قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال المالك: خذه، أو بارك الله لك فيه؛ وذلك لأنها في قوة قوله: بعته فخذ، فبنوا على المدلول^(٥).

أما الإيجاب فلا يكون بصيغة الأمر، فلو قال: بعني أو أجرني بكذا، فقال: بعته أو أجرته لا ينعقد العقد بذلك، حتى يقبل الأمر؛ لأن الأمر مجرد طلب وتكليف^(٦).

وبعد التعرف على شروط الصيغة اللفظية بشكل عام، يلزم التعرف على شروطها الخاصة بمجلس العقد، وبيانها في السطور القادمة.

(١) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ٢٥)

(٢) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ج ١٠٩/٢)؛ وابن الهمام، فتح القدير (ج ٢٤٩/٦).

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (ج ٤/٤).

(٤) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ج ١٠٩/٢).

(٥) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ج ١٠٩/٢)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (ج ٤/٤).

(٦) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (ج ٤/٤).

الإيجاب والقبول في مجلس العقد:

مجلس العقد هو الاجتماع الواقع للعقد^(١)، وهو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، وبعبارة أخرى: اتحاد الكلام في موضوع التعاقد^(٢)، والأصل اتصال القبول بالإيجاب، ويشترط لتحقيق ذلك المعنى شروط ثلاثة هي:

١. أن يكونا في مجلس واحد.
٢. ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إرضاه.
٣. ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

الشرط الأول: أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول:

فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر؛ لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول؛ والدليل على اعتبار المجلس جامعاً للإيجاب والقبول هو: الضرورة؛ دفعا للعسر وتحقيقا لليسر، وإلا فالإيجاب يزول بزوال الوقت الذي وقع فيه فلا يلحقه القبول حقيقة، قال الكاساني: القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في مجلس واحد؛ لأنه كلما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده، فوجد الثاني، والأول منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب التعاقد، فاعتبر المجلس جامعاً للشطرين حكماً للضرورة^(٣)، فلو قال البائع: بعتك الدار بثمان كذا، أو آجرتك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى مكان آخر بعيد عن مجلسه الأول بحوالي مترين أو ثلاثة، أو إلى غرفة أخرى، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل القابل بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد؛ لأن الإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس^(٤).

حكم التراخي في القبول:

لما كان مجلس العقد جامعاً للقبول والإيجاب، وهو شرط للاتصال بينهما، اختلف الفقهاء في مقدار الزمن الفاصل بين الإيجاب والقبول على رأيين: الرأي الأول: أنه لا يشترط الفور في القبول، فما دام المتعاقدان في المجلس، وصدر الإيجاب من أحدهما، ولم يصدر القبول إلا في آخر المجلس تم العقد عندهم، فلا يضر التراخي بين

(١) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (ج/١٥٣).

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج/٢٩٤٥/٤).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (ج/١٣٧/٥).

(٤) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج/٢٩٤٥/٤).

الإيجاب والقبول إذا صدرا في مجلس واحد، ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الرأي الثاني: يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول بسكوت ولو سهواً أو جهلاً على
المعتمد عند الشافعية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٥).

٢. وقوله - عليه السلام - "يسروا ولا تعسروا"^(٦).

وجه الدلالة من الآية والحديث: أن الله يريد أن ييسر عليكم ولا يريد أن يعسر عليكم، والتراخي
بين الإيجاب والقبول إذا صدرا في مجلس واحد يعد من باب التيسير الذي جاء به الشرع.
٣. وأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو اشترطت الفورية لا يمكنه التأمل^(٧)، وإنما يكفي صدور
القبول في مجلس واحد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات
للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضيق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة،
فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فوراً، فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة
تأمل؛ للموازنة بين ما يأخذ أو يغنم وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد، وقدرت فترة التأمل
بمدة مجلس العقد؛ لأن المجلس جامع للمتفرقات، فتعتبر ساعة واحدة تيسيراً على الناس، ومنعاً
للمضايقة والحرص، ودفعاً للضرر عن العاقد قدر الإمكان^(٨).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: (ج٥/١٣٧).

(٢) الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (ج٦/٣٠)؛ وابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد
(ج٣/١٨٧)؛ والقرافي، الذخيرة (٦/٢٢٨).

(٣) ابن قدامة، المغني (ج٧/٨٠).

(٤) الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/٥)؛ وقلوبي وعميرة، حاشيتا قلوبوي وعميرة
(ج٢/١٩٤)؛ والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج٨/١١٢).

(٥) [البقرة: ١٨٥].

(٦) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب العلم/باب ما كان النبي ﷺ يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا،
ج١/٢٥، رقم الحديث ٦٩].

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع (ج٥/١٣٧).

(٨) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق (ج٤/٤)؛ والمرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ج٣/٢٣).

أدلة القول الثاني:

يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب، فلو تخلل لفظ أجنبي لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته، لا يتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب، فلا ينعقد العقد. لكن لو قال المشتري بعد توجيه الإيجاب له: بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، قبلت، أي الشراء صح العقد^(١).

الرأي الراجح:

في الواقع الاختلاف في هذه المسألة شكلي، فاتجاه الشافعية متفق مع الأصل في القبول: وهو أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً؛ لينعقد العقد، واتصال القبول بالإيجاب هو السائد عرفاً بين الناس، فلا يضر الفصل اليسير إلا من عالم عامد قصد به القطع، ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول^(٢)، ولكن يخفف تشدد هذا الرأي أخذ الشافعية بمبدأ خيار المجلس - كما سيتضح في الفصل الثالث- لكل من العاقدين بعد انعقاد العقد، والذي بمقتضاه يثبت لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما دام في المجلس لم يفترقا عنه بأبدانهما، فيكون رأي الشافعية كغيرهم في إعطاء المتعاقدين فرصة للتأمل في إمضاء العقد، وهذا يتناسب مع روح الشريعة ومقصدها من حيث التوسعة على الناس ورفع الضيق والحرص عنهم.

الشرط الثاني . ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد:

بأن يكون الكلام في موضوع العقد، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يعد قرينة على الإعراض عن العقد^(٣)، فإن ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب، أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد، بطل الإيجاب. ولو قبل الآخر حينئذ لا يعتبر قبوله متمماً للعقد؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود، إذا لم يتعانق مع القبول، وسبب ذهابه أنه كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم يتصل بالقبول، ويجعل باقياً مدة المجلس من باب التيسير على الطرفين ودفع العسر عنهما ليتمكن تلاقي القبول به، وانعقاد العقد.

(١) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج٣/٣٨١).

(٢) قليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة (ج٢/١٩٤).

(٣) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج٣/٣٨١)؛ والأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب

(ج٢/٥).

ويتغير المجلس حسب العرف الشائع بين الناس، فهو المحكم في بيان اتحاد المجلس أو تغييره، فإذا صدر القبول في حال اتحاد المجلس، نشأ العقد، وإذا صدر القبول بعد تغير المجلس لم يعتبر ولم ينشأ به العقد. وضابط ذلك أن القبول يكون معتبراً ما دام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين، وما دام المجلس قائماً^(١).

ولو أوجب أحد الطرفين البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد العقد؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع عن العقد^(٢).

وكما يحتكم إلى العرف في بيان ما يغير المجلس، يعتبر العرف في تفرق العاقدين عن المجلس، فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد، وما لا فلا^(٣)؛ لأن ما ليس له حد في اللغة ولا في الشرع، يرجع فيه إلى العرف، فلو كان العاقدان في دار كبيرة يتغير المجلس بالخروج من البيت إلى صحن الدار، ونحوه، ولو تماشى الطرفان مسافة دام المجلس، وإن زادت المدة على ثلاثة أيام ما لم يعرضاً عما يتعلق بالعقد^(٤).

الشرط الثالث: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل:

لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل، فإن عدل عن إيجابه قبل قبول القابل لم يصح القبول بشكل عام، وهذا الشرط فيه كلام للفقهاء سيتم عرضه في النقطة التالية.

حكم العدول عن الإيجاب قبل قبول القابل في مجلس العقد:

لما كان الأصل اتصال القبول بالإيجاب، ولما كان تغير مجلس العقد راجع للعرف، والإيجاب هو الذي صدر أولاً، فهل للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول القابل؟ اختلف الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حينئذ؛ لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب، وذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(٥) والشافعية^(٦).

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج٤/٢٩٤٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (ج٥/١٣٧).

(٣) الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج (ص١٨٥).

(٤) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج٤/٢٩٤٥).

(٥) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ج٣/٢٣)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (ج٥/١٣٤).

(٦) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٤/١٦٣).

الرأي الثاني: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس، وقال به أكثرية المالكية^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أن الموجب خالي عن إبطال حق الغير، فهو حر التصرف بملكه وحقوقه، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فيقدم عليه عند التعارض؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، والتراضي بين الجانبين أساسي لصحة العقود^(٢).

أدلة القول الثاني:

أن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد، وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب^(٣).

الرأي الراجح:

ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح؛ لأن الشرع أثبت للعاقدين الخيار في مجلس العقد - كما سيتبين في الفصل الثالث- فإن شاء أمضيا العقد، وإن شاء لم يمضياه، وكأنه لم يكن، وهذا للموجب من باب الخيار ليس إلا.

(١) الخطاب، مواهب الجليل (ج٦/٣٠).

(٢) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ج٣/٢٣)؛ والبابرتي، العناية شرح الهداية (ج٦/٢٥٣).

(٣) الخطاب، مواهب الجليل (ج٦/٣٠).

المطلب الثاني

التراخي في الصيغة غير اللفظية للعقود

تجري العقود في الغالب بالنطق باللسان، لكنه ليس شرطاً لبيان الإرادة العقدية، فيمكن أن تقوم مقامه أي وسيلة، سواء كانت اختيارية أو اضطرارية بشرط تعبيرها تعبيراً كافياً عن الإرادة العقدية الجازمة.

وكما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً، وينعقد بالإشارة المعروفة للأخرس، وبالبدالة التي تقسم إلى التعاطي، ولسان الحال^(١)، وسيتم بيان كل واحدة على حدة، وأثر التراخي عليها.

أولاً: الكتابة:

الكتابة غالباً ما تكون بين عاقلين لم يجمع أبدانها مجلس عقد واحد، ومن هذا المنطلق وضعت القاعدة الفقهية: الكتاب كالخطاب^(٢)، فالكتابة بين المتبايعين كالخطاب بين المتقاربين. والمقصود بالكتابة: هو الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب والقبول، موجهة من أحد العاقلين للآخر؛ كأن يكتب إليه مثلاً: إني اشتريت منك كذا بكذا، فيكتب إليه الآخر: قبلت، ونحو ذلك، فيكون هذا كما لو تشافها بالإيجاب والقبول نطقاً^(٣). ويشترط أن تكون الكتابة:

١. مستبينة أي أن تكون مكتوبة تظهر وتثبت على ما كتبت عليه كالكتابة على الصحيفة أو الورق؛ فلا تعتبر الكتابة في الهواء أو على الماء^(٤).
٢. ومرسومة؛ أي أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس^(٥).

حكم التعبير عن الإرادة العقدية بالكتابة:

توسعت المعاملات اليوم بين الناس، وأصبحت تعتمد على الاستيراد والتصدير، وبين المصدر والمستهلك مسافات بعيدة، وقد يتعذر اللفظ بينهما، فلا تقوم مصالح السوق، ومصالح الناس إلا بالكتابة، وللعلماء في حكم انعقاد العقد بها آراء سيتم تبينها في النقاط التالية.

(١) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ٢٦، ٢٥).

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج ١/٤١٢).

(٤) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج ١/٦٩).

(٥) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج ٤/١٦٣).

◆ الكتابة والوسائل المشابهة لها بين الغائبين:

إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله^(١)، ولا يعلم لذلك مخالف إلا وجه عند الشافعية ضعفه النووي^(٢)، واكتفيت بهذا العرض المختصر؛ لسببين: الأول: أنه لا وجه للمنع في هذا العصر، فلا عبرة بهذا الرأي عند الشافعية، والثاني: أنه سيتم عرض تفصيلي من أدلة وترجيح في النقطة التالية.

◆ الكتابة بين الحاضرين:

اتفق معظم الفقهاء على انعقاد العقد بالكتابة بين الغائبين، لكنهم اختلفوا بين الحاضرين على النحو التالي:

الرأي الأول: ينعقد العقد، وذهب إليه الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥) ووجه عند الشافعية^(٦).

الرأي الثاني: لا ينعقد العقد، وهو الوجه الثاني عند الشافعية^(٧).

الأدلة:

أدلة الفريق الأول:

١. كان النبي - ﷺ - مأمورًا بتبليغ رسالته، فحصل ذلك بالقول تارة، وبالكتابة تارة، وبالرسول ثالثًا، وقامت الحجة على الجميع، حيث كان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل على أن الكتاب يقوم مقام قول الكاتب^(٨).

-
- (١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج٤/٥١٧٥)، نقلاً عن قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: ٥٢ (٦/٣).
- (٢) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار (ج٢/١٠)؛ وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٤/٥١٢)، الصاوي، حاشية الصاوي (ج٣/٥)؛ والنووي، المجموع (ج٩/١٦٧)؛ والبهوتي، كشف القناع (ج٣/١٤٨).
- (٣) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج١/٦٩).
- (٤) الصاوي، حاشية الصاوي (ج٣/٥).
- (٥) البهوتي، كشف القناع (ج٣/١٤٨).
- (٦) النووي، المجموع (ج٩/١٦٧).
- (٧) المرجع السابق، ص ١٦٧.
- (٨) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار (ج٢/١٠).

٢. إذا كانت الكتابة وسيلة لإثبات الحقوق بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَمْتُمْ بَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١)، فما كان وسيلة لإثبات الحق جاز أن يكون صالحاً لانعقاده^(٢).

٣. القياس على كتاب القاضي حيث يقوم كتاب القاضي مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق^(٣).
٤. المطلوب في ألفاظ البيع ما يدل على الرضا، وليس لهذا الأمر شكل معين، والكتابة لا شك أنها تعبر عن إرادة صاحبها، فإذا علم الرضا انعقد العقد سواء كان باللفظ أو بالإشارة أو بالكتابة أو بغيرها مما تعارف عليه الناس^(٤).

٥. المقصد من المعاملات الحفاظ على مصالح الناس، وقد أصبحت اليوم تعتمد على الاستيراد والتصدير، وبين المصدر والمستهلك مسافات بعيدة، وقد يتعذر اشتراط اللفظ، فلا تقوم مصالح السوق، ومصالح الناس إلا بقبول الكتابة^(٥).

أدلة الفريق الثاني:

أدلتهم كانت عقلية ، وهي على النحو التالي:

١. الأصل أن التعبير يكون باللفظ وحده، وإنما قبلت الإشارة في حق الأخرس للضرورة لعجزه عن النطق، فأما القادر على النطق فلا يقبل منه التعبير بالكتابة كما لا يقبل منه التعبير بالإشارة^(٦).

ويناقش هذا: القول بأن القادر على النطق لا يقبل منه الكتابة، هذه دعوى تحتاج إلى دليل، فأين النص من الشارع الذي ينهى القادر على النطق من عقد البيع عن طريق الكتابة.

٢. انعقاد البيوع على وقت النبي - ﷺ - جاءت عن طريق الألفاظ، ولم يشتهر في عصر النبي - ﷺ - انعقاد البيوع عن طريق الكتابة مع إمكان ذلك، فيجب الوقوف عند حد اللفظ فقط^(٧).

ويناقش هذا: بأن البيع ليس من قبيل العبادات التي يحتاج الأمر فيها إلى توقيف، وإنما من قبيل العادات والمباحات، فالأصل فيها الحل إلا ما ود النهي عنه، ولم يأت نهي من الشارع ينهى عن عقد البيع عن طريق الكتابة.

(١) [البقرة: ٢٨٢].

(٢) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١/٣٦٦).

(٣) المرجع السابق، ص ٣٦٦.

(٤) الصاوي، حاشية الصاوي (ج ٣/٥).

(٥) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١/٣٦٦).

(٦) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ٥/١٦).

(٧) المرجع السابق، ص ١٦.

٣. الكتابة يتطرق إليها الاحتمالات، فقد يكتب اللفظ ويريد به تجربة القلم، أو تحسين الخط، كما يدخل الخط التزوير والتقليد، وما تطرق إليه الاحتمال وجب الانتقال إلى غيره مما لا يتطرق إليه الاحتمال^(١).

ويناقد: بأن هذه الاحتمالات بعيدة، فيوجد اليوم طرق كثيرة لحماية الخط من التزوير، ولو كان هذا الاحتمال وجيهاً لما تعامل الناس اليوم بالشيكات، وهي تحمل مبالغ كثيرة جداً، وتعتمد على توقيع صاحبها مع إمكان التزوير والتقليد فيه.

الرأي الراجح:

بعد استعراض آراء الفريقين وأدلتهم، يمكن ترجيح رأي الجمهور؛ لأنه باختصار العقود هي تعبير عن الإرادة العقدية، والكتابة معبرة عنها، فلا يوجد مانع من اعتمادها خصوصاً بين الغائبين؛ تحقيقاً لمقاصد الشريعة في المعاملات من التيسير على الناس، ومما يلاحظ في عصرنا أن الكتابة لم يعد الاستغناء عنها مقبولاً، فقد أصبحت ملازمة للعقود، لكن في غالب الأحيان للتوثيق، وليس لإجراء العقود خصوصاً بين الحاضرين.

♦ التراخي في الكتابة:

اختلف الفقهاء في اشتراط الفورية في القبول في التعاقد بالكتابة بين الغائبين على رأيين: الرأي الأول: لا يشترط الفور، ذهب إليه الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الرأي الثاني: اشترط الشافعية الفور في القبول، فيشترط قبول القابل فوراً وقت اطلاعه على لفظ البيع في الكتاب لا قبله، ويمتد خيار المجلس للمكتوب إليه أو المرسل إليه ما دام في مجلس قبوله، ولا يعتبر للكاتب مجلس، ولو بعد قبول المكتوب إليه، بل يمتد خياره ما دام خيار المكتوب إليه^(٤).

وفي تقريب الحنابلة في تراخي القبول عن الإيجاب في الكتابة بين ما إذا كان أحد العاقدين حاضراً، وما إذا كان غائباً، قال البهوتي: "إن كان المشتري غائباً عن المجلس، فكاتبه البائع، أو راسله إنني بعثك داري بكذا أو أني بعث فلاناً- ونسبه بما يميزه- داري بكذا، فلما بلغه

(١) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١/٣٦٧).

(٢) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج ١/١٤٢).

(٣) البهوتي، كشاف القناع (ج ٣/١٤٨).

(٤) قلوبوي وعميرة، حاشيتنا قلوبوي وعميرة (ج ٢/١٩٣)؛ والخطيب الشربيني، مغني المحتاج (ج ٢/٣٢٩).

أي المشتري الخبر قبل البيع صح العقد؛ لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه عن الإيجاب، بخلاف ما لو كان حاضراً^(١).

ثانياً: الإشارة:

لغة: التلويح بشيء يفهم منه ما يفهم من النطق، فهي الإيماء إلى الشيء بالكف، والعين، والحاجب وغيرها، وأشار عليه بكذا: أبدى له رأيه^(٢).
واصطلاحاً: عند الفقهاء مثلها في اللغة^(٣).

حكم انعقاد العقد بالإشارة:

الإشارة إما من الناطق أو من الأخرس، واتفق الفقهاء على أن إشارة الأخرس المعهودة والمفهومة معتبرة شرعاً، فينعقد بها جميع العقود، كالبيع والإجارة والرهن والنكاح ونحوها^(٤)، وأما الإشارة من الناطق ففيها اختلاف على رأيين:

الرأي الأول: غير مقبولة عند الجمهور من الحنفية^(٥) والشافعية^(٦).

الرأي الثاني: مقبولة عند المالكية^(٧).

الأدلة:

دليل الجمهور: إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد بإشارته، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة، فلا بد من العبارة، وإلا لم ينشأ العقد^(٨).

دليل المالكية: العقد ينعقد بما يدل على الرضا من قول أو فعل أو إشارة^(٩).

(١) البهوتي، كشاف القناع (ج ١٤٨/٣).

(٢) عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (ج ١٨٣/١).

(٣) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار (ج ١٠/٢)؛ والصاوي، حاشية الصاوي (ج ٥/٣)؛ والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ١٦/٥).

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص ٢٦٩)؛ والصاوي، حاشية الصاوي (ج ٥/٣)؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر (ص ٣١٢)؛ وابن قدامة المغني (ج ١٥٩/٤).

(٥) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار (ج ١٠/٢).

(٦) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ١٦/٥).

(٧) الصاوي، حاشية الصاوي (ج ٥/٣).

(٨) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ١٦/٥).

(٩) الصاوي، حاشية الصاوي (ج ٥/٣).

والراجح ما ذهب إليه المالكية تيسيراً على الناس.

التراخي في الإشارة:

لم يتحدث الفقهاء عن التراخي في الإشارة، فقد كانت بين الحاضرين فقط، وقد أجزيت للضرورة، فلا يتصور فيها التراخي، لكن تطورت مع تطور التكنولوجيا، فأصبح بالإمكان إجراء عقود بالإشارة عبر الشبكة العنكبوتية، وهذا يتصور فيه التراخي، ويمكن أن يأخذ الحكم نفسه في التراخي في الكتابة بين الغائبين، أي أن التراخي مع غيبة أحد العاقدين لا يدل على إعراضه عن الإيجاب، بخلاف ما لو كان حاضراً.

ثالثاً: الدلالة:

لغة: من دل ل: الدليل ما يستدل به والدليل الدال وقد دله على الطريق يدلّه بالضم دلالة بفتح الدال وكسرهما^(١).
اصطلاحاً: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، والشيء الأول هو الدال، والثاني هو المدلول^(٢).
وبالنسبة للدلالة في العقود فهي: أن يكون الانعقاد مستقداً بفعل من شأنه أن يترتب عليه العقد، ويعبر عن تنفيذه، أو مستفاد من حال تستدعي انعقاده^(٣).
وكما أسلفت فلانعقاد العقد بالدلالة صورتان هما: التعاطي، ودلالة الحال، وفيما يلي توضيح لكل منها.

١ - التعاطي:

لغة: التناول من العطو، وهو كالمعاطاة^(٤).
اصطلاحاً: هو مبادلة فعلية دالة على ارتباط الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول^(٥)، وقد يوجد لفظ من أحدهما^(٦).

(١) الرازي، مختار الصحاح (ص ٢١٨).

(٢) الجرجاني، التعريفات (ص ١٣٩).

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج ١/٤١٢).

(٤) الفيروزآبادي، القاموس المحيط (ص ١٣١٢).

(٥) حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص ١٠٠).

(٦) الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ج ٢/٣٢٦).

من صور البيع بالمعاطاة^(١):

١. لو وجد إنسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه، أو كان معروف الثمن، أو سأل صاحبه عن سعره فبينه له، فأخذه وناول البائع ثمنه، فقبضه منه راضياً دون صيغة لفظية تفيد إنشاء العقد.
٢. أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول.
٣. أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع.
٤. ركوب الحافلات، وقطع البطاقات للركوب فيها، وكذلك إرسال مجلة أو جريدة لطالبيها.

آراء العلماء في العقد بالتعاطي:

- اختلف الفقهاء في صحة العقد بالتعاطي على ثلاثة آراء:
- الأول:** يجوز مطلقاً، وهو مذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة^(٤)، واختاره بعض متأخري الشافعية كالنووي^(٥).
- الثاني:** لا يجوز مطلقاً، وهو مذهب الشافعية^(٦)، وقول في مذهب الحنابلة^(٧)، واختاره ابن حزم من الظاهرية^(٨).
- الثالث:** يجوز في المحقرات دون الأشياء النفيسة، اختاره بعض الحنفية^(٩)، وبعض الشافعية^(١٠)، وبعض الحنابلة^(١١).

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج ١/٤١٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائ (ج ٥/١٣٤).

(٣) الخرشي، شرح مختصر خليل (ج ٦/٥).

(٤) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج ٤/٢٦٣).

(٥) الخن، وآخران، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج ٦/١٤).

(٦) المرجع السابق، ص ١٤.

(٧) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج ٤/٢٦٣).

(٨) ابن حزم، المحلى (ج ٨/٣٥٠).

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/١٣٤).

(١٠) الخن، وآخران، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج ٦/١٤).

(١١) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج ٤/٢٦٣).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١. استدلال لغوي مفاده أن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١)، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي، وقال تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَاةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾^(٢)، أطلق - سبحانه وتعالى - اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾^(٣)، فقد سمى - سبحانه وتعالى - مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله - تعالى - اشتراء وبيعا لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿فَاسْتَبَشِّرُوا بِبِيعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ﴾^(٤)، وإن لم يوجد لفظ البيع، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً، فكان جائزاً^(٥).
٢. استدلال مقاصدي: أن هذا أيسر للناس وأرحم، وأبعد عن إيقاعهم في الإثم وإبطال بياعاتهم، ولا سيما في هذه الأيام التي أصبح البيع بالمعاطة فيها هو الشائع والغالب، ولما تجد متبايعين يتلفظان بإيجاب أو قبول^(٦).
٣. عموم الأدلة، والأصل في العقود الإباحة إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا دليل مع القائلين بتحريم بيع المعاطة، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول في بيعهم، ولو استعمل لنقل نقلاً شائعاً، ولبينه ﷺ ولم يخف حكمه ولم يزل المسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على البيع بالمعاطة^(٧).

(١) [النساء: ٢٩].

(٢) [البقرة: ١٦].

(٣) [التوبة: ١١١].

(٤) [التوبة: ١١١].

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/١٣٤).

(٦) الخن، وأخران، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج ٦/١٤).

(٧) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج ٣/١٤٩).

أدلة الرأي الثاني:

١. استدلووا على وجوب لفظ البيع أو الشراء أو التجارة، بقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٢)، فلا يؤخذ مال بغير الاسم الذي أباحه الله تعالى به أخذه، وقد قال تعالى: ﴿ وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ﴾^(٣)، فصح أن الأسماء كلها توقيفية، لا سيما أسماء أحكام الشريعة التي لا يجوز الإحداث فيها، ولا تعلم إلا بالنصوص^(٤).
٢. العقد في عرف الشرع كلام إيجاب وقبول، فأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع عقداً^(٥).
٣. القياس على النكاح فإنه لا ينعقد إلا باللفظ^(٦).

أدلة الرأي الثالث:

بيع المعاطاة في المحقرات يشبه أن يكون معتاداً لدى الناس من عصر الصحابة إلى يومنا هذا، ولو كان الناس يكفون الإيجاب والقبول مع الخباز والبقال والقصاب للحقهم بذلك حرج ومشقة، والحرج منتف عن هذه الملة^(٧).

الرأي الراجح:

أن بيع المعاطاة يجوز مطلقاً، في النفيس والحقير، فالمطلوب هو الرضا، وبأي شيء تحقق فقد حصل المطلوب، سواء كان باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، أو بالمعاطاة، تيسيراً على الناس في أمور حياتهم اليومية، وذلك بشرطين أن يكون ثمن المعقود عليه معلوماً تماماً، وإلا فسد العقد، وألا يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد.

(١) [البقرة: ٢٧٥].

(٢) [النساء: ٢٩].

(٣) [البقرة: ٣١].

(٤) ابن حزم، المحلى (ج ٨/٣٥٠).

(٥) النووي، المجموع (ج ٩/١٦٢)؛ والكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/١٣٤).

(٦) النووي، المجموع (ج ٩/١٦٣).

(٧) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١/٣٤٦).

التراخي في عقود المعاوضة:

التراخي في عقود المعاوضة غير جائز، وإن حصل لم يلزم العقد عند المالكية، ويفسد عند الحنابلة.

قال الخرشي: " والمعاوضة المحضة العارية عن القول من الجانبين لا بد فيها من حضور الثمن والمثمن أي قبضهما، وإلا فهو غير لازم فمن أخذ ما علم ثمنه لا يلزمه البيع إلا بدفع الثمن، وكذلك من دفع ثمن رغيف مثلاً لشخص فإنه لا يلزمه البيع حتى يقبض الرغيف، وأما أصل وجود العقد فلا يتوقف على قبض شيء من ذلك فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكة ولم يدفع له الثمن فقد وجد بذلك أصل العقد، ولا يوجد لزومه إلا بدفع الثمن، ولو توقف وجود العقد على دفع الثمن لكان تصرفه فيه بالأكل ونحوه من التصرف فيما لم يدخل في ملكه، وظاهر هذا أنه لا بد أن يعقب إعطاء المثلون إعطاء الثمن، وأنه إذا لم يحصل تعقيب لا تصح المعاوضة"^(١).

وقال البهوتي: " يعتبر في صحة بيع المعاوضة معاينة القبض للطالب في نحو خذ هذا بدرهم أو معاينة الإقباض للطلب في نحو أعطني بهذا خبزاً؛ لأنه إذا اعتبر عدم التأخير في الإيجاب والقبول اللفظي؛ أي إذا اعتبر أن لا يتأخر أحدهما عن الآخر حتى يتفرقا من المجلس أو يتشاغلا بما يقطعه عرفاً فاعتبار عدم التأخير في المعاوضة أولى... والتأخير في المعاوضة مبطل ولو كان بالمجلس لم يتشاغلا بما يقطعه لضعفها عن الصيغة القولية"^(٢).

٢_ لسان الحال:

ينعقد العقد بالإيجاب والقبول صراحة أو دلالة.

مثلاً لو قال صاحب الوديعة: أودعتك هذا المال أو أمنتك عليه، فقال المستودع أيضاً: قبلت ينعقد الإيداع صراحة. وإذا دخل شخص إلى الخان وقال لصاحب الخان: أين أربط دابتي؟ فأراه محلاً وربط الدابة فيه ينعقد الإيداع دلالة.

وكذلك إذا وضع شخص ماله بجانب صاحب الدكان وذهب ورآه هو أيضاً وسكت يكون ذلك المال وديعة عند صاحب الدكان. وإذا ترك رجل ماله بجانب صاحب دكان قائلاً له: هذا وديعة عندك، وذهب ورآه هو أيضاً وسكت ينعقد الإيداع، وإن قال صاحب الدكان: لا أقبل، ورده لا ينعقد الإيداع"^(٣).

(١) الخرشي، شرح مختصر خليل (ج ٦/٥).

(٢) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع (ج ١٤٩/٣).

(٣) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٤٧).

وإذا ترك شخص ماله بجانب جملة أشخاص على سبيل الوديعة وذهب ورأوه هم أيضاً وسكتوا يكون ذلك المال وديعة عندهم جميعاً، ولكن إذا انصرفوا من ذلك المحل الواحد بعد الآخر يتعين الذي بقي أخيراً للحفظ ويكون المال وديعة عنده^(١).

التراخي في عقود لسان الحال:

لا يرد التراخي على تلك العقود، إلا في حالة عدم قبول العقد، فلا يعذر القابل إن تراخى في رد العقد ورفضه، لأن سكوته رضا منه وإمضاء للعقد، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان.

(١) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٤٧).

المبحث الثاني التراخي في الطلب

الحفاظ على الأمن والسلام المجتمعيين من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، حيث جعلت إيمان الفرد موقوفاً على حب الخير للغير كما للنفس، حيث قال النبي ﷺ: " لا يؤمن أحدكم، حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه"^(١)، ويعتبر حفظ حق الآخرين، وخصوصاً المقربين منهم من أهم وسائل تقوية الروابط بين أفراد المجتمع المسلم.

ومن الحقوق التي شرعها الإسلام لدفع الأذى عن الآخرين الذين يمكن أن يلحق بهم إذا تصرف الإنسان في ملكه حق الشفعة، حيث يقول ابن قيم الجوزية: "من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به"^(٢)، وفي هذا المبحث سيتم التعرف على النقاط المهمة في الشفعة، وأثر التراخي على الطلب فيها.

(١) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الإيمان/باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ج ١/١٢، رقم الحديث ١٣].

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين (ج ٢/٩٢).

المطلب الأول

التراخي في طلب الموائبة

قبل الشروع في تعريف طلب الموائبة، وأثر التراخي عليه، لابد من الوقوف على مجموعة نقاط في موضوع الشفعة، أهمها:
تعريف الشفعة لغة، واصطلاحاً، ومشروعيتها، ودليها.

أولاً: تعريف الشفعة:

لغة: شفيع: الشفع: خلاف الوتر، وهو الزوج. نقول: كان وتراً فشفعته شفعاً، وشفع لي يشفع شفاعة وتشفع: طلب، والشفيع: الشافع، والجمع شفعاء، والشفعة الزيادة وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها أي أن تزيده بها أي أنه كان وتراً واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به^(١).

اصطلاحاً: عرف الفقهاء الشفعة بتعريفات متقاربة أذكر بعضاً منها على سبيل الإيجاز:

١. تعريف الحنفية: حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار^(٢).

ويلاحظ على التعريف أنه بين علة الشفعة، وهذا لا يكون في التعريف، إضافة إلى أن هذه العلة موحية باقتصار الشفعة على الجار، وهي ليست كذلك عندهم، إلا أن يقال الشريك يدخل في الجوار من باب أولى.

٢. تعريف المالكية: استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمة بصيغة^(٣).

ويلاحظ عليه أنه أثبت الشفعة للشريك فقط، إذا كانت في العقارات التي لها عوض، وتكون بصيغة معينة.

٣. تعريف الشافعية: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض^(٤).

ويلاحظ عليه أنه أثبت الشفعة للشريك فيما له عوض من عقارات وغيرها.

٤. تعريف الحنابلة: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه^(٥).

(١) ابن منظور، لسان العرب (ج٨/١٨٥).

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (ج٥/٢٣٩).

(٣) الكشناوي، أسهل المدارك (ج٣/٣٧).

(٤) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (ج٣/٣٧٢).

(٥) ابن قدامة، المغني (ج٥/٢٢٩).

ويلاحظ عليه أثبت الشفعة للشريك فقط، ولم يبين هل هي بعوض أم لا؟.

التعريف المختار:

بعد عرض التعريفات السابقة يتعين دمجها معاً؛ للوصول إلى تعريف جامع مانع، وهو كالتالي: "حق تملك العقار أو ما كان في حكم العقار من الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري"^(١).
فحق التملك في التعريف أثبت الشفعة للشريك والجار، في العقارات، وما يأخذ حكمها بالعوض الذي كان سيدفعه المشتري.

مشروعية الشفعة:

ثبتت مشروعية الشفعة بالسنة والإجماع.

❖ من السنة:

ثبتت مشروعيتهما بأحاديث كثيرة منها:

- (١) عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قضى رسول الله - ﷺ - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(٢).
قال ابن حجر: (وهذا الحديث أصل في ثبوت الشفعة)^(٣).
(٢) عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قضى رسول الله - ﷺ - في كل شركة لم تقسم، ربة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذن فهو أحق به^(٤).
فقد تضمن هذا الحديث ثبوت الشفعة بشكل عام، وثبوتها في المشاع بشكل خاص^(٥).

❖ من الإجماع:

أجمع العلماء على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط^(٦).

(١) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (٦٦٣/٢)

(٢) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشفعة/باب الشفعة فيما لم يقسم، ج٣/٨٧، رقم الحديث ٢٢٥٧].

(٣) ابن حجر، فتح الباري (ج٤/٤٣٦).

(٤) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة/باب الشفعة، ج٣/١٢٢٩، رقم الحديث ١٦٠٨].

(٥) ابن حجر، فتح الباري (ج٤/٤٣٦).

(٦) ابن قدامة، المغني (ج٥/٢٢٩).

وقت وجوب طلب الشفعة:

اتفق العلماء على ثبوت حق الشفعة، وأنه أصل من أصول الشريعة؛ وأنه شرع لدفع الضرر، لكنهم اختلفوا في وقت وجوبه على رأيين:
الأول: أنه على الفور، ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والشافعية في الأظهر عندهم^(٢)، والحنابلة على الصحيح عندهم^(٣).
الثاني: أنه ليس على الفور، بل وقت وجوب طلبها متسع، ذهب إليه المالكية في أشهر الأقوال عندهم^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

ينبغي على الشفيع الحاضر إن علم بالبيع الإسراع في طلب الشفعة للأدلة الآتية:
١. حديث: " الشفعة كحل العقال"^(٥). أي تفوت بترك المبادرة كما يفوت البعير الشروذ عند حل العقال إذا لم يبادر إليه^(٦).
٢. من الأثر: "إنما الشفعة لمن واثبها"^(٧). أي لمن بادر إليها وأسرع في طلبها^(٨).
٣. أنها حق ضعيف، فيتقوى بالطلب الفوري بحسب المعتاد^(٩).
٤. أنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كالرد بالعيب، فإذا علم الشفيع بالبيع، فليبادر على العادة، فلو كان الشفيع في الصلاة أو في الحمام أو في حال قضاء الحاجة، لم يكلف قطع ما هو فيه، وإنما له التأخير إلى الفراغ مما هو فيه. والضابط فيه: أن ما عد توائماً في طلب الشفعة أسقطها، وإلا فلا^(١٠).

(١) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩٩)؛ وابن السّمناني، روضة القضاة وطريق النجاة: (ج ٢/٨٣٠).

(٢) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ٧/١٣٢)

(٣) ابن قدامة، المغني (ج ٥/٢٤١).

(٤) الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص ١٢٧٤).

(٥) [ابن ماجه: سنن ابن ماجه وبه حاشية حكم الألباني، كتاب الشفعة/باب طلب الشفعة، ج ٢/٨٣٥، رقم الحديث ٢٥٠٠]؛ قال الألباني: ضعيف جداً.

(٦) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج ٥/٢١٥).

(٧) [عبد الرزاق: المصنف، كتاب البيوع/باب الشفيع يأذن قبل البيع، ج ٨/٨٣، رقم الحديث ١٤٤٠٦].

(٨) الشوكاني، نيل الأوطار (٥/٤٠٢).

(٩) الخن، وأخرن، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج ٧/١٧).

(١٠) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج ٥/٥٣٨، ٥٣٩).

وإن كان مريضاً مرضاً ثقیلاً أو غائباً عن بلد المشتري، أو خائفاً من عدو، فليوكل إن قدر، وإلا بأن عجز عن التوكيل، فليشهد على طلب الشفعة، فإن ترك الشفيع المقدر عليه من التوكيل والإشهاد، بطل حقه في الأظهر؛ لأنه مشعر بالترك^(١).

٥. ولأن إثباتها على التراخي يضر بالمشتري، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع، ولا يتصرف فيه بعمارة، خوفاً من أخذ المبيع وضياع عمله^(٢).

أدلة القول الثاني:

لم يشترط المالكية الفورية، لكن اختلف قولهم في هذا تقدير المدة: هل هو محدودة أم لا؟ فمرة قالوا: هي غير محدودة، وأنها لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث المبتاع بناء، أو تغييراً كثيراً بمعرفة الشفيع، وهو حاضر عالم ساكت. ومرة حددوا هذه المدة، فروي عنهم السنة، وهو الأشهر، وقيل أكثر من سنة، وقد قيل عن مالك: إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة. فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة بعد العقد، فما دونها، أو غاب وعاد في أثناء السنة، ثم طلب الشفعة، أخذها، وإن كان غائباً فلا تنقطع شفيعته ولو طال غيبته ما طال^(٣)؛ للأدلة الآتية:

١. الأحاديث المثبتة لحق الشفعة مطلقة لم تعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنایات^(٤).

٢. أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن الأحوال ما يدل على إسقاطه^(٥).

٣. المطالبة بالشفعة حق للشفيع، ومن له حق المطالبة في أي وقت شاء إلا أن يعلم منه الترك^(٦).

٤. ولأنه في استيفاء ما ليس فيه تفريط أو تدليس لا يجب المطالبة به على الفور، وأصله الديون^(٧).

(١) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج٥/٢١٦)؛ والحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص٢٨٦)؛ والخن، وآخران، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج٧/١٨).

(٢) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج٢/٢٣٤).

(٣) الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص١٢٧٤).

(٤) المرجع السابق، ص١٢٧٥.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٤/٤٦).

(٦) الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص١٢٧٤).

(٧) المرجع السابق، ص١٢٧٤.

٥. ولأن في إيجاب المطالبة فوراً ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن، فيؤدي ذلك إلى تقويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك^(١).
لكن يحق للمشتري بعد الشراء المطالبة عند الحاكم للشفيع بأن يحدد موقعه، إما بالأخذ بالشفعة أو الترك، فإن أجاب بواحد منهما فظاهر، وإلا أسقط الحاكم شفيعته^(٢).

الرأي الراجح:

بعد عرض الآراء وأدلتها والنظر فيها يمكن ترجيح رأي الجمهور القائل: أن على الشفيع الحاضر ما لم يمنعه مانع أن يبادر في طلب الشفعة ساعة علمه بها؛ للحفاظ على المصلحة العامة، لأن الشفيع إن تراخى في الطلب يكون أسقط حقاً من حقوقه التي لا يستساغ عقلياً أن يطالب به بعد استيفاء المشتري حقه، وتصرفه في ما أصبح ملكه، فإن ذلك قد يؤدي لحدوث النزاعات المنهي عنها بين الناس؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة، فإن آخر الشفيع طلب المواثبة بأن كان في حال يدل على الإعراض مثلاً كأن لم يطلب الشفعة لما سمع عقد البيع في ذلك المجلس أو كاشتغاله بشغل آخر أو بحث آخر أو قام من المجلس دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفيعته.

كيفية طلب الشفعة:

يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات - عند الحنفية- وهي طلب المواثبة، ثم طلب التقرير والإشهاد، ثم طلب الخصومة والتملك^(٣).
وسيتم الحديث عن الطلب الأول في هذا المطلب، وسيتم الحديث عن الطلبين الآخرين في المطلبين التاليين.

تعريف المواثبة:

لغة: من واثب يواثب، مواثبة ووثاباً، فهو مواثب، والمفعول مواثب^(٤)، من المبادرة والاستعجال والمسارة، مفاعلة من الوثوب على سبيل الاستعارة، ومنها بادر الشيء إذا وثب عليه^(٥).

(١) الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص ١٢٧٤).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (ج ٣/٤٨٧)؛ وابن السمناني روضة القضاة وطريق النجاة (ج ٢/٨٣٠).

(٣) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩٩).

(٤) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (ج ٢/١٥٢٦).

(٥) الركبى، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب (ج ٢/٧).

اصطلاحاً: يمكن تعريف طلب الموائبة في الشفعة بأنه: مبادرة الشفيع بطلب الشفعة فوراً في مجلس علمه بالبيع والمشتري والتمن، حتى ولو كان علمه بذلك بعد حين، طالما أنه لم يصدر منه ما يدل على الإعراض بما يفهم منه طلبها^(١).

وقت طلب الموائبة:

من خلال التعريف يتبين أن وقته على الفور من حين علمه بالبيع، ما لم يمنعه مانع.

الإشهاد على طلب الموائبة:

بعد أن اتفق الجمهور على فورية طلب الشفعة، والمبادرة إليه اختلفوا في حكم الإشهاد على هذا الطلب على رأيين:
الرأي الأول: الإشهاد ليس بشرط لصحة طلب الموائبة فلو لم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله، هذا عند الحنفية^(٢) والشافعية^(٣).
الرأي الثاني: يشترط الإشهاد لصحة الطلب، هذا عند الحنابلة^(٤).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

الإشهاد للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار؛ لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب أو لا يصدقه في الفور ويكون القول قوله فيحتاج إلى الإظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق، لا أنه شرط صحة الطلب^(٥).

أدلة الرأي الثاني:

تسقط الشفعة بسير الشفيع إلى المشتري في طلبها بلا إشهاد، كتارك الطلب مع حضوره، ولا تسقط إن أخر طلبه بعد الإشهاد؛ لأن عليه في السفر ضرراً بالتزامه كلفته مثلاً^(٦).

(١) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩٩)؛ وحمد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص ٤٤٩).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ١٧/٥).

(٣) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج ٢١٦/٥).

(٤) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (ج ٣٣٨/٢).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ١٧/٥).

(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (ج ٣٣٨/٢).

الرأي الراجح:

الإشهاد ليس شرطاً للصحة، بل لإظهار الطلب عند الحاجة، وتوثيق الحقوق، وهذا هو مقصد الشهادة أصلاً في العقود.

المطلب الثاني

التراخي في طلب التقرير والإشهاد

يجب على الشفيع بعد طلب الموائبة أن يشهد ويطلب التقرير، وليبيان أثر التراخي فيه، سيتم تعريف التقرير لغة واصطلاحاً.

التقرير:

لغة: تثبیت الشيء في مقره^(١).

واصطلاحاً: ذكر طلب التقرير في كتب الحنفية على أنه: هو أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده، أو على المشتري إن لم يكن العقار في يده، أو عند المبيع بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن^(٢).

كيفية طلب التقرير:

الشفيع محتاج إلى الإشهاد لإثباته عند القاضي، ويمكن بيان كفيته كالتالي: المبيع إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع فالشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع، وإن شاء طلب من المشتري وإن شاء طلب عند المبيع، أما الطلب من البائع والمشتري فلأن كل واحد منهما خصم، البائع باليد والمشتري بالملك، فصح الطلب من كل واحد منهما.

وأما الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به، فإن سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند المبيع مع القدرة عليه بطلت شفعته لأنه فرط في الطلب.

وإن كان في يد المشتري فإن شاء طلب من المشتري وإن شاء عند المبيع، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصماً لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الأجنبي^(٣).

حكم طلب التقرير:

عند الحنفية هو استقرار الحق، فالشفيع إذا أتى بطليين صحيحين (طلب الموائبة وطلب التقرير) استقر حقه^(٤).

الإشهاد على طلب التقرير:

(١) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف (ص ١٠٦).

(٢) باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (ص ٢٠)؛ ولجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩٩).

(٣) البارتي، العناية شرح الهداية (ج ٣٨٤/٩).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ١٩/٥).

ليس بشرط لصحته وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في طلب الموثبة.

مدة طلب الإشهاد:

المدة مقيدة بالتمكن منه، فإذا كان مقتدرًا على طلب التقرير والإشهاد، ولم يطلب وهو مقتدر، أي تأخر، كانت الشفعة باطلة نفيًا للضرر عن المشتري بالتمكن من الإشهاد؛ لأنه لو علم الشفيع بالشفعة ليلًا مثلاً فلا يكون مقتدرًا على الخروج للإشهاد، أو سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبايع والدار^(١).

قيام طلب الموثبة مقام طلب التقرير والإشهاد:

إذا أشهد الشفيع على طلب الموثبة، وكان الإشهاد المذكور في محضر المبيع أو البائع أو المشتري، فلا يبقى لزوم لطلب التقرير والإشهاد، ويكون الطلب الواحد قائمًا مقام الطلبيين، أما مجرد الإشهاد على طلب الموثبة بدون أن يكون في حضور البائع أو المشتري أو العقار المبيع فلا يقوم مقام طلب التقرير والإشهاد^(٢).

ولو أجرى الشفيع طلب التقرير والإشهاد فوراً في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع، وكان المبيع حاضرًا، ولا يزال في يد المشتري أو البائع، فهذا الطلب يقوم مقام طلب الموثبة وطلب التقرير والإشهاد معاً.

وعليه فيجب أن يقول الشفيع في حضور الشاهدين عند المبيع بالإشارة إليه: اشترى هذا العقار فلان، وبما أنني شريك في نفس المبيع مثلاً، فأنا شفيعه، وقد أجريت طلب الموثبة في المجلس الذي سمعت فيه عقد البيع فوراً، والآن أطلبها أيضاً فكونا شاهدين^(٣).

أو يقول خطاباً للمشتري، سواء أكان المشتري قابضاً المشفوع أم كان غير قابض، في حضور الشاهدين: إنك اشتريت العقار المحدود بالحدود الفلانية وبما أنني خليط في حق المبيع مثلاً فأنا شفيعه وقد طلبت الموثبة وإنني أطلبها الآن أيضاً، وأنتما أيها الشاهدان اشهدا^(٤).

أو يقول والمبيع لا يزال في يد البائع، يعني قبل أن يسلم للمشتري، خطاباً للبائع في حضور الشاهدين: إنك بعت عقارك الفلاني من فلان، وبما أنني جار ملاصق فأنا شفيعه، وقد طلبت طلب الموثبة وأنا الآن أطلبها أيضاً ويقول بعد ذلك اشهدوا أيها الشهود على هذا^(٥).

(١) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج٢/٧٩٣).

(٢) الحصكفي، الدر المختار (ص٦٢٢)؛ وحيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج٢/٧٩٣).

(٣) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج٢/٧٩٤).

(٤) المرجع السابق، ص٧٩٤.

(٥) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج٢/٧٩٤).

التراخي في طلب التقرير:

إذا لم يشهد الشفيع أثناء طلب الموائبة فيجب عليه أن يطلب التقرير وقت تمكنه وقدرته بلا تأخير حتى تستقر الشفعة^(١)، فلو أصر الشفيع طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن إجراؤه فيها ولو بإرسال كتاب يسقط حق شفيعته^(٢).

المطلب الثالث

التراخي في طلب الخصومة والتملك

بعد قيام الشفيع بطلب الموائبة، وطلب التقرير والإشهاد، يلزمه أن يطالب بحقه أمام القاضي^(١)، وللتعرف على التراخي في هذا الطلب يلزم تعريف الخصومة لغة واصطلاحاً.

(١) المرجع السابق، ص ٧٩٣.

(٢) الحصكفي، الدر المختار (ص ٦٢٢)؛ ولجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩٩-٢٠٠).

الخصومة لغة: من خصم، والخصومة الاسم من التخاصم والاختصاص، وهي الجدل، وخاصمه خصاماً ومخاصمة فخصمه يخصمه خصماً: غلبه بالحجة^(٢).

طلب الخصومة اصطلاحاً: وهو أن يقدم الشفيع طلباً للقضاء بعد التقرير والإشهاد يطلب فيه الحكم بالشفعة وتسليم المبيع^(٣).

ويكون طلب الخصومة سبباً للتملك فيما بعد إن حكم القاضي للشفيع.

أثر التراخي على طلب الخصومة:

إذا كان الشفيع في السفر، وعلم أنه ليس في البلد قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً، وإذا كان في الحضر لو ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه، ولو ترك الطلب لعذر لا تبطل شفيعته، ولو قدم للقضاء طلباً بالخصومة والتملك في غضون شهر لا تسقط شفيعته بالاتفاق^(٤)، فمدة الشهر لا تعد تراخياً مانعاً من طلب الشفعة مهما كانت الأسباب، لكن الفقهاء اختلفوا بعد مرور الشهر هل تسقط شفيعته؟ وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: لا تسقط الشفعة حتى يسقطها بلسانه، وهذا عند أبي حنيفة، وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى، ورواية عن أبي يوسف^(٥).

الرأي الثاني: إن تركها شهراً بعد الإشهاد من غير عذر بطلت، وهو قول محمد وزفر، ورواية عن أبي يوسف^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطاله، وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق، ولم يوجد لأن تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالاً، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون^(١).

(١) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩٩-٢٠٠).

(٢) ابن منظور، لسان العرب (ج ١٢/١٨٠).

(٣) الحصكفي، الدر المختار (ص ٦٢٢).

(٤) البابرتي، العناية شرح الهداية (ج ٩/٣٨٥).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/١٩).

(٦) المرجع السابق، ص ١٩.

أدلة القول الثاني:

أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره ، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبدا إضرار بالمشتري ؛ لأنه لا يبني ولا يغرس خوفا من النقص والقلع فيتضرر به، فلا بد من التقدير بزمان، وقد ر بالشهر لأنه أدنى الآجال، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتبطل شفيعته^(٢).

يرد عليه: أن قوله " يتضرر المشتري " ممنوع؛ لأن ما ذكر من الضرر يكون إذا كان الشفيع غائبا، فإنه إذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يتمتع من البناء والغرس خوفا من النقص والقلع، فلئن فعل فهو الذي أضر بنفسه فلا يضاف ذلك إلى الأخذ بالشفعة؛ ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبه الشفيع، ولا يقال أن فيه ضررا بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما ذكر^(٣).

ويرد على هذا الرد أنه لم يتم تحديد مدة للحاضر أيضاً.

الرأي الراجح:

بعد عرض الآراء وأدلتها، يمكن ترجيح ما يلي:

أن الشفيع إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفيعته، وعليه أن يلتزم بما يراه القاضي، فكما أن له حق فلآخرين حقوق، وكما أن هذا الحق شرع دفاعاً للضرر عنه، فلا يمكنه إلحاق الضرر بالآخرين، فالغالب من أحوال الناس أن من يشتري قطعة أرض يستخدمها إما للبناء أو الغرس أو لمصالح أخرى، فلا يعقل أن ينتظر المشتري إلى ما لا نهاية.

(١) البابرتي، العناية شرح الهداية (ج٩/٣٨٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/١٩).

(٣) المرجع السابق، ص ١٩.

الفصل الثاني

التراخي في التسليم والرد

المبحث الأول

التراخي في التسليم في العقود المالية

أركان العقد ثلاثة كما تبين في الفصل السابق، وهي: عاقد ومعقود عليه وصيغة، وقد تم الحديث عن الصيغة بشقيها في الفصل السابق أيضاً، وعنوان هذا المبحث التراخي في التسليم، والتسليم إنما يختص بالمعقود عليه.

والمعقود عليه هو محل العقد، ويختلف المحل باختلاف العقود، فقد يكون المحل عيناً مالية، كالمبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، وقد يكون عملاً من الأعمال، كعمل الأجير في الإجارة، وعمل الزارع في المزارعة، وقد يكون منفعة شيء معين، كمنفعة المأجور في عقد الإجارة، ومنفعة المستعار في عقد الإعارة.

وسيتم في هذا البحث الحديث عن المقصود بمحل العقد، وشروطه، وأثر التراخي على تسليم المعقود عليه في العقود التي يشترط فيها تسليمه وقبضه حين العقد، والتي لا يشترط.

المطلب الأول

التراخي في تسليم المعقود عليه في العقود التي لا يشترط فيها قبضه حين العقد

قبل الشروع في بيان أثر التراخي في تسليم المعقود عليه في العقود المالية التي يشترط فيها قبضه حين العقد، لا بد من تعريف المعقود عليه لغة واصطلاحاً، ثم بيان شروطه، ثم بيان أقسام العقود باعتبار اشتراط فورية التسليم فيها.

أولاً: تعريف المعقود عليه:

لغة:

من خلال تعريف العقد في الفصل الأول يتبين أن المعقود عليه هو محل العقد وموضعه، وهو اسم المفعول من عقد، وبالتالي يكون ما وقع عليه العقد^(١).

اصطلاحاً:

ما يقع عليه العقد وتظهر فيه آثاره^(٢).

فإن كان العقد مكتمل الأركان والشروط، تكون آثاره واضحة من نفاذ ولزوم. العقد النافذ: بيع لا يتعلق به حق الغير، ويترتب فيه أثر التصرف في الحال^(٣)، فالملكية التي هي أثر للبيع تثبت في الحال ويصبح المشتري مالكا للمبيع بمجرد عقد البيع مثلاً. وهو ينقسم إلى لازم وغير لازم من جهة مصلحة المتعاقدين. فاللازم: هو العقد النافذ العاري عن الخيارات. وغير اللازم: هو النافذ الذي فيه أحد الخيارات، فالبيع الذي يكون فيه أحد الخيارات يحق لصاحب الخيار فسخه^(٤).

ثانياً: شروط المعقود عليه:

اشترط الفقهاء أربعة شروط في محل العقد، وهي ما يأتي:

(١) الفيروزآبادي، القاموس المحيط (ص ٣٠٠).

(٢) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ٢٢١/٣٠٠).

(٣) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج ١/١٠٩).

(٤) المرجع السابق، ص ١٠٩.

١ - أن يكون موجوداً وقت التعاقد:

يختلف اشتراط هذا الشرط باختلاف العقود، ففي عقد البيع لا بد من وجود المحل، فلا يجوز بيع ما لم يوجد لقوله ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"^(١)؛ ولأن في بيع ما لم يوجد غرراً وجهالة فيمنع، لحديث: " أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر"^(٢).

واستثنوا من هذه القاعدة العامة في منع التصرف بالمعدوم عقود منها السلم والإجارة، مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، استحساناً، ومراعاة لحاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها، وإقرار الشرع صحتها^(٣).

واكتفى المالكية بأشراط هذا الشرط في المعاوضات المالية، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن فأجازوا ألا يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل^(٤).

٢ _ معلومية المحل للعاقدين:

يشترط في المحل أن يكون معيناً ومعرفاً للعاقدين، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى النزاع والغرر؛ للأحاديث السابقة.

ويحصل العلم بمحل العقد بكل ما يميزه عن الغير من رؤيته أو رؤية بعضه عند العقد، أو بوصفه وصفا يكشف عنه تماماً، أو بالإشارة إليه، فلا يجوز بيع شاة من القطيع مثلاً، ولا إجارة إحدى هاتين الدارين؛ وذلك لأن الجهالة في محل العقد تسبب الغرر وتقضي إلى النزاع. وفي العقود المستثناة في البند السابق اشترط الشرع معلومية المحل، ففي عقد السلم مثلاً يشترط في المحل: أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر، كيلاً أو وزناً أو عداً أو ذرعاً، وذلك لأن الجهالة في كل منها تقضي إلى المنازعة، وقد ورد في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: " من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"^(٥).

(١) [أبو داود: سنن أبي داود، كتاب البيوع/باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج ٥/٣٦٢: رقم الحديث ٣٥٠٣، قال الألباني: صحيح، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج ٥/١٣٢).

(٢) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب بطلان بيع الحصة، والبئع الذي فيه غرر، ج ٣/١١٥٣: رقم الحديث ١٥١٣].

(٣) [الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (ج ٥/٢٠٣)، (ج ٤/١٧٢)؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج ٤/٥).

(٤) [ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج ٤/١١٤).

(٥) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب السلم، ج ٣/١٢٢٦: رقم الحديث ١٦٠٤].

٣ _ قابلية المحل لحكم العقد:

يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً، والمراد بحكم العقد: الأثر المترتب عليه، ويختلف هذا حسب اختلاف العقود، ففي عقد البيع مثلاً أثر العقد هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ويشترط فيه أن يكون مالاً مملوكاً متقوماً، فإن لم يكن كذلك، كان العقد عليه باطلاً^(١)، فما لم يكن مالاً بالمعنى الشرعي - وقد تقدم تعريفه عند الفقهاء - لا يصح العقد عليه، كبيع الميتة والدم، أو هبتها، أو رهنها أو وقفها؛ لأن غير المال لا يقبل التملك أصلاً. ويبطل بيع غير المملوك أو هبته: وهو المباح للناس غير المحرز كالسمك في الماء والطير في الهواء والكلأ والحطب والتراب والحيوانات البرية أو الشيء المخصص للنفع العام كالطرق والجسور والقناطر العامة؛ لأنها غير مملوكة لشخص أو لا تقبل التملك الشخصي^(٢). والتصرف بغير المتقوم باطل أيضاً: وهو ما لا يمكن ادخاره ولا الانتفاع به شرعاً، كالخمر والخنزير بين المسلمين^(٣).

وفي عقود المنفعة كعقد الإجارة ونحوها يشترط أن يكون محل العقد - أي المنفعة المعقود عليها - منفعة مقصودة مباحة، فلا تجوز الإجارة على المنافع المحرمة كالزنا والنوح ونحوهما^(٤).

٤ - أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد:

يشترط توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد، ويكون العقد باطلاً^(٥). فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه وهبته ووقفه ونحوها، ولا يصح التعاقد بيعاً أو إجارة أو هبة على الطير في الهواء، والسمك في البحر، والصيد بعد فراره، والمغصوب في يد الغاصب، والدار في الأرض المحتلة من العدو؛ لعدم القدرة على التسليم^(٦).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٤/٥٠١).

(٢) الشيرازي، المهذب (ج٢/١٣)؛ والجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب (ج٥/٤٠٦).

(٣) العدوي، حاشية العدوي (ج٢/١٧٧).

(٤) ابن قدامة، المغني (ج٥/٤٠٧).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/١٤٧)، (ج٤/١٨٧)؛ والمواق، التاج والإكليل لمختصر خليل (ج١/٧١)، (ج٦/٤٧٦)، (ج٧/٣)؛ والخطيب الشرييني، مغني المحتاج (ج٢/٣٤٤)؛ وابن قدامة، المغني (ج٤/١٥١).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/١٤٧)، (ج٤/١٨٧)؛ والمواق، التاج والإكليل لمختصر خليل (ج١/٧١)، (ج٦/٤٧٦)، (ج٧/٣)؛ والخطيب الشرييني، مغني المحتاج (ج٢/٣٤٤)؛ وابن قدامة، المغني (ج٤/١٥١).

ثالثاً: أقسام العقود باعتبار اشتراط فورية التسليم فيها، وعدمه:

قسم الفقهاء العقود باعتبارات مختلفة، وبينوا خواصها وأحكامها الفقهية بحيث تشمل مجموعة من العقود، وتميزها عن مجموعة أخرى، وما يلزم في هذا المطلب هو التقسيم الذي سيتبين فيه أثر التراخي، وهو التقسيم باعتبار اشتراط القبض فيها أو عدمه. حيث قسم الفقهاء العقود بهذا الاعتبار إلى نوعين^(١):

الأول: عقود لا يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد.

الثاني: عقود يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد.

وسيتم الحديث عن النوع الثاني في المطلب الثاني من هذا المبحث. وقبل الشروع في الحديث عن النوع الأول سيتم تعريف القبض، والتسليم، وبيان العلاقة بينهما. التسليم لغة: من سلم، وسلم الوديعة لصاحبها بالتثقل أوصلها فتسلم ذلك، ومنه قيل سلم الدعوى إذا اعترف بصحتها فهو إيصال معنوي، وسلم الأجير نفسه للمستأجر مكنه من نفسه حيث لا مانع^(٢)، وتسلم الشيء: أخذه وقبضه^(٣).

القبض لغة: الأخذ بجميع الكف، وقبض الشيء قبضاً: أخذه، وقبضه المال: أعطاه إياه، وتقبيض المال: إعطاؤه لمن يأخذه، ويقال: صار الشيء في قبضتك: أي في ملكك وتصرفك^(٤). وعلى ذلك نتيجة القبض والتسليم واحدة، وهي أخذ العاقد ما يجب له من العاقد الآخر بالطرق المناسبة، فهما يستخدمان لمعنى واحد، ولا مشاحة في الاصطلاح.

النوع الأول: العقود المالية التي لا يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد:

ومن هذا النوع بعض عقود المعاوضات كالبيع، والإجارة، وفيما يلي أثر التراخي على كل منها:
أولاً: عقد البيع:

البيع:

لغة: مقابلة شيء بشيء، وهو من الأضداد، فيطلق على الشراء وصد الشراء أيضاً^(٥).
اصطلاحاً: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص^(٦).

(١) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٣٠/٣٠).

(٢) الفيومي، المصباح المنير (ج ٢٨٦/١).

(٣) مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط (ج ٤٤٦/١).

(٤) ابن منظور، لسان العرب (ج ٢١٤/٧).

(٥) ابن منظور، لسان العرب (ج ٢٣/٨)؛ وعبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (ج ٣٩٩/١).

(٦) الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ج ٢٧٣/٢).

حكم التراخي في قبض المعقود عليه في البيع:

البيع ينعقد بالإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، وتترتب عليه آثاره: من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، سواء أحصل التقابض بينهما أم لا، إلا أن الملك وإن كان ينتقل في البيع بمجرد العقد، لكن لا يستقر إلا بالقبض، فلزوم الضمان يتوقف على القبض^(١).

وعلى ذلك إن تراخى العاقدان في تسليم المعقود عليه، وندم كل منهما على بيعه فلا يحق لأي منهما فسخ البيع بَعْلَةً أن المعقود عليه لم يقبض، وأن مجلس البيع لم ينته^(٢). ويمكن أن يترتب على التراخي في تسليم المبيع وقبضه هلاكه، وهذا يستدعي بيان حكم هلاك المبيع قبل القبض.

هلاك المبيع قبل القبض:

١ - إذا هلك البيع كله أو بعضه قبل القبض بفعل المشتري، فإن البيع لا يفسخ، ويبقى العقد كما هو، وعليه أن يدفع الثمن كله لأنه هو المتسبب في الهلاك؛ ولأنه بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض فينتظر عليه الثمن، وسواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن^(٣).

٢ - وإذا هلك بفعل أجنبي فإن المشتري بالخيار بين الرجوع على هذا الأجنبي وبين فسخ العقد^(٤).

٣ - ويفسخ البيع إذا هلك المبيع كله قبل القبض بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه، أو بأفة سماوية^(٥).

٤ - وإذا هلك بعض المبيع بفعل البائع سقط عن المشتري من الثمن بقدر الجزء الهالك، ويخير في الباقي بأخذه بحصته من الثمن، أو بالتترك^(٦).

(١) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج ١/٢٤٩).

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٣٨)؛ والعمراني، البيان في مذهب الشافعي (ج ٥/٣٧٩).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٣٨-٢٣٩).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٣٨)؛ والعمراني، البيان في مذهب الشافعي (ج ٥/٣٧٩).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٤٠).

٥ - أما إذا كان هلاك بعض المبيع بفعل نفسه فإنه لا يسقط شيء من ثمنه، والمشتري مخير بين فسخ العقد وبين أن يأخذ ما بقي بجميع الثمن^(١).

٦ - وإذا كان الهلاك بأفة سماوية ترتب عليها نقصان قدره، فيسقط من الثمن بقدر النقصان الحادث، ثم يكون المشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه^(٢).

وهذا كله في القبض الحسي؛ ويكون في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، وهناك صور معاصرة يكون فيها القبض حكماً وهي معتبرة شرعاً وعرفاً، ومنها^(٣):

القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

١. إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.
 ٢. إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.
 ٣. إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.
- ويغتنر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتقرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي^(٤).

ثانياً: عقد الإجارة:

الإجارة لغة: الأجر: الجزاء على العمل، والثواب، والأجر بدل المنفعة، ومنه الأجير، ويقال: أجرته مؤاجرة: عاملته معاملة وعاقدته معاقدة، والأجرة بالضم: الكراء^(٥).

اصطلاحاً: عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض^(٦).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/٢٤٠).

(٢) المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج٤/٥١٧٥)، نقلاً عن قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: ٥٣ (٦/٤).

(٤) المرجع السابق، ص ٥١٧٦.

(٥) الرِّيدي، تاج العروس (ج١٠/٢٦-٢٧).

(٦) الكشناوي، أسهل المدارك (ج٢/٣٢١).

التراخي في قبض المعقود عليه في الإجارة:

الإجارة تتعقد بمجرد الإيجاب والقبول، واختلف الفقهاء في وقت ترتب آثارها على رأيين:
الرأي الأول: تترتب بالعقد دون الحاجة إلى الاستيفاء عند الشافعية والحنابلة^(١).
الرأي الثاني: للحنفية والمالكية حيث قالوا: لا يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد، وإنما يملكها شيئاً فشيئاً بالاستيفاء، أو التمكن منه أو بالتعجيل، أو بشرط التعجيل^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أن الإجارة عوض في معاوضة تتعجل بشرط التعجيل. فتتعجل عند الإطلاق؛ كالشمن في البيع، فإن قيل: المستأجر لا يملك المنفعة إلا شيئاً فشيئاً؛ كذلك الأجر: لا يملك الأجرة، فيرد عليه: بل يملك المستأجر المنفعة بنفس العقد، وإن كانت معدومة، فنجعلها كالموجودة في الحكم؛ كما جعلناها موجودة في جواز العقد عليها^(٣).
والدليل على أنه يملك الأجرة بنفس العقد: أن الاعتياض عنها: يجوز، ويصح ضمانها، ولا يجوز تأجيلها^(٤).

أدلة القول الثاني:

١. قوله ﷺ: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"^(٥)، وفي ذلك حث على تعجيلها وقت استحقاقها، ومنع تأخيرها عنه، فلو كانت مستحقة بمجرد العقد لكان الحديث أمراً بتأخيرها، وذلك ينافي المقصود بالخبر، ولأنه عوض في عقد معاوضة محضة، فلم يلزم تسليمه بمجرد العقد دون تسليم المعقود عليه، كالأثمان بالبيوعات^(٦).

(١) البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي (ج٤/٤٣٠)؛ وابن قدامة، المغني (ج٥/٣٢٩).

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق (ج٥/١٠٦)؛ البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (ج٢/٦٥٣).

(٣) البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي (ج٤/٤٣٠).

(٤) المرجع السابق، ص ٤٣٠.

(٥) [ابن ماجه: سنن ابن ماجه وبه حاشية حكم الألباني، كتاب الرهن/باب أجر الأجراء، ج٢/٨١٧: رقم الحديث ٢٤٤٣]، قال الألباني: صحيح.

(٦) البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (ج٢/٦٥٣).

٢. حديث: "ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره"^(١)، وهذا دليل أنه لا يجب تسليم الأجر بنفس العقد؛ لأنه أمر بالإعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الأولى أن يقول فليؤته أجره^(٢).

٣. القياس على المستأجر، فكما لا يملك المستأجر المنافع بالعقد؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، ويملكها بالاستيفاء أو يوماً فيوماً^(٣).

والراجح أن الأفضل عدم التراخي فيها؛ حفظاً لاستقرار المعاملات بين الناس، فالمستأجر عندما يسلم الأجرة للمؤجر حين إجراء العقد، فيكون ذلك مدعاة على تبادل الثقة، وتوفر الإرادة العقدية التامة للسير في تلك المعاملة، لكن لو تكلأ المستأجر في الدفع - بدون علم المؤجر مسبقاً - فقد يشعر المؤجر بعدم الجدية والمصادقية في تلك المعاملة، الأمر الذي قد يفضي للنزاع المنهي عنه.

وبهذا يتضح أن التراخي في تسليم المعقود عليه (الأجرة) في الإجارة، لا يفسد العقد. ولكن الأفضل فورية تسليمها.

(١) [ابن أبي شيبة: المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب البيوع والأقضية/باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره، ج٤/٣٦٦، رقم الحديث ٢١١٠٩]، قال الألباني: ضعيف، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج٥/٣١١).

(٢) السرخسي، المبسوط (ج١٥/٧٦)

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (ج٥/١٠٦)

المطلب الثاني

التراخي في تسليم المعقود عليه في العقود التي يشترط فيها قبضه حين العقد

كما تبين أن تقسيم العقود المالية باعتبار اشتراط القبض فيها أو عدمه كان على نوعين، كان الحديث عن النوع الأول في المطلب السابق، وسيتم الحديث في هذا المطلب عن النوع الثاني، وهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ - عقود يشترط فيها القبض لنقل الملكية: كعقود التبرعات (ومنها الهبة والقرض): وفيما يأتي بيان أثر التراخي على كل منها:

أولاً: الهبة:

وهي لغة: عطية بلا عوض^(١).

واصطلاحاً: تملك في الحياة بغير عوض، واختلف الفقهاء في انتقال الملكية فيها بمجرد العقد على رأيين:

الرأي الأول: لا تنتقل الملكية فيها بمجرد الإيجاب والقبول، بل يحتاج ذلك إلى القبض بإذن الواهب، ذهب إليه جمهور الفقهاء: الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

الرأي الثاني: لا يشترط لانتقال الملكية في عقد الهبة القبض، بل تثبت للموهوب له ملكية الموهوب بالعقد، ويجبر الواهب على القبض، قال به المالكية^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. أن ذلك مروى عن أبي بكر - رضي الله عنه - في حديث هبته لعائشة، وهو نص في اشتراط القبض، فقد روت عائشة أن أباهما نحلها جأءً عشرين وسقاً بالغابة، فلما مرض قال: لو كنت حزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث^(٦).

(١) الفيومي، المصباح المنير (ج٢/٦٧٣).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٦/١٢٠-١٢٢).

(٣) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (ج٣/٥٦٥).

(٤) ابن قدامة، المغني (ج٦/٤٤).

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٤/١١٤).

(٦) [ابن الملقن: التوضيح لشرح الجامع الصحيح كتاب الوصايا/باب أن يترك ورثته أغنياء، ج١٧/١٨٦، رقم الأثر ٢٧٤٢.

٢. وما روى عن عمر أنه قال: " ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا، وإن مات هو قال: قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لوارثه فهي باطل" (١) وهو قول عثمان وعلي، فيكون إجماع من الصحابة؛ لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف (٢).
٣. ولأنها عطية، وتمام الإعطاء بالدفع والتسليم (٣).

أدلة القول الثاني:

دليل من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض (٤).

والراجح أن القبض يشترط في الهبة؛ لأنها عطية، وتمام الإعطاء بالدفع والتسليم.

أثر التراخي في قبض الهبة:

إن تراخي الموهوب له عن طلب القبض حتى فات بإفلاس الواهب أو مرضه، بطلت الهبة، وسقط حقه، وإذا باع الواهب تفصيل: إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن، وإن قام في الفور كان له الموهوب (٥).

ثانياً: القرض:

وهو لغة: هو الدين (٦).

واصطلاحاً: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله (٧)، واختلف الفقهاء في مدى اشتراط القبض في القرض لنقل الملكية إلى المستقرض على رأيين:

الرأي الأول: المقرض إنما يملك المال المقرض بالقبض، ذهب إليه الجمهور من الحنفية (٨)،

(١) [البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الهبات/باب شرط القبض في الهبة، ج٦/٢٨٠: رقم الأثر ١١٩٤٩].

(٢) [ابن عبد البر: الاستذكار، كتاب الأفضية/باب ما لا يجوز من النحل، ج٧/٢٣١: رقم الأثر ١٤٤١].

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٦/١٢٠، ١٢١)؛ وابن مودود، الاختيار لتعليل المختار (ج٣/٤٨).

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٤/١١٥).

(٥) المرجع السابق، ص ١١٤.

(٦) الرازي، مختار الصحاح، ص ٢١٨.

(٧) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج٢/٣١٢).

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٧/٣٩٦).

والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

الرأي الثاني: المقرض يملك المال المقرض ملكاً تاماً بالعقد وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويقضى له به، ذهب إليه المالكية^(٣).

الأدلة:

دليل الجمهور: استدلو بأن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بيعاً وهبة وصدقة وسائر التصرفات، وإذا تصرف فيه نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة المقرض، وتلك أمارات الملك، إذ لو لم يملكه بالقبض لما جاز له التصرف فيه^(٤).

دليل المالكية: التراضي هو المناط في نقل الأموال من بعض العباد إلي بعض^(٥).

وتظهر ثمرة الخلاف بين ما ذهب إليه المالكية، وما ذهب إليه جمهور الفقهاء في تراخي القبض عن العقد، فإذا هلكت العين المقرضة بعد العقد وقبل القبض، ففي هذه الحالة يكون ضمانها عند جمهور الفقهاء على المقرض، ويكون هلاكها في عهده، لأنها لم تنزل في ملكه، ولم يملكها المقرض بعد، فلا تتشغل ذمته بعوضها أصلاً، بينما يكون ضمانها عند المالكية على المقرض، وهو الذي يتحمل تبعه هلاكها، وعليه رد بدلها لأنها هلكت في ملكه^(٦).

والقرض باتجاهين: الأول: القرض الجائز، وهو القرض الذي ليس فيه ربا، أو شبهة ربا. والثاني: القرض المحرم، وهو ما فيه ربا، أو شبهة ربا، والملاحظ أن البنوك تعتمد الاتجاه الثاني؛ لتحصيل الأرباح، وهو ما جعل بعض المستثمرين يفكر في طرق للتخلص من هذا الاتجاه، فقامت فكرة البنوك الإسلامية على الاتجاه الثاني للقرض، وطرحت بدائل متنوعة هدفت من خلالها إلى تحقيق الأرباح بطرق أفتى بمشروعيتها عدد من العلماء، ومنها:

١. المرابحة للأمر بالشراء: وهو كما عرفه د. سامي حمود " قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه البنك - كلياً أو جزئياً - وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به وحسب الربح المتفق عند الابتداء^(٧).

(١) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج٤/٢٣٢).

(٢) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج٢/٣١٤).

(٣) الصاوي، حاشية الصاوي (ج٣/١٨٥).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٧/٣٩٦).

(٥) الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (ص٥٥٠).

(٦) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج٣٢/٢٨٢).

(٧) عفانة، بيع المرابحة للأمر بالشراء، ص٢٠.

٢. المشاركة المتناقصة: عقد شركة بين طرفين في عين معينة (كعقار أو مصنع) يتفق الطرفان فيه على أن تتول ملكية العين لأحد الطرفين تدريجياً في نهاية مدة معينة بعقود بيع مستقلة متعاقبة، لتصبح العين ملكاً للمشتري جميعها في نهاية المدة^(١).

٣. البيع بالتقسيط: وهو بيع بثمن مؤجل يدفع إلى البائع في أقساط متفق عليها، فيدفع البائع البضاعة المباعة إلى المشتري حالاً، ويدفع المشتري الثمن في أقساط مؤجلة^(٢).

والقاسم المشترك بين العقود الثلاثة السابقة هو الأجل، فالمشتري يدفع ثمن المبيع بأقساط معينة في أوقات معلومة، وتكون حسب الاتفاق السابق بين البنك والمشتري.

والوقت المعلوم الذي اتفق عليه العاقدان هو الحد الفاصل بين التراخي والتأخير، وذلك مثل أذان العصر الذي هو الحد الفاصل بين التراخي في أداء صلاة الظهر والتأخير فيها، لذلك لا يؤثر التراخي على العقد ما لم يصل لحد التأخير، الأمر الذي بحثه الفقهاء وتوسعوا فيه؛ كونه متعلقاً بموضوع الربا؛ فالأصل فيه الزيادة مقابل التأخير.

ب - عقود يشترط فيها القبض لصحتها: (كالصرف، وبيع الأموال الربوية، والسلم):
أولاً: الصرف:

وهو لغة: فضل بعض النقود على بعض في الجودة والقيمة^(٣).

واصطلاحاً: اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض، وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة وأحد الجنسين بالآخر^(٤)، أو بصورة أخرى في زماننا بيع النقد بالنقد، فلم يعد الذهب والفضة عملة وحدهما.

وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في صحته التقابض في البديلين قبل التفرق عن مجلس العقد^(٥)؛ لقوله ﷺ: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز"^(٦).

(١) حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة (٩٢٨/١٣)؛ والشاذلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة (٨٧٥/١٣).

(٢) العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ١١.

(٣) المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب (ج ٤٧٢/١).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٢١٥/٥).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٢١٥/٥)؛ والكشراوي، أسهل المدارك (ج ٢٢٣/٢)؛ والحصري، كفاية الأختار (ص ٢٣٩)؛ وابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل (ج ٣٢٩/١).

(٦) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب بيع الفضة بالفضة، ج ٣/٧٤: رقم الحديث ٢١٧٧].

وكذلك بيع الأموال الربوية كالبر والشعير ونحوهما فيشترط في بيعها بمثلها التقابض، لما ورد في الأحاديث من النهي عن بيع النسيئة في ذلك، منها قوله ﷺ: " الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء" (١).

وعلى ذلك لا مجال للتراخي في القبض والتسليم؛ فلو حصل يبطل العقد، مع ذلك اختلف الفقهاء في مسألة تفرعت عن الصرف، وهي:
بيع الحلي من الذهب أو الفضة بالورق النقدي نسيئة.

فبيع الذهب بالورق النقدي فيه تفصيل؛ فالذهب غير المصنوع لا يجوز بيعه بالنقد نسيئة قولاً واحداً؛ لحديث: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل... ولا تبيعوا غائباً بناجز" (٢). ولذا لا بد من التقابض فيه بمجلس العقد ولا يصح بيعه مقسطاً؛ لأن الأوراق النقدية التي يتعامل بها تأخذ حكم الذهب بجامع الثمنية (٣)، أما الحلي - وهو الذهب المصنوع - اختلفت آراء الفقهاء في بيعه بالورق النقدي نسيئة سواء كان بالتقسيط أو بغيره، على رأيين:
الرأي الأول: المنع، قال به جمهور العلماء (٤).
الرأي الثاني: جواز ذلك، وإليه ذهب ابن تيمية وابن القيم (٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

لا يفرق الجمهور بين الذهب المصوغ منه وغير المصوغ؛ لحديث: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل... ولا تبيعوا غائباً بناجز" (٦)؛ فالأوراق النقدية التي يتعامل بها تأخذ حكم الذهب بجامع الثمنية، ولذا لا بد من التقابض فيه بمجلس العقد ولا يصح بيعه مقسطاً أو نسيئة بشكل عام (٧).

(١) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب بيع الشعير بالشعير، ج٣/٧٤: رقم الحديث ٢١٧٤].

(٢) سبق تخريجه ص ٦٨.

(٣) موقع فتوى، مذاهب العلماء في شراء الذهب بالورق النقدي بالتقسيط (موقع الكتروني).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/٢١٥)؛ والكشناوي، أسهل المدارك (ج٢/٢٢٣)؛ والحصري، كفاية الأخيار (ص٢٣٩)؛ وابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل (ج١/٣٢٩).

(٥) ابن تيمية، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام (ج٤/١٧)؛ وابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين: (ج٢/١٠٨).

(٦) سبق تخريجه ص ٦٨.

(٧) موقع فتوى، مذاهب العلماء في شراء الذهب بالورق النقدي بالتقسيط (موقع الكتروني).

أدلة القول الثاني:

إن الصناعة أخرجت الذهب عن النقدية، وصارت سلعة تباع وتشتري بالعاجل والآجل. وعلى هذا القول يجوز شراء الذهب المصنوع نسيئة أو بالتقسيط.

يقول ابن القيم: " الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان، ولهذا لم تجب فيها الزكاة، فلا يجري الربا بينها وبين الأثمان كما لا يجري بين الأثمان وفي سائر السلع"^(١).

ويقول ابن تيمية: " ويجوز بيع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه من غير اشتراط التماثل، ويجعل الزائد في مقابلة الصنعة سواء كان البيع حالاً أو مؤجلاً ما لم يقصد كونها ثمناً"^(٢).

وهذا واضح وصريح في جواز البيع بالآجل في الحلية لخروجها عن الثمنية. والراجح: بعد معرفة اختلاف أهل العلم في بيع الحلي بالنقد نسيئة، فإن الأحوط عدم شراء الذهب ولو كان مصوغاً بالتقسيط ما لم تكن هناك حاجة شديدة^(٣).

ثانياً: السلم:

وهو لغة: هو أن يعطى مالاً في سلعة إلى أجل معلوم بزيادة في السعر الموجود عند السلف^(٤). واصطلاحاً: اختلفت آراء الفقهاء قليلاً في اشتراط القبض في السلم، لذلك عرف على النحو التالي:

فالحنفية والشافعية والحنابلة الذين شرطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد، عرفوه بما يتضمن ذلك:

عند الحنفية: " هو شراء آجل بعاجل "^(٥).

عند الشافعية: " عقد على موصوف في الذمة ببذل يعطى عاجلاً"^(٦).

عند الحنابلة: " عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد "^(٧).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين (ج ٢/١٠٨).

(٢) ابن تيمية، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام (ج ٤/١٧).

(٣) موقع فتوى، مذاهب العلماء في شراء الذهب بالورق النقدي بالتقسيط (موقع الكتروني).

(٤) ابن منظور لسان العرب (٩/١٥٩).

(٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج ٥/٢٠٩).

(٦) البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي (ج ٣/٥٦٩).

(٧) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج ٥/٨٤).

أما المالكية الذين لم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخفة الأمر، فقد عرفوه بأنه " بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم"^(١).

فقوله " أو ما هو في حكمها": يشير إلى جواز تأخير رأس مال السلم اليومين والثلاثة، حيث إنه يعتبر في حكم التعجيل بناء على أن ما قارب الشيء يعطى حكمه^(٢).

فمذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق لصحة العقد؛ لقوله ﷺ: "من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"^(٣)، والتسليف هو الإعطاء؛ ولا يقع اسم التسليف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قيل أن يفارق من أسلفه^(٤).

ومذهب المالكية: عدم اشتراط قبض رأس المال في السلم في مجلس العقد، وقالوا بجواز تأخيره اليومين والثلاثة؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

وثمره خلافهم أن التراخي في قبض رأس المال ليومين أو ثلاثة يبطل العقد عند الجمهور، لكن يبقى صحيحاً عند المالكية.

ج - عقود يشترط القبض للزومها: كالرهن:

الرهن لغة: ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه^(٥).

اصطلاحاً: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه^(٦).

اشتراط القبض في الرهن:

الرهن من عقود التوثيق، لكن اختلف الفقهاء فيما يلزم به الرهن على رأيين:

الرأي الأول: عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض والإقباض من جائز التصرف، وللرهن الرجوع عنه قبل القبض، ذهب إليه الحنفية^(٧)، والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩).

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (ج٣/٣٧٨).

(٢) المرجع السابق، ص٣٧٨.

(٣) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب السلم، ج٣/١٢٢٦: رقم الحديث ١٦٠٤].

(٤) الشافعي، الأم (ج٣/٩٥).

(٥) ابن منظور، لسان العرب (ج١٣/١٨٨).

(٦) الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ج٢/٢٩٧).

(٧) باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (ص١٤٢).

(٨) الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ج٢/٢٩٨).

(٩) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج٣/٣٣١).

الرأي الثاني: يلزم عقد الرهن بالعقد، ثم يجبر الراهن على التسليم للمرتهن، قال به المالكية^(١).

الأدلة:

دليل القول الأول:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢)، فلو لزم عقد الرهن بدون قبض لما كان للتقييد به فائدة؛ ولأنه عقد إرفاق يفنقر إلى القبول فافتقر إلى القبض^(٣).

دليل القول الثاني:

قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول، فيلزم بالعقد كالبيع^(٤).

أثر التراخي في قبض الرهن:

المرتهن إن تراخى في طلب حقه لا يؤثر ذلك عليه على الرأي الأول؛ لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، وللراهن الرجوع فيه قبل القبض، لكن من قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض، فإنه يفرق بين حالين إن تراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفسد الراهن، أو يمرض، أو يموت، يسقط حقه، أما إن تراخى عن المطالبة، ثم رجع ليطالب قبل حدوث الإفلاس أو المرض، أو الموت لا يسقط حقه، ويجبر الراهن على الإقباض^(٥).

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٤/٥٧).

(٢) [البقرة: ٢٨٣].

(٣) النووي، المجموع شرح المذهب (ج١٣/١٨٤).

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٤/٥٧).

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٤/٥٧).

المبحث الثاني التراخي في الرد

بعد الحديث عن أثر التراخي في تسليم المعقود عليه، سيتم الحديث عن أثر التراخي في الرد، ومناسبة ذكر الرد بعد التسليم، ارتباطه القوي به، إذ إنه في الغالب ما يقابل التسليم، فمثلاً العقود مكتملة الأركان والشروط قد يطرأ عليها ما يوجب الرد لسبب ما، وهذا يحدث بعد التسليم غالباً، فما تم تسليمه وجب رده.

ومن ناحية أخرى فإن حقوق الآخرين الموجودة في حوزة إنسان ما يجب ردها إن ثبت موجبها، كرد مال المحجور عليه، ورد المال المغصوب والمسروق.
وسيم التعرف على حقيقة الرد، وموجباته، ومسقطاته، وأنواعه، وأثر التراخي فيها، وفي رد مال الغير.

المطلب الأول

حقيقة الرد، وموجباته، ومسقطاته

أولاً: حقيقة الرد:

لغة: مصدر رددت الشيء، وهو صرف الشيء ورجعه، ورد عليه الشيء إذا لم يقبله^(١)، وفي الحديث: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"^(٢)، أي مردود عليه. يقال: أمر رد إذا كان مخالفاً لما عليه السنة^(٣).

اصطلاحاً: من خلال تتبع كلام الفقهاء تبين أنهم لم يفرّدوا الرد بتعريف مستقل، إما لأنه لم يخرج عن معناه اللغوي، أو أنه واضح، ومن تلك التعريفات: رد المعير بمعنى رجوعه^(٤).

الألفاظ ذات الصلة: الاسترداد في اللغة: طلب الرد، يقال: استرد الشيء وارتده: طلب رده عليه، ويقال: وهب هبة ثم ارتدها أي: استردها، واسترده الشيء: سأله أن يرده عليه^(٥). ولم يخرج الفقهاء في استعمالهم عن المعنى اللغوي. فالرد قد يكون أثراً للاسترداد، وقد يحصل الرد بلا استرداد.

والرد في العقود المالية يرد على المعقود عليه؛ كرد المبيع المعيب، وقد يكون في غير ذلك؛ كرد المغصوب والمسروق.

ثانياً: موجبات الرد:

للرد موجبات كثيرة منها ما يلي:

١. **الاستحقاق:** فإذا ظهر كون الشيء مستحقاً للغير، أي حقاً واجباً له^(٦)، وجب رده إلى مستحقه على الأصل، سواء كان ذلك في العقود كالبيع والهبة، أو في الجنایات كالغصب والسرقة^(٧)؛ لقوله ﷺ: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(٨).

(١) ابن منظور، لسان العرب (ج٣/١٧٣).

(٢) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية/باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، ج٣/١٣٤٣، رقم الحديث ١٧١٨].

(٣) ابن منظور، لسان العرب (ج٣/١٧٣).

(٤) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (ج٣/٣٢٤).

(٥) ابن منظور، لسان العرب (ج٣/١٧٣-١٧٤).

(٦) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٥/١٩١).

(٧) الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي (ج٢/١٩٦)؛ والرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج٦/١٢٩).

(٨) [أبو داود: سنن أبي داود، كتاب البيوع/باب في تضمين العارية، ج٥/٤١٤: رقم الحديث ٣٥١٦]، قال الألباني: ضعيف، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج٥/٣٤٨).

٢. **فسخ العقود غير اللازمة:** سواء كان عدم لزومها عائداً إلى طبيعتها، كالوديعة والشركة، أو إلى دخول الخيار - بأنواعه - عليها، كالبيع والإجارة، وحينئذ يكون لكلا الطرفين، أو لمن ثبت له الخيار الفسخ، ويرد كل ما في يده إلى صاحبه^(١).
٣. **بطلان العقد وفساده:** فإذا ظهر أن العقد باطل وجب على كل من المتعاقدين رد ما أخذه من الآخر وذلك لأن العقد الباطل لا وجود له شرعاً، ولا ينتج أي أثر^(٢).
والعقد الفاسد عند الحنفية مستحق للفسخ حقا لله تعالى، وهو يفيد الملك بالقبض، إلا أنه ملك غير لازم، والفسخ في البيع الفاسد يستلزم رد المبيع على بائعه، ورد الثمن على المشتري^(٣).
٤. **الإقالة:** ومحلها العقود اللازمة الخالية من الخيارات، أو المتضمنة للخيار لكن مدته قد انتهت؛ حينها فإن الإقالة تتوقف على رضا المتعاقدين، في حين تتوقف العقود غير اللازمة على علم من ليس له الخيار، ولا يشترط فيها الرضا، ومقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه، أي رد المبيع إلى البائع، والثمن إلى المشتري^(٤).
٥. **انتهاء مدة العقد:** إذا انتهت مدة العقد في العقود المقيدة بمدة يرد المعقود عليه، ففي الإجارة إذا كانت محددة المدة وانتهت هذه المدة، فإن الإجارة تنتهي، واختلف الفقهاء فيما يلزم المستأجر عند انتهائها على رأيين:
- الرأي الأول:** يلزمه رفع يده وليس عليه الرد قبل مطالبة المؤجر عند جمهور الفقهاء^(٥).
- الرأي الثاني:** يلزمه رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة، ذهب إليه بعض الشافعية^(٦).

(١) السرخسي، المبسوط (ج٤٨/١٣)؛ والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٢٧١/٥)؛ والمازري، شرح التلقين (ج٦١٣/٢).

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٥٠٨/٤)؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ج٤٩٠/٣).

(٣) السرخسي، المبسوط (ج١٥/١٨).

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج١١٠/٦)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (ج٢٢٢/٤).

(٥) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج٣٥١/٢)؛ والنووي المجموع شرح المهذب (ج٤٨/١٥)؛ وابن قدامة، المغني (ج٣٩٦/٥).

(٦) النووي، المجموع شرح المهذب (ج٤٨/١٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الإجارة عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته، وهو أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة، بخلاف العارية، فإن ضمانها يجب، فكذاك ردها، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يد المستأجر أمانة كالوديعة إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه^(١).

أدلة القول الثاني:

بعد انقضاء الإجارة يكون المستأجر غير مأذون له في إمساكها، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها^(٢).

ثمرة اختلافهم:

إن قلنا لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة، وإن قلنا يلزمه مؤنة الرد كالعارية^(٣).

ويمكن ملاحظة أن من قال بالرد كأنه يقول بالفورية، ومن قال أن عليه رفع اليد فقط إلى حين المطالبة كأنه يقول بالتراخي.

في ضوء ما سبق يمكن تقسيم الرد إلى رد قهري، ورد اختياري؛ فالرد القهري كرد الشيء بالاستحقاق كرد المغصوب، ورد المبيع المعيب والقهر فيه واقع على البائع، والرد الاختياري كالإقالة حيث يكون مرجعه إلى رضا العاقدين.

مسقطات الرد في العقود:

يسقط الرد في العقود لأمر عدة منها ما يلي:

١. تصحيح العقد:

وذلك عند الحنفية، فهم فرقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فيصح عندهم أن ينقلب العقد الفاسد صحيحاً وذلك برفع المفسد، ولا يصح ذلك في العقد الباطل، وإذا انقلب العقد الفاسد صحيحاً سقط الرد لزوال موجبته^(٤)، فمثلاً إذا باع بشرط خيار لم يوقت أو وقت إلى وقت مجهول

(١) النووي، المجموع شرح المذهب (ج ٤٨/١٥)؛ وابن قدامة، المغني (ج ٣٩٦/٥).

(٢) النووي، المجموع شرح المذهب (ج ٤٨/١٥).

(٣) المرجع السابق، ص ٤٨.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج ٦/٦).

كالحصاد، يفسد العقد، ويثبت الرد، لكن إن أبطل صاحب الأجل الأجل انقلب العقد صحيحاً، وامتنع الرد^(١).

ولم يفرق جمهور الفقهاء بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فهما لفظان مترادفان معناهما كون الشيء لم يستتبع غايته^(٢).

٢. تجديد العقد:

ويتأتى ذلك في العقود المقيدة بمدة كالإجارة، فإذا اتفق العاقدان على تجديد العقد لمدة أخرى سقط رد العين المؤجرة لورود العقد عليها؛ ولزوال ما يوجبه وهو انتهاء فترة العقد^(٣).

٣. سقوط الخيار:

ويكون ذلك في العقود غير اللازمة بسبب دخول الخيار عليها، فإذا سقط الخيار أصبح العقد لازماً وامتنع الرد حينئذ^(٤).

٤. حدوث ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته؛ ومنها هلاك المعقود عليه أو نقصانه؛ لفوات محل الرد^(٥).

فإن هلك المبيع أو طرأ عليه تغيير امتنع الرد؛ بسبب تغير العين المعقود عليها، وإن كان المبيع عند المشتري رجع بالأرض وهو جزء من ثمنه نسبتة إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليماً، ويمكن اعتبار أقل قيمة من يوم البيع إلى القبض^(٦).

٥. التراخي في الرد؛ كالتراخي في رد المبيع المعيب عند من قال بفرورية الرد كما سيتضح في المبحث الثاني من الفصل القادم.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج٦/٦).

(٢) الإسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول (ص٢٨).

(٣) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج١٧٦/٢٢).

(٤) ابن قدامة، المغني (ج٤٩٤/٣).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٢٨٣/٥).

(٦) النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه (ص١٠١).

المطلب الثاني

التراخي في رد مال الغير

مال الغير عندما يكون في حوزة الإنسان إما أن تكون حيازته له بطريق مشروع، أو بطريق غير مشروع، وعلى الأحوال كلها يجب رد مال الغير متى تحقق موجبه، وفيما يلي شيء من التفصيل لكل منهما على حدة.

أولاً: رد مال الغير المحفوظ بطريق مشروع:

وهذا المال لحيازته لدى الغير سببان:

١. سبب اختياري: وهو العقد الذي يجريه الإنسان بكامل إرادته.

٢. سبب إجباري: وهو الولاية على المحجور عليه.

السبب الأول: رد مال الغير المحفوظ بطريق اختياري (الناتج عن العقد):

تم الحديث في المطلب السابق عن موجبات الرد، فمتى وجدت وجب الرد، وفيما يلي سيتم الحديث عن وقت الرد في نوعيه القهري، والاختياري.

التراخي في الرد القهري:

ويكون الرد القهري إذا وجدت موجبات منها:

١. الاستحقاق: الاستحقاق هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض^(١)، ومثاله رد المغصوب، ووقته: بناء على ذلك التعريف لا يتصور فيه تراخي؛ لأنه متعلق بحقوق العباد، وحقوق العباد الأصل ردها على الفور.

٢. انتهاء مدة العقد: وقد اختلف الفقهاء في فورية الرد بعد انتهائها، وقد سبقت مناقشتها.

٣. بطلان العقد وفساده: البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء، أو نقصان، أو حوالة حكمها الرد (أي يرد البائع الثمن، والمشتري المثلون)^(٢).

ووقته: الرد في هذه الحالة على الفور؛ لأن الملكية محرمة، ويجب التخلص من الحرام بأسرع وقت، ورد كل شيء لصاحبه.

٤. فسخ العقود غير اللازمة إذا كان سبب الفسخ الخيار، ومنه خيار التروي كخيار الشرط، وخيار النقيصة كخيار الرد بالعيب، وهو خيار يثبت لدفع الضرر عن العاقدين، وسيتم الحديث

(١) ابن عرفة، المختصر الفقهي (ج٣/٧/٣٠٣).

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٣/٢٠٨).

عنهما في الفصل الثالث.

التراخي في الرد لاختياري:

ويكون الرد الاختياري في الإقالة، وفسخ العقود غير اللازمة إذا كان عدم اللزوم عائد لطبيعة العقد.

وقت الرد في الإقالة:

الإقالة رفع العقد، وإلغاء حكمه وأثاره بتراضي الطرفين، وتكون مندوبا إليها إذا ندم أحد الطرفين^(١)، لحديث رسول الله ﷺ: " من أقال مسلماً أقال الله عثرته"^(٢).

فقد دل الحديث على مشروعية الإقالة، وعلى أنها مندوب إليها، لوعده المقيلين بالثواب، ولما فيها من التيسير على الناس، وتخليصهم مما يظنون أنه ورطة يندمون على الوقوع فيها، فقد يعتقد أحدهم عقداً ثم يرى أنه مغبون فيه، أو أنه ليس بحاجة إليه، فيبقى في غمٍ وكرب، ويكون في إقالته منه تنفيس لكربه وتفريج لغمّه، وفي ذلك من الأجر ما فيه^(٣).

وتكون في العقود اللازمة، أي التي إذا تمت لم يكن للمتعاقد فسخها إلا بموافقة الطرف الآخر، أما العقود الجائزة - وهي التي لكلٍ من العاقدين فسخها متى شاء، ولو لم يرض الطرف الآخر - فلا داعي فيها للإقالة، ويشترط لصحة الإقالة ما يلي^(٤):

- أ - رضی المتعاقدين: فهي رفع عقد لازم، فلا بد من رضی الطرفين.
- ب - اتحاد المجلس: فمعنى البيع موجود فيها، فيشترط لها المجلس، كما يشترط للبيع.
- ج - أن يكون التصرف قابلاً للفسخ كالبيع والإجارة، فإن كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج، فلا تصح الإقالة.
- د - بقاء المحل وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح، فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط.

هـ - تقابض بدلي الصرف في الإقالة.

وقتها: لم يتحدث الفقهاء صراحة - في حدود علمي - عن وقت الإقالة، بل كان مجمل ما ذكره أنه إذا عقد العقد، وندم أحد التعاقدين أو كلاهما على العقد، يكون لهما الإقالة بشروطها، ويمكن

(١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (ج٤/٧٠).

(٢) [أبو داود: سنن أبي داود، كتاب البيوع/باب في فضل الإقالة، ج٣٢٨/٥: رقم الحديث ٣٤٦٠]، قال

الألباني: صحيح، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج٥/١٨٢).

(٣) الخن، وأخرن، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج٦/٤٧).

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج٦/١١٠).

استخلاص حكم التراخي فيها بأنه جائز، مهما كانت المدة طويلة، فالمعاملات بين الناس قائمة على التراضي بين الطرفين.

وقت الرد في فسخ العقود غير اللازمة بطبيعتها:

يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ، مثل العارية والقرض والوديعة، فكلها عقود غير لازمة يجوز فسخها متى شاء أحد الطرفين المتعاقدين بشرط إعلام الطرف الآخر بالفسخ^(١).

وقت الرد فيها: الرد يكون بمجرد الفسخ أي على الفور، فمثلاً إذا طلب الوديعة صاحبها لزم ردها وتسليمها له.

أثر التراخي في الرد: تعود مؤنة الرد والتسليم على المودع، وإذا طلبها المودع ولم يعطها المستودع وهلك الوديعة أو ضاعت يضمن، بيد أنه إذا لم يمكنه إعطاؤها لعذر كوجودها في محل بعيد حين الطلب وهلك أو ضاعت لا يلزم الضمان والحالة هذه^(٢).

السبب الثاني: رد مال الغير المحفوظ بطريق إجباري (رد مال المحجور عليه):

للحجر أسباب كثيرة، لعل أقربها إلى موضوع البحث الصغر، فالصغير الذي لم يبلغ الحلم محجور عليه بحكم الشرع حتى يبلغ، ثم يستمر الحجر عليه إلى أن يرشد؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٣)، وذلك لعدم أهلية التصرف لقصور إدراكه.

وينتهي الحجر ببلوغ الصغير رشيداً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾^(٤)، أي: أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم وإصلاحها^(٥).

وقت دفع المال إلى الصغير:

الرشد قد يأتي مع البلوغ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً، تبعا لتربية الشخص واستعداده وتعدد الحياة الاجتماعية أو بساطتها، فإذا بلغ الشخص رشيداً، أو بلغ غير رشيد ثم رشد كملت

(١) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي (ص ١١٧).

(٢) لجنة علماء، مجلة الأحكام العدلية (ص ١٥٢).

(٣) [سورة النساء: ٦].

(٤) [سورة النساء: ٦].

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (ج ٣٧/٥).

أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وفك الحجر عنه، وسلمت إليه أمواله؛ للآية السابقة، ولقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يتم بعد احتلام"^(١)، ولا يحتاج في هذا إلى حكم حاكم، لأن الحجر عليه ثبت بدونه، فيزول من غير حكم^(٢).

فإن لم يرشد بعد بلوغه هل يستمر الحجر عليه؟ اختلف الفقهاء على رأيين:
الرأي الأول: إن لم يرشد بعد بلوغه استمر الحجر عليه، حتى ولو صار شيخاً عند جمهور الفقهاء من المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، فالدفع والرد عندهم على التراخي حتى تحقق الشرط.

الرأي الثاني: الصبي إن بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن بلغ خمساً وعشرين سنة، ولم يؤنس منه الرشد دفع المال إليه، ذهب إليه أبو حنيفة^(٦)، فالدفع والرد عنده على الفور.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٧)، فقد علق الدفع على شرطين، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما^(٨)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٩)، فقد نهانا الله عن الدفع إليه ما دام سفهياً، وأمرنا بالدفع إن وجد منه الرشد إذ لا يجوز الدفع إليه قبل وجوده ولأن منع ماله لعله السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة؛ لأن الحكم يدور معها^(١٠).

-
- (١) [أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الوصايا/باب متى ينقطع اليتيم؟، ج٤/٤٩٦: رقم الحديث ٢٨٧٣]، قال الألباني: صحيح، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج٥/٧٩).
- (٢) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (ج٦/٣٦٣).
- (٣) المازري، شرح التلقين (ج٣/١٩٩).
- (٤) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج٦/٢٢٤).
- (٥) ابن قدامة، المغني (ج٤/٣٤٤).
- (٦) السرخسي، المبسوط (ج٤/١٦١).
- (٧) [النساء: ٦].
- (٨) ابن قدامة، المغني (ج٤/٣٤٤).
- (٩) [النساء: ٥].
- (١٠) ابن قدامة، المغني (ج٤/٣٤٤).

أدلة القول الثاني:

الصبي إن بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، ويدفع إليه ماله متى بلغ المدة ولو كان مفسداً؛ للأدلة التالية:

١. قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ﴾^(١)، والمراد باليتيم هنا من بلغ، وسمي في الآية يتيماً لقربه من البلوغ، ولأنه في أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدره أبو حنيفة بخمس وعشرين سنة، لأنه حال كمال ليه^(٢).

٢. روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمسا وعشرين سنة^(٣).

٣. قال أهل الطبائع (الأطباء): من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده، ألا ترى أنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير فيها جذا، لأن أدنى مدة يبلغ فيها الغلام اثنتا عشرة سنة، فيولد له ولد لسته أشهر، ثم الولد يبلغ في اثنتي عشرة سنة، فيولد له ولد لسته أشهر، فقد صار بذلك جذاً، حتى لو بلغ رشيداً ثم صار مبذراً لم يمنع منه ماله؛ لأن هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر في منع المال، ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه، والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب، فإذا بلغ هذه السن فقد انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال بعده^(٤).

وعلى ذلك إن دفع للسفيه أمواله بعد الخامسة والعشرين فإن تصرفاته نافذة عند أبي حنيفة، وغير نافذة عند الجمهور.

القول الراجح:

يمكن ترجيح ما ذهب إليه الجمهور وهو إن لم يرشد السفيه بعد بلوغه استمر الحجر عليه؛ حفاظاً على مصلحته.

ثانياً: رد مال الغير المحوز بطريق غير مشروع:

من أخذ مال الغير بطريق غير شرعي كالغصب فإنه يجب عليه رده إلى صاحبه فوراً حال قيام العين المغصوبة ووجودها بذاتها؛ لقول النبي ﷺ: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(٥)، ولأن المظالم يجب التخلص منها فوراً؛ لأن بقاءها بيده ظلم آخر.

(١) [النساء: ٢].

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق (ج ٥/١٩٥).

(٣) المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٤) المرجع نفسه، ص ١٩٥.

(٥) سبق تخريجه ص ٧٤.

وإن تراخى الغاصب في الرد، ولازال الملك تحت يده، ولكن المغصوب قد فات، كأن هلك أو فقد أو هرب، يجب على الغاصب رد إلى المغصوب منه مثله إن كان له مثل، بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا من الطعام والدنانير والدرهم وغير ذلك، أو قيمته إن لم يكن له مثل بأكثر ما كانت من يوم الغصب إلى يوم التلف؛ كالعروض والحيوان والعقار^(١).
ومؤنة الرد على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد، وجب عليه ما هو من ضروراته، كما في رد العارية^(٢).

(١) الحصني، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار (ص ٢٨٣).

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج ٧/٢٨٣).

الفصل الثالث

التراخي في خيارات العقود المالية المعاصرة

المبحث الأول

التراخي في خيار التروي

إذا استكمل العقد عناصره الأساسية من (صيغة وعاقد ومعقود عليه)، وشروطه الشرعية، أصبح صالحاً لترتب آثاره عليه، وينعقد صحيحاً، ويحكم بثبوت أثره في الحال، فمثلاً البيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع للمشتري والتمن للبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن ثمة مانع يمنع لزومه.

ثم إن العقد لو انعقد صحيحاً نافذاً ينقسم إلى لازم وغير لازم:

فاللزام: هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، كالبيع والإجارة^(١).

والأصل في العقود اللزوم؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والخيار عارض^(٣).

وغير اللزوم أو الجائز - كما يسميه بعض الفقهاء - هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار^(٤).

والعقود المالية بالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه ثلاثة أنواع:

(١) عقود لازمة تقبل الفسخ: أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين. وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة، وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً^(٥)؛ كخيار العيب.

(٢) عقود لازمة لأحد الطرفين: كالرهن: فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن، وغير لازم بالنسبة للدائن المرتهن؛ لأن العقد لمصلحته توثيقاً للحق، فله التنازل عنه، وليس فيها خيار^(٦).

(٣) عقود غير لازمة للطرفين: وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ والرجوع،

(١) ابن قدامة، المغني (ج٥/٣٣٢).

(٢) [المائدة: آية ١].

(٣) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٤/١٥٩).

(٤) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين (ج٣/٤٣٥).

(٥) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين (ج٣/٤٣٥)؛ والرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٤/١٧٠).

(٦) النووي، المجموع شرح المذهب (١٧٥/٩)؛ والرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٤/١٧٠).

كالإيداع والإعارة، ليس فيها خيار، فيجوز لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء^(١).

الحكمة من مشروعية الخيار:

الأصل أن الخيار بأنواعه المختلفة إنما شرع لدفع الضرر عن العاقد، وهذا الضرر يكون متوقعًا تارة، ويكون واقعًا تارة أخرى.

أما دفع الضرر المتوقع، فشرع الله له خيار المجلس وخيار الشرط، وذلك لدفع ضرر يتوقع العاقد حصوله، فيستدركه في مجلس العقد، أو في مدة الخيار، ويتخلص منه، وذلك أن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن الشريعة أن يُجعل للعقد خيار يتروى فيه العاقدان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما ما فاتته.

وأما دفع الضرر الواقع، كخيار العيب، والتدليس، ونحوها، فإن الإنسان بطبيعته البشرية -كما وصفه الله- ظلوم جهول، فقد يتعرض أحد العاقدين على يد الآخر للغش والتدليس أو غيرهما من أنواع الظلم، فأباح الشرع للعاقد الذي وقع تحت تأثير الغش والتدليس أن يدفع عنة هذا الضرر بثبوت الخيار له في هذه الحالة، فكان ثبوت الخيار من محاسن التشريع التي لا بد منها لدفع الضرر^(٢).

وما يهم في هذا المبحث هو أثر التراخي في تنفيذ خيار التروي بشطريه: خيار المجلس، وخيار الشرط، في العقود اللازمة التي تطرأ عليها الخيارات فتغير مجراها، وتسلب لزومها خلال مدتها.

(١) القرافي، الذخيرة (ج٩/١٣٨)؛ والعمراني، البيان في مذهب الشافعي (ج٦/٥١٦).

(٢) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج٦/١٧).

المطلب الأول

التراخي في خيار المجلس

الغاية من الخيارات تمحيص الإرادتين وتنقية عنصر التراضي من الشوائب توصلاً إلى دفع الضرر عن العاقد، ومن هنا قسم الفقهاء الخيارات باعتبارات مختلفة، وأقربها إلى موضوع البحث تقسيمها باعتبار الغاية من الخيار، وهي تنقسم إلى شطرين: خيارات التروي، وخيارات النقيصة، وفيما يلي تعريف كل منهما:

خيار التروي: ما لا يتوقف على فوات وصف، وله سببان، أحدهما: المجلس، والثاني: الشرط^(١). أما خيار النقيصة هو: ما يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي^(٢)، وهو يشمل خيار العيب، وخيار فوات الشرط والوصف.

ومرادهم بخيارات النقيصة الخيارات التي تهدف لدفع الضرر عن العاقد في حين تهدف خيارات التروي إلى جلب النفع له. والتروي سبيله أمران:

١. المشورة؛ للوصول إلى الرأي الحميد.

٢. الاختبار وهو تبين خبر الشيء بالتجربة، قال ابن رشد: " والخيار يكون لوجهين: لمشورة واختبار المبيع، أو لأحد الوجهين، ويقول: العلة في إجازة البيع على الخيار وحاجة الناس إلى المشورة فيه، أو الاختيار"^(٣).

وسيم الحديث عن خيار المجلس أحد خيارات التروي في هذا المطلب، وقبل الحديث عن أثر التراخي في خيار المجلس، يلزم تعريف خيار المجلس، وبيان مشروعيته عند الفقهاء.

أولاً: تعريف خيار المجلس:

١. تعريف الخيار:

لغة: اسم من الاختيار وهو الاصطفاء، وخيره بين الشئيين معناه: فوض إليه اختيار أحدهما^(٤)، وتفضيل أحدهما على الآخر^(٥).

(١) الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج٤/١٥٩).

(٢) الغزالي، الوسيط في المذهب (ج٣/١١٩).

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدة (ج٢/٨٧).

(٤) الرازي، مختار الصحاح (ص١٩٦).

(٥) مصطفى، وآخران، المعجم الوسيط (ج١/٢٦٤).

اصطلاحاً: طلب خير الأمرين من إمضاء العقد وفسخه^(١).

٢. تعريف المجلس:

لغة: موضع الجلوس، والجلوس: القعود^(٢).

والواضح أن كلمة المجلس تحمل معنى مجلس العقد، فهي ليست لمطلق مجلس، بل لمجلس العقد خاصة، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهي للدلالة على المعهود في الذهن، والمراد مكان التابع أو التعاقد، فما دام المكان الذي يضم كلا العاقدين واحداً، فلهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، إلى أن يتفرقا ويكون لكل واحد منهما مجلسه المستقل^(٣).

ومجلس العقد: هو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد^(٤).

وفي حكم التفرق حصول التخاير، وهو أن يخير أحدهما الآخر في إمضاء العقد أو رده. لكن خيار المجلس لا يبدأ من صدور الإيجاب بل من لحاق القبول به مطابقاً له، أما قبل وقوع القبول فإن العاقدين يملكان خياراً في إجراء العقد أو عدمه، لكنه خيار يدعى خيار القبول، وهو يسبق تمام التعاقد^(٥).

وحقيقة الجلوس ليست مقصودة في خيار المجلس، لأن المعتبر هو الفترة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد دون طرؤ التفرق من مكان التعاقد، فالجلوس ذاته ليس معتبراً في ثبوته، ولا تركه معتبر في انقضائه، بل العبرة للحال التي يتلبس بها العاقدان، وهي الانهماك في التعاقد^(٦).

تعريف خيار المجلس:

هو : حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفرق بالأبدان أو التخاير^(٧).

(١) الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (ج٤/٣٣٢).

(٢) المرسي، المحكم والمحيط الأعظم (ج٧/٢٧١).

(٣) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج٢٠/١٦٩).

(٤) المرجع السابق ج٢٠/١٦٩.

(٥) المازري، شرح التلقين (ج٢/٥٢٨).

(٦) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج٢٠/١٦٩).

(٧) النووي، المجموع شرح المذهب (ج٩/١٧٩).

مشروعية خيار المجلس:

١. في مرحلة المساومة، وقبل وجود إيجاب بات بين المتبايعين، فإن المتبايعين بالخيار، لأن الأمر في هذه الحالة لا يتعدى أن يكون مجرد دعوة إلى التفاوض، فكل عاقل يعلم أن الخيار حاصل لكل من البائع والمشتري ضرورة قبل حصول الإيجاب والقبول^(١).

٢. وإذا انتهت مرحلة المفاوضات، وعرض صاحب السلعة إيجابًا جازمًا، ولم يصدر القبول من المشتري فما حكم رجوع البائع والمشتري عن البيع؟

أما المشتري فله خيار القبول، كما إذا قال البائع: بعثك هذا البيت بكذا وكذا، فالمشتري بالخيار بين القبول وبين الرد، ما دام العاقدان في مجلس العقد، ولو أقاما فيه اليوم واليومين، ولم يتفرقا بأبدانهما، ولم يتشاغلا عن العقد بما يبطله^(٢).

قال الروياني: "خيار المشتري بعد بذل البائع وقبل قبوله معلوم بالإجماع، إذ لو سقط خياره ببذل البائع لوجبت البياعات جبرًا بغير اختيار، ولأفضى الأمر فيها إلى ضرر وفساد"^(٣).

وأما البائع فهل له أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر؟^(٤)

٣. وإذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، وتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد دون فسخ، ولم يكن في البيع خيار شرط، فإنه لا خلاف أن البيع يصبح لازمًا لا يستقل أحد العاقدين بالرجوع عنه دون رضا الطرف الآخر.

قال ابن قدامة: "وإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده إلا بعيب أو خيار، لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه"^(٥)، وقد دل عليه قول النبي - صلى الله عليه وسلم: "وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما، البيع فقد وجب البيع"^(٦).

٤. وإذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، وتوفرت الشروط، وانتقت الموانع، وكان العاقدان في مجلس العقد فهل يلزم البيع بمجرد الإيجاب والقبول، أم أن العقد ما زال جائزًا، ويملك كل واحد من المتبايعين الرجوع عنه بموجب خيار المجلس - والمراد به أن المتعاقدين كلاً منهما له حق

(١) الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن (ج٧/٣٦٧).

(٢) المازري، شرح التلقين (ج٢/٥٢٨).

(٣) الروياني، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي) (ج٤/٣٦٢).

(٤) تم عرض اختلاف الآراء مقرونة بأدلتها ص ٣٤، ٣٣ من هذا البحث.

(٥) ابن قدامة، المغني (ج٣/٤٩٤).

(٦) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ج٣/١١٦٣: رقم الحديث ١٥٣١].

الرجوع عن البيع بعدما تم وانعقد صحيحاً ما دام في المجلس الذي حصل فيه عقد البيع، ولم يتفرقا عنه بأبدانهما - دون رضا الطرف الآخر.

في هذه المسألة اختلاف بين الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: البيع لازم، ولا يملك أحد العاقدين الرجوع عن العقد إلا برضا صاحبه، ولا يشرع خيار المجلس، وهذا مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

الرأي الثاني: العقد جائز، ويملك كل واحد من المتابعين خيار المجلس، وهذا مذهب الشافعية^(٣)، ومذهب الحنابلة^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

لا يثبت خيار المجلس بمقتضى العقد، ولا بالشرط إذا شرطاه أو أحدهما، بل يؤدي إلى فساد العقد إذا شرطاه، فإذا انعقد البيع فلا خيار لواحد من المتبايعين إلا أن يشترطاه^(٥)، واستدلوا بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٦) ظاهر الآية يقتضي حل الأكل عند حصول التجارة عن تراض من غير تقييد بالتفرق عن مكان العقد، فتقييد حل الأكل بالتفرق زيادة على النص ومخصص لها بغير دليل^(٧).
 ٢. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٨).
- فقد ألزم الله كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه، فيلزمه الوفاء به، وفي إثبات الخيار نفي للزوم الوفاء به وذلك خلاف مقتضى الآية^(٩).

(١) البابرقي، العناية شرح الهداية (ج ٦/٢٥٧).

(٢) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل (ج ٦/٣٠١).

(٣) الرفاعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير (ج ٤/١٥٩).

(٤) ابن قدامة، المغني (ج ٣/٥٠٥).

(٥) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة (ج ٢/٧٠٤)؛ والحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (ج ٦/٣٠٣).

(٦) [النساء: ٢٩].

(٧) النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل (ج ١/٣٥٢).

(٨) [المائدة: ١].

(٩) الرازي، مفاتيح الغيب (ج ١/٥٨).

٣. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَيَلْتَقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾^(١).

لو لم يكن عقد المداينة موجبا للحق على المدين قبل الافتراق لما قال: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَيَلْتَقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾، ولما وعظه بترك البخس وهو لا شيء عليه؛ لأن ثبوت الخيار له يمنع ثبوت الدين للبائع في ذمته، وفي إيجاب الله تعالى الحق عليه بعقد المداينة في قوله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَيَلْتَقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾، دليل على نفي الخيار، وإيجاب البتات^(٢).

٤. قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٣).

وجه الدلالة: "إذا" هي للوقت، فاقترضى ذلك الأمر بالشهادة عند وقوع التباعد من غير ذكر الفرقة، وندب إلى الإشهاد على التباعد عند وقوعه، ولم يقل: إذا تباعدتم وتفرقتم^(٤)، ولخلت الآية من الفائدة إذ لو وقع الإشهاد قبل التفرق لم يصادف محلاً وإن وقع بعد التفرق لم يطابق الأمر^(٥).

٥. قول النبي ﷺ: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه"^(٦).

الحديث أجاز بيع المبيع بعد القبض، ولم يشترط فيه الافتراق، فوجب بنص الخبر أنه إذا قبضه في المجلس أنه يجوز له بيعه، وذلك ينفي خيار البائع لأن ما للبائع فيه خيار لا يجوز تصرف المشتري فيه^(٧).

٦. الرضا بالعقد هو الموجب للملك، وليس الفرقة، فليس في الفرقة دلالة على الرضا، ولا على نفيه؛ لأن حكم الفرقة والبقاء في المجلس سواء في نفي دلالاته على الرضا، فعلمنا أن الملك إنما وقع بالرضا من ابتداء العقد لا من الفرقة^(٨).

(١) [البقرة: ٢٨٢].

(٢) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١٧/٦).

(٣) [البقرة: ٢٨٢].

(٤) ابن الفراء، التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد (ج ٤٩/٣)؛ والذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ١٧/٦).

(٥) الصنعاني، سبل السلام (ج ٣٤/٣).

(٦) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، ج ٦٨/٣: رقم الحديث ٢١٣٣].

(٧) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (ج ٣/٤).

(٨) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج ٣٢/٦).

٧. خيار المجلس ليس له حد معروف، فقد يطول برغبتها في زيادة التروي وقد يقصر بإرادة المستعجل منهما حين يخابر صاحبه أو يفارقه ، ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل، فكيف يثبت عن طريق الشرع حكم لا يجوز اشتراطه بالعقد، وأيضاً فإن القول بخيار المجلس يعتبر من الغرر؛ لأن انتهاء الخيار غير منضبط لارتباطه بأحد أمرين: التفرق أو التأخير، وكلاهما غير معروف زمن حصوله، وكليهما لا يدري ما يحصل له من الثمن والمثمن^(١).

ورد عليهم بأنه زمان يسير، فعفي عن الجهالة فيه، وهذا الخيار ثابت شرعاً، فجاز أن يثبت مع الجهالة^(٢).

ويبين صحة هذا، وأنه فرق بين المدة التي تثبت بالشرط، والتي تثبت بالإطلاق في باب الجهالة: أن مدة قبض المسلم فيه لما استقيدت بالشرط، لم يصح أن تكون مجهولة، ومدة قبض الأعيان المببوعة لما لم تكن متعلقة بالشرط، صح أن تكون مجهولة^(٣).

أدلة القول الثاني:

١. قول رسول الله - ﷺ -: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا. فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما"^(٤).
- وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث، مع روايته له، وثبوتة عنده، وقال الشافعي- رحمه الله -: لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً؟ وأعظم أن أقول: عبد الله بن عمر. وقد أنكر ابن أبي ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة في زمن مالك على مالك في هذه المسألة، وأغلظ في القول بعبارة مشهورة حتى قال: يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث^(٥).
٢. قول رسول الله - ﷺ -: " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار"^(٦).
٣. وقوله ﷺ: " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن

(١) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٣٧/٦).

(٢) ابن الفراء، التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد (ج٣/٥٣).

(٣) المرجع السابق، ص ٥٣.

(٤) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، ج٣/٥٨: رقم الحديث ٢٠٧٩].

(٥) ابن قدامة، المغني (٤٨٣/٣).

(٦) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ج٣/٦٤: رقم الحديث ٢١١١].

تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع^(١).

٤. كان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه^(٢)، وأنه إذا بايع رجلاً، فأراد ألا يقيله، قام، فمشى هنيهة، ثم رجع^(٣).

٥. وعنه أيضاً أنه قال: بعث من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخبير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا، قال عبد الله: فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أنني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال، وساقني إلى المدينة بثلاث ليال^(٤).

وجه الدلالة:

أن النبي - ﷺ - أثبت للمتبايعين بعد انعقاد البيع بالإيجاب والقبول الخيار في فسخ البيع أو إمضائه دون رضا الطرف الآخر، ما دام في مجلس العقد، ولم يتفرقا بالأبدان، أو لم يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، بأن قال له: اختر البيع أو فسخه، فاختر الآخر إمضاء البيع، أو تفرقا عن مجلس العقد بأبدانهما، فقد لزم العقد، ولا يملك أحدهما الرجوع إلا برضا الطرف الآخر.

ومما يدعم أن هذا هو الفهم الصحيح للحديث أن هذا ما فهمه ابن عمر - رضي الله عنهما -، وهو راوي الحديث، وهو من أهل الفقه وأهل اللسان، فكان إذا اشترى شيئاً، وتم الإيجاب والقبول، قام عن المجلس، ومشى قليلاً، ثم رجع، وذلك ليلزم العقد. بل إن نقل ابن عمر يدل على أن هذا هو فهم الصحابة رضوان الله عليهم، فحين باع عثمان - رضي الله عنه - رجع، خشية أن يراده البيع، ولم يكن هذا مذهباً لابن عمر؛ لأن ابن عمر قال بعده، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا.

القول الراجح:

بعد استعراض الأدلة في هذه المسألة، يترجح قول الشافعية الحنابلة، فالأحاديث التي استدلوها بها صحيحة وصريحة في ثبوت خيار المجلس، وما استدلل به الفريق الآخر من عموم الآيات غير كاف لإثبات النقيض، ويعتذر عن مالك - رضي الله عنه - بكونه لم يأخذ بالحديث

(١) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ج٣/١١٦٣: رقم الحديث ١٥٣١].

(٢) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب كم يجوز الخيار، ج٣/٦٤: رقم الحديث ٢١٠٧].

(٣) [أبو عوانة: مستخرج أبي عوانة، كتاب البيوع/باب الخبر المبين أن المتبايعين إذا تبايعا كان لهما الخيار حتى يتفرقا بأبدانهما، ج٣/٢٦٥: رقم الحديث ٤٩١٣].

(٤) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب: إذا اشترى شيئاً، فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، ج٣/٦٥، رقم الحديث ٢١١٦].

مع علمه به وإطلاعه على صحته: بأنه ما من عالم إلا ترك جملة من أدلة الكتاب أو السنة لمعارض راجح عنده، وليس هذا خاصًا بمالك - رضي الله عنه -، وهو مأجور على اجتهاده، وهو دليل على أن العالم مهما بلغ من العلم إلا ويقع له في اجتهاده ما يجانب الصواب، وهذا لا يقدح في مكانة الإمام، ولا في علمه، ولا يدعو ذلك إلى ترك الانتفاع به لهذه المسألة أو لعشرات مثلها، وإذا كان هذا مع مالك، عالم المدينة، وهو من هو في الحفظ والإتقان، ورجوح العقل، مع إمامة في الفقه، وكمال في الورع، فكيف يكون الحال مع صغار الطلبة^(١).

لكن مع الأخذ بقول الشافعية والحنابلة للتيسير على الناس، يجب مراعاة المدة الزمنية للخيار، فلا يعقل أن تطول المدة، وتتعطل مصالح الناس.

التراخي في خيار المجلس:

هذا الجزئية إنما تبحث بناء على قول الشافعية والحنابلة، القائلين بثبوت خيار المجلس، ولا يتأتى ذلك على مذهب النافين لخيار المجلس - الحنفية، والمالكية -.

الزمن الذي يثبت فيه خيار المجلس، هو الفترة التي أولها لحظة انبرام العقد، أي بعد صدور القبول موافقا للإيجاب، واختلف الشافعية في تحديد نهاية الفترة على ثلاثة أقوال^(٢):
القول الأول: يلزم البيع بعد المفارقة بالأبدان، أو التخاير، حتى لو طال المدة، هذا في وجه عندهم.

القول الثاني: يلزم البيع بعد مرور ثلاثة أيام، في وجه ثان عندهم؛ كي لا يزيد عن خيار الشرط.
القول الثالث: يلزم البيع بعد شروع أحد المتعاقدين في أمر آخر، في وجه ثالث عندهم، وهذا يقصر من أجل الخيار أكثر من التفرق أو التخاير؛ لأنه يحصره في حالة التعاقد الجادة وهي برهة يسيرة. والراجح لدى الشافعية هو الوجه الأول القائل بأنه ثابت حتى التفرق أو التخاير^(٣)؛
للحديث " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تباعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع"^(٤).

(١) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج٦/٥٨).

(٢) النووي، المجموع شرح المذهب (ج٩/١٨٠).

(٣) المرجع السابق، ص ١٨٠.

(٤) سبق تخريجه ص ٩١.

المطلب الثاني

التراخي في خيار الشرط

خيار التروي يقسم لقسمين: المجلس، والشرط، وقد تم الحديث عن الأول في المطلب السابق، وسيتم الحديث عن الثاني، ثم بيان أثر التراخي عليه.

تعريف خيار الشرط:

الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط^(١).

خيار الشرط اصطلاحاً:

خيار الشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على: ما يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ^(٢).

ولخيار الشرط أسماء أخرى دعاه بها بعض المصنفين، منها:

أ - الخيار الشرطي: بالوصفية لا بالإضافة؛ والسبب في هذه التسمية ظاهر، والغرض من وصفه بالشرطي تمييزه عن الخيار (الحكمي) الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط، كخيار العيب^(٣).

ب - خيار التروي: لأنه شرع للتروي وهو النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه قبل إبرامه^(٤).

مشروعية خيار الشرط:

ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار الشرط واعتباره مشروعاً لا ينافي العقد. واستدلوا بالسنة والإجماع.

أولاً: السنة:

أن رجلاً من الأنصار كان يخدع في البيوع كثيراً، فأتى رسول الله - ﷺ - فذكر ذلك له، فقال: " إذا بعت فقل: لا خلافة"، فكان الرجل إذا باع يقول: لا خلافة^(٥). والخلافة الخديعة.

(١) ابن منظور، لسان العرب (ج٧/٣٢٩).

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج٤/٥٦٧).

(٣) الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (ج٦/٣٠١).

(٤) الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (ج٣/٣٥).

(٥) [النسائي: السنن الصغرى، كتاب البيوع/باب الخديعة في البيع ج٧/٢٥٢: رقم الحديث ٤٤٨٤]، قال الألباني: صحيح.

ثانياً: الإجماع:

قال النووي: " وقد نقلوا فيه الإجماع "(١)، وقال ابن الهمام: " وشرط الخيار مجمع عليه"(٢).

مدة خيار الشرط، والتراخي فيه:

خيار الشرط إما أن يحدد مدته العاقدان بسقف زمني، وإما أن لا يحددان المدة، فيكون مطلقاً، وفي يلي آراء العلماء في الخيار المحدد بالزمن؛ لأنه يمكن تصور التراخي فيه، ولا يمكن تصور التراخي في المطلق.

أولاً: تحديد مدة خيار الشرط بسقف زمني:

للمدة حدان: حد أدنى، وحد أقصى، أما الحد الأدنى فلا توقيت له، وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه فيجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل بالأولوية على جواز الأقل(٣)، أما الحد الأقصى لمدة الخيار فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ليس له قدر محدود في نفسه، وأنه إنما يتقدر باختلاف المبيعات، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات، فقال: مثل اليوم واليومين في اختبار الثوب، والشهر ونحوه في اختيار الدار، وبالجملة: فلا يجوز الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع. ذهب إليه المالكية(٤).

الرأي الثاني: أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك، وبه قال الشافعية(٥)، الحنفية(٦).

الرأي الثالث: يجوز الخيار لأي مدة معلومة اشترطت، وبه قال الحنابلة(٧).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، فوجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختبار المبيع، وذلك يختلف بحسب المبيع، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام(٨).

(١) النووي، المجموع شرح المذهب (ج٩/١٩٠).

(٢) السيواسي، شرح فتح القدير (ج٦/٣٠٠).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/٢١٣).

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٣/٢٢٥).

(٥) الروياني، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي) (ج٤/٣٨٨).

(٦) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ج٣/٢٩).

(٧) البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع (ص٣٢٤).

(٨) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج٣/٢٢٥).

أدلة الرأي الثاني:

شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، فالأصل هو أن الخيار لا يجوز وإنما أجزى بخلاف القياس للنص، فيقتصر على المدة المذكورة، ولا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في الأنصاري الذي كان يغيب في البياعات، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: "إذا أنت بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردها على صاحبها"^(١)، وهو من باب الخاص أريد به الخاص، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول، مثل استثناء العرايا. قالوا: وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصرة وهو قوله: " من اشترى مصرة فهو بالخيار ثلاثة أيام"^(٢).

أدلة الرأي الثالث (الحنابلة):

قوله - ﷺ: " المسلمون على شروطهم"^(٣)، فلم يحدد الحديث مدة للخيار.

الرأي الرابع:

من خلال النظر في الأقوال وأدلتها، يترجح لدي قول الحنفية، والشافعية؛ وذلك للحفاظ على مصالح الناس باستقرار المعاملات فيما بينهم، ولكيلا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع، وهو مما ترفضه الشريعة في أحكامها. وتظهر ثمرة اختلافهم في فساد العقد إن حدث التراخي في الخيار على نحو اختلافهم في تحديد المدة.

فإذا زادت مدة خيار الشرط على ثلاثة أيام بلياليها لدى الحنفية، والشافعية، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة، وباطل عند الشافعي، وباطل عند مالك إن كان العقد على ما كان يكفي لاختباره اليومين والثلاثة^(٤).

(١) [ابن ماجه: سنن ابن ماجه وبه حاشية حكم الألباني عليها، كتاب الأحكام/باب الحجر على من يفسد ماله، ج٢/٧٨٩: رقم الحديث ٢٣٥٥]، قال الألباني: حسن.

(٢) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب حكم بيع المصرة، ج٣/١١٥٨: رقم الحديث ١٥٢٤].

(٣) [أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الأفضية/باب في الصلح، ج٥/٤٤٦: رقم الحديث ٣٥٩٤]، قال الألباني: صحيح، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (١٤٢/٥).

(٤) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج٢٠/٨٥).

المبحث الثاني

التراخي في خيار النقيصة

الأصل أن الخيار بأنواعه المختلفة إنما شرع لدفع الضرر عن العاقد، وهذا الضرر يكون متوقعًا تارة، ويكون واقعًا تارة أخرى.

وخيارات دفع الضرر المتوقع تمت مناقشته في المبحث السابق، وسيتم مناقشة الجزء الثاني من الضرر في هذا المبحث.

والإنسان بطبيعته البشرية -كما وصفه الله- ظلوم جهول، فقد يتعرض أحد العاقدين على يد الآخر للغش والتدليس أو غيرهما من أنواع الظلم، فأباح الشرع للعاقد الذي وقع تحت تأثير الغش والتدليس أن يدفع عنة هذا الضرر الواقع بطرق تكفل له حقه، كخيار العيب، فكان ثبوت الخيار من محاسن التشريع التي لا بد منها لدفع الضرر^(١).

وعلى ذلك تكون الغاية من الخيارات تمحيص الإرادتين وتنقية عنصر التراضي من الشوائب توصلًا إلى دفع الضرر عن العاقد، وكما سبق بيانه في المطلب الأول من المبحث السابق أن الفقهاء قد قسموا الخيارات باعتبارات مختلفة، وكان أقربها إلى موضوع البحث تقسيمها باعتبار الغاية من الخيار، وهي تنقسم إلى شطرين: خيارات التروي، وخيارات النقيصة، وقد تم الحديث عن الأولى في المبحث السابق، وسيتم الحديث عن الثانية في هذا المبحث.

فخيار النقيصة هو: ما يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغيير فعلي^(٢).

والمراد بخيارات النقيصة الخيارات التي تهدف لدفع الضرر عن العاقد، فمثلاً إذا تسرع المشتري في الشراء، فقد يقع على السلعة كأنما صادها صيداً، أو يكون من يستشيريه أو ذو الخبرة غائباً أو يكون العيب لا يظهر إلا بالإمعان وطول الملاحظة، كل هذه الحالات وما يشابهها يفوت على المشتري بها جزء من ماله بدون مقابل، ولكن رحمة الشارع وعدله لم تتركه سجين أفكاره يعرض أصابعه على ماله، بل جعل له الخيار لاستدراك ظلامته فهو مخير بين الرد أو الإمساك مع الأرض عند بعض العلماء -كما سنرى- .

وسيتم التحدث عن أهم خيارين من خيارات النقيصة وهما: خيار العيب ويلحق به خيار التصرية، وخيار فوات الوصف أو الشرط، ثم بيان أثر التراخي عليهما.

(١) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج٦/١٧).

(٢) الغزالي، الوسيط في المذهب (ج٣/١١٩).

المطلب الأول

التراخي في خيار العيب

الشريعة الإسلامية رحيمة بأبنائها ضامنة لحقوقهم، فقد أقيمت أحكامها على أساس من العدل الذي لا يشوبه ظلم ظالم ولا خديعة غاش ولا حيلة محتال، ولذا توافرت النصوص على تحريم الغش والخداع والخيانة وأكل مال الناس بالباطل، والعيب صورة منها، وسيتم الحديث عن العيب بشكل عام، ثم الحديث عن خيار التصرية.

خيار العيب مركب إضافي من الكلمتين خيار وعيب، وقد سبق بيان معنى كلمة " خيار " اللغوي والاصطلاحي عند تعريف الخيار بوجه عام.

أما كلمة عيب، فهي في اللغة مصدر الفعل عاب، يقال : عاب المتاع يعيب عيباً: أي صار ذا عيب، وجمعه عيوب^(١).

وأما في الاصطلاح فللفقهاء تعاريف متعددة للعيب منها:

عند الحنفية: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً^(٢).

عند المالكية: ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع^(٣).

عند الشافعية: كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً^(٤).

وكلها تدور حول المعنى نفسه من نقص مؤثر في المبيع يقتضي الأصل عدمه.

مشروعية خيار العيب:

لا خلاف بين الفقهاء في الرد بالعيب.

واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والقياس:

فمن الكتاب: استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٥) وجه الدلالة: أن العلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في

العقود، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراض^(٦).

(١) الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (ج ٤٣٩/٢).

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج ٣/٥).

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج ١٩١/٣).

(٤) الغزالي، الوسيط في المذهب (ج ١١٩/٣).

(٥) [سورة النساء: ٢٩].

(٦) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ١١٣/٢٠).

فالآية تدل على أن العاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب، بل له رده والاعتراض، بقطع النظر عن طريقة الرد والإصلاح لذلك الخلل في تكافؤ المبادلة^(١).

ومن السنة: عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلاماً، فاستغله، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي، فقال النبي ﷺ " الغلة بالضمان"^(٢).

واستدلوا بالقياس على الخيار في المصرة، والجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك، وإثبات النبي الخيار بالتصيرية تنبيه على ثبوته بالعيب، ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب^(٣)، فسلامة البديلين في عقد المبادلة مطلوبة عادة فتكون بمنزلة المشروط صريحاً^(٤).

أنواع العيوب:

للعيوب نوعان:

الأول: ما يوجب نقصان جزء من المبيع أو تغييره من حيث الظاهر دون الباطن نحو العمى، والعور، والحول، والشلل، والقرع، والزمانة (أي الأمراض المزمنة) والأصبع الناقصة، والسن السوداء، والسن الساقطة والسن الزائدة والظفر الأسود، والصمم، والخرس، والبكم، والقروح، والشجاج، وأثر الجراح، والحميات وسائر الأمراض التي تعم البدن^(٥).

الثاني: ما يوجب النقصان من حيث المعنى، دون الصورة، نحو جماح الدابة^(٦)، وفي زماننا مثل بطء غير معتاد في سيارة ونحوها.

الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار:

يشترط في العيب الذي يثبت به الخيار عدة شروط منها:

١_ يجب أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع والقاعدة في ذلك أن يكون العيب موجباً لنقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فالمعول عليه هو عرف التجار فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار^(٧).

(١) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ٢٠/١١٣).

(٢) [ابن حنبل: المسند، مسند عائشة، ج ٤١/٥٩: رقم الحديث ٢٤٥١٤].

(٣) ابن قدامة، المغني (ج ٤/١٠٩).

(٤) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج ٢/٩٣).

(٥) المرجع السابق، ص ٩٤.

(٦) المرجع نفسه، ص ٩٤.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٧٥).

٢_ أن يكون العيب قديماً، ويجب أن يكون المشتري غير عالم بوجود العيب في وقت العقد وفي وقت القبض معاً، فإن كان عالماً به في أي وقت من هذين الوقتين فلا خيار له؛ ذلك أن إقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضاء منه به دلالة، وكذلك إذا لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض فقبضه للمبيع مع علمه بالعيب دليل على الرضا لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد^(١).

٣_ ويجب أن يكون العيب ثابتاً وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم حتى لو حدث بعد التسليم لا يثبت الخيار؛ لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة، وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري إذا العيب لم يحدث إلا بعد التسليم، ولا يكفي أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم بل يجب أيضاً أن يبقى ثابتاً بعد التسليم لأن العيب إذا حدث قبل التسليم وزال أيضاً قبله فقد قبض المشتري المبيع سليماً من العيب فلا يكون له الخيار^(٢).

٤_ ألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب فقد يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيوب فقبل منه هذا الشرط فإذا أبرأ المشتري البائع من كل عيب أو من عيب بالذات قائم وقت العقد فإن الإبراء لا يتناول العيب الذي يحدث بعد البيع وقبل القبض^(٣).

٥_ أن يكون الغالب في مثله أن يكون سليماً من ذلك العيب فخرج ما إذا كان الغالب في مثله وجود ذلك العيب^(٤).

٦_ أن لا يمكن زوال ذلك العيب إلا بمشقة فإذا أمكن ازالته بغير مشقة فإن المبيع لا يرد به وذلك كما إذا اشترى ثوباً متنجساً لا تنقص قيمته بالغسل فإن النجاسة حينئذ لا تكون عيباً يرد به الثوب لأنه يمكن ازلتها بلا مشقة^(٥).

٧_ أن لا يزول ذلك العيب قبل الفسخ فإذا اشترى حيواناً مريضاً ولم يفسخ البيع ثم زال المرض فليس له الفسخ بسبب ذلك المرض لأنه قد زال قبل أن يردده^(٦).

٨_ ألا يحصل حال تدل على رضاه بالمبيع بعد اطلاعه على العيب^(٧).

(١) المازري، شرح التلقين (ج٢/٧٥٧).

(٢) لجنة علماء، الفتاوى الهندية (ج٣/٦٦).

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج٦/٣٩).

(٤) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ج٥/٣٥٦٠).

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج٦/٣٩).

(٦) المرجع السابق، ص ٣٩.

(٧) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج١/٣٣٥).

٩_ ألا يكون ذلك العيب من لوازم الخلقة السليمة^(١).

كيفية الرد بالعيب:

المبيع المعيب لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري فإن كان في يد البائع يفسخ البيع بقول المشتري رددت، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي بالإجماع^(٢)، وإن كان في يد المشتري ففيه اختلاف بين العلماء على رأيين: **الرأي الأول:** لا يفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي قال به الحنفية^(٣). **الرأي الثاني:** يفسخ بقول المشتري رددت من غير حاجة إلى القضاء وإلى رضا البائع، قال به الشافعية^(٤).

الأدلة:

أدلة الحنفية:

إذا كان المبيع في يد المشتري يحتاج إلى القضاء أو رضا البائع؛ لأن الصفقة تمت بالقبض، وأحد المتعاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة؛ وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد؛ ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين، فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي.

فما بعد القبض يخالف ما قبله؛ لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط الذي يصح من غير قضاء ولا رضا الطرف الآخر؛ لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار، فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول فالصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضاء^(٥).

أدلة الشافعية:

الرد بخيار العيب لا يحتاج إلى قضاء ولا رضا؛ لأن هذا نوع فسخ فلا تقتصر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضاء كالفسخ بخيار الشرط، ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده^(٦).

(١) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج ١/٣٣٨).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٨١).

(٣) المرجع السابق، ص ٢٨١.

(٤) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ٥/٢٨٧).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/٢٨١).

(٦) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج ٥/٢٨٧).

التراخي في الرد بخيار العيب:

إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، وأراد الرد بعد العلم به، هل له أن يتراخي؟ اختلف الفقهاء في وقت الرد بالعيب على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: لا يشترط أن يكون رد البيع بعد العلم بالعيب على الفور، بل يصح على التراخي، فلو أعلم البائع بالعيب وخاصمه في رد المبيع ثم ترك المخاصمة، وبعد ذلك رجع إليها وزعم أن الترك كان لينظر هل هو عيب أم لا، وطلب الرد فإن له ذلك، ويمتنع الرد بعد العلم بالعيب إذا فعل ما يدل على الرضا، كإمساك المبيع والتصرف فيه، ذهب إليه الحنفية^(١)، والحنابلة في رواية عنهم^(٢).

الرأي الثاني: السكوت عن الرد بعد الاطلاع على العيب أكثر من يومين يعتبر رضا إذا كان من غير عذر، فإن طلب الرد بعد اليومين فلا يجاب، ولو أقسم أنه لم يرض.

وإن كان سكوته لعذر، كغياب البائع خارج البلد فله الرد مطلقاً من غير يمين، ولو طال الزمن، ويستحب له أن يشهد أنه غير راض، وأن الذي منعه من رد المبيع هو غياب البائع، فإن كان للبائع وكيل فإن شاء رد المبيع على وكيله، وإن شاء انتظر حضور الأصيل، وإن لم يكن له وكيل، فهو بالخيار إن شاء انتظر حضوره، ورد عليه إذا حضر، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، ذهب إليه المالكية^(٣).

الرأي الثالث: الرد على الفور، فإن أخره من غير عذر سقط الخيار لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة، ذهب إليه الشافعية^(٤)، والحنابلة في رواية عنهم^(٥).

يلاحظ على الرأيين الثاني والثالث أن مقتضى مذهب المالكية أنهم يرون أن الرد على الفور؛ لأن اليوم واليومين لا تعتبر فاصلاً مؤثراً في الغالب، فما قارب الشيء يعطى حكمه.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١. أن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق، فكان على التراخي كخيار القصاص^(٦).

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج١/٤١).

(٢) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج٢/٥١).

(٣) ابن الحاجب، التوضيح في شرح المختصر الفرعي (ج٥/٤٥٨).

(٤) النووي، المجموع شرح المذهب (ج١٢/١٣٨).

(٥) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج٢/٥٢).

(٦) المرجع السابق، ص ٥٢.

٢. وجود العيب في السلعة أثبت للمشتري حق الرد بالاتفاق، وما وجب له بالإجماع لا يسقطه إلا نص، أو إجماع متيقن، ولا سبيل إلى وجودهما هنا^(١).
٣. ولأنه قد يحتاج إلى التروي للنظر، هل من مصلحته قبول المبيع بعيبه، أو رده وأخذ الثمن، فلو طلب منه أن يرده فوراً وإلا لزمه المبيع لكان ذلك إضراراً به^(٢).
٤. أن الرسول - ﷺ - جعل الخيار ثلاثة أيام في بيع المصرة، ولو كان على الفور لم يجعل له الخيار تلك المدة^(٣)، وسيتم الحديث عن التصرية بعد الانتهاء من العيب.

أدلة الرأيين الثاني والثالث:

استدلوا بكون الرد على الفور بدليلين:

- الأول: أن الأصل في البيع اللزوم والضرر الذي شرع الرد لأجله يندفع بالبدار وهو ممكن فالتأخير تقصير، ويدل على الرضا، فيجرب عليه حكم اللزوم الذي هو الأصل^(٤).
- الثاني: قياساً على خيار الشفعة عند الشافعية لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور^(٥).

والفورية تعني المبادرة على العادة فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد، ولو كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ، وهذا إنما يتأتى إذا كان البائع حاضراً في بلد المشتري، أما إن كان غائباً فعلى المشتري أن يرفع أمره إلى الحاكم وجوباً، وعليه أيضاً أن يشهد وهو سائر في طريقه لرد البيع بأنه فسخ البيع، سواء كان ذاهباً ليرد للبائع أو للحاكم، ومسألة الفورية في رد المبيع المعيب لها مراتب متعددة عند الشافعية هي كالتالي^(٦):

الأولى: أن يحضر المشتري مع الحاكم في مجلس الاطلاع على العيب فيبادر ولا يؤخر قطعاً.

الثانية: أن يحضر البائع مجلس الاطلاع على العيب فيلزم المشتري المبادرة بالرد وليس له التأخير إلى حضور مجلس الحكم.

الثالثة: حضور الشهود مجلس الاطلاع على العيب فلا يعذر في التأخير لإمكان الاثبات بهم لأنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء إلى الحاكم والبائع أن أمكن.

(١) الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج٦/٣٩٥).

(٢) المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٣) المرجع نفسه، ص ٣٩٥.

(٤) النووي، المجموع شرح المذهب (ج١٢/١٣٩)؛ وابن الحاجب التوضيح في شرح المختصر الفرعي

(ج٥/٤٥٨)؛ والقرافي الذخيرة (ج٥/١٠٣).

(٥) النووي، المجموع شرح المذهب (ج١٢/١٣٩).

(٦) المرجع السابق، ص ١٤٨-١٤٩.

الرابعة: أن يكون الموجود في البلد واحداً منهما إما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه.
الخامسة: إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد.
السادسة: إذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الإشهاد.
السابعة: إذا كان الشهود ولم يتيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضي إليهم.
الثامنة: إذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة (الحاكم والبائع والشهود) قيل يجب أن يتلفظ بالفسخ وقيل بل لا يجب عليه التلفظ وله الرد بعد ذلك.

والراجع: أن الرد بخيار العيب على الفور ما لم يكن هناك عذر؛ لتستقر المعاملات بين الناس، فلو تراخى في الرد يمكن أن ينكر البائع العيب، ويدعي أنه حدث عند المشتري، فيؤدي ذلك إلى التنازع المنهي عنه، وأيضاً بالقول بالفورية فيه مصلحة للبائع بحيث يمكنه من رد المبيع المعيب للبائع الأول.

مقتضى خيار العيب:

العقد مع خيار العيب غير لازم؛ لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع، لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه، فغرض المشتري الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار.

وللفقهاء اتجاهات ثلاثة في تحديد ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب:

- ١ - التخيير بين أمرين اثنين: أن يفسخ العقد ويرد المبيع المعيب ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويمسك المعيب بجميع الثمن، دون أن يرجع على البائع بالأرش (قيمة نقصان المعيب)، فعلى هذا الاتجاه ليس للمشتري أن يمسك المعيب ويأخذ الأرش، وهذا الاتجاه هو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية في العيب الكثير^(٢)، والشافعية^(٣).
- ٢ - التخيير بين أمرين اثنين أيضاً، لكنهما هنا: الرد - كما سبق - أو الإمساك مع الأرش، سواء رضي البائع بدفع الأرش أو سخط به، ففي هذا الاتجاه الفقهي لا مكان للإمساك بدون أرش بل هو من لوازمه، وهو مذهب أحمد بن حنبل^(٤).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/٢٨٨).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (ج٣/١١٤).

(٣) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (ج٢/٥٠).

(٤) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج٣/٢١٨).

٣ - التفرقة بين العيب الكثير، والعيب اليسير - ويسمونه غالباً: القليل المتوسط - (بعد إخراج العيب القليل جدا الذي لا ينفك عنه المبيع لأنه لا حكم له)^(١).

ففي العيب الكثير لا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنفية والشافعية يخير المشتري بين الرد والإمساك بلا أرش^(٢).

أما في العيب المتوسط فالمشهور التفريق بين الأصول (العقارات من دور ونحوها)، وبين العروض (وهي ما عدا العقار):

ففي العقارات لا يكون للمشتري الرد بهذا العيب المتوسط بل له الرجوع بالأرش، أما في العروض يجب فيها الرد سواء كان العيب متوسطاً أو كثيراً، وقيل: إن العروض كأصول لا يجب الرد في العيب المتوسط وإنما فيه الرجوع بالقيمة^(٣).

وسبب الخلاف النظر إلى نقص العيب، هل هو نقص أصل أو نقص وصف؟ فعند الحنفية والشافعية (والمالكية في العيب الكثير) هو نقص وصف؛ ولذا يخير بين الرد والإمساك بدون شيء، وعند الحنابلة هو نقص أصل، ولذا يخير بين الرد والإمساك مع الرجوع بالنقصان^(٤).

خيار التصرية:

التصرية لغة: صر الناقة أو غيرها تصرية: إذا ترك حلبها أياماً، فاجتمع لبنها في ضرعها^(٥). واصطلاحاً: ترك البائع حلب الناقة أو غيرها عمداً مدة قبل بيعها، ليوهم المشتري كثرة اللبن^(٦).

حكم التصرية:

التصرية حرام، إذا قصد البائع بذلك إيهام المشتري كثرة اللبن؛ للأدلة الآتية:

١. حديث: " من غشنا فليس منا"^(٧).

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (ج ٣/١١٤).

(٢) المرجع السابق، ص ١١٤.

(٣) المرجع نفسه، ص ١١٤.

(٤) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ٢٠/١٣٠).

(٥) ابن منظور، لسان العرب (ج ١٤/٤٥٨).

(٦) الأتصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج ٢/٦١).

(٧) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب الإيمان/باب قول النبي ﷺ: " من غشنا فليس منا"، ج ١/٩٩].

٢. حديث: "بيع المحفلات خلاية، ولا تحل الخلاية لمسلم"^(١)، والمحفلات جمع المحفلة وهي المصرة^(٢).

٣. وما في التصرية من التدليس والإضرار^(٣).

أثر التصرية:

اختلف الفقهاء في توصيف التصرية، فمنهم من اعتبرها عيباً، ومنهم لم يعتبرها كذلك، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: تصرية الحيوان عيب يثبت الخيار للمشتري، ذهب إلى ذلك الأئمة مالك^(٤) والشافعي^(٥) وأحمد^(٦) وأبو يوسف^(٧)؛ وذلك لما فيه من الغش والتدليس والتغيير الفعلي^(٨)؛ ولحديث: " لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر"^(٩)، ويرد معها عوضاً عن لبنها إن احتلب.

الرأي الثاني: لا يرد الحيوان بالتصرية، ولا يثبت الخيار بها؛ لأن التصرية ليست بعيب ذهب إلى ذلك أبو حنيفة^(١٠)، بدليل أنه لو لم تكن مصرة فوجدها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار^(١١)، ولا يرجع المشتري بأرش النقصان على البائع، (والأرش هنا: هو التعويض عن نقصان المبيع)، ويرجع في رواية أخرى^(١٢).

(١) [ابن ماجه: سنن ابن ماجه وبه حاشية حكم الألباني، كتاب البيوع/باب بيع المصرة، ج٢/٧٥٣: رقم الحديث ٢٢٤١]، قال الألباني: ضعيف.

(٢) المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي (٤/٤٠٥).

(٣) الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/٦١).

(٤) ابن رشد، البيان والتحصيل (ج٧/٣٥١).

(٥) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج٥/٢٦٥).

(٦) ابن قدامة، المغني (ج٤/١٠٣).

(٧) السرخسي، المبسوط (ج١٣/٣٨).

(٨) ابن قدامة، المغني (ج٤/١٠٣)؛ والزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل (ج٥/٢٣٨).

(٩) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة، ج٣/٧٠: رقم الحديث ٢١٤٨].

(١٠) السرخسي، المبسوط (ج١٣/٣٨).

(١١) ابن قدامة، المغني (ج٤/١٠٣).

(١٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج٦/٥١).

مدة الخيار:

يكون الكلام في الفور والتراخي بعد الاطلاع على موجب الخيار، وقد اختلف المثبتون للخيار في مدة الخيار على رأيين:

الرأي الأول: الرد يكون على الفور عند الملكية^(١)، والشافعية في وجهه^(٢).

الرأي الثاني: الرد على التراخي، فالخيار يمتد ثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها، ولا إمساكها بعدها عند الشافعية في وجهه^(٣)، والحنابلة في رواية^(٤)، وعندهم أنه متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها؛ في رواية أخرى^(٥).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

حديث: "من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر"^(٦).

قدر خيار التصرية بثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن معرفة التصرية بما دون الثلاث؛ لأنه إذا حلبها في اليوم الأول يجد لبنها كثيرا، فيظن أنه لبن عادة، ويجوز أن يكون لأجل التصرية، فإذا حلبها في اليوم الثاني، فكان أنقص يجوز أن يكون هذا لأجل التصرية، ويجوز أن يكون لاختلاف الأيدي والمكان والعلف، فإن اللبن يختلف لأجل ذلك، فإذا حلبها في اليوم الثالث زالت الريبة؛ لأنه إن كان لبنها مثل اللبن في اليوم الأول علم أن نقصانه في اليوم الثاني إنما كان لاختلاف اليد أو المكان أو العلف، وأنه لم يكن لعيب التصرية، وإن كان لبنها مثل لبن اليوم الثاني علم أن النقصان في الثاني والثالث للتصرية، فإذا مضت الثلاث استبانة التصرية، وثبت له الخيار على الفور، فمعرفة التصرية والاطلاع عليها من جهة التجربة يكون قبل الثلاث^(٧).

ومنهم من قال الثلاث المذكورة في الخبر إنما يثبت له الخيار فيها بالشرط، فمتى شرط خيار الثلاث في البيع، فوجدها مصراة ثبت له الخيار في الثلاث، أي وقت شاء منها، وأما إذا لم

(١) الزرقاني، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل (ج٥/٢٤١).

(٢) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب (ج٥/٢١١).

(٣) المرجع السابق، ص ٢١١.

(٤) ابن قدامة، المغني (ج٤/١٠٦).

(٥) المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٦) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب حكم بيع المصراة، ج٢/١١٥٨: رقم الحديث ١٥٢٤].

(٧) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج٥/٢٦٦).

يشترط خيار الثلاث، وعلم أنها مصراة ثبت له الخيار على الفور؛ لأنه خيار ثبت لنقص، فكان على الفور، كسائر العيوب^(١).

أدلة الرأي الثاني:

١. حديث: "من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر"^(٢).

فإذا علم أنها مصراة قبل الثلاث فله الخيار إلى تمام الثلاث؛ لظاهر الخبر^(٣).
ولأنه تدليس يثبت الخيار، فملك الرد إذا تبينه كسائر التدليس^(٤).

ويمكن ترجيح الرأي القائل بالفورية منذ العلم بالتصيرية ما لم يكن هناك عذر؛ لأن المدة في الحديث هي حد أقصى للفترة الزمنية للاختبار، ولو كان هناك حاجة لفترة أطول لبينها النبي ﷺ، إذ لا يجوز تأخير البيان في معرض الحاجة، خاصة أن هذا يتعلق بالمال، ولا أعتقد أن هناك من يرضى بالغش والخديعة والتدليس، حتى من يقوم بذلك الفعل الدنيء نفسه.

أثر التراخي في رد المصراة:

يبطل الرد بالتراخي بلا عذر خلال المدة المحددة على الاختلاف السابق بين الفقهاء.

(١) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج٥/٢٦٦).

(٢) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب البيوع/باب حكم بيع المصراة، ج٢/١١٥٨: رقم الحديث ١٥٢٤].

(٣) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج٥/٢٦٦).

(٤) ابن قدامة، المغني (ج٤/١٠٦).

المطلب الثاني

التراخي في خيار فوات الوصف و الشرط

الحديث في هذا المطلب سيكون في فرعين، وهما التراخي في خيار فوات الشرط، ثم التراخي في خيار الوصف، على اعتبار أن هذين الخيارين من خيارات النقيصة، وهذان الخياران قد يتداخلان ويلتقيان ويتقاطعان، وذلك إن كان الشرط متضمناً لوصف ما، لكن القول بخيار فوات الوصف أوسع من القول بخيار فوات الشرط؛ وذلك لأن هناك من المذاهب من ضيق الشروط في البيع؛ بسبب ورود النهي عن بيع وشرط.

الفرع الأول: التراخي في خيار فوات الشرط:

سيتم تعريف خيار فوات الشرط، ثم بيان أثر التراخي فيه.

سبق تعريف الخيار لغة واصطلاحاً في الحديث عن الخيارات بشكل عام، وكذلك سبق تعريف الشرط عند الحديث عن خيار الشرط، وفوات الشرط: هو عدم تحقيق الغرض منه، وخيار فوات الشرط: هو حق فسخ العقد أو إمضائه يثبت بفوات الفعل المشروط الصحيح من العاقد فوق مقتضى العقد^(١). وقولنا الصحيح: قيد أدخل الشرط الصحيح، والشرط الذي يقتضيه العقد من باب أولى، وأخرج غيره.

والملتزم بالشرط أكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقريئة الحال؛ لأن الالتزام الشرطي هو الأصل وما عداه ملحق به، فكان ذلك كنص في فرع ليس فيه إلا أصل واحد فإنه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل، ويصح أن يقال إن حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل، والخلف ليس بعيب ولكنه فوات فضيلة، لكنهما مستويان في النقص^(٢).

والشرط الذي يقتضيه العقد، يصح معه العقد، كما إذا اشترى بشرط أن يمتلك المبيع، أو باع بشرط أن يمتلك الثمن، أو اشترى دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك فالبيع جائز؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد^(٣).

أقسام الصفات الملتزمة بالشرط:

أولاً: الصفات التي تتعلق بها زيادة مالية: فيصح التزامها، والخلف فيها يثبت الخيار كالعيب.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/١٧١).

(٢) النووي، المجموع شرح المذهب (ج١٢/١٧).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/١٧١).

ثانياً: الصفات التي لا تتعلق بها زيادة مالية: وهي قسمان^(١):

١. الصفات التي يتعلق بها غرض معقول والخلف فيها يثبت الخيار أيضاً.
٢. الصفات التي لا يتعلق بها غرض معقول فاشتراطها يلغو ولا خيار يفقدها.

مدة الخيار:

خيار الخلف في الشرط على الفور ويبطل بالتأخير على الاختلاف الذي ذكر في المعيب، ولو تعذر الرد بهلاك وغيره فله الارش، والخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع^(٢).

ومن مستجدات ذلك الخيار (خيار فوات الشرط): الشرط الجزائي، وهو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه^(٣).

ويجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر، ويجوز أن يشترط في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً فإن هذا من الربا الصريح، ومنه^(٤):

١. الشرط الجزائي في السلم، فلا يجوز عن التأخير في تسليم المسلم فيه لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير.

٢. الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط، فلا يجوز بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة.

٣. الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، فلا يجوز بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه من مستحقات.

وبناء على هذا فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه^(٥).

ولا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد، مع مراعاة أن الضرر

(١) الرافعي، الشرح الكبير (ج ٤/٢٠٦).

(٢) المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٣) منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الشرط الجزائي، ص ٦٧٠.

(٤) المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(٥) المرجع نفسه، ص ٦٧١.

الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المتضرر من خسارة حقيقية، وما فاتته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي^(١). ويجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه^(٢).

الفرع الثاني: التراخي في خيار فوات الوصف:

يمكن تعريف خيار فوات الوصف بناء على ماهية هذا الخيار، وهو: حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه^(٣).
تسميته:

يسمى بعض المصنفين هذا الخيار بخيار خلف الوصف المشروط، وقد يسميه البعض بـ (خيار الخلف في الصفة)، أو يدعى (تخلف الصفة)، وآخرون يلحقونه بخيار العيب أو خيار الشرط^(٤).

ومثاله: أن يشتري إنسان شيئاً ويشترط فيه وصفاً مرغوباً له، كمن اشترى حصاناً على أنه عربي أصيل فإذا هو هجين، وكذلك شراء البقرة على أنها حلوب (كثيرة اللبن زيادة عن المعتاد في أمثالها)، وكذا اشتراط كون الكلب صائداً^(٥).

شروط الوصف المعتبر اشتراطه:

يشترط في الوصف الذي يعتبر فواته موجباً للخيار شروط، منها:

١- أن يكون المطلوب وجوده وصفاً، والوصف ما يدخل تحت المبيع بلا ذكر، كالجودة، وذلك لأن المشروط صفة محضة للمعقود عليه، أما لو كان ملكية عين أخرى، أو منفعة، ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف، فليس من باب فوات الوصف، وإنما هو من باب الشروط، ولهذا التعليل ذهب الحنفية إلى فساد اشتراط كون الشاة حاملاً - وهو عين في وجوده غرر-؛ لأن ذلك ليس بوصف، بل اشتراط مقدار من البيع مجهول، وضم المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولاً^(٦).

(١) منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الشرط الجزائي، ص ٦٧١.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٧١.

(٣) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ٢٠/١٥٧).

(٤) المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٥) السرخسي، المبسوط (ج ١٣/٢٠).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥/١٧٢).

٢- أن يكون الوصف من الأوصاف المباحة في الشرع، فاشتراط وصف غير معتبر شرط لاغٍ، كما لو اشترط أن يكون الكبش نطاحًا، أو الديك مقاتلاً^(١).

٣- أن يكون الوصف منضبطًا، بحيث يمكن معرفته، والتحقق من وجوده إذا وجد، والحكم بتخلفه إذا لم يوجد، فلا يصح أن يشترط في الديك أن يوقظه للصلاة، وهكذا كل وصف يكون في اشتراطه غرر، أو الوقوف عليه غير ممكن فاشتراطه يفسد البيع^(٢).

٤- أن يشترط ما له فيه غرض صحيح، وله مالية يصح التزامها، فهذا يثبت الخيار بتخلفها بالاتفاق، فإن اشترط ما لا غرض فيه ولا مالية كما لو اشترط أن يكون مشوه الخلقة، لم يثبت له الخيار بفواته لعدم الفائدة^(٣).

٥- أن يكون الوصف مرغوبًا فيه: وذلك بحسب العادة، فلو اشترط ما ليس بمرغوب أصلاً، كأن يكون معيباً فإذا هو سليم فلا خيار له، ويتصل بالكلام عن مرغوبية الوصف أن يتحقق في المبيع وصف أفضل من الوصف المرغوب، فإذا تبين أن الوصف خير مما اشترطه فالعقد لازم ولا خيار له، وذكروا من أمثله أن يشترط في الجمل أنه بغير فإذا هو ناقه، والمشتري من أهل البادية الذين يرغبون ما فيه من الدر والنسل^(٤).

٦- أن يشترط المشتري الوصف المرغوب، ويوافق على ذلك البائع في العقد، فلا يعتبر حال المشتري قرينة كافية عن الاشتراط؛ وذلك لأن هذا الوصف يستحق في العقد بالشرط - لا بمجرد العقد - فلولاه لما استحق^(٥).

على أنه تعتبر حال المشتري في تفسير الوصف فيما إذا حصل اشتراطه بصورة مقتضبة. وكذلك يؤخذ حال المشتري بالاعتبار في الحكم على الوصف الموجود في البيع، هل هو أفضل من الوصف المشروط فيسقط خياره أم دونه، فلو اشترى كلباً معروفاً بأنه صائد ثم تبين نسيانه، يثبت للمشتري خيار الوصف ولو لم يشترط صراحة كون الكلب صائداً؛ لأن الظاهر أنه اشتراه رغبة في هذه الصفة، فصارت مشروطة دلالة^(٦).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج٥/١٧٢).

(٢) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار (ص٤٠٤)؛ ووزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية (ج٢٠٧/١٥٧).

(٣) الرافعي، الشرح الكبير (ج٤/٢٠٦).

(٤) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج٢٠٧/١٥٧).

(٥) المرجع السابق، ص١٥٧.

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ج٦/٢٥)؛ البابرتي العناية شرح الهداية (ج٦/٣٣٣).

وفي منزلة الشرط الصادر من المشتري ما يصدر من البائع من المناداة على السلعة حال البيع أنها كذا وكذا، فترد بعدم هذا الوصف^(١).

شرط تخلف الوصف أو فواته:

يشترط في تخلف الوصف - لبقاء العقد صحيحاً واستلزامه الخيار -:

١. أن يكون التخلف داخلياً تحت جنس المبيع، أما لو اشترط أن الثوب قطن فإذا هو كتان فالعقد غير صحيح لاختلاف الجنس، ولما كان فوات الوصف الذي يؤدي إلى اختلاف حال المبيع عن المعقود عليه غامضاً، وضع الفقهاء له ضابطاً يراعى لإعطاء كل حالة حكمها المناسب من بين الأحكام التالية: الفساد، الصحة وثبوت الخيار، الصحة دون خيار. والضابط هو فحش التفاوت في الأغراض وعدمه، وذلك بأن يقارن المبيع بالمسمى في العقد ويرى مدى الاختلاف بينهما، فإن كان المبيع من جنس المسمى والاختلاف في النوع فحسب، ففيه الخيار، أما إن كان التفاوت في الجنس فحكمه الفساد^(٢).
٢. أن يكون فوات الوصف المشترط ليس عيباً: وتعني أن الصفة المقصودة ينبغي أن تكون مما لا يعد فقداناً عيباً، وإلا كانت القضية من باب خيار العيب^(٣).

حد الفوات:

إذا وجد المشتري في المبيع بعد قبضه أدنى ما ينطلق عليه اسم الوصف المشترط فلا يكون له حق الرد، أما إن لم يجد الوصف أصلاً أو وجد منه شيئاً يسيراً ناقصاً بحيث لا ينطلق الاسم عليه فله حق الرد.

ومثاله أن يشترط في شراء الكلب أن يكون كلباً صائداً، فوصف الصيد له مفهوم وهو الاستجابة للدعوة إلى الانقضاء على الفريسة، والائتمار بأمر مرسله بحيث يرجع إن استدعاه أو ينطلق إن أغراه، فمتى وجد هذا الوصف ولو لم يكن بالصورة المثلى التي يندر معها إفلات الفريسة منه، لم يكن له حق الرد، أما إذا كان لا يصيد أصلاً، أو يصيد بصورة ناقصة لا يستحق معها أن يسمى (صائداً) فله حق الرد^(٤).

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (ج ٣/١٠٨).

(٢) ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (ج ٦/٤٠٧-٤٠٨).

(٣) المازري، شرح التلقين (ج ٢/٧٢٢).

(٤) ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (ج ٦/٣٩٨).

توقيت خيار فوات الوصف:

اختلف الفقهاء في توقيته، وكان اختلافهم منسجم مع اعتبار خيار فوات الوصف بخيار العيب وابتئاته عليه، حيث ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يثبت على التراخي ولا يتوقت بزمن معين إلى أن يوجد ما يسقطه مما يدل على الرضا^(١)، أما الشافعية فهو عندهم على الفور^(٢).

موجب خيار فوات الوصف:

يثبت للمشتري الحق في فسخ البيع أو استبقاء المبيع بجميع الثمن، فإن هلك المبيع أو تعيب في يده، فله الرجوع على البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه، ويعرف ذلك بتقويم المبيع مع الوصف، وبدون الوصف، ويضمن البائع الفرق بينهما^(٣).

أثر التراخي في خيار الوصف:

يسقط حق المشتري في موجب الخيار بمرور الزمن على الاختلاف الذي ذكر في خيار العيب.

(١) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج٤/٢٩٨).

(٢) القليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة (ج٣/٢٦٧).

(٣) البابرتي، العناية شرح الهداية (ج٦/٣٣٣).

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذا البحث، وأختمه بمجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

- ١) التراخي في العقود المالية هو تأخير ارتباط الإيجاب بالقبول، أو ما يقوم مقامهما بمثله، أو ما يترتب عليهما عن وقته الأول إلى ظن الفوت.
- ٢) يقسم التراخي إلى إجباري واختياري بحسب الإرادة، وإلى مقيد بزمن، وغير مقيد بزمن بحسب الوقت.
- ٣) عند الأخذ بالتراخي ينبغي الالتزام بضوابط معينة، مع مراعاة الآثار المترتبة عليه.
- ٤) الأصل ألا يتراخى القبول عن الإيجاب كثيراً في الصيغة اللفظية للعقود عند توفر شروطها.
- ٥) التراخي في الصيغة غير اللفظية بين الغائبين لا يدل على الإعراض بخلاف الحاضرين.
- ٦) طلبات الشفعة (الموائبة، التقرير والإشهاد، الخصومة والتملك) على الفور ما لم يوجد مانع.
- ٧) لا يؤثر التراخي على العقود التي لا يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد.
- ٨) يشترط الفور في العقود التي يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد.
- ٩) الرد في العقود غير اللازمة بطبيعتها يكون على الفور.
- ١٠) شرعت الخيارات تيسيراً على الناس، وعلى هذا تقييدها بمدة زمنية يحقق ذلك الهدف.

ثانياً: التوصيات:

١. أوصي الباحثين بالكتابة في موضوع التراخي في العقود غير المالية، فموضوع التراخي في العقود واسع، يحتاج المزيد من البيان والتفصيل.
٢. أوصي المختصين المهتمين بنشر الوعي الفقهي فيما يخص التراخي في العقود المالية.
٣. أوصي بأن تضمن البنوك والمؤسسات ذات الصلة لائحة واضحة من الإجراءات التي تترتب على التراخي في العقود المعاصرة.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان. (١٤٠٩هـ). المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق: كمال يوسف الحوت. ط١. الرياض: مكتبة الرشد.
- الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي. (١٤٢٠هـ). نهاية السؤل شرح منهاج الوصول. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الألباني، محمد ناصر الدين. (١٤٠٥هـ). إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. ط٢. بيروت: المكتب الإسلامي.
- الأنصاري، ابن نظام الدين. (د.ت). فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت. (د.ط). (د.م). (د.ن): موقع شبكة مشكاة الإسلامية.
- الأنصاري، زكريا. (١٤٢٢هـ). أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: د. محمد محمد تامر. ط١. بيروت: دار الكتب.
- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود. (د.ت). العناية شرح الهداية. (د.ط). (د.م). دار الفكر.
- باشا، محمد قدرى. (١٣٠٨هـ). مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. ط٢. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد. (١٤١٨هـ). كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدي. تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البخاري، عبيد الله بن مسعود. (١٤١٦هـ). شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه. تحقيق: زكريا عميرات. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله. (١٤٢٢هـ). صحيح البخاري. تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. ط١. (د.م). دار طوق النجاة.
- البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي. (١٤٢٤هـ). التعريفات الفقهية. ط١. (د.م). دار الكتب العلمية.
- البعلي، أحمد بن عبد الله بن أحمد. (د.ت). الروض الندي شرح كافي المبتدي. (د.ط). الرياض: المؤسسة السعيدية.
- البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد. (١٤١٨هـ). التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض. ط١. (د.م). دار الكتب العلمية.
- البهوتي، منصور بن يونس. (١٤٠٢هـ). كشاف القناع عن متن الإقناع. تحقيق: هلال مصيلحي هلال. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

- البهوتي، منصور بن يونس. (١٤١٤هـ). *دقائق أولي النهى لشرح المنتهى*. ط١. (د.م). عالم الكتب.
- البهوتي، منصور بن يونس. (د.ت). *الروض المربع شرح زاد المستقنع*. (د.ط)، (د.م). دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.
- الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك. (١٣٩٥هـ). *سنن الترمذي*. تحقيق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، إبراهيم عطوة عوض. ط٢. مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم (١٤١٨هـ). *المستدرک علی مجموع فتاوی شیخ الإسلام*. ط١. (د.م). (د.ن).
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي. (١٤٠٥هـ). *التعريفات*. ط١. بيروت: دار الكتاب العربي.
- الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي. (١٤٠٥هـ). *أحكام القرآن*. تحقيق: محمد الصادق قماوى. بيروت: دار احیاء التراث العربی.
- الجندي، خليل بن إسحاق بن موسى. (١٤٢٩هـ). *التوضیح فی شرح المختصر الفرعي*. تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب. ط١. (د.م). مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف. (١٤٢٨هـ). *نهاية المطلب في دراية المذهب*. تحقيق: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب. ط١. (د.م). دار المنهاج.
- ابن حجر، أحمد بن علي. (١٣٧٩هـ). *فتح الباري شرح صحيح البخاري*. (د. ط). بيروت: دار المعرفة.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. (د.ت). *المطی*. (د.ط). (د.م). دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني. (١٤٢٣هـ). *الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار*. تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن. (١٩٩٤م). *كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار*. تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، محمد وهبي سليمان. ط١. دمشق: دار الخير.
- الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن. (١٤٢٣هـ). *مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل*. تحقيق: زكريا عميرات. (د.ط). (د.م). دار عالم الكتب.
- حماد، نزيه. (١٤٢٩هـ) *معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء*. ط١. دمشق: دار القلم.
- حماد، نزيه. (د.ت). *المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة*. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣، ٩٢٨.

- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد. (١٤٢١هـ). مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون. ط ١. (د.م). مؤسسة الرسالة.
- الخرشي، محمد بن عبد الله. (د.ت). شرح مختصر خليل. (د.ط). بيروت: دار الفكر للطباعة.
- الخطيب الشرييني، محمد بن أحمد. (١٤١٥هـ).. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ط ١. (د.م). دار الكتب العلمية.
- الخطيب الشرييني، محمد بن أحمد. (د.ت). الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. تحقيق: مكتب البحوث والدراسات. (د.ط). بيروت: دار الفكر.
- الخن، مصطفى، والبعاء، مصطفى، والشريجي، علي. (١٤١٣هـ). الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي. ط ٤. دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث. (١٤٣٠هـ). سنن أبي داود. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمّد كامل قره بللي. ط ١. (د.م). دار الرسالة العالمية.
- الدسوقي، محمد عرفه. (د.ت). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش. (د.ط). بيروت: دار الفكر.
- الدمياطي، عثمان بن محمد شطا. (١٤١٨هـ). إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين. ط ١. (د.م). دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الذبيان، أبو عمر ذبيان بن محمد. (١٤٣٢هـ). المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. ط ٢. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية.
- الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي. (١٤٢٠هـ). مفاتيح الغيب. ط ٣. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني. (١٣٩٩هـ). معجم مقاييس اللغة. (د.ط). (د.م). دار الفكر.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر. (١٤١٥هـ). مختار الصحاح. تحقيق: محمود خاطر. (د.ط). بيروت: مكتبة لبنان ناشرون.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم. (١٤١٧هـ). العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير. تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود. ط ١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد. (١٣٩١هـ). القواعد في الفقه الإسلامي. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. ط ١. (د.م). مكتبة الكليات الأزهرية.
- الرحيبياني، مصطفى بن سعد بن عبده. (١٤١٥هـ). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. ط ٢. (د.م). المكتب الإسلامي.

ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد. (١٤٠٨هـ). *البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة*. تحقيق: د محمد حجي وآخرون. ط٢. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد. (١٤٠٨هـ). *المقدمات الممهدة، تحقيق: د محمد حجي*. ط١. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد. (١٤٢٥هـ). *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*. (د.ط). القاهرة: دار الحديث.

الركبي، محمد بن أحمد بن محمد بن سليمان. (٩٨٨م). *النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب*. (د.ط). مكة المكرمة: المكتبة التجارية.

الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. (١٤٠٤هـ). *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. ط أخيرة. بيروت: دار الفكر.

الرويانى، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل. (٢٠٠٩م). *بحر المذهب*. تحقيق: طارق فتحي السيد. ط١. (د.م). دار الكتب العلمية.

الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني. (د.ت). *تاج العروس من جواهر القاموس*. (د.ط). (د.م). دار الهداية.

الزحيلي، وهبة بن مصطفى. (د.ت). *الفقه الإسلامي وأدلته*. ط٤. دمشق: دار الفكر.

الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد. (١٤٠٩هـ). *شرح القواعد الفقهية*. ط٢. دمشق: دار القلم.

الزرقا، مصطفى أحمد. (١٩٩٨م). *المدخل الفقهي العام*. ط١. دمشق: دار القلم.

الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف. (١٤٢٢هـ). *شرح الزرقاني على مختصر خليل*. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله. (١٤٢١هـ) *البحر المحيط في أصول الفقه*، تحقيق: د. محمد محمد تامر. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

الزركشي، محمد بن عبد الله. (١٤١٣هـ). *شرح الزركشي*. ط١. (د.م). دار العبيكان.

الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد. (١٤١٩هـ). *أساس البلاغة*، تحقيق: محمد باسل عيون السود. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي. (١٣١٣هـ). *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي*. ط١. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية.

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (١٤١٤هـ). *المبسوط*. (د.ت). بيروت: دار المعرفة.

السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد. (١٤١٤هـ). *تحفة الفقهاء*. ط٢. بيروت: دار الكتب العلمية.

- ابن السّمْناني، علي بن محمد بن أحمد. (١٤٠٤هـ). روضة القضاة وطريق النجاة، المحقق: د. صلاح الدين الناهي. ط٢. بيروت: دار الفرقان.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين. (١٤١١هـ). الأشباه والنظائر. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الشاذلي، حسن علي. (د.ت). المشاركة المتناقضة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣، ٨٧٥.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. (١٤١٧هـ). الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. ط١. (د.م). دار ابن عفان.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس. (١٤١٠هـ). الأم. (د.ط). بيروت: دار المعرفة.
- الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني. (١٤١٥هـ). أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن. بيروت: دار الفكر.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد. (د.ت). السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط١. (د.م). دار ابن حزم.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد. (١٤١٣هـ). نيل الأوطار. تحقيق: عصام الدين الصبابي. ط١. مصر: دار الحديث.
- شخبي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان. (د.ت). مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. (د.ط). (د.م): دار إحياء التراث العربي.
- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (د.ت). المهذب في فقه الإمام الشافعي. (د.ط). (د.م). دار الكتب العلمية.
- الصاوي، أحمد الصاوي. (١٤١٥هـ). بلغة السالك لأقرب المسالك. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.
- الصقلي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس. (١٤٣٤هـ). الجامع لمسائل المدونة. ط١. (د.م). معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى.
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير. (١٣٧٩هـ). سبل السلام. ط٤. (د.م). مكتبة مصطفى البابي الحلبي.
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم. (١٤٠٩هـ). منار السبيل في شرح الدليل. تحقيق: زهير الشاويش. ط٧. (د.م). المكتب الإسلامي.
- ابن طاهر، عبد الله بن عمر بن حسين. (١٤٣٤هـ). العقود المضافة إلى مثلها. ط١. الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع.

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. (١٤١٢هـ). رد المحتار على الدر المختار. ط٢. بيروت: دار الفكر.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد. (١٤٠٠هـ). الكافي في فقه أهل المدينة. ط٢. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد. (١٤٢١هـ). الاستنكار. تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع. (١٤٠٣هـ). المصنف. تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. ط٢. بيروت: المكتب الإسلامي.
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن. (د.ت). معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية. (د.ط.). (د.م). دار الفضيلة.
- العثماني، محمد تقي. (١٤٢٤هـ). بحوث في قضايا فقهية معاصرة. ط٢. دمشق: دار القلم.
- العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم. (١٤١٤هـ). حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، (د.ط.). بيروت: دار الفكر.
- ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر. (١٤٢٤هـ). أحكام القرآن. ط٣. بيروت: دار الكتب العلمية.
- عفانة، حسام الدين بن موسى محمد. (١٩٩٦م). بيع المرابحة للأمر بالشراء. ط١. (د.م). (د.ن). علي حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي. (١٤١١هـ). درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ط١. (د.م): دار الجيل.
- عمر، أحمد مختار عبد الحميد. (١٤٢٩هـ). معجم اللغة العربية المعاصرة. ط١. (د.م). عالم الكتب.
- العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم. (١٤٢١هـ). البيان في مذهب الإمام الشافعي. تحقيق: قاسم محمد النوري. ط١. جدة: دار المنهاج.
- أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم. (١٤١٩هـ). مستخرج أبي عوانة. تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي. ط١. بيروت: دار المعرفة.
- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد. (١٤٢٠هـ). البناءية شرح الهداية. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد. (١٤١٧هـ). الوسيط في المذهب. تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر. ط١. القاهرة: دار السلام.
- الغمرائي، محمد الزهري. (د.ت). السراج الوهاج على متن المنهاج. (د.ط.). بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.

الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري. (١٤٠٧هـ). الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. ط٤. بيروت: دار العلم للملايين.

الفاروقي، محمد بن علي ابن القاضي محمد. (١٩٩٦م). موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. ط١. بيروت مكتبة لبنان ناشرون.

ابن الفراء، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين (١٤٣١هـ). التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد. ط١. (د.م). دار النوادر.

الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (د.ت). كتاب العين. (د.ط). (د.م). دار ومكتبة الهلال.

الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب. (١٤٢٦هـ). القاموس المحيط. ط٨. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي. (د.ت). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. (د.ط). بيروت: المكتبة العلمية.

ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد. (١٣٨٨هـ). المغني. (د.ط). (د.م). مكتبة القاهرة.

ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد. (١٤١٤هـ). الكافي في فقه الإمام أحمد. ط١. (د.م). دار الكتب العلمية.

القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس. (١٩٩٤م). النخيرة. ط١. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري. (١٤٢٣هـ). الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب.

القليوبي، وعميرة أحمد سلامة، وأحمد البرلسي. (١٤١٥هـ). حاشيتنا قليوبي وعميرة. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد. (١٤١١هـ). إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد. (١٤٠٦هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط٢. بيروت: دار الكتب العلمية.

الكنشواوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله. (د.ت). أسهل المدارك. ط٢. بيروت: دار الفكر.

لجنة علماء لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي. (١٣١٠هـ). الفتاوى الهندية. ط٢. (د.م). دار الفكر.

لجنة علماء، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. مجلة الأحكام العدلية. (د.ت). تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد. (د.ط). كراتشي: كارخانه تجارتي كتب.

ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد. (د.ت). سنن ابن ماجه. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. (د.ط). (د.م). دار إحياء الكتب العربية.

ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز. (١٤٢٤هـ). المحيط البرهاني في الفقه النعماني. تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر. (٢٠٠٨م). شرح التلقين. تحقيق: محمد المختار السلامي. ط١. (د.م). دار الغرب الإسلامي.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد. (١٤١٩هـ). الحاوي الكبير تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

المباركفوري، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم. (د.ت). تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان. (د.ت). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ط٢. (د.م). دار إحياء التراث العربي.

المرسي، أبو الحسن علي بن إسماعيل. (١٤٢١هـ). المحكم والمحيط الأعظم. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل. (د.ت). الهداية في شرح بداية المبتدي. تحقيق: طلال يوسف. (د.ط). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري. (د.ت). صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. (د.ط). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

مصطفى، إبراهيم، والزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد، النجار، محمد. (د.ت). المعجم الوسيط. (د.ط). (د.م). دار الدعوة.

المطرزي، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن. (١٩٧٩م). المغرب في ترتيب المعرب. تحقيق: محمود فاخوري و عبد الحميد مختار. ط١. حلب: مكتبة أسامة بن زيد.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد. (١٤١٨هـ). المبدع في شرح المقنع. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد. (١٤٢٩هـ). التوضيح لشرح الجامع الصحيح. تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث. ط١. دمشق: دار النوادر.

المناوي، زين الدين محمد. (١٤١٠هـ). التوقيف على مهمات التعاريف. ط١. القاهرة: عالم الكتب.

- منظمة المؤتمر الإسلامي. (١٤٢١هـ). الشرط الجزائري. جدة. (د.ن).
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي. (١٤١٤هـ). لسان العرب. ط٣. بيروت: دار صادر.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم. (١٤١٦هـ). التاج والإكليل لمختصر خليل. ط١. (د.م). دار الكتب العلمية.
- ابن مودود، عبد الله بن محمود. (١٣٥٦هـ). الاختيار لتعليل المختار. (د.ط). القاهرة: مطبعة الحلبي.
- موقع فتوى. (١٤٣٤هـ، ١٣ ذو القعدة)، مذاهب العلماء في شراء الذهب بالورق النقدي بالتقسيط. تاريخ الاطلاع ٧/٨/٢٠١٧م، الرابط <http://fatwa.islamweb.net>
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. (١٤١٩هـ). الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. (د.ت). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط٢. (د.م). دار الكتاب الإسلامي.
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب. (١٤٠٦هـ). السنن الصغرى للنسائي. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. ط٢. حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية.
- النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين. (١٤١٩هـ). تفسير النسفي. تحقيق: يوسف علي بديوي. ط١. بيروت: دار الكلم الطيب.
- ابن نصر، أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي. (د.ت). المعونة على مذهب عالم المدينة تحقيق: حميش عبد الحق. (د.ط). مكة المكرمة: المكتبة التجارية.
- ابن نصر البغدادي، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي. (١٤٢٠هـ). الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر. ط١. (د.م). دار ابن حزم.
- النفرائي، أحمد بن غانم بن سالم. (١٤١٥هـ). الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زييد القيرواني. (د.ط). (د.م). دار الفكر.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف. (١٤١٢هـ). روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق: زهير الشاويش. ط٣. بيروت: المكتب الإسلامي.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف. (١٤٢٥هـ). منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه. تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض. ط١. (د.م). دار الفكر.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف. (د.ت). المجموع شرح المهذب. (د.ط). (د.م). دار الفكر.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي. (د.ت). فتح القدير. (د.ط). (د.م). دار الفكر.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي. (د.ت). شرح فتح القدير. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي. (١٣٥٧هـ). تحفة المحتاج في شرح المنهاج. (د.ط). مصر: المكتبة التجارية الكبرى.

وزارة الأوقاف، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. (من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ). الموسوعة الفقهية الكويتية، (د.ط). الكويت: (د.ن).