



قيود مبدأ الرضائية في العقود في الفقه الإسلامي

The limitations of the principle of contentment in contracts in Islamic jurisprudence

حبيب صافي (*)

جامعة وهران 1، الجزائر

safi.habib@univ-oran1.dz

تاريخ الإيداع: 2020/10/18 تاريخ القبول: 2020/11/09 تاريخ النشر: 2020/12/31

الملخص:

يعتبر بحث صحة الالتزام الناشئ عن التعاقد في البيوع وما يشاكلها من عقود ومراحل ذلك، من البحوث التي أسالت حبر المشرعين من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون، فقد عالجا الكثير من الإشكالات التي تنسب في الاختلاف بين المتعاقدين، مراعين في ذلك مصلحتهما معا، ومحاولين وضع أطر تنظيمية لذلك، ويعتبر الرضا في التعاقد من أركان التعاقد المتفق عليها بين الجميع، إلا أنه يعتري الرضا قيود لا بد من اعتبارها ومراعاتها حتى يكون العقد تاما، منشئا للحقوق كاملة، ويذكر الفقهاء ثلاثة قيود مهمة، سيحاول البحث التعرّيج عليها وذكر أهم ما يتعلق بها، وهي: الإفضاء إلى الضرر، الشروط المقترنة بالعقد التي يتواضع عليها المتعاقدان، والخيار المتعلق بالعيوب، وكذا خيار المجلس المذكور في الفقه الإسلامي خصوصا، ولذلك يتمحور هذا البحث في محورين رئيسين: محور حول الإفضاء إلى الضرر والشروط المقترنة بالعقد أو المصطلح عليها بالجعلية، والمحور الثاني حول الخيار بنوعيه: خيار العيب وخيار المجلس.

الكلمات الدالة:

العقد، الرضا، الضرر، الشروط، العيب، المجلس.

Abstract:

Research on the validity of the commitment derived from the contract of sale and its different stages is considered one of the studies that has been heavily addressed by jurists of sharia and law. Accordingly, they dealt with many issues that generate vehement debates between the two contractors, through taking into account the interests of both parties and trying to establish regulatory frameworks for these

(*) المؤلف المرسل: حبيب صافي safi.habib@univ-oran1.dz



issues. In this respect, the consent in sale contracts is one of the pillars agreed upon by all schools of jurisprudence. Yet, in order for the contract to be complete and equitable, there are certain restrictions that should be taken into account and respected. In this context, this investigation will attempt to give an examination of the three major restrictions indicated by the jurists, namely, the infliction of harm, the conditions linked with the contract agreed upon by the contracting parties, and the option concerned with the freedom to pursue or withdraw from the contract in case there are defects in the purchased objects (Khiyar Al Aib), as well as the freedom to choose to complete or halt the contract while the contract council is still taking place (Khiyar Al Majlis), particularly the sort of council mentioned in Islamic jurisprudence (Fiqh).

Therefore, this research revolves around two main parts: the first deals with the inflicting of harm and the conditions associated with the contract, and the second part investigates the two major options: the one of defect (Al Aib) and that of council (Al Majlis).

Keywords: Conditions; Consent; Contract; Council; Defect; Harm.

1. مقدمة:

تتأسس العقود على مبادئ عامة قوية وملزمة، وتعتبر قوة مبدأ الرضائية في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية، من حيث قوة الإلزام في العقود، من أهم تلك المبادئ التي تفضي إلى التعاقد الصحيح؛ بل لا يتصور تعاقد دون تراض، وقد يترتب على الإضرار في التعاقد مسؤولية تقصيرية توجب التعويض، وقد يصل الضرر إلى فسخ العقد وإعادة الثمن والمثمنون إلى المتعاقدين، ولذلك نجد مصادر الفقه الإسلامي ووجوه من التشريعات قد أولت هذا المبدأ عناية خاصة بحثاً وتفصيلاً.

تعتبر قوة الرضا في العقود مجالاً خصباً للبحث والتفصيل حول جزئياتها وما يتعلق بها من مسائل، ومن بين الإشكالات التي تعترض الباحث ما يسمى بالضوابط أو القيود التي تحد من سلطة التراضي في العقود، فنجد البعض يصرح بقيد العيوب، والآخر بالخيار، وغيره بالشروط وهكذا، وبالتالي نستطيع إدراك أن قوة التراضي لا تعني القوة المطلقة غير المقيدة؛ فيكون بذلك - بالنظر إلى القواعد الضابطة - مبدأ راسخاً وقوياً وعملاً موجهاً في عملية التعاقد، ولقوته تلك استثناءات فهي ليست قوة مطلقة، بل قد استطاع الفقهاء وضع قيود لذلك المبدأ تحد من قوته، في محاولة لدفع كل أشكال الضرر الذي قد يُنتج الرضا، كالتعسف في استعمال الحق الذي قد يتسبب فيه أحد طرفي العقد، واعتبروا عيوب الإرادة



من القيود التي لا بد من مراعاتها والتي تؤثر على العقد ابتداء، كما أن النظر المآلي إلى نتائج وأثار العقد المتوقعة تعتبر من القيود الواردة على تراضي المتعاقدين، والتي ينبغي الاجتهاد في معرفتها حتى يسلم العقد ويتخلص من شوائب الضرر والمخالفات التي تنقض أساسه وتقلب نتائجه؛ فإذا أدى أي عقد إلى ضرر مؤكد لأحد العاقدين، فإنه لا تأثير لإلزامية العقد التي تترتب على الإيجاب والقبول كما هو الحال في الظروف العادية، فبذلك كان الإفضاء إلى الضرر قيوداً رئيساً من القيود الواردة على مبدأ الرضائية. فالإشكال الجامع لهذا البحث هو حصر قيود الرضا والتمثيل لها مما أورده الفقهاء ليستعان بها في معرفة حدود سلطة التراضي في العقود، مع ضرورة التفريق بينها وبين عيوب الرضا كالإكراه والغلط وعيوب الأهلية مثلاً.

بناء على الإجابة على ذلك الإشكال ينتظم البحث في المباحث الآتية:

مبحث تمهيدي: مفاهيم مصطلحات البحث.

المبحث الأول: الإفضاء إلى الضرر والشروط الجعلية الصحيحة.

المبحث الثاني: خيار العيب وخيار المجلس.

2. الإفضاء إلى الضرر والشروط الجعلية الصحيحة:

يعتبر الإفضاء إلى الضرر والشروط الجعلية المقترنة بالعقد من التصرفات التي تصاحب انعقاد العقود، وحينما ندقق فيها النظر نجدها من مقيدات التراضي، إذ (يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين. وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد، فإنه لا يكفي لصحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين). وتفسير الصحة في الإرادة يعني عدم وجود ما يخالف الرضا بالعقد ظاهراً وباطناً، كضرورة عدم الضرر في الحال والمآل، وخلو المبيع من العيوب، فهذه تحدّد من سلطان التراضي في التعاقد، وتجعل المتعاقدين تحت طائلة تلك المقيدات. ولذلك وجب التنبيه إلى أن الإفضاء إلى الضرر والشروط المقترنة بالعقد التي يجعلها ويتفق عليها المتعاقدان هي بمثابة مقيد لسلطان التراضي في العقد، وهو ما سيعرض له هذا المبحث في المطلبين الآتيين:

1.2: الإفضاء إلى الضرر

تقوم المعاملات المالية وغيرها على مبدأ التراضي مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ النساء 29، فالإيجاب والقبول أساس التعاقد كما هو معروف، ولكن قد يطرأ على التصرفات حكم آخر بعد التراضي وذلك إذا أدى إلى الغبن أو أي نوع من

أنواع الضرر، الذي يعتبره الفقهاء من القيود التي تحد من سلطان التراضي في العقد، ويطلق عليه البعض الإفضاء إلى الضرر¹، وهو قيد يعود إلى النظر المآلي في الاجتهاد²، وأساسه نظر مقاصدي محض، راعى فيه الشارع تكريس العدل كما هو معهود منه في سائر الأحكام. ولا أدلّ على ذلك من القاعدة الكلية: لا ضرر ولا ضرار، والتي تعتبر من كليات القواعد التي يندرج تحتها من الفروع ما لا يحصى. بل إن رفع الضرر يعتبر مقصدا ضروريا من المقاصد الشرعية كما قرره علماء الشريعة قاطبة، وفقهاء القانون لا يخالفون ذلك أبدا، ولكن يطرح إشكال أن الضرر:

- قد ينبع عن قصد المكلف وهو ما عبّر عنه ابن تيمية حين قال: (والمضارة مبناها على القصد والإرادة، أو على فعل ضرر عليه، فمتى قصد الإضرار ولو بالمباح، أو فعل الإضرار من غير استحقاق فهو مضار)³، فكون قصد الإنسان إلى الإضرار ثابتا واضحا يعدّ سببا في وجه انعقاد عقد ما.

- قد لا يكون الضرر مصدره قصد المكلف، كالخطأ أو النسيان أو أنّ قصده صحيح ولكن مآله غير صائب؛ فالمقرر أنّه حتى إذا لم يقصد المضارة ولكن تأكدنا أن قصده هذا يؤدي إلى ضرر، منعناه من الإقدام على العقد الذي يريد إنشائه، ومادام الضرر كذلك فلا بد من أن يرد قيده محددا لسلطان التراضي، بل هو قيد لازم لإنشاء تصرف بالتراضي.

لا يعتبر فساد القصد مقيدا للرضا بإطلاق بل إن بعض العقود تبطل بمجرد فساد ألفاظها، فتبطل لمجرد مخالفة الألفاظ للغاية والمقصود منها، ككنكاح المحلل مثلا، وهو ما يؤكد فتحي الدريني بقوله: (... ليس الضرر دائما هو علة التعسف بل قد يبطل التصرف الشرعي القولي - من العقود، وبالتالي لا ترتب عليه آثاره، دون نظر إلى واقعة الضرر إطلاقا أو احتمال وقوعه، وذلك لمجرد مخالفة ذلك التصرف للحكمة الغائية أو المصلحة التي من أجلها شرع)⁴.

وهو كلام تظهر منه الدقة ولكن يحتاج إلى مثال توضيحي، وإلا كان تنظيرا محضا، لأنّ غالب التصرفات التي تخالف مقصود الشارع في العقود، تعني وجود ضرر مؤكّد أو غلب على الظنون الوقوع فيه، لأنّ مجال تحقيق مقاصد التشريع في عقود المعاملات يكاد ينحصر في وجود الضرر كالغرر والجهالة والغبن وغيرها، فاعتبر الإفضاء إلى الضرر مقيدا رئيسا من مقيدات الرضا في التعاقد ابتداء، ولا يحتاج إلى تصريح من العقّدين بل هو مشروط في تأسيس العقد، حتى لا تكثر الخصومات بين المتعاقدين بعد التعاقد، لأنّه لو وجد بعد التعاقد ثبت خيار الردّ.

ومما ينبغي التنبيه عليه أنّ قوة التراضي توقع وتلزم بالعقد رغم وجود الضرر، فالتراضي يمنع من اعتبار الضرر مع شرط العلم به أولاً أو الرضا به بعد العلم، ولذلك أمثلة منها: (قسمة تراض: وهي التي فيها ضرر، ورد عوض من أحدهما على الآخر كالأرض الصغيرة، والدار الصغيرة ونحوهما. فهذه لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم، فكل ما لا يمكن قسمته بالأجزاء أو التعديل لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم كالبيع)⁵ وهذا على خلاف قسمة الاجبار فإنها شرطها عدم الضرر بالشركاء، كما هو معروف في كتب الفقه الإسلامي.

بهذا يتبين أن الضرر مقيّد رئيس من مقيدات الرضا، فليس الرضا وحده ملزم بالتعاقد إلا مع خلو العقد من الضرر أو الرضا به من طرفي العقد ابتداء، وإلا كان ضرراً محرّماً ممنوعاً، لا يجوز معه العقد ولا يصح. وأخيراً فبالنظر إلى واقع المعاملات الجزئية اليومية التي حقّقها إجراءات كثيرة قضائية في حال التنازع، فإننا نجد أن الثقة بين المتعاقدين هي العامل الرئيس المؤثر، باعتبار عزوف جمهور الناس عن رفع قضية بسيطة على مستوى القضاء من أجل ثوب أو خضار أو فاكهة مثلاً، فيلجؤون إلى أساليب اجتماعية تجعل المتسبب في الضرر يفاوض لإرجاع الحق؛ فتعقيد الإجراءات القضائية، وانعدام قضاء جوارى بالأسواق أدّى إلى القول بأن الخيار هو أمر غير ملزم لأي سبب من الأسباب، وهو ما أدّى إلى ضياع الحقوق في كثير من الأحيان.

- من المهم جدّاً التعرّض ولو اقتضاب إلى نماذج من القواعد الضابطة للضرر في بعض العقود والتي منها:

♦ الضرر عذر في فسخ العقد اللازم: مفادها: إذا وجد ضرر بعد عقد لازم - كعقد البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود اللازمة - فيكون وجود هذا الضرر عذراً في جواز فسخ ذلك العقد دفعاً للضرر عن أحد المتعاقدين أو كليهما.⁶

إنّ الفقهاء - بناء على توقع وجود الضرر وسعيهم لضبط المعاملات المالية - قد جعلوا توقع الضرر من مقيدات الرضا، إذ بجعله قيداً يكون الإقدام على العقد من طرفيه محصناً ويقل أو يندرفسخه، وتقل الخصومات بالضرورة.

♦ لا يضر المتعاقد أخاه ابتداء ولا جزاء: وعبارتها في غمز عيون البصائر تفسيراً لقاعدة الضرر يزال: لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء⁷

♦ الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو إبقاء منفعة: أجبر أحدهما على موافقة الآخر.⁸



2.2 الشروط الجعلية الصحيحة

يقصد بالشروط الجعلة تلك الشروط التي يجعلها أو يضعها المتعاقدان في صلب العقد لإتمامه، أو الشروط الجعلية فهي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود وغيرها كالطلاق والعتاق والوصية وهو نوعان شرط تعليلي مثل إن دخلت الدار فأنت طالق، وشرط تقييدي مثل وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم.⁹

ويراد بالصحيحة - بعنوان المطلب- تلك الشروط المقبولة التي يساغ اشتراطها فتكون خادمة للعقد، لا تخالف مقتضاه، ولا تكون مجرد لغو لا تأثير له، ولا تؤدي إلى بطلان العقد بالكلية. فقد يتفق طرفا عقد ما على شروط إضافية غير المعروفة بالتراضي المعتاد، وهذه الشروط تكون في العادة غير مألوفة، وهي ما يصطلح عليها بالشروط المقترنة بالعقد، أو الشروط الجعلية، والمقصود هنا الشروط الصحيحة الخادمة للعقد، والتي لا تهدم مقصوده، لا الشروط المفسدة للعقد أساسا، المناقضة لمقصود الشارع ومن ثم الإضرار بطرفي العقد.

إن اشتراط أحد طرفي العقد أو كليهما شروطا هو بمثابة تحديد من الحرية التعاقدية، أي أن تلك الشروط ترد قيда على التراضي قبل الاتفاق، وخاصة إذا امتدّ هذا الشرط ليكون سببا في الفسخ، وانطلاقا من هذا كان الوفاء بالشروط واجبا¹⁰ رغم أنه يقيد حرية التعاقد المكفولة شرعا وواقعا، لأنّ الشروط الخادمة لمقصود العقد هي في الحقيقة تحقيق لمقصود المكلف المشتري، الذي يلجأ إلى الشروط حفظا لحقوقه وتحقيقا لمصالحه، كاشتراط سكنى الدار مدة يسيرة في صلب العقد، فيتم التراضي على هذا الأساس؛ فإن أخلّ المشتري بهذا الشرط فللبائع ردّ الثمن وفسخ العقد، والأمثلة كثيرة، والاختلاف حول تحديد الشروط المقبولة شرعا معروف وليس هذا المقام مقام تطويل وتفصيل.

3. خيار العيب وخيار المجلس

من بين القيود الواردة كذلك على الرضا والتي لم يجمع على وجه وقوعها فقهاء المسلمين: الخيار، وهو نوعان خيار العيب، أي أنّ للمتعاقد حرية الاختيار في إمضاء العقد من عدمه رغم الرضا المتبادل، إذا وجد عيبا من العيوب بسلعته. والقسم الثاني خيار المجلس، فقد يتفق الطرفان على بيع من البيوع أو أي عقد آخر، ولكن مالم يتفرقا جسديا¹¹ فالرضا مقيد بالافتراق ولكن أي افتراق، هل المقصود الافتراق بالأقوال؟ أم الافتراق الجسماني بأن يتباعد المتعاقدان.



وهناك نوع آخر من الخيار ولكنه تابع للقسم الأول المتعلق بالعيب، وهو خيار الرؤية، ومردّه إلى أنه إن وجد عيب في السلعة ردّها. وسيعرض العنصران الآتيان، قسما الخيار حسب الآتي:

3.1 خيار العيب

من المقرر في الفقه الإسلامي تحت قاعدة: (الأصل أنّ كلّ ما حطّ القيمة أنّه يجب به الردّ)¹²، وأنّ الأصل في المعقود عليه السّلامة من العيوب، ولذلك فإنّ العيوب التي لا يعلم بها المشتري أو المتعاقد عموما أثناء أو قبل التعاقد ويكتشفها بعد انعقاد العقد، تعدّ قيّدا من القيود التي تحدّ من سلطان الرضا الناشئ عن الالتزام في العقود، ومع ذلك فإنّ بعض الفقهاء يفضّلون في بعض المسائل التي يكون فيها الاختيار للمتعاقد بين ردّ السلعة مثلا أو قبولها مع عوض، أو تعويض عن الانتفاع أو يلزمونه بالعقد في أحيان أخرى، وليس المراد بالعيوب هنا ما كان معروفا قبل التعاقد من المشتري، ويؤثر تأثيرا واضحا على ثمن المعقود عليه، فهذا محل تفاوض بين المتعاقدين على ثمنه فغالبا يكون العيب المذكور أثناء التعاقد مؤثرا على ثمن السلعة، وسكوت المتعاقد بعد بيانه يعتبر من الرضا به، فلا سبيل له للردّ اعتمادا على وجوده؛ وهنا المقصود بالعيوب تلك العيوب التي تكون عند البائع قبل التعاقد ويكتشفها المشتري بعد إجراء الصفقة، وهذا هو الذي يحيل المشتري إلى الخيار، إذا العيب موجب لنقصان الثمن، وهو ما قرره فقهاء الحنفية ومن وافقهم في جعلهم للضابط الآتي: (كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب؛ لأنّ التضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله).¹³

بناء على ذلك يتبين أنّ للعيوب دورا في تقييد سلطان الإدارة، سواء اشترط المشتري خلو المبيع أو المتعاقد عليه من العيوب أثناء التعاقد أم لم يتشترط، لأنّ وجود واكتشاف العيب بعد التعاقد يعتبر مقيدا للتراضي المسبق، باعتبار أنّ كلا المتعاقدين يضمن وجود قيد الردّ بالعيب وإن لم يصحّ، أي يضمن خلو ما اشتراه من العيوب وصلوحيته للانتفاع، ولذلك جاء في الفصل السادس في بيان خيار العيب (المادة 336) من مجلة الأحكام العدلية: (البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني أن يبيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالما خاليا من العيب).¹⁴، ويمكن إدخال هذا تحت قاعدة: المعروف عرفا كالمشروط شرعا¹⁵، أي أنّ وجود العيب في المتعارف عليه في عقود المعاملات



يغني عن التصريح به، وهو يماثله في القوة، فلا يجوز الاحتجاج بعدم التصريح لفض النزاع مثلاً.

وفي الردّ لوجود العيوب في المتعاقد عليه يذكر السبكي قاعدة ضابطة للفهم في بيان العيوب الملزمة للرد، وهي مستنبطة من فروع فقهية في باب البيع، وهي قاعدة جليّة في هذا الجزء المتعلق بالردّ بالعيوب، حيث يقول: كل ما أنقص العين أو القيمة - نقصاً يفوت به غرض صحيح ويغلب في أمثاله عدمه؛ فهو عيب يرد به المبيع.¹⁶، وتعرّض هذه القاعدة بقاعدة أخرى تكتسي أهمية في فض الخصومات التي قد تنجر عن عدم العلم بها في حال الاختلاف حول عيب من العيوب، وهي قوله: (كل عيب يوجب الرد على البائع، يمنع الرد إذا حدث عنه المشتري).¹⁷ مع ضرورة التنبيه إلى أن العيوب التي تحدّد من سلطان التراضي في العقود يمكن تقسيمها إلى:

عيوب ملزمة للردّ: لا يعتبر الفقهاء وجود أي عيب في المتعاقد عليه سبباً في إبطال العقد وإعادة السلعة بإطلاق، أو العكس، بالنظر الفقهي أساسه العدل والموازنة بين المصالح والمفاسد - كما هو معروف-، ولذلك قرروا أن هناك نوعان من العيوب باعتبار الردّ من عدمه، وهي:

أ. إلزام الردّ دون شرط:

إذا كان العيب في المعقود عليه فاحشاً فإن الفقهاء قد أجمعوا على وجوب فسخ العقد برد المبيع واسترداد الثمن كاملاً دون حاجة إلى التصريح لذلك عند العقد لأن هذا العيب يؤدي إلى الإضرار بالمشتري فيرجع هذا إلى القيد الأول من القيود التي ترد على التراضي في العقود، وهو أصل مذهب الحنفية والظاهرية.

ب. إلزام الردّ مع الشرط:

يضرب الفقهاء لذلك مسألة الشاة المصرة المعروفة في المناظرة الفقهية بين مختلف المذاهب، فالمالكية والشافعية يعتبرون التصرية عيباً¹⁸، انطلاقاً من الحديث الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّةً، فَاخْتَلَمَهَا، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا فِي حَلَبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ».¹⁹

ويجدر التأكيد على أنّ التصالح في العقود في حال وجود عيب بالتعويض أولى من الردّ، إذا قبل الطرفان بذلك، وهذا من حيث النظر التطبيقي في الفروع من جهة، ومن حيث أثره في رفع الضرر وتخفيفه، وهو ما ذكره بن رجب الحنبلي في قواعده ناقلًا عن: (خيار



العيب تجوز المصالحة عنه بعوض، وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد، ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه؛ فجعل الصلح ها هنا إسقاطاً من الثمن كالأرض، وعلى قياسه: خيار الشرط والمجلس؛ لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن.²⁰ وهو ما يعني أن التعويض ممكن ويترك تقديره حسب العيب الموجود ليتم التعويض بناء عليه.

عيوب لا تلزم الرد؛ وهي قسمان:

أ. عيوب لا تلزم الرد ولا التعويض: وهي الحالة التي يكون فيها العيب يسيراً معفواً عنه، وقد يقيد به البعض بأقل من الثلث، ويقيد آخرون بنقصان الثمن، والتقدير للقاضي بين المتخاصمين في العيب الذي يؤدي إلى ضرر فاحش فيلزم التعويض أو الرد أو هما معاً، وفي تقدير مقدار هذا الضرر يتبين ذلك ويسهل الحكم.

ب. عيوب تلزم التعويض عن النقص ولا تلزم الرد: يصعب تقدير النقص تقديرًا حاسماً وتترك فيها السلطة للمحكم إليه، ففي مثل هذه الحالات يكون المشتري مختاراً بين ردّ السلعة واستعادة ثمنها، أو بين طلب مبلغ يعوض النقص ويتراضى المتعاقدان بتصالح على تعويض معين، مثال ذلك: قد يقع في البيع تدليس من صاحب السلعة فيكون في المعقود عيب أخفاه أو عمل على إخفائه ذلك البائع، أو لم يصرح به في العقد، فإذا تم الإيجاب والقبول فللمشتري الخيار في الرد بالعيب ولو تراضيا وتم البيع²¹، فالعيب بهذا الاعتبار قيد وارد على الرضا.

كما يوجد أيضاً صور للتنازع بين المتعاقدين، تلزم التعويض من البائع عن عيب وجد بالمبيع بعد البيع، ولكن اقترن ذلك بعيب أحدثه المشتري بعد تسلّم السلعة، ففي هذه الحالة ودفعاً للضرر، يمكن تعويض المشتري عن العيب، مع إعمال مبدأ الموازنة بين العيبين، فبدرجة تأثير العيب يتم الاتفاق إما على التعويض أو العفو أو الردّ مع التعويض أيضاً، ومثل هذا يورده الزيلعي في تبين الحقائق، وهذا نصه: (لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان فيه عند البائع، فله أن يرجع بالنقصان، وليس له أن يرده إلا برضا البائع؛ لأنّ بالردّ إضراراً بالبائع؛ لأنّه خرج عن ملكه سالماً عن العيب الثاني، ولا بد من دفع الضرر عنهما. فتعين الرجوع بالنقصان، إلا أن يرضى البائع بأخذه؛ لأنّه رضي بالتزام الضرر فيخبر المشتري حينئذ إن شاء رده، وإن شاء رضي به وليس له أن يرجع لنقصان بعدما رضي البائع به، لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من أخذه...²² فهنا عيبان أحدهما لو اطلع عليه قبل العقد أو أثناءه ما تم البيع، وعيب جديد حدث عند المشتري، وبالتالي فالتقدير حسب الحالة والضابط



مقدار الضرر الموازنة بينهما، فإن كان العيب الأول أكثر اضراراً بالمشتري يكون الحكم متردداً بين الردّ والتعويض عن الضرر الثاني من المشتري، أو بين تعويض البائع للمشتري قيمة تطيب بها نفسه ويحدث بها الرضا، ولابن حزم رغم خلافه تفصيل في المحلى، قام بالتأصيل له قائلاً بأن المتعاقد: (إن لم يشترط السلامة، ولا بين له معيب، فوجد عيباً فهو مخير بين إمساك أو ردّ، فإن أمسك فلا شيء له؛ لأنّه قد رضي بعين ما اشترى، فله أن يستصحب رضاه، وله أن يردّ جميع الصفقة؛ لأنّه وجد خديعة وغشاً وغبناً - والغشّ، والخديعة: حرامان.

وليس له أن يمسك ما اشترى، ويرجع بقيمة العيب؛ لأنّه إنّما له ترك الرضا بما غبن فيه فقط؛ ولأنّه لم يوجب له حقاً في مال البائع، قرآن ولا سنة، بل ماله عليه حرام كما ذكرنا، وليس له ردّ البعض؛ لأنّ نفس المعامل له لم تطب له ببعض ما باع منه دون بعض، ولا يحل مال أحد إلا بتراض، أو بنص يوجب إحلاله لغيره - وسواء كان المعيب وجه الصفقة أو أكثرها أو أقلها؛ لأنه لم يأت بالفرق بين شيء من ذلك: قرآن، ولا سنة وبالله تعالى التوفيق).²³

وهذا التأصيل الذي تمسك فيه ابن حزم بالنصوص أفقده مصلحة المشتري ابتداءً، في اشتراطه تصريح المشتري بالبراءة من العيوب أي السلامة، وهو أمر لا يحتاج اشتراطاً باعتباره أساساً للتعاقد، وبدئية إنسانية، وما دمنا نتحدّث عن العيوب، فنحن نتحدّث عن استثناء، والاستثناء يحتاج تنبيهاً، كما لا يحتاج الأصل إلى تنبيه وتصريح. رغم ظاهريّة ابن حزم والردّ عليه في مخالفته مقصد الشريعة بالنسبة للمشتري، إلّا أنّ هذا لا يخدش في مراعاة التشريع الإسلامي للمصلحة والمنفعة الحقيقية، فالذي يُستجلى من اجتهادات واستنباطات مختلف المذاهب - كما هو معروف - هو رعاية مصلحة المتعاقدين معاً، ودفع الأضرار عنهما، وهذا هو المبدأ الرئيس الذي يعتمده الفقهاء في اجتهاداتهم التي بنيت على تحقيق مقاصد الشريعة في مختلف التعاملات، حيث نجدهم يبدعون أحياناً في بيان جميع الصور التي قد ترد على ذهن الإنسان، وهي ميزة من مميزات الفقه الإسلامي، التي لا بد من استثمارها في القوانين المدنية.

2.3 خيار المجلس

المقصود بخيار المجلس أن المتبايعان مختاران في مراجعة عقدهما وعدم ترتب الالتزام بالتعاقد، وهومن المباحث المشهورة في مصادر الفقه الإسلامي في باب البيوع، وقد اختلف الفقهاء حوله من حيث اعتبار الافتراق المقصود في الأحاديث الصحيحة الواردة في مجلس البيع هل هو الافتراق بالأبدان أم بالأقوال؟



فمذهب جمهور الفقهاء من الشافعية²⁴ والحنابلة²⁵ والظاهرية²⁶، أنه الافتراق بالأبدان: أخذاً بظاهر قول رسول الله ﷺ: "إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار، مالم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتباعاً على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تباعاً ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع"²⁷، وأوضح منه حديث ابن عمر: "البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار"²⁸، وغيره من الأحاديث.

وأما مذهب المالكية²⁹ والحنفية³⁰ فالمقصود بالافتراق هو الافتراق بالأقوال، أي انتهاء حديث المتعاقدين حول العقد، وشروعهم في حديث آخر منفصل عن الثمن والسلعة والتسليم.

♦ قد لخص ابن رشد الحفيد الخلاف في المسألة قائلاً: (واختلفوا متى يكون اللزوم؟):

أ. فقال مالك، وأبو حنيفة، وأصحابهما، وطائفة من أهل المدينة: إن البيع يلزم في المجلس بالقول، وإن لم يفترقا،

ب. وقال الشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وابن عمر من الصحابة - رضي الله عنهم -: البيع لازم بالافتراق من المجلس، وأنهما مهما لم يفترقا، فليس يلزم البيع ولا ينعقد، وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة، وابن المبارك، وسوار القاضي، وشريح القاضي، وجماعة من التابعين وغيرهم، وهو مروي عن ابن عمر، وأبي برزة الأسلمي من الصحابة، ولا مخالف لهما من الصحابة³¹؛ وهو معتبر عند جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، ومستند الجمهور ظاهر حديث عبد الله ابن عمر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»³²، وربما قال: «أو يكون بيع خيار»³³، وأما توجيه المالكية لظاهر الحديث، فمتعدد منه ما جاء في المدونة: (ليس العمل على الحديث الذي جاء «البيعان بالخيار مالم يتفرقا»، ونرى والله أعلم أنه منسوخ³⁴ لقول رسول الله - ﷺ -: «المسلمون على شروطهم»³⁵ ولقوله - ﷺ -: «إذا اختلف البيعان استحلح البائع»³⁶).

على أنه ليس هذا مقام البسط، بل المقصود أن الآخذين بخيار المجلس، قد جعلوا الافتراق بالأبدان قيداً يرد على التراضي الواقع أثناء التعاقد، فقد يتفق طرفا العقد على ثمن ويقع التراضي فتتم أركان العقد، ولكن شرط إمضائه عند الشافعية ومن نعى نحوهم في هذه المسألة هو افتراق المتعاقدين وانفضاض مجلس التعاقد بالأجساد، واكتفى غيرهم من المالكية والحنفية بانتهاء حديث المتعاقدين من الصفقة وانتقالهم إلى موضوع آخر.



فيكون بذلك خيار المجلس قيذا من قيود التراضي في التعاقد، حيث يحد من سلطان التراضي ويجعل العقد مع التراضي التام، موقوفا على انفضاض المجلس من حيث الأقوال أو الأفعال.

4. خاتمة:

في خاتمة هذا البحث لابد أن نلخص أهم النتائج المتوصل إليها، والتي يمكن صياغتها حسب ترتيب الخطّة المتبعة كالآتي:

- ✦ إنّ سلطة التراضي في العقود توجب الالتزام التام من المتعاقدين، ولكن الفقهاء قد جعلوا له قيودا تحد منها.
- ✦ يمكن حصر القيود الواردة على مبدأ الرضائية في: الإفضاء إلى الضرر، الشروط الجعلية، الخيار (العيب، المجلس)
- ✦ الإفضاء إلى الضرر قيد عام وبقيد الفقهاء بالضرر المؤثر، ويختلفون في تقديره.
- ✦ قيد الإفضاء إلى الضرر يعود إلى النظر المآلي في الاجتهاد، وأساسه نظر مقاصدي محض، راعى فيه الشارع تكريس العدل.
- ✦ الضرر مقيد رئيس من مقيدات الرضا، فليس الرضا وحده ملزم بالتعاقد إلا مع خلوّ العقد من الضرر أو الرضا به من طرفي العقد ابتداء.
- ✦ لا يعتبر فساد القصد مقيدا للرضا بإطلاق بل إن بعض العقود تبطل بمجرد فساد ألفاظها.
- ✦ اشتراط أحد طرفي العقد أو كليهما شروطا هو بمثابة تحديد من الحرية التعاقدية، أي أن تلك الشروط ترد قيذا على التراضي قبل الاتفاق.
- ✦ جعل الفقه الإسلامي للمتعاقدين قيذا من قيود التراضي، وهو الخيار، وهو نوعان: خيار العيب وخيار المجلس.
- ✦ الأصل في المعقود عليه السلامة من العيوب، ولذلك فإن العيوب التي لا يعلم بها المشتري أو المتعاقد عموما أثناء أو قبل التعاقد وتكتشف بعد انعقاد العقد، تعدّ قيذا من القيود التي تحدّ من سلطان الرضا الناشئ عن الالتزام في العقود.
- ✦ العيوب قسمان: عيوب تلزم الردّ، وعيوب لا تلزم الردّ.
- ✦ العيوب التي تلزم الردّ نوعان: تلزم الردّ مع الشرط؛ وعيوب تلزم الردّ دون شرط.
- ✦ العيوب التي لا تلزم الردّ قسمان: عيوب تلزم التعويض عن النقص ولا تلزم الردّ؛ وعيوب لا تلزم الردّ ولا التعويض.



✦ اختلف الفقهاء حول خيار المجلس من حيث اعتبار الافتراق المقصود في الأحاديث الصحيحة الواردة في مجلس البيع هل هو الافتراق بالأبدان أم بالأقوال؟
✦ مذهب الجمهور أنّ الافتراق المقصود بخيار المجلس هو الافتراق بالأبدان؛ ومذهب المالكية والحنفية أنّ المقصود بالافتراق افتراق مجلس التعاقد لفظياً، أي انتهاء الكلام حول التعاقد والانتقال إلى موضوع آخر.

5. قائمة المراجع:

1. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987م.
2. أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة ولا سنة.
3. أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، سنة: 2004م.
4. أحمد ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة 1989م.
5. أحمد بن حنبل، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية - الهند، بدون طبعة ولا سنة.
6. البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة: الأولى، 2001م.
7. حليلة، آيت حمود، نظرية الباعث، دار الحداثة، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م.
8. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 2004 م.
9. شهاب الدين، الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1985م.

10. شهاب الدين، القرافي، الذخيرة ، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خيزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994م.
11. عبد الملك، بن عبد الله الجويني ، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق وفهرسة: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 2007م.
12. عثمان فخر الدين، الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية شهاب الدين أحمد الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1895م.
13. علاء الدين، أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1986م.
14. علي، الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1999م.
15. بن حزم، علي، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
16. فتحي، الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1988 م.
17. كمال الدين محمد ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
18. مالك، بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، 1994م.
19. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هوايني، نشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
20. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، صدر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، مطابع دار صفوة، الطبعة الأولى.
21. محمد، أكمل الدين الرومي البابرّي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
22. محمد، بن رشد أبو الوليد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1988 م.
23. محي الدين يحيى، النووي، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر، دون طبعة.



24. مسلم، بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة ولا سنة.
25. موفق الدين، عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، نشر: مكتبة القاهرة، بدون طبعة، سنة: 1968م.
- 26.
7. هوامش:

- ¹. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ص 140/139، وحليمة آيت حمود، نظرية الباعث، دار الحدائث، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م، ص 26.
- ². لأهمية النظر المالي للأفعال فقد اعتبر أصلاً وقاعدة أساسية في الاجتهاد عند جمهور الفقهاء وخاصة المالكية، من خلال تفعيل سد الذرائع في الإفتاء والاجتهاد عموماً، وهو ما يجعل أسس الفقه الإسلامي متلائمة ومنضبطة ومتوازنة غير متناقضة.
- ³. عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987م: ج 396/5.
- ⁴. فتحي الدريني، المصدر السابق، ص 31.
- ⁵. محمد التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، (بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 2009م)، ج: 3 ص 656.
- ⁶. محمد صديقي بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، (مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 2003م)، ج 6 ص 256.
- ⁷. شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1985م)، ج 1 ص 274.
- ⁸. زين الدين عبد الرحمن بن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد (قواعد ابن رجب)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1998م، ص 2 ج 89.
- ⁹. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، صدر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، مطابع دار صفوة، الطبعة الأولى، ج 33 ص 127.
- ¹⁰. هناك نوع من الوفاء بالشروط لا يدخل في باب الواجب بل ينزل إلى المستحب عند بعض الفقهاء، ومن أمثله عند المالكية، استحباب الوفاء بشرط المرأة البقاء في بلدة أهلها.
- ¹¹. كما قرره فقهاء الشافعية وغيرهم، ينظر مثلاً: علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1999م، ج 28/5، ومحبي الدين يحيى النووي، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر، ج 222/9.

- ¹². ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3 ص 195.
- ¹³. كمال الدين محمد ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة: دون طبعة ودون تاريخ، ج 6 ص 357.
- ¹⁴. مجموعة من المؤلفين، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواوي، نشر: نور محمد، كارخانه تجاريت كتب، آرام باغ، كراتشي، الفصل السادس في بيان خيار العيب. ص 66.
- ¹⁵. زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1999م، ص 84، على أنَّ القاعدة مشهورة بلفظ: المعروف عرفا كالمشروط شرطا وليس شرعا، ينظر مثلا: محمد صديقي آل بورنو، مؤسوعة القواعد الفقهية، ج 7 ص 337.
- ¹⁶. تاج الدين بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1991م)، ج 1 ص 280.
- ¹⁷. السبكي، المصدر نفسه، ج 1 ص 282.
- ¹⁸. الخلاف معروف في مسألة المصرة حيث أن الحنفية يخالفون جمهور الفقهاء في اعتبار التصرية عيبا، ينظر كتب فقه الحلاف المذهبي.
- ¹⁹. البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة: الأولى، 2001م، ج: 2151، ج 71/3.
- ²⁰. زين الدين عبد الرحمن بن رجب، تقرير القواعد وتحريير الفوائد، المشهور بـ «قواعد ابن رجب»، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1998م، ج 2 ص 295.
- ²¹. يفصل المالكية في الرد بالعيب حيث يفرقون بين العيب الفاحش والمهمل، فيعملون قاعدة ما قارب الشيء أعطى حكمه، واليسير مغفوء عنه وغيرها من القواعد التي تحافظ على قدسية العقود وقوة التراضي، فالعيب اليسير لا يؤثر في العقد، وهو نظر قوي من حيث الموازنة بين الحقوق في العقود. وللمسألة تفصيل ينظر مثلا: محمد بن رشد القرطبي الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، سنة: 2004م، ج 3/194 وما بعدها، شهاب الدين أحمد القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خيزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994م، ج 24/8.
- ²². عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية شهاب الدين أحمد الشلبي، (القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة: الأولى، 1895م)، ج 4 ص 34.
- ²³. علي بن أحمد بن حزم، المحلى بالآثار، (بيروت، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ)، ج 07 ص 574.



- ²⁴. ينظر مثلاً: عبد الملك الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، (دار المنهاج، جدة، الطبعة: الأولى، سنة 2007م)، ج 10/5 وما بعدها. وإبراهيم أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (بيروت، دار الكتب العلمية، بدون طبعة ولا سنة). ج 04/2.
- ²⁵. أحمد بن حنبل، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية - الهند، بدون طبعة ولا سنة، ج 254/2. وموفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، نشر: مكتبة القاهرة، بدون طبعة، سنة: 1968م، ج 483/3.
- ²⁶. ينظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، ج 234/7.
- ²⁷. متفق عليه: البخاري في صحيحه، ح: 2112، ج 64/3. ومسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ح: 1531، ج 3/1163.
- ²⁸. البخاري في صحيحه، ح 2111، 18/2، 19، ومسلم في صحيحه، ح: 1531، 9/5.
- ²⁹. ينظر مثلاً: محمد بن رشد أبو الوليد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1988 م، ج 94/2. والقرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج 20/5. وغيرهما.
- ³⁰. ينظر مثلاً: الكاساني علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، 1986م، ج 228/5. محمد أكمل الدين الرومي البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 257/6.
- ³¹. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 3 ص 187.
- ³². البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 2109، ج 4 صفحة: 64.
- ³³. البخاري، المصدر نفسه، حديث رقم: 2109، ج 64/03.
- ³⁴. دعاوى النسخ في الفقه الإسلامي متعددة وكثيرة وتحتاج إلى تدليل، فغالها لا يعرف تاريخ بين النصوص ليصدر حكم النسخ بينها، ولذلك فهي هنا مفتقرة إلى معرفة تاريخ بين النصين أيضاً، حتى تتمكن من الخروج من الخلاف والحكم بوضوح بأن المقصود هو ما ذهب إليه المالكية والحنفية، ولو أنّ منطق العمل الواقعي مع المالكية والحنفية كما نراه وكما رواه مالك عن أهل المدينة.
- ³⁵. رواه أبو داود في سننه، أبو داود السجستاني، سنن أبو داود، كتاب الأقضية: باب في الصلح حديث رقم: 3594، ج 19/4، أخرجه أحمد 366/2، وابن الجارود رقم 638، وابن حبان 1199 - موارد، والدارقطني 27/3، كتاب البيوع، حديث 96، والحاكم 49/2، والبيهقي 64/6، كتاب الصلح: باب صلح المعاوضة، كلهم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين". قال الحاكم: رواة هذا الحديث كلهم مدنيون، وقال الذهبي في تليخيص المستدرک: لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي وقواه غيره، وقال في موضع آخر 101/4: حديث منكر. ينظر ملخص التخریج: أحمد بن حجر العسقلاني، التليخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الطبعة الأولى، 1989م، ج 3 صفحة 63.



³⁶. الحديث مروي بلفظ مفصل في عدة مصادر حديثة غير الذي في النص المنقول، مثلاً رواه الدارقطني في سننه بلفظ: (عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ وَلَا شَهَادَةَ بَيْنَهُمَا اسْتُخْلِفَ الْبَايِعُ ، ثُمَّ كَانَ الْمُتَبَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَحَدٌ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ») ينظر: الدارقطني علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 2004م، حديث رقم: 2855، ج 03 ص 408.

³⁷. مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، 1994م، ج 223/3.