المبحث الثاني

حكم إجراء العقود المالية عبر الهاتف

يصح إجراء العقود عن طريق الهواتف ، حيث يمكن أن يحصل به الإيجاب والقبول بلا ضرر ، كما لا يفتقد بهذه الطريقة شرط من شروطها .

ويمكن أن تثار هنا شبهة عدم توفر شرط اتحاد المجلس ، ولكن يمكن أن يجاب عليها بأن يقال : الصحيح أن اتحاد المجلس شرط لصحة الإيجاب والقبول ، ولكن تحقق اتحاد المجلس يختلف باختلاف حال المتعاقدين ، فإن كان المتعاقدان في مكان واحد فمجلس العقد يكون في المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان ، ويبدأ وقته من حين صدور الإيجاب ، ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى موضوع العقد ولم يصدر من أحدهما الإعراض عن موضوع العقد ، ويكون اتحاد المجلس في هذه الحالة صدور القبول عقب صدور الإيجاب ولم يتخلل إعراض كل واحد من المتعاقدين بكلام عن موضوع العقد كما لم يتخلل ترك كل واحد منهما المكان إشارة إلى الإعراض عن العقد (١) .

وأما إن كان المتعاقدان ليسا في مكان واحد ويكون التعاقد بينهما بالهاتف أو المراسلة فمجلس العقد في هذه الحالة هو وحدة الزمان التي يبدأ من وقت صدور الإيجاب وتستمر طوال المدة التي يظل فيها المتعاقدان منصرفين إلى موضوع التعاقد دون إعراض من أحدهما عن التعاقد وتنتهي بانصراف أحدهما أو كلاهما عن موضوع العقد إلى موضوع آخر .

فيتحقق اتحاد المجلس في هذه الحالة صدور القبول عقب الإيجاب ، ولم يتخلل أي إعراض كل من الطرفين عن موضوع العقد (٢) .

* * *

(١) ينظر : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، د/ عبد الكريم زيدان ص : ٢٤٥ .
(٢) ينظر : الخيار وأثره في العقود د/ عبد الستار أبو غدة ١/ ١١٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ١٠٨ - ١٠٩ .

المبحث الثالث

حكم إسماع أحد العاقدين للآخر بوجود العيب في المعقود عليه

يجب على البائع إعلام المشتري بالعيب الذي في مبيعه ، ويحرم عليه كتمانه ، فإن باعه وهو كاتم للعيب يكون عاصيًا آثمًا وآكلاً مال غيره بالباطل ، ولا خلاف بين العلماء في هذا (١) .

وقد تواترت أحاديث كثيرة دلت على وجوب بيان العيب على البائع منها :

أولاً : قول النبي ﷺ : **«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما ، فإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما»** (٢) ، فالكذب والكتمان يسببان محق البركة ، فدل على أنهما محرمان ، ودل على وجوب الصدق وبيان العيب . ولا يوصف بالبيان إلا إذا سمع الطرف الآخر حقيقة العيب .

ثانيًا : قول النبي ﷺ : **«المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا إلا بينه له»** (٣) .

ثالثًا : قول الرسول ﷺ : **«من باع عيبًا لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه»** (٤) ، فهذا الرسول ﷺ بين أن عدم بيان العيب يوقع المرء في مقت الله ولعنة الملائكة ، فدل على أن كتمان العيب حرام .

رابعًا : قوله ﷺ : **«من غشنا فليس منا»** (٥) ، وجه الدلالة من الحديث أن عدم البيان يوهم سلامة المبيع ، إذ مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع ، فإذا وجد العيب ولم يبينه من قبل فهو في معنى الغش المنهي عنه ، ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل .

هذا ، ويقاس على وجوب بيان العيب على البائع وجوب بيان عيب الثمن على المشتري ، لاستواء العلة ، وهي أن كتمان المشتري عيب الثمن يعتبر غشا أيضًا ،

(١) ينظر : تكملة المجموع ١٢/ ١١٥ .
(٢) رواه البخاري كتاب البيوع ، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، وباب كم يجوز زمان الخيار ٢/ ١٢ ، وصحيح مسلم كتاب البيوع ، باب الصدق في البيع والبيان ٥/ ١٠ .
(٣) رواه ابن ماجه حديث (٢٢٦٥) ، وأورده البخاري معلقًا في البيوع باب (١٩) ، وقال ابن حجر في الفتح ٤/ ٣١١ : إسناده حسن .
(٤) الحديث رواه ابن ماجه كتاب التجارات ، باب من باع عيبًا فليبينه حديث (٢٢٦٦) .
(٥) الحديث رواه مسلم كتاب الإيمان ، باب قول النبي ﷺ : «من غشنا فليس منا» ، ١/ ٦٩ .

إذ مطلق البيع كما يقتضي سلامة المبيع يقتضي سلامة الثمن ، كما يمكن أن يستدل على تحريم كتمان المشتري عيب الثمن ، يقول الرسول ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما وإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما »(١) ؛ فقوله : «فإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما » أي فإن كذب البائع والمشتري وكتما عيب المبيع أو الثمن محق بركة بيعهما »، فهذا دليل على تحريم الغش على البائع وعلى المشتري .

مسألة : حكم بيان العيب على غير العاقدين : وجوب بيان العيب لا يقتصر على العاقدين ، بل يشمل من علم بالعيب ، وذلك في حالة ما إذا علم أن المشتري لم يعلم العيب وعلم أن البائع لم يخبره به(٢) .

والدليل على وجوب بيان العيب على من عمله ، سواء من له علاقة بالبيع كالشاهد والوكيل ، أو ليس له علاقة بالبيع ، هو قول النبي ﷺ : « لا يحل لأحد أن يبيع شيئًا إلا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه »(٣) ؛ والحديث وإن كان في سنده مقال(٤) إلا أنه قد شهد بصحة معناه الأحاديث الصحيحة الدالة على وجوب النصح لكل مسلم من ذلك قول النبي ﷺ : « الدين النصيحة »(٥) .

وعن جرير(٦) رضي الله عنه قال : بايعت رسول الله ﷺ على إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم(٧) ، ولا سبيل إلى معارضة هذا الحكم بحديث ، «دعوا الناس فليصب بعضهم من بعض ، فإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه »(٨) ، لأن ذلك فيما يرجع فيه إلى النباهة الزائدة لو اتصف بها كل إنسان أصالة أو اكتسابا

(١) تقدم تخريجه .
(٢) ينظر : المجموع ١٢/ ١٧٧ ـ ١١٨ .
(٣) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع ، باب ما جاء في التدليس وكتمان العيب بالمبيع ٥/ ٣٢٠ ، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٠ ، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .
(٤) قال السبكي في تكملة المجموع ١٢ / ١١٢ : . . . وفي حكمه (الحاكم) بصحته نظر ، فإنه من رواته أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي السباع ، وأبو جعفر الرازي وهو عيسى بن ماهان التميمي وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي ، وتكلم فيه جماعة قال الفلاس : سيء الحفظ ، وقال أبو زرعة : يهم كثيرًا . . .
(٥) رواه البخاري معلقًا كتاب الإيمان ، باب قول النبي ﷺ الدين النصيحة ١/ ٢٠ .
(٦) هو : أبو عمرو أو أبو عبد الله جرير بن عبد الله البجلي اليماني ، توفي سنة ٥١هـ ، قال له عمر بن الخطاب : نعم السيد أنت في الإسلام (تهذيب التهذيب ٢/ ٧٣ ـ ٧٥) .
(٧) الحديث رواه البخاري كتاب الإيمان ، باب قول النبي ﷺ الدين النصيحة ١/ ٢٠ .
(٨) رواه الإمام أحمد في المسند ٤/ ٢٥٩ ؛ والحديث صحيح ، صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير ١/ ٦٣٨ .

لما أمكن الترابح والتغابن ، أما هنا فالمقصود دفع الظلم الناشئ عن غش المسلم الممنوع شرعًا(١) .

وأما وقت الإعلام ففي حق البائع قبل البيع وفي حق الأجنبي قبل البيع أيضًا ، ذلك ليقدم المشتري على الشراء أو ليحجم عنه وهو على بينة ، وإن لم يكن حاضرا عند البيع أو لم يتيسر له وجب له عليه الإعلام بعده ليرد بالعيب أو يرضي به(٢) .

* * *

(١) الخيار وأثره في العقود ٢/ ٣٥٩ .
(٢) ينظر : تكملة المجموع للإمام السبكي ١٢/ ١١٨ .

المبحث الرابع

حكم فسخ العقود المالية لمعرفة العيب عن طريق السماع

المطلب الأول : حكم فسخ عقد البيع .

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية خيار العيب ، وهو حق المشتري في فسخ العقد متى وجد العيب في مبيع ، إذا لم يعلم به أثناء العقد ولم يشترط البراءة من العيب وحدث العيب عند البائع (١) .

والعيب حسب ظهوره وخفاؤه أربعة أنواع :

أولاً : عيب مشاهد بعين مجردة يمكن إدراك المشتري به بسهولة .

ثانيًا : عيب باطن خفي لا يعرفه إلا المتخصصون ، مثل الأطباء والمهندسون .

ثالثًا : عيب لا يطلع عليه إلا النساء .

رابعًا : عيب يحتاج في معرفته إلى الامتحان والتجربة (٢) .

فمن هذه العيوب ما يتمكن المشتري من الاطلاع عليه بنفسه ، لكونه مشاهدا بسهولة ، ومنها ما لا يتمكن من الاطلاع عليه ، لكونه غير متخصص فيما يتعلق بالمبيع مثل أمراض الحيوانات وهندسة المباني .

وطالما وجود العيب وعلم المشتري به هو المعتمد في ثبوت حق فسخ العقد ، فإذا اشترى شيئًا وأخبره أحد بوجود العيب فله حق فسخ العقد .

ويمكن أن يستدل لهذه المسألة بما روى أبو سباع (٣) قال اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع (٤) ، فلما خرجت أدركني واثلة وهو يجر رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ناقة ، قلت : نعم ، قال بين لك ما فيها ، قلت : وما فيها ، إنها لسمينة ظاهرة الصحة ، فقال : أوردت بها سفرا أم أردت بها لحما ، قلت أردت عليها الحج قال إن بخفها نقبا قال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد عليّ . قال إني

(١) ينظر : فتح القدير ٥/ ١٥١ ، حاشية العدوي ٢/ ١٢٢ ـ ١٢٤ ، المجموع ١٢/ ١٢١ ، المغني ٤/ ٢٣٩ ، قال صاحب المغني في الجزء المذكور : لا يعلم بين أهل العلم في هذا خلافا .

(٢) ينظر : الخيار وأثره في العقود ٢/ ٣٩٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٥٦٠ .

(٣) لم أعثر على ترجمته في كتب التراجم ، وقال السبكي عنه في تكملة المجموع ١٢/ ١١٢ : وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك .

(٤) هو : واثلة بن الأسقع بن كعب الليثي ، الصحابي ، أسلم قبل غزوة تبوك وشهدها مع النبي ﷺ ، وكان من أهل الصفة ، وفي سنة ٨٣ هـ وله مائة وخمس سنين تهذيب الكمال ٣٠/ ٣٩٣ وما بعدها

سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **لا يحل لأحد يبيع شيئًا إلا بين فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه** » (١) .

ووجه الاستدلال من الحديث أن الرسول ﷺ أمر من علم العيب أن يخبر لمشتري به ، وذلك ليتمكن من الإحجام عن الشراء أو ليتمكن من فسخ العقد إذا ما م الشراء ، وإلا فلا معنى لوجوب الإعلام ، ويدل على ذلك فعل واثلة بن الأسقع ، حيث أخبر الراوي بالعيب .

والأصل أن للمشتري حق الفسخ ، لكن لما كان الخبر يمكن أن يكون صدقًا كما كن أن يكون كذبًا فطريق الفسخ يختلف ما إذا كان البائع راضيًا ومعترفًا عما إذا ان منكرًا بما نقله المشتري عن من أخبره بالعيب .

فإذا كان البائع راضيًا بالفسخ معترفا بوجود العيب فيرد المبيع إلى البائع ويرد ثمن إلى المشتري ، وأما إذا كان منكرًا بوجود العيب فلا يحق للمشتري فسخ العقد لا إذا أثبت وجود العيب بالبينة ، وعمدة هذه المسألة :

أولاً : القاعدة الفقهية : (**أن الأصل في الصفات العارضة العدم**) (٢) ، فمن وع هذه القاعدة الأصل أن العيب في المبيع معدوم ، لأنه من الصفات العارضة ، الأصل في المبيع السلامة ، فإثبات العيب يحتاج إلى البينة .

ثانيًا : القاعدة الفقهية أيضًا : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**) (٣) ، سول النبي ﷺ : « **لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن بينة على المدعي واليمين على من أنكر** » (٤) ؛ والمشتري في هذه الحالة ادعى العيب البائع أنكر فعلى المشتري إحضار البينة على وجوده وعلى أنه حدث عند البائع لا نده .

المطلب الثاني : فسخ العقود المالية غير البيع .

خيار العيب كما يجري في البيع يجري كذلك في عقود المعاوضة المالية ، ولا لاف في هذا بين العلماء ، قال صاحب بداية المجتهد : أما العقود التي يجب فيها لعيب حكم لا خلاف ، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود

(١) سبق تخريجه .

(٢) ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٢٣ .

(٣) ينظر : المصدر نفسه ١/ ٦٦ .

(٤) رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران حديث ٢جـ٣/ ١١١ ، ورواه مسلم في صحيحه كتاب قضية ، باب اليمين على المدعى عليه ٥/ ١٢٨ .

التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضًا في أنه لا تأثير للعيب فيها »(١) .

وعلى هذا يثبت خيار العيب في الإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة والقسمة، فمن عقد الإجارة أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين ، ثم وجد في المعقود عليه عيبا أو أخبره أحد بوجوده فله فسخ العقد(٢) ، إلا أنه يجب عليه إحضار البينة متى أنكر الطرف الثاني ، للقاعدة (أن الأصل في الصفات العارضة العدم)(٣) . فطالما أن العيب صفة عارضة فالأصل سلامة المعقود عليه ، فمن ادعى خلافه فعليه البينة ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر »(٤) .

المطلب الثالث : حكم البيع مع كتمان العيب .

لا خلاف بين العلماء في أنه يصح البيع مع كتمان العيب ، وإن أثم البائع ، كما لا خلاف كذلك أن للمشتري الخيار بعد اطلاعه على العيب بين إمضاء البيع أو فسخه ، وذلك في حالة بقاء المبيع على حاله قبل قبضه(٥) .

والدليل على هذا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن احتلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعًا من تمر »(٦) .

فإثبات الرسول الخيار في التصرية تنبيه على ثبوت الخيار في كل بيع معيب ، لم يبينه البائع ، ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب ، ولأن المشتري لم يرض بالبيع إلا إذا كان المبيع سالمًا ، فإذا ظهر معيبًا ولم يبينه البائع فكأنه إلزام المشتري بشراء ما لا يرضى به ، وبهذا ينتفي عنصر الرضا الذي هو أساس البيع ، فلزم وجود الخيار للمشتري بين إمساك المبيع أو فسخ البيع لتحقق عنصر الرضا .

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٧٤ ، وقرر د : عبد الرزاق السنهوري على أن خيار العيب يجري في العقود التي تحتمل الفسخ كخيار الرؤية (ينظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣/ ٢٤٧) ، ووجدنا أن كل العقود قابلة للفسخ إلا العتق والنكاح عند الحنفية بعد تمامه خلافًا للجمهور ، ثم إن العتق والنكاح ليسا من عقود المعاوضة المالية ، فأثبتنا جريان خيار العيب في جميع عقود المعاوضة المالية دون شرط قابليتها للفسخ (ينظر : ضوابط العقد د : عدنان التركماني ص: ٣٢٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص : ٢٨٩) وذكر د : عبد الستار أبو غدة : أن الحنفية ذهبوا إلى أن خيار العيب يثبت في المهر ، وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد ، لكن هذه الأشياء ليست من عقود المعاوضة (ينظر : خيار العيب وأثره في العقود ٢/ ٤٠٧ ، شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٢/ ٢٨٩) .

(٢) ينظر : المعاملات الشرعية المالية الشيخ إبراهيم بك ٣/ ١٠٨ . (٣) درر الحكام ١/ ٢٣ .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٢٨٣ ، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤ ، حاشية العدوي ٢/ ١٣٨-١٤٠ ، المجموع ١٢/ ١١٢-١١٨ ، المغني ٤/ ٢٣٨ .

(٦) رواه البخاري كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ٢/ ١٧ .

المبحث الخامس

إجراء عقد جديد بسماع فسخ العقد الأول

سماع أحد العاقدين فسخ العقد من الطرف الثاني ، وحكم عقد جديد بعد ذلك يختلف حكمه باختلاف نوع العقد من حيث لزومه وعدمه .

فإن كان العقد الأول الذي تم عقدًا لازما خاليا من الخيارات لا يجوز في هذه الحالة لأحد العاقدين أن يعقد عقدا جديدا بمجرد سماع فسخ العقد من الطرف الثاني ، لأنه متى تم العقد أوجب الشارع على كل من العاقدين تنفيذ ما اشتمل عليه العقد ، ولا يستطيع أن يتخلى عن التزامات العقد ، إلا إذا طلب الإقالة من الطرف الثاني ووافقه عليها ، وسماع فسخ العقد ليس طلبًا للإقالة(١) .

وإن كان العقد الأول عقدا غير لازم لكونه يحمل صفة عدم اللزوم أو لوجود الخيارات ، ينظر في هذه الحالة إلى طريق السماع ، فإن كان سماع الفسخ مصدره من وكيل الطرف الثاني أو رسوله يجوز في هذه الحالة أن يعقد الطرف الأول عقدا جديدًا ، لأنه كما تجوز الإنابة في العقود يجوز كذلك الوكالة في فسخ العقد(٢) .

وإن كان سماع فسخ العقد من طريق المخبر الفضولي ، فقد اختلف العلماء في جواز عقد جديد بناء على تخريج اشتراط علم أحد العاقدين بفسخ الآخر للعقد ، وقد اختلف العلماء في اشتراط علم أحد العاقدين بفسخ الآخر للعقد على قولين :

القول الأول : يشترط لنفاذ الفسخ علم أحد العاقدين بفسخ الآخر للعقد ، فلا ينفذ الفسخ ويكون موقوفًا حتى يعلم الطرف الثاني بالفسخ ، وبه قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه(٣) ؛ وعمدتهم في هذه المسألة أن الفسخ تصرف في حق الغير ، لأن العقد تعلق به حق كل واحد من العاقدين ، فلم يملك أحدهما فسخه بغير علم صاحبه ، لما في ذلك من المضرة ، فإن كان الخيار للبائع فربما يتصرف المشتري بالمبيع اعتمادًا منه على نفاذ البيع ، فتلزمه غرامة قيمة المبيع ، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ، وفي هذا ضرر عليه ، وإن كان الخيار للمشتري فربما لا يطلب البائع لسلعته مشتريًا آخر اعتمادًا على تمام البيع ، وهذا ضرر أيضًا(٤) .

وتخريجا على هذا القول فإنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يعقد عقدًا جديدًا اعتمادًا على سماع فسخ الآخر للعقد إذا كان المخبر ليس وكيلا للطرف الثاني ، لأنه

(١) ينظر : الملكية ونظرية العقد ص : ٢٧٤ ، المعاملات الشرعية المالية ٣/ ٩٥ .

(٢) تكملة المجموع ١٤/ ٩٨ . (٣) ينظر : بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٣ .

(٤) المصدر نفسه .

قد يكون الخبر غير صحيح فيتضرر صاحبه .

القول الثاني : لا يشترط لصحة نفاذ الفسخ علم أحد العاقدين بفسخ الآخر للعقد ، وبه قال جمهور العلماء (المالكية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣)) ، وعمدتهم في هذه المسألة أن الرضا بالخيار لصاحبه معناه إذن له في الفسخ متى شاء ، ولا يحتاج إلى إعلامه عند الفسخ (٤) ، ولأن الفسخ رفع للعقد ولا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى حضوره كالطلاق (٥) .

الاعتراض : لا يسلم أن الرضا بالخيار لصاحبه معناه إذن له بالفسخ متى شاء دون حاجة إلى علمه ، بل معناه إذن له بالفسخ متى شاء ، لكن لابد من إعلام صاحبه إلا إذا صرح بالإذن بعدم إعلامه عند الفسخ ، وذلك تجنبًا للإضرار به .

وتخريجا على قول الجمهور فإنه يجوز لأحد العاقدين أن يعقد عقدا جديداً متى ما سمع فسخ الآخر للعقد ، بل يمكن أن يعقد عقدا جديدا مطلقًا بعد فسخه للعقد الأول وإن لم يعلم الطرف الآخر .

الاختيار والترجيح : بعد النظر إلى أدلة كل من القولين يظهر رجحان القول باشتراط علم أحد العاقدين بفسخ الآخر للعقد لنفاذ الفسخ ، وذلك لما يأتي :

أولاً : أن الأصل وجوب الوفاء بما تضمنه العقد لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٦) .

ثانيًا : أن مراعاة عدم الإضرار بالآخرين مطلوب للقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»(٧) ، ومعلوم أن فسخ العقد بدون إعلام صاحبه يترتب ضرر عليه ، وعلى هذا فلا يجوز أن يعقد عقداً جديداً بمجرد سماع فسخ الطرف الثاني للعقد حتى يتأكد من صحة الخبر إلا إذا صرح كل واحد من العاقدين بجواز الفسخ بدون إعلام صاحبه ، والله أعلم .

* * *

(١) ينظر : القوانين الفقهية ص : ٢٣٤ .
(٢) ينظر : روضة الطالبين ٣/ ٤٤٥ .
(٣) ينظر : القواعد لابن رجب ص : ١١٨ .
(٤) ينظر : مغني المحتاج ٢/ ٤٩ ، المغني ٣/ ٥٩١ .
(٥) المصدر نفسه .
(٦) سورة المائدة الآية : ١ .
(٧) ينظر : الأشباه والنظائر للسيرطي ص : ١٧٣ .

الفصل الثاني

السماع والإستماع في أحكام الأسرة

ويحتوي على خمسة مباحث :

المبحث الأول : حكم سماع أحد العاقدين كلام الآخر في الإيجاب والقبول في النكاح .

المبحث الثاني : حكم سماع الشهود لكلام العاقدين في عقد النكاح .

المبحث الثالث : حكم فسخ عقد النكاح لمعرفة العيب عن طريق السماع .

المبحث الرابع : حكم عقد النكاح واستمراره عند سماع ما يمنع استمراره ، وفيه مطلبان .

المبحث الخامس : حكم إجراء عقد النكاح عبر الهاتف .

المبحث الأول

حكم سماع أحد العاقدين كلام الآخر في الإيجاب والقبول في النكاح

يشترط لصحة النكاح سماع كل من العاقدين كلام الآخر ، ويفهم منه إنشاء الزواج ، وذلك بأن يعلم القابل أن قصد الموجب بعباراته إنشاء النكاح وإيجابه ، كما يعلم الموجب أن قصد القابل بعباراته الرضا بالنكاح والموافقة عليه ، وإن لم يعلم كل واحد منهما معاني المفردات التي تتألف منها عبارات الآخر ، سواء اختلفت اللغة أم اتفقت ما دام كل واحد منهما قد فهم غرض صاحبه بأن قصده إنشاء العقد والرضا به

وهذا الشرط صرح به الحنفية (١) ، وسكت عنه أصحاب المذاهب الأخرى وأثبته الكتاب المعاصرون (٢) .

قال صاحب البحر الرائق في تعداد شروط الإيجاب والقبول : ومنها سماع كل منهما كلام صاحبه ، لأن عدم سماع أحدهما كلام صاحبه بمنزلة غيبته كما في الوقاية (٣) ، وعمدة الحنفية ومن وافقهم أمور :

الأول : لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا ، فإذا لم يسمعه لم يتحقق الرضا (٤) .

مناقشة التعليل : ويمكن أن يناقش هذ التعليل بأن النكاح ينعقد بعبارة الإيجاب والقبول من الهازل ولا رضا فيه .

الثاني : لأن العقد ينعقد بكلامهما ، فلابد من سماعهما (٥) .

الثالث : لأن عدم سماع أحدهما كلام صاحبه بمنزلة غيبته ، فهي كالعقد بالكتابة ، والمعلوم أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر القادر على النطق (٦) .

الرابع : لأن الإيجاب والقبول بينهما يحصلان بالتخاطب ، فإذا لم يحصل السماع لم يوجد التخاطب (٧) .

---

(١) ينظر : البحر الرائق ٣/ ٨٩ ، حاشية ابن عابدين ٣/ ٢١ ـ ٢٢ ، الفتاوى الهندية ١/ ٢٠٧ .

(٢) ينظر : أحكام الأسرة في الإسلام للأستاذ : محمد مصطفى شلبي ص : ١١٥ ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للأستاذ زكي الدين شعبان ص : ١٠٠ ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية للأستاذ زكريا البري ص : ٢٠٣ .

(٣) البحر الرائق ٣/ ٨٩ .

(٤) ينظر : الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ١/ ٣٢٩ .

(٥) شرح الوقاية لابن مالك ق (٧١) نقلاً عن التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص : ٦٨٤ .

(٦) البحر الرائق ٣/ ٨٩ .

(٧) مفاتيح القيود نقلاً عن التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص : ٦٩٠ .

الخامس : لأن حضور العاقدين في مجلس العقد يقتضي سماعهما (١) .

السادس : أن تحقق الارتباط بين عبارات المتعاقدين المكونة للعقد لا يحصل إلا إذا سمع أحدهما كلام الآخر ويفهم المراد منه (٢) ، وإلا فلا يحصل الارتباط .

وهذا الشرط ينطبق على ما إذا كان العقد يتم بالكلام ، وأما إذا كان العقد يتم بالإشارة أو الكتابة لكون أحد العاقدين أخرسًا أو كلاهما أخرس فيشترط في هذه الحالة رؤية كل من العاقدين إشارة أو كتابة الآخر وفهم المراد منها (٣) ، والله أعلم .

* * *

(١) ملتقى الأبحر ص : ٩٠ . (٢) فتح القدير ٢/ ٣٤٤ .
(٣) ينظر : حاشية ابن عابدين ٣/ ٢١-٢٢ ، النكاح والقضايا المتعلقة به أحمد الحصري ص : ١١٥ ، أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية ، عمر عبد الله ص : ٥٠ .

المبحث الثاني

سماع الشهود لكلام العاقدين في عقد النكاح

لا خلاف بين العلماء الذين قالوا باشتراط حضور الشاهدين لصحة عقد النكاح(١) في أنه يشترط كذلك لصحة العقد أن يسمع الشاهدان كلام العاقدين عند الإيجاب والقبول (٢) .

جاء في بدائع الصنائع في معرض بيان شروط الشاهد في النكاح : «ومنها سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعًا حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر أو سمع كلام أحدهما والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح ، لأن من لم يسمعا كلاهما لم تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن » (٣) . وعمدة هذا الشرط أن هدف الإشهاد إعلان النكاح بين الناس وتحمل الشهادة وإقامتها أمام القاضي عند جحود المتعاقدين ، وهذا لا يتحقق إلا أن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين ، وعلى هذا فلا تصح شهادة الأصم لعدم إمكانية أداء الشهادة عند القضاء (٤) .

مسألة : **اشتراط فهم كلام المتعاقدين** : ويشترط لصحة الشهادة مع السماع فهم كلام المتعاقدين (٥) ، إلا أن الحنفية اختلفوا فيما بينهم في هذا الشرط ، فمنهم من اشتراط مع السماع الفهم ، ومنهم من لم يشترط الفهم ، ولكن عند التحقق فإن من لم يشترط الفهم ، فالمراد منه فهم تفاصيل عبارات المتعاقدين ، فهذا لا يشترط في الشهادة مادام يفهم مجمل مراد عبارات المتعاقدين (٦) .

(١) وهم جمهور العلماء الحنفية والشافعية والحنابلة ، وأدلتهم في ذلك أحاديث ، وتعليل عقلي ، أما الأحاديث فمنها : الأول : عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : «أيما امرأة نكحت بغير أذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل وإذا دخل بها فلها المهر وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » . الحديث رواه الدارقطني كتاب النكاح ٣/ ٢٢١ ، والبيهقي كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ٧/ ١٢٥ ؛ وقال ابن حزم . لا يصح في هذا الباب شيء غير هذا السند ، وفي هذا كفاية لصحته (المحلى ٩/ ٤٩) . الثاني : ما روي عن النبي ﷺ : «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل» أخرجه البيهقي من كتاب النكاح (السنن الكبرى ٧/ ١٢٤) . الثالث : قول النبي ﷺ : «لابد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدان» رواه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٢٥ . وأما التعليل العقلي فهو أن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين ، وهو الولد ، فلئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه فاشترط فيه الشهادة (ينظر : بدائع الصنائع ٢/ ٢٥٢ ، المجموع ١٦/ ١٩٦ ، المغني ٧/ ٣٤٠ ، الحاوي للماوردي ٩/ ٥٧) .
(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٢/ ٢٥٥ ، مغني المحتاج ٣/ ١٤٤ ، روضة الطالبين ٧/ ٤٥ ، حاشية الروض المربع ٦/ ٢٧٧ . (٣) بدائع الصنائع ٢/ ٢٥٥ .
(٤) ينظر : بدائع الصنائع / ٢/ ٢٥٥ ، المجموع ١٦/ ١٩٦ ، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٠ ، روضة الطالبين ٧/ ٤٥ ، حاشية الروض المربع ٦/ ٢٧٧ .
(٥) حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٢-٢٣ ، وانظر : المصادر السابقة .
(٦) ينظر : المصدر نفسه ٣/ ٢٢-٢٣ . ولم أجد هذا الخلاف في باقي المذاهب .