İslam Bilimleri Araştırmaları Dergisi,
Journal of Islamic Sciences Researches
e-ISSN: 2458-939X İBİAD, Eylül/September 2021, 12: 53-72.

الانفساخ عند المالكية

CONTRACTS' INFISAH ACCORDNG TO IMAM MALIK SCHOOL

عبد القادر الحمد (ABDULKADİR AL-HAMED)

[Dr. Öğrencisi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku ABD .
Dr. Sudent, Ondokuz Mayıs University Faculty of Divinity,
Department of Islamic Law
ab217d@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-2542-6852

Makale Bilgisi / Article Information

***Makale Türü* / *Article Types*:** Araştırma Makalesi / Research Article

***Geliş Tarihi* / *Received*:** 7 Temmuz/July 2021

***Kabul Tarihi* / *Accepted*:** 29 Eylül/September 2021

***Yayın Tarihi* / *Published*:** 30 Eylül/September 2021

***Yayın Sezonu* / *Pub Date Season*:** Eylül/September

***Yıl* / *Year*:** 2021 ***Sayı – Issue*:** 12 ***Sayfa* / *Pages*:** 53-72.

Atıf/Cite as: عبد القادر الحمد . "الانفساخ عند المالكية – Contracts' Infisah According to Imam Malik School". İslam Bilimleri Araştırmaları Dergisi- Journal of Islamic Sciences Researches 12 (Eylül-September 2021): 53-72.

İntihal/Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelenmiş ve intihal içermediği teyit edilmiştir. / This article has been reviewed by at least two referees and scanned via plagiarism software. http://www.islambilimleri.com

Copyright © Published by Journal of Islamic Sciences Researches, Samsun, Turkey. All rights reserved.

الانفساخ عند المالكية

ملخص البحث: لانفساخ العقد أهمية كبيرة، وهو ثمرة إنشاء التعاقد ثم العدول عنه، وهو رفع للعقد، وفك لارتباط الالتزام فيه، والعود بالعاقدين إلى ما قبل إنشائه، والأسباب التي تجيزه أو تدفع إليه كثيرة، منها ما له صلة بالمتعاقد وأهليته ومنها ما له صلة بالمعقود عليه وهلاكه، وما له ارتباط بطبيعة العقد كعقد الوديعة، أو الفسخ عند تدخل القضاء لإلزام العاقدين به لحصول ضرر بأحدهما أو لأن قوانين الشريعة الاسلامية لا تقبله. وينتج عن هذا الانفساخ عدد من الآثار، كالرجوع بالعقد إلى ما قبل إنشائه، وتحمل الأضرار الناشئة عنه، وكيفية الفسخ عند تغير المعقود عليه زيادةً ونقصاناً وهذا ما نتناوله بالبحث.

الكلمات المفتاحية: فقه المعاملات المالية، الانفساخ، أسبابه ، آثاره، مالك، المالكية

Contracts' Infisah According to Imam Malik School

Abstract: The termination of the contract is of great importance, and it is the result of conclusion the contract and then rescinding it, which is lifting of the contract, the loosening of the commitment to it, the return of the contracting parties to what was before its conclusion, and the reasons that lead or motivate to cancelling the contract are varoius such as what is related to the contracting parties, the capacity, and what related to the contracted and its cancellation. The nature of the contract, is of great significance such as a deposit contract, or annulment when the judiciary intervenes to obligate the two contracting parties because of harm might do to one of them, or because Islamic Sharia laws do not accept it. This dissolution results in a number of effects, such as returning the contract to what was before its establishment, bearing the damages arising from it, and how to annul when the contract is increased or decreased, and this is what we discuss in the research.

Keywords: jurisprudence of financial transactions, dissolution, causes, effects, Malikis

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلم وبعد:

شرع الله تعالى العقود لتيسير مصالح العباد وتأمين احتياجاتهم، وهي عبارة عن جملة من الأحكام منضبطة بشروط وقوانين، إذا اختل بعضها فَقَد العقد نسيجه، وأصبح عرضة للفسخ، بالإضافة إلى أن هناك طائفة من العقود من طبيعتها أنها عقود جائزة، يمكن فسخها بلا انتظار لرأي المتعاقد الثاني.

والمتأمل يرى أن العلماء درسوا العقود وتناولوها بالبحث والتدقيق، وخصوصاً حالة الفسخ الذي يصبح حاجة في بعض الأحيان، وتختلف ضوابط الفسخ باختلاف العقود وتتباين معها الأحكام بحسب خصوصية كل عقد؛ لذا أفردوا كل عقد بالدراسة، وبينوا من خلال ذلك الانفساخ كحالة جزئية فيه، وبتجميع هذه الجزئيات المتناثرة يمكن تكوين نظرية كلية عن الانفساخ القائم على إنهاء العقد ورفع آثاره.

أسباب اختيار البحث

ولما كان الاستمرار بالعقد أحياناً يؤدي إلى مفسدة وحرج لا يحتمل، فلابد من فسخه والتخلص من آثاره، كما أن الفسخ صفة للعقود الجائزة ويشكل أثراً لازماً لها عند ارادة العاقدين أو أحدهما، ومع اتفاق العلماء في الجملة على الانفساخ إلا أن مذهب الإمام مالك تميز ببعض المميزات، منها تضييقه دائرة العقود الجائزة فيعطيها صفة الزامية أكثر من سائر المذاهب، مع ملاحظة أن مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى

من سماته الأصيلة أنه يعتمد المصلحة كمصدر من مصادر التشريع، ويراعيها في استنباطاته الفرعية، واستنتاجاته الفقهية، ولا سيما في مسألة العقود القائمة على الاجتهاد في الأغلب، كما تبرز أهمية هذا البحث لاتصاله بمعايش الناس وحياتهم العملية.

يهدف هذا البحث إلى بيان الانفساخ وأحكامه من خلال تتبع الجزئيات المنثورة في أبواب العقود الكثيرة، جامعاً لشتاتها مدققاً في النقول عنها باحثاً عن أدق ما توصل اليه المالكية واعتمدوه في مذهبهم، محللاً لأقوالهم ومتعرضاً لبعض الخلافيات مع المذاهب الأخرى، فكل ما أذكره فهو قول المالكية، وإن ذكرت قولاً لغيرهم بينت ذلك وأشرت لقائله.

ولتحقيق كل ما سبق ذكره كان لابد من تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، مبتدأ ببيان معنى الفسخ والانفساخ، ثم أسباب الانفساخ، وأخيراً الآثار التي يخلفها الانفساخ ومن يتحمل هذه الآثار.

1– المبحث الأول – تعريف بالفسخ والانفساخ والأصل في العقود

1- 1 الفسخ في اللغة:

للفسخ معان كثيرة منها: النقض، والجهل، أو الطرح والتفريق، وإفساد الرأي، ويطلق مجازاً على انفساخ العزم والنكاح والبيع [1].

1-2- وفي الاصطلاح:

الفسخ كما عرفه القرافي: رد كل من العوضين لصاحبه[2]، ويستعمل أحياناً بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل، كما في أحوال فسخ العقود غير اللازمة والتي تسمى "العقود الجائزة"، أو التي يدخلها عامل الزمن كالعقود المستمرة، أو قد يكون بخروج المعقود عليه أن يكون صالحاً للتعاقد كمرض الدابة المستأجرة للحمل، أو بموت الرضيع عند استئجار مرضعة له[3].

1-3- الفسخ والانفساخ

الفسخ والانفساخ قريبان من بعضهما، فالانفساخ مصدر انفسخ وهو مطاوع فسخ ومعناه: زال وانتقض. وفسخت الأمر فانفسخ أي: نقضته فانتقض، وفسخ العقد: أي رفعه. وكذلك عزله فانعزل[4]، وهو انحلال رباط العقد، وقد يكون الانفساخ نتيجة للفسخ، وقد يكون أثراً لعوامل غير اختيارية. وهو حل العقد، ولكنه قد يكون بإرادة أحد العاقدين أو بإرادتهما كليهما، أو بحكم القاضي[5]، ومن يتأمل المعنى اللغوي يدرك أن الفرق الجوهري هو أن الفسخ يكون بفعل المتعاقدين أو أحدهما وهو في الأغلب عمل المتعاقدين، ولكن أحياناً يكون بفعل الحاكم، والصلة بين الفسخ والانفساخ صلة السبب بالمسبب[6]، كما لو فسخ أحد العاقدين عقد بيع لعيب في المبيع مثلاً، فالانفساخ في هذه الحالة نتيجة الفسخ الذي مارسه العاقد اختياراً.

1 – أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، *العين* تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي (دار ومكتبة الهلال)، (4/ 202).

2 – القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1994 م (4/ 446)

3 – أبو عبد الله المواق المالكي، *التاج والإكليل لمختصر خليل* (7/ 562).

4 –القرافي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة (10/ 127)

5 –القرافي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة (4/ 446)

6 – القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، *أنوار البروق في أنواء الفروق*، (المتوفى: 684هـ)،(عالم الكتب) (3/ 269)

ومن الأمثلة التي قرر الفقهاء فيها انفساخ العقد بلا فسخ عقد الإجارة التي تنفسخ بموت المستأجر له، كما لو مات الصبي المستأجر على تعليمه، و الصبي المستأجر لإرضاعه، وكذا موت الدابة التي استأجر على تدريبها، وذلك أن الحق المتعلق بمعين يسقط بسقوطه، ومثله موت الدابة المستأجرة أ وانهدام الدار[7].

1-4- الأصل في العقود في الفقه المالكي

ومن يتتبع أقوال المذهب المالكي يجده يسعى لتصحيح العقود وإمضائها (انفاذها) ولزومها، مستندين إلى قول الله تعالى {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[المائدة : 1] فقد قال القرافي: "اعلم أن الأصل في العقود اللزوم، لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها"[8]. ولذا فالمالكية يقدمون تصحيح العقد على إفساده؛ لأن الإفساد سيؤدي إلى الفسخ بناء على قاعدة: "الأصل في العقود عموماً وفي البيع خصوصاً الصحة"[9]؛ ولذا لو قامت دعوى على إبطال عقد من العقود فيقدم قول المتمسك بالصحة، ويطرح قول المقابل لها؛ لأنها موجبة لفساد العقد، والأصل في العقود الصحة[10]. ومثله الخيار الذي يعطي الحق للعاقدين أو لأحدهما بإمضاء العقد أو فسخه فالأصل أن لا خيار، يقول ابن رشد: "الأصل في العقود الإمضاء وأن لا خيار إلا ما وقع عليه النص، وعلى المثبت للخيار الدليل"[11].

2- المبحث الثاني: أسباب الانفساخ

تختلف أسباب الانفساخ بحسب نوعية العقود، فالعقود غير اللازمة وهي التي تسمى العقود الجائزة، لكل من العاقدين أو لأحدهما حق الفسخ ولو بلا سبب بخلاف العقود اللازمة التي تحتاج إلى سبب واضح لحصول الفسخ أو الانفساخ، وإما أن تكون تقبل الفسخ من أحد الطرفين لازمة من الطرف الآخر:

2-1- أولا- أسباب الانفساخ في العقود اللازمة:

العقود ليست على سوية واحدة بقبولها للفسخ، فالعقد اللازم كالزواج، لا يقبل الفسخ باتفاق الطرفين بطريق الإقالة، ولكن يمكن إنهاؤه بطرق شرعية كالطلاق والخلع، وقد يحكم بالفسخ في بعض الحالات كالتفريق القضائي لإعسار الزوج بالنفقة، أو فسخ لعيب أحد الزوجين فسخ بطلاق[12]، أو للضرر، أو للغيبة فمن غاب عن امرأته كتب له بالرجوع، وذلك بطلب زوجته فيأمره السلطان أن يرجع إليها أو ينقلها إليه أو يطلق، فإن لم يفعل الزوج ما أمر به طلق عليه السلطان[13]، وإن امتنع الزوج عن الإنفاق لغيبة ولم يترك لها مالاً تنفق منه، إذا كانت المسافة بعيدة فتمهل فترة انتظار وتلوم[14] واختلفوا في قدر تلك المدة[15]، فإن لم يعد يحكم بفسخ العقد، وقد يحكم بالفسخ لفقدان بعض

---

7 -أبو عبد الله المواق المالكي *التاج والإكليل لمختصر خليل* (7/ 562)

8 -القرافي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة (5/ 20)

9 -المنجور أحمد بن علي المنجور، *شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب*، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، (2/ 567).

10 - الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (2/ 217) الخرشي: محمد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (6/ 42)

11 - ابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة:2004 م) (3/ 35)

12 - المازري محمد بن علي بن عمر التَّميمي، *شرح التلقين*، تحقيق: محمَّد المختار السّلامي (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008) (2/ 807)، الحطاب، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل* (دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م)، (3/ 447).

13 - الكافي في فقه أهل المدينة (2/ 569)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك (ص: 65)

14 - تلوم في الأمر: تمكث وانتظر. والتلوم: الانتظار والتلبث. [انظر: لسان العرب (12/ 557)]

15 - الشرح الصغير للشيخ الدردير وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (2/ 746)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (3/ 74)

الشروط[16] وغير ذلك. فالخيار يثبت فقط في العقود التي تقبل الفسخ وما لا يقبل الفسخ من العقود فلا يثبت له خيار؛ لأن الخيار يعطي لصاحبه الحق بالفسخ[17].

وهناك عقود لازمة ولكنها تقبل الفسخ: ويكون الإلغاء والفسخ بطريق الإقالة، والتي هي بيع المبيع لبائعه بثمنه[18] ويشترط فيها من الشروط ما يشترط في عقد البيع، ويمنع الإقالة ما يمنع عقد البيع[19] التي هي رفع حكم العقد والاتفاق بين العاقدين على إنهائه، وهذا يكون في عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإيجار والمزارعة والمساقاة والصلح والمغارسة ونحوها، ويسمى الفسخ عندئذ إقالة[20].

بالإضافة إلى ما تقدم فالعقود اللازمة هي العقود التي لا تنفسخ بالإرادة المنفردة من أحد العاقدين، بل لابد من رضا الطرفين، كالبيع والصلح والإجارة وغيرها[21]، وهناك أسباب تمنع تنفيذ الالتزام وتحول دونه وهي:

2-1-1- موت أحد العاقدين أو كليهما:

أ - أثر الموت بالبيع

لا يؤثر الموت في انفساخ العقود الفورية بعد تمامها، وأعني بها العقود التي لا يدخل الزمن الممتد في بنيتها، بل تتم دفعة واحدة فوراً باختيار العاقدين، كالبيع المطلق والصلح وغيرها. مثال في عقد البيع لو مات البائع أو المشتري فلا يؤثر ولا يؤدي ذلك للفسخ بعد تمام العقد بينهما، ويلتزم الورثة بآثار العقد،

ب- أثر الموت بالإجارة

اختلف الفقهاء هل تنفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما أم لا؟

لا ينفسخ عقد الإجارة بموت أحد العاقدين عند المالكية إذ هو عقد لازم، وإن قال الحنفية بانفساخ الإجارة، بموت أحد العاقدين، ولكن هذا لا يعني أن المالكية يخالفونهم في جميع الصور و الحالات، بل قد صرح المالكية بانفساخ عقد الإجارة بموت الأجير المعين والمرضعة وموت الصبي المستأجر لتعليمه والمستأجر على رضاعه[22].

ج- أثر الموت في انفساخ عقد الكفالة:

لا تنفسخ الكفالة بموت الكفيل أو المكفول، فإذا مات الكفيل أو المكفول يحل الدين المؤجل على الميت، ويتم تحصيل الدين من ميراث المتوفى، ولو ماتا خُير الطالب في أخذه من أي التركتين، ولو مات المكفول له يحل الورثة محله في المطالبة، وإن لم يترك المدين بعد موته مالاً لم يطالب الكفيل حتى يحل أجل الدين لكن إن ترك مالاً يكفي لأداء ما عليه أو لا يكفي أخذ منه ويترك الباقي إلى أجله[23].

[16] – الخرشي: مُحَمَّد بن عبد الله الخرشي، *شرح مختصر خليل* (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (3/ 180)

[17] – وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته* (دمشق: دار الفكر ط: الرابعة)، (4/ 3188)

[18] – المختصر الفقهي لابن عرفة (6/ 83).

[19] – حاشية الصاوي على الشرح الصغير، بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 209).

[20] – المازري مُحَمَّد بن علي بن عمر التَّمِيمي، *شرح التلقين*، تحقيق: محمَّد المختار السّلامي (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008) (2/ 807). وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، (4/ 3188)

[21] – المازري مُحَمَّد بن علي بن عمر التَّمِيمي، *شرح التلقين*، تحقيق: محمَّد المختار السّلامي (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008) (2/ 807).

[22] –أبو عبد الله المواق المالكي *التاج والإكليل لمختصر خليل* (7/ 562).

[23] – الخرشي: مُحَمَّد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (6/ 28)

فلو كان الموت لكفيل الوجه، فإن المشهور من مذهب مالك أن الكفالة لا تسقط عنه بموته، وهو إنما التزم حقا في ذمته، فلا يسقط بالموت، ورأى عبد الملك بن الماجشون أن موته يفسخ الكفالة عنه، ولا يطالب بها الورثة بعده، وكأن ما التزم من الكفالة متعلقة به كما تعلقت بعين المكفول به[24]، مستنداً إلى أن موت المدين يُسقط مطالبة الكفيل، لكونه ملزماً بإحضاره بأمر لا قدرة على دفعه عنه، وهو الموت.

ج- أثر الموت في انفساخ عقد الرهن:

اتفق الفقهاء على أن عقد الرهن لا ينفسخ بموت أحد العاقدين بعد قبض المرهون، وتبقى العين المرهونة عند المرتهن أو ورثته، ولا خلاص للرهن إلا بوفاء الدين جميعه أو الإبراء منه، وإذا لم يقبض الرهن إلى أن مات الراهن أو أفلس أو أصابه جنون أو مرض مرضاً متصلاً بالموت فُسخ الرهن[25]، قال اللخمي: لكن اختلفوا فيما لو لم يقصر المرتهن في قبض الرهن حتى مات أو أفلس، فقيل يبطل الرهن وينفسخ العقد، وقيل يصح[26]، بخلاف ما لو قبضه فإنه يلزم[27].

2-1-2- الفسخ بسبب تلف المعقود عليه:

أولاً- العقود المستمرة

وهي العقود اللازمة ويدخل مرور الزمن في بنيتها وتركيبها ويستغرق تنفيذها فترة من الزمن وتستمر بامتداد الزمن، على حسب ما اتفق عليه من الشروط بين الطرفين، والتي تناسب طبيعة هذه العقود، كالإجارة والوكالة والإعارة و غيرها، فيؤثر فيها هلاك المعقود سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده، وهذا متفق عليه بين غالب الفقهاء في الجملة.

وعلى هذا فعقد الإجارة ينفسخ مثلا بهلاك العين المستأجرة، سواء قبل القبض حصل الهلاك أم بعده ولكن قبل مضي فترة من الزمن يمكن من الانتفاع بها ويسقط الأجر، ومثله حمل الظئر وغصب العين المستأجرة [28]، وإن هلكت العين المستأجرة بعد مضي قسط من المدة فتنفسخ عندها فيما بقي من المدة، لا فيما مضى منها، ويلزم على المستأجر من الأجرة بقدر المنفعة التي استوفاها أو بقسط المدة الماضية بعد القبض[29]. فتلف العين المستأجرة وهلاكها أو غصبها يفسخ الإجارة ويضربون لذلك مثلا بموت الدابة المعينة دون ما في الذمة، أو انهدام الدار المستأجرة، أو غصبها من يد المستأجر فيسقط الأجر لعدم التمكن من الانتفاع، وينفسخ بذلك عقد الإجارة[30].

ولكن لو لم تكن العين المستأجرة معينة كما لو كانت إجارة ذمة، وسلم المستأجر الأجر إلى المؤجر ثم ماتت الدابة المستأجرة أو انهدمت الدار لا ينفسخ العقد، وعلى المؤجر أن يأتي بغيرها وبدلاً عنها للمستأجر، وأما هلاك المحل المستأجر له فإن كان مما تعيينه لازم كالمتعلم والرضيع فينفسخ كذلك، وإن كان تعيينه غير لازم لم تنفسخ على الأصح كالاستئجار لخياطة ثوب فلا يلزم تعيين الثوب[31].

[24] – المازري المالكي، شرح التلقين (3/ 2/ 172)

[25] – الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (3/ 241)، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 316)

[26] –أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 553)

[27] – الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م)، (5/ 3)

[28] – الخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي، *شرح مختصر خليل* (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (30/7)، أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (7/ 562).

[29] – القرافي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة (5/ 470)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (2/ 654)

[30] – أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (7/ 562).

[31] –أبو عبد الله المواق المالكي *التاج والإكليل لمختصر خليل* (7/ 562)

وإذا خرجت العين عن صلاحيتها للاستئجار كما لو حصل ذلك لمانع من الانتفاع كأن تضررت الدار فانقلبت غير صالحة للسكنى، أو مرضت الدابة ولم تقوى على الانتفاع بها فتنفسخ الإجارة. ومثل الهلاك والتلف التعذر كتعذر الإرضاع من المرضع المستأجرة وذلك بسبب المرض أو الحمل، كما لو حملت المرأة التي استأجرت للإرضاع؛ حيث أن حليب الحامل يضر الرضيع، أو لو مرضت مرضاً يحول دون الإرضاع فلهم حق الفسخ وهم بالخيار، ولا ينفسخ العقد تلقائياً، وإذا صحت المريضة وشفيت قبل فسخ الإجارة فلا ينفسخ وكذلك بغصب المحل المستأجر فللمستأجر الخيار في الفسخ إذا حيل بينه وبين العين المنتفع بها، ولا ينفسخ من تلقاء نفسه[32].

ومن العقود المستمرة التي لها نفس الحكم عقد الشركة وعقد المضاربة فإنها تنفسخ بهلاك المعقود عليه، وكذلك تنتهي الوكالة بتلف الموكل به محل الوكالة، وعقد العارية ينفسخ بهلاك وتلف المعار.

ثانياً– العقود الفورية

وهي العقود التي لا يدخل عامل الزمن في بنيتها، فلا يؤثر فيها تلف المعقود عليه بعد القبض ولا يؤدي ذلك إلى فسخها، فالبيع مثلاً ينعقد ويتم بالإيجاب والقبول، فلو هلك المبيع بعد التعاقد بيد المشتري بعد قبضه لا ينفسخ؛ لأنه هلك في ملكه، ولكن لو تلف المبيع أو هلك قبل القبض وهو في ضمان البائع وكان تلفه بعذر سماوي انفسخ البيع، وبالمقابل لو أتلفه المشتري فإتلافه له يعد قبضاً، وكذا لو أخفى البائع المبيع، إن أخفاه وزعم هلاكه؛ لأنه لم يتمكن من المبيع، فله حق الفسخ، وإذا اعتدى عليه البائع أو أجنبي فلا ينفسخ العقد بل يوجب القيمة على المعتدي، وإن تعيب المبيع بآفة سماوية ولم يتلف بالكلية فللمشتري الخيار، ويُخير المشتري أيضاً بين الفسخ وإتمام التعاقد والبيع عند وجود عيب في المبيع[33].

لكن لو هلك المبيع قبل القبض وبعد الإيجاب والقبول ففيه تفصيل عند المالكية وبيان ذلك أنه إذا كان المبيع مثلياً مكيلا أو موزونا أو معدوداً، وهو ما فيه حق توفية لمشتريه كما يسمونه، فإنه ينفسخ بالتلف والضمان على البائع، أما إذا كان المبيع معيناً أو عقاراً، أو من الأموال القيمية التي ليس لمشتريها حق توفية فلا ينفسخ العقد بهلاكه[34].

2-1-3- أثر تعذر التنفيذ في الانفساخ

التعذر أعم من الهلاك والتلف، ومعناه عدم إمكان الاستمرار بالتعاقد لسبب من الأسباب كالغصب والضياع أو المرض ومثلها منع فتح الدكاكين والحوانيت بالإكراه فتنفسخ إجارة الحوانيت إذا أمر السلطان بإغلاق الحوانيت ولم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة والمقصود بالسلطان هنا ذو القوة والنفوذ وغير ذلك فيتعذر عندها التنفيذ[35].

التعذر إما أن يوجب انفساخ العقد وفسخه أو يستحق الخيارً بذلك، وللتعذر أنواع منها ما يلي:

أولاً: عجز العاقد عن المضي والاستمرار بالعقد شرعاً، كما لو صار امضاؤه حراماً، مثل أن يستأجر شخصاً لقلع سن مريضة ثم يسكن

[32] –الصاوي أبو العباس أحمد بن مُحَمَّد الخلوتي، المالكي (المتوفى: 1241هـ) الصاوي، *بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير*: دار المعارف (4/ 51).

[33] –أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 416)، مُحَمَّد بن إبراهيم بن خليل التتائي، *جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر*، تحقيق: الدكتور أبو الحسن، نوري حسن حامد المسلاتي، (بيروت: دار ابن حزم)، الطبعة الأولى، 1435 هـ - 2014 م، (5/ 213)

[34] – ابن جزي أبو القاسم، مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)،ابن جزي، *القوانين الفقهية* (ص: 164)، مجموعة من المؤلفين، *الموسوعة الفقهية الكويتية* (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية) (7/ 28).

[35] – الخرشي: مُحَمَّد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (7/ 31).

مرضها ويزول ألمها، أو يستأجر على قطع يدٍ مريضة ثم تشفى تلك اليد فلا يبقى حاجة لقطعها، أو استأجر من يقتص من الجاني فيسقط القصاص بالعفو ممن له حق العفو، فتنفسخ الإجارة في كل هذه الحالات بنفسها أي من تلقاء نفسها[36].

وقد سبق أنه لو ماتت الدابة المستأجرة للعمل فينفسخ العقد بذلك، ولا يجب الإتيان بغيرها أو تبديلها، كذلك إذا عين شخصاً ليركب دابة فمات الشخص، أو عين قميصاً للخياطة فتلف أو الغنم لمن يرعاها فهلكت ، فينفسخ العقد بتلفها، وكذلك ينفسخ العقد بموت الراعي المعين، وينفسخ بموت المرأة الظئر التي استؤجرت لرضاع صبي فمات الصبي، والطبيب المستأجر لمعالجة مريض فبرأ المريض، وكذلك في كل أمر يستأجر عليه ثم يتعذر التنفيذ[37].

ثانياً: إذا تضمن العقد في حال الاستمرار به، والدوام عليه ضرراً زائداً لا يحتمل ولم يجب بأصل العقد، مثال ذلك: استأجر طباخاً لتحضير وليمة العرس، فحصل خلع بين العريسين فامتنع العرس، ومثلها شخص استأجر دابة ليركبها للحج عليها ففاته وقت الحج، أو مرض فاستأجر طبيباً للمعالجة فشفي المريض قبل المعالجة أو مات، أو استأجر امرأة ظئراً (مرضعة) فانقطع حليبها فللعلماء قولان: قول بانفساخ العقد من تلقاء نفسه دون رضى أحد، وقول باستحقاق المستأجر في هذه الحالة الخيار بين فسخ العقد وإمضائه[38].

ثالثاً: زوال المنفعة المعقود عليها، مثال ذلك فيضان الأرض حتى تغرق أو بالعكس بأن ينقطع ماؤها حتى تجف أو بانهدام البيت المستأجر، فإن لم يبق نفع لها أصلا فحكمه كحكم التالفة فينفسخ العقد. هذا إن لم يبق للمعقود عليه نفع بالكلية فإن بقي فيها نفع لكنه غير ما استأجرت له، مثلاً عند استئجاره بيتاً فزالت منفعته ولكن ليس بالكلية فبقي امكان الانتفاع بساحته، أو استأجر أرضاً للزراعة فتضررت الأرض ولم تعد صالحة للانتفاع بها للزراعة ولكن يمكن الانتفاع بها بوضع متاع فيها، أو بناء خيمة، فللمالكية فيه قولان الأول: ينفسخ العقد؛ لزوال الاسم وتلف المنفعة التي عليها مدار العقد لأجلها حصل التعاقد، والقول الثاني: عدم الانفساخ؛ لبقاء شيء يمكن الانتفاع به، وعدم بطلان منفعتها بالكلية كما لو نقص نفعها مع بقائها، وعندها يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء[39]

ولو مرض الأجير أو مرضت الدابة المستأجرة فلا يجوز الفسخ وعند الشفاء في مدة الإجارة قبل انقضائها وقبل الفسخ، عليه أن يتم بقية العمل[40]، لكن لو حصل الفسخ قبل الشفاء لم يلزمه عمل ما بقي وكذلك بعد انتهاء المدة حصل الفسخ أم لا[41].

والحاصل أن الإجارة تنفسخ عند المالكية في واحدة من ثمان حالات:

أحدها: أن تتلف العين المستأجرة بحيث لا يمكن استيفاؤها كانهدام البيت وموت الدابة.

ثانيها: التعذر بزوال ما يستدعي الاستئجار مثل أن يستأجر لقلع سن فيسكن ألمه.

ثالثها: الغصب كغصب الدابة المستأجرة مثلاً، ولا يمكن تخليصها من الغاصب بالحاكم أو بغيره.

---

[36] – ضياء الدين الجندي: خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، (القاهرة – دار الحديث) الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م (ص: 206)، الخرشي محمد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (7/ 30).

[37] – أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، (مكة المكرمة – المكتبة التجارية)، (ص: 1100).

[38] – الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (4/ 34)، الخرشي: محمد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (7/ 33).

[39] – أحمد الدردير، الشرح الكبير، ابن عرفة، وحاشية الدسوقي (4/ 34)، القرطبي الكافي في فقه أهل المدينة (2/ 746)، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، *أسهل المدارك*، (بيروت – دار الفكر) (2/ 330).

40 – الصاوي، بلغة *السالك لأقرب المسالك*، دار المعارف (4/ 51 وما بعدها)

[41] – الصاوي، *بلغة السالك لأقرب المسالك*، دار المعارف (4/ 52)

رابعها: أن يأمر الحاكم بإغلاق الدكاكين أو يأمر بهدمها فإن الإجارة تنفسخ بذلك.

خامسها: حصول ما يمنع من الاستمرار بالتعاقد كما لو حصل حمل للمرأة المستأجرة للإرضاع، فتنفسخ الإجارة بذلك.

سادسها: مرض الأجير الذي استؤجر للقيام بعمل، فإن شفي الأجير قبل انتهاء مدة العقد فإن الإجارة تعود وعليه أن يكمل باقي العمل.

سابعهما: عند استئجار الصبي في صباه فإذا بلغ وهو رشيد تنفسخ إجارته ببلوغه رشيداً.

ثامنهما: إجارة الوقف: إذا مات صاحب الوقف المستحق له بأن أجره قبل موته، فمات تنفسخ الإجارة بذلك وللوارث أن يحل محل المستأجر في استيفاء المنفعة[42].

قد تحصل استحالة تحول بين العقد واستيفاء المنفعة منه، لا سيما في مثل عقد الإجارة كمن استأجر بيتاً للسكنى فانهدم أو حماماً سافر أهل البلد أو سفينة فتلفت أو ضاعت أو دابة فمرضت أو حصلت الاستحالة بظلم المتسلطين كغلق الدكاكين، وفي كل هذه الحالات إذا فسخت الإجارة رجع المستأجر بالأجرة باعتبار المدة والمسافة التي قطعها من طول أو قصر وصعوبة أو سهولة[43].

ومن الممكن أن يحصل التعذر بأحد سببين:

1- سماوي لا يد للمستأجر فيه كموت لراكب أو ساكن.

2- واختياري بتفريط منه مثل أن يفرط فيتلف البيت المستأجر فهو ضامن لتفريطه.

ولا تنفسخ الإجارة بالتعذر في كلا الحالين السابقين عند ابن رشد ويكلف بإحضار بدل لمتابعة ما بقي من المسافة أو المدة، وقال ابن القاسم بالتفريق بين التلف بتعذر سماوي فلا تنفسخ الإجارة بذلك، ويلزم المستأجر ببدل وعليه جميع الأجرة، وبين الهلاك والإتلاف بتفريط وإهمال من جهة المؤجر فتنفسخ ولا أجرة له، وقيل: له بقدر ما مشى من الطريق وما مضى من المدة، بتفريط أم لا، والظاهر أنَّ قول ابن القاسم هو المشهور وهو مقدم على غيره[44].

كما ألحق المالكية حكم غصب المحل بالهلاك والتلف، وأوجبوا فسخ بعض العقود لذلك، فإذا أمر ظالم بإغلاق الدكاكين المستأجرة فتنفسخ الإجارة بذلك؛ للحيلولة بين المستأجر والانتفاع بها، ويحكم بإلزام الظالم الآمر بالإغلاق بأجرتها للمالك في حال الغصب والإكراه، إذا قصد غصب المنفعة أو تضييعها على مالكها[45].

2-1-4 - أثر الاستحقاق في الانفساخ:

والاستحقاق: إزالة ملك شخص عن شيء بثبوت ملك قبله[46]، و سببه ظهور حق للغير بالشيء المعقود عليه، فإذا باع شيئاً أو استأجره ثم ظهر أن فيه حقاً للغير، صار المعقود عليه مستحقاً، ولكن هل ينفسخ العقد بذلك أم لا؟

---

[42] - الكشناوي: أبو بكر بن حسن بن عبد الله، *أسهل المدارك*، (بيروت - دار الفكر) (2/ 330- 331).

[43] - الصاوي، *بلغة السالك لأقرب المسالك*، دار المعارف (4/ 49)

[44] - الصاوي، *بلغة السالك لأقرب المسالك*، *دار المعارف* (4/50)

[45] - الصاوي، *بلغة السالك لأقرب المسالك*، دار المعارف(4/ 51)

[46] - عليش مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، عليش *منح الجليل شرح مختصر خليل*، (بيروت: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة، 1409هـ/1989م) (7/ 149).

الاستحقاق إما أن يكون بعلم المشتري كما لو حصل البيع بعلم المشتري بوجود الاستحقاق فله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق على البائع، وأما في حال كان الاستحقاق ناقلاً للملكية، فالعقد عند ذلك ينعقد موقوفاً على إجازة المستحق، فإن أجازه مضى ونفذ، وإن لم يجزه انفسخ [47]. ولكن المالكية قالوا بالتفريق بين الاستحقاق بالجزء الشائع وغير الشائع، وكون الاستحقاق بالقليل أو بالكثير، وجعلوا الحد الفاصل بين القليل والكثير النصف فما زاد فهو كثير، لكن ذلك بما عدا الطعام والمكيل والموزون فجعلوا حد الكثرة الثلث وما زاد عليه فهو كثير[48].

فإن كان الاستحقاق جزءاً مشاعاً وغير قابل للقسمة، فيُخير المشتري بين التمسك بالعقد والاستمرار به، مع الرجوع بحصة الجزء المستحق من الثمن، أو أن يختار المشتري رد المبيع متعللاً بحصول الضرر له بالشركة، سواء كان نصيبه بعد الاستحقاق أقل أو أكثر[49].

والحالة الثانية: استحقاق جزء معين وليس جزءاً شائعاً، فنفرق بين أن يكون متقوما أو أن يكون مثلياً: فإن كان متقوماً وليس مثلياً كالعروض والعقار والحيوان كان له الرجوع بحصة البعض المستحق بالقيمة[50]، وإن كان مثلياً، ننظر فإن كان المستحق هو الجزء الأقل رجع بحصته من الثمن، وإن كان الجزء المستحق هو الأكثر فللمشتري الخيار بين التمسك بالعقد مع الرجوع بحصته من الثمن وبين الفسخ[51].ومثل استحقاق المبيع عند المالكية استحقاق الثمن[52].

والاستحقاق لا يجري في البيع فقط بل يجري كذلك في غيره من العقود، وله أثر في انفساخ عقد الهبة وعقد المساقاة والعارية والرهن والإجارة والوديعة وغيرها، ويؤثر استحقاق الصداق في فسخ عقد النكاح إن علم الزوجان عند العقد بموجبه كأن كان المهر مسروقاً أو مغصوباً، فيفسخ العقد إن لم يحصل دخول، فإن حصل دخول فيمضي العقد ولكن بمهر المثل[53].

2-1-5- الفسخ بالاتفاق:

هناك بعض العقود تنفسخ بالإرادة المنفردة كالعقود الجائزة من الطرفين، وبعضها ينفسخ بالاتفاق والتراضي بين العاقدين، ويكون ذلك بالإقالة والخلع.

أولاً- الإقالة: التي هي رفع العقد وإنهاء حكمه، وإلغاء آثاره بتراضي الطرفين، والإقالة جائزة بل ربما تندب وتسن ما لم تجرَّ إلى ما لا ينبغي، وما لم تدفع إلى التهمة بممنوع شرعاً، وحكم الإقالة عند المالكية[54] بيع ثان فلها أحكام البيع ولكن مع نفس البائع الأول، أما عند الحنفية[55] والشافعية[56] والحنابلة[57] فالإقالة فسخ للبيع الأول ، وبناء على قول المالكية يجوز النقص في الثمن والزيادة فيه، ولا تعد الإقالة

---

47 – ابن جزي، القوانين الفقهية (ص: 219)، ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد (2 / 325)، والدسوقي على الشرح الكبير (3 / 135، 469). أبو عبد الله المواق المالكي *التاج والإكليل لمختصر خليل* (6/ 418)، مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية (3/ 222)

48 – الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 200)، أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 418)..

49 – الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 200)، أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 418)..

50 –أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 418).

51 – البناني على الزرقاني (6 / 166).

52 –أبو عبد الله المواق المالكي *التاج والإكليل لمختصر خليل* (7/ 356).

53 –أبو عبد الله المواق المالكي *التاج والإكليل لمختصر خليل* (5/ 173).

54 –ابن جزي، *القوانين الفقهية* (ص: 179).

55 – الموصلي، *الاختيار لتعليل المختار* (مطبعة الحلبي – القاهرة تاريخ النشر: 1356 هـ 1937 م)، (2/ 11).

56 –زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، *أسنى المطالب في شرح روض الطالب*، دار الكتاب الإسلامي، (2/ 74)

57 – ابن قدامة المقدسي، *المغني*، (دار الفكر – بيروت الطبعة الأولى، 1405) (4/ 372)

نوعاً من الفسخ بل هو بيع بأركانه وشروطه، ولكن الجمهور لا يجيزون الزيادة والنقص من الثمن، وعدوها فسخاً؛ لأنها رجوع بالمعاملة إلى ما قبل إنشاء التعاقد.

ثانياً- الخلع: وهي فرقة بعوض مقصود تدفعه المرأة لجهة الزوج بمقابل لفظ طلاق أو خلع وباتفاق على ذلك، فإذا حصلت هذه الفرقة بهذا القيد فهل هي فسخ أم طلاق؟ ومع جود بعض الفروقات بين الطلاق والفسخ، فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات وبخلافه الطلاق ويفترقان في كيفية الرجعة ونوعية العدة وغير ذلك، فالحاصل أن جمهور العلماء ومنهم المالكية يعدون الخلع طلاقاً، وهذا إذا كان بلفظ الطلاق، ولكنهم اختلفوا في الخلع بغير لفظ الطلاق ولم ينو طلاقاً صريحاً ولا كناية، هل هو طلاق أم فرقة؟ فالمفتى به عند الحنفية[58] والمالكية[59] والجديد من مذهبي الشافعي[60] وعند الحنابلة[61] الخلع طلاق، إلا إذا كان بلفظ المفادة أو الخلع فهو فسخ وهو قول الشافعي في القديم، لا يحسب في عدد الطلقات.

2-1-6- خيار الفسخ:

تتصف بعض العقود بإمكان فسخها ببعض الخيارات، على خلاف بين العلماء في تحديد هذه الخيارات، فإذا وجد في العقد خيار جاز فسخ العقد لصاحب الخيار من العاقدين، والخيار: حق يخول العاقد من فسخ العقد أو إمضائه؛ لسبب شرعي يعطيه هذا الحق أو بالاتفاق عليه، كما في خيار الشرط، فيملك المتعاقد صاحب الحق في الخيار إمضاء العقد إذا شاء أو فسخه كذلك، وذلك مثل خيار الشرط أو العيب أو الرؤية، وخيار النقيصة وهو خيار نقص الصفة وغير ذلك، وهذه هي الخيارات التي يقول بها المالكية، أما خيار المجلس فلا يقول المالكية به جملة، بل يعتبرونه باطلاً، وفيما ذكرته كفاية، ولست بصدد البحث في الموضوع أكثر[62].

2-2- ثانياً- العقود غير اللازمة (الجائزة)

وهي عقود جائزة بمعنى أن لكل من العاقدين فسخها بإرادته المنفردة ومتى شاء دون رجوع لرضا العاقد الثاني، وهي غير لازمة بمعنى أن المتعاقد غير ملزم بإتمامها ويملك حق الفسخ فيها، فتنفسخ بإرادتهما ما لم يتعلق بالتعاقد بها حق للغير، كالجعالة والقراض والمساقاة، الوديعة والمقاولة والشراكة والتوصية والتوكيل فيجوز لكل من العاقدين إنهاء العقد وفسخه متى شاء[63]. والنكاح ولم يقل المالكية عنه أنه لازم من جهة الزوجة جائز من جهة الزوج لأنه يملك الطلاق ولو بلا رضا الزوجة بحله؛ لأن الزوج إنما يملك قطع استمرار العقد واتصاله، لا فسخ العقد من أصله[64]

58 – أبو بكر علاء الدين السمرقندي مُحَمَّد بن أحمد بن أبي أحمد، (المتوفى: نحو 540هـ)، *تحفة الفقهاء* (بيروت – دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1414 هـ – 1994 م.)، (2/ 199)

59 – ابن رشد الحفيد، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* (القاهرة:2004 م)، (3/ 104). (3/ 91).

60 – الشربيني مُحَمَّد الخطيب، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*،(بيروت– دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م)، (4/ 439)

61 – البهوتى الحنبلى، *كشاف القناع عن متن الإقناع*، (دار الفكر – بيروت، الطبعة: 1402 هـ)،(ص: 2380)

62 –القرافي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: مُحَمَّد حجي، سعيد أعراب، مُحَمَّد بو خبزة (5/ 20).

63 – المازري المالكي مُحَمَّد بن علي بن عمر التَّمِيمي، *شرح التلقين*، المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008 م)، (2/ 807)، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر ط: الرابعة) (4/ 3188)

64 – المازري المالكي مُحَمَّد بن علي بن عمر التَّمِيمي، *شرح التلقين*، المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008 م)، (2/ 807).

و من المعلوم أن الهبة من العقود الجائزة ما لم تقبض فإذا قبضت لزمت، فلا يجوز بعد القبض العود فيها إلا في حالات خاصة كالوالدين فيما يعطيانه لولدهما لقوله رسول الله ﷺ: «ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه»[65] وقوله عليه الصلاة السلام: «إلا الوالد فيما يعطي ولده»[66].

و تنفسخ هذه العقود بوفاة أحد العاقدين أو كليهما؛ لأنها عقود جائزة لا لزوم فيها، فإذا توفي المتعاقد انتهت إرادته، فبطلت بذلك عقوده الجائزة لضعفها وهي ناتجة عن استمرار الإرادة وهذا مرهون بحياته، وهذا الحكم متفق عليه في الجملة عند فقهاء المسلمين، وأما العارية فهي إما مطلقة وإما مقيدة، فالمقيدة بأجل ومدة أو عمل محدد هي عقد لازم عندهم، فلا يفسخها موت المستعير أو موت المعير، وتستمر إلى إتمام العمل أو تمام المدة، لأن الوفاء بها عند ذلك تصبح لازمة، فمن ألزم نفسه بمعروف يلزمه، فتلزم العارية بتقييدها بزمن أو انقضاء عمل عندهم، أما العارية المطلقة ففي انفساخها روايتان: ظاهرهما أنها لا تنفسخ كالمقيدة، ويرجع في تحديد العمل أو الزمن إلى العرف[67].

وكذلك الوكالة لما كانت غير لازمة فهي تنتهي بموت واحد العاقدين، ولكن لو مات الموكل وكان الوكيل ببلد يتاجر له، فكل ما باع واشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته فهو لازم للورثة، وما باع أو اشترى بعد العلم بموته لم يلزمهم؛ لأن وكالته تنفسخ بذلك، وكل هذا الكلام ينبني على قاعدة الفسخ أيحصل بالموت والعزل ولو لم يعلم أم بالعلم بهما؟

قال ابن عرفة: انعزال الوكيل بنفس عزله أم بالعلم به وموت الموكل أم بالعلم، عند المالكية فيها أربعة أقوال:

القول الأول: ينعزل الوكيل بنفس العزل أو موت موكله ولا ينتظر إلى العلم بموته، وهذا قول ابن القاسم في مدونة المالكية في كتاب الشركة ، في مسألة الذي يعزل وكيله فيقبض الديون من غرمائه بعد عزله وهم لا يعلمون بذلك، بناء على هذا القول لا يبرؤون من ديونهم بالدفع إليه ولو لم يعلموا هو بعزله. فإذا لم يبرأ المدينون بالدفع إليه فكذلك لا يبرأ هو، ويكون للغرماء حق عليه حتى وإن هلك المال بيده؛ لأنه أخطأ بأخذه مال غيره، وبناء عليه فالوكالة تنفسخ في حق الوكيل نفسه وحق من تعامل معه أو دفع إليه بنفس العزل أو الموت. ويرى ابن رشد أن هذا القول هو الأرجح، وقال اللخمي: وهو الظاهر من الاقوال في المذهب، بل قد نقل ابن المنذر الإجماع عليه[68].

القول الثاني: لا يكون معزولاً في حق أحد من الوكيل أو المتعامل معه إلَّا بوصول العلم إليه، وهذا قول مالك في المدونة في باب الوكالات وكذلك يبرأ من دفع مالا لموكله إذا لم يعلم بموت الموكل، وبناء على هذا القول من أقوال مالك، لو علم الوكيل بموت الموكل فباع ولم يعلم المشتري بموته فتلف المبيع فالوكيل ضامن للقيمة؛ لأن الوكالة انفسخت في حقه لعلمه، وليس على المشتري أن يرد الزيادة إذا أخذت منه

---

[65] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، رقم: (2589)، (3/ 158)، ورواه مسلم في كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، (1622)، صحيح مسلم (3/ 1241).

[66] – رواه الترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، رقم (1299)، سنن الترمذي ت شاكر (3/ 585)، القرافي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، (6/ 230)، شهاب الدين النفراوي، *الفواكه الدواني*، دار الفكر،(2/ 155)، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر ط: الرابعة) (4/ 3188)

[67] – محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي *المختصر الفقهي لابن عرفة* تحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير (مؤسسة خلف أحمد الحبتور، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م)، (7/ 240)، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، *التاج والإكليل لمختصر خليل* (دار الكتب العلمية , الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م)

(7/ 301)، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري *القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة* محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م)، (2/ 811)

[68] –أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (7/ 213).

السلعة، ولكن في حال كان الوكيل لا يعلم بموت الموكل ولكن المشتري يعلم فعليه أن يرد الغلة والسلعة لأنه متعد لعلمه بابتياع شيء قد انفسخت الوكالة فيه[69].

القول الثالث: مذهب يقول التفصيل بين العزل والموت، فينعزل بالعزل علم بالعزل أم لا. وأما الموت فلا ينعزل إلا بالعلم ، وبالنسبة للمدين فالتعامل متعلق بعلمه بالعزل، وهو قول لمالك وابن القاسم.

القول الرابع: نقله اللخمي، أنه ينعزل بنفس الموت علم أم لم يعلم وينفسخ بالعزل إن علم به فقط.

قال ابن رشد: أجمعوا أن الشخص إذا وكل غيره على بيع سلعة ثم يرجع الأصيل فيبيعها ويبيعها الوكيل وهو لا يعلم ببيعها فأنها تكون للمشتري الثاني إن قبضها، وفي هذا دليل على أن وكالته لا تنفسخ بنفس الفسخ فقط، بل إلى أن يعلم الوكيل بالفسخ أو يعلم بذلك المشتري إن علم[70].

وحاصل الأقوال أن الوكالة تنفسخ بموت الموكل وعزل الوكيل و لكن الخلاف هل تبطل بنفس العزل أو الموت أم لا ينعزل الا بعلم الوكيل بالعزل أو الموت.

2-3- ثالثاً- عقود لازمة من جانب، جائزة من جانب العاقد الآخر

مثاله عقد الكفالة **لازم** من الكفيل الذي لا يملك الانفراد بفسخها، دون إذن الطرف المكفول له، والكفالة عقد **جائز** من جانب المكفول له يمكنه فسخها بلا رجوع للمتعاقد الآخر، ومثله عقد الرهن أيضاً، فهو لازم غير جائز من قبل الراهن، ولكنه جائز من قبل المرتهن الذي له فسخه بلا إذن [71].

2-4- رابعاً- أثر تغير الأهلية في انفساخ العقود:

الأهلية: وهي وجود صلاحية في الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، ولكي تصدر الأفعال منه معتداً بها شرعاً[72]، وقد يعرض للأهلية ما يغيرها فتتأثر بذلك بعض الأحكام الشرعية. وعوارض الأهلية كثيرة وهي الجنون والعته والإغماء والنسيان والنوم والرق والمرض و الارتداد والصغر [73]

ويرى المالكية أن عروض الجنون يشبه الموت في أحكامه فإن كان العقد من العقود اللازمة والتي يصح أن تورث فلا يؤثر الجنون فيه. مثلاً عقد المضاربة هو عقد من العقود اللازمة عند المالكية بعد الشروع به ولهذا يورث، وكذلك عقد العارية إذا كانت مقيدة بأجل أو عمل كما سبق بيانه، فلا ينفسخان بالجنون ونحوه.

وعقد الوكالة : فقد نص المالكية أن الوكيل إذا جن فلا يوجب عزله بالجنون إن برأ، وكذا جنون الموكل وإن لم يبرأ، وهذا خلاف ما سبق بيانه في الموت من أنه يفسخه، وكذلك حكم الشركة لها حكم الوكالة، وكلاهما من العقود الجائزة، أما العقود اللازمة مثل الإجارة والبيع، فلا

---

[69] -أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (7/ 213)، ابن جزي، القوانين الفقهية (ص: 216).

[70] -أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (7/ 213)

[71] - الحطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، الرُّعيني المالكي، الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،، (دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م)، (5/ 127).

[72] - ابن أمير محمد بن محمد بن محمد حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (المتوفى: 879هـ)التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام (دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1403هـ - 1983م)، (2/ 164).

[73] - الدردير، الشرح الصغير (3 / 316)، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة:2004 م)، (3/ 104). (2 / 274)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية (ص: 226).

تنفسخ بالجنون وهو أمر لا خلاف فيه عليه[74]، ومن العقود اللازمة التي لا تنفسخ تلقائياً بالجنون عقد الزواج، لكنه يعد عيباً يثبت به الخيار في فسخ العقد[75]، في حين أن عقد الزواج ينتهي بالموت لأحد الزوجين.

ومن عوارض الاهلية مرض الموت الذي يمنع من التصرف بالمال بما زاد عن الثلث ولو كان حالاً منجزاً، بل لو أوقف متاعاً على وارث في مرض موته، لم يصح وكذا لو وقفه قبل مرضه فبقي المتاع في يده إلى مرض الموت فليس له التصرف فيه لعروض المرض، ومثله التصرف بالمال قبل فلسه فإذا أفلس فسخت تبرعاته التي لم تقبض[76] ومن عوارض الاهلية الحجر على المرتد فيمنع من التصرف وتفسخ عقوده ولكن حجره ليس من قبيل حجر المالك عن ملكه؛ لأنه لو مات لا تورث عنه[77].

2-5- خامساً – الفسخ بحكم الشرع

2-5-1- ردة أحد الزوجين:

إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام يحال بينه وبين زوجه باتفاق الفقهاء فيمنع من الخلوة والجماع ونحوهما، لكن الحنفية[78] قالوا: تبين منه امرأته فوراً، ولم يفرقوا بين أن يكون ذلك بعد الدخول بالزوجة أو قبله، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا ولا يحتاج لقضاء على قضاء.

وقال المالكية[79] في المشهور: إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين كان ذلك طلقة بائنة، حتى إن أسلم لم ترجع له إلا بعقد جديد، فعدوه طلاقاً لا فسخاً ولكنهم أضافوا: أن المرأة لو قصدت بردتها فسخ زواجها، فإنه لا ينفسخ معاملة لها بالنقيض من قصدها. وعند الشافعية[80] لا ينفسخ الزواج بمجرد الردة بل يبقى إلى نهاية العدة، فينفسخ النكاح عند ذلك، إلا إذا حصلت الردة قبل الدخول فينفسخ فوراً؛ لأنه لا عدة لها حينذاك. ووافقهم الحنابلة[81] بالردة قبل الدخول فينفسخ النكاح حالاً بالردة من أحدهما، وبعد الدخول: فينفسخ فوراً في رواية كالحنفية، وفي الرواية الثانية تتوقف الفرقة على انقضاء العدة كمذهب الشافعية. بدليل قول الله تعالى: {لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن} [سورة الممتحنة / 10]، وقوله: {ولا تمسكوا بعصم الكوافر} [سورة الممتحنة/10]. وقال المالكية، ووافقهم محمد من الحنفية: إذا ارتد أحد الزوجين انفسخ عقد الزواج وهو طلاق بائن[82].

وقد يفسخ الزواج بأسباب أخرى كظهور محرمية بين الزوجين، بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو تبين أنها متزوجة أو أنها لاتزال في عدة من زوج غيره.

---

[74] – محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة:2004 م)، (3/ 104). (2 / 237، 253، 297، و عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل (3 / 392).

[75] – الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (2/ 277 –280) والتاج والإكليل لمختصر خليل (5/ 148) وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (2/ 470).

[76] – عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (3/ 962).

[77] – الحطاب، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل* (دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م)، (5/ 58).

[78] – بدر الدين العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الحنفى (المتوفى: 855هـ) *العناية شرح الهداية*، (بيروت– دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م) (7/ 282)

[79] –ابن جزي، القوانين الفقهية (ص: 132).

[80] – الشربيني محمد الخطيب، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*،(بيروت– دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى) (4/ 319)

[81] – البهوتى الحنبلى، *كشاف القناع عن متن الإقناع*، (دار الفكر – بيروت، الطبعة: 1402 هـ) (11/ 430)، الشرح الكبير على متن المقنع (7/ 603)

[82] –ابن جزي، القوانين الفقهية (ص: 132).

2-5-2- منع بيوع الآجال:

بيع العينة أن يبيع سلعة لشخص بثمن مؤجل ثم يشتريها حالاً بأقل مما باعها به بثمن حال وهو من البيوع المحرمة عند المالكية وجمهور الفقهاء[83] يوافقونهم، خلافاً للشافعية[84] الذيين قالوا بالكراهة التنزيهية فقط ، ولكن على قول من قال بالتحريم، هل هو محرم لذاته أو محرم سداً لذريعة قرض وسلف جر منفعة؟ عند المالكية فيه القولان حكاهما الباجي، وينبنى عليهما الخلاف في فسخ البيعتين كليهما، أم تفسخ البيعة الثانية فقط، إلا أن جعل هذا كالأمر المتحقق فيدفع إلى فسخ البيعتين، وإن لم نكن متيقنين فسخت الثانية فقط[85].

2-5-3- البيع الفاسد:

إذا وقع البيع فاسداً فُسخ لذلك، ورد المشتري السلعة إلى البائع و البائع الثمن وعادا إلى ما قبل التعاقد فإن كانت السلعة قائمة وهلكت ففيه تفصيل وذلك حسب نوعية الفساد إذ الفساد على أقسام:

1- ما يحرم لتعلقه بمحظور ليس من باب البيوع، كأن يبيع ويشتري في مكان غصبه أو غصبه غيره، فلا يفسخ العقد.

2- البيع عند صلاة الجمعة، لمنع الآية الكريمة منه وقد ورد عن الإمام مالك في البيع وقت نداء الجمعة روايتان: قال في المدونة: يفسخ البيع، وقال في المجموعة: البيع ماض وعليه أن يستغفر الله، ونقل عن ابن الماجشون إن اعتاد الناس البيع ذلك الوقت فسخ بيعهم، وإن لم تكن لهم عادة في البيع في ذلك الوقت بل حصل نادراً زجروا ومنعوا ولم يفسخ[86]. وكأنهم لاحظوا معنى العقوبة أكثر من ملاحظة وقت الحرمة فجعلوا الفسخ زجراً إذا شاع ذلك منهم.

3- وكذلك يفسخ البيع والشركة والإجارة والنكاح والتولية والشفعة والإقالة عند الأذان الثاني يوم الجمعة فإن هلك المبيع فيؤخذ منه القيمة حين القبض وتفسخ، ومحل الفسخ لهذه العقود و رد السلعة إن لم تهلك بيده فإن تلفت فيلزم المشتري القيمة[87].

4- بيع نهي الشرع عنه ولم يخل فيه بشرط كبيع الحاضر لبادٍ والتلقي للركبان المنهي عنه في الحديث عن النبي ﷺ فاختلف هل يفسخ أم لا؟. واعتمد من قال بالفسخ أنه منهي عنه، والنهي من أدلة الفساد، وأما من لا يقول بفسخه فلا يسلم بدلالة النهي على الفساد [88].

5- العقد الذي أختل فيه شرط من شروط الصحة، فيفسخ البيع للخلل وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن هلكت رد مثلها في المكيل والمعدود والموزون أو رد قيمتها فيما لا مثل له[89].

2-6- الفسخ بحكم القضاء:

وهناك فسخها يتوقف على قضاء الحاكم منها:

[83] -برهان الدين ابن مازة *المحيط البرهاني في الفقه النعماني* (7/ 139)، كشاف القناع عن متن الإقناع – (طبعة:وزارة العدل) (7/ 381)

[84] – الشربيني محمّد الخطيب، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*،(بيروت- دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى) (2/ 396)

[85] – عليش، *منح الجليل شرح مختصر خليل* (8/ 453).

[86] – المازري المالكي محمّد بن علي بن عمر التَّمِيمي(المتوفى: 536هـ)، *شرح التلقين*، المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008 م)، (1/ 1007).

[87] – الخرشي: محمّد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (2/ 90).

[88] – المازري المالكي، شرح التلقين (1/1007- 1008)

[89] -ابن جزي، القوانين الفقهية (ص: 172)

2-6-1- الفسخ للإفلاس والإعسار والمماطلة:

من المعلوم أنه بعد ثبوت افلاس شخص فإنه يحتاج إلى حكم القاضي ليحجر على المفلس بفلسه فذهب المالكية[90] والشافعية[91] والحنابلة[92] إلى أن المشتري بظهوره مفلساً فللبائع خيار الفسخ والرجوع بعين ماله، ولا يلزمه أن ينظره، عملاً بقوله ﷺ: (من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[93]، وقال المالكية: لو اشترى شخص شراء فاسداً ثم فسخه الحاكم، ثم أفلس البائع بعد ذلك، فالمشتري أحق من غيره بالثمن إن كان موجوداً قائماً لم يهلك[94]. وخالف الحنفية فلم يروا الحجر على المفلس مطلقاً[95].

2-6-2- فسخ النكاح: الفسخ بعيب في أحد الزوجين

التفريق في النكاح إما أن يكون فسخا أو طلاقاً.

مذهب المالكية: أن للزوجة الفسخ بطلقة واحدة رجعية، إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة، ولها أن تبقى معه إن شاءت، ولكنها إن علمت فقره عند العقد فرضيت فليس لها الفسخ ولا طلبه.

وإذا أرادت المرأة الفسخ رفعت الأمر إلى الحاكم فيأمره إما بالطلاق وإما بالنفقة[96] وهذا الفسخ متوقف على قضاء القاضي لتعدد الأطراف فيحتمل الخصومة وكذلك الحاجة إلى الإثبات والبينات.

و فسخ النكاح بأحد العيوب التي قد توجد بأحد من الزوجين والتي عدها الشافعية[97] سبعة عيوب: عيوب مشتركة بينهما وهي: الجنون والجذام والبرص، وعيوب تخص بالمرأة: وهي الرتق والقرن[98]. وعيوب تخص بالرجل: وهي العنة والجب[99] وأما المالكية[100] فجعلوها ثلاثة عشر عيباً، وأضافوا لما سبق عند الشافعية: من المشتركة الخصاء والعذيطة والاعتراض[101]، وأضافوا لما يختص بالمرأة العفل والبخر

90 – شرح التلقين (3/ 1/ 218)، الخرشي: مُحَمَّد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (5/ 269)

91 – البيان في مذهب الإمام الشافعي (6/ 141)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 128)، الشربيني مُحَمَّد الخطيب، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*،(بيروت– دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى) (3/ 117)

92 – المغني لابن قدامة (4/ 308)، البهوتى الحنبلى، *كشاف القناع عن متن الإقناع*، (دار الفكر – بيروت، الطبعة: 1402 ه)، (3/ 441).

93 – رواه البخاري في صحيحه، في كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع، والقرض والوديعة، فهو أحق به رقم: (2402)، (3/ 118)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، رقم: (1559)، صحيح مسلم (3/ 1193).الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (3/ 283)، مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية (5/ 316).

94 – الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (3/ 283)، مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية (5/ 314).

95 – المبسوط للسرخسي (5/ 189).

96 – مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية (5/ 242).

97 – نهاية المطلب في دراية المذهب (12/ 408) و النجم الوهاج في شرح المنهاج كمال الدين، مُحَمَّد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّمِيري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: 808هـ) الناشر: دار المنهاج (جدة) ت: لجنة علمية الطبعة: الأولى، 1425هـ - 2004م (7/ 231)

98 – الجذام: هو علة يحمر بها العضو ثم يسود ثم يتساقط ويتناثر.[انظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج (7/ 231)] والبرص: بياض شديد يقع الجلد ويذهب دمويته. والرتق: انسداد محل الجماع باللحم، والقرن: عظم في الفرج يمنع الجماع. انظر: [روضة الطالبين وعمدة المفتين (7/ 177)]

99 – (العنَّة): امتناع الوقاع لضعف في القلب أو الآلة فيمتنع الانتشار والجب أن يقطع الذكر بحيث لا يبقى منه ما يمكن به الجماع. [انظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج (7/ 231)]

100 – الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (2/ 277 -280) والتاج والإكليل لمختصر خليل (5/ 148) وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (2/ 470)

101 – والعذيطة: هو حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع ويُقال للرجل عذيوط المراد بقولهم (يحدث) هل ذلك خاص بالغائط أو يجري في البول والريح والظاهر أنه خاص به، الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (3/ 484)، شرح الزركشي شمس الدين مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ)

والإفضاء[102]. وللزوجة فقط دون الزوج: رد زوجها بالجذام والبرص والجنون، وإن حدث ذلك بعد الدخول لأنها قد لا تصبر عليها، ولا تملك العصمة لتطلق نفسها، بخلاف الزوج المالك للعصمة فيمكنه إنهاء الزواج إن أراد متى شاء، فإما أن يرضى بها، وإما أن يطلق إن حدث عيب بالزوجة من هذه العيوب بعد العقد[103].

3- المبحث الثالث: آثار الانفساخ:

تختلف آثار الانفساخ باختلاف العقود وكذلك باختلاف أسباب الانفساخ، ولكن أهم آثار الفسخ والانفساخ هي:

3-1- أولا: إعادة الطرفين إلى ما قبل العقد

في العقود الفورية:

إذا انفسخ العقد لهلاك السلعة المبيعة قبل قبضها فإنه يرفع العقد ويفسخه تماماً من أصله، ويكون المتعاقدان كما لو لم يحصل بينهما عقد أصلاً، فيرجع المشتري بالثمن على البائع ويطالبه به، والبائع يرجع على المشتري بالمطالبة بالسلعة إذا سلمه إياه؛ وإلا فإن السلعة قبل قبضها من ضمان البائع [104].

في العقود المستمرة:

الانفساخ يرفع العقود المستمرة في المستقبل لا في الماضي، فمثلا الإجارة ، عند هلاك العين المستأجرة فينفسخ العقد في المستقبل لا في الماضي، وعليه أجرة ما مضى من الزمن أو عمل بقسطه إن كان لمثله قيمة، وما لم يحصل فلا شيء عليه فيه[105].

وكذلك الحكم نفسه في عقود العارية والوكالة والمضاربة ونحوها، إذا انفسخت فيرتفع العقد من حينه بالنسبة للمستقبل، لا من أصله، لأن العقد لا يتناول الماضي لمضيه على الصحة بل محله في العقود المستمرة ما يستقبل من الزمان.

3-2- ثانياً: أثر تغيير المحل قبل الانفساخ:

انفساخ العقد يوجب الرجوع إلى ما قبل التعاقد وأن يرد المعقود عليه إلى مالكه وحائزه قبل العقد، فإذا كان المعقود عليه قائماً يرد كما هو ما لم يتغير، كالمبيع عند انفساخ البيع بسبب الخيار أو الفساد أو الاستحقاق ونحوها. فترد السلعة المتعاقد عليها إلى صاحبها، وكذلك يرد المستأجر العين المستأجرة إلى مالكها ، وإذا انفسخت الإجارة بموت أحد العاقدين أو بالاستحقاق أو بانتهاء المدة، فترد العين إلى مالكها، هذا كله إذ كانت قائمة ولم تتغير، وهكذا الحكم في عقود الإعارة والإيداع وغيرها وإذا انفسخت هذه العقود ترد الوديعة والمعار إلى مالكيها إذا كانت قائمة[106].

الناشر: دار العبيكان الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م، (3/ 420)] وفسروا الاعتراض: بعدم الانتشار وفسروا العنة: بصغر الآلة أو يمكنه الوطء إلا أنه لا ينزل [انظر: التلقين في الفقه المالكي (1/ 117)]

102 - (وبخر فرجها) أي نتونته لأنه منفرٌ جداً. [انظر: الخرشي: محمد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (3/ 237)] وهذا بخلاف نتن الفم فلا رد به، وعفلها: لحم يبرز في قبلها يشبه الأدرة ولا يخلو عن رشح، وقيل رغوة تحدث في الفرج عند الجماع وإفضائها وهو اختلاط مسلك البول والذكر.

103 - حاشية الصاوي على الشرح الصغير (2/ 471)

104 - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 200)،أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 418).

105 - القرافي، الذخيرة للقرافي المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة (5/ 470)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (2/ 654).

106 - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 200)،أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل (6/ 418). الخرشي: محمد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (5/ 249)

وفي عقد الإجارة في حال تغيرت العين المستأجرة ثم فسخت الإجارة، فإن كان التغير بتقصير من المستأجر فهو ملزم برد العين المستأجرة مع أرش النقصان، وإن كان بالزيادة كالغرس والزرع بالأرض المستأجرة أو بالبناء عليها وقد تمت مدة الإجارة، فهو ملزم بقلع الأشجار وهدم البناء [107].

أما إذا انفسخت الإجارة لتمام المدة وانقضائها وكان التغير بالزرع فيها قبل وقت حصادها، فليس له إجبار المستأجر على تسليمه الأرض المستأجرة، لما فيه من ضرر به، لكن تترك للمستأجر إلى الحصاد بأجرة المثل، ومثل ذلك في الحكم العارية[108].

3-3- ثالثاً: ضمان الخسارة الناشئة عن الانفساخ:

إذا حصل الفسخ بسبب هلاك المبيع أو الثمن فنرجع في تحديد الضمان إلى من كان الهلاك بسببه فإن هلك وتلف المبيع قبل قبضه فهو من ضمان البائع وهو ملزم به قبل التسليم ومن ضمانه، ولكن لو أن المشتري هو من قام بإتلاف السلعة قبل قبضها كان الإتلاف منه في حكم القبض له، وهو من ضمانه، وإذا هلكت العين المستأجرة بيد المستأجر فضمانها على المؤجر لا على المستأجر؛ ما لم يكن هناك اعتداء أو تقصير أو تفريط من المستأجر[109].

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، عود على بدء، ونظرة سريعة نستجلي من خلالها مسألة انفساخ العقد عند المالكية الذين تميزوا بتضييقه دائرة العقود الجائزة واعطاها صفة اللزوم بخلاف سائر المذاهب، وكذلك اعتماده على المصلحة كمصدر من مصادر التشريع، ولا سيما أن العقود قائمة على الاجتهاد في الأغلب.

والانفساخ يوجب الرجوع بالعقد إلى ما قبل التعاقد وأن يرد المعقود عليه إلى مالكه، فإذا كان المعقود عليه قائماً يرد كما هو ما لم يتغير،.

كما أن الانفساخ يرفع العقود المستمرة في المستقبل لا في الماضي وإذا انفسخ العقد لهلاك السلعة قبل قبضها فإنه يرفع العقد ويفسخه من أصله، ويكون المتعاقدان كما لو لم يحصل بينهما أصلاً، فيرجع المشتري بالثمن على البائع، والبائع يرجع على المشتري بالمطالبة بالسلعة إذا سلمه إياه؛ وإلا فإن السلعة قبل قبضها من ضمان البائع، ويتحمل آثار الانفساخ من كان سببا في الهلاك.

أسأل الله أن ييسر لنا سبل الهدى والرشاد، والحمد لله رب العالمين.

المراجع والمصادر

1. ابن الموقت ابن أمير مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد حاج الحنفي (المتوفى: 879هـ)، التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام (دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1403هـ - 1983م).
2. ابن جزي أبو القاسم، مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)،ابن جزي، القوانين الفقهية.
3. ابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة:2004 م)
4. الأزدي القيرواني، خلف بن أبي القاسم مُحَمَّد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: الدكتور مُحَمَّد الأمين ولد مُحَمَّد سالم بن الشيخ(دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م)،

[107] – الخرشي: مُحَمَّد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (7/ 47)

[108] – الخرشي: مُحَمَّد بن عبد الله ا المالكي، *شرح مختصر خليل للخرشي*، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، (7/ 48)

[109] – إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك (ص: 88)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ط الحلبي (2/ 277).

5. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: 1099هـ)، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، عناية: عبد السلام مُحَمَّد أمين، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1422 هـ - 2002 م)

6. الحطاب مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م).

7. مُحَمَّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير* الناشر: دار الفكر

8. الصاوي أبو العباس أحمد بن مُحَمَّد الخلوتي، المالكي (المتوفى: 1241هـ)، *بلغة السالك لأقرب المسالك* المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير : دار المعارف.

9. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، *الذخيرة للقرافي* المحقق: مُحَمَّد حجي، سعيد أعراب، مُحَمَّد بو خبزة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1994 م

10. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، *أنوار البروق في أنواء الفروق*، (المتوفى: 684هـ)،(عالم الكتب)

11. القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُحَمَّد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة ، المحقق: مُحَمَّد مُحَمَّد أحيد ولد ماديك الموريتاني، (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م)

12. المازري المالكي مُحَمَّد بن علي بن عمر التَّمِيمي(المتوفى: 536هـ)، *شرح التلقين*، المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008 م).

13. أبو مُحَمَّد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، المحقق: حميش عبد الحقّ، مكة المكرمة: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز)

14. كمال الدين، مُحَمَّد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّمِيري أبو البقاء الشافعي، النجم الوهاج في شرح المنهاج (المتوفى: 808هـ) الناشر: دار المنهاج (جدة) ت: لجنة علمية الطبعة: الأولى، 1425هـ - 2004

15. مُحَمَّد صدقي بن أحمد بن مُحَمَّد آل بورنو أبو الحارث الغزي، *الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية*، (بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الرابعة، 1416 هـ - 1996 م)

16. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، العين تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي (دار ومكتبة الهلال).

17. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُحَمَّد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، *الكافي في فقه أهل المدينة* مُحَمَّد مُحَمَّد أحيد ولد ماديك الموريتاني (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م)

18. أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (المتوفى: 1397 هـ)، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، : بيروت – لبنان دار الفكر، الطبعة: الثانية

19. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، (بيروت: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م)

20. شمس الدين مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ) شرح الزركشي الناشر: دار العبيكان الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م،

21. مُحَمَّد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، (بيروت: دار الفكر للطباعة)

22. عليش مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، (بيروت: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة، 1409هـ/1989م)

23. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المدونة (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م)

24. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية).

25. مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* (القاهرة:2004 م)

26. مُحَمَّد بن مُحَمَّد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي المختصر الفقهي لابن عرفة تحقق: د. حافظ عبد الرحمن مُحَمَّد خير (مؤسسة خلف أحمد الخبتور، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م)

27. مُحَمَّد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، *التاج والإكليل لمختصر خليل* (دار الكتب العلمية , الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م)

28. إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن مُحَمَّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، (المتوفى: 478هـ)، *نهاية المطلب في دراية المذهب*، حققه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، (الناشر: دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428هـ-2007م)

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر ط: الرابعة)