

تكييف الإقالة وأثره في الفقه الإسلامي والقانون المدني(*)

الدكتور/عبد الله ابداح شافي العجمي
قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

لم يختلف الفقهاء - رحمهم الله - في مشروعية عقد الإقالة في الجملة لدلالة الأدلة الصحيحة على مشروعيتها، وذهبوا إلى أن حكمها التكليفي يدور بين الإباحة والنذب والوجوب، وذلك بحسب حال المباشرة لها وسلامة العقد الذي تعقبه؛ حيث إنها مباحة في حق طالبها وهو النادم على إبرام العقد، ومستحبة في حق مقيل ذلك النادم، وواجبة في حالة عدم سلامة العقد الذي سبقها، كأن تكون بعد عقد مكروه، أو بيع فاسد، أو بيع وقع فيه غرر وغبن يسير.

لكنهم اختلفوا في تكييفها الفقهي في حق العاقدين وفي حق غيرهما؛ فكان القول الراجح أنها فسخ ينحل به العقد القائم بين المتعاقدين، وهي فسخ أيضاً في حق غيرهما ممن تعلق حقه بهذا العقد كالشفيع مثلاً، وكان لهذا القول آثارٌ كثيرة تترتب عليه خلافاً للقول بأنها بيع في حق العاقدين وفي حق غيرهما.

وعند المقارنة بين تكييف الإقالة في الفقه الإسلامي وتكييفها في القانون الوضعي تجلّى بوضوح تميز الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في باب الإقالة تميّزاً واضحاً؛ مما دفع بعض القوانين العربية إلى الأخذ

(*) أجزى البحث بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٩م.

بآراء الفقهاء وتكييفهم لعقد الإقالة، ومن تلك القوانين القانون المدني الكويتي كما في المادة (٢١٨) منه؛ حيث أخذ برأي فقهاء الحنفية القائل بأن الإقالة فسخ في حق العاقدين وعقد جديد في حق غيرهما.

المقدمة:

يحتاج الناس إلى إبرام المعاملات المالية - كالبيع والإجارة مثلاً - بشكل مستمر في حياتهم اليومية نظراً لصعوبة سير الحياة دون ذلك، وهذا ما قد ينتج عنه أحياناً الندم على إبرام بعض تلك العقود بسبب الاستعجال في عقدها نتيجة لسرعة انعقاد العقود - خاصة في ظل وسائل الاتصال الحديثة - أو لظن المتعاقد أنه بحاجة لتلك السلعة رضوخاً لدعاية تجارية مغرية، ثم يتبين له بعد ذلك عدم حاجته إليها، وهو للثمن الذي دفع فيها أحوج، أو لغير ذلك من الأسباب والدوافع لإنشاء العقود والتي لا تكون في بعض الأحيان عن تروٍّ وتأمل.

وحتى يزول ذلك الندم وتتحقق المصلحة المأسوف على فواتها - للعاقدين أو لأحدهما - كان لابد من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد؛ فمثلاً في عقد البيع تعود السلعة لبائعها ويعود الثمن لدافعه وهو المشتري، وهذا ما يتحقق في الشريعة الإسلامية من خلال عقد الإقالة؛ ونظراً لأهمية هذا العقد في الفقه الإسلامي فقد اخترته موضوعاً للبحث والدراسة، وسوف أتناول فيه على وجه الخصوص الجانب المتعلق بالتكييف الفقهي لعقد الإقالة؛ لما لهذا الجانب من آثار مهمة في فروع المسائل، كما أنني سوف أقوم بمقارنة هذه الدراسة بالتكييف القانوني لعقد الإقالة، سائلاً المولى - عز وجل - التوفيق والسداد.

وقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى سبعة مباحث:

- المبحث الأول: حقيقة الإقالة.

- المبحث الثاني: مشروعية الإقالة وحكمها.

- المبحث الثالث: أركان الإقالة.

-
- المبحث الرابع: شروط صحة الإقالة.
 - المبحث الخامس: التكييف الفقهي لعقد الإقالة.
 - المبحث السادس: آثار اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة.
 - المبحث السابع: تكييف الإقالة في القانون المدني.
- ثم خاتمة البحث وفيها أهم نتائج البحث.

المبحث الأول حقيقة الإقالة

المطلب الأول الإقالة في اللغة

الإقالة في اللغة بمعنى الرفع والإزالة، ومن ذلك قوله: قُلْتُه البيع - بالكسر - وأقلته: فسخته. واستقاله: بمعنى طلب إليه أن يُقبله، و: تقايل البيعان، إذا فسخا البيع وعاد المبيع إلى مالكه والتمن إلى المشتري؛ إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما، ويقال: أقال الله فلاناً عثرته، بمعنى الصفح عنه.^(١)

المطلب الثاني الإقالة في الاصطلاح الشرعي

الإقالة عند الحنفية:

جاء في البحر الرائق: «الإقالة هي رفع العقد»^(٢)

وجاء في تبين الحقائق: «الإقالة هي رفع العقد من المتعاقدين»^(٣)

وجاء في مجمع الأنهر: «الإقالة هي رفع عقد البيع»^(٤)

(١) انظر لسان العرب لابن منظور (١١ / ٥٧٩)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (٦٠٦ / ٣)، المصباح المنير للمقري (ص ١٩٩).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٦ / ١١٠)، وعرفها ابن عابدين بنفس هذا التعريف في حاشيته (١١٩ / ٥).

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٤ / ٧٠).

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن شيخي زاده (٢ / ٧١).

وعند المالكية:

جاء في المدونة: «الإقالة أن يترادًا -البائع والمبتاع- ما كان بينهما من البيع على ما كان البيع عليه»^(١)

وجاء في حاشية الصاوي: «قال ابن عرفة: الإقالة ترك المبيع لبائعه بثمنه»^(٢)

وعند الشافعية:

جاء في حاشية الجمل: «الإقالة هي ما يقتضي رفع العقد المالي بوجه مخصوص»^(٣)

وجاء في أسنى المطالب: «الإقالة رفع العقد المالي بوجه مخصوص»^(٤)

وعند الحنابلة:

جاء في المغني «الإقالة هي الرفع والإزالة»^(٥)

ونلاحظ في تعاريف الفقهاء السابقة لعقد الإقالة ما يلي:

أولاً: اتفاق جمهورهم - وهم الحنفية والشافعية والحنابلة - على كون الإقالة هي: «رفع العقد»، وهو كما قال ابن نجيم: «تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما، وإن أردت خصوصاً فقل: رفع عقد البيع»^(٦)

ثانياً: أطلق الحنفية والحنابلة هذا الرفع، وقيده الشافعية بقيدين اثنين هما:

(١) المدونة للإمام مالك (١٦٦/٣).

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٠٧/٣).

(٣) حاشية الجمل لسليمان بن منصور المعروف بالجمل (١٥٦/٣).

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب لذكريا الأنصاري (٧٤/٢).

(٥) المغني لابن قدامة (٩٥/٤)، وعرفها البهوتي بنفس هذا التعريف، انظر: كشف القناع للبهوتي (٢٤٨/٣).

(٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (١١٠/٦).

- الأول: كون الرفع للعقد المالي، وهذا يخرج به العقد غير المالي، وفي ذلك بيان لمحل الإقالة.
- الثاني: أنه رفع على وجه مخصوص، وفي ذلك إشارة إلى الأركان والشروط الواجب توافرها في عقد الإقالة.
- ثالثاً: بعض الفقهاء قصر تعريف الإقالة على عقد البيع دون باقي العقود، وسبب ذلك هو غلبة وقوع الإقالة فيه.
- قال ابن عابدين: «تخصيصه بالبيع لكون الكلام فيه، وإلا فهو تعريف للإقالة مطلقاً، لأن حقيقتها في الإجارة لا تخالف حقيقتها في البيع»^(١)
- رابعاً: فقهاء المالكية كان تعريفهم للإقالة مختلفاً، حيث لم يستعملوا عبارة رفع العقد في اصطلاحهم كما فعل باقي الفقهاء، واختاروا عبارة الرد والترك؛ ولعل ذلك يرجع إلى أنهم لا يكتفون بالإقالة على أنها فسخ للعقد السابق، بل على أنها بيع جديد كما سيأتي بيانه لاحقاً^(٢)
- والتعريف المختار - في نظري - هو تعريف الشافعية لكونه أجمع التعاريف السابقة لحقيقة الإقالة.

(١) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) (٥/١٢٠).

(٢) سيأتي في المبحث الخامس "التكييف الفقهي للإقالة".

المبحث الثاني مشروعية الإقالة وحكمها

المطلب الأول مشروعية عقد الإقالة

اتفق الفقهاء على مشروعية إقالة العقود في الجملة؛ مستدلين على ذلك بالسنة والمعقول.

أما السنة:

فبما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته»^(١)، وزاد ابن ماجه: «يوم القيامة»^(٢).

وعن أبي هريرة أيضاً عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة»^(٣).

ووجه الاستدلال من السنة:

أن ما ورد من أحاديث يدل على فضل الإقالة واستحبابها، وذلك بأن مقيل النادم يقيل الله عثرته يوم القيامة؛ أي يغفر زلته وخطيئته، وهذا دليل صريح على مشروعيته^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الإجارة، باب فضل الإقالة (٢٥٣/٣) حديث (٣٤٦٠)، وابن ماجه في سننه كتاب التجارات، باب الإقالة (٧٤١/٢) حديث (٢١٩٩)، والإمام أحمد في مسنده (٢٥٢/٢)، قال الشيخ الألباني: صحيح.

(٢) سنن ابن ماجه (٧٤١/٢).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٢٧/٦) حديث (١٠٩١٢)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٤/١١) حديث (٥٠٢٩)، قال شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم.

(٤) انظر عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي الطيب العظيم آبادي (٢٣٧/٩).

وذكرُ المسلم في الحديث الأول لا يدل على اشتراط أن يكون المقال مسلماً، وإنما ذكر لكونه حكماً أغلبياً، وإلا فنواب الإقالة ثابت في إقالة غير المسلم كما هو واضح في الحديث الثاني في قوله: «من أقال نادماً»^(١).

أما المعقول:

فقالوا: إن العقد حق للعاقدين وقد انعقد بتراضيهما، وكل ما هو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما^(٢).

المطلب الثاني حكم عقد الإقالة

الإقالة مشروعة في الجملة كما سبق بيانه، إلا أن الحكم التكليفي لها يدور بين الإباحة والندب والوجوب، وذلك على النحو التالي:

أ - إباحة الإقالة:

تكون الإقالة مباحة في حق طالبها وهو غالباً ما يكون العاقد النادم على إبرام العقد؛ فلقد ذهب الفقهاء إلى إباحة طلبه إقالة العقد الذي ندم على الدخول فيه^(٣).
جاء في أسنى المطالب «الإقالة، جائزة وتسند لنادم، أي لأجله»^(٤).
ويعني ذلك أنها جائزة في حق النادم مسنونة في حق مقيل النادم كما سيأتي.

-
- (١) سبل السلام للصنعاني (٤٥/٢) وانظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٧٠/٤)، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري (٧٤/٢) كشف القناع للبهوتي (٢٤٨/٣).
 - (٢) انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن شيخي زاده (٧١/٢) والجوهر النيرة للعبادي (٢٠٧/١).
 - (٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢١٤/٥) التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٢٦/٦) تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٣٩٢/٤)، كشف القناع للبهوتي (٢٤٨/٣).
 - (٤) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٧٥/٢).

ب - استحباب الإقالة:

تستحب الإقالة في حق مقيل النادم، فإن الشارع لما أباح للنادم طلب إقالة العقد، ندب العاقد الآخر إلى الموافقة على هذا الطلب وإقالة النادم وتخليصه من ذلك العقد^(١). دل على ذلك حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»^(٢).

ففي هذا الحديث وعد النبي - صلى الله عليه وسلم - مقيل النادم بالثواب يوم القيامة، مما يدل على كون الإقالة مستحبة في حق المقيل. جاء في نهاية المحتاج: «إن المقيل لما كانت الإقالة مطلوبة لأنها تسن في حقه كان محسناً»^(٣).

ج - وجوب الإقالة:

أولاً - وجوب الإقالة بعد عقد مكروه أو بيع فاسد:

تكون الإقالة واجبة إذا كانت بعد عقد مكروه أو بيع فاسد؛ لأنه إذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صوناً لهما عن المحذور، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان، ويكون ذلك بالإقالة^(٤).

ثانياً - وجوب الإقالة بعد وقوع الغرر والغبن اليسير:

وتكون الإقالة واجبة أيضاً، إذا كان البائع مغرراً بالمشتري وكان الغبن يسيراً، وإنما قيد الغبن باليسير هنا؛ لأن الغبن الفاحش يوجب الرد إن غره البائع على الصحيح^(٥).

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين (حاشية ابن عابدين) (١٢٤/٥)، التاج والإكليل (٤٢٦/٦)، حاشية الجمل (١٢٤/٣)، مطالب أولي النهى (١٥٤/٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) نهاية المحتاج للرملي (٤٩/٤).

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (١١٠/٦)، رد المحتار (١٢٥/٥)، شرح العناية على الهداية للبايرتي (٤٨٦/٦).

(٥) المصادر السابقة.

المبحث الثالث أركان الإقالة

للإقالة ثلاثة أركان، هي: الصيغة، والمتقاييلان، ومحل الإقالة.

المطلب الأول الصيغة

الصيغة المكونة لعقد الإقالة قد تكون بالألفاظ - وهذا هو الأصل في صيغ العقود - وقد تكون بغير الألفاظ كالكتابة والإشارة والمعاطة، وتبين ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول انعقاد الإقالة بالألفاظ

لا خلاف بين الفقهاء في أن الإقالة تنعقد صحيحة بلفظها (الإقالة) ومادتها (القاف والياء واللام)؛ وذلك لصراحة هذا اللفظ في الرغبة في حل العقد إلغاء آثاره^(١)، كما أنه لا خلاف بينهم أيضاً في انعقادها بغير لفظ الإقالة كلفظ المفاسخة أو الرد أو المتاركة، ونحو ذلك من الألفاظ؛ لأن المقصود هو المعنى وكل ما يتوصل به إليه أجزأ^(٢).

الفرع الثاني انعقادها بغير الألفاظ

الإقالة عقد كسائر العقود تنعقد بما يدل على الرضا من العاقلين، سواء أكان لفظاً أم غير لفظ؛ لذلك يصح عقدها بالكتابة والإشارة والتعاطي^(٣).

(١) انظر: تبين الحقائق للزيلعي (٧٢/٤)، حاشية ابن عابدين (١٢٠/٥)، مواهب الجليل للحطاب (٤٨٦/٤)، حاشية الجمل (١٥٦/٣)، كشف القناع (٢٥٠/٣).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: المصادر السابقة.

المطلب الثاني

العاقدان

العاقدان في الإقالة هما المتقايلان اللذان يباشران عقد الإقالة، ويصدر من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول، ويشترط في هذين العاقدين ما يشترط في كل من يباشر العقود والتصرفات الشرعية؛ من كونهما أهلاً لإنشاء العقود وذلك بتمتعهما بأهلية أداء كاملة أو حتى ناقصة^(١)، ويعلل الفقهاء ذلك بأن من يكون أهلاً لإبرام عقد البيع يكون أهلاً لفسخه بالإقالة^(٢).

المطلب الثالث

محل الإقالة

محل الإقالة هو العقد الذي ترد عليه الإقالة، وليس كل العقود صالحة لأن تكون محلاً لعقد الإقالة؛ ذلك أنه يشترط في العقود التي ترد عليها الإقالة ما يلي:

أولاً: أن يكون العقد لازماً من الطرفين، كعقد البيع مثلاً؛ لكون هذا النوع من العقود لا يمكن فسخه إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، وهذا ما تعنيه الإقالة، ويخرج بهذا الشرط العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة مثلاً، أو الجائزة من طرف واحد كعقد الرهن^(٣)؛ فهذه العقود لا تصلح أن تكون محلاً لعقد الإقالة،

(١) وأهلية الأداء الناقصة تثبت في حق الصغير في سن التمييز وكذلك المعتوه، ويكون التصرف فيها إما صحيحاً دون إجازة الولي له، وذلك إن كان فيه نفع محض، وإما أن يكون باطلاً وإن أجازه الولي، وذلك في التصرف الضار ضرراً محضاً، وإما أن يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي له، وذلك في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع مثلاً.

(٢) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١١/٦).

(٣) عقد الرهن يكون لازماً في حق الراهن بعد قبض الرهن، جائزاً في حق المرتهن، وبناء على ذلك لا يكون محلاً للإقالة إذا كان الفسخ من جهة المرتهن؛ لأنه يملك فسخ الرهن في أي وقت، ويكون محلاً لها إذا كان طالب الإقالة هو الراهن؛ لأنه لا يملك فسخ الرهن إلا برضا المرتهن وهذا هو معنى الإقالة.

لجواز فسخها من العاقدین أو من أحدهما، دون الحاجة إلى رضا الطرف الآخر، ومن ثم لا وجود للإقالة في هذا النوع من العقود.

ثانياً: أن يكون العقد اللازم قابلاً للفسخ بالخيار، ويضيف هذا الشرط قيداً جديداً هو قابلية العقد اللازم للفسخ بالخيار، ليخرج العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ بالخيار كعقد النكاح، وعقد الوقف؛ لكون هذا النوع من العقود لا يصح أن يكون محلاً لعقد الإقالة.

المبحث الرابع شروط صحة الإقالة

يشترط لانعقاد الإقالة صحة عدة شروط، هي على النحو التالي:

- الشرط الأول: رضا المتقايلين.
 - الشرط الثاني: اتحاد مجلس عقد الإقالة.
 - الشرط الثالث: كون التصرف قابلاً للفسخ.
 - الشرط الرابع: بقاء المحل وقت الإقالة.
 - الشرط الخامس: تقابض بدلي الصرف في إقالة الصرف.
- وهو ما سنتناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول رضا المتقايلين

حتى تكون الإقالة صحيحة، يشترط فيها رضا الطرفين المتعاقدين، وهما المتقايلان، ولا خلاف بين الفقهاء في كون الرضا شرطاً في صحة عقد الإقالة، فمن اعتبرها بيعاً قال: إن الرضا شرط في صحة البياعات وهي من جملتها، ومن قال: إنها فسخ، اعتبر أن العقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضي العاقدين، فكذا فسخ العقد لا يكون صحيحاً إلا بتراضيهما^(١).

وعللوا أيضاً اشتراط الرضا في صحة الإقالة، بأن محلها العقود اللازمة، وهي ما يفتقر إلى الرضا بخلاف العقود غير اللازمة، فهي لمن له خيار الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٨/٥)، البحر الرائق (١١٠/٦)، نهاية المحتاج للرملي (١٦٤/٤)، كشاف القناع للبهوتي (٢٥٠/٣).

(٢) انظر: البحر الرائق (١١٠/٦).

المطلب الثاني

اتحاد مجلس عقد الإقالة

يشترط لصحة الإقالة أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فلو تأخر القبول حتى انتهى مجلس العقد ما صحت الإقالة، وعلل الفقهاء ذلك بأن معنى البيع موجود في الإقالة، فيشترط لها ما يشترط له من اتحاد المجلس^(١).

المطلب الثالث

كون التصرف قابلاً للفسخ

يشترط لصحة الإقالة أن يكون التصرف الذي ترد عليه قابلاً للفسخ بخيار من الخيارات؛ كالرد بخيار الشرط، والرؤية، والعيب. وذلك عند من اعتبر الإقالة فسخاً من الفقهاء، أما من اعتبرها بيعاً فلم يشترط ذلك لصحتها^(٢).

المطلب الرابع

بقاء المحل وقت الإقالة

بقاء المعقود عليه شرط لصحة الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح؛ لأن من شرط صحة الإقالة قيام العقد، لأنها رفع للعقد، والعقد يقوم بالمعقود عليه وهو محل له، فلا يبقى بعد هلاكه.

أما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط، فإن هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة كما لا يمنع صحة البيع^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٨/٥)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٠/٦)، مواهب الجليل (٤٨٨/٤)، أسنى المطالب (٧٥/٢).

(٢) انظر: الفتاوى الهندية (١٥٧/٣)، وسيأتي تفصيل خلاف الفقهاء في تكييف الإقالة وأثر ذلك الخلاف في فروع الفقه.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٩ / ٥)، تبیین الحقائق للزليعي (٧٢ / ٤).

وذهب بعض الشافعية إلى أن هلاك المبيع لا يمنع صحة الإقالة، فتلحق التالف، ويرجعان بالقيمة يوم التلف، وقيل: يوم القبض، وقيل: أوفر القيم من القبض إلى التلف؛ إذ القصد بها رفع الغبن، وهو يرتفع مع التلف كعم البقاء^(١).
والراجع: أن بقاء المعقود عليه شرط في صحة الإقالة لقوة هذا الرأي.

وذهب الحنفية إلى أن هلاك بعض المعقود عليه يبطل الإقالة في البعض الهالك، وتصح في الباقي والقائم^(٢).

المطلب الخامس

تقابض بدلي الصرف في إقالة الصرف

من شروط صحة الإقالة تقابض بدلي الصرف في إقالة الصرف، وهو قول مبني على اعتبار أن الإقالة بيع في حق العاقلين وغيرهما، أو بيع فقط في حق غيرهما وفسخ في حقهما^(٣) أما من اعتبرها حل بيع وفسخ عقد فلم يشترط هذا الشرط.

جاء في أسنى المطالب: «وفرع على كونها فسخاً مسائل فقال: (فيجوز تفريق المتقابلين)؛ أي تفرقهما من مجلس الإقالة (في الصرف قبل التقابض)^(٤).

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي (٤٩٣/٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣٣٤/٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٨ / ٥)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٢٦/٦).

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (٧٤/٢).

المبحث الخامس

التكييف الفقهي لعقد الإقالة

اختلف الفقهاء في حقيقة عقد الإقالة وتكييفه الفقهي في حق العاقلين وفي حق غيرهما، وهل هو فسخ للعقد أو هو ابتداء عقد جديد؟

ولتوضيح ذلك بدقة سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

- **المطلب الأول:** التكييف الفقهي للإقالة في حق العاقلين.
- **المطلب الثاني:** التكييف الفقهي للإقالة في حق غير العاقلين.

المطلب الأول

التكييف الفقهي للإقالة في حق العاقلين

اختلف الفقهاء في طبيعة عقد الإقالة الواقع بين المتعاقدين المتقايين؛ وكانوا في ذلك على قولين.

- **القول الأول:** أن الإقالة فسخ ينحل به العقد بين المتعاقدين^(١).

(١) **الفسخ في اللغة:** هو الرفع والإزالة، وفي اصطلاح الفقهاء، قال الكاساني: (فسخ العقد رفعه من الأصل، وجعله كأن لم يكن) وقال أيضاً: (هو إعادة المالك إلى قديم ملكه كأنه لم يزل عن ملكه)، وقال الزركشي في المنثور: (قال ابن عبد السلام: الانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه، والفسخ: هو قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه). فالشافعية في أحد أقوالهم حول مفهوم الفسخ يوافقون الحنفية في كون الفسخ رفع العقد من أصله لا من حين الفسخ، وفي قول آخر لهم أنه رفع للعقد من حين الفسخ وليس من الأصل، وهو ما يذهب إليه الحنابلة أيضاً؛ جاء في كشف القناع: فهو (أي الفسخ) رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله، كالخلع والطلاق، وهذا الخلاف يظهر أثره في الزوائد الحادثة في المبيع بعد العقد وقبل الفسخ.

انظر في المعنى اللغوي: المصباح المنير (ص ١٨٠)، وفي المفهوم الاصطلاحي: بدائع الصنائع للكاساني (٥ / ١٨١)، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي (٤٢/٣)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٣٩٢/٤)، كشف القناع للبهوتي (٢٥٠/٣).

وذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية^(١) والشافعية في أصح القولين عندهم^(٢) والحنابلة^(٣).

- **القول الثاني:** أن الإقالة بيع جديد بين المتعاقدين يشترط فيها ما يشترط في البيع ويمنعها ما يمنعه.

وذهب إلى ذلك الإمام أبو يوسف من الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية في القول الآخر عندهم^(٦) والإمام أحمد في الرواية الأخرى عنه^(٧) وابن حزم الظاهري^(٨).

(١) ويرى محمد بن الحسن أن الإقالة إذا تعذر جعلها فسخاً فإنها تصير بيعاً للضرورة، كأن تكون الإقالة بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض، فتجعل بيعاً جديداً في هذه الحالات.

انظر: المبسوط للسرخسي (١٦٦/٢٥)، بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٦/٥)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٧٠/٤)، فتح القدير لابن الهمام (٤٨٨/٦).

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب للنووي (٢٠٠/٩)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٣٩٢/٤)، الغرر البهية لتركيا الأنصاري (٤٦٩/٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٩٥/٤) كشف القناع للبهوتي (٢٤٨/٣).

(٤) ويرى الإمام أبو يوسف أنه إذا تعذر جعل الإقالة بيعاً في حق العاقدين فإنها تكون فسخاً في هذه الحالة.

انظر: المبسوط (١٦٦/٢٥)، بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، تبين الحقائق (٧٠/٤)، فتح القدير (٤٨٨/٦).

(٥) واستثنى المالكية من ذلك الإقالة في الطعام؛ فليست بيعاً عندهم، بل هي حل للبيع السابق؛ أي فسخ له، ولذلك جازت عندهم الإقالة منه قبل قبضه، كما استثنوا الشفعة أيضاً، فإنها ليست ابتداء بيع ولا حل بيع سابق، إنما هي ملغاة عندهم، كما استثنوا الإقالة في المراجعة من كونها ابتداء بيع، ورأوا أنها حل للبيع السابق.

انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٤٨٥-٤٨٦)، التاج والإكليل (٤٢٦/٦)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢٠٩/٣ - ٢١٠).

(٦) انظر: تحفة المحتاج (٣٩٢/٤).

(٧) المغني لابن قدامة (٩٥/٤).

(٨) المحلى لابن حزم (٤٨٧/٧).

أدلة القولين:

أولاً - أدلة أصحاب القول الأول:

استدل من ذهب من الفقهاء إلى أن الإقالة فسخ في حق العاقلين بما يلي:

١ - أن الإقالة في اللغة، بمعنى الرفع والإزالة، يقال: أقال الله عثرتك: أي أزالها، وجاء في الحديث: «من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة»^(١) وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أقبلوا نوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود»^(٢)

قالوا: والأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عنه اللفظ لغة، ولفظ الإقالة ينبئ عن الرفع، ورفع العقد فسخه، والأصل هو إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية^(٣)

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه استدلال في غير موضعه؛ لأن غاية ما فيه هو الحض على الإقالة فقط، وليس فيه أن الإقالة لا تسمى بيعاً ولا لها حكم البيع، فبطل الاستدلال به^(٤).

لكن يجاب عنه بأن أهل اللغة متفقون على أن المعنى الحقيقي للإقالة هو الرفع، والرفع هو الفسخ، وعلى ذلك يحمل لفظ الإقالة الوارد في الحديث من باب حمل الكلام على حقيقته^(٥).

٢ - أن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً، هذا هو الأصل، فإذا كانت

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه (٥٣٦/٢) حديث (٤٣٦٥)، وأحمد في مسنده (١٨١/٦) حديث (٢٥٥١٣)، قال الشيخ الألباني: صحيح.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، العناية شرح الهداية (٤٨٧/٦-٤٩٠)، المغني لابن قدامة (٩٥/٤)، كشف القناع للبهوتي (٢٤٧/٣).

(٤) المحلى لابن حزم (٤٨٤/٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، تبیین الحقائق (٧١/٤).

الإقالة رفعاً كما هو معناها في اللغة لا تكون بيعاً؛ لأن البيع إثبات والرفع نفي، وبينهما تنافٍ، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً^(١)

٣ - أن الإقالة تنقذر بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لم تنقذر به، ولصحت بغيره.^(٢)

٤ - أن المبيع عاد للبائع بلفظ لا ينعقد به البيع ابتداءً، فكان فسخاً كالرد بالعيب.^(٣)

٥ - قالوا: ومما يدل على كون الإقالة فسخاً وليست بيعاً هو جوازها في المسلم فيه قبل قبضه مع إجماع الفقهاء على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه.^(٤)

قال ابن المنذر: «وفي إجماعهم أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يُقيل المسلم جميع المسلم فيه، دليل على أن الإقالة ليست بيعاً»^(٥)

ونوقش: بأن دعوى الإجماع على جواز الإقالة في السلم قبل القبض باطلة، وما وقع الإجماع قط على جواز السلم فكيف على الإقالة فيه؟!^(٦)

ثانياً - أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل من ذهب من الفقهاء إلى أن الإقالة ابتداءً بيع جديد وليست فسخاً بما يلي:

-
- (١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٦/٥)، تبين الحقائق (٧١/٤).
 - (٢) انظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب (٧٤/٢)، حاشية الجمل (١٥٦/٣)، المغني لابن قدامة (٩٦/٤).
 - (٣) انظر: العناية شرح الهداية (٤٨٧/٦)، فتح القدير لابن الهمام (٤٨٨/٦)، المغني لابن قدامة (٩٦/٤).
 - (٤) انظر: المغني لابن قدامة (٩٦/٤)، حاشية الجمل (١٦٥/٣).
 - (٥) المغني لابن قدامة (٩٦/٤).
 - (٦) انظر: المحلى لابن حزم (٤٨٤/٧).

الدليل الأول:

أن معنى الإقالة هو مبادلة مال بمال بالتراضي، وليس البيع إلا ذلك، فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة، ولهذا أعطيت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والردّ بالعيب وثبوت الشفعة.^(١)

ونوقش هذا الدليل بما يلي:

١ - بأنه لو كانت الإقالة بيعاً أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك.

٢ - إنما يراد بالبيع ما كان مفيداً لهذه المبادلة ابتداءً لا تراجعاً بطريق الرفع حكماً على الشرع بذلك، أي بأنه وضع بهذا الاعتبار وإلا رجع إلى مجرد الاصطلاح على مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقاً شرعاً، أو بقيد ألا يكون تراجعاً، والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ.^(٢)

٣ - كون الإقالة يثبت بها لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة إلى ثالث، لا يستلزم كونها من حقيقة البيع، إذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعاً لذلك.^(٣)

الدليل الثاني:

قالوا: إن المبيع قد عاد إلى ملك البائع على الجهة التي خرج عليها، فلما كانت الأولى بيعاً، فكذلك الثانية.^(٤)

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٤٨٧/٦)، فتح القدير لابن الهمام (٤٨٨/٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٦/٥).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٤٨٧/٦)، وفتح القدير (٤٨٨/٦).

(٣) فتح القدير (٤٨٨/٦ - ٤٨٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٩٥/٤).

ونوقش هذا الدليل: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الحالة الأولى إثبات ملك والثانية رفع ملك، كما أن الحالة الأولى وقعت بلفظ يصح به ابتداء البيع بخلاف الثانية.^(١)

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه - والله أعلم - هو القول الأول الذي يذهب أصحابه إلى كون الإقالة فسخاً ينحل به العقد القائم بين المتعاقدين؛ وذلك لقوة أدلتهم التي استندوا إليها، وسلامتها من الاعتراضات القوية، ولضعف أدلة أصحاب القول الثاني وعدم صمودها أمام المناقشات.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للإقالة في حق غير العاقدين

ما سبق بيانه هو طبيعة عقد الإقالة في حق العاقدين، وهنا سوف أوضح طبيعتها في حق غير المتعاقدين، وهو الطرف الثالث في الإقالة، ومثاله الشفيع في العقار الذي يملك حق الشفعة رغم الإقالة، والمستأجر في حالة ما لو اشترى شخص منزلاً فأجّره ثم تقايل مع البائع، وكالمرتهن أيضاً فيما لو اشترى شخص عقاراً فرهنه ثم تقايل مع البائع، فالإقالة في هذه الأحوال تعتبر بيعاً جديداً في حق الطرف الثالث عند من يقول بذلك من الفقهاء، لذلك تتوقف صحتها على إجازة المستأجر وإجازة المرتهن لها^(٢).

لكن ما سبق من تكييفها على أنها بيع في حق الطرف الثالث ليس محل اتفاق بين الفقهاء، بل وقع بينهم خلاف في ذلك وكانوا فيه على قولين:

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٦/٤٨٨-٤٨٩)، بدائع الصنائع (٥/٣٠٦).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/١٢٧-١٢٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦/١١٢).

القول الأول: أن الإقالة في حق غير العاقدين تعتبر بيعاً جديداً.

وأصحاب هذا القول هم من قال بأنّها بيع جديد في حق العاقدين، وهم أصحاب القول الثاني في المسألة السابقة^(١) وينضم إليهم - في هذا القول - الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن^(٢)؛ فهما يريان أنها في حق غير المتعاقدين بيع جديد وإن كانت في حقهما فسخاً.

جاء في بدائع الصنائع: «قال أبو حنيفة عليه الرحمة: الإقالة فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق ثالث»^(٣)

القول الثاني: أن الإقالة في حق غير العاقدين تعتبر فسخاً.

وهؤلاء هم من قال بأن الإقالة فسخ في حق العاقدين، حيث يرونها فسخاً أيضاً في حق غيرهم، وأصحاب هذا القول هم زفر من الحنفية، والحنابلة، والشافعية في أصح القولين عندهم.^(٤)

(١) انظر: المبسوط (١٦٦/٢٥)، بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، مواهب الجليل (٤٨٥-٤٨٦)، حاشية الصاوي (٢٠٩-٢١٠)، ومع أن المالكية يرون أن الإقالة في الشفعة ملغاة - كما سبق بيانه - فإنهم يرون أن حق الشفعة ثابت للشفيع بالبيع الأول لا بالإقالة. انظر: المصادر السابقة لهم، والتاج والإكليل (٤٢٦/٦)، وانظر المجموع شرح المذهب للنووي (٢٠٠/٩)، والمغني لابن قدامة (٩٥/٤)، والمحلى لابن حزم (٤٨١/٧).

(٢) انظر: المبسوط (١٦٦/٢٥)، تبين الحقائق (٧٠/٤ - ٧١)، البحر الرائق (١١٠/٦-١١١)، ويختلف قول الإمام أبي حنيفة في الإقالة عن قول صاحبه محمد بن الحسن في حالة إذا تعذر جعل الإقالة فسخاً بين المتعاقدين؛ فيرى الإمام أبو حنيفة أنها تبطل حينئذ ولا تجعل بيعاً، بينما يرى محمد بن الحسن أنها تحمل على البيع في حالة التعذر.

(٣) بدائع الصنائع (٣٠٦/٥).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦٦/٢٥)، بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٦/٥)، المجموع شرح المذهب للنووي (٢٠٠/٩)، كشف القناع للبهوتي (٢٥٠/٣).

أدلة القولين:

أدلة القول الأول:

استدل من ذهب إلى أن الإقالة بيع جديد في حق غير العاقلين بما يلي:
أولاً: استدلوا بالأدلة السابقة الدالة على أنها بيع في حق العاقلين، فهي تدل على أنها بيع في حق غيرهما أيضاً^(١).
ونوقشت تلك الأدلة بما سبق من مناقشة^(٢).

ثانياً - استدل أبو حنيفة وصاحبه على قولهما بأن الإقالة بيع في حق غير العاقلين مع كونهما يريان أنها فسخ في حق العاقلين بما يلي:

١ - بأن ذلك لم يكن باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم، فإن حكم الإقالة وقوع الملك ببدل؛ وهذا لأن لهما ولاية على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة^(٣).

٢ - قالوا: وإنما كانت بيعاً في حق ثالث لئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة التي شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة، فإذا فرض ثبوت ذلك في عودها إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصود الشارع^(٤).

مناقشة دليل الإمام أبي حنيفة وصاحبه:

نوقش استدلال أبي حنيفة بكون الإقالة بيع في حق ثالث، ولم تكن كذلك في حق العاقلين بأن لفظ الإقالة لو لم يحتمل البيع لما أمكن جعلها بيعاً في حق ثالث^(٥).

(١) انظر: ص (٢٠٦ - ٢٠٧) من البحث.

(٢) انظر: ص (٢٠٦ - ٢٠٧) من البحث.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٤٨٧/٦)، فتح القدير لابن الهمام (٤٨٨/٦) الجوهرية النيرة لأبي بكر الحدادي العبادي (٢٠٨/١).

(٤) انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام (٤٨٩/٦).

(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٤٨٩/٦).

وأجيب:

بأن المدعى أن كون الإقالة بيعاً جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لأن كونها فسخاً بمقتضاها، فلو كان كونها بيعاً كذلك، للزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال، وإنما كانت بيعاً جديداً في حق ثالث باعتبار معنى البيع، وهو حصول الملك ببذل، فأظهر هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولاية العاقدين على غيرهما.^(١)

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل من ذهب إلى أن الإقالة فسخ في حق غير العاقدين بما يلي:

- ١ - أن الأدلة السابقة التي دلت على كونها فسخاً في حق العاقدين تدل أيضاً على أنها فسخ في حق غيرهما^(٢)
- ٢ - أن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار^(٣)
- ٣ - أن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص، والأصل اعتبار الحقائق.^(٤)

الترجيح:

الراجح في نظري - والله أعلم - هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني الذين قالوا بأن الإقالة في حق غير العاقدين تعتبر فسخاً كما هو تكييفها في حق العاقدين، وذلك لقوة ما استدلوا به.

(١) انظر: المصدر السابق، وتبيين الحقائق (٧٠/٤)

(٢) انظر: ص (٢٠٤ - ٢٠٥) من البحث.

(٣) المغني لابن قدامة (٩٦/٤).

(٤) المصدر السابق.

المبحث السادس

آثار اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة

ما سبق من خلاف بين الفقهاء حول تكييف الإقالة وبيان حقيقتها لم يكن خلافاً لفظياً لا ثمرة له، بل هو خلاف حقيقي تظهر ثمرته ويتضح أثره في المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: آثار اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة في حق العاقدين.
- المطلب الثاني: آثار اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة في حق غير العاقدين.

المطلب الأول

آثار اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة في حق العاقدين

أولاً: إذا تقابل المتعاقدان قبل قبض المبيع فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه، فيجوز ذلك على القول بأن الإقالة فسخ وليست بيعاً، ولا يجوز على القول بأنها بيع^(١).

ثانياً: إذا تقابل المتعاقدان في المكيل والموزون بغير كيل ووزن، فيجوز ذلك على القول بأنها فسخ، ولا يجوز على القول بأنها بيع، إذ لا بد فيه من كيل أو وزن ثانٍ^(٢).

ثالثاً: إذا تقايلا بزيادة على الثمن الأول، أو بنقص عنه، أو بغير جنسه، فالإقالة تقع على الثمن الأول عند من يقول إنها فسخ من الحنفية (وهم الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن)، وتسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر باطلة^(٣) سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده، والمبيع منقول أم غير منقول؛ لأنها

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/٤٧٥)، القواعد لابن رجب الحنبلي (٣٧٩)، وعند الإمام أبي يوسف تجوز وتكون فسخاً لتعذر جعلها بيعاً. انظر: العناية (٦/٤٩٢).

(٢) انظر: المصادر السابقة، والفتاوى الهندية (٣/١٥٩).

(٣) بشرط عدم التعيب عندهم؛ إذ لو تعيب المبيع جاز اشتراط الأقل، ويجعل الحط بإزاء ما فات من العيب، ولا بد أن يكون النقصان بقدر حصة الفاتت. انظر: البحر الرائق (٦/١١٣).

فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد، والعقد وقع بالثمن الأول، فيكون فسحه بالثمن الأول^(١).

أما الفقهاء الآخرون الذين يقولون إنها فسخ كالشافعية في الأصح عندهم والحنابلة فلا يوافقون الحنفية في هذا الحكم، بل يرون أن الإقالة لا تصح وتقع باطلة؛ لأن مقتضاها رد الأمر إلى ما كان عليه، وإذا لم تصح يبقى الملك للمشتري؛ لأنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل، فبطل كبيع درهم بدرهمين^(٢).

أما من يقول بأن الإقالة بيع جديد وليست فسخاً، فيرى صحتها بزيادة على الثمن الأول ونقص منه أو بخلاف جنسه، كالإمام أبي يوسف من الحنفية^(٣) والإمام مالك^(٤) وابن حزم الظاهري^(٥) ومقابل الأصح عن الشافعية^(٦) والرواية الأخرى عند الحنابلة^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٦-٣٠٧/٥)، ويرى محمد بن الحسن أن الإقالة بالزيادة على الثمن الأول أو بغير جنسه إذا كانت بعد القبض فهي على ما سميا، وتكون بيعاً عنده؛ لأنه لا يمكن جعلها فسخاً ههنا، لأن من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول، وإذا لم يمكن جعلها فسخاً تجعل بيعاً بما سميا، بخلاف ما إذا تقايلا على أنقص من الثمن الأول، فالإقالة تكون بالثمن الأول عنده، وتجعل فسخاً ولا تكون بيعاً. انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٧/٥).

(٢) انظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب (٧٥/٢)، كشف القناع للبهوتي (٢٥٠/٣)، الإنصاف للمرداوي (٤٧٦/٤).

(٣) انظر: فتح القدير (٤٩١/٦).

(٤) قال المالكية في المسألة التي يسمونها بمسألة الحمار: (وأما زيادة البائع فهي على كل حال جائزة، وكأنه اشترى الحمار بالثمن الذي وجب له على المبتاع وبزيادة زاده، فليس في ذلك فساد، إلا أن تكون الزيادة من صنف الحمار فيجوز نقداً ولا يجوز إلى أجل؛ لأن ذلك حمار بحمار إلى أجل وزيادة)، فالمالكية لا يمتنعون الإقالة بالزيادة أو النقصان على الثمن الأول أو بغير جنسه - لأنها بيع عندهم - إلا أن تكون الإقالة في الأصناف الربوية، فيمتنع ذلك إلا بشروط الصرف المعروفة. انظر: التاج والإكليل (٢٩١/٦).

(٥) انظر: المحلى لابن حزم (٧ / ٤٨٧).

(٦) انظر: تحفة المحتاج (٣٩٢/٤).

(٧) وهي رواية أن الإقالة بيع، وفي صحة هذه الصورة من الإقالة بناء على هذه الرواية وجهان عند الحنابلة (أحدهما): لا يصح إلا بمثل الثمن؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه ورجوع كل واحد إلى ماله، فلم يجز بأكثر من الثمن، وإن كانت بيعاً فبيع التولية. (الوجه الثاني): يصح بزيادة على الثمن ونقص كسائر البيوع. انظر: (الإنصاف للمرداوي (٤٧٦/٤)، القواعد لابن رجب، ص (٣٨٠).

رابعاً: تصح الإقالة بلفظ الإقالة والمصالحة على القول بأنها فسخ، وعلى القول بأنها بيع لا تنعقد بهذه الألفاظ.

قال القاضي: «ما يصلح للحل لا يصلح للعقد، وما يصلح للعقد لا يصلح للحل، فلا تنعقد الإقالة بلفظ (البيع) ولا البيع بلفظ (الإقالة)».^(١)

خامساً: على القول بأن الإقالة فسخ، لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه، والقدرة على تسليمه، وتميزه عن غيره، ويشترط ذلك على القول بأنها بيع.^(٢)

سادساً: تصح الإقالة بعد النداء الثاني للجمعة على القول بأنها فسخ، ولا تصح على القول بأنها بيع.^(٣)

سابعاً: الزيادة الحادثة في المبيع بعد البيع وقبل الإقالة سواء أكانت كسباً أم نماءً متصلاً أو منفصلاً كالسمن وولادة المبيعة، على القول بأن الإقالة بيع لا يتبع النماء المبيع ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الزوائد التي استفادها من المبيع؛ لأنها عندهم تملك من الجانبين لعوض مالي وهو البيع، وهو جائز بالزيادة والنقصان^(٤) ولكن على القول بأنها فسخ اختلف الفقهاء في ذلك وخلافهم مبني على خلافهم في مسألة هل الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حين الفسخ نفسه؟ فذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية^(٥) وبعض الشافعية^(٦) إلى أن فسخ العقد بالإقالة يكون من أصل العقد لا من حين الفسخ نفسه.

قال الكاساني: «فسخ العقد رفعه من الأصل، وجعله كأن لم يكن»^(٧)

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/٤٧٦)، القواعد لابن رجب ص (٣٨٠)

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: الإنصاف (٤/٤٧٧)، والقواعد لابن رجب (٣٨١).

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٢/٧٢).

(٥) انظر: المصدر السابق، وبدائع الصنائع للكاساني (٥/١٨١).

(٦) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/٣٩٢).

(٧) بدائع الصنائع للكاساني (٥/١٨١).

وجاء في تحفة المحتاج: «والفسخ (أي الإقالة) من الآن، وقيل: من أصله، ويترتب ذلك الزوائد الحادثة^(١)».

وحجتهم في ذلك أن حقيقة الفسخ بالإقالة تقتضي ردَّ الأمر إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وجعل العقد كأن لم يكن، وهذا يدل على أن رفع العقد يكون من أصله لا من حين فسخه^(٢).

وذهب الحنابلة^(٣) والشافعية في القول الراجح عندهم^(٤) وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥) إلى أن فسخ العقد بالإقالة يكون من حينه وليس من أصل العقد.

جاء في شرح منتهى الإرادات: «الفسخ بالإقالة أو غيرها رفع عقد من حين فسخه لا من أصله، فما حصل من كسب ونماء منفصل فلمشتتر^(٦)». وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذ الفسخ لا يرفع العقد إلا من حينه^(٧)». واحتجوا بما يلي:

١ - استدلوأ بحديث عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الخراج بالضمنان»^(٨).

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٩٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢١٩).

(٣) الإنصاف للمرداوي (٤/٤٧٧)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٦٤)، وذهب بعض الحنابلة إلى أنه ينبغي تخريجه على الوجهين كالرد بالعيب والرجوع للمفلس. انظر: القواعد لابن رجب (٣٨١)، الإنصاف للمرداوي (٤/٤٧٧).

(٤) انظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢/٧٦).

(٥) انظر: الفتاوى الكبرى (٢/١٤١).

(٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٦٤).

(٧) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢/١٤١).

(٨) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣/٢٨٤)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستقله ثم يجد به عيباً (٣/٥٨٢) وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب الخراج والضمنان (٢/٧٥٤)، قال أبو عيسى (الترمذي): هذا حديث حسن صحيح وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه والعمل على هذا عند أهل العلم.

وجه الاستدلال:

أنه كما كان على المشتري ضمان المبيع بعد قبضه وقبل الإقالة، يكون له خراجه وهو الكسب والنماء المنفصل الحاصل أثناء هذه الفترة^(١).

٢ - قياس كون الإقالة رفعاً للعقد من حين الفسخ على الخلع والطلاق؛ حيث إنهما فسخ من حين وقوع الخلع أو الطلاق، وليس من أصل عقد الزواج^(٢).

٣ - بالمعقول: حيث قالوا: إن المشتري إذا أخذ زوائد المبيع لم يأخذ إلا زوائد ملكه، ومن ثم لم يكن له الرجوع على البائع بما أنفق على المبيع؛ لأنه لم ينفق إلا على ملكه^(٣).

والراجع في ذلك - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من كون الإقالة رفعاً للعقد من حين فسخه، وليس رفعاً له من الأصل؛ وذلك لقوة ما استدلوا به. وبناء على ما سبق من أقوال العلماء في وقت رفع العقد عند حصول الإقالة، يتضح لنا جلياً خلافهم في النماء المنفصل بعد العقد وقبل الإقالة، وأثر هذا النماء في صحة الإقالة، ولمن يكون في حال صحتها مع وجوده. فالحنفية الذين يرون أن الإقالة فسخ للعقد من أصله كان لهم في مسألة النماء المنفصل قولان:

القول الأول: بطلان الإقالة مع وجوده.

وهو قول الإمام أبي حنيفة وزفر^(٤).

وحجتهم في ذلك: أن محل العقد إذا زاد بالنماء المنفصل كولادة المبيعة مثلاً، خرج عن كونه محتملاً للفسخ، وإذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الإقالة ضرورة، ومن ثم تكون الإقالة باطلة عندهما لتعذر الفسخ.

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٦٤)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٣/١٥٦).

(٢) انظر: مطالب أولي النهى (٣/١٥٦).

(٣) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٢/١٤١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٣٠٩)، فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/٤٩١).

وقد استثنيا من هذا البطلان ما إذا كان النماء المنفصل قبل قبض المبيع أو كان النماء متصلاً كسمن الدابة حتى لو كان بعد القبض، فذهبا إلى صحة الإقالة في هذه الحالة لعدم امتناع فسخ العقد وحصول التراضي على ذلك^(١).

القول الثاني: صحة الإقالة بيعاً وليس فسخاً^(٢).

وإلى هذا ذهب الإمام محمد بن الحسن.

وحجته في ذلك: أننا لو جعلنا الإقالة بعد النماء المنفصل فسخاً لم تصح، ولو جعلناها بيعاً لصحّت، فتجعل بيعاً لضرورة الصحة، ورأيه هنا يتفق مع رأي الإمام أبي يوسف الذي يرى أن الإقالة بيع من حيث الأصل، ومن ثم فهي صحيحة بعد النماء المنفصل^(٣).

أما الشافعية في الراجح عندهم^(٤) والحنابلة^(٥)، الذين يرون أن فسخ العقد بالإقالة يكون من حينها وليس من أصل العقد، فلا خلاف بينهم في صحة الإقالة بعد حدوث النماء المنفصل؛ كولادة الولد، وخروج اللبن، وقطف الثمرة، ونحو ذلك، وأن هذا النماء للمشتري وليس للبائع؛ لكون المشتري مالكا للمبيع ولزوائده بعقد البيع، وأن الإقالة رفع للعقد لا من الأصل بل من حينها، فما كان قبلها من نماء منفصل لا يرتفع عن ملك ماله - وهو المشتري - بها؛ لكونه الخراج الذي يقابل الضمان، و«الخراج بالضمان»، كما قال صلى الله عليه وسلم^(٦).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «حيث صح البيع ثم استعمل المشتري المبيع أو أجّره وأخذ أجرته أو أخذ صوفه أو لبنه، أو غير ذلك من زوائده المنفصلة، فاز بجميع ذلك ولا شيء عليه في مقابلته؛ لأنه لما صحّ البيع ملك

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٩/٥)، البحر الرائق لابن نجيم (٧٣/٢).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي (٣٩٢/٤)، أسنى المطالب (٢ / ٧٦).

(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢ / ٦٤) مطالب أولي النهى (٣ / ١٥٦).

(٦) انظر: المصادر السابقة.

المبيع، فيملك زوائده، فإن أخذ منه زوائده ثم فسخ البيع بإقالة أو عيب أو غيرها لم يرجع عليه البائع بشيء، لما تقرّر من أنه لم يأخذ إلا زوائد ملكه، ومن ثمّ لم يكن له الرجوع على البائع بما أنفقه على المبيع؛ لأنه لم ينفق إلا على ملكه إذ الفسخ لا يرفع العقد إلا من حينه^(١).

أما النماء المتصل كالسمن وتعلم الصنعة، فيكون للبائع عندهم؛ لأنه تابع للمبيع، ويتعذر ردّه بدونه^(٢).

جاء في أسنى المطالب: «الزيادة المنفصلة قبلها (أي قبل الإقالة) للمشتري، والمتصلة للبائع تبعاً»^(٣).

ثامناً: ثبوت خيار المجلس في الإقالة؛ فعلى القول بأنها فسخ لا يثبت فيها، وعلى القول بأنها بيع يثبت فيها كسائر العقود^(٤).

قال النووي: «والله أعلم لا يثبت خيار المجلس في... ولا في الإقالة إن قلنا إنها فسخ، وإن قلنا: هي بيع، ففيها الخيار»^(٥).

وقال البهوتي: «ولا يثبت خيار المجلس في بقية العقود والفسوخ ك..... والإقالة...؛ لأن ذلك كلّ ليس بيعاً ولا في معناه»^(٦).

تاسعاً: هل يملك المفلس بعد الحجر عليه المقابلة لظهور المصلحة؟ على القول بأن الإقالة فسخ يملك المفلس ذلك كما يملك الفسخ بخيار أو عيب، وعلى القول بأنها بيع لم يملك ذلك^(٧).

(١) الفتاوي الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢ / ١٤١).

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢ / ٣٩)، كشف القناع (٣ / ٢٢٠).

(٣) أسنى المطالب (٢ / ٧٦).

(٤) انظر: القواعد لابن رجب (٣٨١)، الإنصاف للمرداوي (٤ / ٤٧٧)، المجموع شرح المذهب للنووي (٩ / ٢٠٩)، كشف القناع للبهوتي (٣ / ١٩٩).

(٥) المجموع (٩ / ٢٠٩).

(٦) كشف القناع (٣ / ١٩٩-٢٠٠).

(٧) انظر: حاشية الدسوقي (٣ / ٢٨٥)، مغني المحتاج للشربيني (٣ / ١٠٢)، القواعد لابن رجب (ص ٢٨١)، الإنصاف للمرداوي (٤ / ٤٧٨).

جاء في مغني المحتاج: «وله (أي المفلس) أن يرد بالعيب أو الإقالة ما كان اشتراه قبل الحجر؛ لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأً فيمتنع منه^(١)».

عاشراً: هل ترد الإقالة بالعيب؟ كما لو تقايل البائع والمشتري ثم أطلع البائع على عيب بالمبيع حدث في يد المشتري قبل الإقالة. فعلى القول بأن الإقالة بيع فللبائع ردُّ الإقالة بالعيب، وعلى القول بأن الإقالة فسخ لم يكن له رد الإقالة بالعيب^(٢).

حادي عشر: لو حلف لا يبيع، أو لأبيعن، أو علّق على البيع طلاقاً أو عتقاً ثم أقال، فعلى القول بأنها بيع ترتبت عليها أحكامه من البرّ والحنث ووقوع الطلاق والعتاق، وعلى القول بأنها فسخ لا يترتب شيء من ذلك.

قال ابن رجب: «وقد يقال: الأيمان تبني على العرف، وليس في العرف أن الإقالة بيع^(٣)».

المطلب الثاني

آثار اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة

في حق غير العاقدين

ما سبق هو أبرز ثمرات الخلاف بين الفقهاء في حقيقة الإقالة بين المتعاقدين، أما عن الخلاف بينهم في حقيقتها في حق غير العاقدين فله أيضاً آثار وفوائد بينها الحنفية في كتبهم:

(١) مغني المحتاج للشربيني (١٠٢/٣).

(٢) واحتج من ذهب من الشافعية والحنابلة إلى أن الإقالة فسخ ومن ثم لا ترد بالعيب - بأن الإقالة فسخ، والفسخ لا يقلل الفسخ، بل يرجع البائع على المشتري بأرش العيب، وقالوا: ويحتمل أن يثبت للبائع فسخ الرد وهو الأصح عند الشافعية إذا لم يرضَ به البائع. انظر: المنتور في القواعد الفقهية للزركشي (٤٤ / ٣)، القواعد لابن رجب (ص ٣٨١). والإنصاف للمرداوي (٤ / ٤٧٨).

(٣) انظر: القواعد لابن رجب (٣٨١)، الإنصاف للمرداوي (٤ / ٤٨٠).

جاء في البحر الرائق: «وتظهر فائدة كونها (أي الإقالة) بيعاً في حق غيرهما في خمس:

الأولى: لو كان المبيع عقاراً فسَلَّم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة؛ لكونه بيعاً جديداً في حَقِّه كأنه اشتراه منه.

الثانية: إذا باع المشتري المبيع من آخر، ثم تقايلا، ثم أطلع على عيب، كأن كان في يد البائع فأراد أن يردّه على البائع، ليس له ذلك؛ لأنه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري.

الثالثة: إذا اشترى شيئاً وقبضه، ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز، وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني.

الرابعة: إذا كان المبيع موهوباً، فباعه الموهوب له ثم تقايلا، ليس للواهب أن يرجع في هبته؛ لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه.

الخامسة: إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعدما حال عليها الحول، فوجد به عيباً فردّه بغير قضاء، واستردّ العروض، فهلكت في يده، فإنه لا تسقط عنه الزكاة لكونه بيعاً جديداً في حق الثالث، وهو الفقير؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة»^(١).

(١) انظر: تبين الحقائق للزيلعي (٧٢/٤)، البحر الرائق لابن نجيم (١١٢/٦) الجوهرة النيرة للعبادي (٢٠٨/١).

المبحث السابع

تكييف الإقالة في القانون المدني

الإقالة في القانون المدني الوضعي لا تشغل إلا مكاناً ضيقاً محدوداً، ولا تكاد تُذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات يخضع لجميع القواعد العامة في الاتفاقات والعقود، ومن ثَمَّ كان بحثها في الفقه الغربي موجزاً - كما يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري - ومنصباً في أمرين:

١ - كيف تتم الإقالة؟

٢ - الأثر الذي يترتب عليها^(١).

ولأن الأخير هو ما يهمنا في هذا البحث؛ لأنه مبني على تكييف القانونيين للإقالة؛ لذلك سوف يقتصر الحديث عليه.

المطلب الأول

الأثر المترتب على الإقالة في القانون المدني

يرى فقهاء القانون الوضعي أن الإقالة ينحل بها العقد، وتنقضي بها الالتزامات التي أنشأها العقد، سواء لم يبدأ بتنفيذها فتزول دون أن تنفذ، أم بُدئ بتنفيذها ولكنه لم يتم فتوقف الإقالة تنفيذ الجزء الباقي من الالتزامات، أما إذا تم الانتهاء من التنفيذ ولا يمكن الرجوع فيها بأثر رجعي فلا مجال للإقالة حينئذ؛ لأن العقد ذاته يكون قد انقضى وانتهى الغرض منه بالفراغ من تنفيذ الالتزامات من الطرفين كاملة.

ويرى جمهور فقهاء القانون المدني^(٢) أن الإقالة في الأصل ليس لها أثر رجعي، ومعنى ذلك أن ما تم تنفيذه من التزامات العقد لا يزال ولا يرجع فيه،

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري (٦/٢٤٤)

(٢) انظر: الوسيط. أ. د. عبد الرزاق السنهوري (١/٦٩٠)، ونظرية الالتزام أ. د. أحمد

حشمت أبو ستيت، ص (٣٥٥)، ونظرية الالتزام أ. د. عبد الناصر العطار، ص (٤٤)،

والالتزامات أ. د. محمد كامل مرسي، ص (٦٢٤).

ويترتب على هذا الرأي عدة نتائج في العقود الناقلة للملكية، وهي على النحو التالي:

١ - إذا تقايل المتعاقدان من عقد ناقل للملكية كالبيع، فالملكية التي انتقلت للمشتري الأصلي لا تزول بأثر رجعي، ولكنها تعود إلى البائع بعقد جديد هو الإقالة، وتعود مثقلة بالحقوق العينية التي أنشأها المشتري على المبيع كرهن أو ارتفاق، أو التي تكون قد نشأت من جهته كحق امتياز أو حق اختصاص.

٢ - ومن ثم يجب تسجيل الإقالة حتى تعود الملكية إلى البائع، وقبل التسجيل تبقى الملكية للمشتري ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيها.

٣ - ويجب دفع رسوم جديدة عن عودة الملكية من جديد إلى البائع تعادل الرسوم التي دفعت عند تسجيل البيع الأصلي.

٤ - ولا يسقط حق الشفيع في الشفعة بسبب البيع الذي تقايل منه المتعاقدان، بل يثبت للشفيع حق جديد في الشفعة بالإقالة إذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة في البيع الأصلي^(١).

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأثر الرجعي ممكن وجوده في الإقالة - مع أن الأصل هو عدمه - في حالة اتفاق المتقاييلين عند الإقالة على أن يكون لها أثر رجعي، ومن ثم يكون ما بُدئ بتنفيذه من الالتزامات أو تمّ، يُرجع فيه ويعتبر العقد الأصلي كأن لم يكن، وهنا تقترب الإقالة من الفسخ الاتفاقي^(٢).

ولكن قالوا: إن الأثر الرجعي المتفق عليه لا يكون نافذاً إلا بعد الالتزام بالقيود التالية:

(١) مصادر الحق للسنيهوري (٢٤٧/٦)

(٢) انظر: نظرية الالتزام لأحمد حشمت أبو ستيت، ص ٣٥٦، مصادر الحق للسنيهوري (٢٤٧/٦).

١ - الإقالة ذات الأثر الرجعي تعتبر عقداً جديداً تماماً كالإقالة بدون الأثر الرجعي، ومن ثم ينطبق عليها وجوب التسجيل ودفع رسوم جديدة عند التسجيل.

٢ - ألا تضر الإقالة ذات الأثر الرجعي بحقوق الغير، كأن يكون المشتري قبل التقايل قد رَبَّ حقاً عينياً على العين المبيعة، أو ترتب من جهته هذا الحق العيني، كرهن أو ارتفاق أو امتياز أو اختصاص؛ ففي هذه الحالة ترجع العين إلى البائع وهي مثقلة بهذه الحقوق.

٣ - ألا تضر الإقالة ذات الأثر الرجعي بالدائنين، كأن تقع الإقالة من المدين وهي مشوبة بالغش بهدف الإضرار بحقوق الدائنين، فيجوز لهم في هذه الحالة الطعن في الإقالة بالدعوى البوليصة، بل إنهم يستطيعون هذا الطعن، ولو لم يكن للإقالة أثر رجعي؛ ذلك أن الإقالة قد تضر حقوق الدائنين ولو لم يكن لها أثر رجعي.

٤ - ألا يمس الأثر الرجعي المتفق عليه ما تم تنفيذه من العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلاً؛ لأن طبيعة العقد الزمني تقتضي أن ما تم تنفيذه منه لا يمكن الرجوع فيه، إذ الزمن معقود عليه، وما مضى من الزمن لا يعود، وفي هذا تستوي الإقالة والفسخ، حيث إن الفسخ ليس له أثر رجعي في العقود الزمنية^(١).

وخالف بعض فقهاء القانون المدني رأي الجمهور الذي يعتبر أن الأصل هو عدم الأثر الرجعي في الإقالة إلا ما تم الاتفاق عليه حينها، وذهبوا إلى أن الأصل في الإقالة هو أثرها الرجعي؛ أي أنها تزيل العقد لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب، بل إلى الماضي أيضاً؛ شأنها في ذلك شأن الفسخ والانسحاح، فيعتبر العقد الذي حصلت إقالته كأن لم يبرم أصلاً، إلا أن هذا الأثر الرجعي للإقالة لا يكون إلا في العلاقة بين المتعاقدين أنفسهم، أما بالنسبة للغير فلا يكون للإقالة أثرٌ إلا من تاريخ حصولها؛ بمعنى ألا يكون للإقالة بالنسبة للغير أثرٌ رجعي على الماضي، فأثرها فقط بالنسبة للمستقبل، والهدف

(١) مصادر الحق للسنهوري (٦/٢٤٧ . ٢٤٨).

من ذلك هو منع الإضرار بحقوقهم التي اكتسبوها في الماضي استقراراً للمعاملات بين الناس^(١).

المطلب الثاني

رأي القانون المدني الكويتي في تكييف الإقالة في حق المتعاقدين وفي حق غيرهما

ذهب القانون المدني الكويتي إلى أن الإقالة أو التقايل سبب لانحلال العقد، إلى جانب الفسخ والانسحاح، وهو نظام يقوم على تراضي طرفي العقد على إزالته بعد إبرامه، إلا أنها تتميز عن الفسخ والانسحاح في أنها لا تكون إلا اتفاقية، بمعنى أنها لا تنشأ إلا بتراضي الطرفين عليها، وبشرط أن يجيء هذا التراضي بعد انعقاد العقد، أما الفسخ فلا يكون إلا بحكم القاضي، والانسحاح يقع بقوة القانون^(٢).

كما أنه قد أخذ بالرأي الذي يرى أن الأصل هو وجود الأثر الرجعي في الإقالة واعتبارها فسخاً في حق العاقدين، وعقداً جديداً في حق غيرهما. ونظم القانون المدني الكويتي أحكام الإقالة وتكييفها في المادتين (٢١٧، ٢١٨)^(٣) منه حيث نصت على ما يلي:

مادة (٢١٧)

١ - للمتعاقدين أن يتقاىلا العقد برضائهما بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما.

-
- (١) مصادر الحق للسنهوري (٢٥٥/٦)، نظرية العقد عبدالفتاح عبدالباقي، ص (٦٦٤).
(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ص (٢٠٤/٢٠٥)، ط. الفتوى والتشريع، الثالثة سنة ١٩٩٩، القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية جمع وترتيب المستشار أحمد صفاء الدين العطيفي (٧٧٥/٢).
(٣) القانون المدني الكويتي، ص (٧٦-٧٧)، ط. الفتوى والتشريع، الرابعة، سنة ١٩٩٨.

٢ - فإذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه جازت الإقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض.

مادة (٢١٨)

تعتبر الإقالة، من حيث أثرها، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير.

فالمادة (٢١٧) تقرر جواز الاتفاق على الإقالة، وهو أمر تقتضيه القواعد القانونية العامة بذاتها وبمجردها، فالعقد صنيعة إرادة المتعاقدين، وما تصنعه الإرادة المشتركة للمتعاقدين تستطيع أن تنقضه وتزيله، وذلك في الحدود التي لا تضر الغير بطبيعة الحال.

وحددت المادة نفسها ما يشترط لصحة الإقالة التي تم التراضي على عقدها، وذلك بأن يكون الشيء الذي ورد العقد في شأنه أو المعقود عليه قائماً لم يهلك، وموجوداً في يد أحد المتعاقدين، ولم يذهب إلى الغير، وهم بذلك يوافقون ما ذهب إليه عامة الفقهاء من اشتراط بقاء محل الإقالة لصحتها^(١).

وأوضح شارح القانون أنه في حالة الهلاك أو التلف الجزئي للمعقود عليه أو ذهاب هذا البعض للغير، فإنه يجوز التقايل في الباقي منه بقدر حصته من العوض، وهذا ما ذهب إليه الحنفية^(٢).

وقد تحدثت المادة (٢١٨) عن تكييف القانون المدني الكويتي لعقد الإقالة، حيث ذهب إلى أنها في حق المتعاقدين المتقايلين فسخ يترتب عليها ما يترتب على الفسخ من آثار، وذلك بإزالة العقد لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب، بل إلى الماضي أيضاً، فيعتبر العقد الذي حصلت إقالته كأن لم يبرم أصلاً.

أما بالنسبة للغير، فلا يكون للإقالة أثر من تاريخ حصولها، فهي بمثابة عقد جديد في حق الغير، وهذا الحكم قد سبق لقانون التجارة الكويتي الحالي أن

(١) انظر ص (٢٠٠) من البحث.

(٢) انظر ص (٢٠١) من البحث.

أخذ به في المادة (١٧٨)، ناهجاً في ذلك نهج القانون العراقي (المادة ١٨٣)، الذي بدوره قد أخذ هذا الرأي من تكييف فقهاء الحنفية لعقد الإقالة، وبخاصة الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - الذي يرى أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق غيرهما^(١).

قال الدكتور بدر جاسم اليعقوب شارحاً نص المادة (٢١٨) من القانون الكويتي:

«ويتضح من هذا النص أن للإقالة أثراً مزدوجاً، في حق المتعاقدين، أو في مواجهة الغير. فبالنسبة للمتعاقدين فإنها تزيل العقد - وشأنها في ذلك شأن الفسخ والانفساخ - لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب، وإنما إلى الماضي أيضاً، أما بالنسبة للغير فإن أثرها لا يكون إلا من تاريخ حصولها، وهذا ما جعل المشرع يعتبر الإقالة في مواجهة الغير بمثابة عقد جديد.

ومثال ذلك ما لو اشترى (أ) سيارة من (ج)، ثم اتفقا بعد ذلك على الإقالة، فإن العقد بينهما يعتبر كأن لم يكن، وكأن البيع لم يتم أصلاً، أما بالنسبة للغير فإن العقد كأن لم يمسَّ أصلاً، كل ما هنالك أنه بموجب الإقالة أصبح المشتري (أ) بائعاً وأصبح البائع (ج) مشترياً، ويترتب على اعتبار الإقالة بمثابة عقد جديد نتائج بالغة الأهمية في الحياة العملية، فلو فرضنا أن المشتري (أ) بعد أن اشترى السيارة قام بتأجيرها إلى (هـ) ثم تمت الإقالة، فإن السيارة تنتقل إلى البائع (ج) بما عليها من حق الانتفاع المقرر للمستأجر (هـ)»^(٢).

(١) المذكرة الإيضاحية (٢٠٥-٢٠٦).

(٢) أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، تأليف الدكتور بدر جاسم اليعقوب، ص(٣١٦).

الخاتمة

بعد أن يسر الله لي إتمام هذا البحث، أخص نتائجه فيما يلي:

- ١ - أن الإقالة في اللغة بمعنى الرفع والإزالة والفسخ.
- ٢ - أن الإقالة في اصطلاح الفقهاء تعني رفع العقد المالي بوجه مخصوص، كما هو تعريف الشافعية لها.
- ٣ - لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الإقالة في العقود في الجملة لدلالة السنة والمعقول على ذلك.
- ٤ - يدور الحكم التكليفي للإقالة بين الإباحة والندب والوجوب؛ وذلك بحسب حال المباشر لها وسلامة العقد الذي تعقبه؛ حيث إنها مباحة في حق طالبها وهو النادم على إبرام العقد، ومستحبة في حق مقيل ذلك النادم ومخلصه من العقد وهو العاقد الآخر، وواجبة في حالة عدم سلامة العقد الذي سبقها، كأن يكون العقد مكروهاً أو البيع فاسداً، أو وقع فيه غرر وغبن يسير.
- ٥ - القول الراجح في تكييف الإقالة في حق العاقلين، أنها فسخ ينحل به العقد القائم بين المتعاقدين.
- ٦ - القول الراجح في تكييف الإقالة في حق غير العاقلين أنها فسخ أيضاً.
- ٧ - الخلاف بين الفقهاء في تكييف الإقالة في حق العاقلين أو في حق غيرهما خلاف حقيقي له ثمرات عديدة، أبرزها - على القول الراجح - ما يلي:
 - أ - يجوز الإقالة في المبيع الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه؛ لأنها فسخ وليست بيعاً.
 - ب - تجوز الإقالة في المكيل والموزون بغير كيل ووزن ثان؛ لأنها فسخ وليست بيعاً.
 - ج - إذا تقايل المتعاقدان بزيادة على الثمن الأول، أو بنقص منه، أو بغير جنسه، فالإقالة تقع على الثمن الأول عند الحنفية لأنها فسخ، ويبطل

المسمى من الزيادة أو النقصان أو الجنس الآخر، أما من يقول إنها فسخ من غير الحنفية فيرون بطلان الإقالة في هذه الحالة؛ لأن رد الأمر إلى ما كان عليه قد تعذر، وإذا تعذر بطلت الإقالة.

- د - تصح الإقالة بلفظ الإقالة والمصالحة؛ لأنها ألفاظ تدل على الفسخ.
- هـ - لا يشترط في الإقالة، معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه، وتميزه عن غيره، وغير ذلك مما يشترط في البيع لكونها فسخاً وليست بيعاً.
- و - تصح الإقالة بعد النداء الثاني للجمعة لأنها فسخ وليست بيعاً.
- ز - الزوائد الحادثة في المبيع بعد البيع وقبل الإقالة، إذا كانت نماء منفصلاً كولادة المبيعة، وخروج اللبن فإنها تكون للمشتري وليس للبائع لكون المشتري مالكا للمبيع ولزوائده بعقد البيع، ولكون الإقالة رفع للعقد لا من أصله بل من حين الإقالة نفسها، على القول الراجح. أما إذا كان النماء متصلاً كالسمن وتعلم الصنعة مثلاً فيكون للبائع؛ لأنه تابع للمبيع ويتعذر رده بدونه.

- ح - لا يثبت خيار المجلس في الإقالة، لأنها فسخ وليست بيعاً.
- ط - المفلس بعد الحجز عليه يملك عقد الإقالة لظهور مصلحته؛ لأنها فسخ وهو يملك الفسخ.
- ي - لا يملك البائع رد الإقالة بالعيب الحادث في يد المشتري، لأن الإقالة فسخ، والفسخ لا يرد بالعيب.

- ك - من حلف ألا يبيع، أو علق على البيع طلاقاً أو عتقاً ثم عقد الإقالة، فإنه لا يحنث ولا يقع طلاقه ولا عتاقه؛ لأن الإقالة فسخ وليست بيعاً.

- ٨ - تميز الفقه الإسلامي على القانون الوضعي في باب الإقالة تمييزاً واضحاً - وكما أقر بذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري^(١)؛ ذلك أن أحكام الإقالة وآثارها قد فصلت تفصيلاً شاملاً في كتب الفقهاء، على عكس ما ذكر من

(١) مصادر الحق (٦/٢٤٤).

أحكام موجزة لها في القانون الوضعي؛ مما دعا بعض القانونيين إلى الأخذ برأي الفقه الإسلامي في تكييف الإقالة وبيان أحكامها.

٩ - ذهب جمهور فقهاء القانون المدني إلى أن الإقالة في الأصل ليس لها أثر رجعي، فما تم تنفيذه من التزامات العقد لا يزال ولا يرجع فيه، إلا أن يتفق المتقايلان عند الإقالة على أن يكون لها أثر رجعي، فحينئذ يكون لها أثر رجعي ولكن بقيود ذكرها.

١٠ - ذهب بعض فقهاء القانون المدني إلى أن الأصل في الإقالة هو أثرها الرجعي، أي أنها تزيل العقد لا للمستقبل فحسب، بل في الماضي أيضاً، شأنها في ذلك شأن الفسخ والانسحاب.

١١ - أخذ القانون الكويتي بالرأي القائل بأن الأصل هو وجود الأثر الرجعي للإقالة، واعتبارها فسخاً في حق العاقدين وعقداً جديداً في حق غيرهما، كما في المادة (٢١٨) منه.

وقد نهج في هذا الرأي نهج القانون العراقي في المادة (١٨٣) الذي بدوره قد أخذ هذا الرأي من تكييف فقهاء الحنفية لعقد الإقالة وبخاصة الإمام أبو حنيفة، رحمه الله تعالى.

المراجع والمصادر

- ١ - أسنى المطالب شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (٩٢٦هـ)، ط. دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
- ٢ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلي بن سليمان المرداوي الحنبلي (٨٨٥هـ)، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم (٩٧٠هـ)، ط. دار الكتاب الإسلامي.
- ٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (٥٨٧هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٥ - التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف العبدري المعروف بالمواق (٨٩٧هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٦ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، (٨٥٥هـ) - الناشر: دار الكتاب الإسلامي - مصر، الطبعة الثانية.
- ٧ - تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (٩٧٣هـ)، ط. دار إحياء التراث العربي.
- ٨ - الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي. ط..
- ٩ - حاشية الجمل، لسليمان بن منصور العجيلي المصري المعروف بالجمل. ط. دار الفكر.
- ١٠ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأبي العباس أحمد الصاوي، ط. دار المعارف - مصر.
- ١١ - رد المحتار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن

- عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشقي، الحنفي (ت ١٢٥٢هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح الأمير الكحلاني ثم الصنعاني (١١٨٢هـ)، ط. دار الحديث - القاهرة.
- ١٣- سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد الربيعي القزويني (٢٧٥هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٤- سنن أبي داود، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٧٥هـ). تحقيق: عزت عبيد دعاس، دار ابن حزم، الطبعة الأولى (١٤١٨ / ١٩٩٧م).
- ١٥- سنن البيهقي الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي، (ت: ٤٥٨هـ)، الناشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - سنة النشر ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ١٦- سنن الترمذي. تأليف: الإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي (٢٠٠-٢٧٩هـ)، تحقيق / أحمد محمد شاكر - دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٧- شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتي (١٠٥١هـ)، ط. دار عالم الكتب - بيروت.
- ١٨- العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمود البابرتي، (ت ٧٨٦هـ)، ط. دار الفكر - بيروت.
- ١٩- عون المعبود بشرح سنن أبي داود، الطبعة الثانية، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، بيروت: دار الكتب العلمية. (١٤١٥هـ).
- ٢٠- الغرر البهية شرح البهجة الوردية، لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، ط. المطبعة الميمنية.
- ٢١- الفتاوى الكبرى، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٧هـ)، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

- ٢٢- الفتاوى الهندية، للإمام نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، ط. دار الفكر - بيروت.
- ٢٣- فتح القدير شرح الهداية، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي المعروف بابن الهمام (٨٦١هـ)، ط. دار الفكر - بيروت.
- ٢٤- القاموس المحيط. تأليف: الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزآبادي الشيرازي الشافعي. (ت ٨١٧هـ) دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م).
- ٢٥- القواعد، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ). ط. دار الكتب العلمية.
- ٢٦- كشف القناع عن متن الإقناع: تأليف: الشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، ط. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م).
- ٢٧- لسان العرب، للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (٦٣٠/ ٧١١هـ)، ط. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
- ٢٨- المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، (ت: ٤٩٠هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى، سنة النشر، ١٤٠٦هـ.
- ٢٩- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، دون تاريخ.
- ٣٠- المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، ط. المطبعة المنبرية.
- ٣١- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ)، ط. دار الفكر - بيروت.

- ٣٢- المدونة، للإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبجي (ت: ١٧٩هـ) ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣٣- المسند، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٣٤- المصباح المنير، للعالم العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ (ت: ٧٧٠هـ). ط. مكتبة لبنان، سنة ١٩٨٧م.
- ٣٥- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده الرحبياني (١٢٤٣هـ)، ط. المكتب الإسلامي.
- ٣٦- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣٧- المغني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، (ت: ٦٣٠هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٨- المنشور في القواعد، للإمام بدر الدين الزركشي، (٧٩٤هـ)، ط. الثانية، ١٩٨٥م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، تحقيق د. تيسير فائق، دار الكويت للصحافة.
- ٣٩- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب (٩٥٤هـ)، ط. دار الفكر - بيروت.
- ٤٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن شهاب الدين الرملي المصري (٩٧٥هـ)، ط. دار الفكر - بيروت.

المراجع القانونية:

- ٤١- الالتزامات، أ.د. محمد كامل مرسي، ١٩٥٢م.
- ٤٢- أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، د. بدر جاسم اليعقوب، ١٩٩٤م.
- ٤٣- القانون المدني الكويتي، ط. الفتوى والتشريع، ١٩٩٨م.
- ٤٤- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، أ. د. عبد الرزاق السنهوري ١٩٦٧م.

-
- ٤٥ - نظرية الالتزام، أ. د. عبد الناصر العطار، ١٩٧٥ م.
- ٤٦ - نظرية الالتزام لأحمد حشمت أبو ستيت، ١٩٥٤ م.
- ٤٧ - نظرية العقد، لعبد الفتاح عبد الباقي، ١٩٨٥ م.
- ٤٨ - الوسيط في شرح القانون المدني، أ. د. عبد الرزاق السنهوري ١٩٦٤ م.

