

الجامعة الإسلامية العالمية

باسلام آباد

Accession No. ٢٣٧٧

DATA ENTERED

كلية الشريعة والقانون

الدراسات العليا

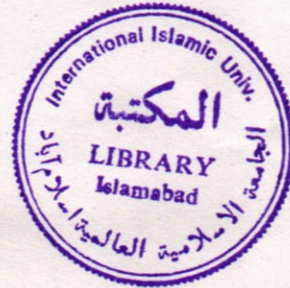
الخيارات في العقود

دراسة فقهية مقارنة

بمبحث لنيل درجة الماجستير في الشريعة

الإشراف، الاستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

الاستاذ المشارك بكلية الشريعة والقانون



١٤١٢ هـ — ١٩٩١ م

من أعداد الطالب: سمير غزير

01/09/2010
@



DATA ENTERED

T- 377

Accession No.....

ED

M.D
09/09

MS
٢٩٧٤١٧

ع ز خ

١- فقہ اسلام - عقود
٢- عنوانہ

DATA ENTERED

Amz 20/01/14



توقيع المتحسين

١

٢

٣

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن وآله وبعد :

فهذا البحث في (الخيارات في العقود)

أتقدم به لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية
باسلام آباد لنيل درجة الماجستير في الشريعة .

وقد عالجت جوانب هذا البحث فقسمته إلى تمهيد وباب واحد
وخاتمة .

أما التمهيد ففي ماهية العقد ومتعلقاته .

وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : جعلته في تعريف العقد لغة واصطلاحاً وعند أهل
القانون .

الفرع الثاني : يبحث عن أركان العقد وفيه ثلاثة مسائل :

المسألة الأولى : في تعريف الركن لغة واصطلاحاً .

المسألة الثانية : تتكلم عن أركان العقد في الشريعة الإسلامية
المطهرة .

المسألة الثالثة : عن أركان العقد في القانون الوضعي .

أما الفرع الثالث : فجعلته في شروط العقد وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : في شروط العقد في الفقه الإسلامي

والمسألة الثانية : تكلمت فيه عن أحكام العقد من حيث اللزوم
والجواز .

وأما الباب الأول : فجعلته في مفهوم الخيارات والأحكام المتعلقة به
وفيه فصلين :

والفصل الأول : تكلمت فيه عن تعريف الخيار في الفقه والقانون وبيان الحكمة من مشروعيتها وأنواع الخيار في القانون.

وأما الفصل الثاني : فإنه في الأحكام المتعلقة بالخيارات وأدلة مشروعية الخيارات . وهذا الفصل يتكون من خمسة مباحث .

والمبحث الأول : في خيار الشرط

وجعلت فيه ثمانية مطالب :

المطلب الأول : في تعريف خيار الشرط ومشروعيته

المطلب الثاني : في أقوال الفقهاء في بيان مقدار مدة الشرط عند اللذين قالوا بجوازه .

المطلب الثالث : تحت عنوان متى يعمل خيار الشرط

المطلب الرابع : في العقود التي يدخلها خيار الشرط .

والمطلب الخامس : تحت موضوع من الذي يثبت له خيار الشرط.

المطلب السادس : يتكلم عما ينتهي به خيار الشرط.

المطلب السابع : اشتراط النقد زمن الخيار.

والمطلب الثامن : يتكلم حول أثر خيار الشرط.

والمبحث الثاني : جعلته في خيار المجلس

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : في تعريفه لغة واصطلاحاً ومشروعيته

في الفقه والقانون.

المطلب الثاني : في العقود التي يثبت فيها خيار

المجلس .

والمطلب الثالث: متى يثبت خيار المجلس في الفقه

والقانون .

والمطلب الرابع : فى ماينتهى به خيار المجلس .

والمطلب الخامس : يتكلم عن أثر خيار المجلس .

والمبحث الثالث : وضعته فى خيار الرؤية .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : فى تعريف خيار الرؤية لغة واصطلاحاً ومشروعيتها فى الفقه والقانون .

المطلب الثانى : فى شرائط ثبوت الخيار وللمن يثبت هذا الخيار .

المطلب الثالث : فى العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية .

المطلب الرابع : تحت موضوع هل لخيار الرؤية وقت محدد ينتهى بانتهاؤه .

والمطلب الخامس : يتكلم عن أثر خيار الرؤية فى العقد .

والمبحث الرابع : أتكلم فيه عن خيار العيب : وجعلت فيه ستة مطالب :

المطلب الأول : فى تعريفه لغة واصطلاحاً ومشروعيته فى الفقه والقانون .

والمطلب الثانى : جعلته فى العيوب الموجبة للخيار .

والمطلب الثالث : تكلمت فيها حول العقود التى يعمل فيها خيار العيب .

والمطلب الرابع : يتكلم عن شروط خيار العيب .

والمطلب الخامس : تحت موضوع متى يسقط خيار واجد العيب .

المطلب السادس : تكلمت فيه عن أثر خيار العيب فى العقد .

والمبحث الخامس : جعلته في أمور متعلقة بالخيار ووضعت فيه
مطلبين :

- المطلب الأول : تحت موضوع هل يورث خيار المبيع أولا .
المطلب الثاني : تكلمت فيه عه ملك المبيع زمن الخيار .

والله تعالى أعلم بالصواب

فهرس الموضوعات

<u>الموضوع</u>	<u>رقم الصفحة</u>
خلاصة البحث	١
فهرس الموضوعات	٥
المقدمة	ط
سبب اختيار الموضوع	ى
منهج البحث	ك
التمهيد	١
ماهية العقد ومتعلقاته	١
الفرع الأول فى تعريف العقد	٣
تعريف العقد اصطلاحا	٥
تعريف العقد فى اصطلاح أهل القانون	٦
الفرع الثانى : أركان العقد	٧
الركن فى اللغة	٧
الركن فى الاصطلاح	٧
الفرع الثالث : شروط العقد	٩
المسألة الأولى: شروط العقد فى الفقه الاسلامى	٩
المسألة الثانية : شروط انعقاد العقد فى القانون	١٦
الفرع الرابع : أحكام العقد من حيث اللزوم والجواز والوفاء	١٨
العقود الموقوفة	٢٠
المقاصد من تنفيذ العقود فى القانون	٢٤
<u>الباب الأول :</u> فى مفهوم الخيارات والأحكام المتعلقة به	٢٥
الفصل الأول فى تعريف الخيار وبيان الحكمة من مشروعية واجمال أنواعه	٢٥
تعريف الخيار فى اللغة	٢٥
تعريف الخيار فى الاصطلاح	٢٦

٢٦	تعريف الخيار في القانون
٢٧	الحكمة من مشروعية الخيار
٢٨	أنواع الخيار
٢٨	أنواع الخيار في الفقه
٣٠	أنواع الخيار في القانون
٣٢	الفصل الثاني : أدلة مشروعية الخيار
٣٣	<u>المبحث الأول</u> : خيار الشرط
٣٣	المطلب الأول : تعريف خيار الشرط ومشروعيته
٣٣	تعريف خيار الشرط
٣٤	مشروعية خيار الشرط
٤٠	المطلب الثاني : أقوال الفقهاء في بيان قواعد مدة الشرط
٤٣	خيار الشرط في القانون
٤٤	المطلب الثالث : متى يعمل بخيار الشرط
٤٦	المطلب الرابع : العقود التي يدخلها خيار الشرط
٥٣	المطلب الخامس : من الذي يثبت له خيار الشرط
٥٥	المطلب السادس : ما ينتهي به خيار الشرط
٥٩	المطلب السابع : اشتراط النقد زمن الخيار
٦٤	المطلب الثامن : أثر خيار الشرط
٦٦	<u>المبحث الثاني</u> : خيار المجلس
٦٦	المطلب الأول : تعريف خيار المجلس في اللغة وفي الاصطلاح
٦٨	هل المراد التفرق بالأبدان ؟
٧٥	خيار المجلس في القانون
٧٧	المطلب الثاني : العقود التي يثبت فيها خيار المجلس
٧٩	المطلب الثالث : متى يثبت خيار المجلس
٨١	المطلب الرابع : ما ينتهي به خيار المجلس
٨١	تفرق العاقلين بالأبدان

٨٢	التخاير
٨٣	زوال الأهلية
٨٤	ماينتهى به خيار المجلس فى القانون
٨٦	المطلب الخامس : أثر خيار المجلس
٨٧	أثر خيار المجلس فى القانون
٨٨	المبحث الثالث : خيار الرؤية
٨٨	المطلب الأول : تعريف خيار الرؤية ومشروعيته
٨٨	تعريف لغة واصطلاحاً
٨٩	مشروعية خيار الرؤية
٩٥	خيار الرؤية فى القانون
٩٦	المطلب الثانى : شرائط ثبوت الخيار وللمن يثبت هذا الخيار
٩٩	المطلب الثالث : العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية
١٠٠	المطلب الرابع : هل لخيار الرؤية وقت محدد ينتهى بانتهائه
١٠٣	المطلب الخامس : أثر خيار الرؤية فى العقد
١٠٦	<u>المبحث الرابع</u> : خيار العيب
١٠٦	المطلب الأول : تعريفه لغة واصطلاحاً
١٠٧	مشروعيته خيار العيب
١٠٩	خيار العيب فى القانون
١١٠	المطلب الثانى : العيوب الموجبة للخيار
١١٤	المطلب الثالث : العقود التى يعمل فيها خيار العيب
١١٨	المطلب الرابع : شروط خيار العيب
١٢١	المطلب الخامس : متى يسقط خيار واجد العيب
١٣٤	المطلب السادس : أثر خيار العيب فى العقد
١٣٦	<u>المبحث الخامس</u> : أمور متعلقة بالخيار
١٣٦	المطلب الأول : هل يورث خيار المبيع أم لا ؟
١٣٦	الفرع الأول :

١٣٧	الفرع الثاني
١٣٩	الفرع الثالث
١٤٢	المطلب الثاني : ملك المبيع زمن الخيار
١٤٩	خاتمة البحث
١٥٨	فهرس بأهم المراجع والمصادر

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة
للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته إلى
يوم الدين .

أما بعد: فإن الأصل في العقود أن تكون لازمة لاختيار فيها وذلك
من أجل استقرار العقود والمعاملات بين الناس وبناء على هذا فالخيارات
تكون مشروعة على خلاف الأصل وذلك لحاجة الناس إليها .

والغاية من مشروعيتها هي التحقق من حصول الرضا الكامل بين
المتعاقدين والتأكد من سلامته وابتناؤه على أساس صحيح .

فالتعهد من الخيارات هو المحافظة على مصالح الناس فقد يكون
الإنسان قليل الخبرة في التعامل فيتعجل في الشراء ثم يتضح له فيما بعد
أنه قد غبن - وعن طريق الخيار يرفع الغبن عن نفسه فيفسخ العقد .

وقد يشتري الإنسان شيئاً موصوفاً في الذمة ثم يراه بعد ذلك على
غير الأوصاف التي حصل الاتفاق عليها، فمشروعية الخيار تعطيه الحق في إمضاء
العقد والرضا بتسليم ما اشتراه أو في فسخه لهذا العقد الذي لا يرضاه .
وقد يجد الشيء الذي اشتراه معيباً أو مخالفاً للشروط التي
اشترطها فيه فيحتاج إلى فسخ هذا العقد .

وكل ذلك من أجل الحرص على مصالح الخلق وتحقيق الرضا الكامل
بين الطرفين المتعاقدين .

سبب اختيار الموضوع

فى أثناء دراستى فى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية كنت أبحث عن موضوع أسجله لأنال به درجة الماجستير، فاستطلعت مواضيع عديدة ثم عملت فكرى فى اختيار واحد منها لتسجيله وقد كنت خلال ذلك على اتصال دائم ومستمر بأساتذتى فى تلك السنة للاستعانة بآرائهم وتوجيهاتهم فى هذا المجال وبعد مشاورة أساتذتى استقر لى على اختيار موضوع من أهم الموضوعات فى نظرى ألا وهو " الخيارات فى العقود " .

وقد دفعنى إلى اختيار هذا الموضوع ما لمستته من حاجة الناس إلى معرفة ما يختص بالعقود من حيث اللزوم والجواز وما إلى ذلك لأن كثيراً من الناس لا يعرف متى يصبح العقد لازماً أو موقوفاً ومتى يكون الخيار مشروعاً للعاقدين، الأمر الذى يترتب عليه ضياع بعض حقوقهم فى بعض الأحوال.

ولقد كان ما يتعلق بالخيارات منتشرًا فى بطون الكتب فأحببت أن أبين كلمة الشرع فى هذا الموضوع فذهبت أجمعها مرتباً لها فى مقام واحد حتى يسهل على الباحثين من طلاب الفقه الإسلامى الاطلاع عليها .

ولكم رجوت الله سبحانه وتعالى أن يعيننى على إتمام هذا البحث على خير مايرام وأن يجنبنى الخطأ والجهل والنسيان إنه على مايشاء قدير، وبالإجابة جدير.

منهج البحث

أما المنهج الذي سلكته في بحثي هذا فهو كما يأتي :

- (١) اعتمدت في الغالب - في تخريج المسائل على المذاهب الأربعة :
الحنفي، والمالكي، والحنبلي، والشافعي - لاشتهار هذه المذاهب ،
ولكون أكثر المؤلفات الموجودة في الفقه إنما دونت على أصول هذه
المذاهب .
- (٢) وقد أذكر في المسألة قول الظاهرية ، أو غيرهم من الأئمة والعلماء
لاسيما إن كان لهم قول في المسألة أقرب إلى الكتاب والسنة ويخالف ما
ذهب إليه غيرهم من أصحاب الأقوال .
- (٣) أذكر الأقوال في المسألة ثم أذكر بعدها الأدلة حسب ترتيب
الأقوال ثم أناقش الأدلة إن كانت هناك مناقشة ، ثم أذكر الراجح من هذه
الأقوال ما كان أقرب إلى الكتاب والسنة أو المعقول دون التعصب لمذهب
على حساب مذهب آخر .
- (٤) أبين في كل مبحث تعريف وعنوان المبحث من حيث اللغة والاصطلاح
ودليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع أو المعقول .
- (٥) أورد/أى أهل القانون الوضعي في الموضوع الذي أتحدث عنه إن
كان لهم كلام فيه مع مقارنة ذلك بما عليه فقهاء المسلمين إن تيسرت لي
هذه المقارنة .
- (٦) رقت الآيات القرآنية حسب وجودها في المصحف الشريف .
- (٧) خرجت الأحاديث النبوية الشريفة من كتب السنة الأساسية أو
من شروح كتب السنة التي تذكر النص ثم تشرحه .
- (٨) شرحت المصطلحات الفقهية والألفاظ الغريبة والكلمات التي تحتاج
إلى بيان وتوضيح في أثناء الكتابة أو في حاشية الصفحة .

(٩) ختمت الرسالة بذكر النتائج التي توصلت إليها أثناء البحث وتشتمل على ملخص لمحتويات البحث والأقوال الراجعة في المسائل المذكورة

(١٠) ثم قمت بعمل فهرسين :

أحدهما : فهرس للموضوعات ليسهل الرجوع إلى موضوعات البحث ومسائله .

ثانيهما : للمراجع والمصادر التي رجعت إليها أثناء معالجة هذا البحث .

بسم الله الرحمن الرحيم

التمهيد

ماهية العقد ومتعلقاته

التقديم :

إن الله تعالى خلق الإنسان وجعله يعيش في المجتمع مع غيره وفي أثناء هذه الحياة يتعامل مع الآخرين وكان العقد من أهم ما يجري بين الناس من معاملات وذلك منذ أزمان بعيدة . ويرى بعض الباحثين في هذا المجال بأن أول ما عرف البشر من التعامل هو التبادل الفوري - فعند الاحتياج كان الإنسان يعطى ويأخذ بقدر ما يعطى ويمرور الزمان تطورت نظرية العقد بين البشر لتنظيم التعامل والتبادل بينهم - ولاشك أن العقد من أهم الوسائل للملكية والملكية والاجارة والإعارة في العقارات والمنقولات ، وأنه من أهم الظواهر المدنية التي يقاس بها انعدام الإرادة وحريتها .

ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية تختلف مع القانون العسسام (Common Law) في بعض الأمور وتتفق في البعض الآخر . وأساس الاختلاف بينهما هو النظر في العقد من حيث إقرار الشرع له وعدم إقراره له - وأما القانون العام فلا ينظر فيه إلى الشرع بل هذا يخضع لطبيعة أفراد المجتمع وواضعي القانون (Legislators) فإن شاءوا، أجازوا وأباحوا شيئاً وإن شاءوا حرّموه ومنعوه في أي وقت - وعلى سبيل المثال كان الخمر محرّماً بنص القانون الأمريكي وعندما طالب المجتمع بإباحة الخمر، وإلغاء هذا التحريم، سارع المشرع الوضع بالاستجابة لرأي المجتمع فأباحها بعسسد التحريم - وهذا المعنى لايجوز في الشريعة الإسلامية لأن المعيار في الشريعة هو الشرع - فإن الشرع هو الذي يرسم الحدود لللال والحرام وليس لأحد من المسلمين أن يحرم ما أحله الشرع أو يحلل ما حرّمه الشرع - فالشريعة الإسلامية وضعت القواعد الأساسية في العقود كما هو الشأن في جميع المعاملات

الأخرى ، فحرّمت الشريعة بعض العقود لما يترتب عليها من الفساد الدنيوى أو الدينى وأحلتّ مآعداها .

ولمّا كانت العقود لها تعريفات وأركان وشروط وأنه لا بدّ من توفّر كل ذلك حتّى يصبح العقد لازماً نافذاً فى حق كل من المتعاقدين، رأيت فى هذا المقام أن أتناول كل ذلك بالبيان على الوجه الآتى فى الصفحات التالية :

الفـسرع الأول

في

تعريف العقد

أولا : تعريفاً في اللغة.

العقد نقيض الحل^(١) والعقد بالكسر القلادة والجمع عقود مثل حمل وحمول^(٢) والعقد مثل العهد، عاقده عقداً مثل عاهدته عهداً^(٣).

والعقد : العهد، والجمع عقود وهي أوكد العهد^(٤).

وقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) قيل هي العقود، وقيل هي الفرائض التي ألزموها.

وقال الجصاص في أحكام القرآن : وقد اشتمل قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)^(٥) على إلزام الوفاء بالعهد والذمم التي نعقدها لأهل الحرب وأهل الذمة والخوارج وغيرهم من سائر الناس وعلى إلزام الوفاء بالنذور والأيمان^(٦).

فالعقد اتفاق بين الطرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج - وجمعه عقود.

أما القانون الوضعي فالعقد فيه يعني الاتفاقية الصالحة للنفاد بالقانون^(٧).

(١) لسان العرب ص ٢٩٦، مجلد ٣، نشر ادب الحوزة، قم إيران ١٤٠٥ هـ

(٢) المصباح المنير ٥٧٥/٢، ط، المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٢٨ م.

(٣) كتاب العين ص ١٦٣، للخليل بن أحمد الفراهيدي، مطبعة العاني بغداد ١٣٨٦ هـ.

(٤) لسان العرب ٢٩٧/٣ (٥) سورة المائدة آية رقم ١

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٢٩٥/٢، ط. بيروت

(٧) Charles Worth's Mercantile Law Page 3, 14th Edition,
By: Clive M. Schmitthoff David A.G. Sarre

وفي قانون العقود الوضعى : العقد هو العهد القابل للنفذ
بالقانون ويمكن أن ينشأ العهد للعمل أو للاجتناب منه (١)

ويجب على الطرفين فى العقد أن يقصدا عن هذه الإتفاقية الصلة
القانونية بينهما - بمعنى أنه إذا عجز واحد منهما عن تنفيذ ماتعهد به
فيكون مسئولا لعجزه أمام القانون.

1) The New Encyclopedia Britanica V.5/30, P. 124.

(١)

ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً :

للعقد عند الفقهاء معنيان : أحدهما عام ، والآخر خاص
فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الإلتزامات الشرعية وهو بهذا
المعنى العام يرادف كلمة الإلتزام . فكل ما يعزم المرء على فعله سواء ،
أكان بإرادة منفردة مثل الوقف واليمين أو بإرادتين مثل البيع والإجارة ،
يدخل فى هذا المعنى العام للعقد وهو الإلتزام وهذا ما يراه الجمهور من
المالكية والحنابلة والشافعية (١).

أما العقد بالمعنى الخاص فهو ما يراه الحنفية من أن العقد
التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب
بالقبول على وجه يظهر أثره فى المحل - فإذا حصل الإيجاب والقبول وارتبط
أحدهما بالآخر كقول أحد المتعاقدين مثلاً " بعت " وقول الآخر " اشتريست "
يترتب عليه حكم شرعى وهو الملك (٢).

وورد فى المادة ١٠٤ ، من مجلة الأحكام العدلية بأن الإنعقاد هو
تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما .
فلا بد لحصول الإنعقاد من أن يكون تعلق كل من الإيجاب والقبول
بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما ، فالبيع الباطل كبيع المعدوم
مثلاً ، وإن سمي عقداً لتعمد العقاقدين فيه ارتباط الإيجاب بالقبول لسكن
لا يسمى منعقداً لعدم وجود شرطه وهو كونه على وجه مشروع - والأثر الذى
يظهر فى المتعلق هو ملك المشتري للمبيع وملك البائع للثمن . فإذا قال
البائع بعتك هذا القلم بعشرين روبية وقال المشتري اشتريته بعشرين روبية ،
فيظهر الأثر بأن ملك المبيع أى القلم ينتقل إلى المشتري ويملك البائع
الثمن (عشرين روبية) لهذا القلم (٣).

(١) فتاوى ابن تيمية ٥/٢٩ ، وأحكام القرآن للجصاص ٢٩٦/٢ وما بعدها
وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، مادة ١٠٣

(٣) " " " " " ١٠٤ ، ج ٢ ، ص ٥٥ ، ط . مكتبة اسلامية ، الكويت .

ثالثاً : تعريف العقد فى اصطلاح أهل القانون

1872.

فقد ورد فى قانون العقود الباكستانى (The Contract Act, /) بأنه الإتفاقية الصالحة للنفاد بالقانون والإتفاقية هى كل عهد أو مجموعة عهود فى شكل عوض من أحد الطرفين وعوض من الطرف الآخر فالعقد عبارة عن اقتراح من أحد طرفى العقد فلو قبله الطرف الآخر يكون اقتراحاً مقبولاً ويصح العهد (١)

وعرف العقد عند أهل القانون بتعريف آخر ^{هو} أن العقد توافق إسق إرادتين على إحداث أثر قانونى من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه (٢).

ومما تقدم يظهر أن جوهر العقد فى القانون هو توافق إرادتين والعقد فى نظر فقهاءنا ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه بل الارتباط الذى يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق. فالتعريف القانونى قد يشمل العقد الباطل الذى يعتبره التشريع لغوا من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة ذلك لأن هذا التعريف القانونى إنما يعرف العقد بواقعه المادية وهى اتفاق الإرادتين أما التعريف الفقهى فيعرفه بحسب واقعه الشرعية وهى الارتباط الاعتبارى. وهذا هو الأصح، لأن العقد لاقية فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعى .

وبهذا نرى أن التعريف الشرعى للعقد هو التعريف الأرجح لوجهته، ولأن أساس الاعتبار فيه هو نظرة الشرع الإسلامى إليه من حيث الاعتبار ومن حيث الإلغاء، هذا ما أمكننى قوله فى هذا المقام والله أعلم بالصواب .

(١) 1) The Contract Act. 1872, Section 2.

(٢) 2) Chitty on Contracts - General Principles V. 1, Clause 1 - 3.

الفرع الثانى

فى أركان العقد :

الركن فى اللغة : ركن الشيء فى اللغة هو الجانب القوى الذى يمسكه ، كأركان البيت ، وهى زواياه التى تمسك ببناءه (١) .

الركن فى الاصطلاح : ولقد اختلف الفقهاء فى تعريف الركن اصطلاحاً ولهم فى ذلك تعريفان مشهوران أحدهما للحنفية والثانى للجمهور .

فالركن عند الحنفية : ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخل فى حقيقته وركن العقد : هو كل ما يعمربه عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة (٢) .

فركن العقد عندهم شئ واحد هو الصيغة وهى عبارة عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما ، وأما بقية العناصر التى يقوم عليها العقد من المحل والعاقدين فهى لوازم وليست أركاناً عند الأحناف .

وأما الركن عند الجمهور فهو : ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخل فى حقيقته يترتب على ذلك أن أركان العقد عند الجمهور ثلاثة هي :

(١) العاقدان (كالبائع والمشتري فى البيع)

(٢) والمعقود عليه (وهو الثمن والمثمن) .

(٣) والصيغة وهى الإيجاب والقبول (٣) .

وبالنظر فى هذا الاختلاف نجد أنه ليس اختلافاً حقيقياً ، ولكن منه اختلاف لفظى لا يترتب عليه أي أثر فى الواقع العملى - والله أعلم .

(١) المصباح المنير (مادة ركن)

(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٢/٤٥٥ ، طه دار إحياء التراث العربى .

(٣) كشف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور البهوتى ١٤٦/٣ ، ومعنى المحتاج للشريينى ج ٢/٣ .

وأما القانون فالعناصر التي لابد أن تتوفر لقيام العقد فيه

هي :

- (١) التراضي : بين أطراف العقد، ولا بد أن يكون هناك علسى الأقل طرفان لأنه لا يستطيع أحد أن يتعاقد مع نفسه بيد أنه يستطيع أن يتعهد بنفسه فعل شيء أو تركه .
- (٢) محل العقد: وفى هذا المقام يتطلب القانون الإنجليزي إما وجود محل أو أن يكون العقد تحت خاتم وذلك بمعنى تعهد أطراف العقد بدفع الرسوم المالية اللازمة لتسجيل العقد.
- (٣) صحة العقد : والمقصود بها ألا تتأثر حقيقة العقد بالأحوال التي تجعل العقد غير قابل للتنفيذ أو تجعله قابلا للفسخ أو تجعله مخالفا للقانون. ويتطلب القانون العام أهلية الأطراف أيضا للتعاقد (١)

1) Charles Worth's Mercantile Law (14th Edition)

الفسرغ الشالست
شروط العقد

أما عن شروط العقد فنتناولها وفقا لما يأتي :

المسألة الأولى : شروط العقد فى الفقه الاسلامى :

فإن الشريعة لاتعطى حمايتها لكل الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم بل تعطى تلك الحماية تمايلائها من الشروط، وتمنعها مما يخالفها، ولكن ما الضابط للشروط المحللة السائغة والشروط غير السائغة فى الشريعة؟ والجواب عن ذلك أن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : وهو لأكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية وقد قالوا: إن أى شرط يخالف الشرع الشريف أو يزيد على مقتضى العقد من غير أن يرد به أثر - شرط لا يقره الشرع ولا يرعاه كأن يشترط البائع عدم انتفاع المشتري بالمبيع فقد قال هؤلاء الأئمة: إن هذا الشرط لا يقتضيه عقد البيع، بل هو زائد على ما يوجب ذلك العقد من التزام، فلا يقر ولا يلتفت إليه. فقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية : البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر - ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط كما لو باع بشرط تسليم المبيع على البائع والضمن على المشتري فالبيع صحيح والشرط معتبر لأن هذا الشرط يقتضيه العقد^(١). وكذلك شرط ما يؤيد العقد معتبر والبيع صحيح^(٢).

والبيع بشرط متعارف وهو الشرط المرعى فى عرف البلدة صحيح والشرط معتبر فمثلا لو باع الغرورة^(٣) على أن يخطط بها الطهارة، أو القفل على أن يسمره فى الباب أو الثوب على أن يرقعه، يصح البيع ويلزم على انبائع الوفاء بهذه الشروط^(٤).

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٨٦

(٢) نفس المصدر مادة ١٨٧

(٣)

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٨٨ .

المذهب الثاني : وهو لكثير من الحنابلة وقد قالوا: إِنَّ كل شرط لم يقيم دليل من الشرع على النهي عنه فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييسد بمقتضى العقد، وذلك اعتماداً منهم على حديث (المؤمنين عند شروطهم) (٠٠٠) .

فأجاز الحنابلة اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك، وهكذا نرى كثيرين من الحنابلة، قد فتحو باب الشروط فى العقود من غير قيد ولا شرط غير أنهم يصرحون فى مجال هذه الشرط بالآ تخالف شيئاً فى كتاب الله سبحانه وتعالى^١ أو فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، أو قاعدة من قواعد الشريعة العامة (١) .

المذهب الثالث : وهو لأهل الظاهر وقد قالوا: إنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به لأن الإلتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهما ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهما، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التى يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر ولا تنال قوة التنفيذ (٢) .

(١) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام أبى زهرة
ص ٢٤٥ - ٢٤٦ .

(٢) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام أبى زهرة
ص ٢٤٦ .

تعليق وترجيح

ومما تقدم نعلم أنّ الخلاف في حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها. ثم إن الحنابلة والظاهرية يقفون في هذا المقام على طرفي نقيض، فنجد أن الحنابلة يبيحون كل شرط لم يثبت في الشرع نهى عنه، بينما نجد أن أهل الظاهر ينفون كل شرط إلا ما قام الدليل على إجازته.

وفي رأيي، والله أعلم، أن نأخذ بالرأي الوسط في هذا المقام وهو ما قال به أصحاب المذهب الأول لوجهاته

وتتنوع شروط انعقاد العقود في الفقه الإسلامي إلى نوعين:

أحدهما : شروط عامة وهي التي يجب أن يتوافر وجودها في كل عقد.

والثاني: شروط خاصة - وهي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها.

ونتحدث هنا عن الشروط العامة فقط فنوجز فيما يلي الشروط العامة

للعقود:

(١) أهلية المتعاقدين :

أي بكونهما عاقلين ولا يشترط البلوغ والحرية - فشرائط العاقد اثنان: العقه والعدد - فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ولا وكيل من جانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي وشراء العبد نفسه من مولا بأمره والرسول من الجانبين ولا يشترط فيه البلوغ ولا الحرية فيصح بيع الصبي أو العبد لنفسه موقوفاً ولغيره ناخذاً ولا الإسلام والنطق والصحو^(١).

(٢) قابلية محل العقد لحكمه :

فيشترط في المعقود عليه كونه موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه وكونه مغدور التسليم، فلم ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع والشمـ

(١) رد المحتار على الدر المختار ٦٠٥/٤، (ط. كوئته، باكستان)

قبل ظهوره - والميتة والدم ولا بيع الخمر والخنزير في حق مسلم - ولا بيع الكلا ولو في أرض مملوكة له والماء في نهر أو بئر والصيد والحب والحشيش قبل الإحراز ولا بيع مالميس مملوكا وإن ملكه بعده إلا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته (١).

(٣) ان لا يكون العقد ممنوعا :

وذلك لأن العقد الممنوع شرعا بمقتضى نص شرعى تحت طائلة البطلان/يعتبر في نظر الفقهاء غيىر مشروع من أصله، منافيا للنظام الشرعى العام - فالبيع الباطل مالا يصح أصلا يعنى أنه لا يكون مشروعا أصلا (٢).

ومعنى ذلك أن البيع الباطل مالميس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه بسبب وقوع الخلل في ركنه ومحلّه كبيع المجنون وبيع الحر والميتة وهو لا يغيىسد الملك أصلا لأنه لا يترتب عليه حكم البيع (٣).

وجاء في البدائع : أن كل عقد يصدر، ولا يوجد ممن يملك حق إجازته وانعقاده عند صدوره، يكون باطلا (٤).

(٤) أن يستوفى العقد شرائط انعقاده الخاصة به :

بيّنا في البداية بأن الشروط نوعان :

عامّة وخاصّة - فيشترط بوجه عام لانعقاد أى عقد من العقود أن تتوافر شرائط انعقاده الخاصة التى يتطلب الشرع توافرها فيه إن كان له شرائط خاصة به مطلوبة شرعا فيه دون غيره من العقود.

(١) رد المحتار على الدر المختار، ٦/٤، (ط. كوئته، باكستان)

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم ١١٠ .

(٣) شرح المجلة ص ٦٦ .

(٤) البدائع ١٤٩/٥ .

وذلك كالعقد على شيء مثلا فإنه لا يتم انعقاده إلا إذا حصل فيه -
 علاوة على الإيجاب والقبول - تسليم الشيء محل العقد.

(٥) كون العقد مفيدا :

يشترط أن يكون العقد مفيدا، فلا ينعقد الرهن مثلا في مقاييسل
 الأمانة كما لو أخذ المودع رهنا على الوديعة لقاء الوديعة، لأن الوديعة
 أمانة غير مضمونة على الوديعة فإذا هلكت بلا تعد ولا تقتصير منه في حفظها
 لا يحق لمالكها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن فكان الرهن غير مفيد (١).

وكذلك لا يعتبر التعاقد على عوض يأخذه أحد التعاقدين لقاء أمر
 واجب عليه شرعا بدون عقد كما لو تعاقد على أخذ عوض لقاء كفه وامتناعه
 عن فعل جريمة، فهذا التعاقد باطل لا يستحق فيه العوض، لأن الشخص ملزم
 شرعا بهذا الامتناع من غير حاجة إلى عقد .

والأحناف يقررون في الإجارة أنه لا ينعقد استئجار الرجل زوجته على
 خدمة بيت الزوجية وإدارته بأجرة شهرية لأن هذه الإدارة يوجبها الشرع
 عليها ديانة بحسب استطاعتها دون تعاقد (٢).

(٦) بقاء الإيجاب صحيحا إلى وقوع القبول :

فمثلا لو قال أحد المتبايعين بعث أو اشتريت واشتغل الآخر قبل
 القبول بأمر آخر أو بكلام أجنبي لاتعلق له بعقد البيع بطل الإيجاب ولا عبرة
 بالقبول الواقع بعده ولو قبل الفضاخ المجلس (٣).

(١) رد المحتار ٣١٧/٥ و ٣٦٧/٣، ط. دار الفكر العربي بيروت

(٢) البدائع ١٩١/٤

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم ١٨٣ .

ويبطل أيضا بهلاك المبيع قبل القبول وبتغيره بزيادة كولاية أو نقصان . ويبطل أيضا بهبة البائع الثمن من المشتري قبل القبول وبقياس أحدهما وإن لم يذهب عن مجلسه على الرجوع، ولو كان قيامه لمصلحة لمعرضا كما في القنية وكذا بكل ما يدل على الإعراض كالاشتغال بعمل آخره ~~كلاكل~~ إلا إذا كان لقمة والشرب إلا إذا كان الإناء في يده والنوم إلا أن يكون نائما جالسين، والكلام ولو لحاجة والمشى مطلقا (١).

فلو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع مثلا لو قسما البائع بعث هذا المتاع بكذا وقبل أن يقول المشتري قبلت، رجع البائع، ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع (٢).

(٧) اتحاد مجلس العقد:

جاء في رد المحتار: وشرط مكانه (أي العقد) واحد وهو اتحاد المجلس (٣). ومجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد فيلغو الإيجاب إذا انقض المجلس قبل القبول، ولا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك، بل يعتبر هذا القبول إيجابا جديدا يبدأ به مجلس جديد.

ولقد قال الفقهاء إن المجلس يجمع المتفرقات " ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب وتنتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين، أو بإعراض أحدهما، كما لو قام معرضا أو اشتغل بشأن آخر.

(١) شرح المجلة، ص ٨٦

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم ١٨٤

(٣) رد المحتار ٦/٤

وإذا كان الإيجاب بالكتاب إلى غائب فمجلس العقد إنما يبدأ منذ قراءة الغائب للكتاب، فإذا قبل في مجلسه تم العقد وإذا انقضى المجلس بالإعراض بطل الإيجاب (١).

وسيأتى تفصيل الكلام في خيار المجلس ان شاء الله تعالى.

المسألة الثانية : شروط انعقاد/ في القانون :
العقد

أما القانون العام فيقسم الشروط إلى قسمين رئيسيين :

أحدهما : الشروط الصريحة

والثاني : الشروط الضمنية

والشروط الصريحة هي التي اشترطها الطرفان صراحة في العقد إما بالكتابة أو شفاهة (١).

ثم الشروط الضمنية تقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : الشروط الضمنية في حقيقة الأمر

(Terms Implied in fact)

وهذه الشروط هي التي لم تبين صراحة في العقد، بل يجب على الطرفين أن يقصدا شمول العقد لها لأن حقيقة الأمر تقتضي أن يشمل العقد هذه الشروط.

والثاني : الشروط الضمنية في القانون (Term Implied in Law)

وهي التي يقتضي مفهوم القانون اشتراطها في العقد فمثلا البائع ملتزم ضمنا بكون الأشياء المباعة صالحة للبيع أو محققة لغرض المشتري من هذا الشراء. وكذلك المستأجر ملتزم ضمنا بأنه لن يشغل أجيره في عمل مخالف للقانون (٢).

والثالث : الشروط الضمنية بالعرف أو الاستعمال :

فإذا كان الناس يتاجرون في متجر خاص فعرف هذا المتجر يدخل ضمنا في أي عقد من العقود مالم يكن هذا العرف مخالفا لما اشترطه المتعاقدان في العقد صراحة. (٣)

-
- | | |
|---|-----|
| 1) An outline of the Law of contract By G.H. Treitel
Third Edition, p. 62. | (١) |
| 2) An outline of the law of contract p. 64. | (٢) |
| 3) An outline of the law of contract p. 65. | (٣) |

فالقانون العام (Common Law) يمنع اشتراط الشروط التي تخالف السياسة العامة (public policy) أما ماعدا ذلك من شروط، فيصح اشتراطها ما لم تكن مخالفة للسياسة العامة - وهذا الأمر يتفق مع الشريعة في جانب ويخالفها في جانب آخر أما موافقته للشريعة فمن ناحية أن الشريعة الاسلامية تمنع الشروط الغير مشروعة في الشرع.

وأما مخالفته للشريعة فمن ناحية أن السياسة العامة تتغير وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة بينما أرسى الشريعة الحدود الأساسية، بما لا تغير منه في الزمان أو المكان.

ومن هذا نعلم عظمة الشريعة وتفوقها على قوانين البشر، ولا عجب في ذلك لأن هذا شأن التشريع السماوي الذي هو من وضع الله سبحانه وتعالى وهو محيط بكل مادي وجلي من شئون عباده يكون دائما عادلا مستوفيا لمسا بعثهم منسج وجيوه المصلحة التي يعلمها الله لهم حتى ينتهي الأمد الذي قدر لذلك التشريع بخلاف النظام الوضعي فإنه من عمل الواضعين من ذوي السلطة في الجماعة وليس من شك في أن الواضع يتأثر في تكوينه وفي عمله بالعوامل الاجتماعية كالعرف والعادة وبالبيئة وبالعوامل الطبيعية كالزمن والمكان والجو.

ولذلك نرى القوانين الوضعية دائما ناقصة وفي حاجة إلى تكميل أو تغيير وإلا كانت جائرة بعيدة عن المقصود منها وقتاما وهذا النقص هو مايتلافاه على الدوام رجال القانون بالتأويل والتغيير. والله أعلم.

الفسر السرايعأحكام العقد من حيث اللزوم والجواز والوفاء

رأينا فيما سبق عند الكلام عن تعريف العقد وأركانه وشروطه
الضرورية التي يصبح بها العقد صحيحا .

أن العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافا إلى محل صالح لحكمه
وسلم من خلل في ركنه أو أوصافه وحكمه ثبتت أثره في الحال .

وهو بهذا يشمل نوعين من العقود :

(١) العقود الصادرة عن أهلها، وعن لهم ولاية إنشاءها

(٢) والعقود الصادرة من أهلها، ولكن ليست لهم ولاية إنشاءها بأن لم
يكونوا ذوي الشأن فيها، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو
وصاية أو وكالة والقسم الأول من العقود هو العقود النافذة والقسم الثاني
هو العقود الموقوفة .

ولقد اختلفت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى في العقد الموقوف
على خمسة أقوال :

الأول : أنه يصح العقد الموقوف وذهب إلى هذا جماعة من السلف
والهادوية عملا بالحديث (١) .

والثاني : أنه لا يصح وإليه ذهب الشافعي وقال إن الإجازة لاتصححه
محتجا بحديث : " لاتبع ماليس عندك " أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي
وهو شامل للمعدوم وملك الغير وترددوا الشافعي في صحة حديث عروة وعلسق
القول به على صحته .

(١) وهو ما روى عن عروة البارقي رضى الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضيئه أو شاة فاشترى به
شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة
في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه " رواه الخمسة إلا النسائي
على ما في سبل السلام : انظر سبل السلام ٨٣٣/٣ نشر مكتبة عاطف .

والثالث : التفصيل لأبى حنيفة فقال يجوز البيع لا الشراء وكأنه فرق بينهما بأن البيع إخراج عن ملك المالك وللمالك حق فى استبقاء ملكه فإذا أجاز فقد أسقط حقه بخلاف الشراء فإنه إثبات للملك فلا بد من تولى المالك لذلك.

والرابع : لمالك وهو عكس ما قلناه أبو حنيفة وكأنه أراد الجمع بين الحديثين حديث " لا تبع ما ليس عندك " وحديث عروة فيعمل به ما لم يعارض .

والخامس : أنه يصح إذا وكل بشراء شيء فيشتري بعضه وهو للجصاص وإذا صح حديث عروة فالعمل به هو الراجح وفيه دليل على صحة بيع الأضحية وإن تعينت بالشراء لإبدال المثل ولا تطيب زيادة الثمن ولذا أمره بالتصدق بها وفى دعائه صلى الله عليه وسلم له بالبركة دليل على أن شكرا لمنيع لمن فعل المعروف ومكافأته مستحبة ولو بالدعاء (١).

ومما تقدم كان في العقد الموقوف في الفقه الاسلامي

أما العقود الموقوفة

في نظم القوانين الأمريكية والإنجليزية فستدرس هذه العقود تحت موضوع " العقود المشروطة "

فالعقد المشروط عقد نافذ يعلّق نفاذه على حدوث الشرط أو على عدم حدوثه . فإنه عقد موقوف لما كان نفاذه موقوفاً على حدوث شرط أو عدم حدوثه فمسئولية المتعهد في هذا القسم تتقيد فقط بشرط يحدث أو بشرط لا يحدث . وإن حدوث هذا الشرط في المستقبل ضروري لكي يقع العقد موقوفاً ، أمّا إذا عرف الطرفان في العقد بأن المشروط قد وقع ، فيصح العقد نافذاً فوراً . وأمّا إذا كان وقوع هذا الشيء مستحيلاً ، فالعقد باطل وإذا أكسب الطرفان بأن في قدرتهما القيام بهذا المستحيل ، فيكون العقد جائزاً والشروط تلحق في العقود للمحافظة ^{على} حقوق المتعهد إليه خاصة وإن من نفع المتعهد أن يقع العقد لازماً غير موقوف .

والعقد أو البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير (١) .

فالعقد الصحيح النافذ ما صدر من أهله مضافاً إلى مصلته ، وسلمت أوصافه من الخلل ، وكان صدوره عن له ولاية على العقد - وهو ينقسم إلى لازم وغير لازم .

واللازم هو العقد النافذ العاري عن الخيارات (٢) . أو هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر كالبيع والإجارة ، فليس لأحد طرفيهما الإنفراد بفسخها وإبطال التزامها وذلك لأن العقود تعقد لمقاصد وأغراض واشتباع حاجات فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازماً على كل واحد من طرفيها ولأن العقود عهدية ~~وعهدية~~ ^{وعدم الوفاء} ~~بالحعهد~~ ^{بالحعهد} تنكث في الذمة وقد قال تعالى :

(١) مجلة الأحكام العدلية ، مادة رقم ١١٣ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، مادة رقم ١١٤ .

" وأوفوا بالعهد، إِنَّ العهد كان مسئولا " (١)

ولأن الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن : اذ يقول الله تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (٢).

ولأن آثار العقود التزامات والإلتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة

والعقد الغير اللازم هو العقد الذى فيه أحد الخيارات (٣) وهو

ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر إمّا عملا بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار، بيد أنه مع أن الأصل فى العقود أن تكون لازمة لاحظ الشارع أن من مصلحة العاقدين، ومن تمام الاستيثاق عن الرضا عن بينة أن يجعل ماهو لازم ليس يلزم أحيانا، بل إن من شأن بعض العقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد، فالعاقد الآخر غير ملزم بالتمسك بها، لأنها بالنسبة له ليست عهدا واجب الوفاء بل إن من العقود ما لا يكون من مصلحة العاقدين، لهذا كله جعل الشارع بعض العقود لازما وبعضها غير لازم وبينهما درجات فى اللزوم وعدم اللزوم. وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بالنسبة للزوم إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : عقود لازمة غير قابلة للفسخ (٤) وهى عقود النسيكاح والخلع . فإن النكاح إذا انعقد لازما لا يفيل الفسخ، وإنما يفيل الانهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع . والعقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ لاتدخلها الخيارات فلا يدخلها خيار الشرط ولا الرؤية . وذلك لأن الخيار معناه أن

(١) سورة الإسراء الآية ٣٤

(٢) الآية الأولى من سورة المائدة

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم ١١٥ .

(٤) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية لأبى زهرة، ص ٣٨٠ .

يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد . وذلك ينافى طبيعة هذه العقود، لأنها لا تقبل الفسخ من أحد العاقدين، أو منهما مجتمعين، ولأن استسواء الخيارات لا تدخل هذه العقود ولأنها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها، لأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد^(١).

فكل مالا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار.

القسم الثاني : عقود لازمة تقبل الفسخ :

فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد ويكون الفسخ بالنسبة لهما في حكم إبطال العقد وكأنه لم يكن - وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمزارعة وغير ذلك. وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضا. وهذه العقود قسمان :

أ - عقود القبض لازم لها، وهي الصرف والسلم وبيع الربويات وهذه تكون لازمة وليس لأحد العاقدين أن يشترط لنفسه حق فسخها في مرة معلومة. بأن يشترط لنفسه خيار الشرط، وذلك لأن هذا الشرط ينافى القبض اللازم لهذه العقود، فاشتراطه يكون منافيا لمقتضى العقد، فلا يصح، وعلى ذلك تكون هذه العقود لازمة، ولا يعطى أحد العاقدين حق فسخها بشرط فاسخ.

ب - والقسم الثاني من عقود المعاوضات عقود لا يلزم القبض فيها كسائر البيوع وكالإجازات وغيرها، وهذه تكون لازمة، لا يستقل أحد العاقدين بفسخها، ولهما أن يفسخاها بالتراضي لأنها قابلة للفسخ، ولكن مع ذلك لأحد العاقدين أن يستقل بفسخها إذا اشترط ذلك لنفسه في العقد مدة معلومة. وذلك ما يسمى خيار الشرط على ماسياتي بيانه تفصيلا في موضعه.

القسم الثالث : عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقدين، غير لازمة بالنسبة

للعاقدين الآخرين.

وذلك مثل الرهن والكفالة، فانهما عقدان لازمان بالنسبة للراهن

(١) الملكية ونظرية للعقد، ص ٣٨١ .

والكفيل نتعلق حق المرتتهن والمكفول له بالعين المرهونة، وبثمة الكفيسل، ولكن هذين العقدين غير لازمين بالنسبة للمرتتهن والمكفول له، لأنهما بالنسبة لهما، للاستيثاق عن استيفاء حقوقهما، ولهما أن يتنازلا عنها، فلهما بالأولى أن يتنازلا عن الاستيثاق من استيفائها، وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقدين قد تعهد تعهدا أوجد لغيره حقا قبله من غير أن يكون له حق في نظيره قبل هذا الآخر، فإنه في هذه الحال يكون ملزما بالوفاء، والآخر، غير ملزم بشيء، فلا يكون العقد لازما بالنسبة له.

القسم الرابع : عقود غير لازمة بالنسبة لأى واحد من العاقدين :

فلكل واحد منهما أن يفسخها منفردا بفسخها، مستقلا به، ولو لم يرض الطرف الآخر، وهذا يشمل عقد الوكالة وعقود التبرع التى لم تخرج على أبواب الصدقات . فكل هذه العقود يملك فيها كل من العاقدين فيها حسق الفسخ والرجوع منفردا، ولو لم يرض الطرف الآخر (١)

(١) الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة، ص ٣٧٧، والأشياء والنظائر، لابن نجيم، ص ٣٣٦، نشر مؤسسة الحلبي وشركاه، القاهرة.

المقاصد من تنفيذ العقود فى القانون

إن تنفيذ العقود من الناحية القانونية مهم جدا

فهناك ثلاثة مقاصد وراء تنفيذ العقود عامة :

أ - زيد اتفق مع بكر لشراء شيء ما وقد دفع الثمن إليه مقدما ولكن بكر لم يسلم إلى ^{زيد} السلعة - فلو نسمح لبكر أن يبقى في يده الثمن المؤدى فإنه يحدث بذلك الإضرار له بلا سبب - وهذا لا يصح .

ب - زيد اتفق مع بكر أن يخدمه خدمة ما فى منطقة بعيدة - وهو (أى زيد) أنفق نفقات للوصول إلى هذا المكان البعيد - ولكنه حينما يصل إلى المكان المذكور، يرفض بكر أن يستخدمه الخدمة التى اتفق عليها معه - فهنا لابد أن يعرض زيد مقابل ما أنفق فى الوصول أو يجبر بكر على تنفيذ العقد حتى لا تنكرر المشقة للآخرين .

ج - زيد اتفق مع بكر ^{بشترى} منه صورة بمبلغ معين - وفى نفس اليوم وقبل أن يدفع زيد قيمة هذه الصورة إلى بكر ^{يفسخ بكر هذا العقد} ويصر على عدم تسليم الصورة إليه - ولا شك هنا بأن زيد يستطيع أن ينفذ هذا العقد لأنه كان يتوقع أن يسلم إليه الصورة بناء على العقد وهذا المتوقع لم يحدث .

وبالتأمل فى الامثلة السابقة نجد أن القانون فى المثال الأول يهدف إلى عدم الإضرار بلا سبب لأن البائع إذا كان قد قبض الثمن فيجب عليه بالتالى أن يسلم السلعة دون أدنى تأخير .

وفى المثال الثانى يهدف القانون بموجب هذا المثال من عدم تكرار المشقة على الآخرين .

وفى المثال الثالث يهدف القانون إلى أنه لابد من تحقق الغرض أو الهدف المقصود من العقد لكل واحد من طرفيه .

المصباح الأول

فى

مفهوم الخيارات والأحكام المتعلقة به

الفصل الأول

تعريف الخيار وبيان الحكمة من مشروعيته وإجمال أنواعه :

(١) التعريف :

أ - تعريف الخيار لغة :

الخيار فى اللغة :

قال صاحب المصباح (١) :

الخيرة : اسم من الاختيار مثل الغدية من الافتداء.

والخيرة : بفتح الياء بمعنى الخيار

والخيار : هو الاختيار ومنه يقال له خيار الرؤية . ويقال : هو

اسم من تخيرت الشيء مثل الطيرة اسم من تطير.

وقيل : هما لغتان بمعنى واحد (٢).

ويقال : اختاره من الرجال واختاره عليهم : أى انتقاه واصطفاه .

وأنت بالخيار أى اختر ماشئت .

والخيار : كما فى لسان العرب - طلب خير الأمرين من إمضاء البيع

أو فسخه (٣). والأمل فى العقود أن تكون لازمة لاختيار فيها

وذلك من أجل استقرار العقود والمعاملات بين الناس

وبناء على هذا فالخيارات تكون مشروعة على خلاف الأصل

وذلك لحاجة بعض الناس إليها .

(١) المصباح ٢٥٢/١ ، ٢٥٣ .

(٢) مختار الصحاح (مادة خير) للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن

عبدالقادر الرازى .

(٣) لسان العرب ٢٦٦/٤ ، ٢٦٧ .

ب - تعريف الخيار في الاصطلاح : هو أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الحق في فسخ العقد أو في إمضائه وتقريره - هذا واعلم أن خيار الرؤية يمنع تمام الحكم الخلل في الرضاء وخيار الشرط يمنع نفس الحكم فكان أقوى في المانعية ثم خيار العيب يمنع لزوم الحكم فكان أضعف من الكل (١).

كما عرف (Option) بعض أهل القانون : أنه الحق المأخوذ من العقد بين القبول أو الرد للإيجاب في خلال المدة المحددة أو المدة المعقولة (Reasonable Time) في المستقبل - وبعد استعمال حق الخيار لمن كان له هذا الحق يصبح العقد نافذاً ولزماً، فإذا كان المانع مختاراً لدفع الأشياء المتعهددة في شهر من خلال شهرين كأغسطس ويبتمبر مثلاً فإن اختار شهر أغسطس لدفع هذه الأشياء فالعقد يصبح لازماً بعد ذلك، حيث ينتقل من مرحلة الخيار إلى مرحلة اللزوم (٢).

وعلى سبيل المقارنة فإن الناظر في تعريف أهل الفقه للخيار وتعيينه في أهل القانون يجد أن المعنى فيهما واحد وهو إعطاء الحق لأحد الطرفين أو لكليهما معاً في إبرام الصفقة أو ردها وإن اختلفت في التعبير عن ذلك العبارات والألفاظ - والله أعلم.

ج - تعريف الخيار في القانون :

ويعرف الخيار في القانون ب (Option) وهو خيار الشراء أو البيع وهو حق مطلق في شراء أو بيع عروض أو أسهم في تاريخ معين وبسعر متفق عليه (٣).

(١) حاشية العلامة السيد محمد أبي السعود المسماة " بفتح المعين على شرح الكنز " ، ٥٤٧/٢ .

(٢)

2. words and phrases Legally Defined V. 4, Page.38.

(٣)

3. Law Dictionary BY; Faruqi. Page 498.

وجاء فى (Words and phrases Legaly Defined) بأن لفظ

Option يعنى الخيار Choice أو حرية الاختيار Freedom of Choice

فى معناه العام .

وفى معناه الخاص أو المضيق الخيار يعنى أن يعطى لأحد الطرفين

أو هما معا حق الخيار لينفذ هذا المختار ذلك الحق حسب رغبته لمنفعته (١) .

فإذا كان أحد الطرفين مثلاً مسئولاً عن إرسال القمح أو الشعير أو

الدقيق للطرف الآخر فعليه أن يختار من بين هذه الأجناس الثلاثة ، إرسال ما يراه

محققاً لمصلحة .

(٢) الحكمة من مشروعية الخيار :

إن الخيار على اختلاف أنواعه يعد من محاسن الشريعة الإسلامية

والحكمة فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم أبطل بيع الجاهلية كبيع

الحصاة (٢) والملامسة (٣) والمنازعة (٤) وبيع الملاقح (٥) والمضامين (٦) ، وما

إلى ذلك نظراً لاشتغالها على الغرر .

(١)

(٢) أن يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهولى

وكانوا يقولون أيضاً إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع

(فقه السنة ٢٤٧/١٢) .

(٣) صورته أن يلمس الرجل ثوباً ولا ينشره أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما

فيه . (أنظر : المغنى لابن قدامة ٢٩٤/٤) .

(٤) أن يبيد كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين

أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الإتيان .

(٥) الملامية : ما فى ظهور الفحول : (المصباح ٦/٢) .

(٦) المضامين ما فى بطون الحوامل (المرجع السابق) .

والدليل على أنه من محاسن الشريعة الإسلامية قول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث : (البيعان بالخيار)^(١) . بهذا المعنى أى أن كلا من المتبايعين له أن يتخير لنفسه ما شاء من إمضاء البيع أو فسخه^(٢) وقوله صلى الله عليه وسلم : (المسلمون عند شروطهم)^(٣) فحيث شرطاً الخيار كان لهما فالخلاصة في الحكمة أنها التحقق من حصول الرضا الكامل بين المتعاقدين والتأكد من سلامة الرضاء وابتناؤه على أساس صحيح .

(٣) أنواع الخيار :

وأتناولها في الفقه على الوجه الآتى :

أنواع الخيار في الفقه :

هذا وقد ذكر الفقهاء أنواعا كثيرة للخيارات حتى أن ابن عابدين^(٤) أوملها إلى تسعة عشر . وهي :

خيار الشرط - خيار الرؤية - خيار العيب - ثم خيار التعيين والغبن - والنقد - والكمية - والاستحقاق - والتفريق الفعلى وكشف الحال - وخيانة المراجعة - والتولية - وفوات وصف مرغوب فيسسه وتفريق الصفقة بهلاك بعض مبيع - وإجازة عقد الغفولى - وظهور المبيع مستأجرا أو رهونا - وإقالة - وتحالف .

وعدد لها العلامة ابن نجيم في أشباهه^(٥) ثمانية عشر نوعا كما بلغت عند الشيخ زكريا الأنصارى^(٦) ستة عشر نوعا - كما ذكر لها العلامة السيوطى ثلاثين نوعا^(٧) .

-
- (١) فتح المبدى بشرح مختصر الزبيدى ٤٨٥/٢ ، " كتاب البيوع " .
 - (٢) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٤٣/٢ ، ط . بولاق بمصر .
 - (٣) سبل السلام ٥٩/٣ ، ط . الحلبي واولاده بمصر .
 - (٤) هاشم بن عابدين ٥٦٥/٤ ط . دار الفكر بمصر .
 - (٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .
 - (٦) شرح التحرير مع حاشية الشرقاوى ٤٣/٢ .
 - (٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

وسنقصر كلامنا إن شاء الله تعالى - في هذا المبحث على أربعة فقط من هذه الخيارات المسيس الحاجة إليها وهي :

- (١) خيار الشرط
- (٢) خيار المجلس
- (٣) خيار الرؤية
- (٤) خيار العيب .

ومن هذا الذي ذكرته نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في عدد الخيارات فابن عابدين أوصلها إلى تسعة عشر كما تقدم وابن نجيم أوصلها إلى ثمانية عشر . وهذا صنيع الحنفية في كتبهم .

أما الشافعية أولئك الذين تكلموا على الخيارات فأوصلها العلامة الشيخ زكريا الأنصاري في تحريره إلى ستة عشر نوعا وأوصلها السيوطي إلى ثلاثين نوعا .

أما كتب الفقهاء التي بين أيدينا فإنها في الغالب والكثير تكلمت على أربعة أنواع ولم تتعرض إلى ما ذكره القدامى .

وبالتأمل فيما ذكروا نجد أن الخيارات التي ذكروها ترجع إلى هذه الأربعة .

وخذ لذلك مثلاً: فإن خيار التعيين يرجع إلى خيار الرؤية وخيار الغبن يرجع إلى العيب وخيار الكمية يرجع إلى خيار الرؤية والاستحقاق يرجع إلى الشرط وهلم جرا .

وما تكلمت عليه كتب الفقهاء من الخيارات الأربعة لم يكن محل إجماع فيما بينهم بل اختلفوا فيها - فبعضهم نفى بعضها .

فمن ذلك خيار المجلس : لا يقول به المالكيون ولا الحنفيون ويقول به الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر .

أما خيار الشرط فقد قال به الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وخالف في القول به ابن شبرمة وسفيان وبعض أهل الظاهر حيث أنهم رأوا أنه غير مشروع وتجلية كل هذا الموضوعات في الصفحات القادمة من هذا البحث .

ب - أنواع الخيار في القانون :

وبالتأمل في القانون نجد أنه يعطي حمايته لكل خيار يشترطه العاقد ان في أى عقد حيث كان حدوثه ممكنا من الجانب الذى اشترط له هذا الخيار .

الثلاثة الآتية :

والقانون يعرف أنواعاً من الخيارات في العقود أهمها :

- (١) الخيار في العقود المعلقة (Contingent Contracts)
- (٢) الخيار في العقود المشروطة (Condition, Warranty)
- (٣) وخيار العيب .

والعقد المعلق هو :

فيما
العقد على فعل شيء أو تركه لو حدثت الواقعة المعينة أو لم تحدث من حيث كانت هذه الواقعة مرتبطة بالعقد .

وتوضح ذلك في المثال الآتي : تعهد عمرو أن يدفع لزيد مبلغاً معيناً على أن يتعهد الأخير له بالزواج من هند - إلا أنه حدث أن هنداً ماتت قبل أن يتزوج بها زيد فالعقد هنا يصبح باطلاً . ويكون الخيار في مثل هذا العقد وهو قبول الزواج من هند أو عدمه معلقاً بحدوث الفعل المعين أو عدمه . وهناك مثال آخر : وهو : إذا تعاقد محمد مع محمود بأن يدفع الأول إلى الثانى عشرة آلاف روبية في حالة ما إذا احترق بيت محمود .

ففي هذا القسم من العقود نجد أن الخيار يجعل العقد معلقاً .

لأنه إذا - وينفذ العقد بعد حدوث التعليق أو عدمه حسب الأحوال - فالعقد الذى علق على حدوث الواقعة لا ينفذ إلا بعد حدوث الواقعة أما إذا لم تحدث الواقعة بأن كان حدوثها مستحيلا فيصبح العقد باطلا ويلغى الخيار تبعا (١)

وأما الخيار فى العقود المشروطة Conditional فيكون إما باشتراط التعاقدين صراحة أو دلالة فللعاقدين أن يشترطا الخيار عند العقد. وإذا كانت طبيعة العقد نفسها تقتضى مثل هذه الشروط فإن القانون فى هذه الحالة يعطى حمايته لهذه الشروط والخيار معتبر من وجهة النظر القانونية فى هذه العقود (٢).

وأما القسم الثالث وهو خيار العيب : وبالتأمل فى القانون نجد أنه فى البداية كان لا يعطى هذا الخيار لواجد العيب يوضح هذا القاعسة المشهورة فى القانون باسم Caveat Emptor ومعناها أنه على المشتري أن يعرف أحوال السلعة التى يريد شراءها بنفسه وليس البائع مسئولاً عن تعريفه بعيوب السلعة (٣).

فلو اشترى أحد ثوبا ثم وجد به عيبا فليس له حق الرد على البائع طبقا للقاعدة Caveat Emptor السابقة.

إلا أنه فى فترة لاحقة نجد أن القانون قد اعترف بحق الرد بخيار العيب لواجد العيب فإذا وجد المشتري بالمبيع عيبا فكان له الرد للسلعة المعيبة طبقا لهذا الخيار.

وإذا كان البيع بالنموذج فإن المشتري مختار بين القبول والرد إذا لم يكن المبيع وفقا للنموذج - وكذلك فى البيع بالصفحة فإذا لم تكن

-
- 1) Contracts By: Samjiva Row V. 2, P. 1553. (١)
 - 2) A Mannual of Mercantile Law, By: M.C. Shukla, P.230. (٢)
 - 3) A Selection of Legal Maxims By: Broom. P. 528. (٣)

السلعة على الأوصاف التي وصفت له فللمشتري الخيار في ردّها (١) وهو ما يعبر عنه أهل الفقه بخيار فوات الوصف .

وعلى سبيل المقارنة بالنسبة لأنواع الخيارات نجد أن القانون في مرحلته اللاحقة يوافق ما قال به فقهاء الاسلام من الاعتراف بخيار الرد بالعيب لو اجد العيب .

إلا أن القانون انفرد بما أسماه :

— الخيار في العقود المعلقة .

— والخيار في العقود المشروطة .

ومن هذا نعلم وجهة ما قال به الفقهاء من الخيارات المتعددة التي تنفى في مجموعها الغبن عن أى من الطرفين، لأن خيرة الانسان تنفى ضرره والله أعلم بالصواب .

1) Mercantile Law - By: Shukla, P. 230.

الفصل الثانى

أدلة مشروعية الخيار :

أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ومنها حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال: ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع فقال : إذا بايعت فقل: لاخلابة (١) وفى رواية " ولى الخيار ثلاثة أيام " (٢).

والقصد من الخيارات هو المحافظة على مصالح الناس، فقد يكون الإنسان قليل الخبرة فى التعامل فيتعجل فى الشراء ثم يتضح له فيما بعد أنه غبن فيها، وعن طريق الخيار يرفع الغبن عن نفسه فيفسخ العقد.

وقد يشتري الإنسان شيئاً موموفاً فى الذمة ثم يراه بعد ذلك على غير الأوصاف التى حصل الإتفاق عليها، فمشروعية الخيار تعطيه الحق فى امضاء العقد والرضا بتسليم ما اشتراه أو فى فسخه لهذا العقد التمسدى لايرضاه .

وقد يجد الشيء الذى اشتراه معيباً أو مخالفاً للشروط التى اشترطها فيه فيحتاج إلى فسخ هذا العقد .

وكل ذلك من أجل الحرص على مصالح الخلق، وتحقيق الرضا الكامل بين الطرفين المتعاقدين (٣) "٣"

وأما القانون فإنه أيضاً يبيح الخيارات لنفس المقاصد التى راعتها الشريعة الإسلامية مادامت هذه الخيارات وفقاً للسياسة العامة (Public Policy) بمعنى أنها تنفى الغبن عن شرط له الخيار، فإذا وجد الصفقة محققة لغرضه قبل العقد، وإن كان العكس بأن كانت غير محققة لغرضه فإن له حق الرد . والله أعلم .

- (١) أى لاغبن ولا خديعة
- (٢) بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢٤٤، ورقم الحديث ٨٤٩، وهذا الرجل هو حبان بن منقذ بن عمرو وقيل هو هنقذ بن عمرو (لابن حجر العسقلانى) ط. مير محمد كتب خانة مركز علم وادب آرام باغ، كراتشي، باكستان.
- (٣) المدخل إلى الفقه الإسلامى: تاريخ التشريع ومصادره والنظريات الفقهية للدكتور محمود محمد الطنطاوى ص ٣٢٣، نشر مكتبة وهبة بالقاهرة

المبحث الأول: خيار الشرطالمطلب الأول

فى

تعريف خيار الشرط ومشروعية

خيار الشرط إنما يكون من جهة التعاقدين سواء كان لواحد منهما أولهما معا أو لأجنبى.

(١) تعريفه:

الشرط ^{اللغة} فى هو إلزام الشيء والتزامه فى البيع ونحو ذلك والجمع شروط - وأشراط فأشراط الساعة علاماتها (١).

وعرفه الأصوليون:

بأنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته فالمراد من الوجود، وجوده الشرعى الذى يترتب عليه أثره، فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم يوجد زواج، لم يوجد طلاق ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق .

كذلك الوضوء شرط لصحة إقامة الصلاة، فإذا لم يوجد وضوء لاتصح إقامة الصلاة ولا يلزم من وجود الوضوء إقامة الصلاة (٢).

والشرط قسم من أقسام الحكم الوضعي

والشرط (Condition) فى القانون

هو ما يشترط فى العقد إذا كان وجوده ضروريا لمقصود العقد وكان العمل به واجبا وعدم العمل بالشرط يعطى الحق للطرف الشانسى

- (١) القاموس المحيط مادة شرط ٣٦٨/٢، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى، الناشر مؤسسة الطبى وشركاه للنشر والتوزيع القاهرة وكتاب التعريفات للسيد على بن محمد الجرجانى طبع انتشارات ناصر خسرو طهران، ايسران
- (٢) حاشية البثانى على جمع الجوامع ٢٠/٢، وكشف الأسرار ١٧٣/٤، والأحكام للآمدى ١٣٩/٢

حق فسخ العقد (١).

والرط له قسمان رئيسيان في القانون:

(١) الشرط المريح (Express Condition) وهو ما يصرح به العاقد ان في العقد ويشترطاه حسب الاتفاق بينهما.

(٢) الشرط الضمني (Implied Condition) وهو ما كان وجوده مفهوما دلالة في العقد المعروف أو الاستعمال أو كانت طبيعة العقد تقتضي ذلك .

مشروعيته : (٢)

اتفق الفقهاء على أن خيار الشرط يخالف القاعدة العامة لعقود المعاوضات لأصل في هذه العقود اللزوم (٢) ودليل عدم اللزوم في هذا الخيار: أنه ثبت بالاشتراط وينتفى بانتفاء الاشتراط .

ولف كلمتهم في مشروعيته على الوجه الآتي:

دالجمهور ومنهم الأئمة الأربعة والشيعة الزيدية والإمامية إلى مشروعيته :

المتبايعين إذا أراد أحدهما أن يجعل لنفسه مدة يتروى فيها ويقلب الصفي نظره ليختار ما هو الأصح له من إمضاء العقد أو فسخه أو يفوض ذلك إلى غيره من ذوي الخبرة كان له ذلك كما أن لهما جميعا هذا الحق تراضيا عليهما (٣).

، الثوري (٤) وابن شبرمة وبعض أهل الظاهر إلى أن خيار الشرط

(١) Merantile Law, By: Shukla P. 230.

(٢) يق للمقرا في ٢٦٩/٣ وما بعدها (الفرق ١٩٦) مطبعة عالم الكتب . ٤

(٣) المجتهد ١٢٥/٢، ط. المكتبة العلمية، لاهور باكستان، ن الزخار ٣٤٦/٤ وما بعدها، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت

(٤) المجتهد ١٢٦/٢ .

غير مشروع فليس للمتعاقدین ولا لأحدهما اشتراط أي مدة تكون له فيها الخيرة فإذا شرط ذلك في العقد فهو باطل.

ومن هذا نعلم أن الفقهاء قد اختلفوا وأن البياعث لهم على هذا الاختلاف : هل خيار الشرط دل عليه دليل من كتاب أو سنة أو لا ؟ فأهل الظاهر ومن معهم قالوا : لم يرد دليل من الكتاب أو السنة يدل على الاشتراط فلهذا منعه .

أما غيرهم فقالوا : ورد الدليل وضح عندنا فلهذا قلنا به .

الأدلة : استدلال الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) (١) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

إن الله تعالى أحل كل بيع سواء كان بيعاً على البت أو على الخيار وسواء كان الخيار خيار ترو أو خيار نقيصة وبناء عليه فقد دلت الآية على حل خيار الشرط ومشروعيته .

وأما السنة فهي من وجوه :

فأولاً : بما رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر رضي الله عنهما قال (ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم : من بايعت فقل لا خلا به) (٢) .

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥

(٢) نيل الأوطار ١٨٢/٥ ، وسبل السلام ٨٤١/٣ (طه مكتبة عاطف وفتح المبدى للشرقاوى على صحيح البخارى ، " كتاب البيوع " حديث رقم ٩٦٦ ، ص ١٨١ ، وسنن الترمذى ٣٦١/٢ ، أبواب البيوع باب ما جاء فيمن يخدع في البيع حديث رقم ١٢٦٨ .

وزاد البيهقي باسناد حسن ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها
ثلاث ليال .

ومعنى لاخلابسة : أى لاغش ولا خديعة .

وحبان هذا رجل من الأنصار جعل له الرسول صلى الله عليه وسلم
الخيار في كل بيع يشتره بثلاثة أيام .

وجه الدلالة من الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لحبان
بع واشترط لنفسك الخيار فدل على مشروعية خيار الشرط .

وشانينا : بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن متقدا سفع في رأسه
في الجاهلية بما مومة فخبلت لسانه فكان إذا باع يخدع في البيوع فقال
له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لاخلابة ثم أنت بالخيار ثلاثا .^(١)

والحديث ظاهر في مشروعية البيع بشرط الخيار إلى ثلاث لأن الرسول
صلى الله عليه وسلم جعل ذلك لحبان بن متقذ .

والأصل عدم الخصوصية إلا إذا قام الدليل عليها ولا دليل فسدل
الحديث على مشروعية خيار الشرط .

وشالشا : استدلو أيضا بما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (البيعان كل واحد منهما بالخيار
على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار)^(٢)

وجه الدلالة : أن البائع والمشتري لكل واحد منهما الخيار بشرط أو
بغير شرط مادام في المجلس وهذا يدل على جواز الخيار والإذن فيه .

(١) المراجع السابقة .

(٢) صحيح مسلم ج ٤ / ٢١ ، كتاب البيوع / حديث رقم ٣١ ، ط . دار الشعب - القاهرة .

المعقول : أما المعقول : فلأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن وتأجيل الثمن جائز فكذلك الخيار جائز (١).

وذهب سفيان الثوري رحمه الله (٢) وابن شبرمة وبعض أهل الظاهر إلى عدم جواز الخيار.

وحجتهم في ذلك أنه يؤدي إلى الفرر والفرر منهي عنه وأن الأصل في عقد البيع اللزوم إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك ولا دليل.

وللظاهرة دليل خاص بهم هو : أن شرط الخيار لم يرد في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم فيكون باطلا لما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط وشرط الله أو شق (٣).

وجه الدلالة : أن هذا الحديث دليل على بطلان خيار الشرط لأنه ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ولو كان فيهما لكان في كتاب الله تعالى لأنه تعالى أمر بطاعته في كتابه وإذا بطل الخيار فالعقد المقترن به يكون باطلا (٤).

المنقشة :

أولا : مناقشة المانعين لأدلة الجمهور القائلين بالخيار.

(١) أن الآية الكريمة لاتدل على مدعاكم لأن أهل العلم، قد اتفقوا على أن هذه الآية وإن كان مخرجها مخرج العموم فقد أريد به الخصوص لأنهم متفقون على خطر كثير من البياعات نحو بيع مالم يقبض وبيع مالم يسر.

(١) فتح القدير ٢٩٩/٦، ط. دار الفكر

(٢) بداية المجتهد ١٢٦/٢، وما بعدها

(٣) سبل السلام ١٠/٣، حديث رقم ١٠، ط. الطبى القاهرة

(٤) المحلى ٣٧٠/٨، المسألة ١٤٢٠، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت.

عند الإنسان وبيع الغرر والمجاهيل^(١).

(٢) حديث حبان بن منقذ غير صحيح وإذا كان غير صحيح فلا يثبت

المدعى.

وإذا سلمت صحته فهو خاص به^(٢) وإذا كان خاصا فلا يثبت المدعى

من قريب أو بعيد.

(٣) أمّا حديث ابن عمر (رضى الله عنهما) وقوله فيه (إلا بيع

الخيار) فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ من لفظ آخر وهو (أن يقول

أحدهما لصاحبه اختر) كما صرح بذلك صاحب بداية المجتهد^(٣).

ثانيا : مناقشة الجمهور لأدلة المانعين :

ويمكن للجمهور أن يقولوا للتورى ومن معه :

قام الدليل على جواز الخيار والأذن فيه وإليه ذهب عامة الفقهاء

على أنه قد ثبت حديث حبان بن منقذ وهو حديث صحيح السند وهو دال على

جوازه والأذن فيه وكذلك حديث ابن عمر المتفق عليه فثبت الإذن فى الخيار^(٤)!

ويقال للظاهرية فى الحديث الذى استدلوا به : إن اردتم (كل شرط

ليس فى كتاب الله باطل) النص عليه بخصوصه فممنوع لأنكم متفقون معنا

على صحة الشروط التى دلت عليها السنة والاجماع .

وإن اردتم (ليس فى كتاب الله بعمومه) فهذا مسلم غير أنه

لايفيدكم لأن عمومات الكتاب دلت على وجوب الوفاء بالعقود والشروط عموما

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٨٩/٢، طه . الرحمن محمد

(٢) بداية المجتهد ١٢٦/٢، ١٢٧، المكتبة العلمية، لاهور، باكستان

(٣) بداية المجتهد ١٢٧/٢ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٩١/٣، طه . حلى (بداية المجتهد

١٢٨/٢، فتح القدير ١٩٩/٦، دار الفكر، المحلى ٢٧٠/٨، المسألة

٢٤٢٠ منشورات دار الآفاق الجديدة/ بيروت) .

مالم يرد نهى خاص عن شرط بعينه كاشتراط الولاء للبائع فيصدق أنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فيكون باطلا .

الترجيح : وبعد أن ذكرت أدلة الفريقين في هذه المسألة ومناقشة ما
ما أمكن مناقشة فلا يسعني إلا أن أرجح قول الجمهور وهم القائلون بجواز
الخيار لما يأتي :

أولا : خيار الشرط خيار مشروط والقرآن الكريم قال (يأيتها الذين
آمنوا أوفوا بالعقود) (١).

والشرط المشروط في ملب العقد عقد وقد أوجب الله تعالى علينا
الوفاء به لقوله تعالى (أوفوا بالعقود) .

ثانيا : قوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم) (٢) أي
واقفون عند شروطهم ملتزمون بها .

(١) سورة المائدة . آية ١

(٢) سبل السلام ٥٩/٣ ، ط . الحلبي واولاده بمصر .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في بيان مقدار مدة الشرط عند الذين قالوا بخيار الشرط (١):

(١) ذهب الحنفية والشافعية إلى أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام ولا زيادة على ذلك فإن شرط أزيد من الثلاثة فسد العقد.

(٢) وذهب المالكية إلى أن مدة خيار الشرط تختلف باختلاف المبيع

فإن كان المبيع عقارا فمدته شهر وستة أيام.

وإن كان رقيقا فمدته عشرة أيام.

وإن كان دابة لاتراد للركوب فمدته ثلاثة أيام.

أما دابة الركوب فمدته في المسافة البريد أو البريدين (٢) على الخلاف .

(٣) وذهب أحمد والصاحبان من الحنفية (أبو يوسف ومحمد رحمهما الله)

وابن المنذر وحكى عن الحسن بن صالح والعنبري وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي

ثور، إلى أن الخيار يجوز لأي مدة معلومة اشترطت زادت على الثلاثة أو قصرت .

الأدلة :

أولا : استدل الحنفية والشافعية ومن معهم على أن مدة الخيار ثلاثة

أيام : بما ثبت من قول الرسول صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ (إذا

بايعت فقل لا خلافة ولك الخيار ثلاثة) (٣)

وجه الدلالة من الحديث ظاهر .

(١) بداية المجتهد ١٢٧/٢، المبسوط ٤١/١٣، طه دار المعرفة بيروت .

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك ٤٧/٢، (طه الحطبي وأولاده بمصر) .

(٣) رواه ابن عمر (رضى الله عنهما)، سبل السلام ٣٣/٣، طه الحطبي وأولاده بمصر .

ثانياً: أدلة المالكية على اختلاف المدة .

وقد استدلوا على ذلك بعمل أهل المدينة .

كما أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع وإذا كان ذلك كذلك

وجب أن يكون محدوداً بزمان أمكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع وآخر وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام (١) .

ثالثاً: أدلة أحمد ومن معه على أن الخيار من شروط اشتراطه لأي مسدة معلومة اشترطت :

حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم) (٢) فإذا شرط الخيار أزيد من الثلاثة يجب الوفاء به لظاهر هذا الحديث الشريف .

ويؤيد ذلك الأثر المروى عن عمر رضى الله عنه فإنه أجاز الخيار لرجل في ناقة إلى شهرين .

كما استدل أحمد ومن معه بالقياس حيث قالوا: الخيار الزائد على الثلاثة كخيار الثلاثة في المعنى لأن كلا منهما إنما جاز لأجل الشرط وحيث إنها ملحقه بالعقد بطريق الشرط فلا تقدر بعدد .

المناقشة : وقد ردّ الحنفية والشافعية على ما ذهب إليه أحمد ومن معه على جواز الخيار بالشرط لأي مدة بأن التقييد بالثلاثة إما أن يكون لمنع الأقل من الثلاثة أو لمنع الزيادة على الثلاثة أو لمنعهما معاً .

ولا جائز أي يكون لمنع الأقل من الثلاثة لأنه إذا جاز في الثلاثة جاز فيما دونهما من باب أولى فعرفنا أنه لمنع اشتراط ما زاد على الثلاثة إذ لو جاز اشتراط الخيار زيادة على الثلاثة لخلا تقييد الشارع عن فائدة وخلوه عن الفائدة عبث والعبث على الشارع محال فلزم أن يكون

(١) بداية المجتهد ١٢٧/٢ .

(٢) سبل السلام ٥٩/٢ .

التقييد بالثلاثة في قوله صلى الله عليه وسلم (ولك الخيار ثلاثة أيام)
أن لا يجوز اشتراط الخيار بأزيد من الثلاثة ولأن اشتراط الزيادة فوق الثلاثة
يؤدى إلى الغرر وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر .

ولما كان المعروف عن الغرر أنه يكون قليلا ومتوسطا وكثيرا
تسومح في الغرر القليل فجاز معه البيع ولم يشمل النهي .

أما قياسهم اشتراط الزيادة على الثلاثة قياسا على خيار العيب
والرؤية والكفالة بجامع عدم التقييد بالثلاثة في الكل .

هذا قياس في مقابلة النص فلا يثبت - هذا - أولا - وثانيا
بأن الكفالة تحتل الغرور والخطر ولا كذلك خيار الشرط المقيّد
بالثلاثة ففارق الكفالة .

أما مغازفة خيار الشرط لخيار العيب والرؤية فلا يصح قياسه
عليهما لأن الزيادة في الشرط تؤدى إلى الغرر المنهى عنه .
وقد بين الشارع الحكيم اشتراط خيار الشرط بالثلاثة فعاد الكلام إلى أن
شرط الزيادة بأكثر من الثلاثة شرط باطل وقد قال النبي عليه السلام :
(كل شرط ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله فهو باطل) (١) .

أما ما احتج به المالكية من عمل أهل المدينة فقد أثبت مدعاهم
وأن مدة الخيار تختلف من مبيع لآخر والدليل له شقان :
أولا : إثبات المدعى، وقد أثبتته .

ثانيا : أنه لا يلزم الخصم لأن الخصم لا يقول بما قالوا وشرط انتاج الدليل
اثبات المدعى والزام الخصم ودليلهم كما شرى ليس له هذه المغة .
ويمكن أن نقول إن ما استدل به المالكية مضموما إليه ما استدل به
الحنابلة ومن معهم يجعل قول المالكية ومن معهم هو الراجح خصوصا إذا
كان حديث حبان بن منقذ خصومة له .

(١) سبل السلام ١٠/٣، حديث شريف رقم ١٠ .

وقد علمنا بأن هذا الحديث مختلف فيه هل هو خاص به أو غير خاص ولا يتم الاستدلال به للحنفية والشافعية إلا إذا أثبت عدم الخصوصية.

خيار الشرط في القانون :

وخيار الشرط مشروع في القانون إذا كان العمل به ممكناً أمّا إذا كان العمل به مستحيلاً فيلغى الخيار ويبطل العقد^(١).

1) Contracts By: Samjiva Row 2/1563.

(١)

المطلب الثالثمتى يعمل بخيار الشرط :

لا يعمل بخيار الشرط إلا إذا شرطه العاقدان أو أحدهما لأنه لا يثبت إلا بالشرط - قال القرافي في الغروق ما معناه (١) (إن خيار المجلس من خواص عقد البيع فيحصل بمجرد العقد من غير شرط وخيار الشرط عارض لا يحصل إلا باشتراطه) .

وإذا كان لا يحصل إلا باشتراطه وقد اشترط فلا يخلو حال من شرط الخيار:

- إما أن يشترطه قبل العقد
- أو في صلب العقد
- أو بعده .

أما إذا وقع الشرط قبل العقد فقد اتفق الفقهاء على أن الشرط لاغ لعدم وجود ما يقتضي اشتراطه لأن مقتضى الإشتراط العقد وهو لم يحصل . كما اتفق القائلون بمشروعية الخيار على أنه يثبت لمن شرطه إذا نص على شرطه في صلب العقد (٢) .

أما إذا وقع الإشتراط بعد العقد بأن عقده على البت وشرطاً الخيار بعد الفراغ من العقد فقد اختلفت كلمة الفقهاء فيه على الوجه الآتي :

(١) ذهب الشافعية (٣) والحنابلة إلى أنه إذا وقع العقد على البت لم يجز للعاقد أن يشترط خياراً بعد هذا فشرط الخيار لا يؤثر والحالة هذه بمعنى أنه لا اعتبار له .

(١) الغروق للقرافي ٢٧٨/٣ (الغرق ١٩٦) طبع عالم الكتب بيروت .

(٢) المجموع ج ٢٠٠/٩

(٣) حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢٣٧/٢ ، والمغنى ٥٧١/٣ .

(٢) وذهب الحنفية (١) إلى جواز هذا ووافقهم القاسمية وكذا المالكية، بشرط أن ينقد المشتري الثمن للبائع عندهم.

الأدلة : استدل الشافعية ومن وافقهم : بأن العقد قد انعقد صحيحا لازما بحكم الشرع فلا يصير جائزا بعد ذلك بقول العاقلين أو أحدهما لما في هذا من التنافي (٣)

واستدل الحنفية (٤)، ومن وافقهم بقياس ما بعد العقد على وقت العقد فكما يجوز للعاقد شرط الخيار في العقد يجوز له هذا بعد العقد لأن حقيقة الشرط في الحالين لا تختلف .

المناقشة : ويناقش دليل الشافعية : بأننا سلمنا أن البيع الواقع على البت وقع عقده صحيحا لازما إذا وجدت الشروط وانتفت الموانع وهنا يكون لازما .

ومعنى لزومه أنه وقع على البت ولمنع قولهم أنه لا يكون جائزا بعد ذلك بقول العاقلين ألا ترى أن العاقلين لهما الإقالة ولهما فسخ العقد حيث تراضيا عليه فإذا تراضيا على اشتراط الخيار بعد العقد فلهما ذلك وهذا معنى قولهم وصح الخيار بعد بت .

إذن فالراجح قول الحنفية والمالكية ومن معهم أمّا الشرط الواقع في طلب العقد فقد اتفق الفقهاء على اعتباره كما سبقت الإشارة إليه .

(١) فتح القدير ١٩٩/٦، والبحر الرخار ٣٤٦/٤ .

(٢) حاشية الدسوقي ٩١/٣ - ٩٢ .

(٣) المغنى ٥٨٠/٣ .

(٤) المحيط البرهاني / كتاب البيع ص ٧٦٦ .

المطلب الرابعالعقود التي يدخلها خيار الشروط

اتفق الفقهاء الذاهبون إلى مشروعيتها خيار الشرط^(١) على أنه يدخل عقود المعاوضات اللازمة التي لا يشترط فيها القبض في العوضين أو في أحدهما في مجلس العقد كالبيع والصلح عن مال والقسمة والمسراد بالقسمة عند الشافعية قسمة الرد وعند المالكية قسمة المهايأة^(٢) والمراضاه إذا عين الزمن.

ففي قسمة التراجع - أي الرد - يرجع أحد الشريكين على الآخر بقية ما حصل له في نصيب شريكه بأن تكون هناك أرض مشتركة بين اثنين أو ثلاثة وقسمها القاسم إلا أنه في أحد جانبيها شيء ليس في الجانب الآخر وليس في بقية جوانبها كأن كان في الجانب الشرقي مثلاً بئر أو شجر وأُخذت عنه بقية الجوانب إلا أن هذه البئر وتلك الشجر لا يمكن

(١) المغنى ٥٩٤/٣، ٥٩٥، مكتبة الرياض الحديثة الرياض، ورد المختار ج ٥٠/٤، البحر الرائق ٤/٦، ومن الحنفية من قصد الخيار على أربعة عقود هي: البيع والإجارة والقسمة والصلح من دعوى المال على شيء بعينه ومنهم من زادها إلى ثمانية - الأربعة السابقة: والكتابة والخلع والعق على مال والصلح عن مال بغير عينه: انظر خزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي "باب الخيار" وجامع الفصولين لابن قاضي سماوة ٣٢٩/١، والمجموع ٢٠٦/٩، ١٨٦، ونهاية المحتاج ٣٠٢/٤، والدسوقي على الشرح الكبير ٩١/٣ مطبعة عيسى الحلبي وأولاده بمصر.

(٢) والمهايأة: هي أن يبيع كل واحد منهما لمصاحبه ما شرط له وهو أن يتواضعا على أمر، فيتراضوا به..... وحققتها: أن كل واحد منهما يرضى بهيئة واحدة ويختارها. وعرفها الحنفية بأنها قسمة المنافع، انظر: المعجم الوسيط من وضع مجمع اللغة العربية بالقاهرة ج ١٠٠٢/٢، ط. انتشارات ناصر خسرو، إيران وتبيين الحقائق للزيلعي ١٤/٤، مكتبة امدادية، بملتان، باكستان.

ففيها القسمة فان صاحب هذا النصيب الذي تخلل نصيبه البئر أو الشجر يرد قسط ما عليه من قيمة لشركائه فان كانت ألفاً رداً خمسمائة وهذا هو وجسه التراجع فشرط الخيار للمتضرر من الشركاء فقد يكون شرط الخيار لمن وجد البئر أو الشجر في نصيبه .

وفي الغالب والكثير أن يكون شرط الخيار لمن تلت أنصاؤهم عن البئر أو الشجر، وإيما كان فإن الشافعية قالوا بجواز شرط الخيار فسي قسمة التراجع - كما اتفقوا أيضاً على أن خيار الشرط لا يدخل العقود التي يشترط فيها القبض في المجلس كالصرف والسلم^(١) وبيع الطعام بالطعام .

والوجه في الصرف والسلم : أن موضوعهما لا يبقى بينهما علة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض وثبوت الخيار يبقى بينهما علة غير أن المالكية استثنوا السلم مما تقدم فأجازوا فيه الخيار إلى ثلاث . وكذا لا يصح شرط الخيار في العقود الجائزة من الطرفين^(٢) من وكالة وشركة ووديعة وعارية وقراض وجعالة لأن التصرف إن كان جائزاً في حق أحد الطرفين كان متمكناً من فسخه في أي وقت يشاء فلا معنى لثبوت الخيار فيها .

كما لا يصح في النكاح لأن النكاح لا يحتمل شرط الخيار صيانة للفروج ولأجل الاحتياط فيها ونظراً لما اشتملت عليه من الخطر وشرف المحل لم يجعل الشارع لأحد فيها شرط الخيار .

واختلفوا بعد ذلك فيما يأتي فمن ذلك :

أولاً : الهبة بعوض : وقد اختلفت كلمتهم فيها على الوجه الآتي :

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٥٦٥/٤ وما بعدها ط. دار الفكر .

والمجموع ١٨٦٠٢٠٦/٩ وشهابه المحتاج ٣٠٢/٤

(٢) المبسوط ج ٤٦/١٣، طبع دار المعرفة للطباعة بيروت

(١) ذهب الشافعية^(١) على المعتمد من مذهبهم والحنابلة^(٢) فسى رواية إلى أنه يجوز فى الهبة بعوض شرط الخيار.

(٢) وذهب الحنفية^(٣) والشافعية فى القول الثانى إلى عدم ثبوت خيار الشرط فى تلك الهبة.

استدل الأولون : بأن الهبة والحالة هذه بيع والبيع يجوز فيه خيسار الشرط بالاتفاق فكذا الهبة بعوض .

واستدل أبو حنيفة والشافعية فى القول الثانى : بأن الهبة وإن كانت عقد معاوضة إلا أنها ليست بيعا والخيار إنما ورد فى البيع والنص يقتصر فيه على ما ورد وإذ لا ورود للنص فى هبة الثواب فلا يدخلها خيار الشرط .

ويناقش هذا : بأن الحديث الدال على اشتراط الخيار للبيعين إن كان قد دل على اشتراط الخيار فى البيع لخصوصية فيه فمسلّم وإلا فإن غيرهِ من عقود المعاوضة التى تشبّهه يلحق به وعلى ذلك يجرى فيها الخيار مثله وهبة الثواب بيع فلذا قلنا بجرىان الخيار فيها وبذلك كان الراجح هو القول الأوّل والعبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ والمباني كما هو نص القاعدة الفقهية.

ثانيا : السرهني : وقد ذهب الحنفية إلى أن يجوز فيه للراهن شرط الخيار ولا يجوز للمرتهن^(٤).

(١) المجموع ٢٠٦/٩، ١٨٦، مطبعة العاصمة، ونهاية المحتاج ٣٠٢/٤

(٢) المغنى ٥٩٤/٣ - ٥٩٥ .

(٣) رد المحتار ٥٠/٤، والبحر الرائق ٤/٦، وجامع الفصولين ٣٢٩/١

(٤) رد المحتار ٥٠/٤، والبحر الرائق ٤/٦، وجامع الفصولين لابن قاضى سماوة ٣٢٩/١

وذهب الشافعية (١) والمالكية (٢) إلى أن شرط الخيار لا يجوز في الرهن

الأدلة : استدل أبو حنيفة على مذهبه بأنه جاز للراهن ولم يجسر

للمرتهن لأن له نقض الرهن متى شاء بلا خيار فلا معنى لثبوت الخيار له .

واشتراط الخيار للراهن إنما يكون قبل القبض أما بعد القبض

فلا .

قال الزيلعي مامعناه " وللراهن أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه

المرتهن فإن قبضه صار لازماً (٣) وليس للراهن فيه أي شيء حتى يقضى دينه .

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما ذكره المالكية فقد قالوا : إن

الرهن إنما يلزم بالعقد (٤) ويجبر الراهن على تسليم الرهن وإذا كان

لازماً امتنع شرط الخيار إلى واحد منهما .

ومما تقدم يترجح ما ذهب إليه المالكية والشافعية - لو جأه

ما استدلوا به . والله أعلم .

ثالثاً : الإجارة : فإذا أجر إنسان عيناً لآخر فهل يجوز اشتراط

الخيار للمؤجر أو للمستأجر؟ اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين :

(١) ذهب الشافعية (٥) والمالكية (٦) . والحنابلة (٧) في القول

حـ

(١) المجموع ٢٠٦/٩ ، ١٨٦ ، ونهاية المحتاج ٣/٢ ، وما بعدها

(٢) بداية المجتهد ١٢٧/٢ .

(٣) الزيلعي ٦٣/٦ ، مكتبة امدادية بملتان ، باكستان

(٤) بداية المجتهد ١٢٧/٢ .

(٥) المجموع ٢٠٦/٩ ، ١٨٦ ، ونهاية المحتاج ٣/٢ ، ٢/٤ ، وقلبي وعيسرة

٦٧/٣ ، وما بعدها مطبعة مصطفى الحلبي

(٦) بلغة السالك على الشرح الصغير ٢/ باب الاجارة ص ٢٦٣ ، وما بعدها

(٧) المغنى ٣/ ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

المعول عليه عندهم الى أن شرط الخيار لا يثبت في الإجارة لأى من المؤجر أو المستأجر.

(٢) وذهب الحنفية^(١) إلى أن شرط الخيار يجوز فيها.

الأدلة : استدل الشافعية ومن معهم بأنه لا يثبت شرط الخيار في الإجارة لأنها تميز لازمة بالعقد مالم يحصل مانع كتعذر استيفاء المنافع في الإجارة المضمونة.

أما المعينة فانهما يرجعان الى المحاسبة، أما المضمونة فإذا هلك الدابة المستأجرة فعلى ربها أن يأتي ببديلها أو يرجع إسمي المحاسبة.

- واستدل الحنفية : بأن عقد الإجارة إذا أضيف إلى المنافع فالمنافع غير موجودة، ولذلك ينعقد ساعة فساعة^(٢). فلذا جاز شرط الخيار لمن شرطه والراجح قول جمهور الفقهاء من أن شرط الخيار لا يثبت في الإجارة لأن الإجارة عقد تم بالإيجاب والقبول فهي لازمة ولا يصح شرط الخيسار مع اللزوم.

رابعاً : الوقف^(٣) اتفقت كلمة على أنه إذا وقف شخص قطعة أرض لبنائها مسجداً وشرط الواقف لنفسه الخيار فهذا الشرط باطل والوقف صحيح لأنه لما حبسها لأن تكون مسجداً أصبح لاحق له في الرجوع فيها وإذا لم يكن له حق في الرجوع لا يجوز اشتراط الخيار.

(١) جامع الفصولين لابن قاضي سماوة ٣٢٩/١ .

(٢) الزيلعي ١٠٥/٥، مكتبة امدادية ملتان، باكستان

(٣) رد المحتار ٥٠/٤، والبحر الرائق ٤/٦، وخزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي " باب الخيار " والمغنى ٣/٥٩٤، ٥٩٥، وبلغية السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ٢/٢٩٦، وما بعدها، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، بمصر.

والدليل على ذلك قوله تعالى في سورة محمد (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم) (١).

وشرط الخيار يؤدي إلى إبطال العمل وهو منهي عنه شرعا أمّا إن كان الموقوف شيئا آخر خير المساجد وشرط الواقف لنفسه الخيار في تجبّس ما حبس ان اختار ذلك أو عدمه فقد اختلفت كلمة الحنفية فيه على قولين:

القول الأول : لأبي يوسف وقد ذهب إلى أن له شرط الخيار فإن اختار الامضاء أمضاه وإن اختار الرد رده .

القول الثاني : لمحمد وقد ذهب إلى أن شرط الخيار في هذه الأشياء باطل لأن هذه الأشياء قرب والقرب شرط صحتها النية والنية يشترط فيها الإسلام والجزم وشرط الخيار ينافي الجزم فلذا لا يصح وهذا القول هو الراجح لرجاهة ما استدلل به ووضوحه

خامسا الإبراء : فإذا قال شخص له على آخر دين أبرأتك على أنسى بالخيار فقد اختلفت كلمة الحنفية في هذا على قولين (٢) :

- فرأى بعضهم : أن الإبراء في مثل هذه الحالة يجوز ويشبث الخيار .

- ورأى آخرون : أن الخيار في مثل هذا باطل استدلل أصحاب الرأي الأول القائلون بجواز الإبراء مع شرط الخيار

بأن رب الدين مكلف أقر بأن له الخيار في الإبراء وعدمه .
والمكلف يؤخذ بإقراره فلذا جاز الإبراء وشبث الخيار فإن اختار الإبراء برئ المدين وإن اختار عدمه لم يبرأ .

(١) الآية رقم ٣٣، من سورة محمد

(٢) رد المحتار، ٥٠/٤، والبحر الرائق ٤/٦، وخزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي " باب الخيار " وجامع الفصولين ٣٢٩/١ .

واستدل الذاهبون إلى عدم الجواز وأن الإبراء باطل غير صحيح
والحالة هذه : بأن الإبراء معناه براءة ذمة المدين من الدين ودمسة
المدين لا تبرأ مع الشرط فلذا اعتبر مثل هذا الإبراء باطلا واعتبر
شرط الخيار من البراءة كأن لم يكن فالراجح الثاني.

المطلب الخامسمن الذى يثبت له خيار الشـمسـسـرط

اتفقت كلمة الفقهاء الذاهبين إلى مشروعية خيار الشرط على أنه يجوز شرط الخيار لكل واحد ويجوز شرطه لأحدهما دون الآخر ويجوز تفاوت المدة بالنسبة للعاقدين بأن كان متراضيا على شرطه لأحدهما يوم ولآخر يومان أو ثلاثة لأن الخيار لم يشرع إلا رفقا بالعاقدين فكان الحق فيه لهما (١).

واختلف كلمتهم فى شرط الخيار للأجنبى:

- فذهب الأكثر ومنهم أبو حنيفة وصاحباه ومالك وأحمد والعترة وكذلك الشافعى فى قول (٢) إلى أنه إذا شرط أحدهما الخيار لنفسه وجعله للغير فيكون كأنه شرطه لنفسه ووكل الغير فى أن يختار بدلا عنه .
- وذهب زفر من الحنفية - وهو القول الآخر للشافعى إلى أن ذلك لا يجوز .

الأدلة : استدل الذاهبون إلى الجواز بأن الحاجة داعية إلى شرط الخيار لأن شرطه إنما كان لتأمل وترو فى المبيع والتأمل ليس وقفا عسلى المتعاقدين فكما يكون لهما يكون لأحدهما ويكون لغيره حيث كانت هناك حاجة إلى ذلك لأن الغير قد يكون أعرف بالحال ممن اشترط الخيار لنفسه .

(١) المبسوط ٤٨/١٣، دار المعرفة للطباعة، والمجموع ٢١٠/٩، والمغنى ٥٨٧/٣، مكتبة الرياض الحديثة وبداية المجتهد ١٢٨/٢، وما بعدها دار الفكر.

(٢) فتح القدير ٤٩٨/٥، وبداية المجتهد ١٥٧/٢، مطبعة دار الفكر، والمجموع ٢١٠/٩، والمغنى ٥٨٧/٣، والبحر الزخار ٣٤٨/٤، وما بعدها.

قال الإمام السرخسي : مبينا وجه الجواز : لأن جواز اشتراط الخيار لدفع الغبن وقد يشتري الإنسان شيئا وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتديا يأمنه من قريب أو مديق حتى ينظمسره اليه (١).

واستدل من ذهب إلى أن شرط الخيار لايجوز لغير العاقد بشأن الخيار من أحكام العقد وهي لا تثبت لغير العاقدين فلا يثبت خيار الشرط لغير العاقدين قياسا على سائر أحكام العقد (٢).

ويناقش هذا : بأن الأجنبي إنما يثبت الخيار له من قبيل العاقد فكان ذلك بمثابة من شرط الخيار لنفسه ثم وكل غيره بالتصرف بدلا عنه .

الترجيح : ولا يسعني إلا أن أرجح ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن معه لأن خيار الشرط يعتمد على تراضى العاقدين وذلك فى الحدود التى لا تتنافى مع ما ثبت عن الشرع ومتى كان هناك أجنبي كامل الأهلية والولاية فإنه يراعى سبب تصحيح تصرفه ما أمكن .

وهنا قد أمكنه تصحيح الشرط ومن ثم لايجوز إلغاؤه .

وعلى هذا فإنه إذا شرط العاقدان أو أحدهما الخيار لأجنبي عن العقد جاز ويثبت الخيار له إعمالا للشرط الصحيح والقانون يتفق مع الفقه بأنه يجوز شرط الخيار لكل واحد ويجوز شرطه لأحدهما دون الآخر ويجسسون تفاوت المدة بالنسبة للعاقدين لأن الخيار إنما شرع رفقا بالعاقدين .

والقانون يجيز شرط الخيار حتى ولو كان لأجنبي . والله أعلم .

(١) المبسوط ٤٧/١٣

(٢) المذهب ٢٥٨/١ ط. دار الفكر بيروت .

المطلب السادسما ينتهي به خيار الشرط

ينتهي هذا الخيار بأمور نتكلم عن أهمها فيما يأتي :

(١) الاختيار : فإذا شرط الخيار لأحد العاقدين فلمن له الخيار الحق في أن يفسخ العقد أو يجيزه قبل انتهاء المدة المضروبة للخيار فإن اختار من له الخيار الفسخ فسخ العقد وانتهى الخيار وإن اختار الاجازة لزمه العقد وسقط الخيار.

أما إن انتهت ولم يختار ولم يرد لزم العقد فلو انتهت المدة المضروبة للخيار ومن له الخيار باق على حاله فإن ذلك يعتبر رضا بالعقد لأنه لسو اختار الفسخ ففسخ فسكوته على ذلك دليل على رضاه.

وإن شرط الخيار لكل منهما فلكل واحد منهما فسخ العقد وأمضاه فإن اختارا معا الفسخ فسخ العقد وسقط الخيار وإن اختارا الإمضاء لزم العقد وسقط الخيار حتى إذا انتهت المدة وكل منهما باق على حاله لزم العقد.

وإن اختار أحدهما الفسخ واختار الآخر الإمضاء أجيب من اختار الفسخ سواء تقدم على صاحبه أو تأخر عنه لأن الفسخ أقوى من الإجارة ولأن الخيار قصد به التمكن من الفسخ والأصل في بيع الخيار أنه منحل.

واتفق القائلون بمشروعية خيار الشرط^(١) أن كلا من الفسخ والإجازة يحصل بما يدل عليه من قول كأن يقول من له الخيار: أجزت العقد أو أمضيته، أو رضيته، أو يقول من له الخيار: فسخت البيع أو رددته، أو نقضته، أو رجعت عنه وما إلى ذلك.

(١) انظر في هذه الجزئية من البحث المراجع الآتية: البحر الرائق ٢٠/٦، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢٣٧/٢، والبدائع ٣٣٠٢/٧، وطبعة الامام - المجموع ٢١١/٩، والبحر الزخار ٣٤٩/٤.

وقد يحصل الفسخ والإجازة بفعل من الأفعال: فإذا ركب الدابسة لاختبار حالها في السير أو لبس الثوب بقيسسه عليه لم يكن في هذا دليل على الإجازة لأن العادة جرت بمثل ذلك للتجربة والاختبار.

أما إن كان الفعل الذي صدر من العاقد الذي ثبت له الخيار لايمدر إلا من الملاك في العادة كالبيع وما إليه فقد اختلفت كلمة الفقهاء في وقوع الفسخ والإجازة بمثل هذا.

(١) فذهب قوم إلى أن مثل هذا الفعل إن صدر من البائع كان فسخا وإن صدر من المشتري كان إجازة.

وممن ذهب إلى هذا الحنفية والمالكية وهو الصحيح عند الشافعية والحنابلة.

(٢) وذهب البعض إلى أنه إن صدر من البائع كان فسخا وإن صدر من المشتري لم يكن إجازة.

وممن ذهب إلى هذا الشافعية في وجه مرجوع فالمذهبان متفقان على أن الفعل الصادر من البائع يكون فسخا وإنما الخلاف في المشتري.

الآدلية : استدل أصحاب المذهب الأول (١).

بأن تصرف البائع في المبيع والحالة هذه دليل على فسخ العقد سواء كان التصرف مفيتا كالعتق والبيع والتحييس والهبة والصدقة أو غير مفيت كالإجازة شريطة أن يكون قد أجر مدة تزيد على مدة الخيار فعلمه هذا وتصرفه هذا دليل على نقض البيع .

أما إذا كان الخيار للمشتري وتصرف في المشتري فإن تصرفه هذا سواء كان بيعا أو عتقا أو حبسا أو شيئا من هذا القبيل يعتبر إجازة للعقد وهذا دليل على رضاه به وإرادة عدم الفسخ .

(١) المغنى ٣/٥٧٠، مكتبة الرياض الحديثة، بالرياض

أما إن كان بيد البائع انتهى الخيار ولزم البائع البسرد أو الاختيار غير أن المالكية - يقولون إنه لا يقبل دعوى من شرط الخيار لنفسه بعد مضي المدة إلا ببيينة لأن من له الخيار في هذه الحالة لا يصدق إلا ببيينة لأنه متهم في اختياره أو رده بعد انقضاء المدة .

الأدلية : استدل الجمهور بأن ثبوت الخيار حكم مؤقت بوقت معلوم فيفوت بغوات وقته قياسا على سائر المؤقتات فإذا فات الوقت ولم يختر أو يرد انتهى الخيار .

واستدل الإمام مالك ومعه : بأن مدة الخيار ضربت لحق لسه لا لحق عليه فلا يلزم الحكم بنفس مرور الزمان .

والراجح الأول لقوة دليله وسلامته عن المعارض .

(٣) موت من شرط له الخيار : إذا مات من شرط له الخيار في مدة الخيار فهل ينقطع خياره بالموت أو يبقى ويخلفه وارثه والكلام على هذه الجزئية بالتفصيل أو ردها في مطلب ميراث الخيار وسيأتي .
والقانون يرى أنه إذا مات من شرط له الخيار في مدة الخيار فالخيار ينتهي ويبطل العقد .

واستدل أصحاب الرأي الثانى (١) القائلون بأن تصرف المشتري لا يكون إجازة: بأن خيار العيب لا يسقط بمثل ما ذكر من الأفعال فلا يسقط بها خيار الشرط قياسا على خيار العيب .

ويناقش هذا : بأن المشتري فى خيار العيب إما أن يتصرف فى المبيع قبل علمه بالعيب أو بعده : فإن تصرف بعد علمه بالعيب كان رضا بالعيب وسقط خياره فينبغى أن يكون الحال كذلك فى خيار الشرط .

أما إن تصرف المشتري فى المبيع المعيب غير عالم بالعيب كان قياس خيار الشرط على خيار العيب قياسا مع الفارق لأن المشتري فى خيار الشرط عالم بثبوت الخيار له بخلاف الحال فى خيار العيب .

الترجيح : ومما تقدم يتبين أن الراجح فى المسألة هو القول الأول وهو أن تصرف المشتري فى المبيع إذا شرط الخيار لنفسه يعتبر إجازة ، أما تصرف البائع فقد اتفق المذهبان على أنه يكون فسخا كما سبق .

(٢) انتهاء المدة :

فإذا مضت المدة المشروطة للخيار ولم يقع خلالها رد ولا إجازة ممن شرط له الخيار انتهى الخيار ولزم العقد عند القائلين بمشروعية خيار الشرط (٢) ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة سواء كان المبيع بيعا للبائع أو بيد المشتري .

- وذهب الامام مالك والقاضى من الحنابلة إلى أنه لا يلزم العقد بمضى المدة فإن كان المبيع بيد المشتري انتهى الخيار ولزم العقد .

(١) المجموع ٢١١/٩ .

(٢) البحر الرائق ١٩/٦ ، والمغنى ٥٨٤/٣ ، نشر مكتبة الرياض وبلغية السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للسرديسر ٥٠/٢ ، وما بعدها مطبعة الحلبي وأولاده بمصر .

المطلب السابعاشتراط النقد زمن الخيار

لا يجوز عند الإمام مالك وأصحابه اشتراط النقد زمن الخيار لتردده
عندهم بين السلفية والشمنية :

وبيان ذلك : احتمال أن المشتري قبل البيع فيكون المدفوع ثمناً أوردته
فيكون المدفوع سلفاً .

فنظراً لتردد المدفوع بين السلفية والشمنية قال المالكية بفساد
البيع .

وذلك إذا جعل الخيار على مشاورة رجل بعيد لا يعلم ما عنده ، إلا
بعد انتهاء مدة الخيار ، أو شرط مدة تزيد على مدة الخيار أو شرط الخيار
في مدة مجهولة كإلي أن تمطر السماء أو علق الخيار على قدوم شخص لا يعلم
وقت قدومه ، أو جعل الخيار لأحدهما وشرط أحدهما غيبة البائع أو المشتري في
زمن الخيار - فإنه في هذه الأحوال الأربعة يفسد البيع لتردد المدفوع بين
السلفية والشمنية .

والغرض أن المبيع مثلي لم يعرف بعينه ولم توضع عليه علامة تميزه
عمّا سواه من المثليات فإن طبع عليه أو كان ثمرًا على أصوله جاز اشتراط
النقد .

ثم شارك هذا الفرع - يعني في أن شرط النقد مفسد سميعة

مسائل :

الأول : رجل اشترى عبداً بثنا على صفة ... والموضوع أن العبد المبيع غائب
واشترط البائع على المشتري دفع الثمن فإن هذا الشرط مفسد للعقد لتردد
النقد المدفوع بين كونه ثمناً إذا وجده المشتري على الصفة التي اشتراه
عليها أو سلفاً إذا وجد مخالفاً للصفات التي اشتراه عليها .

الثانية : اشترى شخص عبداً وشرط المشتري على البائع خلو العبد من جميع العيوب وشرط البائع على المشتري دفع الثمن فهذا العقد فاسد لتردد الثمن المدفوع بين أن يكون ثمناً أو سلفاً.

الثالثة : اشترى أمة مواضة ومعنى المواضة^(١) : أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة أمينة حتى تحيض حيضة فإن هي حاضت كمل البيع، وإن لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع... فهذه الأمة مشتراة للوطء وهي موضوعية تحت يد أمين فإن المشتري لا يعلم براءة رحم الأمة حتى يكون بيعاً أو يظهر حملها فيكون المدفوع سلفاً وهذا بخلاف الأمة المستبرأة فإن اشتراط النقل فيها لا يفسد العقد.

الرابعة : استأجر شخص من آخر قطعة أرض لزراعتها وشرط المؤجر على المستأجر دفع الأجرة والموضوع أن الأرض لا يؤمن ريبها فاشتراط تعجيل الأجرة على المستأجر فاسد لتردد الأجرة بين أن تكون ثمناً إذا أمن ريبها أو سلفاً إذا لم يؤمن ريبها.

الخامسة : قال شخص لآخر اثنتى بعبدى الآبق ولك مائة روبية وشرط المجاعل : على المجاعل تعجيل الجعل فإن تعجيل الجعل مفسد لعقد الجعالة نظراً لاحتمال أن يأتى بالعبد الآبق فيكون المدفوع أجراً أو لا فيكون سلفاً.

السادسة : استأجر رجل زبداً بعينه لحراسة زرع وشرط الأجير على صاحب الأرض تعجيل الأجرة فنظراً لاحتمال موت الأجير المعين فيكون الأجر الذى أخذه سلفاً أو سلامته فيكون ثمناً.

السابعة : استأجر شخص أجيراً بعينه وشرط الأجير على المؤجر على المؤجر أن لا يشرع فى العمل الا بعد شهر بشرط أن يعجل له الأجر من الآن.

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس رضى الله عنهما، للباجي ط. دار الكتاب العربي بيروت، وهو الوليد سليمان بن خلف بن سعد ٢٠٢/٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٤/٣ - ٩٥، مطبعة الحلبي، وبداية المجتهد، ١٥٧/٢، طبع دار الفكر، بيروت.

فإن شرط النقد في هذه الصور السبعة يفسدها وعلة الفساد تتردد المدفوع بين أن يكون سلفاً أو شمناً.

ونص الحنفية^(١) على أنه، إذا اشترى المشتري شيئاً وشرط إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينه وبين البائع جاز وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف

وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر أما إن نقد في الثلاث فهو جائز في قولهم جميعاً.

وعند الشافعي^(٢)، أن النقد جائز في بيع الخيار.

وعند الحنابلة^(٣) أن البائع إذا قال للمشتري إن بعتك على أن تنقضى الثمن إلى ثلاثة أيام أو إلى مدة معلومة أقل من ذلك أو أكثر وإلا فلا بيع بيننا صح البيع وهو قول عمر كشرط الخيار وينفسخ البيع إن لم ينقده المشتري الثمن في المدة وقوله^(٤) فلا بيع بيننا تعليق فسخ البيع على شرط لأنه علقه على عدم نقد الثمن في المدة التي عينها وهو صحيح .

وإن قال البائع بعتك على أن تنقضى الثمن إلى ثلاثة أو أكثر فإن لم تفعل فلي الفسخ صح وله الفسخ إن لم ينقده فيها.

ومما سبق نعلم أن الفقهاء قد اختلفوا وأن الياعث لهم على هذا الاختلاف تعارض الأدلة .

أما الذين أجازوا النقد زمن الخيار بشرط وبغير شرط وهم الحنفية والشافعية والحنابلة:

-
- (١) فتح القدير ٤/٤٩٧، ط. دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان.
 - (٢) شرح الاقناع للخطيب الشربيني ١/٢٥٩ دار المعرفة، بيروت .
 - (٣) كشاف القناع ٣/١٩٦، ط. مكتبة النصر الحديثة الرياض، سعودية .

فقد استدلوا بحديث حبان بن منقذ الذي كان يفتن في البيع وقال
(١) له النبي صلى الله عليه وسلم: إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثاً.

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثة أيام مطلقاً
نقد أولاً لأن ترك الإستفصال في وقت المقال ينزل منزلة عموم الأحوال.
إذن فالنقد في مدة الثلاثة جائز مطلقاً شرطاً أولاً وهذا ما يعطيه
ظاهر الحديث .

وقال الحنفية :

إن اشتراط النقد في الثلاثة الأيام على المشتري إنما شرع لدفع
ضرر المماطلة في دفع الثمن عن البائع غير أن الحنفية لم يقولوا بأنه،
إذا لم يدفع المشتري الثمن في الثلاثة الأيام يفسخ العقد بل قالوا بفساد
(٢) لتخلف الشرط وهو تعجيل الثمن.

أما المالكية :

فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من أن اشتراط النقد مفسد فيما
ذكروا من صور سبعة عددها...
فالمالكية قدموا عمل أهل المدينة لأنهم ورثوا ما استقر عليه
العمل بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم لاحتمال أن الحديث الذي استدل
به المخالفون نسخ أو لم يصح عند المالكية لذلك قدموا عمل أهل المدينة
عليه .

(١) سبق تخريجه

(٢) فتح القدير ٤/٥٩٧، وما بعدها، ط. دار احياء التراث العربى،
والزيلعى ٤/٥١٦٢، ط. مكتبة امدادية ملتان، باكستان.

الترجيح : والذي أراه رجحان قول أبي حنيفة ، والشافعي لأنه ثابت
بحديث حبان بن منقذ .

أما ما ذهب إليه الحنابلة ومحمد من الحنفية فشابت بأثر عمر
والأثر لا يقاوم الحديث الصحيح .

والمالكية وإن كانوا قد استدلوا على ما ذهبوا إليه بعمل أهل
المدينة فعمل أن المدينة ليس حجة عند غيرهم .

المطلب السبب الثامنأثر خيار الشرط

اتفق القائلون بمشروعية خيار الشرط على أن من أشاره ثبوت الحق في فسخ العقد لمن شرط له الخيار وله أن يستعمل هذا الحق في أي وقت يشاء مادام الخيار باقيا ولم ينته بأحد الأمور السابقة .

فإذا قام أحد العاقدين بفسخ العقد بناء على شرط الخيار فإن كان هذا الفسخ بمحض من العاقد الآخر أو بعلمه أو كان الفسخ (١) بفعل من الأفعال فقد اتفقت كلمة الفقهاء الذاهبين إلى جواز خيار الشرط على أن الفسخ يصح ويقع نافذا .

أما إن فسخ العقد بالقول ممن شرط له الخيار في غيبة العاقس الآخر دون أن يعلم بذلك فقد وقع الخلاف في هذا :

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية وهو الأخير من قول أبي يوسف (٢) إلى أن الفسخ يقع صحيحا نافذا دون توقف على علم العاقس الآخر .

وذهب أبو حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول (٣) والرواية الأخرى للحنابلة (٤) إلى أن الفسخ والحالة هذه موقوف :

فإن علم به العاقد الآخر في مدة الخيار نفذ الفسخ وإن لم يعلم حتى مضت المدة بطل ذلك الفسخ وتم البيع .

(١) البدائع ٢٦١/٥ ط. كراتشي ، والمجموع ٢١٥/٩ ، والقواعد لابن رجب قاعدة (٦٣) ص ١١٨ ، طبع مؤسسة نبع الفكر العربي .

(٢) المبسوط ٤٤/١٣ ، دار المعرفة للطباعة بيروت ، لبنان .

(٣) المرجع السابق .

(٤) القواعد لابن رجب القاعدة (٦٣) السابقة .

الأدلة : استدل المالكية ومن نهج نهجهم بالسنة والمعقول:

أما السنة : فالحديث السابق في مشروعية الخيار.

ووجه دلالة الحديث على المدعى^(١) أن الرسول صلى الله عليه وسلم

قد أطلق لصاحب الخيار الحق في الفسخ من غير أن يقيده بإعلان الطرف الآخر

وهذا دليل ناهض على أن علم العاقد الآخر بالفسخ لا يشترط.

وأما المعقول:^(٢) فلأن الخيار حق خالص لمن شرط له فإذا تصرف بمقتضى الحق

وفسخ العقد كان هذا تصرفا في خالص حقه فيقع صحيحا نافذا كما لو طلق الزوج

فإن الطلاق يقع صحيحا علمت به المرأة أو لم تعلم.

أما أبو حنيفة ومن وافقه فقد استدلوا:

بأنه لو نفذ الفسخ من غير أن يعلم به العاقد الآخر للحقه الضرر

بسبب الفسخ والضرر مدفوع^(٣).

وأیضا لو قام أحد العاقدین^(٤) بالفسخ من غير أن يعلم العاقد الآخر

يكون قد تصرف في حق صاحبه وإذا لا يجوز بدون علمه كالموكل إذا عزل الوكيل

لا يثبت حكم عزله في حقه ما لم يعلم فالخيار باق على حاله.

والراجع: ما ذهب إليه الشافعية والمالكية ومن معهم من أن الفسخ يقع صحيحا

نافذا لأن الخيار شرع لرفع الضرر والفبن عن شرط له فلو لم يكن متمكنا من

الفسخ بغير علم الآخر لغات مقصوده من الخيار هذا وإذا اختار من له الحق

في الخيار فسخ العقد انفسخ في حقه ومتى انفسخ زالت الآثار المترتبة على

العقد ويكون كل من البديلين على ملك صاحبه الأصلي قبل العقد. والله أعلم.

(١) نيل الأوطار ١٨٢/٥، وسيل السلام ٣/٣٥، "كتاب البيوع" طه. طبسى،
وفتح المبدى للشرقاوى على صحيح البخارى ج ٢، كتاب البيوع ص ١٧٦،
طه. دار المعرفة.

(٢) المبسوط ١٣/٤٥، طه. دار المعرفة للطباعة بيروت.

(٣) المرجع السابق.

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للعلامة عبدالرحمن بن الشيخ
سليمان ٢/٢٠، طه. دار سعادات، وكشف الأسرار ٤/٣٥٠، دار الكتاب
العربى، بيروت.

المبحث الثانيخيار المجلسالمطلب الأول

فـى تعريفه ومشروعيته :

(١) التعريف :

المجلس فـى اللغة (١) : مصدر ميمي معناه مكان الجلوس ، والجمع المجالس ، وقد يطلق المجلس على أهله مجازاً تسمية للحال باسم المحل .
والفقهاء يريدون به هنا مكان الاجتماع الواقع عليه العقد على أى حال كان المتعاقدان .

وفى الاصطلاح : هو أن يكون لكل من المتعاقدين الحق فى إمضاء العقد أو فسخه مادام فى المجلس ولم يختارا إمضاء العقد فلو اختسار أحدهما لزومه سقط حقه فى الخيار وبقي الحق فيه للآخر (٢) .

(٢) المشروعية :

وقد اختلفت كلمة الفقهاء فى مشروعية خيار المجلس على الوجه الآتى :

(١) ذهب جماهير العلماء من الصحابة والتابعين (٣) ومن بعدهم إلى القول بخيار المجلس : فمن الصحابة على بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وأبو هريرة وأبو برة الأسلمى (رضى الله عنهم أجمعين) .

(١) المصباح ١/١٤٥ ، طه أميرية

(٢) نهاية المحتاج ٤/٥٠٤ ، طه ١٠٨٦ هـ (بمعرفة أحمد عبدالرزاق ، المكتبة الإسلامية)

(٣) المغنى ٣/٥٦٣ ، طبعة مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض .

ومن التابعين طاووس وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح القاضي والحسن البصري والشعبي والزهرى والأوزاعي وابن أبي ذئب وسفيان بن عيينة والشافعي وابن المبارك وعلى بن المدينى وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه وأبو شور وأبو عبيد والبخارى وسائر المحدثين الكرام (رحمهم الله تعالى أجمعين) وآخرون .

وأما من الفقهاء : فقد بالغ ابن حزم^(١) فقال: لا يعرف لهم مخالف من التابعين إلا النخعي وحده .

فالعقد عند كل هؤلاء لا يلزم إلا بتفرق العاقدین من مجلس العقد أو اختيارهما الامضاء قبل التفرق وعلى ذلك يكون من حق أحدهما ردّ العقد قبل أن يحصل التفرق أو إمضاء العقد .

(٢) وذهب المالكية : إلا ابن حبيب - والحنفية كلهم وإبراهيم النخعي إلى القول بعدم مشروعية خيار المجلس .

وحكاه صاحب البحر عن الثوري والليث والإمامية وزيد بن عيسى والقاسمية والعنبري... .

كل أولئك قالوا: إذا وجبت المصفة فلا خيار أى أن العقد يلزم بنفس الإيجاب والقبول .

ومما تقدم نعلم أن الفقهاء قد اختلفوا ... وأن الباعث لهم على الاختلاف تعارض الأدلة .

الأدلة :

أولا : استدل الذاهبون إلى ثبوت خيار المجلس بالسنة :

(١) المحلى ٣٥١/٨، مسألة ١٤١٧، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت .

وهي ما روى عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو قال حتى يتفرقا (١) فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما)".

شرح مفردات الحديث :

البيعان : أي البائع والمشتري فإطلاق البائع على المشتري من باب التغليب ... أو أن كل واحد منهما يطلق على الآخر قال تعالى: (وشروه بضمن بخس) (٢) والمعنى عليه - والله أعلم - وباعوه .
وقوله عليه الصلاة والسلام (بالخيار) فهو اسم من الاختيار أو التخيير وهو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه .
والمراد بقوله (بالخيار) خيار المجلس .
وقوله عليه الصلاة والسلام (ما لم يتفرقا) اختلف فيه .

هل المراد التفرق بالأبدان ؟

وإلى هذا ذهب قوم ورجح هذا القول .

أو المراد به الافتراق بالأقوال ؟

وضعفه الشوكاني :

ومما يرجح أن المراد بالتفرق التفرق بالأبدان ما ذهب إليه ابن عمر في الحديث الذي روى عنه في الباب .

(١) نيل الأوطار للشوكاني ١٨٤/٥، وما بعدها
(باب ثبوت خيار المجلس المكتبة التوفيقية) أو فتح المبدى بشرح مختصر الزبيدي للشيخ الشرقاوى ٤٨٥/٢، (كتاب البيوع) وصحيح مسلم (باب ثبوت خيار المجلس) ج ١٠/١٧٣، طه دار الفكر بيروت .

(٢) آية ٢٠ من سورة يوسف .

وحكى أبو داود عن أبي هريرة الأسلمي أنه حمل التفرق على
التفرق بالأبدان - كما ذكر ابن حجر في فتح الباري - أن ما ذهب
إليه ابن عمر وأبو هريرة لم يعلم لهما فيه مخالف .

أما الفضل بن سلمة فحمل الافتراق على الافتراق بالقول
والتفرق على التفرق بالأبدان، فإنه يقال: افترقا بالكلام وتفرقا
بالأبدان .

وهذا الذى صنعه الفضل بن سلمة هو مذهب أبي حنيفة وأهل
الرأى .

والواقع الذى لامرأ فيه :

أن التفرق يحمل على التفرق بالأبدان حقيقة ويستعمل فى
التفرق فى الأقوال مجازاً، ويرجح أن المراد بالتفرق بالأبدان
بالإضافة الى ما ذهب إليه ابن عمر وأبو هريرة .

ما رواه البيهقى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : (البيعان بالخيار حتى يتفرقا
من مكانهما)^(١) . فهذه الرواية دلت على أن المراد بالتفرق
التفرق بالأبدان .

كما نوقش هذا الحديث أيضا :

(١) نيل الأوطار ١٨٤/٥، وما بعدها.

بأن المراد بالمتبايعين في الحديث المتساومان اللذان لم يعقدا البيع بعد وأطلق عليهما متبايعان باعتبار ما سيكون جمعا بين هذا الحديث وبين الأدلة الأخرى الدالة على نفي خيار المجلس .

ويجاب عن هذا (١) بأن المتبايعين لفظ مأخوذ من البيع ولا يصح أخذ اسم من معنى إلا إذا كان ذلك المعنى موجودا فلو لم يوجد المأخوذ منه وهو البيع لم يوجد المأخوذ وهو المتبايعان .

وأیفا (٢) لو أريد بالمتبايعين في الحديث المتساومان كان الحديث خاليا عن الفائدة وخلو الكلام عن الفائدة عبث يبان عنه كلام العقلاء فمما بالك بكلام سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم .

ومن المعقول :

أن حاجة الناس تدعو إليه لأن الإنسان قد يبيع أو يشتري شيئا ثم يتبين أنه قد غبن فجعل خيار المجلس مشروعا له تداركا لهذا المعنى .

أما الذاهبون إلى نفي خيار المجلس : فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة أمور :

أولا : من الكتاب :

(١) ردوا الحديث السابق بأنه معارض بما هو أقوى منه وهو قوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) (٣) .

ووجه دلالة الآية على رد الحديث ما يأتي :

(١) المجموع ٩ / ١٧٥

(٢) بداية المجتهد ٢ / ١٥٧، نشر المكتبة العلمية، لاهور، باكستان .

(٣) آية ٢٨٢ من سورة البقرة .

إمّا أن يكون الإشهاد حال البيع أو بعده.

فلو ثبت خيار المجلس لكان معنى الآية ضائعاً. لأن الإشهاد: إن وقع قبل التفرق لم يطابق الأمر^(١) لأن الآية تقول: (وأشهدوا إذا تباعتم) بمعنى إذا تم البيع وجب الإشهاد وعلى القول بثبوت خيار المجلس لم يتم البيع فلا إشهاد.

وان وقع بعد التفرق لم يصادف مطلقاً لأن البيع قد تم بالتفرق على رأى القائلين بخيار المجلس.

إذن: فالآية دالة على عدم ثبوت خيار المجلس.

(٢) وقوله تعالى في الآية ٢٩ من سورة النساء: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم).

وجه الدلالة من الآية على المدعى:

إن الاستثناء منقطع، نهى الله تعالى عن أكل أموال الناس بالباطل. والباطل^(٢): أي الحرام كالغصب والسرقة وشهادة الزور والقمار والميسر والظلم وما إلى ذلك لكن إن وقع الأكل عن تجارة فلا يكون باطلاً ولأنه يكون عن طيب نفس كل منهما.

وقد دلت الآية: على أنه إذا حصل الرضا فقد تم البيع لقول النبي صلى الله عليه وسلم (إنما البيع عن تراض)^(٣) فإذا تم العقد بالإيجاب^(٤) والقبول فقد تم البيع ولا خيار لواحد من المتبايعين إلا لعيب ظهر بالمبيع أو عدم رؤية.

(١) سبيل السلام ج ٣/٣٤، طبعة الحلبي وأولاده بمصر.

(٢) تفسير القرآن الكريم لفضيلة الشيخ حسين مخلوف، مفتي مصر الأسبق ١٤٨/١.

(٣) الترمذى ٤/٤٥٣، أبواب البيوع / ٢٧، باب حديث رقم ١٢٦٦ وابن ماجة ٧٣٧/٢، كتاب التجارات / باب بيع الخيار حديث رقم ٢١٨٥، والتاج الجامع للأصول في الحديث السريسي للأصول الله، صلى الله عليه وسلم ٢/٢٠٣، كتاب البيوع والزروع والوقف، كتابة الشروط والخيار في البيع، ط. دار الفكر.

(٤) فتح القدير ٥/٤٥٦، وصحيح مسلم ١٠/١٧٣، باب ثبوت خيار المجلس ط. دار الفكر بيروت.

ومعنى التحالف : أن يحلف البائع ما يبتع منك بكذا (١).

ويحلف المشتري ما اشترى منك بكذا وقيل غير ذلك .

والوجه فى التحالف : أن كل واحد مدعى عليه فيجب على كل واحد منهما

اليمين لنفى ما ادعى عليه وهذا مفهوم من قوله صلى الله عليه وسلم :

" البينة على المدعى واليمين على من أنكر " (٢) والبينة هى

الشهود الذين يثبت بهم الحق وسموا بينة لان الحق يبين ويظهر بهم وقد

نوقش هذا الحديث :

بأنه حديث منقطع فلا يقوى على معارضة حديث ابن عمر ولو ثبت

خيار المجلس لكان فى رفع العقد (٣).

(٣) ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم " نهى عن بيع وشروط " (٤) فالرسول صلى الله عليه وسلم نهى

عن البيع الذى يشتمل على شرط بصيغة من صيغ العموم لأن كلمة بيع وشروط

نكرتان فى سياق النهى فى معنى النهى فيكون كل بيع اشتمل على أى شرط

منهى عنه والمنهى عنه فاسد ولذلك قال السيرخسى عنه فى المبسوط "فإنه

حديث مشهور ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه (٥).

فهذه الأدلة التى ذكرها أصحاب الرأى الثانى التى استدلت بها نقاة

(١) الاقناع (للحنابلة) ٢٥٢/١

(٢) التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم

للشيخ منصور على ناصف ٦٠/٣ كتاب الإمارة والقضاء، والترمذى

٥٧١/٤، أبواب الأحكام، باب ما جاء فى أن البينة على المدعى

واليمين على المدعى عليه حديث رقم ١٣٥٦ هـ، وسبل السلام ١٣٢/٤.

(٣) بداية المجتهد ١٥٨/٢، نشر المكتبة العلمية، لاهور

(٤) سبل السلام ١٦/٣، ط. الحلبي وأولاده بمصر

(٥) المبسوط ١٤/١٣، ط. دار المعرفة للطباعة والنشر/ بيروت .

خيار المجلس على فرض شمولها لمحل النزاع أعم مطلقاً من أدلة الداهيين إلى اثبات خيار المجلس .

والقاعدة عندهم أن العام يبني على الخاص .

ولما كان الجمع بين الأحاديث المشبهة لخيار المجلس والآيات والأحاديث الدالة على نفيه متعذراً فلا يمار إلى الترجيح ولا يمار إلى الحمل . كما رد الداهيون إلى نفي خيار المجلس على الأحاديث التي استدلت بها المستدلون على إثباته بأنها منسوخة بالآيات والأحاديث التي ذكرت .

وذكر ابن حجر في فتح الباري أن النسخ لادعى له ووجهه في هذا : أن النسخ لا يثبت بالاحتمال كما رد صاحب الفتح على أن الجمع بين الدليلين مهما كان لا يمار إليه : بأن الجمع بينهما ممكن .

عمل أهل المدينة : وهذا الدليل خاص بالمالكية وحدهم لأن الإمام مالكا ما وجد أهل المدينة على العمل بخيار المجلس وعمل أهل المدينة عند الإمام مالك مقدم على خبر الآحاد كما هو معلوم من أصول الفقه .

ويناقش هذا : بأننا نمنع تقديم عمل أهل المدينة على الحديث نظراً لأن الفقهاء والمحدثين لم يكونوا بكاملهم في المدينة وحدها في عصر الإمام مالك رضي الله عنه بل كانوا متفرقين في الأمصار (١)

حتى أننا لو سلمنا ما ذهب إليه الإمام مالك من تقديم عمل أهل المدينة على خبر الآحاد فلا نسلم اتفاق فقهاء المدينة على نفي خيار المجلس : فقد نقل عن ابن أبي ذئب وهو أحد فقهاء المدينة في زمن الإمام مالك أنه أنكر على الإمام القول بعدم مشروعية خيار المجلس مقال في حديث ابن عمر الدال على ثبوت خيار المجلس هو حديث موطوء بالمدينة أي مشهور (٢)

(١) سبل السلام ٣/٣٤ ، والمجموع ٩/١٩٩ ، ط . العاصمة .

(٢) المحلى ٨/٣٥٥ .

قال صاحب نهاية المحتاج (ما معناه إن ابن عمر رضي الله عنهما
من أجل علماء المدينة وهو راوى الحديث كان يعمل به (١).

الترجيح :

وبعد عرض أدلة الفقهاء ومناقشة ما أمكن مناقشتها فإن مسا
يترجح لدى من القولين:

القول القائل بمشروعية خيار المجلس وذلك لأنه ثبت في بعض
الروايات التصريح بثبوت الخيار حتى يتفرق المتبايعان من مجلس العقد من
ذلك ما رواه البيهقي (٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ حتى يتفرقا
من مكانهما.

وما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما (٣) أنه قال (إذا تباعد
الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما
الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد
أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)

خيار المجلس في القانون :

وخيار المجلس مشروع في القانون أيضا فقد القانون على أن
المتعاقدان حينما يجلسان في مجلس واحد ويتم الإيجاب والقبول من طرفي
العقد فالعقد صحيح غير أنه لا يصح لازما إلا بعد التفرق (٤).

ومن ثم يجوز لأي منهما كما هو الحال عند القائلين بخيار المجلس
من الفقهاء - أن يرجع عما قال بعد تمام الإيجاب والقبول وقبل انتهاء المجلس.

(١) نهاية المحتاج ٢/٤، طبعة المكتبة الإسلامية .

(٢) صحيح مسلم باب ثبوت خيار المجلس ط. الشعب

(٣) صحيح مسلم شريف ١٧٣/١٠ إلى ١٧٥ .

(٤) Contract Act. By Sanjiva Row V. I, P 829. 4)

فهذا هو خيار المجلس في القانون.

والقانون يجيز التعاقد بالمراسلة وبالهاتف Telephone أيضا
 أما المراسلة فالإيجاب يتم بعد إرسال الرسالة في مكتب البريد وبعد وصول
 الرسالة إلى القابل، ليس للموجب حق الرجوع
 أما بالنسبة للقابل فله أن يقبل إما في نفس مجلس وصول الرسالة
 أو في خلال وقت معقول^(١) (Reasonable Time).

وفي هذه النقطة الأخيرة وهي عبارة الوقت المعقول يختلف القانون
 مع الفقه لأن الفقهاء يرون أنه يتعين على الطرف القابل أن يقبل الإيجاب
 في نفس مجلس وصول الرسالة، فإذا لم يقبل في خلال هذا المجلس فينتهي حق
 قبوله بعد ذلك ومن ثم يكون العقد غير منعقد لعدم تحقق القبول.

أما العقد بالهاتف Telephone أو بتيلي برنتر^(٢)
 Tele Printer فإنه لا يتم إلا بعد إبلاغ القبول إلى الموجب وليس
 للموجب ولا للقابل أن يفسخ العقد بعد ذلك حيث يصبح العقد بعد هذا لازماً^(٣).

-
- 1) Mercantile Law, Charles worth's P. 19. (١)
 Contract Act By S. Row, V. 1, P. 829.
 وهي آلة طبع يتم عن طريقها الاتصال من مكان إلى آخر (٢)
 3) Charles worth's Mercantile Law P. 19. (٣)

المطلب الشانسالعقود التي يثبت فيها خيار المجلس

ولا يثبت خيار المجلس عند القائلين^(١) به إلا في العقود اللازمة من الجانبين القابلة للفسخ: كالبيع المعروف والصرف والسلم وبيع التولية وهو بيع السلعة بمثل الثمن الذي اشترت به .

وما في معنى البيع كالهبة بعوض و صلح المعاوضة
ومعنى صلح المعاوضة : هو الصلح عن دين أو عين إذا أقر بهما من ادعيا عليه .
وفي الإجارة وغير ذلك من عقود المعاوضة .
ومعنى لزومها : أنها إذا انعقدت لا يجوز لأحد العاقدين أن يستقل بفسخها .
ومعنى كونها قابلة للفسخ فلأن للعاقدين أن يتراضيا على فسخها
ويكون الفسخ بالنسبة لها في حكم إبطال العقد بحيث تصير كأن لم تكن .
فهذه العقود هي التي يمكن للخيار أن يعمل عمله فيها ويظهر أثره فيها .

أما العقود التي تكون لازمة من الجانبين ولكن لا تقبل الفسخ بعقد انعقادها وتامها كالزواج والخلع . فإنها لا تكون محلا لهذا الخيار مادامت غير قابلة للفسخ وهي في الغالب تكون بعد نظر وروية هما يجعل الخيار غير محتاج إليه فإذا انعقدت لا يمكن فسخها والرجوع فيها فلا يستقل أحد العاقدين بفسخها ولا يثبت حق الفسخ لهما بتراضيهما .

لهذا لا يدخل خيار الشرط في هذه العقود لأنه إنما يدخل في عقد لازم قابل للفسخ .

(١) تحفة الحبيب بشرح نظم غاية التقريب للإمام أحمد بن الحجازي بن بدير الفشيني في فقه الإمام الشافعي في الموضع المذكور .

ولا يرد أن حق الفسخ ثابت للمرأة في عقد النكاح بعد العتق والبلوغ لأن هذا فسخ له قبل التمام.

وكلا منا إنما هو في منع الفسخ بعد التمام بأن كان نكاحا صحيحا نافذا لازما.

أما إن كان فاسدا أو موقوفا أو فيه خيار العتق أو البلوغ فإنه يحتمل الفسخ لأن هذا فسخ له قبل التمام.

وكذلك لا يكون محلا لهذا الخيار العقود التي ينتفى فيها اللزوم من الجانبين وهي المعروفة بالعقود الجائزة كالوكالة والوديعة والعاريسمة والوصية قبل موت الموصى.

وأيا العقود التي تلزم من أحد العاقدين دون الآخر كالرهن والكفالة فإن هذه العقود لا يظهر فيها أثر الخيار مادام الفسخ فيها ممكنا قبل التفرق من المجلس وبعده.

وعند الشافعية أيضا: أن خيار الشرط ويسمى خيار التبرؤى أى التشهى والإرادة يشترط فى كل ما يشترط فيه خيار المجلس^(١) إلا ما شرط فيه القيس فى المجلس كالربوى والسلام.

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ٣٧٨/١ وكشاف القناع للحنابلة ١٩٩/٢ للبهوتى ، مكتبة النمر الحديثة الرياض ، الرياض سعودية .

المطلب الثالثمتى يثبت خيار المجلس

- يثبت خيار المجلس عند القائلين به بحكم الشرع فلا يتوقف في ثبوته على اشتراط العاقلين أو أحدهما له وقد اتفقت كلمة القائلين بمشروعية خيار المجلس على أنه يثبت لكل من العاقلين سواء شرطاه معا أو شرطه أحدهما أو سكتا عن شرطه فإن الخيار لهما مالم يتفرقا أو يتخيرا غير أن كلمتهم قد اختلفت فيما لو اشترط العاقدان نفي خيار المجلس على الوجه الآتي.
- ذهب بعضهم إلى أنه إذا شرط أحد العاقلين أو شرطاه معا نفي خيار المجلس أوجب كل منهما إلى ما طلب مع صحة الشرط ولزوم العقد.
- حكى ذلك ابن قدامة في المغنى^(١) وهو وجه لأصحاب الشافعي^(٢) لأن الخيار شرع رفقا بالعاقلين فجاز لهما تركه.
- وذهب آخرون إلى أنه يلغو الشرط ويبقى الخيار قائما ولا ينتفى بشرط العاقلين أو أحدهما لما في ذلك من نفي الشيء قبل وجوده لأن خيار المجلس إنما يثبت بالإيجاب والقبول والشرط كان قبلهما فلذا قلنا إنه شرط ملغى وعلى ذلك فخيار المجلس باق لأنه خيار ثبت من جهة الشرع مع صحة العقد ذهب إلى هذا الشافعية على الأصح والحنابلة في إحدى الروايتين.
- ومن الفقهاء من يقول: بأن الشرط يلغو ويفسد العقد بذلك لمخالفة هذا لما ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم ومن ذهب إلى هذا ابن حزم^(٣).

(١) المغنى ٥٦٧/٣، مكتبة الرياض الحديثة.

(٢) المجموع ١٨٤/٩ وما بعدها.

(٣) المطى ٣٥١/٨، وما بعدها مسألة ١٤١٧.

وهو وجه للشافعية .

أما كون الشرط لاغيا فلأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط) (١) .

واشترط نفى خيار المجلس ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وأما فساد العقد : فإن الظاهرية درجوا على أن كل شرط فاسد قارن العقد فإنه يفسد العقد فلذا الشرط لاغ والعقد فاسد .

ومن هذا نعلم أن الفقهاء قد اختلفوا وأن الباعث لهم على هذا الاختلاف هل الخيار حق للمتعاقدين أو حكم شرعي؟

فمن ذهب إلى أنه حق للعاقدين أجاز لهما إسقاطه ومن رأى أنه حكم شرعي بمعنى أنه حكم من أحكام العقد لم يجعل للعاقدين سلطة إسقاطه لأنه لا سلطة لهما على إسقاط الأحكام الثابتة من جهة الشارع والراجح أن هذا حكم شرعي وليس للمتعاقدين سلطة على إسقاطه .

ومما تقدم يتبين رجحان الرأي الثاني القائل بأنه يلغو الشرط ويبقى الخيار قائما ولا ينتفى بشرط العاقدين أو أحدهما لما في ذلك من نفى الشيء قبل وجوده .

وخيار المجلس يثبت في القانون إما باشتراط العاقدين أو قانونيا بمعنى أنه إذا كانت طبيعة العقد تقتضي خيار المجلس فإنه يثبت طبعاً .
وأما إذا نفى الطرفان الخيار فإنه ينفي ويلزم العقد وهذا ما يتفق مع الرأي القائل في الفقه بأنه إذا شرط أحد العاقدين أو شرطاً معاً نفى خيار المجلس أجيب كل منهما إلى ما طلب .

(١) سبل السلام ١٠/٣ ، حديث رقم ١٠ ، طبعه الحلبي وأولاده بمصر .

المطلب الرابعما ينتهى به خيار المجلس

ينتهى هذا الخيار بأحد الأمور الآتية :

(١) تفرق العاقدین بالأبدان :

فإذا تفرقا بأبد انهما من مجلس العقد انتهى الخيار ولزم البيع والمعتبر^(١) فى التفرق : هو العرف والعادة حيث إنه ورد فى لسان الشرع مطلقا .

فإذا كان المتبايعان فى غرفة فالتفرق يتم بمغادرة أحدهما لتلك الغرفة أما إن كان مكان الاجتماع واسعا بأن كان فى سوق أو صحراء فإن التفرق يحصل بأن يولى أحدهما ظهره للآخر ويمشى ولو قليلا لما روى مسلم بسنده عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما إنه كان إذا اشترى شيئا قسام فمشى هنيهة ثم رجع^(٢) .

ولو ترك أحد المتبايعين مجلس العقد هاربا فإن تبعه الآخر بقى الخيار ماداما متقاربين كما لو قاما من المجلس وتماشيا معا ولو لمسافة طويلة فإن الخيار يبقى .

وإن بقى العاقد الآخر فى المجلس مع هروب صاحبه انتهى الخيار لوجود التفرق سواء تمكن الباقي منهما من اللحق بالهارب أولا على الصحيح^(٣) عند الشافعية .

وإذا أكره العاقدان أو أحدهما على ترك المجلس يبقى الخيار على المذهب عند الشافعية^(٤) والقاضى من الحنابلة لأن الإكراه يلقى الأثر المترتب على الفعل المكروه عليه ويعتبر التفرق كأنه لم يوجد .

-
- | | | |
|-----|---|-----------------------|
| (١) | المجموع ١٨٤/٩ | (٢) نيل الأوطار ١٨٥/٥ |
| (٣) | المجموع ١٩٥/٩ | |
| (٤) | المجموع ١٩٤/٩ ، ط . العاصمة ، والمغنى ٥٦٦/٣ . | |

وفى رأى للشافعية والحنابلة ان الخيار يسقط لوجود الغاية التى علق الشارع الخيار عليها وهى التفرق. غير أنه يجاب عن هذا بسان التفرق لم يوجد شرعا مع الإكراه إذ المكروه عليه بمنزلة المعسودوم والراجح الرأى الأول نظرا لأن المكروه لم يحصل منه مايدل على إسقاط الخيار.

(٢) التخاير :

كما ينتهى خيار المجلس بالتخاير عند جمهور القائلين به^(١) ومنهم الشافعى وهو الأصح عنده ورواية عن أحمد فإذا اختار المتبايعان لسزوم العقد لزم وانتهى الخيار وإذا اختار أحدهما ذلك انتهى الخيار ولسزم العقد فى جانبه وبقي الآخر على خياره.

والتخاير يحصل بما يدل عليه سواء كان الدال قولاً أو فعلاً.

وبعض الفقهاء كالخرقى - كما ذكره عنه ابن قدامة فى المغنى - يرى أن خيار المجلس - يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده وهو إحدى الروايتين عن أحمد.

الأدلة :

استدل الأولون على مذهبهم بقول النبى صلى الله عليه وسلم: " أو يقول أحدهما للآخر اختر "^(٢). فقد علق النبى صلى الله عليه وسلم بقاء الخيار على أحد أمرين:

الأول : التفرق للمتعاقدين بأبدانهما من مجلس العقد.

الثانى : قول أحدهما للآخر اختر.

وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما " فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع "^(٣) يعنى لسزم

(١) المجموع ١٩٠/٩ والمغنى ٥٦٧/٣٠ .

(٢) ابن ماجه ٧٣٦/٢ كتاب التجارات / باب الخيار، حديث رقم ٢١٨٤ ط. الحلى ، وفتح البارى بشرح البخارى للحافظ شهاب الدين بن الفضل العسقلانى المعروف بابن حجر ٢٣١/٥ ، كتاب البيوع / باب اذا لم يؤقت الخيار.

(٣) الحديث رقم ٢١٨١ ، من سنن ابن ماجه / ج ٢ ص ٧٣٥ وما بعدها .

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن هذا الخيار ينتهي بالتخاير لأنه يتفق ونص الحديث .

وعلى هذا: إذا اختار كل واحد من العاقلين لزوم العقد لسزم وانتهى الخيار وإذا حدث العكس بان اختار كل واحد منهما الرجوع عن العقد فسخ العقد وسقط الخيار .

وإذا اختار أحد العاقلين إمضاء العقد وسكت الآخر سقط خيار من
 أمضى العقد. وبقي الثاني على خياره

ومن الفقهاء^(١) من يرى أنه إذا اختار أحد العاقلين لزوم العقد وسكت الثاني فإن الخيار يسقط بالنسبة للعاقلين معا ويلزمهما العقد لأن الخيار لا يتبع وهذا محجوج بخيار الشرط فإنه يتبع .

وذهب بعض الفقهاء إلى عكس ذلك^(٢) فقالوا: إن الخيار في هذه الحالة يبقى في حق كل من العاقلين فيكون لهما إمضاء العقد أو فسخه لأن الشأن في الخيار أن يثبت بهما معا أو يسقط في حقهما معا وحق الساكت لم يسقط فلا يسقط حق صاحبه .

ومن الممكن أن يناقش هذا: بما سلف من أنه إذا شرط المتبايعان الخيار مدة معلومة مشروعة فأجاز أحدهما العقد قبل انتهاء المدة سسقط الخيار بالنسبة لمن أجاز وبقي الآخر على خياره فكذلك الحال هنا .

(٣) زوال الأهلية :

اتفقت كلمة الفقهاء من الشافعية والحنابلة على أنه إذا جن من ثبت له الخيار أو أغمى عليه في المجلس قام الولي مقامه في الخيار فيفسخ

(١) المجموع ١٩١/٩، والمغنى ٥٨٦/٣، وكشاف القناع ٦/٢، ومغنى المحتاج ٤٥٠، ٤٤/٢

(٢) المجموع ١٩١/٩، والمغنى ٥٨٦/٣

العقد أو يجيزه .

واختلفوا في موت أحد المتعاقدين في المجلس :

فقد اعتبره الحنابلة منهيًا لهذا الخيار ووجهتهم في ذلك: أن الخيار ينتهي بمفارقة الأبدان وبالموت تتحقق مفارقة الأبدان كما يشهد بذلك العرف .

وذهب الشافعية : إلى أن الموت لا يسقط خيار المجلس بل ينتقل به إلى الوارث فإن كان في مجلس العقد ثبت له الخيار إلى أن يتفرقا أو يتخيرا .

وان كان غائبا وبلغه الخبر كان له الخيار إلى أن يفارق مجلس الخبر وهذا بناء على رأيهم بجريان الإرث في خيار المجلس .

ما ينتهي به خيار المجلس في القانون :

خيار المجلس في القانون يمتد إلى انتهاء المجلس إذا كان العاقدان موجودين في مجلس العقد - أما إذا كانا متفرقين فالعقد ينعقد في ثلاثة أحوال :

(١) بالمراسلة .

(٢) بواسطة شخص معين .

(٣) بالهاتف أو بتلويح برنتير .

وانعقاد العقد بهذه الصور رأيناه في بداية هذا المبحث أما الآن فننظر كيف ينتهي هذا الخيار . فإنه ينتهي بأحد الأمور التالية :

- (١) استعمال حق الخيار: إذا استعمل من كان له حق الخيار حتى
فينتهى حق الخيار.
- (٢) بإلغاء الحق: إذا تراجع أو ألغى حق الخيار من كان له هذا
الحق فالخيار ينتهى أيضا.
- (٣) بانتهاء الوقت: إذا كان هناك وقت محدد لقبول الإيجاب وكان
الخيار فى وقت ما بين الإيجاب والقبول فالخيار ينتهى بمضى هذا الوقت
المحدد. وأما إذا لم يكن هناك وقت محدد فيمضى وقت معقول
وأما الوقت المعقول فينصرف فى طبيعة العقد والأحوال المتعلقة
بـه.
- (٤) وإذا كان الإيجاب مشروطا وكان على الجهة القابلة أن
تفى بهذا الشرط أو الشروط حسب الأحوال. ولم تف بما اشترط فالإيجاب
لم يبق قائما وخيار القبول ينتهى تبعا.
- (٥) بموت أحد المتعاقدين: وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الإيجاب
وقبل القبول وكان هناك خيار المجلس لأحدهما فالإيجاب ينتهى ويلغو الخيار.
وأما إذا حدث الموت بعد القبول وقبل تنفيذ العقد فأهل القانون يختلفون
فيه: فرأى يقول بانتهاء العقد ورأى يرى تنفيذه وإتمامه إلا إذا كان العقد
يحتاج لتنفيذه شخصا (١).

(١) Cheshire and Fifoot's Law of Contract By M.P.F.
Furmston P. 50 - 55,
Charlesworth's Mercantile Law, P. 14, 15.

المطلب الخامسأثر خيار المجلس

اتفق الذاهبون إلى القول بخيار المجلس على أن العقد مسموح هذا الخيار جائز^(١) لا يلزم أحدا من الطرفين ولكل واحد منهما فسخ العقد فسخا عاديا وإماؤه مادام في المجلس واختلفوا فيما وراء هذا: فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العقد مع خيار المجلس منعقد صحيح.

وذهب ابن حزم^(٢) إلى أن العقد لا يصح إلا بانتفاء الخيار من تفرق أو اختيار.

الأدلة:

استدل الشافعية وموافقهم بأن العقد متى استوفى أركانه وشروطه التي اعتبرها الشارع لصحته ولم يكن هناك مانع انعقد العقد.

واستدل ابن حزم بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر)^(٣)

غير أن هذا الحديث لا يؤيد ابن حزم في مدعاه لأن لفظ الحديث يفيد ثبوت الخيار للعاقدين إلى أن يتفرقا أو يختارا إما صحة العقد أو فسادها. ولم يتعرض لشيء مما ادعاه وهنا نرجع إلى الشارع لمعرفة صحة العقود وفسادها.

فإن كان العقد فاسدا لم يصححه اختيار العاقدين أو أحدهما.

والراجع مذهب الشافعية والحنابلة لقوة أدلته وسلامتها عمن

المعارض.

(١) الاقناع (للحنابلة) ٢٦٠/١، وشرح الاقناع (للشافعية) ٢٢٨/١.

(٢) المحلى ٣٥١/٨، مسألة ١٤١٧.

(٣) سبق تخريجه قريبا.

أثر خيار المجلس في القانون :

اتفق أهل القانون بأن العقد مع خيار المجلس جائز بمعنى أنه يجوز لكل واحد من الطرفين فسخ العقد أو إمضاؤه^(١)

فإذا اختار فسخ العقد فسخ العقد.

وإذا اختار إمضاه يصبح العقد في هذه الحال لازماً وهذه نقطة اتفاق يتفق فيها القانون مع رأي القائلين بخيار المجلس وبالذات في أثر خيار المجلس على ما سبق بيانه والله أعلم بالصواب .

1) Law of contract By M.P. Furmston P. 26 - 32. (١)
Mercantile Law, Charlesworths, P. 12 - 16

المبحث الثالث

خيار المروءة

المطلب الأول

فى

تعريف خيار المروءة ومشروعيتها

(١) المروءة البصرية فى اللغة :

تتعدى إلى مفعول واحد أما العلمية فتتعدى إلى مفعولين .
ورأى يرى رؤىة ورأة مثل راعة . ويقال رأى فى الفقه رأياً
وفى التعريفات للجرجاني : الرؤىة المشاهدة بالبصر حيث كان أى فى الدنيا
والآخرة (١) .

وخيار المروءة فى الاصطلاح :

حق يثبت للعاقدة بمقتضاه فسخ العقد أو إمضاؤه عند رؤىة محل العقد
المعين إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه فهو عبارة
عن شراء صفقة غائبة عن مجلس العقد على شىء معين على الرؤىة (٢) .

فإذا باع شخص شيئاً معيناً مشخماً كالدار المملوكة له فى جهة
ما أو السيارة الغائبة عن محل العقد مع بيان المبيع للمشتري بأوصافه من
غير أن يره ففى هذه الحال يقال إن المشتري اشترى شيئاً معيناً فيشبهت
للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤىة محل العقد فى أى وقت .

(١) المختار ص ١٨٠ وما بعدها والتعريفات

للجرجاني ص ٤٨ .

(٢) تبين الحقائق على متن الكنز للشيخ الإمام فخر الدين بن عثمان

الزيلعى ٢٤/٤ وما بعدها ط . مكتبة امدادية ملتان ، باكستان .

والمراد بالرؤية عند الفقهاء :

ما هو أعم من خصوص المشاهدة بالبصر وهو العلم بالمقصود من المعقود بالحس سواء أكان بالبصر أم بغيره كالشم في المشهومات كالروائح والذوق في المذوقات كالأطعمة والجس في الأشياء التي لا تعرف إلا بالحس كما في بعض أنواع الأقمشة .

وعلى هذا تتحقق الرؤية من الأعمى بماعدا الإبصار وفيما يبصر يوصف له وصفا كافيا أو يوكل من يشق فيه ليراه نيابة عنه .

والعبرة في الرؤية :

الأجزاء

كالقمح والقطن أو آحاده كالبيض فيكتفى برؤية بعضه *

بما يتحقق معه المقصود فإذا كان الشيء تتساوى أجزاؤه / أو *

الوحدات وإن كان غير ذلك فلا بد من رؤية الكل كالتبنة والدواب

فإذا اشترى دارا لا يكفي في رؤيتها رؤية بعض حجراتها وإذا اشترى قطيع غنم فلا يكفي أن يرى منه واحدا أو أكثر (١) .

مشروعية خيار الرؤية :

لما كان سبب هذا الخيار هو عدم رؤية المعقود عليه عند التعاقد

أو قبله فلا يشترط له إذا رآه حين العقد، وكذلك لو رآه قبله ولم تمض مدة يحتمل فيها التغيير لأن (٢) . العقد لو لزم بالرضا قبل الرؤية لسزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص فما يؤدي إلى إبطاله كان باطلا .

فيكون موضوع هذا الخيار هو التعاقد على شيء غائب يراه في

المستقبل أو رآه قبل ذلك بمدة يحتمل فيها التغيير فهذا يقال له

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٤٩٥ وما بعدها للأستاذ محمد مصطفى شلبي

(٢) أنظر الجزء الثاني ص ١٥٧، من كتاب الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام تأليف القاضي محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو

بيع الغائب وهو محل خلاف بين الفقهاء ولذلك أتعرض بالذكر لأرائهم فأقول وباللّه التوفيق :

اتفقت كلمة الفقهاء على أن المعقود عليه إذا كان مرثيا حال العقد أو قبله بمدة الشأن فيها عدم التغير كان العقد صحيحا .

كما اتفقوا على أن المعقود عليه الغائب الذى لم يبين جنسه ولا نوعه لا يصح العقد عليه لأنه فى تلك الحال تتمكن فيه الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع بين المتعاقدين .

واختلفت كلمتهم بعد هذا فيما بين جنسه ونوعه دون بيان أوصافه : فذهب الحنفية (١) والشافعية فى القديم إلى صحة العقد عليه ويرى صاحب المبسوط أنه لابد من الإشارة إليه أو إلى مكانه الذى هو فيه حتى أنه لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يصح بالاجماع .

ـ ويرى الشافعى فى مذهبه الجديد أن العقد عليه يكون باطلا .

ـ وذهب الحنابلة (٢) ومحمد بن سيرين وأيوب والعنبرى وإسحاق وغيرهم إلى بطلان العقد إلا إذا وصف المقود عليه بصفات المسلم فيسمه المعتبرة فى صحته .

ـ أما المالكية (٣) : فإنهم يذهبون إلى صحة العقد إن اشترط العاقد الخيار له عند الرؤية .

فإن لم يشترط ذلك فلا يصح العقد إلا إذا وصف المعقود عليه بما يجليه ويوضحه وقد اشترطوا لذلك :

(١) فتح القدير ٥/٥٣٠، والزيلعى ٤/٢٤، والمجموع ٩/٢٨٨ .

(٢) كشف القناع ٣/١٦٣، والمغنى ٣/٥٨٢، مكتبة الرياض الحديثة

(٣) شرح الخرشي ٥/٣٤ دار صادر بيروت وبلغفة السالك على أقرب المسالك ٢/٦ .

- أن يكون المعقود عليه مما تشق رؤيته : إما لبعده أو لكونه متاعا كثيرا مشدودا في أعمداله وأحماله أو كان في رؤيته فساد.

الأدلة :

استدل الحنفية ومن معهم على ما ذهبوا إليه من صحة العقد على ما بين جنسه ونوعه دون أوصافه بالسنة والاجماع :

أما السنة :

فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (من اشترى مالم يره فله الخيار إذا رآه) (١).

فقد قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بأن للمشتري حق الرد عند رؤية المبيع الفائب، والرد فرع صحة البيع .

والحديث لم يقيد غير المرئى باشتراط بيان وصف أو غيره فدل على أن بيع غير المرئى صحيح وإن لم يبين وصفه .

ويناقش هذا الدليل : أن الحديث قد طعن في طريقه نقدة الحديث بما لا تقوم معه حجة كما يقول صاحب نصب الرأية (٢) . والدارقطني (٣) في سننه .

وأما الإجماع :

فما روى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة فقليل لطلحة إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأنني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان : إنك غبنت فقال: لي الخيار لأنني بعث مالم أره فحكما جبر بين مطعم فقضى بأن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان، وكان ذلك بمحض من الصحابة

(١) انظر: سنن الدارقطني: البيوع ٤/٣، حديث رقم ٨ (نشر السنة ملتزمان ، باكستان) وأنظر أيضا نصب الرأية ٩/٤ .

(٢) أنظر نصب الرأية إلى تخريج أحاديث الهداية ٩/٤ لمحمد بن يوسف ابن عبد الله الزيلعي .

(٣) سنن الدارقطني : البيوع ٤/٣ .

ولم ينكر على هذا الغضاء أحد فكان إجماعاً على جواز بيع الغائب وهو على إطلاقه يتناول ما إذا ^{بين} وصفه أو لم يبين .

واستدل الشافعي على ما رآه في مذهبه الجديد من أن العقد يكون باطلا :

أولاً : بما روى عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(لاتبع مالميس عندك) (١) .

والثاني ليس عند الانسان يتناول شيئين :

(١) مالميس بمملوك .

(٢) وما ليس بحاضر وإن كان مملوكا .

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه على جهة الإطلاق
فيكون فاسدا سواء وصف أو لم يوصف .

ويناقش هذا الاستدلال بأن كلمة عند تستعمل - كما قال الرضا -
في الحاضر القريب وما كان في ملك الإنسان وحوزته وإن كان بعيدا (٢) والمراد
بكلمة عند في الحديث هو المعنى الثاني لا الأول .

وعلى هذا، يكون المنهى عنه بيع ما كان غائبا خارجا عن الملك
أو داخلا فيه خارجا عن حوزة الانسان كالبيعير الذي شرد من صاحبه .

أما الغائب المملوك الذي في الحوزة فلا يكون منهيّا عنه كالأرض
التي باعها عثمان بن عفان رضي الله عنه لطلحة بن عبد الله بالبصرة .

ويؤيد هذا سبب ورود الحديث وهو ما روى ان حكيم بن حزام قال :
يارسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأشترئها فأسلمها إليه
فقال صلى الله عليه وسلم " لاتبع مالميس عندك "

(١) نيل الأوطار للشوكاني ١٥٥/٥

(٢) المرجع السابق .

كما يدل عليه أيضا إجماع الصحابة على صحة بيع الغائب وهو ما عرفناه سابقا من قصة بيع عثمان رضي الله عنه^{أرضه} من طلحة بن عبد الله رضي الله عنه وهي في ملكه ومحوزة له أيضا.

كما يؤيد^(١) هذا أيضا أن الشافعية أنفسهم يقولون بجواز بيع الغائب إذا رآه المشتري قبل البيع ولم تضيء مدة يتغير فيها عادة.

فلو كان المراد من الحديث مالم يحضر لما صح البيع في هذه الصورة لأن المبيع فيها ليس بحاضر.

واستدلوا ثانيا : بما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه أبو هريرة رضي الله عنه من (النهي عن بيع الغرر)^(٢).

وبيع الغائب مهما وصف لا يخلو من الغرر.

ويناقش هذا الدليل :

أن الغرر هو ما انطوى على واجده أمره وخفى عليه شأنه وليس كل غرر مؤد إلى فساد البيع بل الغرر الكثير والمتوسط هو الذي يقتضي رد المبيع أما اليسير فلا يقتضي ذلك ألا ترى أن من اشترى جبة^(٣) وهو مجهل حشوها صح عقده ولا يصح ردها لأن مثل هذا جهالة يسيرة لا تمنع من التسليم والتسلم - إذن فالمبيع بعد بيان جنسه ينتفى الغرر فيه.

واستدل الحنابلة ومن معهم على ما ذهبوا إليه :

من القول بطلان العقد إلا إذا وصف المعقود عليه بصفات المسلم فيه :

(١) خيارات البيع للأستاذ الغفاري ص ١٧ .

(٢) صحيح مسلم " كتاب البيوع " ج ١٠، ص ١٥٦، ط. دار الفكر
وسنن الترمذي ج ٤/ص ٤٢٤، أبواب البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، حديث رقم ١٢٤٨، ط. دار الفكر

(٣) المجموع ٢٨٨/٩

أولاً : بالظن عن الغرر، لأن بيع الغائب إذا ذكر جنسه ونوعه ولم يوصف بما يجليه ويوضحه يكون بيعاً فيه غرر - وفيه أيضاً مضرة تلحق بالمشتري فيكون منهياً عنه والمنهى عنه فاسد.

وثانياً : بقياس غير المرئى على السلم فإن المعقود عليه في كل منهما غير مرئى.

وإذا كان يشترط في صحة السلم بيان الأوصاف التي تجلى المسلم فيه وتوضحه فكذا يشترط في بيع غير المرئى (١).

ويناقش هذا الدليل :

بأن عقد السلم قد أثبتته الشارع على خلاف الأصل وما جاء على خلاف الأصل لا يصح القياس عليه . وفضلاً عن ذلك فهو قياس غير معتبر لقيام الإجماع على بيع الغائب ولو لم يوصف كما تدل عليه قصة عثمان وطلحة (رضى الله عنهما) على ما تقدم إيضاحه في أدلة الحنفية .

واستدل المالكية على ما ذهبوا إليه من القول بصحة العقد

ان اشترط العاقد الخيار له عند السروية :

بأن العلم بالمعقود عليه شرط في صحة العقد عليه اتفاقاً (٢).

ومما سبق بيانه من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم

فإن ما يترجح لدى في هذا المقام القول القائل بصحة العقد على الغائب

(١) كشف القناع ج ١٥٨/٣ ، ١٦٣ ، والمغنى ٥٨٢/٣ ،
والمحلى ج ٨/ ص ٣٤٢ - ٣٤٣ مسألة ١٤١٣ ، ط . دار الآفاق الجديدة
بيروت .

(٢) انظر الخرشي ٣٤/٥ .

إحدى إذا انتقلت جهات البيع
ذاته ببيان جنسه ونوعه مع الإشارة إليه أو إلى مكانه كما يرى صاحب
المبسوط .

خيار الرؤية في القانون :

إن المتأمل في القانون العام يجد بأن القانون أيضا يعترف بخيار
الرؤية ويحدث هذا كثيرا في البيع بالصفة وبيع أشياء غير مشخصة

Unascertained Goods والبيع بالنموذج **Sale By Sample**

ففي البيع بالصفة إذا لم تكن السلعة المباعة على الصفة
الموصوفة بها فللمشتري الخيار في أن يردّها إلى البائع عند الرؤية وهذا
هو خيار الرؤية في القانون.

وأما إذا لم يرد المشتري السلعة بعد الرؤية فالبيع يصبح في
هذه الحال لازما ومن ثم يسقط خيار المشتري في الرد^(٢) وهذا الأمر يتفق
تمام الاتفاق مع رأى فقهاء الاسلام.

أما الأشياء الغير المشخصة والمستقبلة^(٣) فيطبق القانون عليها
ما يطبقه بشأن البيع بالصفة ،

وقد سبق أن بينا ذلك وعلى سبيل المقارنة فإن القانون فسمى
موضوع البيع بالصفة يتفق مع ما قال به فقهاء الإسلام غير أن هذا الخيار
يسمى عند الفقهاء بخيار فوات الوصف ، وهو ردّ السلعة إذا لم تكن على
الصفة السابق وصفها بها.

وأما البيع بالنموذج **Sale by Sample** كأن يقوم البائع
بتقديم نموذج لبعض أشياء كثيرة يبيعها لآخر على اعتبار أن رؤية البعض هي
رؤية لكل^(٤).

(١) The Sale of Goods Act 1930, Section 53.

(٢) The Sale of Goods Act 1930, Section 24.

(٣) وهي الأشياء التي توصف بصفات محددة وتصنع في الوقت المستقبلي.

(٤) نفس المراجع السابقة .

المطلب الثاني

فمى

شرائط شمول الخيار ولمن يشترط هذا الخيار

(١) إن خيار الرؤية يشترط للمشتري إذا اشترى شيئاً غائباً يظنه خيراً مما وصف له (١). فإذا وجدته على خلاف ذلك ثبت له حق الخيار، وهو يشترط من غير اشتراط فى العقد لأنه حق أثبتته الشارع سواء شرط بالعقد أو لم يشترط غير أن هذا الخيار لا يثبت لمن شرط له الخيار إلا إذا توافرت فيسسه الأمور الآتية :

(١) أن يكون محل العقد معيناً بالتعيين كالدار فى جهة كذا أما إذا كان معيناً بالوصف، فإنه لا يثبت خيار الرؤية بل يثبت خيار فوات الوصف لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه لزم العقد وإلا فلا عقد لعدم وجود محله .

والفرق بين خيار الرؤية وخيار فوات الوصف هو محل العقد حيث يكون خيار الرؤية إذا وجد المعقود عليه، لكن فى خيار فوات الوصف فسان وجدت الأوصاف التى بيع عليها فلا خيار لأنه ليس هناك موجب له أما إذا فوات وصف فله الخيار، وفواته يكون بفقده، وفى هذه الحالة يكون المعقود عليه كأنه لم يوجد.

(٢) أن يكون العقد مما يقبل الفسخ حتى يمكن فسخه فإن كان غير قابل للفسخ كعقد الزواج والخلع والصلح عن دم العمد فإنه لا يعتبر معه شمول الخيار فلا العقد يفسخ ولا المال - من المهر وبدل الصلح - يرد لأن شمول الخيار والحالة هذه يصير العقد منحللاً وهذا لا يتناسب مع هذه العقود لأن الأمل فيها اللزوم .

(٣) أن لا يكون من له الخيار من العاقدين قد رأى محل العقد عند التعاقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه . كما تقدم - فإن كان قد رآه فى

(١) الهداية ٣٢/٣ والزيلعى ٢٥/٤

الحالتين لا يثبت له خيار لانعدام سببه وهو عدم الرؤية لأن المشتري قد رأى المعقود عليه قبل العقد أو حين العقد فلا معنى لخيار الرؤية في المستقبل لأنه اشتراه على المعاينة^(١).

ويشترط القانون للبيع بالنموذج بعض الشروط وهي^(٢):

- (١) بأن الكل يمثل مع النموذج في المعيار.
- (٢) يعطى للمشتري فرصة معقولة حتى يقارن الكل مع النموذج
- (٣) وبأن الأشياء لا يكون بها أى عيب مما يجعلها غير صالحة للبيع وهذا العيب لا يظهر فى الاختبار المعقوسول للنموذج .

(٢) لمن يثبت هذا الخيار :

الرؤية أنه يثبت للمشتري فى
لانزاع بين القائلين بشرعية خيار/ عقد الشراء مثلا لأن المشتري لا
علم له بالمبيع فلذلك كان له حق الخيار.

واختلفوا فى ثبوته للمالك الذى ملك غيره مالم يره كالبائع إذا
باع شيئا من غير رؤيته ومثال ذلك :

ما إذا ورث شخص مالا عن قريب له وقبل رؤيته لهذا المال بعه
لغيره فإنه يصدق عليه فى هذه الحالة أنه باع مالم يره.

فبعض الحنفية^(٣) يقولون بثبوته كما يثبت للمشتري لأن العلة
فى ثبوت هذا الخيار دفع الضرر والبائع هنا محتاج إليه كالمشتري ليدفع
عن نفسه الضرر فيما إذا لحقه غبن من هذا العقد.

(١) أنظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى (للأستاذ محمد مصطفى
شلبى، ص ٤٩٥ .

(٢) Sale of Goods Act, 1930, Section 17. (2)

(٣) الهداية ٣/٣٣ ، الناشر ، المكتبة الإسلامية (3)

- ويذهب الجمهور من الحنفية إلى عدم ثبوته لأن دليل شرعيته
وهو قصة عثمان وطلحة (رضى الله عنهما) ثبت فيها الخيار للمشتري دون
البائع.

وكذلك الحديث على فرض صحته - صريح فى ثبوته للمشتري فقط .
وإذا كان الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس والقاعدة فى
العقود - من أن الأصل فيها اللزوم - فيقتصر على ما ورد فيه النص^(١).
فالمراجع القول بثبوت خيار الرؤية للمشتري .

(١) المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى محمد ومصطفى شلى، ص ٤٩٥
وما بعدها.

المطلب الثالثفصلالعقود التي يثبت فيها خيار الرؤية

يثبت خيار الرؤية في كل عين ملكة يعقد يفسخ بالرد^(١) كالإجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما أشبه ذلك .

ومن هذا الضابط يتبين أنه لا يثبت في المسلم فيه ولا في الأشمسان الخالصة نظرا لثبوت كل في الذمة ولا في بدل الخلع والمهر والصلح عن القصاص لعدم قبولها للفسخ^(٢) .

أمّا شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تكون ديناً في الذمة فذلك ما يثبت فيه خيار الرؤية إذا لم تكن مرثية وقت الشراء .

وكذلك استئجار الأعيان : فإذا استأجر شخص عينا ولم يرها ثبت له حق فسخ الإجارة أو تنفيذها عند رؤية العين .

وكذلك القسمة : وهي كما عرفها ابن عرفة^(٣) تعيين نصيب كل شريك في مشاع بين الشركاء .

وكذلك الصلح : وهو كما عرفه ابن عرفة " انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه .

فالصلح عن مال على شيء معين وهو الذي يثبت فيه خيار الرؤية كما لو ادعى شخص على آخر بأن له عنده ألفاً من المال فصالحه عنه فأقر به المدعى عليه ثم ادعى المدعى عليه بأنه صالحه على إعطائه السدار الواقعة غرب البلدة مثلاً وهذه الدار معينة فللمصالح الخيار عند رؤية الدار بين القبول وبين الرد وإنما ثبت له الخيار لأن الصلح في هذه الحالة عقد مبادلة فيكون في معنى البيع .

- (١) الفتاوى الهندية ٥٨/٣
- (٢) فتح القدير ٥٣٢/٥ ، والبحر الرائق ٢٨/٦
- (٣) الشرح الصغير ٢٣٧/٢ وما بعدها ط. الحلبي
- (٤) الشرح الصغير ١٤٦/٢ وما بعدها ط. الحلبي وأولاده بمصر

المطلب الرابعهل لخيار الرؤية وقت محدد ينتهى بانتهاكه

اتفقت كلمة الفقهاء القائلين بخيار الرؤية على أن من له هذا الخيار كالمشتري ومن فى حكمه يثبت له الخيار عند رؤية المعقود عليه فإذا رآه واطلع عليه كان مخيراً بين الفسخ والامضاء وليس له بعد ذلك حق لأن الشارع جلت حكمته أثبت له هذا الحق دفعا لما عسى أن يلحقه من الضرر، والضرر يتبين برؤية المعقود عليه غير أنهم اختلفوا فى الوقت الذى ينتهى فيه هذا الخيار.

فراى علماء الحنفية - عدا الكرخى :

أن الخيار لا ينتهى إلا إذا وجد الرضا من المشتري ومن فى حكمه بعد الرؤية صراحة : كقوله رضيت وأجزت العقد وأمضيته .

أو دلالة : بأن يتصرف فى المعقود عليه تصرفا يدل على الرضا كما لو قبضه وانتفع به - إذ القبض وحده لا يكفى - أو باعه أو أجره أو رهنه ونحو ذلك من التصرفات التى تدل على إرادة استبقائه واختيار الامضاء كإعارته أو هبته .

فإذا لم يظهر شيء مما تقدم بقى من له الخيار على خياره ولو ظل كذلك طول العمر (١) .

- وللشافعية وجهان : بناء على مذهبهم القديم (٢) .

الأول : وهو الأصح : أن الخيار يمتد مادام مجلس الرؤية - فإذا انتهى المجلس ولم يحصل فيه رد سقط الخيار وصار العقد لازما .

(١) البدائع للكاسانى ٢٩٥/٥ والزيلعى ٢٥/٤

(٢) المجموع للنووى ٢٨٩/٩ .

والثاني : ان الخيار يثبت فور رؤية المعقود عليه مع تمكن من له الخيار من الفسخ فإذا مضى وقت بعد الرؤية يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ولم يفسخ سقط حقه في الخيار وأصبح العقد لازماً وهذا ما رآه الكرخي من الحنفية .

الأدلة :

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من القول بأن الخيار لا ينتهي إلا إذا وجد الرضا من المشتري ومن في حكمه بالسنة والمعقول .

أمّا السنة : فيقول النبي صلى الله عليه وسلم (من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه) (١) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للمشتري الحق في إمضاء العقد أو رده عند رؤية المبيع مطلقاً لأنه عند عدم رؤية المعقود عليه يلحقه الضرر .

وأمّا المعقول : فإن المشتري لما وقع منه الشراء للمبيع دون أن يراه كان له حق الخيار لأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق (٢) . فلذا كان له حق الخيار مادام لم يصرح بالقول أو بالفعل فإذا وجد منه الرضا صراحة أو دلالة سقط الخيار والإفلا .

واستدل الشافعية للوجه الأول القائل بامتداد الخيار إلى آخر مجلس الرؤية :

بأن العقد على الغائب إنما يتم بالرؤية فيصير كأن العقد أنشئ عندها فيثبت له خيار كخيار المجلس . واستدلوا للوجه الثاني القائل بثبوت الخيار على الفور : بأن سبب ثبوت خيار الرؤية هو الجهل بأوصاف المعقود عليه والجهل يزول بالرؤية فيملك الفسخ عندها فإذا تمكن من الفسخ عند الرؤية ولم يفسخ كان هذا رضاء منه بالعقد فيلزم .

(١) نصب الراية ٩/٤

(٢) الهداية ٣٣/٢ .

ويناقش هذا : بأن الضرورة التي ثبت لأجلها خيار الرؤية ،
بمجرد التمكن من الفسخ بل لا بد من فترة يتمكن فيها من التروى والنظر .
والمعهود فى الشرع أن المجلس مدة صالحة للتروى فيجب جعله
مدة للخيار ينتهى بانتهائه .

كما أن فى امتداد الخيار لآخر العمر - كما قال الحنفية -
إضرار بالعاقدة الآخر صاحب السلعة وهو المملك لاحتمال أن يظل مسن له
الخيار ساكتا فيقع المملك فى حيرة من أمر العقد أيتم أم لا وهذا ضرر
بيّن (١) .

ومن كل ما تقدم لا نملك إلا أن نرجح مذهب الشافعي - فى الوجه
الأول - لأن جعل الخيار فور الرؤية كما هو - فى الوجه الثانى - له - فيه
إضرار بحق من له الخيار وتضييق عليه لعدم تمكنه من التروى كما أن قول
الحنفية بالإمتداد فيه من الضرر مالا يخفى حيث إن الثمن الذى قبضه البائع
إنما يحل انتفاعه به إذا مضت عقدة البيع فما دامت عقدة البيع لم تمض
لأن زمن الخيار لم ينته ، وإذا لم ينته زمن الخيار ظل المبيع معلقا
ومادام المبيع معلقا فالثمن لازال باقيا على ملك المشتري والبائع غير
مستطيع التصرف فيه والانتفاع به لأن الثمن فى هذه الحالة مردد بيمن
السلفية والشمسية وفى هذا من الضرر مالا يخفى .

(١) خيارات البيع للأستاذ الغفارى ص ٢٥ .

المطلب الخامسأثر خيار الرؤية في العقد

لخيار الرؤية أثر في صفة العقد وفي حكمه أما أثره في صفة العقد :

فإنه يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار إلا أن عدم اللزوم هل يكون من وقت إنشاء العقد أو يثبت عند الرؤية فقط وقبلها يكون العقد لازماً فلا يكون له حينئذ حق الإمضاء والفسخ؟

اختلفت كلمة الحنفية في ذلك على رأيين :

الأول : أن العقد ينشأ غير لازم إلا أنه للمتملك حق الإمضاء والفسخ بعد الرؤية. أما مثل الرؤية فليس له إلا حق الفسخ فقط دون الإمضاء وهذا رأي للشافعي

الثاني : أن العقد ينشأ لازماً فلا يملك من له الخيار الفسخ ولا الإمضاء قبل الرؤية وإنما يكون له ذلك بعدها.

الأدلية :

استدل أصحاب الرأي الأول بأن الرضا في العقد على غير المرئى ليس تاماً لنقصان العلم بالمبيع وتتمام الرضا شرط في لزوم العقد فكان له الفسخ لعدم لزوم العقد وإنما لم يملك الإمضاء لأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر رضاه قبل الرؤية.

واستدل أصحاب الرأي الثاني :

بأن الأصل في العقد اللزوم بدليل قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)^(١) والشارع علق القدرة على الفسخ والإمضاء بالرؤية فقبل الرؤية يبقى العقد على أصله (وهو اللزوم) إلى أن توجد

(١) سورة المائدة الآية ١٠

الرؤية فيرتفع اللزوم^(١).

والراجح الرأي الثانى القائل بلزوم العقد قبل الرؤية تمسكا بالأصل فى العقد إلى أن يوجد ما يوجب العدول عنه وهو ثبوت الخيار وذلك لا يكون إلا عند الرؤية.

أما ما قاله أصحاب رأى الأول من نقصان الرضا فإن هذا النقصان يعلم عند الرؤية فقط لأن بهائيتين ما إذا كان المعقود عليه موافقا لرغبة الممتلك أو غير موافق لها فإن رأى أنه موافق استمر رضاه بالعقد وإن رأى العكس زال رضاه فيثبت له حق الفسخ.

هذا عن أثر خيار الرؤية فى صفة العقد.

وأما عن أثر خيار الرؤية فى حكم العقد :

فإن الحنفية والشافعية قالوا أنه لا يمنع انتقال الملك .

واستدلوا على ذلك : بأن السبب فى نقل الملك قد وجد وهو العقد فيترتب عليه حكمه حيث لا مانع منه غير أن الحنفية، قالوا : إن الملك معه غير نام على معنى أن زوال الملك لا يتوقف على رضا العاقد الآخر ولا على القضاء لاحتمال زوال الرضا عند الرؤية فيجعل الملك غير تام ليتمكن من إزالة الضرر الذى يحتمل أن يلحقه من جراء هذا العقد بعكس خيار العيب فلا بد للفسخ من موافقة العاقد الآخر أو حكم القاضى^(٢).

ويرى المالكية : أن الملك لا ينتقل :

واستدلوا على ذلك بأن احتمال الفسخ قائم فالعقد غير مستقر والملك إنما يترتب على العقد المستقر^(٣). ومعنى عدم الاستقرار أن بيع

(١) فتح القدير ٥/٥٣١، ٥٣٢، والمجموع المنوى ٩/٢٩٣ .

(٢) البدائع ٥/٢٨١، والشرح الكبير ٤/٩١

(٣) الخرشي ٥/٣٤ .

الخيار منحل والمبيع لازال على ضمان البائع فلذلك قال المالكية إنه لم ينقل الملك .

ويمكن أن يناقش دليل المالكية : بأنه لادخل لاستقرار العقد في ترتب الحكم بل أثره لا يظهر إلا في إمكان رفع العقد وفسخه فإن بيع المعيب وعقد العارية المطلقة عن الوقت غير مستقرين لإمكان فسخهما ومع ذلك يترتب عليهما الحكم .

والراجع في نظري . والله أعلم ، ما قال به المالكية من عدم انتقال الملك لأن احتمال الفسخ قائم وبذلك يكون العقد غير مستقر والملك إنما يترتب على العقد المستقر لوجهة ما استدلووا به ووضحه

المبحث الرابع

فى

خيار العيب

المطلب الأول : فى تعريفه ومشروعيته

(١) تعريفه :

العيب معناه فى اللغة : الوصفة كالمعاب والمعابة يقال عاب يعيب من باب سار فهو عائب وعابه صاحبه فهو معيب، واستعمل العيب اسما وجمع على عيوب^(١) والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد نقصا.

اصطلاحا :

وهو عند الفقهاء :

النقص الذى جرت العادة بالسلامة منه^(٢) مما يوجب نقصانا فى القيمة عند أهل الخبرة كالمرض فى الدابة والسوس فى الغلة أو اشترى الأمة على أنها بكر فإذا هى شيب أو اشتراها على أنها خياطة فوجدها بخلاف ذلك أو كان العيب مؤديا لنقصان فى العين وهذا النقصان يؤدى إلى تفويت غرض صحيح وإن لم تنقص به القيمة كالقطع يكون فى أذن الشاة المشتراه للضحية.

أو كان العيب فى التصرف^(٣) كالعسر فى العبد، والأعر هو :

(١) المصباح المنير ٢/٦٠١، مادة عيب . المطبعة الأميرية، القاهرة .

(٢) الاقناع للخطيب الشربيني ١/٢٦٢، ٢٦٣ والشرح المغير للدردير ومعه بلغلة السالك للضاوى ٢/٥٣، ذو الحلبى وأولاده بمصر .

(٣) شرح منتهى الارادات ٢/١٧٥، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى مطبعة انصار السنة المحمدية، باكستان

" الذى لا يعمل بيده اليمنى عملها المعتاد" (١)

أو يخشى منه فى العقابة كجزام أحد الأبوين .

ومعنى خيار العيب فى نظرهم : أن يكون المشتري بخير النظرين من

امضاء العقد أو رده متى ظهر له عيب فى محل العقد .

فسبب هذا الخيار هو العيب (٢) .

(٢) مشروعيته :

اتفقت كلمة الفقهاء على ثبوت خيار العيب للمشتري ودليل ثبوت

هذا الحق المنقول والمعقول .

أما المنقول :

فما رواه أبو داود بسنده عن عائشة رضى الله عنها (أن رجلاً

ابشاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقسم ثم وجد به عيباً فخاصمه

الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فردّه عليه فقال الرجل يا رسول الله

قد استغل غلامى فقال الرسول صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمن" (٣)

والمراد بالخراج (٤) ما حصل عليه المشتري من غلة الغلام وأجرته

فغلة المبيع للمشتري لان " من له الغنم فعليه القرم" (٥)

(١) البهوتى مطبعة انصار السنة المحمدية، باكستان

(٢) حاشية العلامة الشيخ سليمان الجيرمى على شرح منہج الطلاب ٢/٢٤٤ .

(٣) نيل الأوطار ٥/٢١٣، وأبو داود فى البيوع حديث رقم ٣٥٠٨ (باب
فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً) والترمذى فى البيوع
٥٠٧/٤، حديث رقم ١٣٠٣، باب فيمن اشترى العبد ويستعمله ثم يجد
به عيباً، والتاج الجامع للأصول ٢/٢٠٤، كتاب البيوع والزروع
والوقف / كتاب الشروط والخيار فى البيع .

(٤) المطلع على أبواب المقنع للإمام أبى عبد الله شمس الدين محمد بن
أبى الفتح البجلي الحنبلى، ص ٢٣٧ .

(٥) نيل الأوطار ٥/٢٣٥، (كتاب الرهن) .

وانما فاز المشتري بالغلة في مقابلة ضمانه للغلام لأنه تكون عليه

تبعة هلاكه .

وجه الدلالة من حديث عائشة صديقة رضى الله عنها :

وقد دلّ الحديث على شيئين :

الأول : ردّ الغلام على البائع بسبب العيب .

الثاني : عدم القضاء على المشتري برّد الغلة أخذاً من قوله صلى الله عليه

وسلم (الخراج بالضمن) .

وأما المعقول :

فلان سلامة المعقود عليه أمر يهدف إليه التعاقد عادة في عقد البيع

وغيره من عقود المعاوضات لأن البائع له على الشراء لايتحقق إلا بخلوه من كل

العيوب فعند فوات وصف السلامة (١) يتخير المشتري .

أما اقتضاء العقد لوصف السلامة فلما رواه ابن ماجة والترمذى عن

العداء بن خالد بن هوذة قال: (كتب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابا

هذا ما اشتراه العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه

وسلم اشترى منه عبداً أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة (٢) بيع المسلم

المسلم (٣) .

(١) الميسوط ٣٩/١٣ ، دار المعرفة بيروت .

(٢) الداء فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة : المرض في الجوف والكبد

والرئة فالمرض ما يكون في سائر البدن ، والداء في الجوف والكبد

والرئة وفيما روى عن أبى يوسف أنه قال : الداء المرض ، والغائلة :

ما تكون من قبيل الأفعال كالأباق والسرقة - والخبثة : هي الإستحقاق

وقيل : هي الجنون . أنظر في ذلك الهداية شرح بداية المبتدى ٣٨/٣ ،

وشرح فتح القدير ٣/٦ ، طه دار احياء التراث العربى ، بيروت . وجاء

في المجموع : الغائلة : الزنا والسرقة والاباق والخبثة : ما كان

من غير طيب الكسب ، المجموع ١٠٨/١٢ طه الامام

(٣) سنن الترمذى ٤٠٧/٤ ، أبواب البيوع / باب ما جاء في كتاب الشروط

حديث رقم ١٢٣٤ .

فقله عليه الصلاة والسلام: بيع المسلم المسلم بعد أن نفى العيب
عن المبيع دليل على أن الشأن في بيوع المسلمين أن تخلو من العيوب في
المعقود عليه.

ولما كانت العيوب متفاوتة منها القليل ومنها المتوسط ومنها المغيث
للمقصود كان من المناسب أن نتكلم على العيب الموجب للخيار.

خيار العيب في القانون :

ذكرت سابقا بأن القانون في بداية الأمر ما كان يجيز خيار العيب
للمشتري وكان يقول بقاعدة شهيرة **Caveat Emptor** بمعنى أنه يجب على
المشتري أن يعرف بنفسه أحوال السلعة المباعة. ولم يكن مسئولا عن أى عيب
موجود في المبيع، فإذا تم البيع ووقف المشتري على عيب بالمبيع فإنه لا يكون
له حق الرد على البائع، فكانت المسؤولية تقع على المشتري وحده بإعتبار
أنه قصر في نفسه ولم يتعرف تمام المعرفة على السلعة المباعة.

إلا أن القانون تطور من تلك الحال إلى حال أخرى استهدف فيها مصلحة
المشتري حيث اعترف مؤخرا بخيار العيب، فأصبح للمشتري أن يرد المبيع
بخيار العيب إذا تبين له أى عيب بهذا المبيع^(١). والله أعلم بالصواب.
وهناك أمر آخر في القانون وهو خيار فسخ العقد إذا حدث الغش
والخداع **Fraud** (٢).

فإذا حدث الغش في أى عقد من العقود فللطرف الذى أصابه الغش
الحق في أن يفسخ العقد وهناك عناصر لابد من توفرها في أى غش أو خداع وهي:

- (١) أن يقع من الطرف الغاش خدعة مادية تجاه الطرف الآخر.
- (٢) أن تعلم الجهة المخادعة بأنها خدعت الطرف الآخر أو أنها على الأقل
لم تبذل من ناحيتها الحيطة اللازمة.
- (٣) أن يلحق بالطرف الذى وقعت عليه الخدعة خسارة أو نقصان حقيقى
نتيجة لما فعله به الطرف الخادع^(٣)

1) Legal Maxims By: Broom.

2) The Contract Act. 1872, Section 17

3) Contracts By: Sanjiva Row, V. 2, P 1148.

المطلب الثانىالعيوب الموجبة للخيار

اتفقت كلمة الفقهاء على أن ظهور العيب سبب لثبوت الخيار للمتملك وأن العيب الذى يثبت به الخيار لا بد أن يكون مؤثرا فى الرضا (١). واختلغت كلمتهم فى تحديد العيب الموجب للخيار على الوجه الآتى:

- ذهب الحنفية إلى أنه ما يوجب نقصاناً فى القيمة عند التجار وأهل الخبرة نقصاناً فاحشاً أو يسيراً (٢).

قال صاحب البدائع عند تفسير العيب الموجب للخيار (فكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا) (٣).

- وذهب الشافعية إلى أنه ما ينقص القيمة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا غلب فى جنس المبيع عدمه (٤).

وتقييد الشافعية لضابط العيب بما يفوت به غرض صحيح خرج به مالا ينقص شيئاً كقطع اصبع زائدة (٥) فإن هذا عيب لا ينقص ثمنه ولا يترتب نقصان قيمة مالية.

وتقييده بكونه يغلب عدمه فى جنس المبيع خرج به مالا يغلب فيه عدمه كقلع سن فى الكبير (٦) فإنه لا يثبت به الخيار ولو نقصت به القيمة وذلك كثيوبة أمة فى سن تحتمل فيها الوطء.

- (١) المدخل للفقهاء الاسلامى (تاريخه ومصادره - نظرية الملك والعقد وقواعده الكلية ص ٥٨٦، للأستاذ عيسوى أحمد عيسوى.
- (٢) البدائع للكاسانى ٢٧٤/٥، وانظر أيضاً شرح فتح القدير ٢/٦ وحاشية ابن عابدين ٤/٥، ط. دار الفكر.
- (٣) البدائع فى الموضع السابق ٤٠ (٤) الاقناع ٢٦٢/١
- (٥) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ٣٧٩/١.
- (٦) المرجع السابق.

أما المالكية : (١)

فقد فرقوا بين ما إذا كان المعقود عليه عقارا أو غير عقار.

فإن كان الشئ : ثبت الخيار بكل عيب ينقص العين كالقطع فى إحدى أطراف الحيوان أو التصرف كالعسر فى العبد أو القيمة كالسوس فى الغلة أو خيفت عاقبته كجزام أحد الأبوين سواء كان العيب قليلا أو كثيرا.

وإن كان المعقود عليه عقارا :

ثبت الخيار بالعيب الكثير كصدع جدار خيف على الدار منه السقوط.

أما إن كان العيب يسيرا كأن وجد حجر واحد مخلوع من أحجار الجدار فلا خيار ولا يرجع المشتري على البائع بشئ.

وإن كان العيب متوسطا كصدع جدار لم يخف على الدار منه السقوط فلا يثبت الخيار للمشتري لكن يرجع على البائع بالنقص.

الأدلة :

استدل الحنفية والشافعية على ما ذهبوا إليه من تفسير العيب بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيب فإن هذه الأدلة لم تفرق بين أن يكون العيب ينقص العين أو المنفعة أو القيمة أو يفوت به غرض صحيح (٢)

دليل المالكية :

أصحاب هذا المذهب موافقون للحنفية والشافعية فى أن العيب الذى ينقص العين أو المنفعة أو القيمة يثبت به الخيار. ثم خالفوه بعد ذلك فى أمور أهمها أمران :

الأول : التفرقة بين العقار وغيره كما سبق أن بينا ودليلهم فى هذه التفرقة :

أن العيب فى العقار إذا لم يكن كثيرا أمكن إزالته بالأصلاح فلا

يكون موجبا للخيار.

(١) حاشية الدسوقي ١١٤/٣، ١١٥، وشرح المنتقى على موطأ مالك ٥٥/٥، وما بعدها ط. دار الكتاب العربى بيروت، لبنان.

(٢) د. المحتار ٣/٥ ونهاية المحتاج ٢٤/٤، والمجموع ١٦٣/١٢

ولهم في بيان الفرق وجهان :

الوجه الأول : إذا اشترى أحد داراً فاستحق منها شيء يسير لزم المشتري باقيا بالثمن بخلاف ماله اشترى عبداً فاستحق منه بعضه فلا يلزم المشتري باقى الثمن بل يرد العبد كله .

الوجه الثانى : لو قال زيد لعمرى هذه الدار فباعه الدار فاشتراها كلها فاستحق شخص أحد جدرانها الأربع لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن (١) .

ويمكن دفع هذا الدليل بأن أدلة مشروعية الخيار أدلة مطلقة لم تفرق بين العقار وغيره . كما أنه يمكن أيضاً فى بعض العيوب التى فى غير العقار إزالتها بالأصلاح فيلزمهم بذلك ثبوت ما ذكره فى غير العقار فلا يرد إلا بالعيب الكثير كالعقار سواءً بسواءً .

الثانى : العيب الذى (٢) لا ينقص العين ولا المنفعة ولا القيمة ولا يفوت به غرض صحيح (٣) . لا يثبت به الخيار عند الحنفية والشافعية ويثبت به عند المالكية إذا خيفت عاقبته كأن يكون المبيع رقيقاً وكان له ولد بمكان قريب يخشى هروبه إليه أو كان العكس بأن كان الرقيق المبيع ولداً يخشى إباحه لأبيه القريب منه .

واستدل المالكية على هذا : بأن الرقيق جبل على الألفة والشفقة سواء كان ولداً أو والداً وهذا أمر يحمله على الإبقاء وهو عيب يثبت به الخيار . ويناقش هذا بأن الأصل فى الرقيق عدم الإبقاء فلا يثبت الخيار والحالة هذه .

هذه هى آراء الفقهاء فى ضابط العيب .

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ٥٥/٥، وما بعدها

(٢) حاشية الدسوقي ١٠٩/٣

(٣) ابن عابدين ٤/٥ .

بيان الراجح

- والذي يترجح لدى في ضابط العيب أنه يرجع فيه إلى العرف .
- فما يعدّه أهل الخبرة عيباً فهو عيب وإلا فلا لأن العيب ورد مطلقاً على لسان الشرع فيحمل على العرف والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً كما هو نص القاعدة الفقهية .
- والله أعلم بالصواب .

المطلب الثالثالعقود التي يعمل فيها خيار العيب

اتفقت كلمة الفقهاء على أن لو وجد العيب حق الخيار على صاحبه وذلك في عقود المبادلات التي يقصد منها العوض^(١) والتي يكون المعقود عليه فيها معيناً بالتعيين أي مشخصاً ومن هنا قال الفقهاء إنه يثبت في عقود البيع^(٢) الواردة على عين مشخصة والإجارة كذلك وقسمة الأعيان القيمة.

والملح إذا كان بدله عينا مشخصة.

فمثاله في البيع : كما لو باع شخص لآخر داراً بعينها أو أمة بذاتها فوجد المشتري بها عيباً فإن وجوده للعيب يثبت الخيار له .

كذلك في الإجارة : إذا استأجر شخص من آخر قطعة أرض فوجدها غير مأمونة الري فللمستأجر الخيار في البقاء أو الرد.

وفي قسمة الأعيان القيمة : إذا تقاسم الشركاء ثياباً أو حيوانات أو عقارات فوجد بعض الشركاء فيما وقعت فيه القسمة عيباً فإن له الخيار في الرد^(٣).

أمّا الصلح : وقد عرفه ابن عرفة بقوله^(٤) : (انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه) .

ومثال الصلح الذي يقع الخيار فيه :

لو ادعى شخص على آخر بأن له عبداً عنده أو قطعة أرض فصالحه المدعى عليه على مبلغ من المال في نظير العبد أو في نظير قطعة الأرض أو

(١) بداية المجتهد ١٣١/٢ والمنتقى على مؤطأ الامام مالك ٥٥/٥ وما بعدها .

(٢) المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٩٠، وما بعدها .

(٣) الشرح الصغير للدريير ٢٤٤/٢ .

(٤) الشرح الصغير للدريير ١٤٦/٢ ط . الحلبي وأولاده بمصر .

أعطى له دابة فى نظير قطعة الأرض أو العبد فوجد بها عيبا فإن له حق الخيار

وهذا مثال للملح إذا كان بدله عيبا مشخمة.

وواضح مما تقدم ثبوت الخيار لو وجد العيب إذا وجد عيبا

فى المعقود عليه فى أى عقد من العقود الأربعة المتقدمة.

كما أن هناك أمورا أخرى يثبت فيها خيار العيب^(١) شريطة أن يكون

العيب فاحشا وهى: المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد.

فمثاله فى المهر : إذا تزوج شخص بامرأة ودفع إليها مهرا هو

عبد فتبين أن العبد أشل أو أعمى أو أعمور فإن وجود العيب الفاحش فى

العبد المجعول مهرا يوجب الخيار للزوجة فى قبول المهر أو رده.

ومثاله فى بدل الخلع : كما لو خالعت المرأة زوجها على

حديقة مثلا ودفعت للزوج بدل الحديقة عشرة دواب لكن الزوج وجد بها عيبا

فاحشا فللزوج الخيار.

ومثال الصلح عن دم العمد : كما لو قتل شخص أب شخص آخر فطلب ولى

الدم من القاتل القصاص فصالح القاتل ولى الدم على أن يدفع إليه أمة إلا

أن ولى الدم وجد بالأمه عيبا فاحشا فله الخيار.

وكل ما تقدم فى عقود المعاوضة.

كما اتفقت كلمة الفقهاء على أن العقود التى ليس المقصود منها

المعاوضة لا تأثر للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة^(٢). فلو وهب

شخص لآخر دارا فوجد بها صدعا فوجود هذا العيب فى الموهوب لا يوجب الخيار

للموهوب له فى الرد على الواهب وذلك لأن الهبة أو الصدقة تفضل من الواهب

والمتصدق على الموهوب له أو المتصدق عليه لا فى نظير بدل وعلى هذا فليس

له حق فى الرد بل له إما أن يقبل أو لا يقبل وهذا شيء خلاف الرد بالخيار.

(١) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ،

ص ٤٩٠ ، وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد ١٣١/٢ ، والمنتقى على مؤطا الإمام مالك ج ٥٥/٥ .

لذلك لم يجعل الفقهاء له حق الرد أو التمسك.

أما النكاح : فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء على وجوه نبيها فيما يأتي:

- ذهب المالكية والشافعية ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أن العيب في النكاح موجب لخيار الواجد شريطة أن يكون العيب موجوداً قبل العقد ولم يعلم به صاحبه . أما إذا علم بالعيب قبل العقد ورضى به فليس له حق في الخيار^(١).

- وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف^(٢) إلى أن العيب لا يثبت في النكاح خياراً سواء جعل الخيار للزوج أو المرأة حتى أنه إذا فعل ذلك فالنكاح جائز والشرط باطل إلا إذا كان العيب هو الجب أو الخصاص أو العنة فإن المرأة بالخيار.

فإذا شرط أحدهما لصاحبه السلامة عن العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال أو شرط الزوج عليها صفة البكارة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار فلم يجعل أبو حنيفة وأبو يوسف للمرأة حق الفسخ إذا كان الزوج مجنوناً أو به جزام أو برص .

- وذهب الحنابلة إلى أن وجود العيب أيما كان نوعه سواء كان بالزوج أو الزوجة فلا يثبت الخيار لأحدهما على الآخر^(٣).

الأدلة :

أدلة المذهب الأول :

بأن وجود العيب يقتضي ثبوت الخيار لأنه تنتفى معه المقاصد التي شرع النكاح من أجلها والنكاح إنما شرع للألفة والمودة بين الطرفين ويرشد إلى ذلك قوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا

(١) الشرح الصغير ٤٢٤/١، وقلوبى وعميرة ٢٦١/٣

(٢) الفتاوى الهندية (فتاوى عالمكيرية) ٢٧٢/١، المطبعة الأميرية بيوتلاق مصر سنة ١٣١٠ هـ .

(٣) المغنى ٦/٦٥٣، ٦٥٤، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، سعودية .

لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة) من الآية ٢١، سورة الروم .

أدلة المذهب الثانى :

وهؤلاء قد فصلوا: فقالوا إن كان العيب لايتأتى صير المرأة عليه كالخضاء والجب والعنة فى الزوج فلذلك جعل لها حق الخيار فان اختسارت البقاء معه على هذا فخيرتها تنفى ضررها .
الخيار
أما إن كان العيب مما تتأتى معه أسباب اللذة فهذا العيب لايجب /
حتى ولو كان نوعا من أنواع العيب غير ما تقدم لانتفاء أصل الضرر .

أدلة المذهب الثالث :

أما الحائلة فقد ذهبوا إلى أن مطلق العيوب فى عقد النكاح لا تثبت لواجدها حق الخيار واستدلوا على ذلك ؛
بأن هذه أمور نادرة والنادر لا حكم له . وأيضا: أن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ فى كون العوض جائزا لما يذهب من ماله والعوض ههنا ليس هو المقصود .

والذى أرجحه ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من المالكية والشافعية ومن معهم الذين قالوا بثبوت حق الخيار فى النكاح لواجد العيب شريطة أن يكون العيب موجودا قبل العقد ولم يعلم به صاحبه وذلك لوضوح هذا القول ووجاهة دليله .

المطلب الرابعشروط خيار العيب

والكلام عن هذه الشروط فيما يأتي :

أولاً: اتفقت كلمة الفقهاء على أن العيب الذي ينعقد سبباً للخيار هو العيب الموجود بالمبيع قبل العقد عليه (١) أو في العهدة في الرقيق عند من يقول بها وهم المالكية (٢)

وإن حدث العيب بعد العقد وقبل القبض فالحكم كذلك عند الفقهاء عدا المالكية .

ووجهة الجمهور :

أن المبيع والحالة هذه لازال على ملك البائع وعليه يكون ضمانه منه .

جاء في المجموع للنووي (فإن ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه نظرته فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لأن المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب (٣) .

(١) بداية المجتهد ٢/١٣٠، ١٣١ و شرح الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١/٢٦٢، للخطيب الشربيني وحاشية ابن عابدين ٥/٥٠ .

(٢) ومعنى العهدة عندهم: مدة معينة يكون ضمان المبيع فيها من البائع حتى ولو قبضه المشتري وهي عندهم قسمان: صغرى: ومدتها ثلاثة أيام وهي عهدة كثيرة الضمان قليلة الزمان ولذا يرد فيها بكل عيب .

كبرى: ومدتها سنة وهي عهدة قليلة الضمان كثيرة الزمان ولا يرد فيها الا بثلاثة عيوب هي الجزام والبرص والجنون وتكون في الرقيق وفي اصناف البيوع التي يقصد بها المماسكة بشرط أن لا تكون بيعاً في الذمة وحجتهم في ذلك عمل أهل المدينة: انظر بداية المجتهد ٢/١٣٢، والمنتقى شرح موطأ للإمام مالك ٤/٥٧ .

(٣) المجموع ١٢/١١٨ .

ووجهة المالكية : أن الضمان عندهم ينتقل إلى المشتري بمجرد العقد الصحيح اللازم.

فلو حدث بالمبيع عيب بعد العقد وقبل أن يقبضه المشتري فالضمان من المشتري، كل ذلك ما لم يكن المبيع فيه حق توفية بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا فالضمان لا ينتقل إلى المشتري والحالة هذه إلا بعد القبض .
والراجح مذهب الجمهور لأن حق المشتري لا يتأكد .

أما إن حدث العيب بعد أن دخل البيع في ضمان المشتري فلا خيار لأن ثبوته بالعيب لغوات صفة السلامة التي يقصدها المشتري أما وقد قبض السلعة سليمة خالية من العيوب فلا حق له في الرد (١) . وإن حدث العيب بعد ذلك .

ثانيا : أن يكون العيب مما ي زال بمشقة كعبد به برص أو جزام أو بول في الفراش فإن أمكن إزالته بدونها كالنجاسة تكون في الثوب الذي لا ينقص بالغسل لم يثبت به حق الرد (٢) .

ثالثا : ألا يزول العيب قبل علم المشتري به لأن العيب إن زال قبل ذلك لم يكن هناك مقتضى لثبوت الخيار .

وكذلك لا يثبت للمشتري الخيار إن زال العيب بعد العلم به وقبل الفسخ لعدم الضرر وخالف في هذا أشهب من المالكية والشافعية في وجه فقالوا :

يثبت الخيار لأنه قد ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير إسقاط المشتري له لأنه صار حقه (٣) .

(١) حاشية الباجوري على شرح العلامة ابن قاسم ٣٧٩/١ والاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٦٢/١، وتكملة المجموع ١٢١/١٢، وعبارته (إذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد) .

(٢) حاشية ابن عابدين ٩/٥، شرح فتح القدير ٥/٦ .

(٣) البحر الرائق ٣٩/٦، والشرح الكبير ١١٩/٣، والمجموع ١٦١/١٢ .

ويناقش هذا بأن العيب سبب والخيار مسبب فإذا ارتفع السبب لم يبق المسبب .

رابعاً : أن يقع العقد خالياً من اشتراط البراءة من كل عيب^(١) وذلك أن العقد إما أن يقع خالياً عن شرط البراءة كما لو قال له أبيعك هذه السلعة بألف روبية مثلاً فقال المشتري قبلت ثم ظهر بالمبيع عيب كان للمشتري الخيار بين الرجوع وعدمه .

وتارة يقع العقد مشتملاً على شرط البراءة كأن يقول البائع للمشتري أبيع لك هذا العبد بشرط براءة من كل عيب فالحكم والحالة هذه أنه لا رجوع للمشتري على البائع بأي عيب يظهر في العبد كما قال الحنفية .^(٢)

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٥ .

(٢) المبسوط ٩١/١٣ .

المطلب الخامسمتى يسقط خيار واعد العيب

ان من يتبع كلام الفقهاء يجد أن ما يسقط به الخيار لو اجد العيب

قسمان :

قسم يسقط به الرد ولا يكون للمشتري معه حق الرجوع بنقصان العيب .

وقسم يبطل به الرد ويكون له معه حق الرجوع بنقصان العيب .

أما القسم الأول فينحصر فيما يأتي :

(١) أن يرضى^(١) المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه بعد العقد صراحة أو دلالة .

فالصريح : كرضيت به وأسقطت خيارى وأجزت العقد وما أشبه ذلك من الألفاظ المشعرة بالرضا .

أما الدلالة : فكأن يوجد من المشتري ، بعد العلم بالعيب تصرف فى محل العقد يدل على الرضا كما لو كان ثوبا فصفه أو أرضا فبنى عليها أو تصرف فيه تصرفا أخرجه عن ملكه كالبيع أو كان محل العقد أمة فتلذذ بها أو شيئا من هذا القبيل .

واتفقت كلمة الفقهاء على لزوم العقد إذا سقط الخيار بالرضا ولكنهم اختلفوا بعد هذا :

هل يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بأرش العيب أولا؟ :

ذهب الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه ان رضى المشتري بالعيب لزمه العقد وليس له أن يرجع على البائع بشيء .

(١) البدائع ٢٦١/٥ ، ٢٦٣ ، والشرح الكبير ١٢٠/٣ ، ونهاية المحتاج ، ٤٣/٤ وما بعدها والمغنى ٥٦٩/٣ .

وذهب الحنابلة : إلى أنه إن رضى المشتري بالعيب واختار إمساك المبيع وأخذ الأرض فله ذلك .

الأدلة :

استدل الجمهور على مذهبهم :

بأن المشتري إذا رضى بالعيب فقد اختار إسقاط حقه فلا محل للمطالبة بالأرض لأنه يمكن للبائع أن يقول للمشتري رده على وخذ ثمنه . واستدل الحنابلة على مذهبهم : بأن العيب بمنزلة فوات (١) . بعض المبيع على المشتري فله أن يطالب بعوض الفاتت قياسا على ما لو اشترى عشرة أقفرة من الشعير فبانت تسعة .

ويناقش دليل الحنابلة بأن ما ذكروه لا يعد عيبا كما لا يعد رضا به لأن ما وجده المشتري نقص في كمية المبيع وتعريف العيب هو: " خلو المبيع عنه وصف جرت العادة بالسلامة منه " .

وهذا الذى ظهر فى مسألة الأقفزة إنما هو نقص فى مبيع لا وجود عيب به فلذلك حق له أن يرجع وحق له أن يأخذ الأرض .

ويقال للحنابلة :

أولا : أن هذا الذى طالب به المشتري البائع ليس أرشا وإنما هو جزء ثمن الناقص من المبيع .

ثانيا : إن المشتري لما تمسك بالمبيع مع نقصه كان له الحق أن يرجع ببقاى الثمن فإن امتنع البائع عن دفع قيمة القفيز الناقص أو تسليمه للمشتري كان من حق المشتري أن ينقض البيع أو يرضى بالمبيع وليس من حق البائع أن يلزم المشتري بالمبيع بما دفعه من الثمن لأن المشتري كان قد

اشترى عشرة أفزة فوجدها تسعة فمن حقه باتفاق الكل أن يطالب إما بثمن القفيز العاشر أو يرجع بالمبيع على بائعه فما رآه المشتري في السلعة من النقص لا يعد عيباً ولذلك فالراجع هو قول الجمهور.

(٢) زوال العيب قبل الرد : وحينئذ لا يكون للمشتري حق الفسخ لارتفاع سببه ويرى الظاهرية بقاء الحق له لأن العبرة بوجود العيب عند العقد (١) ويناقش هذا الرأي بأنه ضعيف لأنه من المعلوم في الشرع أن الحكم يرتفع بارتفاع سببه.

أما القسم الثاني : فيتناول ما يأتي:

(١) هلاك المعقود عليه :

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه إذا هلك المبيع المعيب قبل علم المشتري بالعيب سقط حقه في الخيار لفوات الرد بفوات محله.

كما اتفقوا على أن المشتري يرجع على البائع بالأرش في هذه الحالة استدراكاً لما وقع عليه من ضرر (٢).

وإنما ثبت له الأرش لأن المبيع المعيب من حقه فكأنه تمسك به وإذا تمسك واجد العيب بالمبيع كان له حق الرجوع بالأرش.

ومن الهلاك خروج المبيع عن ملك المشتري لأن ذلك فوات للمبيع حكماً وخروج المبيع عن ملك المشتري قد يكون بعوض كما في البيع وقد يكون بغير عوض كالهبة لغير الثواب فإن خرج بعوض كأن باعه المشتري قبل علمه بالعيب . فقد اتفق الفقهاء على أن المشتري الأول ليس له أن يرد بالعيب.

(١) المحلي ٧٣/٩

(٢) ذهب المالكية والحنابلة إلى أنه إن كان البائع مدلساً وهلك المبيع بعيب التدليس فإن المشتري يرجع بجميع الثمن لأنه مغرور قياساً على مالوغر البائع المشتري بحرية أمة ، وظاهر كلام صاحب المغنى : " أنه ليس له إلا الرجوع بالأرش " ، حاشية الدسوقي ١٢١/٣ ، والمغنى ٥٧٩/٣ .

وصورة المسألة : كما لو اشترى زيد عبدا من عمرو ثم تبين أن العبد معيب بعد أن باعه زيد إلى خالد فاطلع خالد على العيب بالعبد فليس لزيد رد المبيع في الحال لأن المبيع خرج من يده إلى يد غيره .
ولكن هل لزيد - والمفروض فيه أنه لا علم له بالعيب الذي يوجب الخيار له أن يرجع بأرش العيب الذي وجده المشتري الثاني وهو خالد - في مسألتنا - أولا؟:

اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على الوجه التالي (١):

- ذهب الحنفية والشافعية والخرقي والقاضي من الحنابلة : إلى أن البائع الثاني - أي المشتري الأول - لا رجوع له على البائع الأول بالأرش في الحال وإنما يرجع عليه بالأرش إذا رجع عليه المشتري الثاني به لأن تصرفه في المبيع المعيب بالمبيع دليل على رضاه به واختياره له .

ومعنى الأرش في الشرع : عبارة عن الشيء المقدّر الذي يحصل به الجبر عن الجزء الفائت، وقال الإمام الرافعي: هو جزء من الثمن نسبته إلى نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة (٢).
وإنما لم يرجع البائع الثاني بالأرش في الحال لأنه لا علم له به .
وحيث علم به بعد رجوع المشتري الثاني بالعيب عليه فلذلك كان له حق الرجوع على البائع الأول .

ومحل الرجوع حيث كان البائع الأول مدلسا والمدلس ظالم والظالم أحق بالحمل عليه .

(١) البدائع ٢٧٢/٥، وتكملة المجموع ٣١٩/١٢، وقلوب وعامرة ٢٠٢/٢، والشرح الكبير ١٢٥/٣، وبداية المجتهد ١٣٥/٢، والمغنى ١٢٢/٣.

(٢) تكملة المجموع ١٦٧/١٢.

وظاهر مذهب الحنابلة وابن عبد الحكم من المالكية وهو مرجوح عند الشافعية : إلى أن المشتري - الذى هو بائع - له أن يطالب بالأرض فى الحال، لأنه لما علم بالعيب كان له حق المطالبة بالأرض وليس له حق الرد لخروج المبيع من يده بالمبيع واختياره الإمساك لا يسقط حقه فى الأرض .

الا ترى أنه لو كان عنده وعلم بالعيب واختار إمساكه كان له الرجوع بالأرض فخرج المبيع من يده لا يسقط حقه فى الأرض .

- وذهب المالكية : إلى أنه إذا خرج المبيع المعيب من يده المشتري الذى لا علم له بالعيب أنه لا حق له فى الرجوع بالأرض إن باعه بمثل الثمن - أما إن باعه من بائعه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب.

الأدلة :

استدل الحنفية والشافعية ومن معهم على ما ذهبوا إليه من عدم الرجوع فى الحال بزوال الضرر لأن محل الرجوع بالأرض فى الحال عند لحوق الضرر بالمشتري الأول وقد خرج المبيع عن يده فلا ضرر يلحقه حينئذ، وإنما له الرجوع بالأرض حيث رد المبيع عليه من المشتري الثانى، لأن المبيع قد فات بتصرفه فيه .

واستدل الحنابلة وابن عبد الحكم من المالكية ومن معهم وهم القائلون بجواز المطالبة بالأرض فى الحال .

بأن الأرض بدل عن جزء فائت من المبيع والجزء الفائت حق البائع الثانى فلذا كان له المطالبة به .

واستدل المالكية على ثبوت الأرض فى حالة ما إذا باع المشتري المبيع لبائعه بأقل من الثمن الذى اشتراه به بأن المشتري قد بذل الثمن فى مقابلة مبيع سليم فإن باعه بأقل مما اشتراه به كان الناقص فى مقابلة العيب فيرجع به على البائع الأول .

بيان السراج

والسراج عندى مذهب الحنفية ومن قال بقولهم لأن المشتري من البائع الأول قد باع السلعة لغيره بعد رضاه بها وتصرفه فيها بإخراجها عن ملكه، وهذا التصرف يسقط حقه فى رد المبيع المعيب ولا يسقط حقه فى المطالبة بأرث النقص شريطة أن يكون البائع الأول مدلسا كما قالوا: لأن البائع الأول إذا كان مدلسا كان ظالما والظالم أحق بالحمل عليه .

فإن كان غير مدلس فلا حق للبائع الثانى وهو المشتري الأول بالرجوع على البائع الأول بشيء لأن تصرفه فى المبيع وبيعه له دليل على الرضا به . وحيث رضى به مضى البيع فلا حق له فى الرجوع ولا ضرر يلحقه بذلك .

وما سبق من تصرف المشتري من البائع الأول وبيعه الى مشتر آخر كان قبل علمه بالعيب .

خروج المبيع عن ملك المشتري بدون عوض فإن كان المبيع قد خرج عن ملك المشتري بدون عوض كما هو الحال فى الهبة فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه ليس للمشتري الواهب أن يفسخ البيع لامتناع الرد، وهل له أن يرجع بأرث العيب أولا؟

اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك على رأيين :

الرأى الأول : للحنفية والمعتد عند الشافعية ورواية عن الحنابلة إلى أنه ليس للمشتري الواهب الرجوع بالأرث^(١) .

الرأى الثانى : للمالكية وبعض الشافعية وإليه مال الحنابلة فى رواية إلى أن له الرجوع بالأرث .

(١) البدائع ٣٣٥٤/٧، وتكملة المجموع ٣٣١/١٢ والمغنى ١٦٨/٤ .

دليل من ذهب الى عدم الرجوع :

بأنه ليس للمشتري أن يرجع بالأرش على البائع لأن المبيع خرج من يد المشتري بتصرف فيه آية الرضا، وإذا خرج المبيع من يده للموهوب له برضا، يكون الواهب المشتري قد رضى بالعيب ورضاه بالعيب بدون الرجوع بأرش نقضه على البائع دليل على عدم رجوعه به .

دليل من ذهب الى الرجوع :

إنه لو لم يكن للمشتري الواهب حق الرجوع بأرش العيب الذى وجده الموهوب له لكان فى ذلك لحوق ضرر به (١) وظلم له فكان له حق الرجوع بالأرش .

والراجع فى هذا المقام : ماذهب إليه الحنفية والشافعية ومن معهم من أن تصرف الواهب فى الموهوب يسقط حقه فى الأرش لقسوة ما استدلوا به فلذا كان هو الراجح .

(٢) : ان يحدث بالمبيع عيب جديد وهو فى ضمان المشتري : إذا حدث بالمبيع عيب جديد وهو فى ضمان المشتري وتنازع المتعاقدان فطلب أحدهما تقرير البيع وطلب الآخر الفسخ ورد البيع مع أرش العيب الحادث فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك (٢) :

— ذهب الحنفية والشافعية فى الأصح ورواية للحنبلة : الى أنه يجب من طلب الامساك بأن يعتبر العيب الحادث مانعا من الرد .

وصورة المسألة : كما لو باع زيد عبدا لعمرى واشترى عمرو العبد وقبضه وحدث به عيب عنده وكان بالمبيع عيب قديم وطالب البائع المشتري

(١) المغنى ١٦٨/٤

(٢) تكملة المجموع ٣٠٢، ٢٣٥/١٢، وبداية المجتهد ١٣٥/٢، والمبسوط ١٢٣/١٣، ونهاية المحتاج ٢٤/٤، وحاشية قليوبى وعميرة ٢٠٥/٢، وحاشية الدسوقى ١٢٦/٣، وفتح القدير ١١/٦ .

بالامساك فالقول للبائع لأن حدوث العيب في ضمان المشتري يمنع من الرد على
البائع ولذلك كان له القول بالامساك .

وبهذا قال المالكية أيضا إذا كان العيب الحادث مفيتا للمبيع
مخرجا له عن الغرض المقصود منه .

— وذهب الشافعية في وجه والحنابلة في رواية أخرى :

إلى أن المشتري يبقى على خياره إن شاء أمسك المبيع ورجع بأرش
العيب القديم وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع مع أرش العيب الحادث .

وإلى هذا ذهب المالكية إذا كان العيب الحادث متوسطا .

— وذهب الشافعية في وجه ثالث :

إلى أنه يجب البائع فان طلب رد المبيع مع أرش الحادث رده
المشتري وإن طلب البائع امضاء البيع مع دفع الأرش القديم أوجب لطلبه وحكى
ذلك ابن رشد قولا في مذهب المالكية .

دليل المذهب الأول :

ان اجابة طالب الإمساك تقرير للعقد وهو أولى من فسخه ولأن الرجوع
بأرش العيب القديم يستند إلى أمل العقد لأن مقتضاه الا يستقر الثمن
بكماله إلا في مقابلة المبيع السليم بخلاف أرش الحادث فإنه أدخل شيئا
جديدا لم يكن في العقد فكان الإمساك مع أرش القديم أولى من الرد مع أرش
الحادث .

دليل المذهب الثاني :

ان خيار المشتري كان ثابتا قبل وجود العيب الحادث والأمل إبقاء
ما كان على ما كان إلا إذا قام دليل يخالف هذا ولا دليل .

دليل المذهب الثالث :

إن رعاية جانب البائع أولى لأنه إما غارم إن اختار امضاء البيع
مع دفع أرش القديم . وإما أخذ بشيء لم يرد عليه العقد إن اختار الفسخ
وأخذ أرش الحادث .

والراجح الأول لأن خيار الرد بالعيب انقضى بمرور الزمن
وفى الرد على البائع مع تعيب المبيع بسبب آخر إضرار به نظرا لأن المبيع
خرج عن يده معيبا بعيب واحد ويعود إليه بعيبين أو أكثر والضرر لا يزال
بالضرر (١).

وفى هذا من الضرر ما لا يخفى.

(٣) الزيادة عند المشتري :

فإذا اشترى شخص دابة ووجد بها عيبا لم يعلمه إلا بعد أن حصل
بها زيادة فإن هذه الزيادة لا تخرج عن واحدة من أربع (٢) :

الأولى : زيادة متصلة ناشئة عن أصل : كسمن وتعلم صنعة ولا شك ان
مثل هذه الزيادة ترفع قيمة المبيع .

الثانية : زيادة متصلة غير ناشئة عن أصل : كصغ الثوب ونسج الغزل
والبناء في الدار .

الثالثة : زيادة منفصلة ناشئة عن أصل : كالولد والثمره واللين والصوف
وما شابه ذلك .

الرابعة : زيادة منفصلة غير ناشئة عن أصل : ككسب العبد وما وهب له
أو تصدق به عليه .

وفيما يلي حكم كل منها طبقا لما رآه الفقهاء :

(١) إذا كانت الزيادة متصلة ناشئة عن أصل فإنها لا تمنع الرد باتفاق

الفقهاء (٣) ومحل هذا إذا كانت الزيادة لاتعد عيبا . فواجد العيب مخير

(١) تكملة المجموع ٢٨٤/١٢ ، ونهاية المحتاج ٢٧/٤ ، والمغنى

١٧٣/٤ .

(٢) المغنى ١٦٨/٤ وما بعدها ، وابن عابدين ١٨/٥

(٣) فتح القدير ١٢/٦ ، ١٣ .

بين الرد ولا شيء له في نظير تلك الزيادة وإن شاء أمسك ورجع بأرش العيب وخيرته تنفى ضرره ومثل هذه الزيادة لاتنكف عن المعقود عليه .

(٢) وإن كانت منفصلة غير ناشئة عن أصل ككسب العبد وغلة الدار فإنها تكون للمشتري ولا تمنع الرد بالعيب بالاتفاق أيضا وليس للبائع مطالبة واجد العيب بها لأنها حدثت على ملك المشتري ووقت ضمانه للمبيع فتكون مملوكة له .

والأصل في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) (١) .

(٣) وإن كانت الزيادة متصلة غير ناشئة عن الأصل كالبناء والنسج فقد اختلفت فيها كلمة الفقهاء على الوجه الآتي :

— ذهب الحنفية والحنابلة : إلى أنها تمنع من الرد ولو وجد العيب فقط الحق في الرجوع بأرش النقص لأنه لا سبيل لرد العين بدون الزيادة فإذا ردت العين مع اختصاص المملك بالزيادة كانت ربح مالم يضمن .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندهك) (٢) وإن ردت العين على أن تكون الزيادة للمتملك ويشترك البائع بقيمتها لزم الضرر بسبب الشركة والضرر مدفوع شرعا .

— وذهب المالكية : إلى أن هذه الزيادة لاتمنع من الرد (٣) غير أنهم قالوا : إن لواجد العيب الخيار إن شاء أمسك وأخذ الأرض وإن شاء رد فكان شريكا للبائع بمقدار الزيادة وليس في ذلك ضرر لأن الشركة مشروعة .

— أما الشافعية فقد قالوا : بمثل قول المالكية إن كانت

الزيادة عينا كالعمارة في الدار

-
- (١) سبق تخريجه ،
- (٢) رواه الخمسة وصححه الترمذى وابن خزيمة والحاكم على ما في سبيل السلام ، أنظر سبيل السلام ١٦/٣ ، كتاب (البيوع حديث رقم ٢٠)
- (٣) مغنى المحتاج ٦٢/٢ ، والخرشى ١٢٢، ١٢١/٥ ، والشرح الكبير على الدسوق ، ١٢٧/٣ .

أما إن كانت صفة كالنسيج فإن وُجد العيب إن شاء رد ولا شيء له وإن شاء أمسك وآخذ أرش العيب فإن أراد الإمساك كان للبائع أخذ السلعة ودفع قيمة النسيج للمشتري.

ووجهة المالكية والشافعية : في عدم اعتبار هذه الزيادة مانعة من الرد :

أن وُجد العيب قد ثبت له حق الرد بالعيب في العقد بما أحدثه فيه من الزيادة فيكون شريكا للبائع بقدره حيث لم يكن متعديا وقت إحداث تلك الزيادة فلا يمكن أن يهدر ماله.

وما قاله الحنفية في المنع من ذلك ومن أن الزيادة لو سلمت للبائع لكانت ربح مالم يضمنه غير مسلم.

فإن ربح مالم يضمن إنما يتحقق فيما يستفاد عوضا عن محل العقد قبل أن يدخل في ضمان المستفيد.

وما سلم للبائع ليس عوضا عنه فلا يكون ربح مالم يضمنه.

ويتجه على الشافعية فيما ذهبوا إليه من تفصيل بين الزيادة فيما لو كانت عيناً كالعمارة في الدار أو صفة كالنسيج بأنه لا فرق بين العمارة العينية والصفة لأن النسيج مما يزيد في قيمه الشيء كما يتضح بالبداهة أن ثمن الغزل غير ثمن الشوب منسوجا فالحق أنهما شريكان هذا بقيمة نسجه والآخر بقيمة الأمل.

فالحق ما ذهب إليه المالكية.

(٤) وإذا كانت الزيادة منفصلة ناشئة عن الأصل كالولد والثمرة فقد اختلفت فيها كلمة الفقهاء أيضا هل تمنع من الرد أولا.

— مذهب الحنفية إلى أنها تمنع من الرد ويرجع وُجد العيب على

البائع بأرش النقص (١).

(١) فتح القدير ١٣/١٢/٦، البدائع ٢٨٦/٥.

- وذهب المالكية والشافعية والحنابلة^(١) : إلى أن هذه الزيادة لاتمنع الرد بل لواجد العيب أن يرد وله أن يمسك العين ويرجع بأرش النقص . وإذا اختار الرد كانت الزيادة له الا الولد عند المالكية مطلقا سواء كان ولد بهيمة أو آدمي وخص الحنابلة ولد الآدمي سواء كان صغيرا أو كبيرا والشافعية ولد الآدمي إذا كان صغيرا فإنه يرد مع الأم ولا شيء لواجد العيب في مقابلته عند المالكية وله قيمته عند الشافعية والحنابلة .

احتج الحنفية لمذهبهم من أن الزيادة المنفصلة الناشئة عن الأصل كالولد والثمرة لاتمنع من الرد :

بأن الرد : إما أن يكون مع الزيادة .

وإما أى يكون بدونها .

ولاسبيل إلى الأول لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن لأن المعقود عليه من ضمان المشتري وليس من ضمان البائع وربح مالم يضمن غير جائز للحديث السابق .

أما الأئمة الثلاثة فوجهتهم في ثبوت حق الرد للمشتري : أن الرد قد ثبت له بظهور العيب فيبقى ثابتا له إلى أن يوجد ما يسقطه ، والزيادة لاتكون مسقطة له لانتفاء الدليل على ذلك .

وأما وجهتهم في سلامة الزيادة لواجد العيب فلأنها حدثت على ملكه فتكون له ولأن المعقود عليه لوهلك كان من ضمانه والخراج بالضمان كما هو نص الحديث (٢) .

ووجهة المالكية في استثناء الولد : أنه ناتج عن الأصل ويشبهه في الصورة فكان للمملك وهو البائع .

أما وجهة الشافعية والحنابلة في استثناء ولد الآدمية فهو

(١) مغنى المحتاج ٦٢/٢ ، والخرشى ١٢٢، ١٢١/٥ ، والدسوقي ١٢٧/٣ ، وكشاف القناع ٢٢٠/٣ .

(٢) سبق تخريجه .

ما ورد من النهى عن التفريق بين الوالدة وولدها (١).

ولفظ الولد فى الأحاديث مطلق يتناول الكبير والصغير فىكون النهى

شاملا لكل منهما • وهذا منهم تمسك بظاهر اللفظ •

وقال الشافعية فى توجيه مذهبهم : ان علة النهى عن التفريق فى

الحديث هى المحافظة على الولد وخوف ضياعه وهذا إنما يكون اذا كان الولد صغيرا •

والراجع هو ما ذهب إليه الشافعية لقوة أدلتهم وسلامتها عن

المعارض •

هذا مايسره الله تعالى لى فى هذا المقام وهو سبحانه وتعالى

أعلم بالصواب •

المطلب السادسأثر خيار العيب فى العقد

من المعلوم فى الشرع ان الملك أثر من آثار العقد حيث وقع العقد صحيحا ودخل المبيع فى ضمان المشتري بالقبض فإذا اطلع المشتري على عيب فى المبيع فإن وجود العيب يعطيه حق التكلم فى المبيع مرة أخرى بين الرد والإمضاء .

والذى أعطى المشتري الخيرة بين الأمرين وجود العيب الذى لا علم له به وقت العقد فإن كان العيب يعلم به البائع ولم يعلمه المشتري وقت البيع كان البائع مدلسا والمدلس ظالم والظالم أحق بالحمل عليه .

والدليل على أن ملك المبيع صار إلى المشتري بالبيع أن المبيع فى هذه الحالة قبل اطلاع المشتري على العيب الملك فيه كان قد انتقل إلى المشتري لامحالة وليس له موجب بين الإمضاء والرد فإذا وجد عيبا قديما كان له حق الخيار (١) .

وشرط حق الخيار له كما هو قضية العيب لا يسقط حقه فى الملك وآية ذلك أنه إن اختار امساك البيع أمضاه ولم يحتج إلى صيغة أمضاء جديدة . وإن اختار الرد يكون المشتري قد تنازل عن ملكه لصاحبه الأول .

ومعنى ما تقدم :

أن أثر خيار العيب فى العقد يغير صفة العقد من اللزوم إلى الجواز بالنسبة لمن ثبت له الخيار وهو مخير بين أمرين :

(١) إما الرضا بالمعقود عليه كما هو وحينئذ يسقط الخيار ويلزم العقد .

(٢) وأما رده إلى ماله الأول وحينئذ يبطل العقد ويصير كأن لم يكن

وليس لهذا الخيار تأشير فى الحكم وهو انتقال الملك .

(١) الزيلعى ٣١/٤ .

المبحث الخامس

في

أمور متعلقة بالخيار

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : هل يورث خيار المبيع أولا ؟

المطلب الثاني : ملك المبيع زمن الخيار

المبحث الخامس

في

أمور متعلقة بالخيار

المطلب الأول

هل يورث خيار المبيع أم لا؟

الفرع الأول :

- (١) اتفقت كلمة الفقهاء على ثبوت الخيار حقا للسوارث كما كان للمورث وذلك في خيار الرد بالعيب والتعيين والغنيمة والاستحقاق وخيار القصاص وخيار الرهن.
- فمثال خيار الرد بالعيب : اشترى شخص سلعة من غيره بتسليمها فوجد بها عيبا فإن وجود العيب يعطيه الخيار بين رد المبيع بالعيب أو التمسك به والرجوع بأرش العيب .
- وخيار التعيين : اشترى شخص ثوبا وسلمه البائع جملة أثواب ليختار أحدها فله الحق في اختيار واحد من هذه الأثواب بعينه .
- وفي الغنيمة : إذا قسم الإمام الغنيمة فأعطى الفارس سهمين والراجل سهمًا واحدًا فلصاحب السهمين أن يختار الأسهم التي تخصه .
- وفي الاستحقاق : استحق شخص ثوبا من أثواب فإن له الحق في اختيار ثوب منها .
- وفي القصاص : فلولى المقتول الحرية : أما أن يختار القصاص أو العفو وأخذ الدية رضی الجاني أم لم يرض .
- وهذا ما ذهب إليه الشافعية وأشهب من المالكية .

- وذهب المالكية والحنفية إلى أن ولي المقتول مخير بين القصاص
وأخذ الدية برضا الجاني (١)

الفرع الثاني :

كما اتفقت كلمة الفقهاء كذلك على أن الخيار الثابت للمورث لا ينتقل
بموته إلى وارثه وذلك فيما يأتي :

(١) خيار رد الأب ما وهبه لابنه :

فإذا وهب والد ولده الصغير هبة جاز له أن يسترجعها منه وجاز له
كذلك أن لا يسترجعها فإن مات الأب فليس لبقية أولاده الورثة استرجاع ما وهبه
أبوهم لأخيهم لأن هذا الحق وهو حق جواز استرجاع الواهب ما وهبه لابنه خاص
به وقد مات فقد بطل حقه فلم يورث هذا الحق عنه .

والأصل في ذلك : (ما ثبت عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية شئ
يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده) (٢) رواه أحمد والأربعة على ما في سبل
السلام .

وقد دل الحديث على أن حق الرجوع الواهب فيما وهب حرام لا يجوز
الإقدام عليه إلا الوالد إذا وهب لولده هبة فيجوز له أن يرجع فيها وحده
دون غيره من ورثته فليس لهم الرجوع فيما وهبه أبوهم لأخيهم، وأيضاً (٣) ،
فإن هذا الخيار لا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي
الأبوة فوجب أن لا تورث .

(١) نيل الأوطار ٦/٧ ، ٧ .

(٢) سبل السلام ٩٠/٣

(٣) بداية المجتهد ١٥٩/٢ .

(٢) خيار الكتابة :

فإذا كاتب السيد عبده على الفروبية وقال له إن أتيتنى
بخمسة في شهر كذا اعتقت وسقط الباقي عنك فمن هذا يتضح أن الخيار
للسيد لا لغيره فإذا مات السيد سقط حقه في الخيار فلم ينتقل لغيره
من ورثته لأن هذا حق شخصي له ليس لورثته فيه شيء
لذلك لم ينتقل لورثته بموته .

(٣) خيار الطلاق :

إذا وكل رجل غيره في طلاق زوجته متى شاء الوكيل فمات الوكيل قبل
أن يطلق فحق الوكالة في الطلاق لا ينتقل لأولاد الوكيل، كذلك إذا مات الموكل
بطلت الوكالة فلا ينتقل لورثة الموكل لأن الوكالة حق شخصي أي نيابة شخص
عن غيره في عمل فبموت أحدهما انفسخت تلك النيابة كذلك لم ينتقل حسم
الخيار للورثة .

(٤) خيار اللعان :

وفى اللعان : وهو أن يرمى الرجل زوجته :

- إما بالزنا

- أو بنفى الحمل (١)

فاللعان حق شخص للزوج قائم به فإذا مات سقط حقه ولا ينتقل
فيه إلى الورثة إلا إذا كانوا شهودا على واقعة الزنا .

(٥) خيار الإقالة :

إذا باع شخص لآخر شيئاً وبعد تمام العقد طلب أحدهما من الآخر
الإقالة كما لو قال البائع للمشتري أفلنى أو حدث عكس ذلك فمات الآخر قبل

تمام الإقالة فهذا الحق لم ينتقل إلى الورثة يعني أنه لو طلب المائع من المشتري الإقالة ومات المائع فان حق الإقالة لاينتقل لورثته لأنها حق شخصي.

وذلك بناء على أن الإقالة حل للبيع أو أنها ابتداء بيع جديد كما قال ابن عرفة .

(٦) خيار القبول :

فاذا باع شخص لآخر سلعة وقال المشتري لى خيار القبول فى هذه الصفقة ومات المشتري قبل أن يتضح أمره فان هذا الحق لاينتقل لورثته .
وخلاصة المسألة أن بموتهم انبرم البيع وسقط حق الخيار الذى كان للمورث .

الفرع الثالث :

وهو الذى اختلفت فيه كلمة الفقهاء على وجهين :

الأول : ذهب المالكية^(١) والشافعية وأصحابهم رحمهم الله تعالى إلى أن الخيار ثابت للورثة كما كان ثابتا للمورث .

والأصل فى ذلك : الأملاك فان كل ملك للمورث ينتقل بموته لورثته بالاتفاق كذلك كل حق لازم فيه الخيار للمورث فيموته ينتقل الخيار لورثته قياسا على الأملاك سواء كان هذا الحق بمعاوضة كالبيع والرهن وما إلى ذلك فإذا كان الخيار فيها ثابتا للمورث فانه ينتقل للوارث .

ومعنى ذلك أنهم يقولون : انه كما تورث الأملاك فكذلك تورث

الحقوق اللازمة سواء أكانت بعوض أم بدونه بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وأن حاجة الوارث كحاجة المورث .

قال الشافعى رحمه الله تعالى - فى الأم : " وان مات أحد

(١) بداية المجتهد ١٥٩/٢، الدسوقي ١٠٢/٣، والمجموع ١٩٤/١٢

المتبايعين قبل أن يتفرقا قام ورشته مقامه وكان لهم الخيار فى البيع ما كان له " (١) .

الثانى: وخالف فى ذلك أبو حنيفة (٢) وأصحابه فقالوا: " أن هذا الحق هو ثبوت الخيار للمورث لا ينتقل إلى غيره من ورشته بل يبطل هذا الحق بموت من له الخيار سواء كان بائعا أم مشتريا وإذا بطل خياره يلزم البيع . فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع فى ملك ورشته وإن كان الخيار للمشتري دخل المبيع فى ملك ورشته وللبيع الثمن فى التركة ان لم يكن قبضه .

أما إذا مات العاقد الذى لاختيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وإن فسخ فسخ وهكذا عند أبى حنيفة خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة .

ومعنى هذا : أن أبا حنيفة يقول مجرد الرأى والمشئقة وهو الخيار لا ينصور فيه الإرث لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه . ومن هذا الذى سبق يتضح أن الفقهاء قد اختلفوا وأن الباعث لهم على الاختلاف هو:

هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟

الأدلة :

استدل المالكية والشافعية على مدعاهم بالقياس :

فقالوا: الخيار حق من الحقوق فإذا شرطه المورث لنفسه كان حقا له وإذا كان حقا له فإنه ينتقل لورثته بعد وفاته كما تورث الأموال إلا ما قام الدليل عليه من مفارقة الحق للمال (٣) ولا دليل فثبت أن الخيار

(١) الأم للإمام الشافعى رضى الله عنه برواية الربيع بن سليمان المرادى وبهامشه مختصر المزنى: أبى ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى الشافعى ٤/٣ .

(٢) فتح القدير ٣٥/٥، وما بعدها والمبسوط ٤٢/٣، ٤٣ .

(٣) بداية المجتهد ١٥٩/٢ .

كما كان للمورث فانه يكون من بعده للوارث . ولأن الخيار حق من الحقوق اللازمة للإنسان ولا يملك الإنسان ابطاله فيجرى فيه الإرث قياسا على إرث خيار العيب والتعيين فإنهما يورشان بالاتفاق .

واستدل الحنفية على مدعاهم : بالتفريق بين المال والحق فالمال يورث^(١) : فإذا مات شخص وله مال انتقل ملك المال لورثته لتحقيق شرط الميراث وهو ثبوت حياة الوارث بعد موت المورث .

ولأن الميراث خلافة في المال فثبت لورثته ملك المال كما كان للمورث ولا كذلك الحقوق ففارق الحق المال .

والخيار كان حقا للمورث فلم ينتقل لورثته بعد موته لبطائه بموت المورث إلا ما قام الدليل عليه من الحاق الحقوق بالأموال . فحق الخيار وصف شخصي لا يتصور انتقاله بخلاف إرث المال فيتصور انتقاله فقارقت الحقوق الأموال .

بيان السراج

وبعد بيان مذهبي الفقهاء في هذا الموضوع ، فإن ما يترجح لدي في هذا المقام ما ذهب إليه الحنفية من أن هذا الحق وهو ثبوت الخيار للمورث لا ينتقل إلى غيره من ورثته بل يبطل هذا الحق بموت من له الخيار ، لأنه لا يصح إلحاق الحقوق بالأموال ، ولقوة أدلة الحنفية وسلامتها عن المعارضة .

والله أعلم بالصواب

المطلب الثانىملك المبيع زمن الخيار

وفيه فرعان :

الفرع الأول : ملك المبيع زمن الخيار (١).

الأصل عند الفقهاء ان ملك المبيع ينتقل من البائع إلى المشتري
بالعقد الصحيح اللازم متى كان واقعا على البت .

أما فى بيع الخيار :

فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى الوقت الذى يدخل فيه المبيع فى
ملك المشتري .

ولا يخلو الحال هنا من :

- أن يكون الخيار للعاقدين معا
- أو يكون لواحد منهما دون الآخر.

فإن كان الخيار للعاقدين معا :

- فذهب الحنابلة فى ظاهر المذهب (٢) وقول مرجوح للمالكية والشافعية
الى أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد.

- وذهب المالكية على الصحيح والشافعية فى قول ثان وأحمد فى

(١) اختلفت كلمة الفقهاء فى طبيعة هذا الملك هل هو ملك مستقر كما يرى الظاهرية وهو الأصل عند المالكية والمعتمد عند الحنابلة أو هو ملك على خطر الزوال لأن المبيع ربما يتلف قبل قبضه فينفسخ العقد ويزول ما ترتب عليه كما يرى الحنفية والشافعية
..... : راجع المطلب
٣٧٩/٨، والشرح الصغير ١٤٩/٢، والمغنى ٥٧٢/٣، والاشباه والنظائر
للسيوطى ص ٣٢٥ ط. دار الكتب العلمية بيروت، والاشباه والنظائر
لابن نجيم ص ٣٥٠ .

(٢) المغنى ٥٧١/٣، والمجموع ٢٣١، ٢٣٠/٩، وقواعد ابن رجب ص ٤٠٨، وفتح
القدير ٣٥/٥، والخرشى ١٠٩/٥ .

رواية وأبو حنيفة : إلى أن الملك فى المبيع باق ولا ينتقل حتى ينقضنى الخيار.

- وذهب الشافعى فى قول ثالث إلى أن الملك موقوف فإن أمضيا البيع تبين أن الملك للمشتري وإن فسخ تبين أنه لم ينتقل عن البائع .

الأدلة :

استدل الحنابلة^(١) ومن معهم على أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد بالسنة والمعقول:

أما السنة :

فأولا - ما رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)^(٢).

والتأبير التشقيق : أى شق طلع النخلة الأنثى ليضع فيه شيئا من طلع النخلة الذكر.

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر أن الثمرة تكون للبائع إذا أبرت ومعنى هذا أن الثمرة قبل التأبير تكون للمشتري بمجرد الاشتراط وهو عام فى كل بيع .

ولأنه بيع صحيح فقد نقل الملك عقيب كالمبيع الذى لا خيار فيه .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال .

(١) المغنى ٥٧٢/٣ ، وسبل السلام ٤٨/٣

(٢) نيل الأوطار ١٧١/٥ (باب من باع نخلا مؤبرا) وصحيح مسلم ١٩٠/١٠ (باب من باع نخلا عليها ثمر) .

من أن دلالة الحديث على ملك المشتري للثمرة ثبتت بطريق المفهوم المخالف (١).

وهو محل خلاف بين الفقهاء - ولو سلم أن المفهوم المخالف حجة فالحديث محمول على البيع بتاجمعا بين الأدلة.

ثانياً : بقول النبي صلى الله عليه وسلم (من باع عبدا له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع) (٢).

ووجه الدلالة على المدعى ظاهرة.

وأما المعقول :

فهو قياس البيع مع الخيار على البيع بتاجمعا صحة العقد في كل والخيار لا يصح فرقا لأنه لا يمنع من صحة العقد.

واستدل المالكية والحنفية (٣) ومن معهم على أن ملك المبيع باق على ملك البائع بالمعقول من وجهين :

أولاً : أن العقد لا يتم إلا بالرضا وثبت الخيار ينافيه، وإذا لم يتم الرضا لم يتم العقد فيبقى كل من البديلين على ملك صاحبه.

وبناقش هذا : بأن ثبوت الخيار لا يلزم منه انتفاء الرضاء وإلا لكان العقد فاسدا وهو ليس كذلك.

وثانيا : أن المشتري لو ملك المبيع بمجرد العقد لملك التصرف فيه لأن ثمرة الملك القدرة على التصرف والمشتري هنا لا يملك التصرف قبل انتهاء الخيار فذلك أكبر دليل على أن المبيع لم يدخل في ملكه بمجرد العقد.

(١) الأسنوى على البيضاوى ٣١١/١ .

(٢) صحيح مسلم ١٩١/١٠ ، (باب من باع نخلا عليها شمر) .

(٣) البدائع ٢٦٤/٥ ، والخرشى ١٠٩/٥ .

ويناقش هذا : بأن امتناع التصرف انما كان لأجل حق الغير وهذا لا يمنع ثبوت الملك قياسا على المبيع قبل القبض .

بيان واستدلال مذهب الشافعية :

وقد اختلفت كلمتهم في هذا الموضوع على ثلاثة وجوه :

السوجه الأول : أن المبيع زمن الخيار : قيل للبائع إن كان الخيار له وعلى هذا فضمائه منه .

- وإن كان الخيار للمشتري : فالمبيع مملوك له وضمنه عليه .

– وإن كان الخيار لهما فالملك موقوفه، فإن نفذ البيع تبين أنه على ملك المشتري من حين العقد وإذا فسخ البيع فإن المبيع باق على ملك بائعه.

الوجه الثانى : وهو الأشهر - ملك المبيع للمشتري مطلقا زمن الخيار سواء كان الخيار للمشتري وحده أو للبائع وحده أو لهما معا وإنما كان المبيع على ملك المشتري .

لأن البيع قد تم للمشتري بحصول الإيجاب والقبول وحيث حصل الإيجاب والقبول فقد تم البيع .

وإذا تم البيع انتقل المبيع عن ملك صاحبه إلى ملك المشتري وحل للبائع ملك الثمن .

الوجه الثالث : أن ملك المبيع للبائع مطلقا وهو موافق
المالكية والحنفية .

ومما تقدم نعلم أن للشافعية في هذه المسألة أقوال ثلاثة

الأدلة :

وقد استدل للقول الثانى : وهو أن ملك المبيع للمشتري مطلقا
حيث انتقل اليه الملك من يد البائع فضممانه منه ————— لأن

النبي متى الله عليه وسلم قال: (من له الغنم فعليه الغرم) (١)

ووجه الدلالة على المدعى ظاهر.

- أما القول الثالث : وهو أن ملك المبيع للبائع مطلقاً فدليله ما استدل به الحنفية والمالكية .

- أما دليل القول الأول القائل بالتفصيل :

- أن الضمان على البائع حيث كان له الخيار: فلأن المبيع يباقي على ملك بائعه لأن بيع الخيار منحل والمبيع قد كان مملوكاً له قبل البيع .

- أما إن كان الخيار للمشتري فقد انتقل المبيع إلى ملك المشتري وإذا انتقل إلى ملكه فزمانه منه .

- أما (٢) إن كان الخيار لهما فالملك موقوف فدليله : بأنه يلزم من ثبوت الملك لأحد العاقلين دون الآخر الترجيح بغير مرجح لاستواء العاقلين .

ويناقش هذا الوجه : بأنه غير صحيح فإن انتقال الملك إنما ينبنى على سببه الناقل له وهو البيع وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه لأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبته .

والراجع ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم لأن العقد متى وقع صحيحاً ترتب عليه أثره وهو إفادة الملك .

هذا إن كان الخيار للعاقلين أو أحدهما على رأى الحنابلة ومن وافقهم أو في حالة ما إذا كان الخيار للعاقلين أو للبائع فقط على رأى الحنفية .

(٢) أما إن كان الخيار لأحد العاقلين دون الآخر.

(١) نيل الأوطار ٢٣٥/٥، كتاب الرهن / حديث شريف رقم ٤

(٢) نهاية المحتاج ١٩/٤ .

- فإما ان يكون للبائع وحده
- أو للمشتري وحده .
- فإن انفرد البائع بالخيار .
- فذهب الحنابلة إلى أن الملك ينتقل إلى المشتري بالعقد وهو قول مرجوح للشافعي .
- وذهب أكثر الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعي في أظهر أقواله وأحمد في رواية أخرى إلى أن المبيع يبقى على ملك البائع حتى ينتهي الخيار فينتقل إلى ملك المشتري .
- جاء في تبين الحقائق للزيلعي: (إن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ... الخ (١))
- وجاء في نهاية المحتاج: (والأظهر أنه إن كان الخيار للبائع فملك المبيع له وملك الثمن بتوابعه للمشتري) (٢) .

الأدلة :

- استدل الحنفية وموافقوهم بما تقدم من أدلة في حالة ما إذا كان الخيار للعاقدين معا .
- واستدل من قال ببقاء المبيع على ملك البائع .
- بان البائع يملك التصرف في المبيع بمقتضى انفراذه بالخيار فكان هذا دليلا على ملكية البائع (٣) .
- والراجع ما ذهب إليه الحنابلة ومن قال بقولهم بما تقدم فيما

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام الزيلعي ج ١٦/٤

(٢) نهاية المحتاج ١٩/٤

(٣) المرجع السابق .

إذا كان الخيار للعاقدين معا .

وان انفرد المشتري بالخيار :

فذهب أكثر الفقهاء إلى أن المبيع يخرج عن ملك البائع وممن ذهب إلى هذا الحنفية^(١) والشافعي في أظهر أقواله وهو المعتمد عند الحنابلة .

وذهب المالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية إلى أن

المبيع يبقى على ملك البائع حتى ينقضى الخيار .

استدل الأولون بأن العقد لازم في حق البائع وهذا يقتضى خروج المبيع

عن ملكه .

واستدل المالكية^(٢) ومن معهم بأن البيع مع الخيار منحل لعدم

تحقق الرضا وإذا كان العقد منحلا لم يترتب عليه أثره من انتقال الملك ونحوه .

بيان الرجوع

والراجع عندى أن الملك ينتقل الى المشتري بالعقد الصحيح سواء

كان البيع بتا أو مع الخيار لأن البيع من عقود المعاوضات فيترتب عليه أثره بمجرد تمام العقد وهو إفادة الملك .

(١) انظر : الهداية ٢٨/٣ والقواعد لابن رجب ص ٤٠٨ ، ونهاية المحتاج ج ١٩/٤ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٣ ، وبداية المجتهد ١٥٨/٢ . وحاشية قليوبي وعميرة ١٩٥/٢ وما بعدها .

وبعد أن تفضل الله تعالى على بإكمال هذا البحث على هذا الوجه ،

فإني ألخص أهم النتائج التي توصلت إليها ، وذلك على الوجه الآتي :

(١) أن العقد من أهم الوسائل لتمليك والملكية وأنه من أهم الظواهر

المدنية التي يقاس عليها انعدام الإرادة وحريتها .

(٢) أن نظرية العقد في الشريعة الإسلامية تختلف مع القانون الوضعي

في بعض الأمور وتتفق في البعض الآخر وأن أساس الخلاف بينهما هو النظر في

العقد من حيث إقرار الشرع له أو عدم إقراره .

(٣) أن القانون الوضعي يخضع لطبيعة الأفراد ووضعي القانون .

(٤) أن العقد في اللغة نقيض الحل والجمع عقود وقد يطلق على العهد

فيقال : عاقده عقداً مثل عاهدته عهداً .

(٥) أن العقد في اصطلاح الفقهاء له معنيان : أحدهما عام والآخر خاص .

فالعقد العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية وهو بهذا يرادف

كلمة الالتزام على ما يراه الجمهور .

أما العقد بالمعنى الخاص فهو ما يراه الحنفية من أنه عبارة عن

التزام المتعاقدين وتعهد هما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول

على وجه يظهر أثره في المحل .

أما القانون الوضعي فالعقد فيه يعني الاتفاقية الصالحة للنفاذ

بالقانون .

(٦) أن الركن في اللغة هو جانب الشيء الأقوى أما في الاصطلاح

فلفقهاء تعريفان مشهوران أحدهما للجمهور والثاني للحنفية على ما سبق

إيضاحه في موضعه من هذا البحث .

(٧) أنه يشترط للعقد في القانون الوضعي أن تتوفر فيه عناصر ثلاثة

هي : الرضا - محل العقد - صحة العقد .

(٨) أنه في شروط العقد - تعطى الشريعة حمايتها لما يلائمها من الشروط.

(٩) أن شروط انعقاد العقد في الشريعة تتنوع إلى نوعين :

أحدهما : شروط عامة وهي التي يجب أن تتوافر في كل عقد.

ثانيهما : شروط خاصة وهي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها.

أما عن شروط انعقاد العقد في القانون فتنقسم إلى قسمين رئيسيين :

أحدهما : الشروط الصريحة

ثانيهما : الشروط الضمنية

(١٠) أن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد اختلفت كلمتهم في صحة العقد الموقوف على خمسة أقوال.

أما العقد الموقوف في القوانين الأمريكية والانجليزية فيدرس تحت عنوان " العقود المشروطة".

(١١) أن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد قسموا العقود بالنسبة للزوم إلى أربعة أقسام:

أ - عقود لازمة غير قابلة للفسخ.

ب - عقود لازمة تقبل الفسخ

ج - عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقلين، غير لازمة بالنسبة للعاقد الآخر.

د - عقود غير لازمة بالنسبة لأي واحد من العاقلين.

(١٢) أن القانون له ثلاثة مقاصد في مجال تنفيذ العقود.

(١٣) أن الخيار في اللغة اسم من الاختيار، والخيرة - بفتح الياء - بمعنى الخيار.

وأما الخيار في الاصطلاح فهو أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الخيار في فسخ العقد أو إمضائه .

ويعرف الخيار في القانون بـ (*option*) وهو خيار الشراء أو البيع وهو حق مطلق في شراء أو بيع عروض أو أسهم في تاريخ معين .

(١٤) أن تعريف أهل الفقه للخيار يتفق تماما مع تعريف أهل القانون إذ المعنى فيهما واحد وهو إعطاء الحق لأحد الطرفين أو لكليهما معاً في إبرام الصفقة أو ردها وإن اختلفت في التعبير عن ذلك العبارات والألفاظ .

(١٥) أن الحكمة من مشروعية الخيار على اختلاف أنواعه هي أنه يعتبر من محاسن الشريعة الإسلامية .

فقد أبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعع الجاهلية وأن القصد فيه المحافظة على مصالح الناس فقد يكون الإنسان قليل الخبرة في التعامل فيتعجل في الشراء ثم يتضح له بعد ذلك أنه غبن .

(١٦) أن الخيار له أنواع كثيرة مسطورة في كتب الفقه الإسلامي .

أما عن أنواع الخيار في القانون فإنه بعد التأمل في القانون نجد أن القانون يعطي حمايته لكل خيار يشترطه العاقدان في أي عقد حيث كان حدوثه ممكناً . وأن القانون يعرف ثلاثة أنواع من الخيارات اعتبرها هي الأهم وهي :

أ - الخيار في العقود المعلقة .

ب - الخيار في العقود المشروطة

ج - وخيار العيب .

(١٧) أن القانون في مرحلة لاحقة يوافق ما قال به فقهاء الإسلام من الاعتراف بخيار الرد بالعيب لواجد العيب .

(١٨) أن الخيار مشروع بأخاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(١٩) أن الشرط في اللغة : هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه وعرفه الأصوليون بأنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

والشرط في القانون هو ما يشترط في العقد إذا كان وجوده ضروريا .

(٢٠) أن خيار الشرط مشروع عند جمهور الفقهاء دل على ذلك الكتاب والسنة والمعقول .

(٢١) أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام فان زادت على ذلك فسد العقد .

(٢٢) أن خيار الشرط مشروع في القانون إذا كان العمل به ممكنا أما إذا كان العمل به مستحيلا فيلغى الخيار ويبطل العقد .

(٢٣) أنه يعمل بخيار الشرط إذا شرطه العاقدان أو أحدهما .

(٢٤) أن العقود التي يدخلها خيار الشرط هي عقود المعاوضات اللازمة التي لا يشترط فيها القبض في العوضين أو في أحدهما في مجلس العقد .

(٢٥) أن النكاح لا يحتمل شرط الخيار صيانة للغروج ولأجل الاحتياط فيها .

(٢٦) أنه يجوز خيار الشرط لكل واحد ويجوز شرطه لأحدهما دون الآخر .

(٢٧) أنه إذا شرط العاقدان أو أحدهما الخيار لأجنبي عن العقد جاز ويثبت الخيار له اعمالا للشرط المصحح . وأن القانون يجيز شرط الخيار حتى ولو كان لأجنبي .

(٢٨) أن خيار الشرط ينتهي بعدة أمور هي :

أ - الاختيار

ب - انتهاء المدة

ج - موت من شرط له الخيار .

(٢٩) أنه لا يجوز عند الامام مالك رحمه الله تعالى اشتراط النقد زمن الخيار لتردده عندهم بين السلفية والشمسية . أما الحنفية والشافعية والحنبلة فقد أجازوا النقد زمن الخيار بشرط وبغير شرط .

(٣٠) أن القائلين بمشروعية خيار الشرط اتفقوا على أن من أشاره ثبوت الحق في فسخ العقد لمن شرط له الخيار .

(٣١) أن المجلس في اللفظة مصدر ميمي معناه مكان الجلوس والفقهاء يريدون به هنا مكان الاجتماع الواقع عليه العقد على أي حال كان المتعاقدان .

وأن معنى خيار المجلس في الاصطلاح : هو أن يكون لكل من المتعاقدين الحق في إمضاء العقد أو فسخه ما دام في المجلس ولم يختارا إمضاء العقد، فلو اختار أحدهما لزومه سقط حقه في الخيار وبقي الحق فيه للآخر .

(٣٢) أن الراجح من قولى العلماء في خيار المجلس أنه مشروع دل على ذلك السنة والمعقول .

وأن خيار المجلس مشروع في القانون أيضا .

(٣٣) أنه لا يثبت خيار المجلس عند القائلين به إلا في العقود اللازمة من الجانبين القابلة للفسخ .

(٣٤) أن خيار المجلس يثبت عند القائلين به بحكم الشرع فلا يتوقف في ثبوته على اشتراط التعاقدين أو أحدهما له .

(٣٥) أن خيار المجلس ينتهى بأحد الأمور الآتية :

(١) تفرق التعاقدين بالأبدان .

(٢) التخاذل، فإذا اختار المتبايعان لزوم العقد لزما وانتهى الخيار .

وإذا اختار أحدهما ذلك انتهى الخيار ولزم العقد في جانبه وبقي الآخر على خياره .

(٣) زوال الأهلية : فقد اتفقت كلمة الفقهاء من الشافعية والحنبلة على أنه إذا جن من ثبته الخيار أو أغمى عليه في المجلس قام الولي مقامه في الخيار فيفسخ العقد أو يجيزه .

(٤) أن الموت لا يسقط خيار المجلس عند الشافعية بل ينتقل به إلى الوارث ، فإن كان في مجلس العقد ثبته الخيار إلى أن يتفرقا أو يتخيرا .

(٣٦) أن خيار المجلس في القانون يمتد إلى انتهاء المجلس إذا كان العاقدان موجودين في مجلس العقد أما إذا كان متفرقين فالعقد ينعقد في ثلاثة أحوال :

أ - بالمراسلة

ب - بواسطة شخص معين

ج - بالهاتف أو ب (تلى برنتر)

(٣٧) اتفق القائلون بخيار المجلس على أن العقد مع هذا الخيار جائز لا يلزم أحدا من الطرفين ولكل منهما فسخ العقد وإمضاؤه مادام في المجلس وكذلك الحال في القانون .

(٣٨) أن الرؤية في اللغة : المشاهدة بالبصر حيث كان أي في الدنيا والآخرة .

وخيار الرؤية في الاصطلاح : حق يثبت للعاقدين بمقتضاه فسخ العقد أو إمضاؤه عند رؤية محل العقد المعين . فالمراد بالرؤية عند الفقهاء ما هو أعم من خصوص المشاهدة بالبصر وهو العلم بالمقصود من المعقود عليه سواء أكان بالبصر أم بغيره كالشم في المشمومات كالروائح والذوق في المذوقات كالأطعمة وإحس في الأشياء التي لا تعرف إلا بالحواس كما في بعض أنواع الأقمشة .

(٣٩) أن سبب خيار الرؤية هو عدم رؤية المعقود عليه عند التعاقد أو قبله .

(٤٠) أن الراجح من أقوال الفقهاء هو القول بصحة العقد على الغائب .

وأن القانون يعترف بخيار الرؤية ويحدث هذا كثيرا في البيع

بالصفة وبيع الأشياء غير المشخصة والبيع بالنموذج .

(٤١) أن خيار الرؤية يثبت للمشتري إذا اشترى شيئا غائبا يظنه خيرا

مما وصف له فإذا وجده على خلاف ذلك ثبت له حق الخيار، وهو يثبت من غير

اشتراط في العقد، لأنه حق أثبتته الشارع سواء شرط بالعقد أو لم يشترط،

ولا يثبت لمن شرط له الخيار إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

(١) أن يكون محل العقد معينا بالتعيين كالدار في جهة كذا .

(٢) أن يكون العقد مما يقبل الفسخ حتى يمكن فسخه .

(٣) ألا يكون من له الخيار من العاقدين قد رأى محل العقد

عند التعاقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه على ما تقدم بيانه .

(٤٢) أن القانون يشترط للبيع بالنموذج بعض الشروط وهي :

(١) بأن الكل يمثل بالنموذج في المعيار .

(٢) يعطى للمشتري فرصة معقولة حتى يقارن الكل مع النموذج .

(٣) أن الأشياء لا يكون بها أي عيب مما يجعلها غير صالحة

للبيع .

(٤٣) لانزاع بين القائلين بمشروعية خيار الرؤية في أنه يثبت للمشتري

في عقد الشراء باعتباره أن المشتري لأعلم له بالمبيع فلذلك كان له حق

الخيار واختلفوا في ثبوته للمالك الذي ملك غيره مالم يره إذا باع شيئا

من غير رؤيته والراجح القول بثبوت خيار الرؤية للمشتري دون البائع .

(٤٤) أن خيار الرؤية يثبت في كل عين ملكت بعقد يفسخ بالرد كالإجارة

والملح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما أشبه هذا .

(٤٥) أن خيار الرؤية لا ينتهي إلا إذا وجد الرضا من المشتري ومن في

حكمه بعد الرؤية صراحة .

(٤٦) أمّا عن أثر خيار الرؤية في العقد فإن له أثرا في صفة العقد وفي حكمه .

أمّا أثره في صفة العقد فإنه يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار .

وأمّا عن أثره في حكم العقد فإنه يتجلى في عدم انتقال المالك لاحتمال الفسخ على ما قاله المالكية .

(٤٧) أن العيب في اللغة : هو الوصمة ، والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد نقصا .

وهو عند الفقهاء : النقص الذي جرت العادة بالسلامة منه مما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة أو كان العيب مؤديا لنقصان في العين أو كان العيب في التصرف أو يخشى منه العاقبة .

(٤٨) أن خيار الرد بالعيب مشروع بالمنقول والمعقول وأن خيار العيب في القانون اعترف به القانون بعد تطوره .

(٤٩) أن ظهور العيب سبب لثبوت الخيار للمتملك وأن العيب الذي يثبت به الخيار لا بد فيه من أن يكون مؤثرا في الرضا .

(٥٠) أن الراجح في ضابط العيب أنه يرجع فيه إلى العرف فما يعده أهل الخبرة عيبا فهو عيب وإلا فلا .

(٥١) أن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد اتفقوا على أن لواجد العيب حق الخيار على صاحبه وذلك في عقود المبادلات التي يقصد منها العوض والتي يكون المعقود عليه فيها معيننا بالتعيين أي شخصا .

كما اتفقوا على أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا تأثر للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة .

(٥٢) أن الراجح من أقوال الفقهاء قول المالكية والشافعية ومن معهم بثبوت حق الخيار في النكاح لواجد العيب شريطة أن يكون العيب موحودا قبل

العقد ولم يعلم به صاحبه .

(٥٣) أنه إن حدث العيب بعد دخول المبيع في ضمان المشتري فلا خيار له ،
فقد قبض السلعة سليمة خالية من العيوب فلا حق له في الرد .

(٥٤) أن لخيار الرد بالعيب شروطا هي :

(١) أن العيب الذى ينعقد سببا للخيار هو العيب الموجود ^{بالمبيع}
قبل العقد عليه .

(٢) أن يكون العيب مما يزال بمشقة .

(٣) ألا يزول العيب قبل علم المشتري به .

(٤) أن يقع العقد خاليا من اشتراط البراءة من كل عيب .

(٥٥) أن المتتبع لكلام الفقهاء رحمهم الله تعالى يجد أن ما يسقط به
الخيار لو اجد العيب قسمان :

أ - قسم يسقط به الرد ولا يكون للمشتري معه حق الرجوع
بنقصان العيب .

ب - وقسم يبطل به الرد ويكون له معه حق الرجوع .

(٥٦) أن خروج المبيع عن ملك المشتري بدون عوض كما هو الحال فى
الهبة يتفق الفقهاء فيه على أنه ليس للمشتري الواهب أن يفسخ البيع
لامتناع الرد .

(٥٧) أن تصرف الواهب فى الموهوب يسقط حقه فى الأثر على ما ذهب
إليه الحنفية والشافعية .

(٥٨) أن أثر خيار العيب فى العقد يغير صفة العقد من اللزوم الى
الجواز بالنسبة لمن ثبت له الخيار وهو مخير بين أمرين :

(١) إمّا الرضا بالمعقود عليه كما هو وحينئذ يسقط الخيار
ويلزم العقد .

(٢) وإما رده إلى مالكه الأول وحينئذ يبطل العقد ويصير كأن

لم يكن وليس لهذا الخيار تأثير في الحكم وهو انتقال الملك.

(٥٩) أن الفقهاء متفقون على ثبوت الخيار حقا للوارث كما كان

للمورث وذلك في خيار الرد بالعيب والتعيين والغنيمة والاستحقاق وخيار

القصاص وخيار الرهن.

(٦٠) كما اتفقوا رحمهم الله تعالى على أن الخيار الثابت للمورث

لا ينتقل بموته إلى وارثه وذلك فيما يأتي:

(١) خيار رد الأب ما وهبه لابنه.

(٢) خيار الكتابة

(٣) خيار الطلاق

(٤) خيار اللعان

(٥) خيار الإقالة

(٦) خيار القبول

(٦١) أن الراجح ما قال به الحنفية من أن ثبوت الخيار للمورث لا ينتقل

إلى غيره من ورثته بل يبطل هذا الحق بموت من له الخيار وذلك في

مسألة هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أو لا ؟

(٦٢) أن ملك المبيع زمن الخيار يبقى على ملك البائع على ما قال به

المالكية والشافعية ومن معهم.

هذا وبالله التوفيق .

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .

- أولا :
- مراجع علوم القرآن الكريم :
- (١) القرآن المجيد
- (٢) أحكام القرآن
- للامام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص .
- الناشر : دار المصحف : شركة مكتبة ومطبعة عبدالرحمن محمد - مصر .
- وطبعة أخرى : لدار الكتاب العربي - بيروت ، لبنان .
- (٣) الجامع لأحكام القرآن :
- لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي
- طبعه : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان
- مراجع السنة وعلومها :
- (١) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم .
- تأليف : الشيخ منصور علي شامف
- طبعة : دار الفكر - بيروت لبنان .
- (٢) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى
- لالحافظ أبي العلي محمد عبدالرحمن بن
- عبدالرحيم المباركفوري .
- الناشر : محمد عبدالمحسن الكتبي المدينة المنورة .
- (٣) جامع الترمذى، الامام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذى
- طبعة : سعيد ايج ايم كمبنى، كراتشي، باكستان .
- (٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة محمد بن إسماعيل
- المنعاني المعروف بالأمير .
- مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر وطبعة
- أخرى من نشر : مكتبة عاطف الأزهر .

- (٥) سنن أبي داود، للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، طبع : دار الفكر.
- (٦) سنن الدارمي ، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، بتحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، نشر السنة ، ملتان، باكستان.
- (٧) سنن النسائي، الحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، نشر : المكتبة السلفية، بـلاهور، باكستان.
- (٨) صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، نشر : المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا
- (٩) صحيح مسلم ، بشرح النووي للإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبي الحسين . طبع : دار الفكر - بيروت - لبنان .
- (١٠) فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني طبعة : دار إحياء التراث العربي، بيروت .
- (١١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نشر المكتبة التوفيقية،
- ثالثا : مراجع أصول الفقه
- (١) أحكام الأحكام، لسيف الدين أبي الحسن علي الآمدي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت .
- (٢) كشف الأسرار للشيخ عبد العزيز البخاري على أصول فخر الإسلام الهزدوي . ط : دار الكتاب العربي بيروت لبنان .

- (٣) أصول السرخسى : لمحمد بن أحمد بن أبى سهل،
نشر مطابع دار الكتاب القاهرة .
- (٤) علم أصول الفقه : للشيخ عبد الوهاب خلاف، مطبعة النصر .
- رابعاً : المراجع الفقهية :
- ١ - مراجع فقه الحنفية
- (١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق
للشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم ، طبعة المكتبة
الماجدية ، كوئته ، باكستان
- (٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
تأليف : الامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى .
المطبعة : دار الكتاب العربى بيروت لبنان .
- (٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لغفر الدين عثمان بن
على الزيلعى الحنفى
نشر : مكتبة امدادية ، ملتان ، باكستان
- (٤) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين .
طبعة : دار الفكر والمكتبة الماجدية كوئته ، باكستان .
- (٥) شرح فتح القدير تأليف الشيخ كمال الدين محمد بن
عبدالواحد السيواسى .
طبعة : دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، لبنان .
- (٦) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم بار
اللبنانى ولخالد الآتاسى .
ط : دار إحياء التراث العربى بيروت ، لبنان ،
وطبعه : مكتبة اسلامية كوئته ، باكستان
- (٧) شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين محمد بن
محمود البابرتى على هامش فتح القدير ،
طبعة : دار إحياء التراث العربى ، بيروت .

- (٨) المبسوط للشيخ شمس الدين السرخسي
دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- (٩) الهداية شرح بداية المبتدى ، لبرهان الدين أبي
الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني ،
المرغيناني .
الناشر : المكتبة الاسلامية ، باكستان
- (١٠) منحة الخالق على البحر الرائق للشيخ محمد أمين
الشهير بابن عابدين على هامش البحر الرائق
طبعة : المكتبة الماجدية ، كوثته ، باكستان
- (١١) جامع الفصولين للشيخ محمود بن اسماعيل المشهور
بابن قاضي سماوة .
طبعة : اسلامي كتب خانه كراتشي ، باكستان .
- (١٢) الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند .
طبعة مكتبة رشيدية ، كوثته ، باكستان

مراجع فقه الشافعية

ب -

- (١) حاشية البجيرمي على الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي
الناشر : دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- (٢) الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع لشمس الدين محمد بن
أحمد الشربيني الخطيب ،
طبع : دار المعرفة .
- (٣) حاشية الباجوري ، للشيخ إبراهيم الباجوري .
بهاشم الإقناع .
- (٤) حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين محمد بن
أحمد المحلي ، على منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا
يحيى بن شرف النووي ، طبعة الحلبي بمصر .

- (٥) مختصر المزنى الموجود بهامش كتاب الأم طبعة دار المعرفة بيروت ، لبنان .
- (٦) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبى زكريا - يحيى بن شرف النووى .
الناشر: دار إحياء التراث العربى ، بيروت
- (٧) المجموع ، لأبى زكريا محى الدين بن شرف النووى، مطبعة دار الفكر بيروت لبنان ومطبعة الامام
- (٨) المذهب فى فقه الإمام الشافعى، لأبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى، طبعة: دار الفكر.
- (٩) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى (الشهير بالشافعى الصغير) .
طبعة: المكتبة الاسلامية لرياض الشيخ .

مراجع فقه المالكية

ج -

- (١) بداية المجتهد، ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الشهير بابن رشد الحفيد
طبعة المكتبة العلمية، لاهور، باكستان
- (٢) بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير.
طبعة مكتبة مصطفى البابى الحلبي مصر.
- (٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي،
طبع : دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي، مصر.

- (٤) الخرشي على مختصر سيدي خليل
ابو عبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي
طبعة : دار صادر، بيروت
- (٥) الشرح الصغير للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير
على هامش بلغة السالك لأقرب المسالك .
طبعة : مصطفى البابي الحلبي، مصر .
- (٦) الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير على هامش
حاشية الدسوقي،
طبعة : دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي
مصر .
- (٧) المنتقى شرح الموطأ
تأليف : أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباطلي الاندلسي
نشر : دار الكتاب العربي بيروت .

د - مراجع الفقه الحنبلي :

- (١) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد
ابن حنبل للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان
المرداوي ،
بتحقيق : محمد حامد الفقي
نشر : إحياء التراث العربي، بيروت .
- (٢) كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس بن
ادريس البهوتي
طبعة : مكتبة النصر الحديثة - الرياض .
- (٣) المغني لابن قدامة لأبي محمد بن عبدالله بن محمد بن
قدامة علي مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن
أحمد الخرقى،
طبعة : مكتبة الجمهورية العربية، مصر .

- (٤) المدخل إلى الفقه الإسلامي تاريخ التشريع ومصادره
والنظريات الفقهية
للدكتور محمود محمد الطنطاوى
نشر : مكتبة وهبة بالقاهرة .
- (٥) مجموع فتاوى ابن تيمية لشيخ الاسلام أحمد بن تيمية
جمع وترتيب : عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى
طبع : خادم الحرمين الشريفين .
- خامسا : المراجع اللغوية :
- (١) التعريفات للسيد على بن محمد الجرجاني
انتشارات : ناصر خسرو طهران ، ايران
- (٢) العين للخليل بن أحمد الفراهيدى
طبعة : العاني بغداد ١٣٨٦هـ
- (٣) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب
الفيروز آبادى
طبعة : مؤسسة الحلبي بمصر
- (٤) مختار الصحاح للشيخ الامام محمد بن أبى بكر بن
عبدالقادر الرازى
طبعة : دار النهضة للطبع والنشر - الفجالة ، القاهرة .
- (٥) لسان العرب لابن منظور
نشر : ادب الحوزة - قم ايران ١٤٠٥هـ
- (٦) المصباح المنير لأحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى
طبعة : المطبعة الأميرية - القاهرة ١٩٢٨م .

سادسا : مراجع القانون العام

Law Books References

- 1) An outline of the Law of Contract
By G.H. Treitel - Third Edition.
- 2) A Manual of Mercantile Law
By M.C. Shukla Published, India.
- 3) A Selection of Legal Maxims
By Broom., Pub. (Sweet & Maxwell Ltd. London)
- 4) Charlesworth's Mercantile Law
By: Clive N. Schmitthoff, David A.G. Sarre 14th Edition.
- 5) Chitty on Contracts - General - General Principles
Printed by Sweet & Maxwell, London.
- 6) Contracts By Sanjiva Row Law Publishers, India.
- 7) The New Encyclopaedia Britanica
- 8) Law Dictionary By Faruqi (English - Arabic Edition) Beirut.
- 9) Strouds Judicial Dictionary By John S. James
Published By Sweet & Maxwell Ltd., London.
- 10) The Contract Act. 1972.
- 11) Words and Phrases Legally Defined
Printed by Butterworth's, London, 1969.