

T-1093
Accession No.....

الجامعة الإسلامية العالمية باسلام آباد
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا



حق البائع في استرداد المبيع

«دراسة فقهية مقارنة»

بحث لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف :

الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد
وكيل كلية الشريعة والقانون للدراسات العليا

من إعداد :

الطالبة : رخسانة مير



١٤١٧ هـ
١٩٩٦ م

MS
۳۴۰۵۹۳
ر خ ح
فقه اسلامی - تجارت



M

1-101093

DE

e

۱۴/۲/۹۱

DATA ENTERED



Amz
06/02/14

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

توقيعات الممتحنين

١- المناقش الخارجى :

الإسم التوقيع

٢- المناقش الداخلى :

الإسم التوقيع

٣- المشرف :

الإسم التوقيع

اسلام آباد : / / ١٩٩٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله الذى خلق الإنسان ، وعلمه البيان ، وألهمه طريق الرشده ، وهده
بسامى حكمته إلى ما يوصله إلى مرضاته عز وجل .
والصلاة والسلام على سيدنا محمد القائل (من ىرد الله به خيراً يفقهه فى
الدين) (١) صلى الله عليه وسلم و على أصحابه الفقهاء والمحدثين الذين ضربوا فى
كل فن من فنون العلم بسهم وافر فحفظوا عن الرسول صلى الله عليه وسلم كل ما
جاء به عن ربه فكانوا خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر .
وبعد :

فلما كنت قد حصلت بعون الله تعالى على درجة البكالوريوس من كلية
الشريعة والقانون بهذه الجامعة المباركة وانتهيت من دراسة مواد الدراسات العليا ،
وكان لا بد من إعداد بحث للحصول على درجة الماجستير فى الشريعة والقانون . فقد
أعددت بحثاً لهذا الغرض بعنوان (حق البائع فى استرداد المبيع . دراسة فقهية
مقارنة) .

١- رواه البخارى و مسلم و أحمد والترمذى والبيهقى على ما فى كشف الخفاء .
انظر : كشف الخفاء ومزيل الالباس عما اشتهر من الحديث على السنة الناس للإمام اسماعيل بن محمد العجلونى الجراحى
ج ٢ / ٢٨٥ . وفضل الله الصمد فى توضيح الأدب المفرد للعلامة فضل الله الجيلانى ج ٢ / ١٢١ الحديث رقم ٦٦٦
المطبعة السلفية.

خطة البحث :

وقد عالجنا جوانب هذا الموضوع فقسمته إلى :

- تمهيد :
- وخمسة فصول .
- وخاتمة .

أما التمهيد : ففي العقد : من حيث معناه في اللغة والاصطلاح وأركانه وتقسيماته .

وأما الفصل الأول : ففي ثبوت حق البائع في استرداد عين ما باعه .
وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف البيع في اللغة والاصطلاح والكلام عن حكمة
المشروعية و دليلها ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول - تعريف البيع في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني - حكمة المشروعية ودليلها .

المبحث الثاني - متى يثبت للبائع حق استرداد المبيع ، وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : العقود والتصرفات التي يباشرها الصبي .

المطلب الثاني : بيع المكره .

المطلب الثالث : قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع .

المطلب الرابع : حالة ما إذا خرج الثمن زيوفاً .

المطلب الخامس : شراء العبد بدون إذن سيده .

الفصل الثانى : موجبات الخيار وفساد العقد بسبب ظهور عيب فيه .
وفيه تمهيد ومبحثان .

- التمهيد - فى تعريف الخيار فى اللغة والاصطلاح و بيان الحكمة منه .
- المبحث الاول : أهم أنواع الخيارات ، وفيه أربعة مطالب :
- المطلب الاول - خيار الرؤية .
- المطلب الثانى - خيار العيب .
- المطلب الثالث - خيار المجلس .
- المطلب الرابع - خيار الشرط .
- المبحث الثانى - ملك المبيع زمن الخيار .
- وفيه مطلبان :
- المطلب الاول - ملك المبيع زمن الخيار .
- المطلب الثانى - ضمان المبيع .

الفصل الثالث

رجوع البائع فى عين ما باعه بسبب إفلاس المشتري أو موته ،
وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الاول - تعريف الإفلاس فى اللغة والاصطلاح .
- المبحث الثانى - حلول الدين المؤجل بالموت أو الفلاس .
- المبحث الثالث - رجوع الدائن فى عين سلعته ،
وفيه مطلبان :
- المطلب الاول - من وجد عين ما له عند المدين هل يكون أحق به ؟
- المطلب الثانى - شروط رجوع البائع فى عين سلعته .
- المبحث الرابع : بيع الحاكم مال المدين .

الفصل الرابع :

الكلام عن فسخ العقد و رجوع كل من المتبايعين على الآخر بسبب الاختلاف
فى جنس الثمن أو مقدار الأجل أو الاختلاف فى قدر المبيع .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الاول - حكم الاختلاف فى الثمن ،

وفيه مطلبان :

المطلب الاول - الاختلاف فى الثمن حال قيام السلعة .

المطلب الثانى - الاختلاف فى الثمن بعد هلاك السلعة .

المبحث الثانى - الإختلاف فى مقدار الأجل .

المبحث الثالث - الإختلاف فى قدر المبيع .

الفصل الخامس:

ما يسقط به حق البائع فى الاسترداد

وأتكلم عن سقوط هذا الحق فى مبحثين .

المبحث الاول : فى الحوالة .

المبحث الثانى : فى الهبة .

و أما الخاتمة : فقد جعلتها فى خلاصة ما انتهيت إليه فى هذا البحث ،

والله الموفق وهو سبحانه وتعالى حسبى ونعم الوكيل .

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

المقدمة

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد :
فإن الشريعة الإسلامية قد أباحت للبائع أن يسترد المبيع حيث كان يلحقه ضرر بسبب عدم الرد .

لأن الشريعة الإسلامية الغراء قامت على دفع الحرج ، قال الله عز وجل (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج) (١) إلى غير ذلك من الآيات الكريمة .
ولما كان الاسترداد عبارة عن إعادة الحقوق إلى ذويها فلا بد من أن يكون استرجاع الحق لصاحبه مبنيا على سبب .

ومن هذه الأسباب رجوع المبيع إلى صاحبه بسبب فساد في عقدة البيع أو وجود عيب في المبيع أو إفلاس المشتري بالثمن مع بقاء المبيع في يده .
وتلك الأسباب التي ذكرتها قليل من كثير . لا يدخل تحت حصر وليس هذا من السهل إذا أراد الباحث الوقوف عليه .

فاستخرت الله عز وجل شأنه في تناول هذا الموضوع بجعله عنوانا لبحثي وقد بذلت بعون الله تعالى كل جهدي في الاطلاع على الكثير من كتب الفقه سواء في ذلك كتب المذاهب الأربعة أو غيرها ليسهل على القارئ إدراكه .

سبب الاختيار :

بعد حصولي بحمد الله تعالى وفضله على درجة البكالوريوس من هذه الجامعة المباركة وكان لا بد من اعداد بحث للحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون ، فكرت في موضوع لأجعله عنوانا لبحث الماجستير فأعملت في ذلك فكري وترددت على المكتبات من أجل هذا الغرض .

وبعد استشارة الكثير من أساتذتي وجدتنى مدفوعة لاختيار موضوع :

(حق البائع فى استرداد المبيع) .

وكان من أهم بواعث الاختيار :

- أن هذا الموضوع متعلق بالحقوق ، والحق هو اختصاص يقرر به الشارع سلطة أوتكليفاً .

- أن الشارع الحكيم حينما يقرر حقاً للإنسان ينشئ فى نفس الوقت واجباً مقررأ على غيره من الناس نحو هذا الحق وهذا الواجب هو احترام هذا الحق فى نطاق الحدود المرسومة له .

فحق الملكية لشخص فى داره أو فى سيارته يوجب على غيره من الناس ألا يعتدوا على ملكه بغصب أو سرقة أو إتلاف .

- أن هذا الموضوع متعلق بالحقوق المالية الشخصية التى يقرها الشارع الحكيم لشخص على شخص آخر مثل حق المشتري فى تسليم المبيع وحق البائع فى تسليم الثمن ، حتى إنه إذا لم يتسلم الثمن ، كان له الحق فى استرداد المبيع .

- مكانة المال فى الإسلام باعتباره وسيلة لتحقيق كثير من المنافع للإنسان .

- الاسهام بقدر الوسع والطاقة مع الدعاة العاملين فى نشر التوعية والثقافة الإسلامية فى بلدان المسلمين .

منهج البحث :

سلكت فى انجاز هذا البحث الطرق الآتية :

أولاً : بنيت دراستى فى هذا البحث على المذاهب الأربعة ، نظراً لاعتمادها عندالجميع .

ثانياً : وقد أعرج على مذاهب غيرهم كالظاهرية وغيرهم إذا وجدت لهم قولاً فى المسألة التى أتناولها بالبحث .

ثالثاً : اعتمدت فى نسبة كل قول و دليله فى كل مذهب على الكتب المعتمدة فى المذهب وأخذت آراءه منها .

رابعاً : رقت الآيات القرآنية الموجودة في البحث وثبتت منها في موضعها من المصحف الشريف ، فذكرت في الحاشية اسم السورة ورقم الآية ليسهل الرجوع إليها .

خامساً : التزمت بتخريج الأحاديث النبوية التي ورد ذكرها في البحث معتمدة في ذلك على الكتب المعتمدة في هذا المجال .

سادساً : شرحت الألفاظ الغريبة والكلمات التي تحتاج لبيان مستعينة في ذلك بالكتب المختصة بهذا الشأن .

سابعاً : ذكرت في آخر البحث قائمة له ذكرت فيها ما انتهيت إليه فيه .

ثامناً : وضعت فهرسين للبحث .

أولهما : للموضوعات بينت فيه فصول البحث و مباحثه وما يتضمن من فروع و جزئيات .

ثانيهما : لمصادر البحث ومراجعته تسهيلاً للرجوع لموضوعات البحث عند الحاجة إليها مع التزامي بذكر اسم الكتاب واسم المؤلف مع بيان الطبعة والناشر .

هذه هي خلاصة المنهج الذي التزمته في معالجة هذا البحث .

فما كان فيه من صواب وتوفيق فمن الله عز وجل وما كان فيه غير ذلك فمني وأستغفر الله العظيم لذلك .

وهو سبحانه الهادي إلى سواء السبيل .

وصلّى الله على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين .

التمهيد

فى العقد من حيث معناه فى اللغة والاصطلاح وأركانه وتقسيماته من حيث الحكم التكليفى والحكم الوضعى .

١- تعريف العقد فى اللغة (١) نقيض الحل ،

ويطلق لفظ العقد فى اللغة على معان كثيرة منها :

الشّد والتوثيق والإحكام والجمع بين أطراف الشئ وربطها.

تقول : عقدت الحبل عقدا ، اذا شددته وقوته ،

وتقول : أعقد هذا الحبل بذاك : أى أربط بينهما ،

وشخص عقد صله طيبة بشخص أو بجماعة : بمعنى أنه قوى ووثق ما بينهما

من علاقات وروابط ، ويقال عقدت .

وقال المطرزى (٢) فى كتابه "المغرب فى ترتيب المغرب" (٣) عقد الحبل

عقدا وهى العقدة ، ومنه عقدة النكاح .

والعقد : العهد ،

وجاء فى المصباح المنير للفيومي : (٤) .

عقدت الحبل عقدا من باب ضرب فانعقد والعقدة : ما يمسكه ويوثقه ومنه

قيل: عقدت البيع ونحوه ، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد ، ومعقد الشئ

موضع عقده و عقدة النكاح وغيره : إحكامه وإبرامه .

قال الله عزوجل {ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله} (٥) .

١- المصباح المنير لمحمد بن أحمد الفيومي ص ٦٤٤ والقاموس المحيط للفيروز آبادى ١ / ٣١٥ مادة عقد .

٢- وهو الامام أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن على المطرزى المتوفى ٦١٦ هـ .

٣- ج ١ / ٣٧٧ نشر دار الكتاب العربى ، بيروت .

٤- المصباح المنير ص ٦٤٤ المطبعة الأميرية بالقاهرة .

٥- سورة البقرة: آية رقم : ٢٣٥

وبالتأمل فى المعانى السابقة للفظ العقد نجد أنها جميعا تدور حول الأحكام والربط والتقوية سواء فى ذلك الأمور المحسوسة أم الامور المعنوية .

وقد صرح كثير من أهل العلم بهذا المعنى للعقد ومن هؤلاء :

١- الامام الزمخشري (١) فى تفسيره " الكشاف " فقد قال :

العقد : هو العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه وهى عقود الله تعالى التى عقدها على عباده وألزمها اياهم من مواجب التكليف .

وقيل : هى ما يعقدون بينهم من عقود الأمانات ويتحالفون عليه من البياعات ونحوها (٢) .

وتشير هذه الأقوال بوضوح إلى أن العلماء رحمهم الله تعالى يطلقون كلمة العقد على مطلق الربط من غير فرق بين المحسوسات كعقدت الحبل .

أو المعنويات كعقدت البيع ، وعقدت العهد ، وكل ما يلزم به الإنسان المكلف نفسه فى المستقبل من فعل أمر ، ومن هذا سمي اليمين عقدا .

وقد اختلف أهل التفسير فى المراد من العقود فى قول الله عز وجل من قائل :

(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (٣) على أقوال (٤) .

القول الاول : أن المراد بالعقود : العهود التى أخذها الله تعالى على عباده من حيث الإيمان به عز وجل وبطاعته فيما أحل أو حرم روى هذا عن حبر الأمة ابن عباس رضى الله عنهما . وبه قال مجاهد (٥) .

-
- ١- تفسير الكشاف للزمخشري تفسير مشهور يمتاز باظهار الجانب البلاغى فى القرآن وصاحبه أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري المتوفى ٥٣٨هـ فرغ من تأليفه ضحوة يوم الاثنين الثالث والعشرين من شهر ربيع الآخر فى عام ثمان وعشرين وخمسائة لكنه رأس فى الاعتزال عفا الله عنه . راجع وفيات الأعيان لابن خلكان ج ٢ / ١٠٧ .
- وكشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون لحاجى خليفة ج ٢ / ١٤٧٥ نشر مكتبة المثنى - بغداد .
- ٢- تفسير الكشاف للزمخشري عند تفسيره للآية الأولى من سورة المائدة . مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٧٢ م .
- ٣ - سورة المائدة الآية ١
- ٤- روح المعانى للألويسى ٢ / ٧٣٢ وتفسير القرآن العظيم ج ٢ / ٣
- ٥- تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين أبى الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى المتوفى ٧٧٤هـ ج ٢ / ٣ نشر مكتبة دار التراث - القاهرة .

وحكى ابن جرير الاجماع على ذلك (١) .

القول الثانى : أن المراد بالعقود : العقود التى يتعاقد بها الناس بينهم كعقد البيع وعقد الأيمان وعقد النكاح ونحو ذلك .

وإليه ذهب ابن زيد وزيد بن أسلم .

القول الثالث : أن المراد بالعقود : العهود التى كانت تؤخذ فى الجاهلية على مناصرة من ظلم . روى عن مجاهد .

القول الرابع : أن المراد بالعقود : العهود التى أخذها الله تعالى على أهل الكتاب بالعمل فى التوراة والانجيل مما يقتضى التصديق بخاتم النبیین سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم .

وقال زيد بن أسلم (أوفوا بالعقود) قال : هي ستة : عهد الله وعقد الحلف، وعقد الشركة وعقد البيع وعقد النكاح وعقد اليمين .

وقال محمد بن كعب : هي خمسة : منها حلف الجاهلية وشركة المفاوضة. (٢)
وأختار بعض أهل التفسير أن المراد من كل المعانى السابقة للعقد : ما يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود المعاملات والأمانات ونحوهما مما يجب الوفاء به . (٣)
وهذا الذى اختاره البعض من المفسرين هو ما يترجح لديّ لوجهاتته وبذلك يكون لفظ العقد صالحاً لاطلاقه على كل ما ألزم الله تعالى عباده من التكاليف وغيرها إذ فى كل هذه المعانى يسمى عقداً . والله تعالى أعلم .

١- السابق نفس الجزء والصفحة .

٢- وقد استدلل بعض من ذهب إلى أنه لا خيار فى مجلس البيع بهذه الآية (أوفوا بالعقود) قال : فهذه تدل على لزوم العقد وثبوته فيقتضى نفى خيار المجلس وهذا مذهب أبى حنيفة ومالك . وخالفهما فى ذلك الشافعى وأحمد . تفسير القرآن العظيم ٢ / ٣

٣- روح المعانى للأئوسى ٢ / ٢٤٠ . وتفسير القرآن العظيم - السابق .

تعريف العقد فى الاصطلاح :

يطلق العقد فى لسان الفقهاء على معنيين :

أحدهما - شائع مشهور وهو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل (١) فهو مجموع إيجاب أحد الطرفين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعنى متولى الطرفين .

فهو يشمل ما يجرى بين اثنين فأكثر حقيقة أو حكماً . فمثال ما يجرى بين اثنين حقيقة كالعارية وما إلى ذلك . ومثال ما يجرى بين اثنين حكماً .

كما لو زوج الجد ابن ابنه المشمول بولايته من بنت ابن آخر له (٢) .

وبيع الأب مال ابنه المشمول بولايته من نفسه (٣)

وهذا ما يعبر عنه بمتولى الطرفين . وهذا التعريف ليس تاماً . لأن مجرد الإيجاب والقبول لا يسمى عقداً فى الشرع بحيث تترتب عليه آثاره بل لا بد بالإضافة إلى ذلك أن يحكم الشارع بأن الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكماً . فحينئذ يوجد العقد وتترتب عليه آثاره ولهذا عرف أستاذنا الجليل المرحوم الشيخ على الخفيف العقد فقال :

العقد : هو الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعى (٤) وذلك الربط لا يتم إلا باتحاد موضوعهما وجعل ثانيهما اقراراً لأولهما ورضا به بحيث يفهم من مجموعهما وجود ارادتين متوافقتين

١- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا - المادة : ٢٦٢

وفتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ٢ / ٣٤١ . المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣١٦ هـ - ١٣١٧ هـ - ١٣١٨ طبعة أولى -

٢- شرح المنهاج للجلال المحلى ٣ / ٢٣٢ مطبعة الحلبي القاهرة ١٣٥٧ هـ .

٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد الرملى المتوفى ١٠٠٤ هـ ج ٣ / ٣٥٩ وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى ٥٨٧ هـ مطبعة مصر ١٣٢٧ هـ .

٤- مختصر المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٦٦ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م طبعة أولى.

على إنشاء التزام شرعى مطلوب لهذين الشخصين .

ويؤكد هذا ما جاء فى كتاب « العناية » للإمام محمد بن محمود بهامش فتح
القدير من :

أن الإنعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل. (١)
وما جاء فى كتاب « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » .
من أنه : « ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره
فى المعقود عليه (٢) .

وينقسم هذا التعريف إلى العناصر التالية :-

- (١) وجود عاقدين أو من يقوم مقامهما أحدهما : الموجب والآخر : القابل .
 - (٢) ارتباط الإيجاب الصادر من أحدهما بالقبول الصادر من الآخر .
 - (٣) أن يترتب على الإيجاب والقبول نتائج وآثار فى محل العقد أو المعقود عليه .
- فالعقد إذن : هو مجموع الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما مع ذلك الارتباط
الحكمى .

وهذا هو المعنى المشهور الذى يكاد ينفرد بالاصطلاح حتى إذا أطلقت كلمة العقد
تبادر إلى الذهن هذا المعنى دون غيره .
وعلى هذا لا يكون الطلاق والعتق المجردان عن المال والوقف والإبراء والنذر واليمين
والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة والطريق ونحو ذلك عقداً . لأن ما ذكر لا يشتمل
على توفر إرادتين ويستنتج من تعريف الفقه الإسلامى للعقد.

١- شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرى المطبوع مع شرح فتح القدير ٥ / ٧٤
المطبعة الأميرية القاهرة - طبعة أولى .

٢- مرشد الحيران تأليف محمد قادري باشا المادة ٢٦٢ - وانظر أيضاً :
شرح مرشد الحيران للأستاذين : محمد زيد الأبياتى ومحمد السنجلفى مطبعة المعارف بغداد ١٣٧٥ هـ طبعة ثانية
المادة المذكورة .

و بخاصة تعريف صاحب مرشد الحيران :
أن الفقه الإسلامى يميل إلى النزعة الموضوعية ولا يعتبر النزعة الذاتية التى
تسود الفقه الغربى (١) .

كما أن الفقه الإسلامى لا يعول على توافق الإرادتين وإنما يعتد بما يظهر من أثر
لتوافق هاتين الإرادتين فى المعقود عليه وما ينتج عن ذلك ومن هنا أخذ الفقه
الإسلامى بالإرادة الظاهرة ولم يعول على الإرادة الباطنة .

المعنى الثانى للعقد:

ومن الفقهاء من يطلق العقد على معنى أوسع من هذا فيريدون بالعقد كل
تصرف ينشأ عنه حكم شرعى والمراد بالتصرف :
كل ما يأتى به الإنسان المميز بإرادته من أقوال أو أفعال ويرتب عليه الشارع نتيجة
من النتائج سواء أكانت تلك النتائج فى صالح ذلك الشخص أو فى غير
صالحه (٢) .

فمثال التصرف القولى :

تصحیح إنهاء الشخص لعلاقته بزوجه بألفاظ مخصوصة وهو الطلاق .
ومن ذلك أيضا : تصحيح تنازله عن حقه فى تملك ملك جاره إذا أراد الأخير
بيعه وهو الشفعة و كذلك تصحيح كافة إقراراته (٣) .

١- مصادر الحق للأستاذ عبد الرزاق السنهورى ١ / ٧٧ نشر معهد الدراسات العربية بالقاهرة ١٩٦٨ م طبعة ثالثة .

والنظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للأستاذ شفيق شحاته ص ١٣٥ مطبعة الاعتماد -

شارع حسن الأكبر القاهرة ١٩٣٦ م .

٢- الأستاذ محمد مصطفى شلبى فى كتابه « المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى » .

ص ٣٦٥ مطبعة دار التأليف - بالقاهرة ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .

٣- المرجع السابق .

وقد يكون التصرف الصادر من الإنسان فعلاً ضاراً به كالقتل والسرقة وما إلى ذلك فإن الشارع يرتب عليه الآثار أيضاً (١) .

المناسبة بين التعريفين:

والتعريف الثانى للفقهاء من أن العقد كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى أعم من التعريف الأول : تعلق كلام أحد العاقدین بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل فالتعريف الثانى أعم : لأنه يتناول العقد سواء كان صادراً من شخصين أو أكثر كالبيع والاجارة وغيرهما . أو من شخص واحد كالنذر واليمين والهبة والصدقة.

ويلاحظ أن هذا التعريف فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة أظهر منه فى كتب الحنفية .

فهو أعم لأنه ينتظم جميع التصرفات سواء كانت توجد بارادتين كالبيع مثلاً أم كانت توجد بأرادة واحدة كالوقف والإبراء من الدين وغيرهما كما ينتظم جميع عقود التبرعات على رأي من يرى أنها تتم وتوجد من جانب المتبرع وحده كالصدقة والهبة والوصية .

إلا أنه ينبغى أن يحمل قول من عرف العقد بأنه كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى ، على أن المراد بالتصرف التصرف القولى .

أما التصرف الفعلى الذى ينشأ عنه حكم شرعى كالقتل الذى يترتب عليه القصاص أو الدية . والسرقة التى يترتب عليها الحد . والإتلاف الذى يترتب عليه الضمان فلا يسمى كل ذلك عقداً . لأن المراد بالعقد عادة عرفاً التصرفات القولية وعلى

١ - السابق .

هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان هذا التصرف صادراً من شخصين أو أكثر ، أو كان صادراً من شخص واحد فالعقد على هذا يساوى الالتزام (١) .

أما التصرف فأعم منهما ، لأنه يشمل التصرف القولى والتصرف الفعلى ، كما يشمل التصرف الذى لا يتم إلا بين اثنين أو أكثر . والتصرف الذى يتم ويوجد بإرادة واحدة أو يستقل الواحد بإيجاده (٢) .

ومما تقدم يتبين رجحان التعريف الثانى للفقهاء لشموله ووجاهته .
وعند الله العلم بالصواب .

-
- ١- والالتزام على هذا - كما عرفه العلامة السهورى رحمه الله - : حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل : الوسيط شرح القانون المدنى للدكتور السهورى ١ / ١٢١ ف ١٤ مطبعة دار النهضة العربية شارع عبدالحق ثروت بالقاهرة ١٩٦٨ م .
- ٢- جامع الفصولين للعلامة محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضى سماوة المتوفى ٨٢٣ هـ ٢ / ٢ المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٠٠ هـ : الفصل السادس والعشرون فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل حيث ذكر فى أثناء هذا الفصل : الطلاق والعق والإبراء والاعتكاف وتسمية هذه التصرفات عقوداً لا تتم إلا إذا فسرنا العقد بمعناه العام ، وانظر أيضاً أحكام القرآن للعلامة أبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى ٣٧٠ هـ ٢ / ٣٦١ وما بعدها ، المطبعة البهية المصرية ١٣٤٧ هـ ونظرية العقد للدكتور محمد شعبان حسين ص ٣ وما بعدها طبع استنسل ١٩٧٥ ألفت على طلاب الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٩٧٤

أركان العقد فى الشريعة الإسلامية

الركن فى اللغة - على ما جاء فى المعجم الوسيط (١)
أحد الجوانب التى يستند إليها الشئ ويقوم بها و جزء من أجزاء حقيقة الشئ
يقال : ركن الصلاة و ركن الوضوء . وبناء على هذا : ف ركن الشئ ما يقوم به
الشئ (٢) .

وقد عرفنا العقد فى الفقه الإسلامى كما سبق بأنه : ارتباط الإيجاب الصادر
من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه (٣) .
فيكون الإيجاب والقبول ركنى العقد . لأنه لا يقوم إلا عليهما .
والمقصود بالإيجاب : الاثبات

وسمى ما تقدم من كلام أحد العاقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول .
والعاقد الآخر إذا رضى و وافق سمي كلامه قبولاً (٤) .
ومجموع الإيجاب والقبول يسمى عقداً (٥) .
وكما يتحقق العقد من ارتباط كلامين لشخصين كذلك يتحقق من ارتباط كلام
من طرف وعمل من طرف آخر ينبئ عن إرادته سواء كان إشارة أو كتابه (٦) .
وإذا تبين أن الإيجاب والقبول ركنا العقد لا بد من أن نضيف أن للعقد شروطاً
أخرى يجب توافرها حتى يظهر أثره ويتحقق له الوجود شرعاً وهى :

-
- ١- المعجم الوسيط تأليف الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين ج ١ / ٢٨٠
(مجمع اللغة العربية بالقاهرة) انتشارات ناصر خسرو - طهران .
 - ٢- أصول السرخسى : أبى بكر محمد بن أحمد السرخسى ٢ / ١٢ طبع دار الكتاب العربى بمصر ١٣٧٢ هـ .
 - ٣- مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا .
 - ٤- شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٥ / ٧٤ مطبعة مصطفى محمد - القاهرة .
 - ٥- المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية للأستاذ أحمد أبى الفتوح ١ / ١٣٩
مطبعة النهضة - شارع عبد العزيز - بالقاهرة ١٩٢٣ م .
 - ٦- مختصر المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٦٧ الطبعة السابقة .

- ١- وجود عاقلين ذوى أهلية حتى يوجد الإيجاب والقبول .
 - ٢- وجود صيغة دالة على العقد . لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه.
 - ٣- محل يرد عليه العقد (١) وهو المعقود عليه .
- لأنه هو الملتزم به ولا يوجد التزام بدونه ثم إن محل العقد فى الفقه الإسلامى يجوز أن يكون عينا من الأعيان كما فى الهبة والبيع والرهن (٢) .
- كما يجوز أن يكون منفعة مالية (٣) كما فى الإجارة .
- وقد يكون محل العقد هو الإنسان بالذات كما فى عقد الزواج فإن محله المرأة المعقود عليها (٤) .

ولمحل العقد شروط نجملها فيما يلى :

- الشّرط الاول : أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا ، بمعنى أن يكون الشارع قد أقر التعامل فى ذلك فإن لم يكن قد أقره كان التعامل فيه باطلا . فإذا كان الشئ بالنسبة للمسلم المتعاقد خمرا أو خنزيرا أو لحم ميتة فالعقد باطل (٥) .

١- هناك اتفاق بين الفقهاء ، على أن العقد لا يوجد إلا بهذه الأمور كلها ولكنهم اختلفوا : هل هذه الأمور كلها أركان ؟ - مذهب الحنفية إلى أن ركن العقد هو الإيجاب والقبول فقط لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما وما سوى ذلك كالمحل والصيغة يعتبر لوازم .

- وغير الحنفية يقولون : إن هذه الأربعة يتكون منها العقد فهى أركان .

انظر شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل لأبى عبد الله محمد الخرشي المتوفى ١١٠١ هـ ج ٣ / ٢٥٩ المطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ و مواهب الجليل لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤ هـ ج ٤١٩ / مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٨ هـ ونهاية المحتاج للزملى ٣ / ١٢ المطبعة البهية بمصر وكشاف القناع للشيخ منصور بن يونس البهوتى المتوفى ١٠٥١ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ والمدخل للشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٣٧٠

٢- نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمود شوكت العدوى ص ١١٢ طبع ١٩٧٤ م .

٣- المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية للأستاذ أحمد أبى الفتح ١ / ١٣٩ ، الطبعة السابقة

٤- نظرية العقد للدكتور محمود شوكت العدوى ص ١١٣ .

٥- تبين الحقائق (شرح كنز الدقائق) للعلامة عثمان بن على الزيلعى المتوفى ٧٤٣ هـ . ج ٤ / ٤٤

المطبعة الأميرية ١٣١٣ هـ القاهرة والمقتن للإمام النسفى المتوفى ٧١٠ هـ .

وقد يكون المحل غير قابل لبعض أنواع العقود بناء على طبيعته ويجوز أن يكون محلا لعقود أخرى .

ومثال ذلك : الفواكه والخضروات لا تكون محلا لعقد الرهن نظرا لأنها لا تعمّر كثيرا ، ولكن تصلح في الوقت ذاته أن تكون محلا لعقد البيع .
الشرط الثاني : أن يكون موجوداً (١) .

وذلك أن محل العقد إذا لم يكن موجودا وقت التعاقد فقد يكون هناك غرر (٢) .
والغرر يفضى إلى المنازعة والفقه الإسلامى يتجنب الغرر قدر المستطاع (٣) .
الشرط الثالث : أن يكون الشيء محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة .
والتعيين يكون برؤية المعقود عليه إذا كان كاملاً الوجود و بوقت كاف إذا كان متغيراً كما يكون ببيان الجنس والنوع والمقدار إذا كان غائباً عن مجلس العقد (٤) .

-
- ١- بدائع الصنائع ٥ / ١٣٨ - ١٣٩ مطبعة مصر .
 - ٢- الغرر فى اللغة : الحظر . وقال القاضى عياض . أصل الغرر لغة : ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور قال : و قد يكون من الغرارة وهى الخديعة . وعرفه البابرتى فى العناية ، بقوله : الغرر : ما طوى عنك علمه . انظر : لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمصباح المنير و كشف اصطلاحات الفنون مادة : غرر .
والعناية على الهداية للبابتى ج ٥ / ١٩٣
 - ٣- مصادر الحق للسنهورى ٣ / ١٤
 - ٤- كشف القناع عن متن الاقناع ٣ / ١٦٣ نشر مكتبة النصر الحديثة الرياض .
والمدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ص ٤١٦ وما بعدها
مطبعة دار التأليف ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .

تقسيمات العقد

تقسيم العقد من حيث الحكم التكليفي والحكم الوضعي .

تقسيم العقد من حيث الحكم التكليفي :-

وهو بهذا الاعتبار تتوارد عليه أقسام الحكم التكليفي .

- فقد يكون العقد واجبا كالنكاح بالنسبة للقادر عليه (١) الذي يجد مؤنته إذا خاف الوقوع فى الزنا إذا لم يتزوج .

- وقد يكون العقد مندوبا إليه - مطلوبا لا على سبيل الجزم . كما هو الأصل فى كثير من عقود التبرع كالقرض (٢) ، والوقف .

- وقد يكون العقد مباحاً والأصل فى العقود الناقلة للملكية العين أو المنفعة بعوض كالبيع (٣) ، والإجارة .

- وقد يكون مكروها كبيع العنب لمن يشك أنه يستخدمه فى صناعة الخمر (٤) .

- وقد يكون العقد محرماً كبيع النجش بأن يزيد فى ثمن السلعة المعروضة للبيع لالرغبة فى شرائها بل ليغير غيره فيشتريها (٥) .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الناجش عاص بفعله لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش (٦) » .

-
- ١- راجع حكم النكاح فى منتهى الإرادات على هامش كشف القناع لتقى الدين محمد بن أحمد الفتحى الشهير بابن النجار المتوفى ٩٧٢ هـ ج ٢ / ١٥١ مكتبة دار العروبة ١٣٨١ هـ - القاهرة .
 - ٢- شرح المنهاج لجلال الدين المحلى ٢ / ٢٥٧ ، مطبعة الحلبي ١٣٥٧ هـ .
 - ٣- شرح العناية ٥ / ٧٣ مطبعة مصطفى محمد - القاهرة .
 - ٤- شرح المنهج للعلامة الشيخ زكريا الأنصارى ٢ / ٢٤٤ ، دار الطباعة العامرة الكبرى ١٢٩٢ هـ .
 - ٥- المرجع السابق ص ٢٤٣ ، وانظر فى معنى النجش من كتب اللغة : المغرب فى ترتيب المغرب للإمام المطرزي : أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن على المطرزي المتوفى ٦١٦ هـ ج ٢ / ٤٤ نشر دار الكتاب العربى - بيروت .
 - ٦- سنن الترمذى للإمام أبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى المتوفى ٢٧٩ هـ ج ٢ / ٢٨٤ أبواب البيوع باب ما جاء فى كراهية النجش حديث رقم ١٣٢٠ نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، وسبل السلام للإمام محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى ٣ / ١٨ مطبعة الحلبي ٣٧٩ هـ .

رواه الشيخان (١)

وجه الدلالة : أن النهى للتحريم ولما فى فعل الناجش من الخديعة والتغريب واختلفت كلمتهم فيما إذا وقع البيع :

- فذهب أحمد فى رواية وطائفة من أهل الظاهر (٢) إلى أن البيع باطل .

- وذهب الجمهور (٣) ومنهم الحنفية - والمالكية والشافعية وابن حزم والرواية الثانية عن أحمد إلى أن البيع صحيح .

الأدلة :

استدل الزاهبون إلى البطلان وهم الإمام أحمد ومن معه بالحديث السابق الذى نهى فيه الرسول صلى الله عليه وسلم عن النجش والنهى حقيقة فى التحريم مالم تحف به قرينة تصرفه من التحريم إلى الكراهة ، وحيث لا قرينة فتعين النهى للتحريم . واستدل الجمهور الزاهبون إلى الصحة : بأن النهى فى الحديث قد توجه إلى أمر خارج عن ماهية البيع وهو النجش ، فيحرم ذلك الأمر و يفسد ولا يقتضى هذا فساد البيع .

قال الإمام الشافعى رحمه الله : الناجش آثم فيما يصنع والبيع جائز .

لأن البائع غير الناجش (٤) والراجع عندى - والله أعلم - بطلان البيع .

لأن النهى يعتمد المفاسد فى الغالب ، والأحكام تناط بالغالب .

١- المراد بهما فى الحديث : البخاري ومسلم وفى فقه الحنفية : أبو حنيفة وأبو يوسف وفى فقه الشافعية : الرافعي والنووي
٢- بداية المجتهد لابن رشد المتوفى ٥٩٥ هـ ج ٢ / ١٦٥ نشر مكتبة الكليات الأزهرية وسبل السلام ٨١ / ٣
الطبعة السابقة - والمحلى لابن حزم ج ٨ / ٤٤٨ والمغنى لابن قدامة ج ٤ / ٢١٢ مطابع سجل العرب ١٩٦٨م
وبداية المجتهد . وشرح المنهاج لجلال الدين المحلى ج ٢ / ٢٥٧
٣- شرح فتح القدير ج ٥ / ٩٣٢ مطبعة مصطفى محمد - والمغنى لابن قدامة ج ٤ / ٢١٢
٤- سنن الترمذى ج ٢ / ٣٨٤ أبواب البيوع - باب ما جاء فى كراهية النجش حديث رقم ١٣٢٠

تقسيم العقد من حيث الحكم الوضعي

وهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين (١) .

أ - صحيح . ب - غير صحيح .

العقد الصحيح : هو المستتبغ غايته لموافقته لأمر الشارع بأن يكون مستوفيا للأركان والشروط خاليا من الفساد .

العقد غير الصحيح : هو الذي لم يوصل إلى المقصود منه شرعا لمخالفته لأمر الشارع بأن يختل منه أمر من الأمور التي يقضى الشارع بتحققها .

أنواع العقد الصحيح

اتفقت كلمة الفقهاء على أن من أنواع العقد الصحيح العقد اللازم والعقد الجائز والجواز معناه : عدم اللزوم .

والعقد الصحيح اللازم: هو الذي لا يجوز فسخه إلا برضا الطرفين والمثال على هذا : عقد البيع ، فإنه إذا تم صحيحا (٢) نقل ملك المبيع من البائع إلى المشتري ، ونقل ملك الثمن من المشتري إلى البائع فإذا كان البيع على البت و خلا البيع من العيب لزم كل واحد من المتعاقدين الوفاء بالعقد (٣) .

١- ابن الحاجب بحاشية السعد للامام ابن الحاجب ٢٠ / ٧ - ٨ ، مطبعة مصطفى محمد ١٣٥٨ هـ .
٢- البدائع ٥ / ٢٣٣ وما بعدها والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٨ نشر دار الكتب العلمية - بيروت .
٣- بدائع الصنائع ٥ / ٢٣٣ وما بعدها مطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ .

فيجب على البائع والحالة هذه تسليم المبيع إلى المشتري ، كما يجب على المشتري تسليم الثمن إلى البائع .

ثم إن العقد الصحيح اللازم قد يكون لازماً من الطرفين (١) .
كالبيع والسلم بعد انقضاء الخيار والصلح والحوالة والإجارة والهبة بعد القبض
إلا في حق الفرع والمساواة والنكاح والوصية بعد القبول والصدّاق والخلع والاعتاق
بعوض .

ومعنى أنه لازم : أنه ليس لأحدهما فسخه بلا موجب يقتضيه كعيب مثلاً :
وقد يكون لازماً من جانب أحد الطرفين غير لازم من الجانب الآخر كالرهن فإنه
لازم من جهة الراهن وغير لازم من جهة المرتهن .
والضمان فإنه جائز من جهة المضمون له لازم من جهة الضامن .
والجزية فإنها جائزة من جهة الكافر لازمة من جهة الإمام .

العقد الصحيح الجائز

هو الذي لا يلزم عادة بمعنى أنه يجوز لكل من العاقلين فسخه (٢) كالشركة
والوكالة والعارية والقراض والوديعة والجعالة قبل الشروع في العمل أو بعده وقبل
تمامه والقضاء والوصية للغير بشئ من الأموال والوصاية قبل موت الموصى ،
وللموصى له بعدها وغير ذلك كالرهن قبل القبض والهبة كذلك .
وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على أن العقد اللازم والعقد الجائز من أنواع العقد
الصحيح اختلفت كلماتهم في العقد الموقوف :

١- حاشية إعانة الطالبين للسيد البكري ٣ / ١٣٢ ، مطبع الحلبي ١٣٥٦ هـ ، وأحكام القرآن للجصاص المتوفى ٣٧٠ هـ
ج ٢ / ٣٦٠ - ٣٦١ ، المطبعة البهية المصرية ١٣٤٧ هـ والفروق للقرافي ج ٤ / ١٣ مطبع الحلبي ١٣٤٥ هـ بالقاهرة .
٢- السابق .

هل هو نوع من أنواع العقد الصحيح أو نوع من أنواع العقد الغير الصحيح .
 و العقد الموقوف (١) : هو الذى تعلق به حق للغير كعقد الصبى المميز فإنه
 يتعلق به حق لوليه ، و كعقد الفضولى فإنه يتعلق به حق من وقع له العقد .
 ١- فذهب الحنفية (٢) والمالكية (٣) إلى أن العقد الموقوف من أنواع العقد
 الصحيح على المعتمد من المذهبين .
 و ذهب ابن حزم (٤) وكذا الشافعية (٥) والحنابلة (٦) على الراجع إلى أن
 الأصل أن العقد الموقوف غير صحيح .
 الأدلة :

- استدل أصحاب المذهب الاول على صحة عقد الصبى بقول الله عز وجل :
 (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم
 أموالهم) (٧) .
 وجه الدلالة أن الله عز وجل أمر بدفع الأموال إلى اليتامى واختبارهم يكون
 بأنواع البيع والشراء وسائر التصرفات فإن وقعت التصرفات منهم الموقع و رأى الولي
 ذلك فأنها تكون صحيحة .
 وإن رأى العكس قال : إنها لا تصح وأبطلها هذا ماتقضي به الآية .

-
- ١- البحر الرائق لابن نجيم المتوفى ٩٧٠ هـ ج ٣ / ٧٥ ، المطبعة العلمية ١٣٠١ هـ و رد المختار لابن عابدين المتوفى ١٢٥٢ هـ المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٢٥ هـ .
 - ٢- البدائع ٣٠١٩ / ٦ مطبعة الامام - القاهرة وفتح القدير ١٨٤ / ٥ مطبعة مصطفى محمد .
 - ٣- الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد الشهير بالدردير المتوفى ١٢٠١ هـ على هامش حاشية الدسوقي ١١ / ٣ مطبعة الحلبي ١٣١٩ هـ .
 - ٤- المحلى لابن حزم ج ٨ / ٤٣٤ ادارة الطباعة المنيرية القاهرة .
 - ٥- المجموع شرح المهذب ج ٩ / ٢٣٢ مطبعة الامام - القاهرة .
 - ٦- المغنى لابن قدامة ٤ / ٢٠٥ طبعة دار المنار : الأولى والثالثة .
 - ٧- سورة النساء ، آية رقم ٦

- واستدل ابن حزم ومن معه على أن العقد الموقوف غير صحيح بما رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل) (١).

وجه الدلالة : أن قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث « رفع القلم » يدل على أن الصبي لا يتعلق به تكليف فلا يجب عليه شيء وهذا يتنافى مع القول بالصحة .
المناقشة :

و يمكن أن يناقش استدلال ابن حزم ومن معه بالحديث السابق :
بأنه يدل على عدم المؤاخذه بالنسبة للصبي ومن ذكر معه و عدم المؤاخذه شيء وصحة العقد أو فساده شيء آخر بل هو أقرب إلى بطلان العقد .
لأن من كان غير مؤاخذ فهو غير مؤاخذ في عبارته فكيف يوصف فعله بالصحة أو العدم ؟ .

١- جامع الترمذى من غير وجه عن على . وانظر أيضا : سبل السلام شرح بلوغ المرام للامام محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير المتوفى ١١٨٢ هـ ج ٣ / ١٨٠ مطبعة الحلبي ١١٨٣ هـ .

بيان الراجح

وما يبدو لى رجحانه فى هذا المقام -- والله أعلم - ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من القول بأن العقد الموقوف من أنواع العقد الصحيح لوجهته ، ولأنه يؤيده النقل ويقضى به العقل .

أنواع العقد الغير الصحيح

- ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى أن الباطل والفساد بمعنى واحد في المعاملات كما هو الحال في العبادات (١) .
- وفرق الحنفية بين الباطل والفساد في المعاملات حيث قالوا :
الباطل : ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه .
والفساد : ما شرع بأصله دون وصفه .
فمثال الباطل : بيع الملاقيع وهي بيع الأجنة في بطون أمهاتها .
ومثال الفساد : الربا (٢)
- وصرح صاحب جمع الجوامع - ابن السبكي - بأن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف لفظي (٣) .

١- شرح المنهاج للجلال المحلي ٢ / ١١٦ وما بعدها مطبع الحلبي ١٣٧٨ هـ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦ ص ٢٨٦
٢- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول للإمام جمال الدين الأسنوي المتوفى ٧٧٢ هـ ج ١ / ص ٥٧ - ٥٨
مطبعة محمد علي صبيح - القاهرة ١٣٨٩ هـ .
والتيسير على التحرير شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاة ٢ / ٩٧ - ٩٨ مطبعة صبيح - القاهرة ١٣٥٢ هـ
والبحر الرائق لابن نجيم ٦ / ٧٤ - ٧٥ المطبعة العلمية ١٣٠١ هـ و ١٣١١ هـ .
٣- جمع الجوامع للإمام ابن السبكي - عبد الوهاب بن علي - ١ / ٩٩ وما بعدها مطبعة عيسى الحلبي .

وخلاصة هذا الموضوع : أن الأصوليين قد اتفقوا على أن الفساد والبطلان مترادفان في العبادات ويطلقان في مقابل الصحة .
وعلى هذا فما كان صحيحا استتبع أثره - وما كان فاسدا أو باطلا لا يترتب عليه أثره ، أما في المعاملات فقد اختلفت كلمة الفقهاء في هذا الموضوع على مذهبين (١) .

المذهب الاول : ترادف الفساد والبطلان كما هو الحال في العبادات فالباطل والفساد معناهما واحد ويطلقان قسيما للصحيح ، فالعقود عند من ذهب إلى هذا قسمان :

- ١- صحيحة : وهي ما اعتبرها الشارع ورتب عليها آثارها أى أنهم يعنون بالصحيح : ما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره .
 - ٢- فاسدة أو باطلة : وهي ما وقع فيها خلل يمنع من ترتب آثارها عليها سواء كان ذلك الخلل راجعا إلى فقد ركن أو شرط . أى أن الفاسد أو الباطل : هو ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ولم يرتب الشارع عليه آثاره بسبب ذلك ، وذلك كبيع الصبي المميز ، وهبته ، وبيع الفضولي ، والسفيه ، فيجعلونها عقودا باطلة أو فاسدة على معنى أن الفساد عندهم لا تصححه إجازة ذى الولاية .
- وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة على ما تقدم .

١- كشف الأسرار للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري المتوفى ٧١٠ هـ / ١ / ٢٨٢ المطبعة الأميرية بالقاهرة ، وبدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٢٢٧ وحاشية ابن عابدين ٥ / ١١٢

المذهب الثانى - ومن الفقهاء من يرى أن العقود ثلاثة :

١- الصحيحة : وهم متفقون مع الجمهور فيها .

٢- الباطلة : وهي ما توجه النهى فيها إلى ذات المنهى عنه ، بأن كان النهى عنها يفقد ركنا أو شرطا من شروط الانعقاد كالنهي عن بيع الميتة .

٣- الفاسدة : وهي ما كان النهى فيها راجعا لوصف لازم من سلامة الأركان وشروط الانعقاد من الخلل و ذلك كبيع الدرهم بدرهمين .

فإن البيع هنا مشروع و لكنه منع للزيادة . وقد ذهب إلى هذا فقهاء الحنفية .

ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم (١) . يرجع إلى خلافهم فى أمر آخر وهو الأثر الذى يترتب على نهى الشارع إذا ما نهى عن عقد من العقود لعدم توافر ما شرط فيه من شروط أو بسبب آخر .

فغير الحنفية يرون أن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعا ، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأ مخالفا أمر الشارع لم يكن ما آتاه عقدا فى نظر الشارع ولم يكن له وجود فى اعتباره و حكمه سواء أكان النهى راجعا إلى أصله أم راجعا إلى وصف لازم عارض له فإن رجع النهى إلى أمر مجاور للعقد غير لازم له بل يصح أن ينفك عنه كان الحكم كراهة العقد فقط وليس هذا محل خلاف بين مالك والشافعى و أحمد .

ويرى الحنفية أن النهى إذا كان يرجع إلى أصل العقد بأن كان الخلل فى أركانه أو فى محله أو لعدم تحقق معناه فمقتضاه بطلان العقد و عدم وجوده شرعا .

١- مختصر المعاملات الشرعية للشيخ الحنفى ص ١٤٠ وما بعدها .

والباطل لا ينشأ عنه إلا باطل ، ولذا يكون العقد فى هذه الحال باطلا . وإن كان النهى يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له كان مقتضاه بطلان هذا الوصف وفساده وعدم مشروعيته ، وكانت حقيقة العقد أو ذاته مشروعة .

لأن النهى لم يتعلق بها وإنما يتعلق بما عرض لها وأدخل عليها وهو أمر خارج عنها .

وبذلك يتميز هذا النوع من العقود عن غيره فيتميز عن العقد الصحيح بأنه فاسد الوصف ولا يمكن لذلك أن يعد صحيحا .

وقد انتهى القول إلى أنه إن تعلق به الأمر أو النهي كان حكما تكليفيا . وإن نظرنا إلى أنه يترتب عليه أثره أو لا يترتب عليه أثره فهو حكم وضعي . وعلى هذا :

فقد يجامع الوضعى التكليفى وينفرد كل منهما عن الآخر . ذكر الخطاب فى كتابه « مواهب الجليل » (٢) .

٢- " " " ج ٤ / ٢٤٥ الطبعة السابقة .

مأمعناه : بأن خطاب الوضع وخطاب التكليف قد يجتمعان في البيع . لأنه من جهة كونه يجب أو يحرم أو يندب من خطاب التكليف .
وقد ينفرد كل منهما . فمثلاً : من جهة أن العقد سبب لانتقال الملك فهو من خطاب الوضع . ومثال الحكم الوضعي : كبيع إردب من القمح بادر بين متفاضلا فهذا حرام للزيادة فوق وقع البيع فاسدا . لأن النهي عنه وصف لازم غير منفك والأصل في ذلك : « والبر بالبر ربا » (١) .

١ - فتح المبدى بشرح مختصر الزبيدي لشيخ الإسلام عبد الله الشرقاوى المتوفى ١٢٢٧ هـ ، ٢ / ٥٠٦ .
مطبوعة صبيح حديث رقم ٩٧٧ ، وسنن الترمذى للإمام أبى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى المتوفى ٢٧٩ هـ .
٢ / ٣٥٤ أبواب البيوع - باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل و كراهية التفاضل فيه حديث رقم ١٢٥٨ .
دار الاتحاد العربى للطباعة . نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

الفصل الاول

الفصل الأول

ثبوت حق البائع فى استرداد عين ما باعه

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف البيع فى اللغة والاصطلاح والكلام عن حكمة المشروعية ودليلها

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : تعريف البيع فى اللغة والاصطلاح .
- المطلب الثانى : حكمة المشروعية و دليلها .

المبحث الثانى : متى يثبت للبائع حق استرداد المبيع .

وفيه خمسة مطالب :

- المطلب الأول : العقود والتصرفات التى يباشرها الصبى .
- المطلب الثانى : بيع المكره .
- المطلب الثالث : قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع .
- المطلب الرابع : حالة ما إذا خرج الثمن زيوفا .
- المطلب الخامس : شراء العبد بدون إذن سيده .

المبحث الأول

فى تعريف البيع فى اللغة والاصطلاح والكلام عن حكمة المشروعية و دليلها

و فيه مطلبان :

- المطلب الاول - تعريف البيع فى اللغة والاصطلاح .
- المطلب الثانى - حكمة المشروعية و دليلها .

المطلب الاول

تعريف البيع فى اللغة والاصطلاح

والذى دعانى إلى تعريف البيع لغة واصطلاحاً هو أن من موضوع بحثى استرداد البائع المبيع واسترداد المبيع يتوقف على تعريف البيع لغة واصطلاحاً ، ومتى يحق للبائع أن يسترد المبيع من المشتري ومتى لا يكون له ذلك فأقول وبالله التوفيق .

١- البيع فى اللغة (١) أخذ شئى و اعطاء شئى آخر .

قال صاحب المصباح (٢) : باعه يبيعه بيعاً و مبيعاً فهو باع وبيع وأباعه بالألف لغة

والبيع من الأضداد مثل الشراء قال الله تعالى : (وشروه بثمن) (٣) .

١- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن على الفيومى ج ١ / ٩٦ .

المطبعة الأميرية - القاهرة . والصحاح للعلامة اسماعيل بن حماد الجوهري ٣ / ١١٨٩ نشر دار العلم للملايين ، بيروت
الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م - والمغرب للمطرزى ج ١ / ٥٦ نشر دار الكتاب العربى - بيروت .

٢- المصباح المنير فى الموضع السابق .

٣- سورة يوسف آية ٢٠ .

أي باعوه . ويطلق على كل واحد من المتبايعين أنه بائع ولكنه إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة . ويطلق البيع على المبيع ويقال : بيع جيد و يجمع على بيوع .

والبيع (١) وإن كان مصدرا والمصادر لا تثنى ولا تجمع لكنه جمع باعتبار تعدد أنواعه .

وعلى هذا فالبيع لغة : بذل السلعة في مقابلة الثمن وإن شئت فقل مبادلة مال بمال .

٢- تعريف البيع في الاصطلاح :-

أ - عرفه الحنفية : (٢)

بأنه مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص -

شرح تعريف الحنفية :

قوله مبادلة : جنس في التعريف يشمل جميع المبادلات كبيع وصرف وغير ذلك و خرج عنه ما ليس بمبادلة كما لو أعطيت انسانا شيئا ولم تأخذ له مقابلا فهذا ليس بمبادلة .

شيء مرغوب فيه : قيد أول في التعريف . احترازا به عن مبادلة شيء غير مرغوب فيه كتراب و ميتة و دم .

بمثله : قيد ثان . احترازا به عن مبادلة بغير مثل كالصدقة والهبة .

١- المغرب للمطري ١ / ٥٦ الطبعة السابقة .

٢- حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠٢ وما بعدها مطبعة الحلبي .

والاختيار لتعليق المختار للإمام عيد الله بن محمود الموصلي المتوفى ٦٨٣ هـ . ج ٢ / ٤ تحقيق المرحوم الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد من كبار علماء الأزهر مطبعة صبيح . القاهرة .

على وجه مفيد : قيد ثالث . فخرج بمفيد مالا يفيد : فلا يصح مقايضة أحد الشريكين حصته داره بحصته الآخر ولا إجارة السكنى بالسكنى وهذا فاسد لأن من شرط التعريف أن يكون مانعا خاليا عن العناية . أى خاليا عن قول المعروف - أعنى كذا .

مخصوص : والمراد بالخصوصية ما كان بالإيجاب والقبول أو المعاطاة وهو قيد رابع خرج به التبرع من الجانبين والهبة بغير عوض .
ويناقش هذا التعريف .

بأنه غير مانع من دخول الغير فيه لأن كلمة « شيء » الواردة فيه تشمل أي شيء سواء كان بيعا أو نكاحا فإن النكاح شيء مرغوب فيه ولا يمكن أن يسمى بيعا .

(ب) عرفه المالكية

بأنه عقد معاوضة على غير منافع (١)

شرح التعريف :-

فقوله « عقد » جنس في التعريف يشمل كل العقود سواء كانت عقد بيع أو نكاح أو إجارة و خرج عنه ما ليس بعقد .
وقوله « عقد معاوضة »

قيد أول خرج به عقود التبرعات فإنها خالية عن المعاوضة كالهبة والصدقة والوقف والنكاح فإنها ليست عقود معاوضة .

١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن عرفة الدسوقي المتوفى ١٢٣٠ هـ ج ٣ / ٢ مطبعة الحلبي ١٣٠٩ هـ .

على غير منافع : قيد ثان احترز به عن عقد الإجارة فإنه وإن كان عقد معاوضة إلا أنه على منافع .
و هذا التعريف غير مانع من دخول الغير فيه لأنه دخل فيه عقد النكاح نظراً لأنه عقد يفيد انتفاع كل من الزوجين بالآخر .

ج - وعرفه الشافعية :

بأنه تمليك عين مالية بمعاوضة بأذن شرعى أو تمليك منفعة مباحة على التأبيد
بشمن مالى . (١)

شرح التعريف :

قوله « تمليك » جنس فى التعريف يشمل كل تمليك سواء كان تمليكاً لذات أو منفعة . وخرج عنه ما ليس بتمليك كالإباحات فإن وضع السبيل فى الطريق للشرب منه و جعل الأرض الخالية سبيلاً لمرعى الإبل و جعل المكان معداً للضيافة فإن هذه إباحات و ليست بتمليك .

و « تمليك عين » من إضافة المصدر إلى مفعوله . وهو قيد أول خرج به ما ليس بعين كتمليك المنفعة .

« مالية » قيد ثان احترز به عن تمليك عين ليست مالية كتمليك الأشياء المحقرة كالحشيش و ما إلى ذلك مما ليست بمال ولا آيلة إلى المال .
« بمعاوضة » قيد ثالث : احترز به عن سائر أنواع التبرعات كالهبة والصدقة

١ - حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم الغزى على متن أبى شجاع للشيخ إبراهيم الباجورى ١ / ٣٦٩ المطبعة الميمنية .

والوقف والعارية والوصية والقرض .

« يأذن شرعى » ويعنى به ألفاظ البيع المشروعة . وهو قيد رابع خرج به ما لم يأذن فيه الشارع كالربا و غصب الجوارى لوطنهن و كغصب الأرض للبناء عليها والغراس فيها . فإن هذه الأشياء لم يأذن بها الشارع وهذا التعريف يلاحظ عليه أنه اشتمل على لفظ « أو » وقد قال المناطقة : لا يجوز فى الحدود ذكر « أو » لأن « أو » إما للشك أو للتشكيك أو للإبهام كما ورد فى قوله تعالى (وإنا أو إياكم لعلى هدى أو فى ضلال مبين) (١) لأن الغرض من التعريف الشرح والبيان لا الشك والابهام .

ء - وعرفه الحنابلة :

بأنه مبادلة المال بالمال تمليكا و تملكا (٢) .

شرح التعريف :

مبادلة : جنس فى التعريف خرج عنها ما ليس بمبادلة كالتبرعات الخالية عن المبادلة فإن الواهب يعطى الموهوب له الشئ الموهوب بغير مقابل .
قوله « المال بالمال » قيد أول احترز به عن مبادلة مال بما ليس بمال كمبادلة مال بشئ تافه لا مالية فيه كمبادلة المال بالكلب أو مبادلة المال بالخمر أو الخنزير .
وقوله « تمليكا و تملكا » قد ثان احترز به عن النكاح فإنه ليس فيه تمليك ولا تملك .

١ - الآية ٢٤ من سورة نساء .

٢ - المغنى لابن قدامة ٣ / ٤٨٠ مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة .

والخلاصة:

أن البيع له أجزاء ثلاثة :

١- جزءان حسيان : وهما الإيجاب والقبول فكل من هذين جزء صوري .

٢- والجزء الثالث : عقلى .

وهو ارتباط كل منهما بالآخر ارتباطا مخصوصا يترتب عليه ثبوت الملك لكل من العاقلين فى البذل الذى انتقل إليه ثبوتا شرعيا يترتب عليه ولاية التصرفات الشرعية لكل منهما فى ذلك البذل .

فمن فسره بمبادلة المال اعتبر الجزء المعنوى فكأنه قال : البيع ارتباط يترتب عليه المبادلة إلا أن هذا التفسير غير تام فى نظرى المتواضع جدا .

بل حق العبارة أن يقال فيها : البيع مبادلة مال متقوم مقدور التسليم على سبيل التراضى . ومن فسر بالأثر الشرعى اعتبر الأخذ بالحاصل .

و أما من قال : هو عقد يحصل عند الإيجاب والقبول فقد أراد بالعقد ربط كل من الإيجاب والقبول بالآخر . والعقد هو الربط والانعقاد هو الارتباط .

ومن فسر الإنعقاد بانضمام كلام أحدهما للآخر فقد أراد بالانضمام هذا الارتباط الشرعى (١) .

وبالنظر فى التعريفات السابقة بشئ من التأمل يتضح لى أن تعريف الحنابلة لا اعتراض عليه لخلوه من الاعتراضات التى وجهت إلى غيره من التعريفات ومن ثم فهو الراجح ، والله تعالى أعلم بالصواب .

١- كتاب الحدود والأحكام للمولى على بن مجد الدين الشهير بمصنفك (مخطوط) رسالة دكتوراة : تحقيق مقدمة لكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٩٧٧ م من الدكتور أحمد عبد الرزاق الكبيسى ص ٢٤٨ ما بعدها .

المطلب الثانى

حكمة المشروعية ودليلها

١- حكمة المشروعية :

أولا : لما كانت مطالب الحياة متشعبة والإنسان دائما فى حاجة إلى معونة بنى جنسه فلا يعقل أن يكون الإنسان خياطا و حراثا ونجارا وغير ذلك فى وقت واحد شرع البيع وسيلة إلى امتلاك ما فى أيدي الغير على طريق الرضا وصونا للمجتمع من التداعى والانهيـار .

ثانيا : أن حاجة الأفراد والمجتمع تقتضى شرع البيع فقد يعرض للفرد حاجة إلى امتلاك ما فى يد غيره وقد يكون ذلك الغير شحيحا حريصا على ما بيده ما لم يأخذ عوضا له ، ولا سبيل إلى ذلك إلا ببذل العوض فلذلك شرع الله تعالى البيع وجعله طريقا ليحصل كل إنسان ما يبتغى وما يريد عن طريق الحلال (١) .

٢- وأما دليلها :

فالبيع عقد مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .
أما الكتاب : فقول الله عز وجل { وأحل الله البيع وحرم الربا } (٢)

١- سبل السلام للضنـعانى ٢/٣ مطبعة الحلبي .

٢- جزء من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

فالأية أفادت حل كل بيع إلا ما قام الدليل على منعه .
وقال عز من قائل (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) .
و أما السنة فمنها :- ما روى عن رفاعه بن رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم
سئل : أي الكسب أطيب ؟ قال : عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور « (٢) .
والمراد بالبيع المبرور في الحديث ما خلاص عن اليمين الفاجرة لتنفيق السلعة وعن
الغش في المعاملة .

- ولأنه عليه الصلاة والسلام قد باع واشترى مباشرة وتوكيلاً (٣) .
وعلى شرعيته الاجماع والمعقول وهو أن الحاجة ماسة إلى شرعيته فإن الناس
يحتاجون إلى الأعواض والسلع وللطعام والشراب الذي في أيدي بعضهم ولا طريق
لهم إلا بالبيع والشراء . فإن ما جبلت عليه الطباع من الشح وحب المال يمنعهم من
إخراجه من غير عوض فاحتاجوا إلى المعاوضة فوجب أن يشرع وفقاً لهذه الحاجة (٤) .

١- جزء من الآية ٢٩ من سورة النساء .

٢- رواه البزار والحاكم وصححه و رواه ابن حجر في تلخيص الحبير « عن رافع ابن خديج : ج /
وانظر : سبل السلام للصنعاني ٣ / ٤ حديث رقم ١ ، نشر دار الفكر .

٣- أنيس الفقهاء ، في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، للشيخ قاسم القرنوي المتوفى ٩٧٨ هـ ص ٢٠١
تحقيق الدكتور أحمد عبد الرزاق الكبيسي نشر دار الوفاء للنشر والتوزيع - جدة - السعودية .

٤- الاختيار لتعليل المختار ٢ / ٣ وما بعدها و أنيس الفقهاء ، وسبل السلام في الموضعين السابقين .

المبحث الثاني

متى يثبت للبائع حق استرداد المبيع

و فيه مطالب خمسة :

- المطلب الأول - العقود و التصرفات التي يباشرها الصبي .
- المطلب الثاني - بيع المكره .
- المطلب الثالث - قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع .
- المطلب الرابع - حالة ما إذا خرج الثمن زيوفا .
- المطلب الخامس - شراء العبد بدون إذن سيده .

المبحث الثاني

متى يثبت للبائع حق استرداد المبيع

لاخلاف بين الفقهاء في أن عقدة البيع إذا وقعت باطلة و المبيع قائم استرد البائع المبيع إذا كان المشتري قد قبضه و لم يتصرف فيه تصرفا يفите على بائعه .

فإن أفاته على بائعه فلا يخلو ذلك من أمرين :

أحدهما إما أن يكون متفقا على فساده .

و ثانيهما أو مختلفا فيه .

فإن كان متفقا على فساده كبيع المضامين (ما في بطون الحوامل) و الملاقيح

(ما في ظهور الفحول) مضى بالقيمة .

أما لو كان مختلفا في فساد كالباع وقت نداء الجمعة مضى بالأكثر من الثمن والقيمة إن كان المسلف هو المشتري ، وإن كان المسلف هو البائع مضى بالأقل من القيمة و الثمن .

و صورة ذلك كما لو كانت قيمة السلعة ثمانين و ثمنها تسعون مغليه الثمن إن كان الشرط من المشتري . أما لو كان الشرط من البائع فعلى المشتري الأقل منهما كما لو كان الثمن والقيمة ثمانين فعلى المشتري القيمة و هي ثمانون (١) كما اتفقوا على حق البائع في استرداد المبيع إذا كان له خيار التعيين (٢) .

كما إذا اشترى رجل ثوبا و دفع له البائع ثوبين أو ثلاثة على أن يختار واحدا منها - فإذا اختار المشتري ثوبا من الأثواب فللبائع حق استرداد باقي ما لم يقع عليه البيع . و وجه ذلك أنه لا يزال أحد المبيعين عن ملك بائعه بنفس البيع . لأن بيع الخيار غير لازم لأن المشتري في هذا البيع قبض ما قبضه من البائع ليختار و البائع باعه بالخيار للمشتري ، و المشتري قد اختار وجه الصفقة- و هذا مذهب الحنفية (٣)

أما المالكية فقالوا : (٤)

إذا اشترى شخص سلعة و سلمه البائع سلعتين ليختار واحدا منهما فالبيع الذي وقع بين البائع و المشتري :

- إما أن يكون قد وقع على البت .

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للشيخ أحمد بن محمد الصاوي ج ٢ / ٣٦ مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

(٢) البدائع ٥ / ٢٦٣ - ٢٦٤ مطبعة الجمالية - بالقاهرة ١٣٢٨ هـ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤ / ٦٨ و ٧٢ مطبعة دار سعادات .

(٣) البدائع ٥ / ٢٦٣ - ٢٦٤ وحاشية ابن عابدين ٤ / ٦٨ و ٧٢ الطبعتين السابقتين وتبيين الحقائق للزيلعي المتوفى ٧٤٣ هـ المطبعة الأميرية ١٣١٥ هـ .

(٤) بلغة السالك لأقرب المسالك ج ٢ / ٥٢ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة .

- أو وقع على الخيار .

فإن قبضهما المشتري ليختار واحدة و ادعى ضياعهما معا ضمن واحدة منهما وهو في الثانية أمين سواء كان البيع على البت أو على الخيار .

و عندهم رأي آخر يقول :

إذا كان المشتري قد اشترى ثوبا على البت و دفع البائع له ثوبين ليختار واحدا منهما ضمن نصفهما أي قيمة ثوب و نصف ثمن الآخر و الأول أولى .

فإن قبضهما المشتري ليختار واحدا منهما و ادعى ضياع واحد و لم يكن له بينة تشهد بضياع الثوب الذي ضاع فعلى المشتري نصف قيمة الثوب الضائع إن كان البيع على الخيار .

فإذا ادعى المشتري بأنه قد اختار الثوب الذي ضاع لزمه ثمنه و هو مصدق في هذا بلاهين . أما لو ادعى بأنه قد اختار الثوب الباقي و لا يلزمه شيء فيما ضاع لأنه أمين فيه فلا يصدق في دعواه .

و هذا التفصيل الذي ذكرته فيما إذا اشترى المشتري سلعة و دفع له البائع سلعا ليختار واحدة منها للشراء و ادعى الضياع هذا ما قلته .

أما إذا لم يدع شيئا فسبق ما أشرت إليه من كلام الحنفية .

و اختلف كلمتهم في حالات جعلتها في مطالب على الوجه الآتي :

المطلب الأول

العقود و التصرفات التي يباشرها الصبي

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الصبي إن كان غير مميز (١) فتصرفاته القولية باطلة - لأن شرط أهلية الأداء فيه منعدم ، إذ هو عديم العقل أصلا .

فلو أعتق أو أوصى ، أو أمر بمال أو تناول عملا فيه معاوضة و أولى إذا لم تكن فيه معاوضة . أو أنشأ طلاقا فكل ذلك لا يحل شرعا لا اعتبار له .

أما الصبي المميز (٢) فاختلّفوا في العقود و التصرفات التي يباشرها على الوجه الآتي .

- ذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن الصبي المميز كغير المميز لا يصح تصرفه و لا ينفذ إذن الولي كغير المميز لا يصح تصرفه و لا ينفذ إذن الولي أم لم يأذن . (٣)

فلا يصح بيعه و لا شرائه و سواء باع بغبن أو بغبطة .

أما في حال عدم الإذن فظاهر - و أما في حال الإذن : فإن إذن الولي لا يغير من حال المحجور و لا يكسبه أهلية التصرف سواء كان ذلك التصرف لمحض الضرر أو لمحض المنفعة ، أو دار بينهما .

و على هذا فلا يصح طلاقه و لا اعتاقه و لا إقراره و لا يهب و لا يقبل الهبة و إنما يصح تصرفه فيما لا ^{يتصل} المال بسبب الإصالة عن نفسه ، فلهذا صح كونه

(١) من سن الولادة إلى سن التمييز : أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهره ٣١١ نشر دار الفكر العربي .

(٢) و يسمى هذا بدور التمييز . و دور التمييز لا تقل السن فيه عن سبع سنين ، أصول الفقه للشيخ أبي زهره ص ٣١٢ . الطبعة السابقة .

(٣) شرح العلامة ابن قاسم الغزي و عليه حاشية العلامة الشيخ إبراهيم الباجوري ٤٠٠ / ١ .

وكيلا في توزيع الزكاة متى عين له الجزء الذي يدفع .

و صح إذنه بدخول الدار و نحو ذلك . و صح أن يكون وكيلا في إيصال الهدية إن كان مثل المؤكل لا يليق به ذلك . غير أنهم شرطوا فيه أن يكون مأمونا لم يظهر عليه كذب و لومرة واحدة . و هذا الرأي كان عند الإمام الشافعي رحمه الله تعالى .

- و ذهب الأئمة الثلاثة : أبو حنيفة و مالك و أحمد (١) رحمهم الله تعالى : إلى أن تصرفات الصبي المميز القولية التي تعود عليه بالضرر و تقتضي ذهاب المال و ضياعه كالهبة و الصدقة و العتق و ما إلى ذلك من كل تصرف لا يعود على المحجور عليه بفائدة فباطلة و لا يصححه إذن الولي له فيه .

أما بطلانه منه : فلأن الغرض من الحجر عليه حفظ ماله عليه حال الحياة و صحة هذه التصرفات منه تنافي ما شرع الحجر لأجله فأن إذن له الولي في هذه التصرفات فأذنه لا يفيد شيئا . لأن الولي إنما أبيع له أن يفعل ما فيه المصلحة ، و الإذن في هذه التصرفات عار عن المصلحة .

و لهذا كان إذنه غير مفيد في صحة تصرفات الصبي في مثل هذه الأحوال و يستثنى من ذلك الوصية فإنها تصح من الصغير إذا ميز و عقل القرية و إن لم يأذن له الولي . و هذا هو مذهب المالكية و أحمد و مشهور مذهب الشافعي . (٢)

- و قال الحنفية : إن وصية الصغير باطلة كالهبة و الصدقة و سائر التصرفات (٣) .

و دليل المالكية و من معهم :

(١) بدائع الصنائع ١٧١/٧ و تبين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥-١٩٢ و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٥/٣ و ٢٩٨ . و الاقتناع المطبوع مع كشف القناع ٢٢١/٢ و كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية و القوانين المصرية .
للرحوم الأستاذ أحمد أبي الفتح ج ١/١٤٤ و ما بعدها مطبعة النهضة شارع عبد العزيز القاهرة ١٩٢٣ م طبعة ثانية .
(٢) الإقناع ٢٢٦/٢ و المنتقى للباي ١٥٤/٦ .
(٣) حاشيتي قلوب و عميرة على شرح المنهاج للإمامين قلوب و عميرة ج ٣/١٥٧ مطبعة عيسى الحلبي القاهرة .
و مطبعة محمد علي صبيح أيضا .

أن الغرض من الحجر على الصغير و منعه من التصرفات إنما شرع لأجل حفظ ماله عليه لينتفع به حال حياته و الوصية إنما تنفذ من ثلث ماله بعد موته فصحتها منه لا تتنافى مع هذا الغرض . لأنها إنما صحت منه بعد ما استغنى عن المال بالموت و انتقل المال إلي غيره من الورثة .

و يؤيد ذلك ما رواه الإمام مالك رحمه الله تعالى في "الموطأ" عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن هاهنا غلاما يافعا لم يحتلم من عشان و وارثه بالشام و ليس له هاهنا إلا ابنة عم ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه فليوص لها ، قال : فأوصي لها بمال يقال له : بئر جشم و بيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم ، و كان الغلام الذي أوصي سنه عشر سنين أو اثنتا عشرة سنة .

أما الحنفية الذاهبون إلى بطلان وصية الصغير فقالوا : إن وصية الصغير تبرع و الصبي ليس من أهله . (١)

و أجابوا عن الأثر الذي استدل به المخالف بأنه محمول على أن الصبي كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه و أمر دفنه و ذلك جائز عند الحنفية (٢)

و أرى - و الله تعالى أعلم ، أن ما ذهب إليه المالكية و من وافقهم مستقيم .

فإنه بعد كونه لا يتنافى مع الغرض الذي من أجله شرع الحجر على الصغير في ماله ، فيه رعاية لمصلحة الصبي و حفظ لحق المجتمع عليه و بخاصة إذا كان ذا ثروة طائلة فإن تلك الثروة لا سبيل للوصول إليها ما دام صغيرا إلا بقدر ما وجب من الزكاة فيها و ذلك قليل من كثير و المجتمع في حاجة إلى المال لإقامة المشروعات

(١) الهداية للمرغناني ٢٣٤/٤ .

(٢) السابق .

النافعة و إعداد العدة للعدو فمن الخير أن تنفذ وصية الصغير لينتفع الصبي من وراء ذلك بالثواب الأخروي و لينتفع المجتمع بالمال في الطرق المفيدة .

أما التصرفات القولية التي تشتمل على المعاوضة و ليس فيها ذهاب للمال كالبيع و الشراء و المساقاة و الإجارة و ما إلى ذلك فإنها تقع من الصبي صحيحة و لكنها موقوفة على إذن الولي في نفاذها . فما رآه منها مصلحة أو غبطة أجازها و أمضاه و ما لا فلا . و ما استوى فيه الأمران فالولي بخير النظرين إن شاء أمضى و إن شاء رد ، هذا إذا كان للصغير ولي فإن لم يكن له ولي من أب أو وصي أو غيرهما و غفل عنه حتى رشد و ملك أمر نفسه انتقل إليه ما كان للولي من الرد و الإمضاء .

أما التصرفات القولية التي هي لمحض المنفعة فلا أثر للجهل فيها عند الأئمة الثلاثة خلافا للشافعية و قد تقدم بيان مذهبيهم . فمثل هذه التصرفات التي هي لمحض المنفعة صحيحة نافذة . لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله و خوفا من إتلافه و ضياعه و ليس في قبول الهبة و نحوها من كل ما يعود على الصغير بالمنفعة ضياع للمال بل هو فيه تحصيل للمال و إفادة له .

المطلب الثاني

بيع المكره

و قبل الكلام عن بيع المكره أرى أنه من المفيد أن أتكلم بإيجاز عن معنى الإكراه و أنواعه و ذلك على النحو التالي :

معنى الإكراه : الإكراه في اللغة : جا . فى المصباح المنير (١) للفيومي :

كرهته أكرهه ضد أحببته فهو مكروه - و الكره بالفتح المشقة و بالضم القهر و قيل : بالفتح الإكراه و بالضم المشقة فيقال : أكرهته على الأمر إكراها حملته على فعله قهرا عنه . (٢)

- و في الاصطلاح : على ما ذكر في المبسوط للرخسي :

الإكراه : اسم لفعل يفعله المرء بغيره فيستفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب أو هو : فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل . أي المكره . معنى يحمله على الفعل قهرا عنه . (٣)

هذا هو تعريف الحنفية للإكراه و خلاصته : أن الإكراه عبارة عن حمل الإنسان على أمر لا يريد أن يفعله بتخويف يستطيع الحامل تنفيذه . (٤)

و عرف الشافعية الإكراه : بأنه هو الذي لا يبقى للمكره معه قدرة و لا اختيار (٥)

(١) ج ٢ / مادة (ك ر ه) ص ٧٣٠ المطبعة الأميرية القاهرة .

(٢) السابق .

(٣) فتح القدير للعلامة كمال الدين بن الهمام على الهداية ج ٧ / ٢٩٢ .

المطبعة الأميرية و تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة علي بن مسار الريلعي ج ٥ / ١٨١ و ما بعدها المطبعة الأميرية .

(٤) كشف الأسرار ٤ / ٣٨٢ طبعة : دارالكتاب العربي .

(٥) نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول للإمام جمال الدين الأستونز الم في ٧٧٢ هـ ج ١ / ١٣٨ و ما بعدها مطبعة صبيح -

بالقاهرة ١٣٨٩ هـ و هو شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي السعادي المتوفى ٦٨٥ هـ (كتابان في مجلد واحد) .

إذن فالإكراه عندهم : فعل صدر من شخص لغيره ، و هذا الغير أصبح كالألة الصماء فصار معدوم الرضا مسلوب الاختيار .

و على ذلك فالإكراه عند الشافعية يسلب المكره الرضا ويعدمه الاختيار .

و هذا التعريف إنما هو تعريف للإكراه الملجئ - و بتعريف الإكراه على هذا النحو يتبين أن هناك فرقا بين الشافعية و الحنفية و يترتب على هذا الفرق فروع فقهية منها :

١- أن الإكراه عند الحنفية لا يسلب الشخص الاختيار أما عند الشافعية فيسلب الاختيار . لذلك يرى الشافعية أن المكره ليس مكلفا لكن عند الحنفية يرون أنه أهل للتصرف و لا يزال مخاطبا فيكون عنهم مكلفا ونجاسة و أن أهليته لم تنعدم

أنواع الإكراه

قسم الحنفية رحمهم الله تعالى الإكراه إلى ثلاثة أنواع (١) هي :

النوع الأول - الإكراه الملجئ : و هو الذي يعدم الرضا و يفسد الاختيار و يسمى بالإكراه التام - و ذلك كالتهديد بأتلاف نفس الإنسان أو عضو من أعضائه . لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعاً لها و يعتبر هذا الإكراه أعلى الأنواع و أشدها لأنه يجعل المكره في يد العكره كالألة في يد العامل والسيف في يد الضارب .

النوع الثاني - الإكراه غير الملجئ : و هو الذي يعدم الرضا و لا يفسد الاختيار و يسمى بالإكراه الناقض و ذلك كالتهديد بالحبس مدة طويلة .

أو بالضرب الذي يؤدي غالباً إلى تلف النفس أو عضو من الأعضاء و بالتهديد بأتلاف بعض ماله و إنما لم يفسد به الاختيار لعدم الاضطرار إلى مباشرة المكره عليه

(١) كشف الأسرار ٣٨٤/٤ و شرح المنار و حواشيه من علم الأصول : السرح لعبد اللطيف بن عبد العزيز بن الملك و الحواشي للشياخ : يحيى الراوي و مصطفى بن بيهزي الدين محمد بن إبراهيم ١١٣/٢ المطبعة العثمانية بالهند ١٣١٥ هـ .

لتمكنه من الصبر على ما هدد به .

النوع الثالث - الإكراه الذي يعدم تمام الرضا و لا يعدم الاختيار وذلك كالتهديد بحبس أحد أصوله أو فروعه أو زوجته و هذا النوع من الإكراه يسمى في الوقت الحاضر و لدى علماء القانون بالإكراه الأدبي (١) غير أن هذا الإكراه اختلف فيه الفقهاء هل يكون إكراها أو لا ؟ و ذلك على الوجه الآتي :

- ذهب المالكية إلى أن التهديد إذا كان موجها إلى غير المكروه فلا يكون إكراها إلا إذا كان ولدا أو أبا على الظاهر - و قيل في الأخير : ليس إكراها . (٢)

- و عند الحنابلة في ذلك رأيان فيما لو كان التهديد موجها إلى ولد المكروه :

ف قيل : ليس بإكراه لأن الضرر لاحق بغيره .

و الأولى أنه إكراه لأن ذلك أعظم عنده من أخذ ماله و الوعيد به إكراه فكذلك التهديد بولده .

و انقسم الحنفية إلى فريقين :

- فريق منهم و هم الأقل : يرى أن الإكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لا يكون إكراها . لأنه ليس بملجئ و لا يعدم الرضا . (٣)

- و الفريق الآخر و منهم الأئمة السرخسي و فخر الإسلام البزدوي و الكمال بن الهمام و غيرهم كثير يرى أنه إكراه شرعي برفع بعض التبعات . فإذا قال شخص لآخر : لنحبس أباك أو ابنك في السجن ^{بم هذه البها} : ففي القياس : البيع جائز ولا يعد هذا إكراها فإنه لم يهدد بشيء في نفسه ، و حبس أبيه لا يلحق ضررا به ، و التهديد لا

(١) عوارض الأهلية عند الأصوليين للدكتور صبري معارك ص ٤٣١ طبع دار التوفيقية للطباعة - القاهرة .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي المتوفى ١٢٣٠هـ .

(٣) حاشية رد المختار على الدر المختار الشهيرة بحاشية ابن عابدين للعلامة محمد أمين المتوفى ١٢٥٣هـ .

مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة . الطبعة الثانية ١٢٨٦هـ - ١٩٦٦م .

يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته وكذلك في حق كل ذي رحم محرم .

و في الاستحسان : ذلك إكراه كله و لا ينفذ شيء من هذه التصرفات . لأن حبس أبيه يلحق به من الحزن و الهم ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر . فإن الولد إذا كان باراً يسعى في تخلص أبيه من السجن ، و ربما يدخل السجن مختاراً و يحبس مكان أبيه ليخرج أبوه فكما أن التهديد بالحبس في حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد في حبس أبيه . إذن : فالإكراه الأدبي إكراه شرعي يرفع بعض التبعات استحساناً لا قياساً .

و هذا هو المعمول به و الراجح في مذهب الحنفية (١) و هو رأي في مذهب الشافعية أيضاً . (٢)

و بعد فهذه هي مذاهب الفقهاء رحمهم الله تعالى في التهديد بإلحاق الأذى بغير الكره - و يظهر منها بوضوح أنه يعتبر إكراها بشرط أن يكون لاحقاً بأصول المكروه أو فروعه .

و قد ضيق المالكية و الحنابلة دائرته حيث قصره على التهديد بإلحاق الأذى بوالد المكروه أو ولده و لكن الحنفية يوسعون نطاقه فهو يشمل عندهم ، فضلاً عن الولد و الوالد ، كل أصول المكروه و فروعه بل و كل ذي رحم محرم .

و الواقع الذي لامرأ فيه أن الشريعة الإسلامية الغراء لم تهمل الإكراه الأدبي .

(١) كشف الأسرار ٣٨٣/٤ - ٣٨٤ و تيسير التحرير ٣٠٧/٢ و الدرر و التحبير ٢٠٦/٢ و شرح المنار ٩٩٢/٢ و المبسوط لشمس الأئمة السرخسي ج ١٤٣/٢٤ - ١٤٤ و أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٣٥ طبع دار الفكر العربي - القاهرة .

(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٣٣٢/٣ و شرح منهج الطلاب المنع وكربا الأنصاري ٤/٤ . طبع دار إحياء التراث العربي - بيروت . و دار إحياء الكتب العربية - القاهرة .

فالتهديد بحبس الأب أو حبس الأم أو الأخ و الأخت ليس أذى ينال جسمه و لكنه ينال نفسه و احساسه .

فهو و إن كان ماديا بالنسبة لهؤلاء الأقارب هو أدبي بالنسبة له .

بيع المكره

اختلفت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى في صحة بيع المكره من عدمه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن بيع المكره غير صحيح إذا كان الإكراه بغير حق و بهذا قال الإمامان : الشافعي و أحمد بن حنبل (١) رحمهما الله تعالى : و ذلك لعدم الرضا و قد قال الله تعالى : (يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا (٢) أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) سورة النساء الآية ٢٩٠ -

أما إذا كان الإكراه بحق فإنه صحيح و ذلك كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء ما عليه من ديون . و من ذلك أيضا : ما لو أكرهه الحاكم في زمن الغلاء على بيع ما زاد عن حاجته للتجارة الناجزة فأن البيع صحيح .

لأنه قول حمل عليه المكره بحق فصح كإسلام المرتد . (٣)

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفى ١٠٠٤ هـ مطبعة بولاق بالقاهرة ج ٢٧٥/٣ و ٢٧٦ و كتاب العناصير للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى ١٠٥١ هـ ج ١١٩/٣ مطبعة الحكومة - مكة المكرمة .

(٢) بيان لبعض المحرمات المتعلقة بالأموال و الأنفس إثر بيان تحريم النساء على غير الوجه المشروعة و المراد بالباطل : ما يخالف الشرع كالربا و القمار و الظلم و المراد من الأكل سائر المصروفات و غيره لأنه أعظم المنافع : تفسير روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني للعلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الآلوسي البغدادي ج ١٥/٥ . طبع دار إحياء التراث العربي - بيروت و دار إحياء الكتب العربية - بالقاهرة .

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي المذموم ١٢٢٠ هـ .
(٣) نهاية المحتاج ٢٧٥/٣ و ٢٧٦ و كشف القناع ١١٩/٣ .

القول الثاني : أن الإكراه إذا كان حراما و هو ليس بحق فإن البيع يصح و لكنه لا يلزم و حينئذ يخير البائع بين دفع الثمن للمشتري و أخذ سلعته التي أكرهه على بيعها و بين امضاء البيع . أما إذا كان الإكراه حلالا أو بحق فإن البيع صحيح لازم و ذلك كالإكراه على بيع الدار لتوسعة الطريق العام أو على بيع سلعة لوفاء ما عليه من ديون و نحو ذلك .

بهذا كله قال الإمام مالك (١) رحمه الله تعالى .

القول الثالث: أن بيع المكره منعقد - بهذا قال الإمام أبو حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و وجه ذلك : أن الإكراه لا يمنع أصل التصرف لصدوره من أهله مضافا إلى محله ، إلا أنه يفسد (٢) لعدم الرضا الذي هو شرط لصحة العقود لقوله تعالى (يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) سورة النساء الآية ٢٩ - إلا أن الملك يثبت به عند القبض خلافا لزم من الحنفية حيث قال : إنه لا يثبت الملك لأفبيع موقوف على الإجازة ، و البيع للموقوف على الإجازة لا يفيد الملك قبلها .

أما لو أجاز المكره البيع بعد زوال الإكراه صريحا أو دلالة صح البيع و ثبت به الملك اتفاقا لأن رضا^٣ قد تم بالإجازة . (٣)

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (بيع المكره) و نظرية الحق في الفقه الإسلامي للدكتور محمود بلال ص ٢٠١ طبع ١٤٠١ هـ .

(٢) اتفق الفقهاء على أن العقد إذا اختلف منه ركن من أركانه كان باطلا و لم ينتج آثاره الشرعية ثم اختلفوا بعد ذلك فيما لو تخلف شرط من شروطه : فذهب الجمهور من الأئمة إلى أنه يكون باطلا أو فاسدا و كلاهما بمعنى واحد فلا تترتب على مثل ذلك آثاره - و أما عند الحنفية فيسمنونه بالعقد الفاسد و يرتبون عنه أحكاما خاصة في حال تنفيذه بمقتضى هذا التنفيذ لا بمقتضى العقد فيقولون في عقد البيع الفاسد : إن المشتري إذا قبض المبيع بأذن بائعه صراحة أو دلالة فإنه يملكه بالقيمة في ذوات القيم و بالمثل في المثليات و إنما عول عن الثمن المسمى في العقد إلى المثل أو القيمة لفساد التسمية بفساد العقد :

كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للشيخ عبد العزيز أحمد البحاري ٢٨٧/١ و حاشية ابن عابدين ١١٢/٥ .

(٣) نتائج الأفكار (تكملة شرح فتح القدير) للعلامة شمس الدين أحمد ابن قودر ٣٣٢/٩ و ما بعدها

طبع دار الفكر - بيروت . و الهداية للبرغيناني ٢٠١/٣ مطبعة المجلس ، القاهرة .

و حاشية ابن عابدين ٥/٤ و ج ٥ / ١١٠ - ١١١ .

و عوارض الأهلية عند الأصوليين للدكتور صبري معارك ص ١٤٤ .

بيان الراجع

و ما يبدو لي رجحان مما تقدم : ما قال به أصحاب القول الأول من أن بيع المكره غير صحيح لقوة أدلتهم و جاهتها و سلامتها عن المعارضة و الله أعلم .

المطلب الثالث

قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع

لا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن الشخص إذا باع سلعته لآخر واتفق المتبايعان على تأجيل الثمن فليس للبائع . والحالة هذه حق حبس المبيع قبل حلول الآجل ولا بعده :

أما وجه سقوط حق الحبس قبل حلول الآجل :

فلأن المتبايعين قد دخلا على التأجيل ، فالثمن غير مستحق في الحال ،

و أما بعد حلول الآجل :

فليس له حق الحبس أيضا . والوجه في ذلك : أن حبس السلعة لم يجب بأصل العقد فلا يثبت له بعد العقد (١) .

أما لو باع السلعة بثمن حال وشرط البائع على المشتري تعجيل الثمن وحبس البائع السلعة لذلك فقبض المشتري المبيع بلا إذن من البائع .

فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على الوجه التالي :

- ذهب المالكية (٢) والشافعية (٣) والزيدية (٤) والإمامية (٥) إلى أن

للبائع حق الفسخ حيث قبض المشتري المبيع بغير إذنه .

-
- ١- المبسوط لشمس الأئمة السرخسي ج ١٣ / ١٩٢ وما بعدها - طبع دار المعرفة - بيروت .
 - ٢- بلغة السالك على أقرب المسالك (الشرح الصغير للدردير) للشيخ أحمد الصاوي ج ٤ / ٨٩ وما بعدها ، مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٧٢ هـ
 - ٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن الإمام شهاب الدين أحمد الرملي المتوفى ١٠٠٤ هـ ج ٤ / ٩٦ ، ٩٧ مطبعة الحلبي وطبعة أخرى للمطبعة البهية المصرية ١٢٨٦ هـ .
 - ٤- التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليمني ٢ / ٤٤٤ ، نشر دار الكتاب العربي ، بمصر
 - ٥ - الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد الجابعي العاملي ج ١ / ٢٧٨ ، نشر دار الكتاب العربي بمصر .

فإن تصرف فيه لم ينفذ تصرفه و أنه يدخل فى ضمانه .

- و ذهب الحنفية (١) إلى أن التصرف ينقسم إلى قسمين :

الأول : تصرف لا يحتمل الفسخ كما لو اشترى عبداً فأعتقه فليس للبائع وهو السيد حق الفسخ . لأن هذا تصرف مفيت للمبيع على بائعه غير أن البائع يجبر المشتري على دفع الثمن فالحنفية قد خالفوا الجمهور فى هذا القسم من التصرف .

الثانى : تصرف غير مفيت بمعنى أنه يحتمل الفسخ فلو باعه المشتري أو تصرف فيه بهبة أو صدقة فللبائع فسخ البيع واسترداد المبيع . والحنفية يوافقون الجمهور هنا . فلو باع السلعة مشتريها ثم اشتريها باعها لغيره ثم الغير باعها لمشتري آخر .

فإن للبائع الأول استرداد المبيع وفسخ جميع العقود التى وقعت سواء منها ما كان بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة لأن مثل هذه التصرفات يحتمل الفسخ .
الأدلة

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة .

أما الكتاب : فقول الله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (٢)

وجه الدلالة من الآية الكريمة على المدعى : أن الله عز شأنه أمر المتعاقدين بالوفاء بالعقد والأمر حقيقة فى الوجوب حيث لا قرينة صارفة تصرفه من الوجوب إلى الندب ، والعقد يشمل البيع ، والوفاء بالعقد يتطلب من كل المتعاقدين القيام بما التزم به .

فإن المشتري مأمور بتعجيل الثمن إلى البائع والبائع مأمور بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإذا قبض المشتري المبيع بلا تعجيل الثمن فقد أخل بما التزم به . وإذا أخل بما التزم به فهذا الإخلال يقتضى انفساخ العقد . وانفساخ العقد يقتضى استرداد كل

١- الفتاوى الهندية : من وضع مجموعة من علماء الهند ج ٣ / ٢١ / ٢٢ المطبعة الأميرية ١٣١٠ هـ .

و بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ / ٢٥٠ ، مطبعة الإمام بالقاهرة - الطبعة الأخيرة .
وطبعة أخرى لمطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ .

٢- سورة المائدة آية ١

منهما ما بذله للآخر .

والمشتري قد قبض المبيع بدون إذن البائع والموضوع أنه لم يعجل الثمن .
وأما السنة : فقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث (المسلمون على شروطهم) (١) .

وجه الدلالة من الحديث : أن البائع شرط على المشتري تعجيل الثمن ، وقد أخل المشتري بالشرط وإخلاله بالشرط إخلال بما التزم .
وهذا يقتضى فسخ العقد ، ويستوجب اسرداد البائع للمبيع حيث قبضه المشتري بدون إذنه .

واستدل الحنفية للقسم الأول الذى خالفوا فيه الجمهور وهو التصرف الذى لا يحتمل الفسخ بتشوف الشارع إلى الحرية ، وبذلك لم يكن للبائع حق الفسخ .

المناقشة والترجيح

أولاً - مناقشة الجمهور : ما قاله الجمهور فى وجه الدلالة من الحديث الشريف من أن المشتري قد خالف شرط التعجيل حيث قبض المبيع بلا إذن البائع ، وقد شرط

١ - هذه جملة من حديث عمرو بن عوف رضى الله عنه وقد أخرجه الترمذى وابن ماجه فى الأحكام عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزنى عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا) .
زاد الترمذى : (والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حلالاً أو حرم حلالاً) . وقال الترمذى : حديث صحيح ورواه الحاكم أيضاً فى المستدرک وسكت عنه . وقال الذهبى : هو حديث واه . انتهى من نسب الراية للزيلعى . وقال الشوكانى فى نيل الأوطار :
فى إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزنى وهو ضعيف جداً . قال فى الشافعى وأبو داود وهو ركن من أركان الكذب . وقال النسائى : ليس بثقة : طريق الرشيد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد للشيخ عبد اللطيف بن إبراهيم آل عبد اللطيف ج ٢ / ١٠٣ - ١٠٤ من مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٤٠٣ هـ .

البائع عليه تعجيل الثمن وهو لم يدفع ، فيكون البيع - والحالة هذه فاسداً للنهي عنه وهو مخالفة الشرط . والجمهور مع ذلك يقولون بأن للبائع حق الاسترداد وإنى فى هذا المقام ، أسألهم سؤالا : هل هذا البيع صحيح أو فاسد ؟ .

فإن كان صحيحا فلا حق للبائع فى الإسترداد لأنه عقد صدر من أهله مضافا إلى محله والمبيع قد دخل فى ضمان المشتري بالعقد ، فلا حق له فى الاسترداد .
وأما إن كان البيع فاسدا فلا ضمان على المشتري لأن البيع الفاسد لا ينقل الملك على مذهبكم فيكون للبائع حق الاسترداد والحالة هذه .

ثانياً - مناقشة الحنفية :

وهم - كما تقدم - ذهبوا إلى أن التصرف قسمان ، فما دليلهم على هذا التقسيم ؟ .

إن هذا التقسيم لم أعثر له على دليل فى كتبهم - وحيث إنه لا دليل عليه فالحق ما ذهب إليه الجمهور من أن للبائع حق الاسترداد مطلقا ، سواء كان التصرف مفيتا أو غير مفيت ، على أن الجمهور لا يقولون : إن التصرف قسمان فهذا اصطلاح للحنفية ولا يعترض باصطلاح على اصطلاح .

المطلب الرابع

حالة ما إذا خرج الثمن زيوفاً (١)

تكلمت على ما إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع ولم يعجل الثمن .
والآن أتكلم عن حالة أخرى تتعلق بحق البائع فى استرداد مبيعته وهذه الحالة هي:
إذا قبض المشتري المبيع بأذن البائع وعجل المشتري إلى البائع الثمن ثم تبين أن
ما عجله المشتري من الثمن فيه عيب :

فإذا باع شخص لآخر سلعة وعجل كل منهما البدل لصاحبه فقبض المشتري
السلعة وقبض البائع الثمن فتبين أن بهذا الثمن المدفوع إليه من المشتري عيوباً من
نحو نقص أو نحاس . فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى حق البائع فى استرداد المبيع
والحالة هذه ، وذلك على الوجه الآتى :

أ - ذهب الشافعية (٢) وأبو يوسف وزفر من الحنفية (٣) فى رأي لهما
والحنابلة (٤) فى إحدى الروايتين إلى أن للبائع حق الفسخ واسترداد المبيع .
(ب) - و ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيبانى (٥) والحنابلة فى
الرواية الأخرى (٦) .

إلى أن البائع لا يملك استرداد المبيع ، وذلك أن البائع سلم المبيع بعد استيفاء

١- الزيف : مصدر ويوصف به فيقال : درهم زيف --- ويجمع على زيوف ، وأزياف وزياف : المعجم الوسيط ج ١ / ٤٠٩
انتشارات ناصر خسرو - طهران - إيران .

٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن الإمام شهاب الدين أحمد الرملى المتوفى ١٠٠٤ هـ
طبع المطبعة البهية المصرية ١٢٨٦ هـ ، ج ٤ / ١٠٣ وطبعة أخرى لمطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة - ١٣٥٧ هـ .

٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٢٥٢ / ٥ مطبعة الجمالية ١٣٢٨ هـ .

٤- القواعد لابن رجب الحنبلى . القاعدة ٢٤٣ ، ص ٣٤٠ طبع مؤسسة نبع الفكر العربى .

٥- البدائع ٢٥٢ / ٥ الطبعة السابقة -

٦- قواعد ابن رجب القاعدة / ٢٤٣ -

جنس حقه ، ولا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه .

ج - و ذهب المالكية (١) إلى التفصيل الآتى :

إذا تصارفا (٢) فوجد أحد المتصارفين عيبا فيما قبضه من الآخر فلا يخلو الحال من أمرين :

الاول : اما أن يطلع واجد العيب على ما وجد من عيب فى المجلس وهنا : له الرضا بالعيب ولا ينقص الصرف وله عدم الرضا وطلب الاتمام فى النقص وبدل الرصاص أو النحاس وبدل المغشوش فإن امتنع الآخر من اجابة واجد العيب إلى ما طلب من الاتمام أو البديل . فإنه يجبر على الإتمام فى الغش ، والنقص و دفع بدل النحاس أو الرصاص .

الثانى : أما إن اطلع واجد العيب على ما وجد من عيب بعد مفارقة المجلس أو طول مدة :

فالعيب الذى اطلع عليه واجده إن كان نحاساً أو رصاصاً فلا نقض لصحة البيع بما ذكر - و أما إن كان العيب الذى اطلع عليه نقصاً فى الوزن أو فى العدد نقص الصرف مطلقا واسترد كل منهما ما دفعه لصاحبه حتى ولو رضى كل منهما بما آل إليه إذن فهذه المسألة شبيهة بما إذا باع شخص لآخر سلعة وشرط البائع على المشتري أن يدفع إليه مائة دينار من الذهب فدفع إليه صرفهما من الورق فتبين أن بالورق الذى دفعه المشتري إلى البائع زيوف واطلع عليه بعد مفارقة أو طول فلا بد من نقض عقدة البيع ورجوع كل منهما على صاحبه بما دفعه له حتى ولو تراضيا على ذلك . أما لو دفع إليه المشتري بدل الثمن نحاساً أو رصاصاً فله الرضا ، وله عدمه ولا يجبر وإنما لم يجبر المشتري فى هذه الحال عند المالكية لصحة البيع عندهم بما ذكر .

١- بلغة السالك إلى أقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد الشهير بالدردير المتوفى ١٢٠١ هـ .

الكتابان فى مجلد واحد ج ٢ / ١٩ مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

٢- صرف الدراهم : باعها بدراهم أو دنائير واصطرفها اشتراها : المغرب للمطرزى ج ١ / ٢٦٦

د - و ذهب الزيدية (١) إلى التفصيل الآتى و تكلموا فيه عن حالتين :
الحالة الأولى : اما أن يكون الثمن نقدا أو مثليا (٢) غير معين فى الذمة .
وفى هذه الحالة يسترد البائع المبيع ويعتبر تسليمه الاوّل كلا تسليم أو يطالب
المشتري بذل النقص أو الغش .
الحالة الثانية - وإما أن يكون الثمن قسما أو مثليا معيننا . وهنا ليس له
الاسترداد .

الأدلة

استدل الشافعية و موافقوهم على أن للبائع حق الفسخ واسترداد المبيع : بأن
البائع ما رضى بزوال حق الحبس إلا بوصول حقه إليه و حقه فى الثمن هو فى السليم
لا فى المعيب . فإذا وجده معيبا لم يسلم له حقه ، فكان له أن يسترد المبيع حتى
يستوفى الثمن قياسا على الراهن إذا قضى دين المرتهن وقبض الرهن ، ثم إن المرتهن
وجد المقبوض زيوفا كان له أن يسترد الرهن .
واستدل أبو حنيفة و محمد بأن الزیوف جنس حقه من حيث الأصل وإنما الفائت
صفة الجودة . وإذا كان المقبوض جنس حقه فتسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع
من الاسترداد بخلاف الرهن لأن الارتهان استيفاء لحقه من الرهن والافتكاك ايفاء من
مال آخر .

فإذا وجده زيوفا تبين أنه ما استوفى حقه فكان له ولاية الاسترداد بدليل أنه لو

١- التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار) للفاضل العلامة أحمد بن قاسم العنسى البهائي
ج ٢ / ٤٤٥ مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر ١٣٦٦ هـ . الطبعة الأولى .

٢- المثلى : هو الموزون والمعدود والمكيل . فإذا طبع عليه بطابع كان معنا أما إذا لم يطبع كان غير معين -
والمثلى : ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به قواعد الفقه للمفتى السيد محمد عليم الاحسان المجددى
ص ٤٦٥ . نشر الصدق بيلشرز كراتشي .

أعار المبيع المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده .
وأما المالكية فلم أعثر لهم على دليل فيما ذهبوا إليه .
واستدل الزيدية على منع الاسترداد إذا كان الثمن قيميا أو مثليا معينا : بأن
الثمن أصبح مبيعا والمبيع لا يبدل وبيان ذلك أن الثمن الذى به العيب لما كان
قيما أو مثليا معينا كأنه لما تركه للمشتري صار كأنه باعه له بغيره لذا لا يصح
المبيع.

المناقشة والترحيع

و دعوى الإمام أبى حنيفة و محمد بن الحسن رحمهما الله من أن البائع لا يملك
استرداد المبيع لأنه قبض جنس الثمن والفائت صفة الجودة وهى لا تقتضى عندهما
استرداد المبيع . هذا الكلام غير مسلم ومن ثم لا يعول عليه .
لأن البائع عندما باع إنما باع بثمن خالٍ من العيوب فإذا وجده معيبا كان له حق
الخيار .

ويقال للمالكية : إن البائع باع سلعته بثمن معين من الذهب أو الفضة والمشتري
قد دفع إليه الثمن عرضاً من الحديد أو النحاس فحينئذ يصدق على المشتري أنه خدع
البائع . فلذا كان للبائع حق الفسخ واسترداد المبيع و خيرته تنفى ضرره فما ذهبتم إليه
خاص بوجود عيب فيما دفعه أحد المتصارفين .

ثم إن البيع وقع على البت ، وإنما وجب الخيار لوجود العيب فى الثمن . و وجود
العيب اقتضى الخيار .

وإذا ثبت له الخيار كان له حق الفسخ و حق الابقاء .

فالحق ما ذهب إليه الشافعية و أبو يوسف و زفر من الحنفية لوجهة ما استدلوا
به وسلامته عن المعارضة . والله أعلم بالصواب .

المطلب الخامس

شراء العبد بدون إذن سيده

إذا اشترى العبد سلعة من إنسان حر بالغ عاقل دون إذن سيده (١) بضمن مؤجل فهل شراء العبد لازم صحيح أم لا ؟ .

- اختلفت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى في ذلك على قولين (٢) .
- ١- ذهب فريق منهم الاصطخرى وأبو اسحاق إلى أن هذا البيع باطل .
 - ٢- و ذهب الفريق الثانى كابن أبى هريرة إلى أن هذا البيع صحيح .

الأدلة

أما وجهة نظر الذاهبين إلى البطلان فقررروا فيها ما يلى :

أن شراء العبد باطل لأنه ممنوع من التصرف ، وحيث بطل شراؤه وجب فسخ العقدة واسترد البائع سلعته من العبد . وإنما استردها لأن العبد والحالة هذه عاجز عن دفع الثمن ، لأنه لا مال له فى الحاضر يدفع منه ، وليس له ذمة صالحة حتى يتبع بها ، ولا يتبع البائع السيد لأنه لم يأذن للعبد فى الشراء ، فلذا أشبه بائع السلعة التى باعها لانسان مفلس فإن لرب السلعة أن يستردها من مشتريها .

وكذلك بائع السلعة للعبد يستردها منه بجامع العجز عن دفع الثمن فى كل .

١- نهاية المحتاج ٤ / ١٦٩ . مطبعة الحلبي .

٢- السابق .

فالعبد أشبه المفلس وبائع السلعة أشبه رب المتاع (١) ولذا قلنا ببطلان البيع .

أما الذاهبون إلى الصحة (٢) فقالوا :

إن هذا البيع صحيح وللسيد ذمة بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(من ابتاع عبدا وله مال فماله لبائعه إلا أن يشترطه المبتاع) (٣) أى المشتري .

وجه الدلالة : أن عود الضمير فى قوله صلى الله عليه وسلم (وله) دليل على

أن للعبد ذمة وأنه أهل للملك ، إلا أن ملكه قاصر غير تام لأن للسيد حق انتزاعه من

يده ، و حينئذ يكون لرب السلعة التى باعها للعبد اتباع العبد بثمان السلعة إذا عتق .

هذا عن وجه الدلالة و دعوى بعض الشافعية : ان العبد لم يحجر عليه فى ذمته

كلام غير مسلم وإلا فقل لى بريك : ما معنى الحجر عليه ؟

أقول : هو ممنوع من التصرفات على كل حال حيث لم يؤذن له فيها وللسيد

بيعه والتصرف فيه بكامل التصرفات ، فما معنى لا يحجر عليه فى ذمته ؟

بيان الراجع

والراجع ما ذهب إليه الاصطخرى و أبو اسحاق وهو أن هذا البيع باطل ، نظرا

لأن العبد فى حالة عدم إذن سيده له بممارسة الشراء ممنوع من التصرف .

و إذا كان ممنوعا من التصرف فإن شراؤه يقع باطلا - وبناء على هذا يجب فسخ

عقدة البيع وهنا يسترد البائع سلعته من العبد ، لأن العبد فى هذه الحال عاجز عن دفع

١- المتاع : كل ما ينتفع به ويرغب فى اقتنائه كالطعام و أثاث البيت والسلعة والأداة والمال .

المعجم الوسيط ٢ / ٨٥٢ انتشارت ناصر خسرو - طهران - إيران .

٢- ثم إن من يصح شراء العبد من يقول : بأن ملك ما يشتريه يكون للسيد ، ومنهم من يقول : بأن ملك ما يشتريه يكون

للعبد فعلى القول بصحة شرائه والملك للسيد : يحق للبائع أن يسترد المبيع إذا كان المشتري عبداً ولم يكن البائع على علم

برقه وقد اختار البائع أن يفسخ البيع ، فإن كان البائع على علم برقه لم يطالبه بشئ حتى يعتق .

وعلى القول بصحة شرائه والملك للعبد : فإن للسيد أن يختار انتزاع ما اشتراه من يده وله أن يقره عليه وللبائع أن يرجع إلى

عين المبيع ما دام فى يد العبد لتعذر تحصيل الثمن كما لو أفلس المشتري بالثمن .

المجموع شرح المذهب ج ٩ / ١٤٣ وما بعدها طبع ادارة الطباعة المنيرية - القاهرة .

٣- سنن الترمذى ٢ / ٣٥٧ - أبواب البيوع - باب ما جاء فى ابتاع النخل بعد التأبير والعبد وله مال حديث رقم ١٢٦٢

نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة - طبع دار الاتحاد العربى للطباعة .

الثلث في الوقت الحاضر وبذلك أصبح حاله مثل شخص باع سلعة من السلع لشخص آخر مفلس لا يستطيع الوفاء بالثلث ، فإن لبائع السلعة أن يستردها من هذا المشتري المفلس نظراً لعدم وصول الثلث إليه .

وكل ما تقدم فيما إذا كان العبد هو من تولى الصفقة .

أما إذا كان هو وجه الصفقة يعنى إذا بيع العبد نفسه كما لو باع شخص عبداً مملوكاً له واشتراه مشتريه وعتق المشتري العبد وعتقه البائع كذلك : فلا يخلو حال البيع عند الحنابلة (١) من أمرين :

- إما أن يكون المشتري عتق أولاً . وفى تلك الحالة يرى الحنابلة أن عتقه نافذ ويقولون كذلك للبائع حق الاسترداد ، وأقول لهم :

معنى نفاذ العتق خروج العبد من دائرة الاسترقاق إلى الحرية .

و معنى أنه حر فلا ملك لأحد عليه ، وأن المشتري أعتق ما يملك فلا يكون العبد بعد الشراء مملوكاً لأحد - لأن المشتري أعتقه فخرج عن ملكه بالعتق و خرج عن ملك البائع كذلك بالبيع فلا حق للبائع فى الاسترداد كما قالوا لأن حق البائع فى الاسترداد فرع تعلق ملك البائع به ، وملكه قد زال بالبيع فلا معنى لقول الحنابلة ببقاء حق البائع فى الاسترداد .

- أما إذا أعتق البائع العبد أولاً والمشتري ثانياً فلا ينفذ عتق واحد منهما .

أما عدم نفاذ عتق البائع فلأن العبد قد خرج عن ملكه بالبيع وإنما لم ينفذ عتقه لأنه أعتق ما لا يملك (٢) .

١- المعنى لابن قدامة ج ٤ / ٥٨ طبعة دار المنار : ومن المسائل التى تستوجب الرد للبائع أيضاً عند الحنابلة : ما إذا وجد البائع فيما باعه زيادة لم يعلم بها إلا بعد إمضاء البيع . فالحكم فى هذه الزيادة أن للبائع الحق فى استردادها كما لو باع صبرة جزافاً فظهر تحتها حفرة أو ظهر باطنها خيراً من ظاهرها فإن البائع بالخيار فى الرجوع بالزيادة إن لم يعلم بالحفرة ولم يعلم بالأوصاف المخفية الباطنة للسلعة . كشف القناع ٢ / ٢١ المطبعة العامرة الشرقية .

٢- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك) أخرجه أبو داود والترمذى .
و انظر : بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلانى ص ٢٥١ .
نشر دار الكتب الإسلامية - كوجرانواله - باكستان .

والحق : أن عتق المشتري صحيح . لأنه يبيع البائع العبد للمشتري فقد دخل في ملك المشتري بالشراء .

فإذا أعتقه عتق فلا معنى لقول الحنابلة : إن البائع له حق الاسترداد .
و خلاصة القول في هذه المسألة أن الحنابلة يجعلون للبائع الحق في الاسترداد في كلتا الحالتين .

والرأى عندي - والله أعلم - أن للمشتري حق العتق وأن عتقه نافذ ، ومعنى نفاذ عتقه سقوط استرداد البائع له هذا هو الحق ولا معنى لتعلق أى حق للبائع ^{بعد} البيع بعد البيع حتى يقال : ان له حق الاسترداد .

لأن العقد الصادر من البائع عقد صدر من أهله في محله و يبيعه للمبيع خرج المبيع عن ملكه فلا تعلق له به و إذا بطل تعلقه بالمبيع سقط حق استرداده له ولا معنى لقول الحنابلة : إذا أعتق المشتري العبد قبل عقد البائع نفذ عتقه مع بقاء الاسترداد .

لأن نفاذ العتق يقتضى الحرية ، فكيف يعود العبد إلى ملك البائع من الحرية إلى الرق ؟

هذا القول لا يتفق مع الشرع ، لأن الشارع الحكيم متشوف إلى الحرية .
فإذا صار العبد حراً استحال أن يكون رقيقاً ، كما و أنه إذا صار حراً لم يكن للبائع حق الاسترداد ، وهذا ما اختاره وعند الله تعالى العلم بالصواب .

الفصل الثاني

الفصل الثانى

موجبات الخيار وفساد العقد بسبب ظهور عيب فيه

وفيه تمهيد ، ومبحثان :

التمهيد فى تعريف الخيار فى اللغة والاصطلاح .

المبحث الأول : أهم أنواع الخيارات :

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : خيار الرؤية .

المطلب الثانى : خيار العيب .

المطلب الثالث : خيار المجلس .

المطلب الرابع : خيار الشرط .

المبحث الثانى : ملك المبيع زمن الخيار وضمن المبيع .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ملك المبيع زمن الخيار .

المطلب الثانى : ضمان المبيع .

التمهيد

في تعريف الخيار في اللغة والاصطلاح وبيان الحكمة منه

البيع نوعان : لازم وغير لازم ، وقدم الفقهاء الكلام عن اللازم لأنه أقوى وما هو أقوى فهو أولى بالتقديم ثم شرعوا في بيان غير اللازم وهو ما فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب وضافة الخيار إليه من اضافة الحكم إلى سببه (١) و كلامي عن ماهية الخيار وبيان الحكمة منه على ما يلي :-

١- تعريف الخيار في اللغة :

قال المطرزي في كتابه « المغرب في ترتيب المعرب » (٢) .
خيرَه بين شيئين فاختر أحدهما وتخييره بمعنى . وخير بين الأشياء : فضل بعضها على بعض .

واختاره : انتقاه واصطفاه .

والخيار: اسم بمعنى طلب خير الأمرين . يقال : هو بالخيار : يختار ما يشاء (٣) .
و قال صاحب المصباح المنير (٤) .

الخيرة : اسم من الاختيار مثل الفدية من الافتداء .

والخيار هو الاختيار ومنه يقال : خيار الرؤية ويقال : اختاره من الرجال

١- أنيس الفقهاء ، في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، ص ٢٠٥ للشيخ قاسم القونوي نشر دارالوفاء - جده .

٢- ج ١ / ١٥٧ نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

٣- المعجم الوسيط ج ١ / ٢٦٤ انتشارات ناصر خسرو - طهران .

٤- المصباح المنير لمحمد بن أحمد المقرئ الفيومي المتوفى ٧٧٠ هـ / ١ / ٢٥٢ - ٢٥٣
المطبعة الأميرية ١٩٢٢ م .

واختاره عليهم أى انتقاه واصطفاه . وأنت بالخيار : أى اختر ما شئت .

والخيار - كما فى لسان العرب (١) لابن منظور :-

طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه .

٢- تعريف الخيار فى الاصطلاح :

أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الحق فى فسخ العقد أو فى إمضائه وتقريره (٢) ويرشد هذا إلى أن معنى الخيار : كون أحد العاقدين له الحق فى اختيار العقد أو تركه . هذا و أعلم أن خيار الرؤية يمنع تمام الحكم للخلل فى الرضا وخيار الشرط يمنع نفس الحكم فكان أقوى فى المانعية ثم خيار العيب يمنع لزوم الحكم فكان أضعف من الكل (٣) .

٣- الحكمة فى الخيار :-

إن الخيار على اختلاف أنواعه يعد من محاسن الشريعة الإسلامية :-
والحكمة فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم أبطل بيع الجاهلية :
كبيع الحصاة (٤) والملازمة (٥) ، والمنازعة (٦) وبيع الملاقيح (٧) والمضامين (٨) .
وما إلى ذلك نظراً لاشتغالها على الغرر .
والدليل على أنه من محاسن الشريعة الإسلامية قول الرسول صلى الله عليه

١- لسان العرب لابن منظور : جمال الدين محمد بن مكرم الأنصارى ج ٥ / ٢٤٩ وما بعدها ، مطبعة كوستانتينوبولس .

٢- حاشية العلامة السيد محمد أبى السعود المسماة بـ « فتح المعين على شرح الكنز » ج ٢ / ٥٤٧ مطبعة السيد ابراهيم الموبلى على ذمة جمعية المعارف المصرية طبع ١٢٨٧ هـ طبعة أولى .

٣- السابق

٤- بأن يقول المشتري : أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهو لى وكانوا يقولون أيضاً : إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع .

٥- صورته : أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه .

٦- أن يبتذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق .

٧- الملاقيح : ما فى ظهور الفحول . المصباح المنير ٢ / ٦ طبعة العشمانية .

٨- المضامين - ما فى بطون الحوامل : المصباح المنير السابق ، نفس الجزء ، والصفحة .

وسلم فى الحديث (البيعان بالخيار) (١) بهذا المعنى . أى أن كلا من المتبايعين له أن يختار لنفسه ما شاء من إمضاء البيع أو فسخه (٢) .
وقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم ...) (٣) فحيث شرطا الخيار كان لهما .

-
- ١- فعن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا تبايع 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 تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه واللفظ لمسلم :- انظر صحيح البخارى ج ١ / ص ٧ .
و صحيح مسلم ج ٤ / ٤٨٥ كتاب البيوع ، مطبعة دار احباء التراث العربى ، طبعة ثانية ١٩٨٢ م بيروت - لبنان .
وفتح المبدى هو شيخ الإسلام عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشرقاوى المتوفى ١٢٢٧ هـ مطبعة صبيح - بالقاهرة
وسبل السلام للصنعانى ج ٢ / ٣٣ حديث رقم ١ ، باب الخيار ، نشر دار الفكر .
٢- حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٢ / ٤٣ المطبعة الأميرية - بولاق .
٣- سبق تخريجه .

المبحث الأول

أهم أنواع الخيارات

ذكر الفقهاء رحمهم الله تعالى أنواعا كثيرة للخيارات حتى إن العلامة السيوطي في كتابه : الأشباه والنظائر (١) عدد لها ثلاثين نوعا وبلغت عند الشيخ زكريا الأنصاري في كتابه « شرح التحرير مع حاشية الشرقاوي » (٢) ستة عشر نوعا ، وأوصلها ابن عابدين في حاشيته : « رد المحتار على الدر المختار » (٣) الشهيرة بحاشية ابن عابدين إلى تسعة عشر نوعا وهي : -

- ١- خيار الشرط .
- ٢- خيار الرؤية .
- ٣- خيار العيب .
- ٤- خيار التعيين .
- ٥- والغبن (٤)
- ٦- خيار الكمية .
- ٧- خيار الاستحقاق .
- ٨- والتغريب الفعلي .
- ٩- وكشف حال .
- ١٠- و خيار المراجعة .

١- الأشباه والنظائر للعلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ص ٢٨٧ - ٢٨٨ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٨ هـ .

٢- ج ٢ / ٤٣ ، المطبعة الأميرية - بولاق ١٢٩٨ هـ .

٣- ج ٤ / ٥٦٥ وما بعدها مطبعة الحلبي .

٤- وخيار الغبن : أن يغير البائع المشتري أو بالعكس أو غيره الدلال :

قواعد الفقه للمفتي السيد محمد عميم الاحسان المجددي البركتي ص ٢٨٣ وهو كتاب يحتوى على خمس رسائل : أصول الامام الكرخي .

أصول المسائل الخلافية - القواعد الفقهية - التعريفات الفقهية - أدب المفتي . نشر دار الصدف ببشر - كراتشي -

- ١١- والتولية : بأن تظهر خيانة البائع فى بيع التولية فللمشتري الرد أو الحط بقدر الخيانة ان رضى البائع .
- ١٢- وفوات وصف مرغوب فيه نحو أن يشتري عبدا بشرط كونه خبازاً أو كاتباً فظهر بخلافه .
- ١٣- خيار النقد (١) .
- ١٤- تفريق الصفقة بهلاك بعض مبيع .
- ١٥- وإجازة عقد الفضولى .
- ١٦- وظهور المبيع مستأجراً .
- ١٧- أو مرهونا .
- ١٨- واقالة وهى رفع الواقع بين المتعاقدين .
- ١٩- وتحالف .

و عدد لها العلامة ابن نجيم فى كتابه الأشباه والنظائر المطبوع مع شرحه « غمز عيون البصائر » للعلامة السيد أحمد الحموى ص ٣٣٨ ثمانية عشر نوعاً .

وسأقصر كلامى فى هذا المبحث على أربعة فقط من هذه الخيارات لأهميتها فى نظرى ولكون الكتب الفقهية تناولت هذه الأربعة بتفصيل لم يعهد فى غيرها ، مما يدل على أهميتها عند الفقهاء وهى :-

-
- ١- خيار النقد بأن اشترى شيئاً على أنه إن لم يتقد إلى ثلاثة أقسام فلا بيع وخيار الكمية صورته : إن قال : اشتريت ما فى هذه الحقيبة ثم رأى ما فيها من الدهن أو غيره كان له الخيار .
- وخيار الاستحقاق صورته : أن يستحق بعض المبيع فإن كان الاستحقاق قبل القبض خیر فى الكل وإن كان بعده خیر فى القيمى لا فى المثلى -
- والتفريق الفعلى كالتصرية ، والمصرأة هى ما كانت قليلة اللبن فسند البائع ضرعها وجبسها عن ولدها ليجتمع لبنها فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن .
- و خيار كشف الحال : وهو فيما إذا اشترى يوزن هذا الحجر ذهاً وفسماً لو اشترى بآنا ، لا يعرف قدره و دخل فى خيار الكشف خيار الكشف وهو فيما إذا باع صبرة كل صاع بدرهم صاع البيع فى صاع مع الخيار للمشتري .
- والخيار فى خيانة المراجعة هو أن يظهر خيانة البائع فى بيع المراجعة باقراره أو برهانه أو بنكوله أخذه المشتري بكل ثمنه أو رده بفوات الرضا : قواعد الفقه للمجددى - الخيارات .

خيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار المجلس وخيار الشرط ولعل لهم فى ذلك وجهة نظر ، من حيث هذا الاهتمام بهذه الأربعة .
لأنه بالتأمل فيما ذكره نجد أن الخيارات الأخرى التى تكلموا عنها ترجع فى الغالب إلى هذه الأربعة وأضرب لذلك مثلاً فأقول :
ان خيار التعيين يرجع إلى خيار الرؤية ، وخيار الغبن يرجع إلى العيب ، وخيار الكمية يرجع إلى خيار الرؤية والاستحقاق يرجع إلى خيار الشرط .
وما تكلمت عليه كتب الفقهاء من حيث الخيارات الأربعة سابقة الذكر لم يكن محل اتفاق بين الفقهاء بل اختلفوا فيها على ما سيأتى تفصيله فى موضعه عند الكلام عن كل واحد من الخيارات الأربعة هذه .
وأتناول كلا منها فى مطلب مستقل على الوجه التالى .

المطلب الاول

خيار الرؤية

وفيه فروع :-

الفرع الاول : تعريف خيار الرؤية :

أ- في اللغة جاء في كتاب المغرب « للمطرزى : الخيار اسم من الاختيار ومنه خيار الرؤية » (١) .

ورآه يراه ويرآه (على قلة) رأيا و رؤية : أبصره بحاسة البصر واعتقده و دبّره وارتأى الشيء أبصره ويقال : ارتأى في الأمر وارتأى رأيا في الأمر (٢) .
ويقال : رأى في الفقه رأيا (٣) .

هذه والرؤية التي تتعلق بما يسمى « خيار الرؤية » هي الرؤية البصرية لا الرؤيا العلمية ولذلك قال أهل اللغة : ان الرؤية البصرية تتعدى إلى مفعولين أما الرؤية العلمية فتتعدى إلى مفعول واحد .

ب - تعريف خيار الرؤية في الاصطلاح :

وخيار الرؤية في اصطلاح الفقهاء حق يثبت للعاقد بمقتضاه فسخ العقد أو امضاؤه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة .

١- المغرب في ترتيب المغرب كلاهما للامام أبي الفتح ناصر بن عبد السد بن علي المطرزي المتوفى ٦١٦ هـ

ج ١ / ١٥٧ نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

٢- المعجم الوسيط من وضع مجمع اللغة العربية بالقاهرة ج ١ / ٢٢٠ . قام باخراج هذه الطبعة الدكتور ابراهيم أنيس وآخرين
انتشارات ناصر خسرو - طهران .

٣- مختار الصحاح للعلامة أبي بكر الرازي ص ٢٢٦ وما بعدها . المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٥٣ م طبعة سادسة .

فهو عبارة عن شراء صفقة غائبة عن مجلس العقد على شئ معين على الرؤية (١) .
فإذا باع شخص شيئاً معيناً لشخص كالسيارة الغائبة عن محل العقد مع بيان
المبيع للمشتري بكامل أوصافه من غير أن يراه الأخير ففي هذه الحال يقال :
إن المشتري اشترى شيئاً معيناً فيثبت للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو
فسخه عند رؤية محل العقد .

المراد بالرؤية :

ليس المراد بالرؤية المعنى اللغوي وهو العلم بمحل العقد بواسطة النظر بل المراد
بها ما هو أعم من ذلك ، وهو العلم بمحل العقد بأى حاسة من الحواس ، سواء أكان
ذلك بالذوق ، أم الشم ، أم اللمس أم النظر ، وذلك تبعاً للمعقود عليه . فبأن كان
من المطعومات فالعلم به بواسطة الطعم ، وإن كان من المشمومات فبواسطة الشم
كالروائح العطرية .

وإن كان من الأشياء التى لا تعرف إلا باللمس والشم كبعض أنواع الأقمشة كان
العلم بها بواسطة اللمس . وإن كان المعقود عليه من المرئيات التى لا يحتاج العلم
بالمقصود منها إلى شئ آخر سوى النظر كالبناء والحبوب كان العلم به بواسطة النظر .
وإذا كان المعقود عليه تتساوى أجزاؤه أو احاده كالقمح والبرتقال وغيرها من
المثلثات فإنه يكتفى برؤية بعض الأجزاء وهو النموذج (٢) .

وإذا لم تتساوى أجزاؤه فلا تكفى رؤية البعض بل لا بد من رؤية الكل كما فى
الدواب والدور ، فقطيع من الغنم لا يكفى فيه رؤية شاة واحدة ، وكذلك رؤية غرفة
من الدار لا تكفى عن رؤية الدار كلها (٣) .

١- تبين الحقائق (شرح كنز الدقائق) للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى المتوفى ٧٤٣ هـ ج ٤ / ٢٤ .

وهذا الكتاب شرح لمتن كنز الدقائق للامام النسفى المتوفى ٧١٠ هـ طبع بالمطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣١٣ هـ .

٢- والبيع بالنموذج : هو مقدار متساوى الأجزاء كالحبوب ويسمى بالعمنة علم ما فى القاموس المحيط للفيروزآبادى .
وصورته : أن يعرض البائع مقدارا من المبيع للمشتري على أن باقى المبيع من هذا النوع من الجودة والرداءة ثم يرضى
المشتري بهذا النموذج فيشبعان فإذا وجد المشتري المبيع وفق هذا النموذج لزم البيع وإلا فسخ العقد .

٣- الفقه الإسلامى للشيخ عسوى أحمد عسوى ٥٤٩

ولما كان الأساس فى العقود هو رضا المتعاقدين وفى عدم رؤية المبيع تتحقق الجهالة، ولا يصح بيع المجهول جهالة تفضى إلى التنازع والشقاق .
لأن الشريعة الإسلامية ، إنما تقوم على منع أسبابه وللغرر ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم « عن بيع الغرر (١) . وعلى هذا تتحقق الرؤية من الأعمى بما عدا الأبصار ، وفيما يبصر يوصف له وصفا كاملا ، أو يوكل من يثق فيه ليراه نيابة عنه .

١- أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٥ / ٣٣٧ عن أبى هريرة رضى الله عنه .

الفرع الثانى : الكلام على مشروعية خيار الرؤية

موضوع هذا الخيار كما يفهم من اسمه هو التعاقد على شئ غائب يراه فى المستقبل وهو محل خلاف بين الفقهاء وإليك بيان آرائهم فى هذا الموضوع .
لا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله تعالى فى أن المعقود عليه إذا رثى حال العقد أو قبله بمدة الشآن فيها عدم التغير كان العقد صحيحا .
ولا خلاف بينهم أيضا فى أن المعقود عليه الغائب عن مجلس العقد والذى لم يبين جنسه ولا نوعه لا يصح العقد عليه .
لأنه والحالة هذه يكون مجهولا جهالة فاحشة ، ومن شأن هذه الجهالة أن تفضى إلى النزاع بين المتعاقدين .
والنزاع بين المتعاقدين ليس من مقصود الشارع ، واختلفت كلمتهم بعد هذا فى المعقود عليه الذى بين جنسه ونوعه دون بيان أوصافه على النحو التالى :-
١- و ذهب الحنفية والشافعية فى القديم إلى صحة العقد عليه (١) .
٢- و ذهب المالكية (٢) إلى صحة العقد عليه إن اشترط العاقد الخيار له عند الرؤية . فإن لم يشترط فلا يصح العقد إلا إذا وصف المعقود عليه بما يجلبه ويوضحه وقد اشترطوا لذلك :
- أن يكون المعقود عليه مما تشق رؤيته : إما لبعده أو لكونه متاعا كثيرا

١- شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (محمد بن عبد الواحد السيارى) ٥ / ١٢٧ .
المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ و تبين الحقائق للزبلى ٤ / ٢٤ والمجموع (شرح المذهب) ج ٩ / ٢٨٨
إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة ١٣٤٤ هـ .
٢- شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ٥ / ٣٤ المطبعة الأميرية ١٣١٤ هـ و بلفة السالك على أقرب المسالك للشيخ
أحمد الصاوى ٢ / ٦ مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

مشدودا فى أحماله أو كان فى رؤيته فساد .

٣- و ذهب الشافعى (١) فى مذهبه الجديد إلى أن العقد عليه يكون باطلا .

٤- و ذهب الحنابلة و محمد بن سيرين (٢) x واسحاق والعنبرى (٣) وغيرهم .

إلى القول ببطلان العقد إلا إذا وصف المعقود عليه بصفات المسلم فيه المعتبرة

فى صحته .

الأدلة :

استدل الحنفية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من صحة العقد على المعقود عليه الذى بين جنسه ونوعه دون بيان أوصافه بالسنة والاجماع :

أما السنة :

فما روى الدار قطنى فى سننه (٤) عن ابن أبى مريم عن مكحول الذى رفع الحديث إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :
(من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث على المدعى . أن النبى صلى الله عليه وسلم قد قضى بأن المشتري له حق الرد عند رؤية المبيع الغائب ، والرد فرع صحة البيع .
ويناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن أهل العلم بالحديث قد طعنوا فى طريقه بما لا

١- المجموع (شرح المذهب) ٩ / ٢٨٨

٢- هو أبو بكر محمد بن سيرين البصرى أحد الفقهاء من أهل البصرة المذكور بالورع فى وقته وكانت له اليد الطولى فى تعبير الرؤيا روى عن أبى هريرة وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وعمران بن حصين وأنس بن مالك رضى الله عنهم وكانت ولادته لستين بقتنا من خلافة عثمان وتوفى تاسع شوال يوم الجمعة ١١٠ هـ .

انظر وفيات الأعيان لابن خلكان ج ١ / ٤٧٣ مطبعة بوق بمصر ١٢٩٩ هـ ، وتذكرة الحفاظ للذهبي ١ / ٧٧ وما بعدها نشر دار احياء التراث العربى بيروت .

٣- كشف القناع عن متن الاقتاع ٢ / ١٧ والمغنى لابن قدامة ٣ / ٤٩٦ مطابع سجل العرب .

٤- سنن الدار قطنى ٣ / ٤ البيرع وانظر أيضا : نسب الراية للزبيلى ٤ / ٩ .

تقوم معه حجة كما يقول العلامة محمد بن يوسف بن عبد الله الزيلعي في كتابه :
« نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية » (١) .
والحافظ الدار قطني في سننه (٢) .

و أما الاجماع : فما روى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة فقييل لطلحة : إنك قد غبنت فقال : لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك قد غبنت فقال : لي الخيار لأنني بعث ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فقضى بأن الخيار لطلحة لا لعثمان ، و كل ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر على هذا القضاء أحد ، فكان اجماعا (٣) على جواز بيع الغائب ، وهو على اطلاقه يشمل ما بين وصفه وما لم يبين .

واستدل المالكية على ما ذهبوا إليه من صحة العقد إن اشترط العاقد الخيار له عند الرؤية بأن العلم الكافي بالمعقود عليه شرط في صحة العقد عليه إتفاقا . (٤)
واستدل الشافعي على ما ذهب إليه في المذهب الجديد بالسنة .
وهي ما روى عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا تبع ما ليس عندك) (٥) .

و وجه الدلالة : أن ما ليس عند الإنسان يتناول شيئين .

أولهما : ما ليس بمملوك .

وثانيهما : ما ليس بحاضروا إن كان مملوكا .

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

١- ج ٤ / ٩ مطبعة دار المأمون ١٣٥٧ هـ طبعة أولى .

٢- سنن الدار قطني ج ٣ / ٤ - البيوع .

٣- المغنى لابن قدامة ٣ / ٤٩٥ . والمجموع (شرح المذهب ٩ / ٢٢٠ ، والمحل لابن حزم ج ٨ / ٢٢٨

٤- شرح الشيخ الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٥ / ٣٤

٥- نيل الأوطار - شرح منتقى الأخبار - للعلامة محمد بن علي الشوكاني المتوفى ١٢٥٥ هـ ج ٥ / ١٣٥ مطبعة الحلبي - الطبعة الأخيرة .

ويناقش وجه الدلالة : بأن كلمة « عند » تستعمل كما قال الرضى فى المحاضر القريب وما كان فى ملك الإنسان و حوزته وإن كان بعيدا (١) والمراد بكلمة « عند » فى الحديث هو المعنى الثانى لا الاول . وبناء على هذه المناقشة :
يكون المنهى عنه بيع ما كان غائبا خارجا عن الملك أو داخلا فيه خارجا عن حوزة الإنسان كالبيعير الذى شرد من صاحبه .

أما الغائب المملوك الذى فى الحوزة فلا يكون منهيا عنه على ما هو الحال فى الأرض التى باعها الخليفة عثمان بن عفان رضى الله عنه لطلحة بن عبد الله بالبصرة كما يؤيد هذا ما تقدم - من اجماع الصحابة على صحة بيع الغائب وهو ما عرفناه من قصة بيع عثمان أرض لطلحة بن عبد الله وهى فى ملكه ومحوزة له .

وقضية مثل هذه يجرى فيها الخلاف بين رجلين كبيرين وصحابيين جليلين ثم يحكمان فيها رجلا غيرهما فالظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من الصحابة رضى الله عنهم وأن يغلب على الظن شهرتها وانتشار خبرها ، وحينما حكما جبير بذلك وسكت من حضر ولم يخالف فيها أحد دل على أنه إجماع سكوتى (٢).

واستدل الحنابلة ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من القول ببطلان العقد إلا إذا وصف المعقود عليه بصفات المسلم فيه المعتبرة فى صحته « بالنهى عن الفرر » (٣).
لأن بيع الغائب إذا ذكر جنسه و نوعه ولم يوصف بما يوضحه يكون بيعا فيه غرر (٤) .

-
- ١- ذكر ذلك عنه : العلامة محمد بن على الشوكانى فى كتابه « نيل الأوطار » ج ٥ / ١٣٥ ، مطبعة الحلبي . الطبعة الأخيرة .
 - ٢- الكمال بن الهمام فى شرح فتح القدير على الهداية ج ٥ / ١١٠ - ١٤١
 - ٣- فعن سعيد بن المسيب (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العور) السنن الكبرى للبيهقى ٥ / ٣٣٨ قال البيهقى : هذا الحديث مرسل وقد أخرجه بهذه الصيغة « أنبأنا مالك وغيره عن أبى حازم أخيره عن سعيد بن المسيب » ثم قال - وقد رويناه مرسولا من حديث الأعرج عن أبى هريرة ، ومن حديث ياقع عن ابن عمر : السنن الكبرى ٥ / ٣٣٥ وقد ورد هذا الحديث فى الموطأ : عن مالك عن أبى حازم بن دينار عن سعد بن المسيب الموطأ بهامش المنتقى للباي ج ٥ / ٤١
 - ٤- الفرر فى اللغة : الخطر وأما فى الاصطلاح فقد عرفه الإمام الزيلعى فى كتابه تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (بأنه ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أكون أم لا ، أنظر : المسباح المنير للقسى ٢ / ٦٨٢ و تبين الحقائق ج ٤ / ٤٦ والتعريفات للجرجاني ص ١٤١

وفيه أيضا مضرة تلحق بالمشتري فيكون سنهما عنه والمنهى عنه فاسد .
ويناقش هذا : بأن الغرر هو ما انطوى على واجده أمره و خفى عليه شأنه ،
وليس كل غرر مؤديا إلى فساد البيع بل الغرر الكثير والمتوسط هو الذى يقتضى رد
البيع ، أما اليسير فلا يقتضى ذلك ألا ترى أن من اشترى « جبة » وهو يجهل
حشوها صح عقده ولا يصح ردها لأن مثل هذا جهالة يسيرة لا تمنع من التسليم ،
والتسلم - إذن فالمبيع بعد بيان جنسه ينتفى الغرر فيه .
قال العلامة الكاسانى فى كتاب « بدائع الصنائع » (١) له . و دعوى الغرر
ممنوعة فأن الغرر هو الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وهاهنا
ترجع جانب الوجود على جانب العدم الراجع بالخبر صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر .

بيان الراجع :

وبعد عرض مذاهب العلماء فى هذا الموضوع وبعد بيان أدلتهم وما أورد على
بعضها من مناقشة فأن ما يبدو لى رجحانه فى هذا المقام هو القول بصحة العقد على
الغائب إذا انتفت جهالة ذاته ببيان جنسه ونوعه مع الإشارة إليه أو إلى مكانه .

١ - بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ / ١٦٣

الفرع الثالث : شرط ثبوت خيار الرؤية ولمن يثبت ؟

وفيه مسألتان :

المسألة الاولى :

شرط ثبوت خيار الرؤية .

يثبت خيار الرؤية للمشتري اذا اشترى شيئا غائبا يظنه خيرا مما وصف له (١) فاذا رآه ووجده بعكس ما وصف له ثبت له خيار الرؤية بمعنى أنه مخير بين امضاء العقد أو فسخه . فهو على ما سبق حق يثبت للعاقد بمقتضاه فسخ العقد أو إمضاؤه عند رؤية محل العقد المعين وهذا الخيار يثبت من غير اشتراط فى العقد ووجه ذلك ، أنه حق أثبتته الشارع سواء شرط بالعقد أو لم يشترط ، غير أن هذا الخيار لا يثبت لمن شرط له الخيار إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية :

١- أن يكون محل العقد معينا بالتعيين كالدار فى جهة كذا .

أما إذا كان معينا بالوصف فإنه لا يثبت خيار الرؤية بل يثبت خيار فوات الوصف لأن المعقود عليه الموصوف ان وجد بأوصافه لزم العقد وإلا فلا عقد لعدم وجود محله .
٢- أن لا يكون من له الخيار من العاقلين قد رأى محل العقد عند التعاقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه عادة فأن كان قد رآه فى إحدى الحالتين لا يثبت له خيار لانعدام سببه وهو عدم الرؤية و ذلك أن المشتري قد رأى المعقود عليه قبل العقد أو حين العقد فلا معنى لخيار الرؤية فى المستقبل لأنه اشتراه على المعاينة ، وهو قد عاين فى الحالتين السابقتين .

١- الهداية شرح بداية المبتدى كلاهما للعلامة المرغينانى ٣ / ٣٢ مطبعة الحلبي القاهرة

و درر الحكام شرح غرر الأحكام كلاهما للقاضى محمد بن فرامرز الشهير بملا خسرو

مطبعة أحمد كامل الكائنة فى دار الخلافة العلية ١٣٣٠ هـ

ج ٢ / ١٥٧ . و محمد بن فرامرز كان بحراً زاهراً عالمياً بالمعقول والمنقول وجامعاً للفروع والأصول .

من تصانيفه أيضا : مرقاة الأصول وشرحه و حواشى المطول وغير ذلك و كانت وفاته سنة ٨٨٥ هـ بقسطنطينية .

انظر : الشقائق النعمانية فى علماء الدولة العثمانية لطاش كبرى زاده ص ٧٠

نشر دار الكتاب العربى بيروت ١٩٧٥ م . والفرائد البهية ص ١٨٤ .

٣- أن يكون العقد من العقود القابلة للفسخ حتى يمكن فسخه . فإن كان غير قابل للفسخ كعقد الزواج والخلع والصلح وعن دم العمد ، فإنه لا يعتبر معه ثبوت الخيار ، فلا العقد يفسخ ولا المال من المهر وبدل الصلح يرد لأن ثبوت الخيار والحالة هذه يجعل العقد منحلًا، وهذا لا يتناسب مع هذه العقود لأن الأصل فيها اللزوم . (١)

المسألة الثانية : لمن يثبت خيار الرؤية

لا خلاف بين الفقهاء الذاهبين إلى القول بمشروعية خيار الرؤية في أنه يثبت للمشتري في عقد الشراء مثلاً لأن المشتري ليس له سابقة علم بالمبيع فلذلك كان له هذا الخيار .

لكنهم اختلفوا في ثبوته للبائع إذا باع مالا من غير رؤيته .

كما لو ورث شخص مالا عن مورثه وقبل رؤيته لهذا المال الموروث باعه لغيره فإنه في هذه الحال يصدق عليه أنه باع ما لم يره .

- فذهب جمهور الحنفية (٢) إلى عدم ثبوته للبائع لأن دليل شرعيته من الاجماع . على ما سبق . وهو قصة عثمان وطلحة رضي الله عنهما ثبت فيها الخيار للمشتري دون البائع . وكذلك الحديث على فرض ثبوته صريح في ثبوته للمشتري فقط .

- وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول بثبوته للبائع قياسا على ثبوته للمشتري لأن العلة في ثبوت هذا الخيار هي دفع الضرر والبائع كالمشتري في حاجة إلى دفع الضرر عن نفسه فيما إذا لحقه غبن من هذا العقد .

١- المدخل في التعريف بالفقهاء الاسلامي للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى ج ٤٩٥ .

مطبعة دار التأليف بالقاهرة ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .

٢- الهداية ج ٣ / ٣٣ و كتاب الهداية نفيس ومشهور وهو مختصر من كفاية المنتهى ومؤلفه الامام الأجل برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني الحنفى المتوفى ٥٩٣ هـ : راجع الفوائد البهية ص ١٤١ وكشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة ج ٢ ص ٢٠٣١ مكتبة المثنى بغداد .

بيان الراجع

وإذا كان الخيار بسائر أنواعه قد ثبت على خلاف القياس والقاعدة في العقود من أن الأصل فيها اللزوم فيقتصر على ما ورد فيه النص .
والنص قد ورد في المشتري سواء في ذلك حديث (من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه) (١) أو الإجماع الخاص بقصة عثمان و طلحة رضي الله عنها فكلاهما صريح في ثبوته للمشتري .
ومن ثم فإن ما يترجح لدى من القولين السابقين ما قال به جمهور الحنفية من عدم ثبوته للبائع لأن دليل شرعيته من الإجماع على ما سلف بيانه واضح في ثبوت الخيار للمشتري دون البائع (والله أعلم) .

١ - سبق تخريجه .

الفرع الرابع : وقت خيار الرؤية

هل لخيار الرؤية وقت محدد ينتهى بانتهاهه ؟ الاجابة عن ذلك فيما يلى :
لا خلاف بين العلماء القائلين بخيار الرؤية فى أن من له هذا الخيار كالمشتري ومن فى حكمه يثبت له الخيار عند رؤية المعقود عليه .
فإذا رآه كان مخيراً بين امضاء العقد أو فسخه ، وليس له بعد هذا الوقت حق ، لأن الشارع الحكيم أثبت له هذا الحق دفعا لما عسى أن يلحقه من الضرر .
والضرر إنما يتبين برؤية المعقود عليه إلا أنهم اختلفوا فى الوقت الذى ينتهى فيه أمد هذا الخيار على ثلاثة أقوال :
القول الاول : أن الخيار لا ينتهى إلا إذا وجد الرضا من المشتري ومن فى حكمه بعد الرؤية صراحة كقوله : أجزت العقد أو أمضيته أو رضيت .
أو دلالة : بأن يتصرف فى المعقود عليه تصرفا يدل على الرضا كما لو قبضه وانتفع به أو باعه أو أجره و نحو ذلك فإذا لم يظهر شئ مما تقدم بقى من له الخيار على خياره وظل كذلك طول العمر . بهذا قال الحنفية عدا الكرخى (١) .

١- البدائع للكاسانى ج ٥ / ٢٩٥ و كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع أكبر و أدق كتاب فى فقه الحنفية وهو من تأليف الإمام أبى بكر مسعود أحمد علاء الدين الكاسانى الحنفى المتوفى ٥٨٧ هـ و كتاب بدائع الصنائع شرح لكتاب تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى : انظر الجواهر المضية ٢ / ٢٤٤ والفوائد البهية ص ٥٣ . وانظر للحنفية أيضا كتاب • تبیین الحقائق • للزيلعى ٤ / ٢٥ وما بعدها والزيلعى نسبة إلى زبلع بلدة بساحل الحبشة واسمه عثمان بن على بن محمد فخر الدين الزيلعى قدم القاهرة ٧٠٥ هـ واشتهر بمعرفة الفقه والنحو والفرائض وتوفى بها ٧٤٣ هـ .
راجع الجواهر المضية ١ / ٣٤٥ والفوائد البهية ص ١١٥ .

القول الثانى : أن الخيار يمتد ما دام مجلس الرؤية . فإذا انتهى المجلس ولم يحصل فيه رد سقط الخيار وصار العقد لازما . بهذا قال الشافعية فى الوجه الأصح (١) .

القول الثالث : أن 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 فى الخيار وأصبح العقد لازما .
بهذا قال الكرخى من الحنفية وهو الوجه الآخر عند الشافعية .

الأدلة :

استدل الحنفية عدا الكرخى على ما ذهبوا إليه بالسنة وهى قول الرسول صلى الله عليه وسلم (من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه) (٢) .
ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف على المدعى :
أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للمشتري الحق فى أمضاء العقد أو رده عند رؤية المبيع مطلقا . لأنه عند عدم رؤية المعقود عليه يلحقه الضرر فتحديد بوقت الرؤية أو مجلسها تقييد لهذا الاطلاق وهو لا يجوز إلا بدليل ولا دليل .
" واستدل الشافعية للوجه الأصح القائل بأن الخيار يمتد إلى آخر مجلس الرؤية

١- المجموع للنووى ج ٩ / ٢٨٩ .

٢- نصب الراية ج ٤ / ٩ و مؤلفه هو عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعى أبو محمد فقيه عالم بالحديث أصله من الزيلع فى

الصومال توفى بالقاهرة ٧٦٢ : انظر ترجمته فى الدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة للحافظ ابن حجر العسقلانى

ج ٢ / ٤١٧ نشر دار الكتب الحديثة بالقاهرة والاعلام نجيب الدين محمود بن محمد الزركلى المتوفى ٣٩٦ هـ .

ج ٤ / ١٤٧ نشر دار العلم للملايين - بيروت . ١٩٨٠ م الطبعة الخامسة .

بالمعقول وهو : أن العقد على الغائب إنما يتم بالرؤية فيصير الأمر كأن العقد انشئ عندها فيثبت له خيار كخيار المجلس .
" واستدل الكرخي ومن معه لقولهم القائل بثبوت خيار الرؤية على الفور .. الخ بالمعقول أيضا وهو أن سبب ثبوت خيار الرؤية هو الجهل بأوصاف المعقود عليه .
والجهل هذا يزول بالرؤية فيملك الفسخ عندها فإذا تمكن من الفسخ عند رؤيته للمعقود عليه ولم يفسخ اعتبر هذا رضا منه بالعقد فينتقل العقد من مرحلة الخيار إلى مرحلة اللزوم ، ومن ثم فإن العقد في هذه الحال يكون لازما .

المناقشة والترحيع

أما استدلال الكرخي ومن معه :
فيناقش بأن الضرورة التي ثبت من أجلها خيار الرؤية لا تزول بمجرد التمكن من الفسخ كما قالوا ، بل لابد من مهلة كافية من الزمن يتمكن فيها العاقد من النظر والتأمل والتروى .
والمعهود في الشرع أن المجلس مدة صالحة للتروى ومن ثم فيجب جعله مدة للخيار ينتهي بانتهائه . كما يناقش ما قاله الحنفية في استدلالهم بامتداد الخيار إلى آخر العمر بأنه غير مسلم .
لأن في القول به اضرازا بالعاقد الآخر صاحب السلعة وهو المملك لاحتمال أن يظل من له الخيار ساكتا فيقع المملك في حيرة من أمر العقد هل يتم أم لا يتم وفي هذا من الضرر ما لا يخفى وبناء على كل ما تقدم .

فإنه لا يسعنى إلا أن أرجح ما قال به الشافعية فى الوجه الأصح لما يأتى :
أولا : أن فى جعل الخيار فور الرؤية كما يقول أصحاب القول الثانى فيه اضرار
بالغ بحق من له الخيار وتضييق فى الأمر عليه لعدم تمكنه من التروى .
ثانيا : أن ما قاله الحنفية من امتداد الخيار طول العمر فيه من الضرر البين ما
لا يخفى والضرر مدفوع شرعا للحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) . (١)

١ - رواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس وله من حديث أبى سعيد مثله وهو فى الموطأ مرسل . بلوغ المرام من أدلة الأحكام
للحافظ ابن حجر العسقلانى ص : ٢٠٨ نشر دار الكتب الاسلاميه . كوجرانواله - باكستان .

الفرع الخامس :

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية بحكم الشارع في العقود الأربعة الآتية دون حاجة إلى اشتراطه (١) .

- ١- عقد البيع إذا كان محله ما لا معين بذاته .
- ٢- عقد الاجارة إذا كان محلها شيئاً معيناً بذاته أيضاً .
- ٣- عقد القسمة في الأموال القيمة .
- ٤- عقد الصلح إذا كان بدل الصلح مالاً معيناً بذاته .

الفرع السادس

يسقط هذا الخيار بواحد مما يأتي (٢) :

- ١- بكل ما يدل على الرضا بالعقد بعد الرؤية .
 - ٢- هلاك المبيع أو تعييبه بعيب يمنع الرد .
 - ٣- زيادة المعقود عليه زيادة تمنع الرد .
 - ٤- موت صاحب الخيار
- فإذا مات سقط حقه في الخيار ولزم العقد ولم ينتقل إلى ورثته ، فإن هذا الخيار حق شخصي والحقوق الشخصية لا تورث .

١- النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد رأفت عثمان والدكتور رمضان علي السيد الشرنابلي ص ٨٦

نشر دار القلم ، دولة الامارات العربية - دبي .

٢- السابق .

المطلب الثاني

خيار العيب

و في هذا المطلب أتكلم عند ماهية العيب و دليل مشروعية هذا النوع من الخيارات ، و بيان العقود التي يدخلها خيار العيب ، و ما وقته و ما شرط ثبوته و بم ينتهي هذا الخيار ؟ فأقول و بالله التوفيق .
أولاً: تعريف العيب :

العيب معناه في اللغة : الوصمة ، و الجمع: عيوب

و العيبة : الكثير العيب للناس .

و المعيب : مكان العيب و زمانه. (١)

و العيب : النقيصة و ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة . (٢)

أقول و بناء على ما تقدم :

إن العيب في اللغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد نقصاً .

والعيب عند الفقهاء : أخص من هذا المعنى فهم يعنون به ذلك النقص الذي

جرت العادة بالسلامة منه مما يوجب نقصاناً في القيمة عند أهل الخبرة كالسوس في

الغلة و المرض في الدابة . أو اشترى الأمة على أنها بكر فإذا هي ثيب أو كان العيب

مؤدياً لنقصان في العين و هذا النقصان يؤدي إلى تفويت غرض صحيح و إن لم تنقص

به القيمة كالقطع يكون في أذن الشاة المشتراة للأضحية . (٣) أو كان العيب في

١- المعجم الوسيط ٦٣٩/٢ انشارات ناصر خسرو - طهران - إيران .

٢- قواعد الفقه للمفتي السيد محمد عليم الإحسان المجددي ص ٣٩٥ و هو كتاب يحتوي على خمس رسائل : (١)-أصول الإمام الكرخي . (٢)-أصول المسائل الخلاقية . (٣)-القواعد الفقهية . (٤)-التعريفات الفقهية . (٥)-أدب المفتي نشر الصدق بيلشرز - حيدرآباد . شمال ناظم آباد . كراتشي .

٣- قال العلامة أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي في كتابه "القوانين الفقهية" ص ١٨٩ ، نشر دار الكتاب العربي في الباب الثاني : في الأضحية : أما المكروهة ، أي الأضحية المكروهة : فمنها عيوب الأذن فالسكاء المخلوكة بغير أذن و الشرقاء المشقوقة الأذن و الخرفاء المنفربة الأذن و قيل المقطوع بعض أذنها من أسفل و الجذعا المقطوعة الأذن. و قيل ان ذلك كله لا يجزئ.

التصرف كالعسر في العبد (١) و الأعسر هو الذي لا يعمل بيده اليمنى عملها المعتاد (٢) أو هو الذي يعمل بيساره (٣).

فعلى هذا يكون العيب عبارة عن نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة لأن مطلق العقد يقتضي و صف السلامة فيقع العقد على ذلك الوصف لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل و تمييز فيأبى أن يغبّن أو يُغبّن (٤).

الموازنة بين التعريفين :

ومن هذا الذي تقدم تعلم أن العيب في اللغة أعم من العيب عند الفقهاء فالعيب عند الفقهاء لا يخرج عن كونه نقصا جرت العادة بالسلامة منه مما يعد نقصانا عند أهل الخبرة لكن التعريفين يلتقيان في مبيع وجد به عيب جرت العادة بالسلامة منه .

ثانيا : آراء الفقهاء في ثبوت خيار العيب .

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت خيار العيب للمشتري و دليل ثبوت خيار العيب من السنة :

و هي : ما رواه أبو داود بسنده إلى عائشة رضي الله تعالى عنها أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فردّه عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي فقال الرسول صلى الله عليه و سلم (الخراج بالضمان) (٥)

فالخراج : ما يخرج من غلة الأرض ثم يأخذه السلطان خراجا فيقال : أدى فلان خراج أرضه و أدى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية (٦)

-
- ١- شرح منتهى الإدارات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ج ١٧٥/٢ مطبعة أنصار السنة المحمدية بالقاهرة .
 - ٢- المصباح المنير للفيومي المتوفى ٧٧٠ هـ ج ٢٧/٢ المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٢٢ م .
 - ٣- المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي ٢١٥/٢ نشر دار الكتاب العربي - بيروت .
 - ٤- الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني ٢/٦ نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت .
 - ٥- سنن أبي داود - في البيوع - حديث رقم ٣٥٠٨ (فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا) و سنن الترمذي - في البيوع ج ٣٧٦/٢ ، باب فيمن اشترى العبد و يستعمله ثم يجد به عيبا .
 - ٦- المغرب للمطرزي ٣٤٩/١ و لسان العرب لابن منظور ٢٥٢/٢ و المصباح المنير للفيومي ٢٥٧/١ و النهاية في غريب الحديث و الأثر لابن الأثير ١٩/٢ ، وشرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٣١/٦ و الكافي لابن عبد البر ٤٨٢/١ ، و معنى المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ٢٣٤/٤ و المغنى لابن قدامة ٣٥٥/٩ .

فالخراج : الغلة والمنافع المادية التي تحصل من الشيء كالثمر للشجر و الدر و النسل للحيوان و السكنى للدار ، و المراد بالخراج في هذا الحديث . (١) ما حصل عليه المشتري من غلة الغلام و أجرته ، فغلة المبيع للمشتري لأن (من له الغنم فعليه الغرم) (٢) و إنما فاز المشتري بالغلة في مقابلة ضمانه للغلام لأنه تكون عليه تبعة هلاكه .

فالضمان معناه : الالتزام بالتعويض المادي عن الشيء إذا تلف أو تعيب و ذلك برد مثله أو قيمته ، فإذا كان موجودا كان الضمان برده عينا ، فمعنى هذه القاعدة : هو أن من يسأل عن ضمان شيء عند التلف له الحق في منفعته في مقابلة تحمله تبعة الهلاك أثناء بقاءه عنده .

و قد دل هذا الحديث الشريف على أمرين :
أولهما : رد الغلام على البائع بسبب العيب .
ثانيهما : عدم القضاء على المشتري برد الغلة أخذا من قوله صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) .

ثالثا : العيب المقتضى للخيار :

اتفقت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن العيب الذي يثبت به الخيار لا بد أن يكون مؤثرا في الرضا . (٣)

و اختلفت كلمتهم في تحديد العيب الموجب للخيار على ثلاثة آراء .
الرأي الأول : أنه ما يوجب نقصانا في القيمة عند التجار وأهل الخبرة نقصانا فاحشا أو يسيرا . بهذا قال علماء الحنفية . (٤)

١- المطلع على أبواب المقنع للإمام أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي المتوفى ٧٠٩هـ ص ٢٣٧ نشر المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دمشق ١٣٨٥هـ الطبعة الأولى.

٢- المادة ٨٧ من مجلة الأحكام العدلية و المراد بالغرم : الضمان و كل ما يلحق به من نفقات و كلفة و الغنم : هو الخراج و المنافع جميعا ... و انظر أيضا : نيل الأوطار للشوكاني ٢٦٥/٥ كتاب الرهن .

٣- المدخل للفقهاء الإسلاميين (تاريخه و مصادره - نظرية الملك و العقد - قواعده الكلية) ص ٥٨٦ للشيخ عيسوي أحمد عيسوي مطبعة دار التأليف - بالقاهرة ١٣٨٣هـ ١٩٦٣م

٤- الكاساني في كتابه "بدائع الصنائع" عند تفسير العيب الموجب للخيار ج ٢٧٤/٥ والكمال بن الهمام في كتابه "شرح فتح القدير" ١٥٣/٥ و نيل الأوطار ٣٥٢/٥ .

الرأي الثاني: للمالكية (١) وقد فرقوا بين ما إذا كان المعقود عليه عقارا أو غير عقار . فأن كان غير عقار ثبت الخيار بكل عيب ينقص العين كالقطع في إحدى أطراف الحيوان أو التصرف كالعسر في العبد . و هو الذي لا يعمل بيده اليمنى عملها المعتاد . أو القيمة كالسوس في الغلة ، أو خيفت عاقبته كجزام أحد الأبوين سواء كان العيب كثيرا أو قليلا .

- و إن 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 و لا يرجع المشتري على البائع لشيء .

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

الرأي الثالث: أن العيب الموجب الخيار هو ما ينقص القيمة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه (٢) بهذا قال الشافعية .

و تقييدهم لضابط العيب بما يفوت به غرض صحيح . خرج به ما لا ينقص شيئا كقطع إصبع زائدة فأن هذا عيب لا ينقص ثمنه و لا يترتب عليه نقصان قيمة مالية . و تقييده بكونه يغلب عدمه في جنس المبيع كقلع سن في الكبير . فإنه لا يثبت به الخيار و لو نقصت به القيمة و ذلك كثيرة أمة في سن تحتل فيها الوطء .

الأدلة:

أولا : أدلة الحنفية و الشافعية :

استدل الحنفية و الشافعية على ما ذهبوا إليه من تفسير العيب بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيب و منها :

١- المنتقى للباجي (شرح منظر الإمام مالك) ج ١٨٩/٤ مطبعة السعادة بمصر - ١٣٣٢هـ طبعة أولى للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المتوفى ١٢٣٠هـ مطبعة الحلبي ١٣٠٩هـ ج ١١٤/٣ ١١٥ .

٢- شرح الإقناع للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٢٣١/١ المطبعة المحسنة ١٢٩٣هـ .

بيان الراجع

هذه هي آراء الفقهاء في ضابط العيب . و ما يبدو لي رجحانه في هذا الضابط . (و الله أعلم) أن يرجع فيه إلى العرف ، فما يعده أهل الخبرة عيبا فهو عيب و إلا فلا ، لأن العيب ورد مطلقا على لسان الشرع فحمل على العرف و العرف مصدر تشريعي (١) معتد به لدى جميع الفقهاء - كما أن الأعراف جرت على أن سلامة المعقود عليه أمر يهدف إليه العاقد عادة في عقد البيع و غيره من عقود المعاوضات . لأن الباعث له علي الشراء لا يتحقق إلا بخلوه من كل العيوب فعند فوات وصف السلامة يتخير المشتري . (٢)

رابعا : العقود التي يعمل فيها خيار العيب .

اتفقت كلمة الفقهاء على أن لواجد العيب حق الخيار علي صاحبه و ذلك في عقود المبادلات التي يقصد منها العوض (٣) ومن هنا قال الفقهاء إنه يثبت في عقود البيع (٤) الواردة علي عين مشخصة و الإجارة كذلك و قسمة الأعيان القيمة و الصلح إذا كان بدله عينا مشخصة :

- فمثاله في البيع : كما لو باع شخص لآخر سيارة بعينها أو بقرة بذاتها فوجد المشتري عيبا بأي منهما فإن وجوده للعيب يثبت له الخيار .

- كذلك في الإجارة : إذا استأجر شخص من آخر دارا فوجدها غير مأمونة بالنسبة للوصول إليها فللمستأجر الخيار في الامضاء أو الرد .

- و في قسمة الأعيان القيمة : إذا تقاسم الشركاء عقارات أو حيوانات أو

١- المدخل الفقهي و المزيادات الشرعية للدكتور أحمد الحججي الكردي ص ٦٢ من مطبوعات جامعة دمشق .

٢- المبسوط للعلامة شمس الدين السرخسي المتوفى نهاية القرن الخامس الهجري ، ج ٣٩/١٣ نشر دار المعرفة - بيروت ، طبع مطبعة السعادة بمصر ، ١٣٢٤ هـ .

٣- المنتقى (شرح الموطأ) للإمام أبي الوليد الباجي ج ١٨٨/٤ و بداهة المعتمد لابن رشد الحفيد المتوفى ٥٩٥ هـ ، مطبعة الكليات الأزهرية ١٣٨٩ هـ .

٤- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلى ص ٤٩٠ و ما بعدها مطبعة دار التأليف ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .

ثيابا مثلا فوجد بعض الشركاء عيبا فيما وقعت فيه القسمة فأن له الخيار في الرد. (١).

- و في الصلح كما لو ادعى شخص على آخر بأن له عنده قطعة أرض فصالحه المدعي عليه على مبلغ من المال في نظير قطعه الأرض أو أعطى له دابة في نظير قطعة الأرض فوجد بها عيبا فأن له حق الخيار و واضح مما تقدم ثبوت الخيار لو وجد العيب إذا وجد عيبا في المعقود عليه في أي عقد من العقود الأربعة المتقدمة . كما أن هناك أمورا أخرى يثبت فيها خيار العيب شريطة أن يكون العيب فاحشا و هي : المهر و بدل الخلع و الصلح عن دم العمد . (٢).

فمثاله في المهر : إذا تزوج شخص بأمرأة و دفع إليها مهرا هو سيارة ، فتبين أن بالسيارة خللا أو خرابا ، فأن وجود العيب الفاحش في السيارة المفعولة مهرا يوجب الخيار للزوجة في قبول المهر أو رده . ومثاله في بدل الخلع : كما لو خالعت المرأة زوجها على قطعة أرض مثلا و دفعت للزوج بدل قطعة الأرض عشرة من الخيول العربية الأصيلة لكن الزوج و جد بها عيبا فاحشا فللزوج الخيار .

و مثال الصلح عن دم العمد : كما لو قتل شخص والد شخص آخر فطلب ولي الدم من القاتل القصاص فصالح القاتل ولي الدم على أن يدفع إليه سيارة مرسيدس إلا أن ولي الدم وجد بالسيارة عيبا فاحشا فله الخيار .

أثر خيار العيب في العقد

المعلوم من الشريعة أن الملك ثمرة أو أثر من اثار العقد حيث وقع العقد صحيحا و دخل المبيع في ضمان المشتري بالقبض .

فإذا وجد المشتري عيبا في المبيع فأن وحود العيب يعطيه حق التكلم في المبيع مرة أخرى فيكون له حق الرد أو الامضاء .

١- الشرح الصغير للإمام أبي البركات أحمد بن محمد الشهير بالدردر مسمو ١٢٠١ هـ ج ٢/٢٤٤ مطبوع مع شرحه : حاشية الصاوي المسماة بلغة السالك مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

٢- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلى ص ٤٩٠ و ما بعدها .

و الدليل على أن ملك المبيع صار إلى المشتري بالبيع أن المبيع في هذه الحالة قبل اطلاع المشتري على العيب الملك فيه كان قد انتقل إلى المشتري لا محالة و ليس له موجب بين الامضاء و الرد فإذا وجد عيبا قديما كان له حق الخيار . (١)

و معنى ما تقدم : أن أثر خيار العيب في العقد يغير صفة العقد من اللزوم إلى الجواز بالنسبة لمن ثبت له الخيار و هو مخير بين أمرين :

١- إما الرضا بالمعقود عليه كما هو و حينئذ يسقط الخيار و يلزم العقد .

٢- و إما رده إلى مالكه الأول و حينئذ يبطل العقد و يصير كأن لم يكن و ليس لهذا الخيار تأثير في الحكم و هو انتقال الملك . (٢)

١- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٢٤/١ .

٢- المدخل للأستاذ عيسري أحمد عيسري ص ٥٨٩ .

المطلب الثالث

خيار المجلس

أولاً: معنى خيار المجلس :

معنى المجلس في اللغة:

الجلسة - بالكسر - : الحالة التي يكون عليها الجالس ، و جالسته : فهو جلس و جلس .

و المجلس : موضع الجلوس ، و المجلس : - بفتح اللام :

المصدر . و رجل جلسة مثال هُمزة : أي كثير الجلوس ، كذا في الصحاح (١) لاسماعيل بن حماد الجوهري . و قد يطلق المجلس على أهله مجازاً تسمية للحال باسم المحل .

و الفقهاء يريدون به هنا مكان الاجتماع الواقع عليه العقد على أي حال كان المتعاقدان .

و في الاصطلاح : هو أن يكون لكل من المتعاقدين الحق في إمضاء العقد أو فسخه ما دام في المجلس و لم يختارا إمضاء العقد ، فلو اختار أحدهما لزومه سقط حقه في الخيار و بقي الحق فيه للآخر . (٢)

ثانياً: آراء الفقهاء في مشروعية خيار المجلس .

ذهب أكثر أهل العلم من الصحابة و التابعين (٣) و من بعدهم إلى قول بخيار المجلس :

- فمن الصحابة على بن أبي طالب و ابن عمر و ابن عباس و أبو هريرة وأبو

برزة الأسلمي .

١- الصحاح ٩١٤/٣ نشر دار العلم للملايين - بيروت .

٢- نهاية المحتاج للعلامة شمس الدين محمد بن الإمام شهاب الدين أحمد الرملي ت ١٠٠٢هـ طبع سنة ١٠٨٦هـ بمعرفة أحمد عبد الرزاق الرشيد .

٣- المغنى لابن قدامة ٤٨٢/٣ مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة - و المذهب ٣٤٣/٢ .

- و من التابعين طاوس و سعيد بن المسيب و عطاء و شريح القاضي و الحسن البصري و الشعبي و الزهري و الأوزاعي و ابن أبي ذئب و سفيان بن عيينة و الشافعي و ابن المبارك و علي بن المديني و أحمد بن حنبل و إسحاق بن راهوية و أبو ثور و أبو عبيد و البخاري و سائر المحدثين و آخرون .
و أما عن الفقهاء قد بالغ ابن حزم (١) فقال :

لا يعرف لهم مخالف إلا إبراهيم النخعي وحده ، فالعقد عند كل هؤلاء لا يلزم إلا بتفرق العاقلين من مجلس العقد أو اختيارهما الامضاء قبل التفرق ، و بناء على ذلك يكون من حق أحدهما رد العقد قبل أن يحصل التفرق أو إمضاء العقد .

٢- و ذهب الحنفية و إبراهيم النخعي و المالكية - إلا ابن حبيب إلى القول بعدم مشروعية خيار المجلس . (٢)

الأدلة : أولا : أدلة الذاهبين إلى ثبوت خيار المجلس :

و قد استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة و المعقول :

أما السنة : فهي ما روي عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله تعالى عليه و سلم قال : "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو قال: حتى يتفرقا ، فإن صدقا و بينا بورك لهما في بيعهما و إن كذبا و كتما محقت بركة بيعهما" (٣) والبيعان : أي البائع و المشتري فأطلاق البائع على المشتري من باب التغليب. و قوله عليه الصلاة و السلام : (بالخيار) فهو اسم من الاختيار أو التخيير و هو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه .

و المراد بقوله (بالخيار) خيار المجلس .

و قوله عليه الصلاة و السلام (ما لم يتفرقا) اختلف فيه .

- هل المراد التفرق بالأبدان ؟ و إلى هذا ذهب قوم و رجح هذا القول .

- أو المراد به الافتراق بالأقوال ؟ وضعفه الشوكاني و من نهج نهجة . (٤)

١- في كتابه "المحلى" ج ٢٥١/٨ مسألة ١٤١٧ ، نشر المكتب التجاري للطباعة - بيروت .

٢- بدائع و الصنائع ج ١٣٤/٥ و الفرائين الفقهية ص ٢٧٠ .

٣- صحيح مسلم ج ٢١/٢٧ طبعة دار الشعب ١٩٧٢م . باب ثبوت خيار المجلس .

٤- نيل الأوطار للشوكاني ١٨٤/٥ و ما بعدها ، المطبعة العثمانية .

و أما المعقول :

فهو أن حاجة الناس تدعو إلى خيار المجلس لأن الإنسان قد يبيع أو يشتري شيئا ثم يتبين أنه قد غبن فجعل خيار المجلس مشروعاً له تداركاً لها المعنى .

ثانياً: أدلة الذاهبين إلى عدم مشروعية خيار المجلس :

و قد استدلوا بالكتاب :

و هو قوله تعالى : "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (١) و مما لا شك فيه أن الأمر الوارد في هذه الآية الكريمة و هو قوله تعالى (أوفوا) حقيقة في الوجوب حيث لا توجد قرينة صارفة تصرفه من الوجوب إلى الندب و العقد يتحقق بمجرد الإيجاب والقبول ، فيجب الوفاء بالعقد و الراجع عن البيع قبل تمام العقد لم يف به .
لأن الوفاء لا يتحقق إلا إذا كان العقد لازماً و الخيار بعد العقد لا معنى له .

بيان الرجح

و الراجع عندي ، و الله أعلم ، ما قال به أكثر أهل العلم من مشروعية خيار المجلس .

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

و ما روي عن ابن عمر (٣) أنه قال (إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا و كانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع و إن تفرقا بعد أن تباعا و لم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع).

وقد نقل عن ابن أبي ذئب وهو أحد فقهاء المدينة في زمن الإمام مالك أنه أنكر

١- سورة المائدة : الآية ١.

٢- نيل الأوطار للشوكاني ١٨٥/٥ و سنن البيهقي ج ٢/٢٤٢. المنوفى ٤٥٨هـ - باب خيار المتبايعين .

٣- صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢٧/٢٢ باب ثبوت خيار المجلس . طبع دار الشعب .

على الإمام مالك القول بعدم مشروعية خيار المجلس وقال في حديث ابن عمر- السابق
- الدال على ثبوت خيار المجلس : هو حديث موطوء بالمدينة أي مشهور. (١)
وقال صاحب نهاية المحتاج مامعناه: أن ابن عمر من أجل علماء المدينة وهو راوي
الحديث كان يعمل به (٢) إذن فالتفرق الوارد في الحديث هو التفرق بالأبدان لأن التفرق
في الشرع مطلق فوجب أن يحمل على التفرق المعهود وذلك يحصل بما ذكرناه. (٣)
ثالثا: العقود التي يثبت فيها خيار المجلس .

لا يثبت خيار المجلس عند القائلين (٤) به إلا في العقود اللازمة من الجانبين
القابلة للفسخ : كالبيع المعروف و الصرف و السلم و بيع التولية و هو بيع السلعة بمثل
التمن الذي اشترت به ، وفي الإجارة.

ومعنى لزومها: أنها إذا انعقدت لا يجوز لأحد العاقدين أن يستقل بفسخها .
ومعنى كونها قابلة للفسخ فلأن للعاقدين أن يتراضيا على فسخها و يكون الفسخ
بالنسبة لها في حكم ابطال العقد بحيث تصير كأن لم تكن ، فهذه العقود هي التي
يمكن للخيار أن يعمل عمله فيها و يظهر أثره فيها .

أما العقود التي تكون لازمة من الجانبين و لكن لا تقبل الفسخ بعد انعقادها
وتقامها كالزواج والخلع فأنها لا تكون محلا لهذا الخيار مادامت غير قابلة للفسخ،
وهي في الغالب تكون بعد نظر و روية مما يجعل الخيار غير محتاج إليه فإذا انعقدت
لا يمكن فسخها والرجوع فيها .

ثانيا: فلا يستقل أحد العاقدين بفسخها ولا يثبت حق الفسخ لهما بتر
ضيهما وكذلك لا يكون محلا لهذا الخيار العقود التي ينتفي فيها اللزوم من الجانبين

١- المحلي لابن حزم ٢٥٥/٨ .

٢- نهاية المحتاج للرملي ج ٨٦/٣ طبع ١٠٨٦ هـ.

٣- المذهب للشيرازي ج ٢٤٣/ مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة .

٤- تحفة الحبيب بشرح نظم غاية التقريب للإمام أحمد بن الحجازي بن بدير الفسيفي في فقه الإمام الشافعي . في الموضوع
المذكور .

وهي المعروفة بالعقود الجائزة كالوكالة والوديعة والعارية و الوصية قبل موت الموصي وأيضا العقود التي تلزم من أحد الجانبين دون الآخر كالرهن والكفالة فإن هذه العقود لا يظهر فيها أثر الخيار ما دام الفسخ فيها ممكنا قبل التفرق من المجلس وبعده (١).

أثر خيار المجلس

اتفق القائلون بمشروعية خيار المجلس على أن العقد مع هذا الخيار جائز (٢) لا يلزم أحدا من الطرفين، ولكل واحد منهما فسخ العقد وإمضاؤه ما دام في المجلس واختلفوا فيما وراء هذا.

- فذهب ابن حزم إلى أن العقد لا يصح إلا بانتهاء الخيار من تفرق أو اختيار .
- وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العقد مع خيار المجلس منعقد صحيح الأدلة:
أولا : دليل ابن حزم على عدم صحة العقد إلا بانتهاء الخيار من تفرق أو اختيار، وقد استدل لهذا بظاهر قول النبي صلى الله عليه و سلم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر).

ثانيا : دليل الشافعية والحنابلة على أن العقد مع خيار المجلس منعقد صحيح، وقد استدلوا لهذا بأن العقد متى استوفى أركانه و شروطه التي اعتبرها الشارع لصحته و لم يكن هناك مانع انعقد العقد.

١- حاشية الشيخ إبراهيم الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي ج ١/٢٧٨ . المطبعة الميمنية بالقاهرة و كشف القناع عن متن الأنواع للشيخ منصور ابن بونس البهوتي المتوفى ١٠٥١ هـ ج ٢/١٩٩ نشر دار الفكر للطبعة و النشر - القاهرة .
٢- شرح القناع على متن أبي شجاع محمد الشربيني الخطيب ج ١/٢٢٨ المطبعة الحسينية ١٢٩٣ هـ والإقناع على طالب الانتفاع للعلامة أبي النحاشرف الدين الطحاوي المقدسي المتوفى ٩٦٨ هـ ج ٢/٨٣ المطبعة المصرية - بالأزهر - القاهرة - ١٣٥١ هـ .

المناقشة و الترجيح

الحديث الذي استدل به ابن حزم لا يؤيده في مدعاه لأن لفظ الحديث يفيد ثبوت الخيار للعاقدين إلى أن يتفرقا أو يختارا نفاذ العقد و لم يتعرض لشيء مما ادعاه وهنا نرجع للشارع لمعرفة صحة العقود وفسادها، فإن كان العقد فاسدا لم يصححه اختيار العاقدين أو أحدهما.

وبناء على ما تقدم: فإنه لا يعني إلا الميل إلى ترجيح مذهب الشافعية و الحنابلة من أن العقد مع خيار المجلس منعقد صحيح لقوة دليلهم و سلامته عن المعاضة . والله أعلم بالصواب .

المطلب الرابع

خيار الشرط

أولاً: معنى خيار الشرط.

تقدم معنى الخيار : أما الشرط في اللغة . (١)

فهو الزام الشيء و التزامه في البيع و نحو ذلك و الجمع شروط ، و بالتحريك : العلامة و الجمع أشراط ، فأشراط الساعة علاماتها .

و الشرط في اصطلاح الفقهاء :

أمر خارج عن ماهية الشيء يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته كاستقبال القبلة بالنسبة للصلاة و العقل بالنسبة للعاقد . (٢)

فخيار الشرط: أن يشترط أحد العاقلين أو كلاهما الخيار بين قبول العقد و رده ثلاثة أيام فأقل (٣). و من هذا نعلم : أن المقصود بخيار الشرط :

أن يشترط العاقدان أو أحدهما مدة يتروى فيها فيمضي العقد أو يفسخه خلال هذه المدة ولذلك فهو يسمى خيار التروي (٤) ويسمى الخيار الشرطي وخيار الشرط أنواع:

- فاسد اتفاقاً كما إذا قال اشترت على أني بالخيار أياماً أو على أني بالخيار أبداً.

- و جائز اتفاقاً و هو أن يقول على أني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها .

- ومختلف فيه وهو أن يقول على أني بالخيار شهراً أو شهرين فإنه فاسد عند أبي

١- القاموس المحيط للعلامة الفيروزآبادي الشيرازي الشافعي (مادة شرط) مطبعة دار المأمون - بغداد .

٢- حاشيتي قليوبي و عميرة على شرح المنهاج للإمامين قليوبي و عميرة ج١/١٧٥ مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر - وطبعة أخرى لمطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .

٣- القواعد الفقهية للمفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ص ٢٨٣ نشر الصدف بيلشرز - كراتشي - باكستان.

٤- مواهب الجليل لأبي عبد الله بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤ هـ ج ٤/٤٠٩ طبع على نفقة سلطان المغرب.

حنيفة و زفر و الشافعي رحمهم الله تعالى و جائز عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى. (١)

ثانياً: مذاهب الفقهاء في مشروعية خيار الشرط.

اختلفت كلمة الفقهاء في مشروعية خيار الشرط على مذهبين :
المذهب الأول : لأكثر أهل العلم و منهم فقهاء المذاهب الأربع الكبرى من حنفية و مالكية و شافعية و حنابلة و الشيعة الزيدية و الإمامية و قد ذهبوا إلى القول بمشروعية خيار الشرط (٢)

المذهب الثاني : للثوري و ابن شبرمة و بعض أهل الظاهر (٣) و قد ذهبوا إلى قول بعدم مشروعية خيار الشرط فليس للمتعاقدين ولا لأحدهما اشتراط أي مدة تكون له فيها الخيرة ، فإذا شرط ذلك في العقد فهو باطل .

الأدلة : استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب و السنة و المعقول :
أما الكتاب : فقول الله عز و جل (و أحل الله البيع و حرم الربا) (جزء من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة) - و وجه الاستدلال بالآية الكريمة على المدعي : أن الله تعالى أحل كل بيع سواء كان بيعاً على البت أو علي الخيار و بناء على ذلك فقد دلت الآية على مشروعية خيار الشرط.

أما السنة : فهي رواه الشيخان بسندها عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : (ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه و سلم أنه يخدع في البيوع فقال له الرسول صلى الله عليه و سلم : "من بايعت فقل : لا خلافة" (٤)

- ١- درر الحكام للقاضي محمد بن فرامرز ١٥١/٢ و تبين الحقائق للزيلعي ١٤/٤ و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩١/٣ و مغنى المحتاج للشربيني ٤٦/٢ .
- ٢- بداية المجتهد و نهاية المقتصد للعلامة محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى ٥٩٥ هـ ج ١٢٦/٢ مطبعة الحلبي و القروق للعلامة شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المعروف بالقرافي ج ٢٦٩/٣ و ما بعدها ، الفرق السادس و التسعون - نشر دار المعرفة - بيروت . و طبعة أخرى لمطبعة الحلبي ١٣٤٥ هـ طبعة أولى و البحر الزخار ج ٣٤٧/٣ مطبعة وزارة الأوقاف و المختصر النافع في فقه الإمامية لمجهر بن حسن الحلبي ص ١٤٥ مطبعة وزارة الأوقاف - طبعة ثانية .
- ٣- بداية المجتهد ١٢٦/٢ و المحلي لابن حزم ج ٣٧٨/٨ .
- ٤- فتح المبدي بشرح مختصر الزبيدي لشيخ الإسلام عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي المتوفى ١٢٢٧ (على صحيح البخاري) كتاب "البيوع" حديث رقم ٩٦٦ و سنن الترمذي : للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى ٢٧٩ هـ ج ٣٦١/٢ أبواب البيوع - باب ما جاء فيمن يخدع في البيع حديث رقم ١٢٦٨ و نيل الأوطار ١٨٢/٥ المطبعة العثمانية ١٣٥٧ هـ . مطبعة الحلبي الطبعة الأخيرة و سبل السلام للصنعاني ٣٥/٣ مطبعة الحلبي ١٣٧٩ هـ .

و معنى لا خلافة : أي لا غش و لا خديعة .

و الرجل : هو حبان بن منقذ و كان يغبن في البيوع لمأومة أصابته من أنه يخدع في البيوع و الحديث ظاهر في مشروعية البيع بشرط الخيار إلى ثلاث لأن الرسول صلى الله عليه و سلم جعل ذلك لحبان بن منقذ .

و الأصل عدم الخصوصية إلا إذا قام الدليل عليها و لا دليل فدل الحديث على مشروعية خيار الشرط .

و أما المعقول : فهو أن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن و قد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ، و تأجيل الثمن جائز فكذلك الخيار جائز. (١)

واستدل أصحاب المذهب الثاني: سفيان الثوري ومن معه على عدم مشروعية خيار الشرط: بأنه يؤدي إلى الغرر، والغرر منهي عنه، وأن الأصل في عقد البيع اللزوم إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك ولا دليل. وللظاهرة دليل خاص بهم.

و هو أن شرط الخيار لم يرد في كتاب الله و لا سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل و إن كان مائة شرط و شرط الله أوثق). (٢)

و وجه الدلالة : أن هذا الحديث دليل واضح على بطلان خيار الشرط لأنه ليس في كتاب الله تعالى و لا في سنة رسوله صلى الله عليه و سلم و إذا بطل الخيار فالعقد المقترن به يكون باطلا . (٣)

١- شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ١١٢/٥ المطبعة الأميرية - القاهرة .

٢- سبل السلام ١٠/٣ حديث رقم ١٠ (حديث بريرة) روته السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها. طبعة الحلبي.

٣- المحلى لابن حزم ٣٧٨/٨ المسألة ١٤٢٠ منشورات المكتب التجاري للطباعة - بيروت.

المناقشة

أولا : مناقشة المانعين لأدلة مشروعية الخيار.

ناقش المانعون لمشروعية الخيار أدلة المجيزين من وجهين :

الأول : إن الآية الكريمة لا تدل على مدعاكم ، لأن أهل العلم قد اتفقوا على أن هذه الآية و إن كان مخرجها مخرج العموم فقد أريد به الخصوص ، لأنهم متفقون على خطر كثير من البياعات نحو بيع مالم يقبض و بيع ما ليس عند الإنسان و بيع الغرر و المجاهيل . (١)

الثاني : حديث حبان بن منقذ غير صحيح و إذا كان غير صحيح فلا يثبت المدعي و إذا سلمت صحته فهو خاص به (٢) و إذا كان خاصا فلا يثبت المدعي من قريب أو بعيد .

ثانيا : مناقشة الجمهور لأدلة المانعين.

و يمكن للجمهور أن يقولوا للثوري و من معه : إن الدليل قام على مشروعية خيار الشرط و الإذن فيه و إليه ذهب عامة الفقهاء على أنه ثبت في حديث حبان بن منقذ و هو حديث صحيح السند و هو دال على جوازه و الإذن (٣) فيه و يقال للظاهرة في الحديث الذي استدلوا به :

- إن أردتم (كل شرط ليس في كتاب الله باطل) النص عليه بخصوصه فممنوع لأنكم متفقون معنا على صحة الشروط التي دلت عليها السنة و الاجماع .

١- أحكام القرآن للعلامة أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المنوفى ٣٧٠ هـ ج ١٨٩/٢ مطبعة عبد الرحمن محمد والمطبعة البهية المصرية ١٣٤٧ هـ .

٢- بداية المجتهد و نهاية المقتصد للعلامة محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المنوفى ٥٩٥ هـ ١٢٦/٢ - ١٢٧ ، مطبعة الحلبي ١٣٣٥ هـ .

٣- انظر في جواز الخيار و عدمه فتح القدير للكمال بن الهمام ١١٢/٥ ، المطبعة الأميرية و بداية المجتهد ٢٢٨/٢ نشر مكتبة الكليات الأزهرية و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩١/٣ ، مطبعة الحلبي و حاشيتي قليوبي و عميرة ١٨٩/٢ و المحلى لابن حزم ٣٧٠/٨ المسألة ١٤٢٠ منشورات المكتب التجاري للطباعة - بيروت.

و إن أردتم (ليس في كتاب الله بعمومه) فهذا مسلم غير أنه لا يفيدكم لأن
عمومات الكتاب دلت على وجوب الوفاء بالعقود و الشروط عموماً ما لم يردنهي
خاص عن شرط بعينه .

بيان الراجح

و ما يبدو لي رجحانه مما تقدم ما ذهب إليه الجمهور من مشروعية خيار الشرط
لما يأتي .

١- أن خيار الشرط خيار مشروط و الله عز وجل قال : "يأيها الذين آمنوا
أوفوا بالعقود" (١) و الشرط المشروط في صلب العقد عقد وقد أوجب الله تعالى
علينا الوفاء به بقوله عز وجل (أوفوا بالعقود).

٢- قول الرسول صلى الله عليه و سلم "المسلمون عند شروطهم" (٢) أي واقفون
عند شروطهم ملتزمون بها .

ثالثاً : بيان مقدار مدة الشرط عند القائلين بخيار الشرط .

اختلفت كلمة الفقهاء القائلين في بيان مقدار مدة الشرط على ثلاثة آراء: (٣)
الرأي الأول : للحنفية و الشافعية و قد ذهبوا إلى أن مدة خيار الشرط ثلاثة
أيام و لا زيادة على ذلك فإن شرط أزيد من الثلاثة فسد العقد .

الرأي الثاني: للصاحبين من الحنفية : أبي يوسف و محمد و قد ذهبوا إلى أن
الخيار يجوز لأي مدة اشترطت زادت على الثلاثة أو قصرت به قال الإمام أحمد و ابن
المنذر و حكى عن الحسن بن صالح و العنبري و ابن أبي ليلى .

الرأي الثالث: للمالكية (٤) و قد ذهبوا إلى القول بأن مدة خيار الشرط تختلف

١- سورة المائدة الآية رقم : ١ .

٢- سبل السلام ٥٩/٣ مطبعة الحلبي .

٣- المبسوط للسرخسي ٤١/١٣ نشر دار المعرفة - بيروت ، و بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٢٧/٢ مطبعة الكليات
الأزهرية ١٣٨٩هـ و المذهب للشيرازي ٣٤٣/١ مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة .

٤- بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٤٧/٢ طبعة الحلبي .

باختلاف المبيع.

- فإن كان المبيع عقارا فمدته شهر و ستة أيام .

- و إن كان رقيقا فمدته عشرة أيام .

- وإن كان دابة لاترادللركوب فمدته ثلاثة أيام، أما دابة للركوب فمدته في

المساقاة البريد والبريدين: والبريد: المسافة على ما في كتاب المغرب للمطرزي ٤٠ / ١

الأدلة:

أولا : أدلة الحنفية و الشافعية و من وافقهم على أن مدة الخيار ثلاثة أيام و لا

زيادة على ذلك و قد استدلوا بالسنة :

و هي ما ثبت من قول الرسول صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ "إذا بايعت

فقل لا خلافة و لك الخيار ثلاثا". (١)

و وجه الدلالة من الحديث ظاهر .

ثانيا : أدلة الصاحبين و من معهما على أن الخيار يجوز لأي مدة معلومة

اشتطت و قد استدلوا بالسنة و القياس : أما السنة فحديث : "المسلمون عند

شروطهم" (٢)

فإذا شرط الخيار أزيد من الثلاثة يجب الوفاء به لظاهر هذا الحديث .

كما استدلوا بالقياس حيث قالوا : الخيار الزائد على الثلاثة كخيار الثلاثة في

المعنى لأن كلا منهما إنما جاز لأجل الشرط . و نظرا لأنها ملحقة بالعقد بطريق

الشرط فلا تقدر بعدد .

ثالثا : أدلة المالكية على أن مدة خيار الشرط تختلف باختلاف المبيع و قد

استدلوا لذلك بعمل أهل المدينة .

كما أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، و إذا كان الأمر كذلك وجب أن

يكون محدودا بزمان إمكان اختيار المبيع ، و ذلك يختلف بحسب مبيع و آخر. (٣)

١- رواه ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : انظر سبل السلام ٣٣/٢ مطبعة الحلبي .

٢- سبل السلام ٥٩/٣ .

٣- بداية المجتهد ١٢٧/٢ مطبعة الحلبي .

المناقشة

ناقش أصحاب المذهب الأول ما ذهب إليه الصاحبان والإمام أحمد وموافقهم من جواز الخيار بالشرط لأي مدة فقالوا:

إنه لا يجوز اشتراط الخيار بأزيد من الثلاثة لأن اشتراط الزيادة فوق الثلاثة يؤدي إلى الفرر وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن الفرر". (١)
ثم إن ما استدل به الصاحبان والإمام أحمد من حديث "المسلمون عند شروطهم" المراد به ماشرطه الشارع. (٢)

وقد بين الشارع الحكيم اشتراط خيار الشرط بالثلاثة فعاد الكلام إلى أن شرط الزيادة بأكثر من الثلاثة شرط باطل، وقد قال صلى الله عليه وسلم "كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسوله فهو باطل" متفق عليه. (٣)

و بيان الراجع

المعلوم عن المالكية أنهم يقدمون عمل أهل المدينة على الحديث الصحيح وهذا اصطلاح لهم .

وغيرهم يقدم الحديث الصحيح على عمل أهل المدينة إذن فما الراجع؟ يمكن القول بأن ما استدل به المالكية مضموماً إليه ما استدل به الصاحبان والإمام أحمد يجعل قول المالكية هو الراجع في هذا المقام ونجاسته إذا كان حديث حبان بن منقذ خصوصية له، وهذا الحديث مختلف فيه هل هو خاص به أو غير خاص. (٤) ولا يتم الاستدلال للحنفية والشافعية إلا إذا ثبت عدم الخصوصية .

١- فقه أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر" رواه مسلم: بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني ص ١٧٨ نشر دار الكتب الإسلامية - كوجرانواله - باكستان.

٢- سبل السلام ٥٩/٣ .

٣- سبل السلام ١٠/٣ حديث رقم ١٠ طبعة الحلبي و بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني ص ١٧٦ نشر دار الكتب الإسلامية - كوجرانواله - باكستان .

٤- سبل السلام للصنعاني ج ٣/٣٦ نشر دار الفكر .

رابعاً: متى يعمل بخيار الشرط ؟

لا يعمل بخيار الشرط إلا إذا اشترطه العاقدان أو أحدهما لأنه لا يثبت إلا بالشرط. (١)

وإذا كان لا يحصل إلا بالاشتراط و قد اشترط فلا يخلو حال من شرط الخيار: إما أن يشترط قبل العقد أو في صلب العقد أو بعده. فإذا وقع الشرط قبل العقد فلا خلاف بين الفقهاء على أن الشرط لاغ لعدم وجود ما يقتضي اشتراطه.

لأن مقتضى الاشتراط العقد ولم يحصل كما اتفق القائلون بمشروعية هذا الخيار على أنه يثبت لمن شرطه إذا نص على شرطه في صلب العقد. أما إن وقع الاشتراط بعد العقد فقد اختلفت كلمة الفقهاء في جواز ذلك من عدمه على قولين:

القول الأول: للحنفية والقاسمية (٢) وقد ذهبوا إلى جواز ذلك وكذا المالكية (٣) بشرط أن ينقد المشتري الثمن للبائع عندهم.

القول الثاني: للشافعية والحنابلة وقد قالوا: إنه إذا وقع العقد على البت لم يجز أن يشترط خياراً بعد هذا. (٤)

الأدلة:

أولاً : دليل الحنفية و من معهم على جواز اشتراط الخيار بعد الفراغ من العقد . استدلل الحنفية و موافقوهم بالقياس.

وهو قياس ما بعد العقد على وقت العقد فكما يجوز للعاقد شرط الخيار في العقد يجوز له بعد العقد. لأن حقيقة الشرط في الحالين لا تختلف. (٥)

ثانياً: أدلة الشافعية والحنابلة لعدم جواز اشتراط الخيار بعد العقد و قد

١- الفروق للقرافي ٢٧٨/٣ (الفروق) ١٩٦٦ نشر دار المعرفة للطباعة - بيروت .

٢- شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ١١١/٥ والمحيط البرهاني - كتاب البيع ، ص ٧٦٦ .

٣- حاشية الدسوقي ٥٨٠/٣ .

٤- حاشية الشيخ سليمان البجيرمي على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري ج ٦١/٢ المطبعة الأميرية ١٣٠٩هـ والمفنى لابن قدامة ٥٧١/٢ مطبعة المنار ١٣٤٧هـ . ١٣٤٨هـ . ومطابع سجل العرب ١٩٦٨ ، ١٩٦٩م .

٥- المحيط البرهاني - كتاب البيع - ص ٧٦٦ .

استدلوا لهذا بالمعقول وهو: أن العقد قد انعقد صحيحا لازما بحكم الشرع فلا يصير جائزا بعد ذلك بقول العاقلين أو أحدهما لما في هذا من التنافي. (١)

المناقشة و الترجيح

قياس الحنفية ومن معهم ما بعد العقد على وقت العقد هذا كلام لا يسلم لهم. لأن العقد وقع على البت ومقتضى هذا خروج المبيع عن ملك البائع وأصبح مملوكا للمشتري بخلافه حال العقد فالمبيع باق على ملك بانه و الثمن باق في ملك المشتري فكيف يكون ما بعد العقد كما قبل العقد وإلا فأين الجامع بين المقيس والمقيس عليه الحقيقة أنه لا يوجد جامع بينهما. ولذا فما يبدو لي رجحانه في هذا المقام ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أنه إذا وقع على البت لم يجز للعاقد أن يشترط خيارا بعد هذا فشرط الخيار لا يؤثر والحالة هذه بمعنى أنه لا اعتبار له. فالعقد انعقد صحيحا لازما بحكم الشرع فلا يصير جائزا بقول العاقلين أو أحدهما لما في ذلك من التضارب والتنافي - والله أعلم.

خامسا: من الذي له خيار الشرط

اتفق الفقهاء الذاهبون إلى مشروعية خيار الشرط ، على أنه يجوز شرط الخيار لكل واحد ، و يجوز شرطه لأحدهما دون الآخر. ويجوز تفاوت المدة بالنسبة للعاقلين بأن كان متراضيا على شرطه لأحدهما يوما وللآخر يومين أو ثلاثة. لأن الخيار لم يشرع إلا وفقا بالعاقلين فكان الحق فيه لهما. (٢)

١- المغنى لابن قدامة ٥٨٠/٣ الطبعة السابقة .
٢- الميسوط ٤٧/١٣ نشر دار المعرفة للطباعة - بيروت و بداية المجتهد ١٢٨/٢ مطبعة الحلبي والمجموع ٢١٠/٩ مطبعة العاصمة . و المغنى لابن قدامة ٤٩٩/٥ مطابع سجل العرب و البحر الزخار ٣٤٨/٣ .

سادسا : العقود التي يدخلها خيار الشرط

اتفقت كلمة الفقهاء الذاهبين إلى مشروعية (١) خيار الشرط على أنه يدخل في عقود المعاوضات اللازمة التي لا يشترط فيها القبض في العوضين أو أحدهما في مجلس العقد. كالبيع، والصلح عن مال، والقسمة .

والمراد بالقسمة عند الشافعية قسمة الرد وعند المالكية قسمة المهبابة. (٢) ومن الحنفية من قصر الخيار على أربعة عقود وهي: البيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه ومنهم من زادها إلى ثمانية الأربعة السابقة: والكتابة والخلع والعق على المال والصلح عن مال بغير عينه. (٣) كما اتفقوا أيضا على أن خيار الشرط لا يدخل العقود التي يشترط فيها القبض في المجلس كالصرف والسلم (٤) وبيع الطعام بالطعام. كما لا يصح في النكاح، لأن النكاح لا يحتمل شرط الخيار صيانة للفروج، ولأجل الاحتياط فيها، ونظرا لما اشتملت عليه من الخطر وشرف المحل لم يجعل الشارع لأحد فيها شرط الخيار.

سابعا : انتهاء خيار الشرط

ينتهي خيار الشرط بالأمور الآتية . (٥)

أولا : إجازة العقد أو فسخه مدة الخيار .

- ١- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥٠/٤ المطبعة الأميرية ١٢٨٢هـ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٤/٦ المطبعة العلمية ١٣٠١هـ و ١٣١١هـ . وحاشية أبي السعود على شرح منلا مسكين للعلامة محمد أبي السعود ج ٥٣٨/٢ مطبعة السيد إبراهيم المويلحي ١٢٨٧هـ . وحاشية الدسوقي ٣٠٩/٣ مطبعة عيسى الحلبي والمجموع للنووي ٢٠٦/٩ ونهاية المحتاج ٩٥/٣ و قليوبي وعميرة ج ٣١٥/٤ مطبعة عيسى الحلبي .
- ٢- ومعنى المهبابة : أن كل واحد هباً لصاحبه ما ينتفع به . حاشية الدسوقي ٤٩٨/٣ مطبعة عيسى الحلبي .
- ٣- خزائن الفقه لأبي الليث السمرقندي - باب الخيار - المطبعة الأميرية ١٣١٧هـ .
- ٤- حاشية العلامة الطحاوي على الدر المختار المتوفى ١٢٣١هـ المطبعة الأميرية ١٢٨٢هـ ج ٣٠/٣ .
- ٥- بدائع الصنائع ٢٣٠٢/٧ مطبعة الإمام وحاشية الدسوقي ١٠١/٣ والمجموع شرح المذهب ٢١٦/٩ مطبعة = العاصمة، والمفنى لابن قدامة ٥٧٠/٣ والقواعد لابن رجب ص ٩١ - ٩٢ . والنظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد رأفت عثمان والدكتور رمضان علي السيد الشربناص ص ٨٤ - ٨٥ نشر دار القلم - دولة الإمارات العربية - دبي .

ثانيا: موت صاحب الخيار في المذهب الحنفي و الحنبلي .

فإذا مات صاحب الخيار لزم العقد و لم يكن لورثته حق في هذا الخيار خلافة عنه، لأن هذا الخيار في المذهبين كان حقا شخصيا يرجع إلى إرادة المورث ومشيتته والحقوق الشخصية لا تورث.

وخالف في ذلك الشافعية والمالكية فذهبوا إلى أن خيار الشرط حق مالي لأنه متعلق بالأموال، والحقوق المالية تورث وعلى هذا لا ينتهي خيار الشرط بموت صاحبه وإنما ينتقل إلى ورثته وهذا هو الراجح.

ثالثا: هلاك محل العقد أو حدوث عيب فيه بأي سبب من الأسباب في يد الممتلك صاحب الخيار لأن الفسخ الذي يترتب على خيار الشرط يقتضي إعادة محل العقد إلى صاحبه سليما كما كان. و قد حال دون ذلك هلاكه أو تعييبه .

رابعا: زيادة محل العقد زيادة متصلة بعد قبضه سواء كانت الزيادة متولدة منه كسمن الحيوان أو كانت متولدة فيه كالبناء على الأرض أو زيادته زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة و غير متولدة كأجرة العقار فإنها لا تمنع .

خامسا: انقضاء مدة الخيار من غير اختيار .

المبحث الثاني

ملك المبيع زمن الخيار و ضمانه

و فيه مطلبان
المطلب الأول : ملك المبيع زمن الخيار
المطلب الثاني : ضمان المبيع

المطلب الأول

ملك المبيع زمن الخيار

في بيع الخيار : اختلفت كلمة الفقهاء في الوقت الذي يدخل فيه المبيع في ملك المشتري و الخيار هنا .

- إما أن يكون للعاقدين معا .

- أو يكون لواحد منهما دون الآخر .

"فإن كان الخيار للعاقدين معا فللعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب :

١- فذهب الشافعي في قول و الحنابلة في ظاهر المذهب و المالكية في قول

مرجوح عندهم إلى أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد. (١)

٢- و ذهب أبو حنيفة و المالكية في الراجح و الشافعي في قوله الآخر و أحمد

في رواية إلى أن الملك في المبيع باق للبائع و لا ينتقل حتى ينقضي الخيار. (٢)

١- المجموع (شرح المذهب) ٢٣٠/٩ - ٢٣١ مطبعة العاصمة و المنى لابن قدامة ٨٨/٣ مطابع سجل العرب - والقواعد لابن رجب ص ٤٠٨ طبع مؤسسة نبع الفكر العربي و شرح الخرشى على مختصر سيدي خليل ج ٤/٣٠، المطبعة العامرة الشرفية .

٢- المراجع السابقة و فتح القدير ج ٥/١١٥ - ١١٦ .

٣- و ذهب الشافعي في قول ثالث له إلى أن الملك موقوف : فإن أمضينا البيع تبين أن الملك للمشتري ، و إن فسخ تبين أنه لم ينتقل عن البائع .

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب المذهب الأول على أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد (١) وقد استدلووا بالسنة، وهي:

ما رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "من باع نخلا بعد أن تؤبر فشمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع". (٢)

و التأبير : التشقيق : أي شق طلع النخلة الأنثى ليضع فيه شيئاً من طلع النخلة الذكر. (٣)

و وجه الاستدلال بهذا الحديث على ما نحن فيه : أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر أن الثمرة تكون للبائع إذا أبرت .

و معنى هذا أن الثمرة قبل التأبير تكون للمشتري بمجرد الاشتراط و هو عام في كل بيع - و لأنه بيع صحيح فقد نقل الملك عقبه كالبيع الذي لا خيار فيه .

و نوقش هذا الاستدلال : بأن دلالة الحديث على ملك المشتري للثمرة ثبتت بطريق المفهوم المخالف و هو محل خلاف بين الفقهاء . (٤) و لو سلم أن المفهوم المخالف حجة فالحديث محمول على البيع بتا جمعا بين الأدلة .

١- المغنى لابن قدامة ٥٧٢/٣ و سبل السلام ٤٨/٣ .
٢- صحيح مسلم ج ١/ ١٩٠ (باب من باع نخلا عليها ثمر) المطبعة المصرية و نيل الأوطار للشوكاني ١٧١/٥ (باب من باع نخلا مؤبراً) .
٣- المغرب في ترتيب المغرب للإمام أبي الفتح ناصر بن عبد السد بن علي المطرزي المتوفى ٦١٦ هـ ج ١/ ١٧ نشر دار الكتاب العربي - بتصرف .
٤- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول للإمام جمال الدين الأسنوي الشافعي المتوفى ٧٧٢ هـ ج ١/ ٣١١ مطبعة محمد علي صبيح - الأزهر - القاهرة . ١٣٨٩ هـ .

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني على أن ملك المبيع باق على ملك البائع .
فاستدل أبو حنيفة و المالكية و موافقوهم بالمعقول وهو : أن المشتري لو ملك المبيع (١)
بمجرد العقد لملك التصرف فيه لأن ثمره الملك القدرة على التصرف ، و المشتري هناك
يملك التصرف قبل انتهاء الخيار فذلك أكبر دليل على أن المبيع لم يدخل في ملكه
بمجرد العقد و يناقش هذا .

بأن امتناع التصرف إنما كان لأجل حق الفسخ و هذا لا يمنع ثبوت الملك قياساً على
المبيع قبل القبض .

ثالثاً: أدلة الشافعي في قوله الثالث بأن الملك موقوف . (٢)
و قد استدلل لهذا بأنه يلزم من ثبوت الملك لأحد العاقلين دون الآخر الترجيح
بغير مرجح لاستواء العاقلين .

بيان الراجح

و الراجح عندي - والله أعلم - من هذه المذاهب الثلاثة ما ذهب إليه أصحاب
المذهب الأول من أن الملك ينتقل إلى المشتري بفس العقد لأن العقد متى وقع صحيحاً
ترتب عليه أثره و هو إفادة الملك .
هذا إن كان الخيار للعاقلين أو أحدهما على رأي الحنابلة و الشافعي في قوله
الأول أو في حالة ما إذا كان الخيار للعاقلين أو للبائع فقط على رأي الحنفية .

أما إن كان الخيار لأحد العاقلين

- فأما أن يكون للبائع وحده .

- أو للمشتري وحده .

فإن انفرد البائع بالخيار :

١- المجموع - شرح المذهب ٢٢٨/٩ مطبعة العاصم .
٢- نهاية المحتاج للرملي ٩٨/٣ المطبعة البهية وطبعة أخرى بمعرفة أحمد بن محمد بن محمد عبد الرزاق ١٠٨٦ هـ .

- فذهب الحنابلة إلى أن الملك ينتقل إلى المشتري بالعقد و هو قول مرجوح للشافعي .
- و ذهب أكثر أهل العلم و منهم الحنفية و المالكية و الشافعي في أظهر أقواله و أحمد في رواية أخرى إلى أن المبيع يبقى على ملك البائع حتى ينتهي الخيار فينتقل إلى ملك المشتري . (١)

الأدلة

= واستدل الحنابلة و موافقوهم مما تقدم من أدلتهم في حالة ما إذا كان الخيار للعاقدين معا .
= استدل أكثر أهل العلم على أن المبيع يبقى على ملك البائع بالمعقول و هو:
أن البائع يملك التصرف في المبيع بمقتضى انفراده بالخيار فكان هذا دليلا على ملكية البائع .

و الراجع

ما ذهب إليه الحنابلة و موافقوهم فيما إذا كان الخيار للعاقدين معا من أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد للأدلة المتقدمة لهم هناك و لوجاهة ما قال به أصحاب هذا المذهب .

و إن انفرد المشتري بالخيار:

- فذهب أكثر أهل العلم إلى أن المبيع يخرج عن ملك البائع و ممن ذهب إلى هذا الحنفية . (٢) و الشافعي في أظهر أقواله وهو المعتمد عند الحنابلة .
و ذهب المالكية و الشافعية في قول و الحنابلة في رواية إلى أن المبيع يبقى على ملك البائع حتى ينقضى الخيار . (٣)

١- تبين الحقائق للزبلي ١٦/٤ و نهاية المحتاج للرملي ٩٧/٣ - ٩٨ المطبعة العامرة الكبرى .
٢- الهداية للمرغيناني ٢٨/٣ و نهاية المحتاج للرملي ٩٧/٣ - ٩٨ المطبعة العامرة الكبرى و قواعد ابن رجب ص ٤٠٨ .
٣- جاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٣ و حاشيتي قليوبي و مسره ١٩٥/٢ وما بعدها مطبع مصطفى الحلبي-القاهرة .

الأدلة

= استدلال الأولون بأن العقد لازم في حق البائع و هذا يقتضى خروج المبيع عن ملكه .

= و استدلال المالكية وموافقوهم بأن البيع مع الخيار منحل لعدم تحقق الرضا . وإذا كان العقد منحلا لم يترتب عليه أثره من انتقال الملك و غيره .

بيان الراجع

والراجع في هذا المقام أن الملك ينتقل إلى المشتري بالعقد الصحيح سواء كان البيع بتا أو على الخيار ، لأن البيع من عقود المعاوضات فيترتب عليه أثره بمجرد تمام العقد وهو إفادة الملك .

المطلب الثاني

ضمان المبيع

اختلفت كلمة الفقهاء في ضمان المبيع على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : للحنفية و الشافعية و بعض الزيدية و قد قالوا : إن المبيع قبل القبض يكون من ضمان البائع و لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض على جهة البيع سواء وقع العقد على البت أو على الخيار و سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما . (١) و إلى هذا ذهب المالكية في قول مرجوح (٢) و الحنابلة في رواية ضعيفة .

المذهب الثاني : للحنابلة في المعتمد من مذهبهم و الإمامية إلى أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح سواء كان البيع على البت أو لا و سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما . (٣)

المذهب الثالث : للمالكية و قد فصلوا : بين كون البيع على البت أو علي الخيار فالأصل عندهم أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح اللازم إن كان العقد على البت . (٤) أما إن كان البيع على الخيار فلا يزال المبيع من ضمان البائع . (٥)

١- فتح القدير ٢٩٤/٥ و شرح المنهاج للمحلي ٢١٠/٢ و حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢٩٢/٢ ، و استثنى الشيخان من الحنفية ما لا يتقل و لا يحول كالعقار فإنه يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح سواء قبضه أو لا ، و استثنى الشافعية ما إذا انفرد البائع الخيار فإن الضمان يكون منه مطلقا قبل القبض و بعده ، المراجع السابقة .

٢- شرح الخرشي ٣٠/٤ .
٣- المغنى ١١٠/٤ و ج ٥٦٣/٣ و المختصر النافع لجعفر بن حسن الحلبي في فقه الإمامية - ص ١٤٦ مطبعة وزارة الأوقاف - طبعة ثانية .

٤- و استثنوا من هذا الأصل بعض الصور انظرها في حاشية الدسوقي ج ١٤٦/٣ .

٥- السابق ج ١٠٤ - ١٤١ - ١٤٦ .

الأدلة

أولاً : أدلة الحنفية من معهم على أن المبيع قبل القبض يكون من ضمان البائع :
و قد استدلوا (١) بالسنة و هي :

ما رواه أحمد و الدارقطني و أبو داود عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم "نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم". (٢)

و وجه الدلالة على أن ضمان المبيع يكون من البائع أنه لا يجوز لمن اشترى طعاماً أن يبيعه لغيره حتى يقبضه سواء كان البيع على البت أو على الخيار .

ثانياً : أدلة أصحاب المذهب الثاني : الحنابلة و الإمامية علي أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح ، فقد استدلوا بأن العقد الذي بين المتعاقدين : البائع و المشتري ، عقد صحيح و قد أمرنا الله عز وجل بالوفاء بالعقود فقال عز وجل "أوفوا بالعقود". (٣)

و مقتضى العقد ملك المبيع للمشتري سواء كان العقد بتاً أو على الخيار إذ يكون الضمان من المشتري .

و المالكية يوافقون الحنابلة و من معهم بالنسبة للبيع البات ، أما بيع الخيار فقد استدلوا على أن الضمان يبقى من البائع إلى أن يتقرر العقد . (٤) بأن بيع الخيار منحل و ملك المبيع لا زال على ملك البائع فيبقى الضمان منه أيضاً .

١- فتح القدير ٢٦٤/٥ و ما بعدها .

٢- نيل الأوطار للشوكاني ١٥٧/٥ .

٣- سورة المائدة الآية ١ .

٤- شرح الخرشي ج ٤ / ٣٠ .

بيان الراجع

و الراجع ما ذهب إليه المناابلة و من معهم من أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح لأن المبيع دخل في ملك المشتري بمقتضى العقد الصحيح فيكون الضمان من المشتري سواء قبض المبيع أم لا.

الفصل الثالث

الفصل الثالث

رجوع البائع فى عين ما باعه بسبب افلاس المشتري أو موته

وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الأول : تعريف الافلاس فى اللغة والاصطلاح .
- المبحث الثانى : حلول الدين المؤجل بالموت أو الإفلاس .
- المبحث الثالث : رجوع الدائن فى عين سلعته وشروط الرجوع .
- المبحث الرابع : بيع الحاكم مال المدين .

المبحث الأول

تعريف الإفلاس في اللغة والاصطلاح

١- معنى الفلس في اللغة :

جاء في لسان العرب ومختار الصحاح :

أفلس يفلس افلاسا : صار مفلسا كأنما صارت دراهمه فلوسا وزيوفا .
وأفلس الرجل : إذا لم يبق له مال كأنما صار إلى حال يقال فيها إنه ليس معه
فلس ، وفلسه الحاكم تفليسا : نادى عليه أنه مفلس (١) .
وفلس من الشيء : فلسا : خلا منه وتجرد فهو فلس ويقال : هو فلس من الخير
وأفلس فلان : فقد ماله فأعسر بعد يسر فهو مفلس (٢) .
أما الفلس : فهو عملة يتعامل بها مضروبة من غير الذهب والفضة وكانت تقدر
بسدس الدرهم وهي تساوي اليوم جزءا من ألف من الدينار في العراق (٣) .
والفلس : على ما في قواعد الفقه : قطعة مضروبة من النحاس يتعامل بها
وهي المسكوكات القديمة وأيضا ورقة الجزية كانت تخرج ويعلقها الذمي في عنقه شهادة
لأداء الجزية (٤) والفلس يجمع في القلة على أفلس وفي الكثرة على فلوس وقد
أفلس الرجل : صار مفلسا (٥) .
ويستنبط من كل ما تقدم :

-
- ١- لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ج ٨ / ٤٦ ،
مطابع تسوماس ، و مختار الصحاح للرازي ص : ٥١٠ - ٥١١
 - ٢- المعجم الوسيط ٢ / ٧٠٠ انتشارات ناصر خسرو - طهران - إيران
 - ٣- المعجم الوسيط ٢ / ٧٠٠ الطبعة السابقة
 - ٤- قواعد الفقه للسيد : المفتي السيد محمد عميم الاحسان المجددي البركتي ص ٤١٦
نشر الصدف بيلشرز - الظفر ماركيت - كراتشي
 - ٥- الصحاح للجوهري ٣ / ٩٥٩ والمصباح المنير ٢ / ٧٣٨ والقاموس المحيط ٢ / ٢٣٦

أن الإفلاس عبارة عن حالة تترتب على توقف التاجر عن الوفاء بديونه .

٢- والفلس فى الاصطلاح :

إحاطة الدين بمال المدين بأن كان دينه أكثر من ماله و خرجة أكثر من دخله (١) .

وسموه مفلسا وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه . والتفليس عند المالكية (٢) نوعان :

الاول : تفليس بالمعنى الأعم : بأن يقدم الغرماء على المدين ويمنعوه من التصرف فى ماله حتى يقضى لهم به ، وهذا النوع انفرد به المالكية .

الثانى : تفليس بالمعنى الأخص (٣) بأن يحكم الحاكم بخلع مال المدين منه بعد أن يطلب الغرماء منه ذلك .

والتفليس بالمعنى الأخص عند المالكية والأباضية (٤) هو عين الحكم بالتفليس أو بالحجر بسبب الدين عند جمهور الفقهاء لتشابههما فى الشروط والأحكام وفى كونهما لا يتحققان إلا بحكم حاكم .

والأصل فيه : ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم (أنه حجر على معاذ وباع ماله فى دين كان عليه وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : « ليس لكم إلا ذلك » ثم بعثه إلى اليمن ، وقال له :

١- المغنى لابن قدامة ٤ / ٣٠٦ مطابع سجل العرب .

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٢٦٣ نشر المكتبة التجارية مصطفى محمد .

وبلغة السالك على الشرح الصغير للشيخ أحمد الصاوى ٢ / ١٢٦ مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

٣- وإنما يكون تفليسا بالمعنى الأخص عند المالكية ومن معهم بشروط أربعة :

(١) أن يحل الدين الذى على المدين كلا أو بعضا (٢) أن يطلب الغرماء . تفليس مدينهم (٣) أن يكون ما عليه من الدين

أزيد مما بيده (٤) أن يكون المدين ماطلا فى الدفع بلغة السالك على أقرب المسالك (الشرح الصغير) للشيخ أحمد

الصاوى ج ٢ / ١٢٦ مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

٤- بداية المجتهد ٢ / ٢٨٣ وما بعدها . طبع دار الاتحاد العربى للطباعة .

« لعل الله يجبرك ويؤدى عنك دينك » فلم يزل باليمن حتى توفى النبي صلى الله عليه وسلم (١) .

و وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن الرسول عليه الصلاة والسلام باع على معاذ ماله وفاء بديونه وهذا أكبر دليل على أن للحاكم أن يبيع مال الغريم .

١- سبل السلام ٣ / ٤٤ .

المبحث الثانى حلول الدين المؤجل بالموت أو الإفلاس

إذا حكم الحاكم بخلع مال المدين عنه : فهل تحل ديونه المؤجلة فى حالة فلسه أو موته أو لا ؟

الجواب عن ذلك على ما يلى :

اتفقت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن المدين إنما يفلس بالدين الحال كما اتفقوا أيضا على أنه لا يفلس بالدين المؤجل ولكن إذا كان بعض الدين حالا و بعضه مؤجلا و كان ما بيده لا يفى بالمؤجل أيضا ، أو لا يرجى له وفاء فهل يحل ما أجّل ويكون الدين كالحال ؟ .

وهل فى الموت كذلك ؟ للفقهاء فى ذلك ثلاثة مذاهب .

الاول : للحنفية والشافعية والظاهرية (١) فى قولهم لهم وقد قالوا :

إن الدين المؤجل يحل بالموت ولا يحل بالفلس .

الثانى : للمالكية (٢) وقد ذهبوا إلى القول إلى أنه تحل الديون المؤجلة بالفلس

كما تحل بالموت بجامع خراب الذمة فى كل .

الثالث : للحنابلة وقد ذهبوا إلى القول بأنه لا يحل المؤجل لا بالفلس ولا بالموت (٣)

١- الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٨٧ ومعها شرحها : فتح القدير لابن الهمام . المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ وشرح الاقناع للشيخ

محمد الشربيني الخطيب ١ / ٢٤٣ . والمحلى لابن حزم ج ٨ / ٨٤ مسأله ١٢٠٦ منشورات المكتب التجارى للطباعة ببيروت

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٢٦٥ وما بعدها . مطبعة مصطفى الحلبي . وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد

٢ / ١٧٣ مطبعة الحلبي .

٣- المغني لابن قدامة ج ٤ / ٣٢٦ الطبعة السابقة .

الأدلة :

أولا : أدلة أصحاب القول الاوّل : الحنفية ومن معهم على أن الدين المؤجل يحل بالموت ولا يحل بالفلس وقد استدلوا بالمعقول فقالوا فيه .

إن الدين فى حال الموت لا يجوز أن يتعلق بذمة الميت لخرابها ، حيث لا يتمكن الدائن من مطالبته ، ولم يتعلق بذمة ورثته ، لأنهم لم يلتزموا ذلك الدين ، والغريم وهو الدائن لم يرض بذمهم فبقي أن يتعلق بالمال فلولم نقل بتعجيل صاحب الديون المؤجلة لضياع على أصحاب الديون المؤجلة حقوقهم والرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن اضياع المال (١)

أما المفلس فإن ذمته باقية والمال غادر و رانح (٢) .
فإن ذهب ما بيده فقد يجوز أن يملك فى مستقبل أمره ما يوفى به دينه ، فالرجاء باق ما دام حيا (٣) . قال ابن شهاب رحمه الله : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات (٤) .

ثانيا : أدلة المالكية على حلول الديون المؤجلة بالفلس والموت .
وقد استدلوا أيضا بالمعقول فقالوا :
ان ذمة المفلس قد خربت بالتفليس كما خرجت ذمة الميت بالموت ، ورب الدين إنما رضى بالأجل رجاء الوفاء وفى الفلس والموت قد انقطع هذا الرجاء بانتقال المال إلى غيره ، وإذا خربت ذمته فقد انعدم محل الدين ، ولا بقاء لشيء لم يتعلق بمحل ، فلو لم تعجل الدين المؤجلة لضياعت على أصحابها ونوقش ذلك من قبل المخالف .

١- شرح الاقناع للشبغ محمد الشريفى الخطيب ج ١ / ٢٤٣ (فصل فى الحجر) المطبعة الحسينية ١٢٩٣ هـ .
٢- الهداية للمرغبين ج ٣ / ٢٨٧ مع شرح فتح القدير لابن الهمام المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ .
٣- نهاية المحتاج ج ٣ / ٣١٠ .
٤- بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ / ١٧٣ الطبعة السابقة .

بأن ذمة الميت قد خربت بالموت ولا يرجى أن تكون مشغولة فمسلم
أما ذمة المفلس فبأنها وإن خربت في الحال إلا أنه يرجى لها الملاء في
المستقبل (١).

ثالثاً: أدلة الحنابلة على أنه لا يحل الدين الموجل لا بالموت ولا بالفلس :
وقد استدلوا بالمعقول وهو : أن الدين الذي عليه مفلسا كان أو ميتا كالدين
الذي له فكما لا يحل ماله بفلسه أو موته باتفاق فكذلك لا يحل ما عليه في الحالتين
(٢).

ونوقش هذا : بأنه قياس مع الفارق : فإن الدين الذي للمفلس أو للميت لم يطرأ
عليه ما يغير الحالة التي وقع التعامل عليها . والمعنى الذي وجد في المفلس أو الميت
لم يوجد في غيره ضرورة أنه ليس مفلسا أو ميتا فلم تخرب الذمة ولا تقاس ذمة
خرية على ذمة عامرة

١- بداية المجتهد ٢ / ١٧٣ وشرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ٥ / ٦٦ .
٢- المغني لابن قدامة ٤ / ٣٢٦ وما بعدها

بيان الراجع

وبعد استعراض مذاهب الفقهاء في حلول الدين المؤجل بالموت والفلس وبعد بيان أدلة كل ومناقشة ما أمكن مناقشته من الأدلة

فإن ما يترجع لدى مما سبق ما قال به السادة المالكية من أن الديون المؤجلة تحل بالفلس كما تحل بالموت لأن صاحب الدين المؤجل لم يعامل المدين على هذه الحالة وإنما عامله على ذمة عامرة ، وهذه الذمة قد خربت بالموت وبالتفليس فكان من الحق أن يشترك صاحب الدين المؤجل مع صاحب الدين الحال فبأن وقى ماله الدينين فذاك هو المطلوب وإن لم يف المال لذلك اشتركوا جميعاً في الحصص فكان في ذلك حفظ حقوق جميع الغرما . - والله أعلم -

المبحث الثالث

رجوع الدائن فى عين سلعته وشروط الرجوع

وفيه مطلبان :

- المطلب الاول : من وجد عين ماله عندالمدين هل يكون أحق به .
المطلب الثانى : شروط رجوع البائع فى عين سلعته .

المطلب الاول

من وجد أحد الغرماء ماله عند المدين هل يكون أحق به ؟

إذا وجد أحد الغرماء عين متاعه بعد الحكم بالتفليس أو بعد الموت ولم يكن قد قبض من ثمنه شيئاً فهل يكون له الحق فى أن يسترد متاعه أو هو كسائر الغرماء؟ .
والجواب عن ذلك نأخذه من كلام الفقهاء رحمهم الله تعالى ، وقد اختلفت كلمتهم فى ذلك على ثلاثة آراء :
الرأى الاول : أنه ليس أحق به فى الموت والفلس وإنما هو أسوة الغرماء . بهذا قال الحنفية (١) .
الرأى الثانى : أنه أحق به فى الموت والفلس بهذا قال الشافعية وأهل الظاهر (٢) .
الرأى الثالث : على التفصيل : وهو أنه أحق به فى الفلس وهو أسوة الغرماء فى الموت ، بهذا قال المالكية والحنابلة (٣) .

١- تكملة البحر الرائق ٨ / ٩٥ و حاشية ابن عابدين ٥ / ٩٩ ، و بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٥ / ٢٥٢ مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ هـ .

٢- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب و بهامش المنهاج للنووى ٢ / ١٤٨ ، المطبعة الميمنية بالقاهرة والمحلى لابن حزم ٨ / ١٧٥ مسألة ١٢٨٣

٣ - القوانين الفقهية ، لابن جزى ص ٣١٦ ، والمغنى لابن قدامة ٤ / ٣٢٦

الأدلة :

أولا : أدلة أصحاب القول الاول - الحنفية - على أنه ليس أحق به فى الموت والفلس بل هو أسوة الغرماء وقد استدلوا لذلك بالسنة :

وهى ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

(أيا رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء) (١)

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف : أنه نص فى أنه أسوة الغرماء فى الفلس والموت ، وقد ناقش أهل الظاهر هذا الحديث فقالوا : إنه روى من طريقين :

أولهما : طريق أبى عصمة نوح بن مريم قاضى مرو وأبو عصمة كذاب مشهور بوضع الأحاديث .

ثانيهما : طريق صدقة بن خالد عن عمر بن قيس وعمر هذا ضعيف جداً ويمثله لا تقوم حجة (٢) .

ثانيا : أدلة الشافعية و أهل الظاهر على أنه أحق به فى الموت والفلس ، وقد استدلوا لذلك بقضاء أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال فى مفلس أتوه به :

» (لأقضين فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم من أفلس أو مات فوجد الرجل متاعه بعينه فهو أحق به) (٣) .

١- نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ١١١ ، المطبعة العثمانية ١٣٥٧ هـ ، طبعة الحلبي الأخيرة وسنن ابن ماجه ٢ / ٧٩٠ .
حديث رقم ٢٣٥٨ ، مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .

٢- المحلى لابن حزم ٨ / ١٧٨ مسألة ١٢٨٣ ، الطبعة السابقة .

٣- سنن ابن ماجه للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى ٢٧٥ هـ ، مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ وسنن الترمذى الامام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى المتوفى ٢٧٩ هـ ج ٢ / ٣٦٧ أبواب البيوع ، باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم ، حديث رقم ١٢٨٠ ، طبع دار الاتحاد العربى للطباعة نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ونيل الأوطار ٥ / ٢٤٢ .

ووجه الدلالة : أن الحديث ظاهر فى أن الغريم أحق بعين ماله لا فرق بين الفليس والموت (١) .

ويمكن أن يقال : ليس فى الحديث دلالة على البيع فلم لا يكون محمولا على مال الغصب أو العارية مثلا كما ذهب إليه الحنفية . على أنه لم يصح عند المالكية (٢) .
ثالثا : أدلة المفصلين : المالكية والحنابلة على أنه أحق به فى الفليس وهو أسوة الغرماء فى الموت . وقد استدلوا لذلك بالسنة وهى :

ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أيا رجل باع متاعاً فأفلس الذى ابتاع منه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به ، وإن مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء) (٣) رواه مالك فى الموطأ وأبو داود .
والحديث ظاهر فى أنه أحق بعين ماله فى الفليس وأنه فى الموت أسوة الغرماء
وقد ناقش الشافعية الحديث السابق بأنه مرسل (٤) ولا حجة فيه لأنه ليس مرسل سعيد بن المسيب .

-
- ١- مختصر المزنى (مطبوع على هامش الأم) للشيخ أبى ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى المتوفى ٢٦٤ هـ ج ٥ / ٢١٩ المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٢١ هـ .
 - ٢- بداية المجتهد ٢ / ٢٤١ . مطبعة الكليات الأزهرية ١٣٨٩ هـ .
 - ٣- نيل الأوطار للشركانى ج ٥ / ٢٧٣ . الطبعة الأخيرة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
 - ٤- المرسل : هو ما سقط من آخر اسناده من بعد التابعى :
نزهاء النظر شرح نخبه الفكر للحافظ ابن حجر العسقلانى ص ٤٣ . نشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

بيان الراجع

وبعد استعراض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يظهر لى رجحان ما قال به الشافعية والظاهرية من أن صاحب السلعة أحق بها فى الفلس أو الموت ، وما جاء فى قضاء أبى هريرة رضى الله عنه فى المفلس الذى أتوه به ، و قوله فيه (لأقضين فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أفلس أو مات الخ ، فهذا ظاهر فى أن الغريم أحق بعين ماله لا فرق بين الفلس أو الموت والله أعلم .

المطلب الثانى

شروط رجوع البائع فى عين سلعته

وإذا كنت قد تكلمت فيما سبق عن أن للغريم أن يرجع فى عين سلعته فإن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد اشترطوا لذلك شروطا اذكرها على ما يلى :

١- قال السادة المالكية : الغريم أحق بسلعته فإن تحمله لم يكن له حق الرجوع (١) .

٢- وقال السادة الحنابلة : هو أحق بسلعته مطلقا ، وإذا دفع الغرماء الثمن لم يلزم بقبوله (٢) .

الأدلة :

استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بالمعقول وهو :

أن رب المتاع إنما كان أحق بالسلعة حيث لم يقبض ثمنها ، فإن قبض ثمنها سقط حقه فى الرجوع واندفع عنه الضرر الذى يلحقه بسبب النقص فى الثمن ، لأنه رضى بادئ ذى بدء أن يكون الثمن بدل السلعة .

واستدل الحنابلة على ما ذهبوا إليه من أن للغريم أن يرجع فى عين سلعته مطلقا بالسنة وهى :

قوله صلى الله عليه وسلم : (من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به) (٣) .

١- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل للعلامة أبي عبد الله محمد الخرشي المتوفى ١١٠١ هـ ج ٥ / ٢٨١ ، المطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ .

٢- المغنى لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ج ٤ / ٣١٠ مطابع سجل العرب ١٩٦٨ هـ .

٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي محمد الشوكاني ج ٥ / ٢٧٢ ، الطبعة الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

وجه الدلالة : أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل له ذلك مرتباً على إفلاس المدين ، فكان أحق به ، ومتى كان أحق به فهو لا يلزم بقبول الثمن من الغرماء .

بيان الراجح

وبالنظر لصالح الغرماء جميعاً أرى أن ترجيح مذهب المالكية أولى في هذا المقام نظراً لأنه يجعلهم سواسية إذا دفعوا الثمن أما إذا لم يدفعوه له فقد رضواهم لأنفسهم بذلك وبخاصة أن هذا الغريم الذى وجد عين سلعته قد رضى بالبدل وهو الثمن من أول أمره ، فكان لنا أن نحمل الحديث على حالة عدم دفع الغرماء الثمن له فلم يفد دليلاً للحنابلة وكل ما تقدم فيما إذا كانت السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها .
فإن تغيرت حالة المبيع لم يكن قد وجده بعينه والتغير : إما أن يكون بنقص أو زيادة .

الكلام على تغير حالة المبيع بالنقص

إن تغيرت حالة المبيع بنقص (١) كأن تلف جزء منه كبعض أطراف العبد ، أو ذهبت عينه ، أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء . وإلى هذا ذهب الحنابلة وإسحاق .

- وذهب مالك والشافعى والاوزاعى والعنبرى إلى أن له الرجوع فى الباقي و يحاصص الغرماء بحصة التالف .

١- المغنى لابن قدامة ٤ / ٢١٠ . مطابع سجل العرب .

الأدلة :

" استدلل الحنابلة واسحاق على ما ذهبوا إليه على أنه لم يكن للبائع الرجوع وإنما يكون أسوة الغرماء بالسنة وهي : ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره) متفق عليه (١) .
و وجه الدلالة أنه لما وجد متاعه وقد تلف بعضه فكأنه لم يجده بعينه فلذلك منع من الرجوع وكان أسوة الغرماء .
واستدل الامام مالك ومن معه على أن له الرجوع فى الباقي ويحاصص الغرماء بحصة التالف بالمعقول وهو : أنها عين يملك الرجوع فى جميعها فملك الرجوع فى بعضها .

بيان الراجع

والراجع ما ذهب إليه الحنابلة واسحاق من أنه لم يكن للبائع حق الرجوع ويكون أسوة الغرماء لوجهته ولأن ما ذهب إليه المالكية لا يستقيم لأمرين :
١ - أن ما استدلوا به هو معقول فى مقابلة النص والمعقول لا ينهض حجة فى مقابلة النص .
٢ - أنه إذا تلف بعض المبيع لم يكن البائع قد وجد متاعه بعينه ، وإذا لم يجد متاعه بعينه سقط حقه فى الرجوع .
أما إذا كان التغير بالزيادة فمذاهب الفقهاء فيه على ما يلى :-

١ - نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٢٤٢ . المطبعة العثمانية ، وبلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني ، ص ١٩٤ . باب التفليس والمجر . نشر دار الكتب الاسلامية ، كوجرانواله - باكستان .

- ذهب الحنابلة إلى أن المبيع إذا زاد زيادة متصلة كسمن أو كبر أو تعلم صنعة أو زيادة منفصلة لحامل ولدت ، أو بنى المفلس أو غرس فإنه ليس له الرجوع مطلقا كانت الزيادة بفعله متصلة أو منفصلة (١) .

- وذهب المالكية والشافعية إلى القول (٢) : بأن الزيادة إن كانت بغير فعله لم تمنع الرجوع وإن كانت بفعله كبناء أو غرس : فقال الشافعية : له الرجوع ولا تكون الزيادة فوتا . وقال المالكية : ليس له الرجوع .
الأدلة :

استدل الحنابلة بالمعقول وهو أن الزيادة إما حصلت فى ملك المفلس فالمبيع قد تغير وليس هو على هذا الحال الذى وقع عليه التعاقد فلم يكن أحق به (٣) .
واستدل المالكية والشافعية على موضع الوفاق بينهما وهو أن الزيادة إن كانت بغير فعله لم تمنع الرجوع بقوله صلى الله عليه وسلم : (من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس ، فهو أحق به) (٤) .

و وجه الدلالة : أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعله أحق به فى هذه الحالة والزيادة التى ليست من فعله لم تخرجه عن صفته ، فاشتراط عدم الزيادة شرطا ليس فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم (٥) .

بيان الحق

والحق أن الحديث دليل ناهض للحنابلة على مدعاهم من أن الزيادة تمنع الرجوع .
فإنه لم يكن فى هذا الموضع من دليل يمكن أن يكون حجة إلا الحديث السابق .
وهو للحنابلة أولى من أن يكون للمخالفين لهم .

١- المغنى لابن قدامة ٤ / ٣١٤ الطبعة السابقة .

٢- الخرشى على مختصر سدى خليل ٥ / ٢٨٥ ، المطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ ، المذهب للشيرازي ج /

٣- المغنى لابن قدامة ٤ / ٣١٤ .

٤- سنن ابن ماجه ٢ / ٧٩٠ ، حديث رقم ٢٣٥٨ ، كتاب الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ،

ونيل الأوطار ٥ / ٢٤٢ .

٥- المغنى ٤ / ٣١٤ الطبعة السابقة .

لأن قوله صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث (من أدرك متاعه بعينه) يكاد يكون صريحاً فى أنه بقى على حاله لم يزد حتى يصدق أنه وجده بعينه. (والله أعلم).

٢- ألا يكون البائع قد قبض من ثمنها شيئاً (١) :

هذا هو الشرط الثانى من شروط الرجوع من عدمه وقد اختلفت كلمة الفقهاء هنا على ثلاثة مذاهب :

١- ذهب الحنابلة واسحق والشافعى فى قوله القديم : إلى أن البائع إن قبض بعض ثمن السلعة سقط حقه فى الرجوع .

٢- و ذهب الشافعى فى الجديد : إلى أنه يرجع فيما بقى من الثمن .

٣- وذهب مالك إلى القول بأنه مخير : إن شاء رد ما قبضه ورجع فى جميع العين و إن شاء حاص الغرماء ولم يرجع .

الأدلة :

أولاً : أدلة لحنابلة ومن معهم على أن البائع إن قبض بعض ثمن السلعة سقط حقه فى الرجوع ، وقد استدلووا لذلك بالسنة ، وهى ما رواه أبويكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيا رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قد قبض من ثمنها شيئاً فهي له ، أما إن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء » .
رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطني على ما فى نيل الأوطار (٢) .

١- السابق ص ٣٢٢ ، وبداية المجتهد لابن رشد ٢ / ١٧٤ .
٢- نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٢٤٢ ، المطبعة العثمانية المصرية .

و وجه الاستدلال بهذا الحديث على المدعى :

أن البائع إذا كان قد قبض من ثمن سلعته شيئاً سقط حقه فى الرجوع لأن الباقي له من الثمن الذى ظل باقياً فى ذمة المشتري المفلس بقي ديناً كسائر ديون الغرماء فلا يمتاز عنهم بشئ فيها حصص بدينه الغرماء ويسقط حقه فى الرجوع .

واستدل الإمام الشافعى لما ذهب إليه فى « الجديد » من أن البائع يرجع فيما بقي من الثمن .

بأن ذلك سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع به بعضها .

واستدل الإمام مالك لما ذهب إليه من التحسير بالمعقول بأن خيرته تنفى ضرره .

بيان الراجع

والراجع لذي (والله أعلم) ما ذهب إليه الإمام مالك من التخيير بين :

- أن يرد البائع ما قبض ويرجع فى جميع العين .

وإما أن يحاصص الغرماء ولم يرجع .

لأن خيرته تنفى ضرره على ما تقدم بيانه وعلى فرض أنه يوجد غبن أو ضرر فهو الذى أدخله على نفسه .

٣- ألا يكون قد تعلق بها حق الغير (١) :

هذا هو الشرط الثالث من شروط الرجوع من عدمه فهذا الشرط يعنى أن يكون

متاع البائع باقياً تحت يد المفلس وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن المفلس إذا اشترى

١- المغنى ٤ / ٣٢٣ وما بعدها . الطبعة السابقة .

سلعة و خرجت من يده بتصرف مشروع كبيع أو هبة أو عتق أو رهن لأن البائع لم يجد متاعه عند المبتاع .

والأصل فى ذلك السنة :

وهي قوله صلى الله عليه وسلم : (من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به) (١) وهذا لم يجده عند المفلس بل تعلق به حق الغير .

مناقشة الحديث السابق :

ورد هذا الحديث بروايات مختلفة .

ففى رواية أبى هريرة : « من أدرك » الخ (٢) .

ومن هذا يتضح أن متن هذا الحديث مضطرب كما ترى لأنه روى من طرق متعددة يخالف بعضها البعض الآخر فلذلك لا يصح الاستدلال به وعلى فرض التسليم بصحة الحديث المذكور فليس للبائع حق الرجوع فى عين سلعته إذا تصرف فيها المفلس تصرفاً يؤدى إلى خروجها عن ملكه .

٤ - أن يكون المشتري المفلس حياً (٣) .

وقد تقدم الكلام قريباً عن حكم استرداد البائع سلعته عند ما يموت المشتري المفلس .

١- نيل الأوطار ٥ / ٢٤٢ . المطبعة العثمانية وسنن ابن ماجه ج ٢ / ٧٩ . حديث رقم : ٢٣٥٨ .

٢- بلوغ المرام لابن حجر ص ١٩١ . حديث رقم : ١ .

٣- المغنى لابن قدامة ج ٤ / ٣٤١ .

المبحث الرابع

بيع الحاكم مال المدين

للفقهاء في مشروعية بيع مال المفلس جبراً عنه رأيان :

الرأي الأول : هو عدم الجواز ، وهذا الرأي للإمام أبي حنيفة رضي الله عنه لأن البيع عليه بغير رضاه نوع حجر و هو غير جائز عنده واستدل الإمام على ذلك بالآتي :
أولاً : بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) .

وبيع القاضى عليه ماله بغير رضاه تجارة لا عن تراض فلا تكون جائزة .

ثانياً : بالحديث الشريف (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه) (٢)
ونفس المؤمن لا تطيب ببيع الحاكم ماله بغير إذنه فلا يجوز (٣) .

ثالثاً : بجوار حبسه اجماعاً . فقد ورد فى الأثر أن رجلاً من جهينة أعتق شقصاً من عبد بينه وبين غيره فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وضمن نصيب شريكه ، ومعلوم أنه ما حبسه إلا بعد ما علم ببساره لأن ضمان المعتق لا يجب إلا على الموسر ، ومع ذلك اشتغل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحبسه حتى باع بنفسه ، فعرفنا أن المدينون يحبس لقضاء الدين ، ولو جاز للقاضى بيع ماله لم يشتغل بحبسه لما فى الحبس من الإضرار به وبالعزماء فى تأخير وصول حقهم فلا

١- سورة النساء . الآية ٢٩

٢-

٣- المبسوط للرخسى ج ٢٤ / ١٦٤ . ١٦٥

يكون معنى للمصير إليه بدون الحاجة ، وفى اتفاق العلماء على حبسه فى الدين دليل على أنه ليس للقاضى ولاية بيع ماله فى دينه . (١)

رابعا : بأن البيع غير متعين عليه ، وإنما المتعين القضاء وقضاء الدين يمكن بطرق أخرى كالاستيهاب والقرض وسؤال الصدقة ، فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة (وهى البيع) (٢) .

خامسا : بالقياس : ذلك أنه لا تزوج المدينة لتقضى الدين من صداقها ولا يوزع المدين ليقضى الدين من أجرته ، لأنه تعين عليه القضاء فكذلك لا يباع ماله . لأنه تعين عليه قضاء الدين . وليس للقاضى تعيين جهة القضاء وإنما للقاضى أن يحبسه وذلك هو المشروع (٣) .

وليس المقصود من حبسه إجباره على البيع ، وإنما الحبس لظلمه وإجباره على القضاء بأي طريق ذلك أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال كما تقدم كالقرض والاستيهاب وطلب الصدقة وغير ذلك .

الرأى الثانى : للإمام محمد بن أبى ليلى (٤) ويرى جواز بيع القاضى عليه ماله ، وهذا الرأى لجمهور الفقهاء - لأن الهدف من تفليس المدين هو قضاء ديونه ، لما فى ذلك من تحقيق المصلحة للغرماء . ولا يتحقق ذلك إلا ببيع ماله تمهيدا لتوزيعه على الغرماء ولا يخفى ما لقضاء دينه من مصلحة له وهى براءة ذمته من الدين الذى قال فيه عمر رضى الله عنه (الدين هم بالليل ومذلة بالنهار) .

١- المبسوط للرخسى ج ٢٤ / ١٦٥

٢- فتح القدير ج ٧ / ٣٢٧

٣- فتح القدير ج ٧ / ٣٢٨

٤- المبسوط للرخسى ج ٢٤ / ١٦٥

واستدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة والإجماع ، والمعقول :
أما السنة :

فهى ما روى عن كعب بن مالك رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضى الله عنه ، وباع عليه ماله ، وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص (١) .

وأما الاجماع :

فما روى من طريق مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف عن أبيه أن رجلا من جهينة كان يشتري الرواحل إلى أجل فيغالى بها ، ثم أفلس فرفع إلى عمر بن الخطاب فقال : أما بعد أيها الناس فإن أسيفع جهينة رضى من أمانته بأن يقال سبق الحاج وأنه اذ كان معرضا فأصبح وقد دين عليه فمن كان له عليه شئ فليقد إلي بالغداة فبأنى بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص . وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد .

وأما المعقول :

فهو أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه (٢) . وكذلك بخوف اهلاكه بالصدقة والهبة وبقية الإتلافات التى تضر بالمفلس وبالغرماء لأنه لو ترك وشانه فى أمواله لوقع المحذور وضاعت حقوق الناس .
كما استدل الإمام ابن حزم (٣) رضى الله عنه بقوله تعالى : (كونوا قوامين بالقسط) (٤) .

١- نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ / ٣٦٦

٢- كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى للشيخ عبد العزيز أحمد البخارى ج ٤ / ١٤٩٤ .

وفتح القدير ج ٧ / ٣٢٧

٣- المحلى لابن حزم ج ٨ / ١٦٩

٤- سورة النساء ، آية رقم ١٢٤

و ذلك أن الله تعالى أوجب علينا وعلى كل أحد انصاف ذى الحق من أنفسنا ومن غيرنا . ومن الإنصاف إعطاء صاحب الحق حقه من غيره . ومن ذلك الغير الغرماء فيجب أن ننصفهم من المدين المفلس وإنصافهم منه هو بيع ماله وقسمته بين الغرماء ذلك أنه لا يجوز حبسه لحديث أبى سعيد الخدرى (خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك) ولما فيه ضرر له وللغرماء ولا يجوز الحاق الضرر بهم مادام يمكن إيفاء الغرماء حقهم منه بطريق البيع .

وأخيرا فإنه لا معنى للحجر على المفلس إلا قصر يده عن التصرف فى أمواله بما يضر مصلحة الغرماء كما تقدم وإلا بيع ماله الذى تحت يده وقت الحجر عليه ، لأنه متى ما رفعت يده عنه ثبتت يد القاضى والقاضى يتولى إيفاء الغرماء حقهم - ولا طريق للايفاء غير البيع والقسمة .

مناقشة أدلة الرايين :

أولا : رد أبو حنيفة رضي الله عنه على أدلة الجمهور بالآتى :

١- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما باع مال معاذ رضي الله عنه برضاه وسؤاله إياه ، لأنه لم يكن فى ماله وفاء بدينه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتولى بيع ماله لينال بركة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصير فيه وفاء بدينه . ولأن القاضى عند الجمهور يأمر المدين بالبيع فإن امتنع باع عليه القاضى ولا يظن بمعاذ أن يأبى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه ببيع ماله حتى يحتج ببيعه عليه بغير رضاه فإنه كان سمحا جوادا لا يمنع أحدا شيئا .

٢- وبأن المشهور فى حديث عمر رضى الله عنه فى رجل جهينة الذى يقال له أسيفع أنه قال (إنى قاسم ماله بين غرمائه) فيحمل على أن ماله كان من جنس دينه وإن ثبت بيعه فيحتمل أن يكون ذلك برضاه .

٣- وبأن البيع غير مستحق عليه وإنما المستحق هو قضاء الدين وليس البيع بطريق متعين لذلك فقد يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال كما تقدم فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة .

وأجاب الجمهور على أدلة الإمام أبى حنيفة بالآتى :
أولا : بأنها عامة فى المفلس وغيره ولقد صح الحديث فى المفلس فيكون مخصصا للعام الذى هو استدلاله بالآية الكريمة (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) .
ثانيا : بأن الحبس الذى أجازاه الإمام واعتبره مشروعاً و حجة هو حبس لا يجوز عندهم وإنما الحبس الذى يجوز هو حبس الملى الممتنع من قضاء الدين مع إمكانيته وذلك لظلمه والمفلس ليس غنيا .

ثالثا : أن حبس الرسول لرجل أعتق شقصا له فى عبد بينه وبين آخر حتى اشترى النصف الآخر وأعتقه هو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . وليس من أحكام الإفلاس حتى يحتج به عليهم ، لأن فيه التصريح بأن الرسول علم يساره .

رابعا : فإن الثابت فى حديث معاذ رضى الله عنه أن الغرماء سألوا الرسول صلى الله عليه وسلم الحجر على معاذ كما هو مصرح به فى بعض الروايات الصحيحة خامساً : بأن حديث أسيفع فيه التصريح بالبيع ، فلو كان ماله من جنس دينه لم يبيع عليه القاضى وإنما لصاحب الحق أخذ دينه منه وعلى القاضى أن يعينه على ذلك .

الترجيح :

وبعد استعراض وجهتي النظر ودليل كل في هذا الموضوع نرجح الأخذ برأي الجمهور وهو القائل بجواز بيع الحاكم مال المفلس عليه وذلك لما صح من أدلتهم على ذلك ولموافقتها للهدف من تشريع الحجر على المفلس ولأنه لا معنى للحجر عليه سوى بيع ماله عليه تمهيدا لتوزيعه عليهم ، ولأن ذلك يدفع الضرر عن الغرماء باعطاء حقوقهم ، ولأن في تأييد حبسه ضرر له وهو واضح وضرر لهم وذلك بتأخر وصول حقهم إليهم وقد يتلف فتضيع حقوقهم .
وعند الله العلم بالصواب .

الفصل الرابع

الفصل الرابع

**الكلام عن فسخ العقد و رجوع كل من المتبايعين على الآخر
بسبب الاختلاف في جنس الثمن أو مقدار الأجل أو الاختلاف في
قدر المبيع .**

و فيه مباحث ثلاثة :

المبحث الأول: حكم الاختلاف في الثمن وفيه مطلبان.
وفيه مطلبان:

المطلب الأول : الاختلاف في الثمن حال قيام السلعة .
المطلب الثاني: الاختلاف في الثمن بعد هلاك السلعة .

المبحث الثاني: الاختلاف في مقدار الأجل .

المبحث الثالث: الاختلاف في قدر المبيع .

المطلب الأول

الاختلاف في الثمن حال قيام السلعة

إذا اختلف المتبايعان حال قيام السلعة (١) فقال البائع : بعتك بخمسين و قال المشتري بل بأربعين تحالفا و تفاسخا فيحلف كل منهما على طبق دعواه ورد دعوى صاحبه فيقول البائع : ما بعته بكذا و لقد بعته بكذا .
و يقول المشتري : ما اشتريت بكذا و لقد اشتريت بكذا لأن كلا مدع و مدعى عليه (٢) و كل ذلك ما لم توجد بينة تشهد لأحدهما .
بهذا قال شريح و أبو حنيفة (٣) و مالك (٤) و الشافعي (٥) و الحنابلة (٦) .
- و ذهب الشعبي (٧) إلى أن القول قول البائع أو يترادان البيع .

الأدلة:

= استدل أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بالتحالف حال قيام السلعة بالسنة .
و هي ما روي من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إذا اختلف المتبايعان و السلعة قائمة و لا بينة لأحدهما تحالفا" (٨)
وجه الدلالة على المدعي أن الحديث دل على مشروعية التحالف وقت قيام السلعة و إنما فسخ مع حلف كل منهما ، لأن كلا منهما حلف على طبق دعواه وردد دعوى صاحبه فالنزاع ما زال موجودا و لا سبيل إلى حسم مادة النزاع إلا بالفسخ فتعين طريقا لقطع مادة النزاع .

- ١- المغنى لابن قدامة ١٤٦/٤ مطبع سجل العرب .
- ٢- كشف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ٢٣٦/٣ نشر دار الفكر العربي - القاهرة .
- ٣- المبسوط للسرخسي ١٩/١٣ - ٢٠ نشر دار المعرفة للطباعة - بيروت .
- ٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٨٨/٣ مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .
- ٥- المهذب للشيرازي ٣٨٧/١ و ما بعدها مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة .
- ٦- المغنى ١٤٦/٤ الطبعة السابقة .
- ٧- كشف القناع ٢٣٦/٣ الطبعة السابقة .
- ٨- سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ الحديث رقم ٢١٨٦ مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ ١٣٧٣ هـ .

أما إذا خلف واحد منهما و بكل الآخر فنكول الآخر دليل على كذبه فيقضي للحالف على الناكل بما ادعاه .

أما إذا نكلا معا فأنهما يترادان و يتفاسخان إذ لا سبيل إلى قطع مادة النزاع إلا بذلك . و هذا كله فيما إذا كانت السلعة قائمة .

= و استدلل للمذهب الثاني القائل بأن القول قول البائع أو يترادان بالسنة أيضا: و هي ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا اختلف المتبايعان و ليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع رواه ابن ماجه (١) في سننه . و زاد ابن ماجه : " و المبيع قائم " في الحديث الذي رواه . وجه الدلالة : أن القول قول البائع لترجح جانبه بقيام السلعة و قد أعطي الخيار للمشتري وخيرته تنفى ضرره .

فإذا امتنع البائع عن اليمين فسخ البيع فيرد كل منهما ما بذله لصاحبه .

بيان الراجح

و مما تقدم من آراء الفقهاء و أدلتهم فإنه لا ينعنى إلا أن أرجح ما قال به أصحاب المذهب الأول القائلون بالتحالف و بخاصة وأن كل واحد منهما يدعي أمرا ينكره الآخر.

من الذي يبدأ باليمين ؟

وإذا كنت قد رجحت المذهب الأول القائل بالتحالف و التفاسخ فمن الذي يبدأ باليمين أهو البائع أو المشتري ؟ للعلماء في ذلك مذهبان :

- ذهب أبو حنيفة في رواية (٢) و المالكية (٣) و الشافعي (٤) في قول والحنابلة (٥) و زفر من الحنفية . وأبو يوسف في أحد القولين عنه (٦) إلى أن الذي

١- سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ الحديث رقم ٢٢٨٦ و انظر أيضا : نيل الأوطار ج ٥/٢٢٣ - المطبعة العثمانية المصرية .

٢- المبسوط للسرخسي ج ٣٠/١٣ نشر دار المعرفة - بيروت .

٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩١/٣ المطبعة الأزهرية .

٤- نهاية المحتاج ٢٠٢/٣ و عندهم قول ثالث : بأنهما يتساويان لأ كلا منهما مدع و مدعى عليه : المرجع السابق .

٥- المغنى لابن قدامة ١٤٦/٤ و ما بعدها .

٦- المبسوط ٣٠/١٣ .

يبدأ باليمين هو البائع فيحلف ما بعته بأربعين و إنما بعته بخمسين فإن شاء المشتري أخذ بما قال البائع و إلا حلف ما اشترته بخمسين و إنما اشترته بأربعين .
- و ذهب أبو حنيفة في الرواية الأخرى (١) و الشافعي في قوله الثاني (٢) وأبو يوسف في قوله الآخر و هو قول محمد بن الحسن الشيباني (٣) إلى أن المشتري هو الذي يبدأ باليمين.

الأدلة:

= استدل أصحاب المذهب الأول على أن الذي يبدأ باليمين هو البائع بقول النبي صلى الله عليه و سلم في حديث ابن مسعود السابق "فالقول ما قال البائع" (٤)
وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "فالقول ما قال البائع" و معنى كون القول له إنما يكون باليمين . و إنما صحت البداية به مع اليمين لترجح جانبه بقيام السلعة ، و لأنه هو الذي يقع الغرم عليه .
و على ذلك : إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه و إن نكل البائع حلف المشتري و قضى له .
و استدل أصحاب المذهب الثاني على أن المشتري هو الذي يبدأ باليمين بالمعقول فقالوا : إن المتبايعين قد اتفقا على أصل البيع و ادعى البائع زيادة في حقه و هو الثمن و المشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث "و اليمين على من أنكر" (٥)
وأن اليمين إنما تكون على المشتري حيث لا بينة للبائع .

١- المبسوط للسرخسي السابق - نفس الجزء . و الصفحة و الهداية للمرغيناني ١٦٢/٣ .

٢- نهاية المحتاج ٢٠٢/٣ .

٣- المبسوط ٣٠/١٣ .

٤- سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ الحديث رقم ٢٢٨٦ - و نيل الأوطار ج ٥/٢٢٣ - ٢٢٤ ، المطبعة العثمانية - المصرية .

٥- سنن الترمذي ٣٩٩/٢ أبواب الأحكام ، باب ما جاء في أن البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه ، حديث رقم ١٣٥٦ .

المناقشة

يمكن أن يقال فيما استدل به الجمهور من أن الذي يبدأ باليمين هو البائع بأن الحديث ليس فيه دلالة على أن البائع يبدأ باليمين و كل ما فيه أن "القول للبائع" فيحتمل أن قوله بلا يمين فليس في الحديث من قريب أو بعيد ما يدل على أن البائع يبدأ باليمين .

وأما ما استدل به أصحاب المذهب الثاني من أن الذي يبدأ باليمين هو المشتري فليس بمستقيم أيضا ، لأن البائع مدع للزيادة فهو يطالب بالبينة ، فإن لم يمكن له بينة توجهت اليمين على المشتري باعتبار أنه مدعي عليه . و نحن لا نوافق البائع على ما ادعى لأنه لو كان يقضي له بدعواه لا دعي ناس دماء قوم وأموالهم فيكون الراجع أن أي واحد منهما يبدأ باليمين ولا يتعين لا البائع ولا المشتري.

المطلب الثاني

الاختلاف في الثمن بعد هلاك السلعة

للعلماء في ذلك قولان . (١)

القول الأول : قول المشتري مع يمينه و إليه ذهب أبو حنيفة و صاحبه أبو يوسف والحنابلة في إحدى الروايتين وهو قول النخعي و الثوري و الأوزاعي (٢) و يكون القول للمشتري أيضا للمالكية (٣) و لكن بشرطين حيث فانت السلعة كلها .
فالشرط الأول : أن يشبه المشتري بأن يدعي ما يوافق العادة أشبه البائع أم لا .

والشرط الثاني : إذا حلف

فإذا انفرد المشتري بالشبه فالقول بيمينه .

القول الثاني : يتحالفان مطلقا سواء كانت السلعة قائمة أو هالكة بهذا قال الشافعي (٤) و محمد بن الحسن من الحنفية (٥) و هو الرواية الثانية عند الحنابلة . (٦)

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول و هم القائلون بأن القول للمشتري مع يمينه بالسنة و هي : ما روي من حديث النبي صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر" (٧)

وجه الدلالة: كما قال "صاحب المبسوط" . (٨)

١- المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣ الطبعة السابقة .

٢- المغنى لابن قدامة ١٤٦/٤ الطبعة السابقة .

٣- حاشية الدرقي على الشرح الكبير ١٨٩/٣ - ١٩٠ طبعة الحلبي و بداية المجتهد ١١٦/٢ .

٤- المذهب ٣٠١/١ .

٥- المبسوط ٣٠/١٣ - ٣١ و الهداية ١٦٢/٣ .

٦- المغنى لابن قدامة ١٤٦/٤ .

٧- سبق تخريجه تقريبا .

٨- المبسوط ٣١٠٣٠/١٣ .

أن المشتري لا يدعي شيئا لنفسه قبل البائع لأن المبيع مملوك له و قد سلم إلى المشتري باتفاق المتبايعين فيكون القول للمشتري .
و استدل أصحاب القول الثاني القائلون بالتحالف .
بظاهر حديث "إذا اختلف المتبايعان تحالفا .." (١) و وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف على المدعي :

أن العقد يفسخ مع حلف كل منهما لأن كلا منهما حلف على طبق دعواه و نفى دعوى صاحبه و لا سبيل إلى حسم مادة النزاع إلا بالفسخ فيتعين طريقا لقطع مادة النزاع كما تقدم .

بيان الراجع

و ما يبدو لي رجحانه في هذا المقام . و الله أعلم بالصواب ، ما قال به أصحاب القول الأول من أن القول للمشتري بيمينه لفوات محل الفسخ ، لأن العقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ .

١- سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ الحديث رقم ٢١٨٦ و نيل الأوطار ج ٥/٢٢٣ - ٢٢٤ .

البحث الثاني

الاختلاف في مقدار الأجل

و للعلماء في ذلك مذهبان :

المذهب الأول : للمالكية (١) و الشافعية (٢) و زفر من الحنفية (٣) و الزيدية (٤) و الحنابلة (٥) و قد ذهبوا إلى القول بأن المتبايعين لو اختلفا في قدر الأجل كبعت لشهر و قال المشتري لشهرين حلفا و فسخ سواء كانت السلعة قائمة أو هالكة.
المذهب الثاني : للحنفية (٦) و قد ذهبوا إلى القول بأنهما لا يتحالفان و إنما القول للبائع .

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول القائلون بالتحالف والتفاسخ بأن الاختلاف في الأجل كالاختلاف في قدر الثمن بجامع النقص في كل و الاختلاف في قدر الثمن يؤدي - كما سبق - إلى التحالف و التفاسخ فكذلك الاختلاف في مقدار الأجل . (٧)
= استدل الحنفية على أنهما لا يتحالفان و إنما القول للبائع :
بأن المتبايعين اختلفا في مدة ملحقة بالعقد شرطا فيكون القول قول من ينكرها و المدعي هنا هو البائع فهو ينكر التأجيل و المشتري يدعي التأجيل فالقول للبائع لأنه منكر التأجيل .

١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٨٩/٣ و ما بعدها - المطبعة الأزهرية و ذلك حال قيام السلعة عندهم .

٢- المهذب للشيرازي ٣٠١/١ ونهاية المحتاج للرملي ج ٢٠١/٣ المطبعة البهية المصرية .

٣- الميسر ٣٥/١٣ .

٤- البحر الزخار لجامع لمذهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى ٨٤٠هـ ج ٤١٠/٣ . مطبعة السنة

المحمدية بمصر ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩هـ .

٥- المغنى لابن قدامة ١٩٦/٤ طبعة دار المختار .

٦- الميسر ٣٥/١٣ .

٧- المراجع السابقة لأصحاب المذهب الأول .

يوضح هذا : أن الأجل ليس من شرائط العقد و لا من مقتضياته لأن العقد يقتضي المعقود عليه ، و المعقود عليه هو الثمن و المثلن ، فالمشتري يدعي على البائع التأخير و البائع منكر فكان القول قول المنكر. (١)

لذلك يقول صاحب الدر المختار ما معناه (٢) : إن الأصل في البيع الحلول لا التأجيل بخلاف السلم فإن الأجل في السلم حق للمسلم إليه و لأن التأجيل فيه من شروط صحة السلم فلذلك كان القول هناك لمدعى التأجيل و هنا لمدعي نفي التأجيل و هو البائع .

بيان الراجع

و الراجع عندي مما تقدم :
ما ذهب إليه الحنفية من أنهما لا يتحالفان و أن القول للبائع لأن البائع مستند إلى الأصل و هو الحلول ، و المشتري مدع للتأجيل و لا بينة له فيكون القول للبائع و الأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم . "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر". (٣)

١- المبسوط ٣٥/١٣ .

٢- الدر المختار للحصكفي ت ١٠٨٨ هـ . و معه شرح: رد المحتار للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد الرحيم الدمشقي الشهير بابن عابد بن المتوفى ١٢٥٢ هـ ج ٢٥/٤ . المطبعة الأميرية بالقاهرة . ١٣٢٥ هـ . وطبعة أخرى لمطبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٨٦ هـ .

٣- سبق تخريجه .

المبحث الثالث

الاختلاف في قدر المبيع .

إذا اشترى شخص من آخر بقرتين فقبض إحداهما و ماتت عنده و ماتت الأخرى عند البائع ، ثم اختلفا في قيمة المقبوضة و في قيمة الأخرى فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : للحنفية . (١)

و قد ذهبوا إلى القول بأن القول للمشتري مع يمينه .

القول الثاني : للشافعية . (٢)

و قد ذهبوا إلى القول بأنه إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع تحالفا .

الأدلة:

= استدلال الحنفية على ما ذهبوا إليه من أن القول للمشتري مع يمينه (٣) بأن المشتري يدعي أنه قبض ثلثي المعقود عليه و المشتري منكر و لا بينة للبائع فيكون القول للمشتري لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر" (٤) و المشتري منكر لما زاد على الثلث فكان القول قوله مع يمينه .

توضيح استدلال الحنفية السابق .

حاصل اختلاف المتبايعين هو اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري ، فالبائع يقول مثلاً للمشتري : أنت قبضت ثلثي المعقود عليه فأب أن قيمة المقبوض ألف و قيمة المبيع الآخر الذي مات عندي وهو البقرة الثانية خمسمائة و المشتري ينكر ذلك ويقول :

١- المبسوط ٢٩/١٣ طبع دار المعرفة - بيروت .

٢- المهذب للشيرازي ٣٠١/١ و ما بعدها مطبعة مصطفى الحلبي .

٣- المبسوط ٢٩/١٣ طبع دار المعرفة - بيروت .

٤- المبسوط ٢٩/١٣ طبع دار المعرفة - بيروت .

ما قبضت إلا ثلث المعقود عليه فإن قيمة البقرة المقبوضة خمسمائة و قيمة الأخرى ألف فالقول قول المشتري مع يمينه هذا إذا قبض المشتري بعض المعقود عليه .
أما إذا باع شخص لآخر فرسين بألف و خمسمائة و قبضهما المشتري جميعا فمات أحدهما عنده و رد المشتري الفرس الآخر بالعيب و قد اختلفا في قيمة الفرس المردود بالعيب بأن ادعى المشتري بأن قيمته ألف و ادعى البائع بأن قيمته خمسمائة فالقول و الحالة هذه للبائع بيمينه . لأن المشتري مدع للزيادة و البائع منكر لها و القول للمنكر كما شهد بذلك الحديث السابق فلو أقام كل منهما بينة .
- فأقام المشتري بينة على أصل الزيادة التي إدعاها .
- و أقام البائع بينة على أن القيمة خمسمائة لا كما ادعاها المشتري فيكون القول للبائع ، و ذلك لأن المثبت يقدم على النافي ، و بينة البائع مثبتة فلذلك كان القول للبائع . (١)
و يستدل الشافعية بما سبق أن استدلوا به في اختلاف المتبايعين في الثمن .

بيان الراجح

و الراجح ما ذهب إليه الحنفية من أن القول للمشتري بيمينه لأن المشتري منكر لما زاد على الثلث فكان القول قوله مع يمينه . و الله أعلم .

١- المبسوط ٢٩/١٣ طبع دار المعرفة - بيروت . و المذهب ٣٠١/١ .

الفصل الخامس

الفصل الخامس

ما يسقط به حق البائع في الاسترداد

وأتكلم عن سقوط هذا الحق في مبحثين:

المبحث الأول : في الحوالة

المبحث الثاني: في الهبة

المبحث الأول

في الحوالة

تعريف الحوالة :

١- في اللغة :

الحوالة في اللغة : مشتقة من التحويل و النقل ، و أحلت زيدا بما كان له على و هو مائة درهم على رجل فاحتال زيد به علي الرجل فأنا محيل ، و زيد محال، و المال محال به ، و الرجل محال عليه و محتال عليه ، و قول الفقهاء : للمحال المحتال له لغو، لأنه لا حاجة لهذه الصلة و يقال للمحتال حويل قياسا على كفيل وضمين. (١)
و إنما سمي هذا العقد حوالة لأن فيه نقل المطالبة و نقل الدين من ذمة إلى ذمة بخلاف الكفالة فإن فيها ضم ذمة إلى ذمة. (٢)

٢- و الحوالة في الشرع :

عبارة عن تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به. (٣)

ويحتاج إلى معرفة أسماء أربعة:

أ- المحيل و هو الذي عليه الدين الأصلي .

ب- و المحال و هو الطالب .

ج - و المحال عليه و هو الذي قبل الحوالة .

ء - و المحال به و هو المال. (٤)

١- المغرب في ترتيب المغرب للإمام أبي الفتح ناصر بن عبد السيد على المطرزي المتوفى ٦١٦ هـ ج ١/١٢٤ نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

٢- السابق .

٣- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري لشيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد البسني المتوفى ٨٠٠ هـ ج ١/٣٧٩ - ٣٨٠ . نشر مكتبة إمدادية - ملتان - باكستان .

٤- السابق .

و الحوالة معاملة صحيحة عند الفقهاء بالاتفاق و إن اختلف في سبب صحتها.

- هل سبب صحتها : أنها مستثناه من بيع الدين بالدين أو هي استيفاء ؟

و قيل : هي عقد ارفاق مستقل . (١)

الأصل فيها :

و الأصل فيها ما ثبت عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه

وسلم قال : "مطل الغني ظلم و إذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبّع" (٢)

و قد اتفقت كلمة الفقهاء على اعتبار رضا المحيل ، ثم اختلفت كلمتهم على

الوجه الآتي في اعتبار رضا المحال و هو البائع في مثالنا هذا ، الذي أحاله المشتري

على مدين له ، فهل يعتبر رضاه في هذه الحالة ؟

أ- ذهب الحنفية و المالكية و الشافعية إلى اعتبار رضا البائع و هو المحال . (٣)

ب- و ذهب الحنابلة و أهل الظاهر إلى عدم اعتبار رضاه . (٤)

أما المحال عليه .

- فذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى عدم اعتبار رضاه .

- و ذهب الحنفية و أهل الظاهر إلى اعتبار رضاه .

فمن رأى أنها معاملة مالية اشترط رضا المحال و المحال عليه و هم الحنفية و من

وافقهم .

١- بداية المجتهد و نهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي المتوفى ٥٩٥ هـ ج ٢/٣٢٦ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٣٥ هـ . و طبعة أخرى لمكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ١٣٨٩ هـ و المحلي لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى ٤٥٦ هـ مطبعة إدارة الطباعة المنيرية بمصر ١٣٥٠ هـ و طبعة أخرى من منشورات المكتب التجاري - بيروت .

٢- إرشاد الساري بشرح صحيح البخاري للعلامة القسطلاني ج ٤/١٦٢ المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٠٤ هـ . الطبعة السادسة ، وفتح المبدى لشرح مختصر الزبيدي لشيخ الإسلام عبد الله الشرقاوي ت ٢٢٧ هـ ج ٢/٥٥٨ ، كتاب الحوالة مطبعة صبيح - القاهرة .

٣- حاشية ابن عابدين للشيخ محمد أمين و تسمى أيضا بحاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٤/٤٤ المطبعة الأميرية و بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٠/٥ مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ هـ ١٣٢٩ هـ و الفتاوى الهندية ١٥/٣ المطبعة الأميرية و حاشية الشيخ إبراهيم الباعوري على شرح ابن قاسم الغزي ٤٠٩/١ المطبعة الميمنية بالقاهرة و بداية المجتهد ٣٢٦/٢ .

٤- الإقناع على طالب الانصاع للعلامة أبي النجا شرف الدين المقدسي المسمى ٩٦٨ هـ ج ٢/١٨٥ المطبعة المصرية بالأزهر ١٣٥١ هـ و المحلي ج ٨/١٠٨ مسألة رقم ١٢٢٥ .

فالحنفية يوافقون الجمهور في رضا المحال وهو البائع في مسألتنا ويخالفونهم في رضا المحال عليه.

أما المالكية و الشافعية و من وافقهم فاستدلوا لمذهبهم:
بأن لرب الدين مطلق الاختيار في اتباع المحيل أو المحال عليه و هو حر في اتباع المحيل رضي أم لم يرض .
و احتج داود علي ما ذهب إليه بالنص كما هي عادته و هو الحديث السابق.
ووجه الدلالة منه على مذهب داود الظاهري :
قول النبي صلى الله عليه وسلم (فليتبع) والأمر فيه للوجوب و بقي المحال عليه على الأصل و هو اشتراط اعتبار رضاه .
و يناقش هذا الحديث : بأنه بعيد عن الاستدلال به على المدعي لأنه متى يكون رب الدين محالا :

الواقع أنه يكون كذلك إذا رضي و قبل ، و الرضا هو مطلق الاختيار.
و أما قولهم : إن قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث (فليتبع) إن هذا أمر والأمر للوجوب .

فبأنه يكون للوجوب إذا لم تحف قرينة تمنعه من الوجوب (لكن إذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع) أي أن له أن يتبع و له أن لا يتبع و تلك القرينة من مختلف الروايات والآن نعود إلى موضوعنا و هو سقوط حق الاسترداد .
و هنا نجد أن المالكية يقولون : إن المحال عليه إذا رضي بالحوالة كان ضامنا، والمضمون له مخير بين أن يرجع على الضامن أو على المضمون عنه إلا إذا كان الضامن ضامنا في الأحوال الستة و هي :

(الموت ، و الحياة ، و الغيبة ، و الحضور ، و اليسر ، و العسر) فله مطلبته ولوتيسر الأخذ من مال الغريم . (١)
و أما الحنفية . (٢)

١- بلفظ السالك على أقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي على الشرح الصمغ لأبي البركات الدردير ج ١٥٨/٢ .
٢- حاشية ابن عابدين ج ٤٤/٤ الطبعة السابقة و بدائع الصنائع للكاساني ج ٧٥٥/٥ الطبعة السابقة و الفتاوى الهندية ج ١٥/٣ الطبعة السابقة .

فإنهم يرون أن البائع إذا باع السلعة لآخر بثمن حال وقد أحال المشتري البائع
بالثمن على شخص آخر و قبل البائع و هو المحال ثمن السلعة الذي هو على المحال
عليه و رضى المحال عليه هذه الحوالة . ففي هذه الحالة يسقط حق البائع و هو المحال
في الاسترداد لأنه برضاه بالحوالة يعتبر قابضاً للثمن حكماً ، وإذا كان قد قبض
الثمن بطل حقه في الاسترداد من المشتري إلا إذا استردها بعيب فهذا خارج عن
موضوع البحث .

البحث الثاني

في الهبة

تعريف الهبة :

الهبة في اللغة : إيصال النفع للغير (١) و في المغرب : هي التبرع و التفضل بما ينفع (٢).

و في الشريعة : قليك العين بلا عوض. (٣)

و قد اختلفت كلمة الفقهاء في الرجوع في الهبة على قولين :

القول الأول : منع الرجوع في الهبة إلا فيما يهبه الوالد لولده بهذا قال جمهور الفقهاء و منهم المالكية و الشافعية و أهل الظاهر. (٤)

القول الثاني : للواهب الرجوع في الهبة .

بهذا قال الحنفية . (٥) إلا أنهم أسقطوا حق الاسترداد في الصور الآتية :

أولاً : الزيادة المتصلة بالشئ الموهوب .

فإذا وهب إنسان هبة لآخر و قبضها الموهوب له فذهب الحنفية إلى جواز رجوع الواهب فيما وهب إلا إذا حصل مانع من الرجوع بأن زاد الموهوب تحت يد الموهوب له

١- الصحاح للجوهري ٢٣٥/١ و القاموس المحيط للفيروز آبادي ١٤٣/١ و معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ١٤٧/٦ دار الفكر للطباعة و النشر ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

٢- المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي ج ٣٧٣/٢ نشر مكتبة أسامة بن زيد - حلب - سوريا الطبعة الأولى - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

٣- طلبية الطلبة للنسفي ص ١٠٦ و التعريفات للجراني ص ١٧٦ . المطبعة الحميدية بمصر و شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص ٤٢١ طبع بتونس . المطبعة التونسية ١٣٥٠ هـ . و الكفاية علي الهداية لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني ص ٤٨٠/٧ دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ١٠١/٤ . مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة . و بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٠١/٢ مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة . و شرح الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشيخ محمد الخطيب الشربيني ٢٩٨/١ . المطبعة الحسينية بالقاهرة ١٢٩٣ هـ . والمحلي لابن حزم الظاهري ج ١٢٧/٩ . مسألة رقم ١٦٢٩ . إدارة الطباعة المنيرية - شارع الكحكيين - القاهرة .

٥- تبين الحقائق للزيلعي ٩٧/٥ و ما بعدها و بهامشه حاشية الشيخ أحمد الشلبي - المطبعة الأميرية بالقاهرة .

زيادة متصلة كالسمن ، و الجمال و الكبر ، فلا رجوع فيها و استدلوا لذلك بدليل من المعقول حاصله :

أن الرجوع في الموهوب إذ هو ملكه و لا رجوع له في غيره ولما تعذر تبعا لذلك رجوعه في الموهوب فبطل حقه في الاسترداد لأن له حق التملك في الأصل تبعا لها فكانت مراعاة جانبه أولى من مراعاة جانب الواهب لأنه ملك الزيادة لأنها نشأت في ملكه و ضمانه .

ثانيا : من الأمور التي تمنع الاسترداد في الهبة موت أحد المتعاقدين : فإذا مات الموهوب له انتقل الموهوب إلى الورثة ، و إذا انتقل إليهم فليس للواهب حق الرجوع فيه لأنهم ملكوه عن مورثهم لا عن الواهب و إذا كانوا قد ملكوه عن مورثهم فليس للواهب حق الرجوع فيما وهب .

لأنه بموت الموهوب له انتقل ملكه إلى غيره من ورثته و إذا كان ذلك كذلك بطل حق الواهب في الاسترداد .

هذا إذا كان الموهوب له هو الذي مات فبأن كان الواهب هو الذي مات سقط حقه في الرجوع لأنه بموته لا خيار له في الرجوع و عدمه .

و إذا كان خياره قد سقط تعين عدم الرجوع فلذلك بطل حقه في الرجوع . فبأن قيل : إن حق الخيار يورث عن الواهب قلنا :

إن ذلك وصف له أو هو مجرد حق و في كلتا الحالتين لا يورث .

ثالثا : حصول العوض :

كأن يهب محمد لعلي مثلا ، هبة و قبضها علي ثم أعطى علي محمدا شيئا وقبض محمد بدل هبته امتنع حقه في الرجوع فمثل هذه الهبة يسمى هبة الثواب و هي من عقود المعاوضات و استدلوا لعدم الرجوع بحديث "الواهب أحق بهبته ما لم يثب" (١) أي لم يعوض . و المراد به بعد التسليم أي بعد قبضها لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل القبض و اضافتها للواهب باعتبار ما كان .

١- نيل الأوطار للشركاني ج ٥ / ٢٤٠ كتاب الهبة والهدية - باب الثواب على الهدية و الهبة - و فتح الباري صحيح البخاري لابن حجر ج ٦ / ١٣٧ كتاب الهبة ، باب المكافأة في الهبة ، و سبل السلام ، المجلد الثاني ، الحديث الرابع (طبع كراني) و الفتح الرباني ١٥ / ١٦٦ .

و وجه الدلالة من هذا الحديث الشريف :
أن الواهب إذا أثيب على هبته سقط حقه في الرجوع لأنه بثوابه عليها يكون قد
أخذ بدلها .

و إذا كان قد أخذ بدلها انتقل ملكها إلى الموهوب له و سقط حق الواهب في
الرجوع .

رابعا : خروج الهبة عن ملك الموهوب له :
فإذا وهب شخص لآخر هبة و قبضها الموهوب له ثم باعها أو رهنها أو وهبها
وتسلمها الغير امتنع حق الواهب في الرجوع .
لأن إخراجها عن ملك الموهوب له و تمليكها لغيره حصل بتمكين الواهب من هذا
الفعل لأن الواهب هو الذي سلطه على أن يفعل هذا فلا يمكن من نقص ما تم من
جهته .

و لأنه لما وهبها لغيره فقد تبدل الملك ، و تبدل الملك كتبدل العين يمنع من
الرجوع .

خامسا : الزوجية وقت الهبة :
فإذا وهب شخص لزوجته ثم أبانها بالطلاق ليس له أن يرجع في الهبة لأن
الزوجية نظير القرابة ، فيكون المقصود من الهبة الصلة و التواد دون العوض و قد
حصل فلا يرجع .

بخلاف الهبة للأجنبي ، لأن المقصود منها العوض فكان له الرجوع عند فواته .
سادسا : القرابة المحرمة للنكاح :

فإذا وهب لذي رحم محرم منه كعمته أو خالته أو بنت ابنته أو بنت ابنه فلا يجوز
له أن يرجع لأن المقصود منها صلة الرحم و قد حصل وفي الرجوع قطيعة للرحم فلا يرجع .
سابعا : هلاك العين الموهوبة .

فإن مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه ، استدل
الجمهور على ما ذهبوا إليه من عدم صحة الرجوع في الهبة إلا فيما يهبه الوالد لولده
بالسنة و المعقول .

أما السنة :

فحديث النبي صلى الله عليه وسلم (لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده). (١)

و وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما وهبه لولده والنهي يقتضي التحريم .

وإنما صح الرجوع فيما وهبه الوالد لولده للنص وذلك لأن الموهوب لم يخرج عن ملك الواهب إذ أن الولد وماله لأبيه كما أشار إلى ذلك الحديث (أنت ومالك لأبيك).
و أما المعقول : فمن وجهين :

١- أنه عقد تمليك فوجب أن يكون لازماً كالبيع الخالي عن الخيار و اللازم لا يصح فيه الرجوع .

٢- أن العقد يقتضي تملك الموهوب له ما وهب له و الرجوع فيه يضاد مقتضى العقد .

بيان الراجح

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام ما قال به الجمهور لقوة أدلتهم والله تعالى أعلم بالصواب .

١- سبل السلام ٩٠/٣ طبعة الحلبي و سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ ، و كتاب الهبات باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، حديث رقم ٢٣٧٧ والفتح الرباني للساعاتي شرح مسند الإمام أحمد ١٧٣/١٥ النهي عن أن يرجع الرجل في هبته إلا الوالد .

٢- روي من حديث جابر وعائشة وسمره بن جندب وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عمر فحديث جابر رواه ابن ماجه واسناده صحيح وحديث عائشة رواه ابن حبان في صحيحه وحديث عمر رواه أبو يعلى الموصلي . (راجع نصب الراية : ٣٣٧/٣ وما بعدها) .

الخاتمة

خاتمة البحث

وبعد أن وفقى الله تعالى لإكمال هذا البحث على هذا النحو الذى أرجو أن يكون خالصا لوجهه عز وجل فأبني ألخص أهم ما توصلت إليه فيه بناء على ما ترجح لدي من المسائل وذلك على ما يلى :

١ - أن الشريعة الإسلامية الغراء قامت على دفع الحرج فأباحت للبائع أن يسترد

المبيع الذى قام ببيعه إذا كان يلحقه ضرر بسبب عدم الرد .

٢ - أن الاسترداد عبارة عن إعادة الحقوق إلى أصحابها ولا بد أن يكون ذلك مبنيا على سبب .

٣ - أن من أسباب رجوع المبيع إلى بائعه :

فساد فى عقدة البيع ، أو وجود عيب فى المبيع أو افلاس المشتري بالثمن.

٤ - أن هذا الموضوع متعلق بالحقوق ، والحق هو اختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفا .

٥ - أن الشارع الحكيم حينما يقرر حقا للإنسان ينشئ فى نفس الوقت واجبا مقرا على غيره من الناس نحو هذا الحق ، وهذا الواجب هو احترام هذا الحق فى نطاق الحدود المرسومة له .

٦ - أن حق الملكية لشخص واحد فى داره أو فى سيارته ، مثلاً : يوجب على غيره من الناس ألا يعتدوا على ملكه بغصب أو سرقة أو اتلاف.

- ٧- أن حق البائع في تسلم الثمن ، حتى إنه إذا لم يتسلم الثمن كان له الحق في استرداد المبيع .
- ٨- أن العقد في اللغة نقيض الحل ثم استعمل في أنواع العقود من البياعات والعقود وغيرها ويطلق على معانٍ كثيرة منها :
- الشد والتوثيق ، والاحكام .
- أن العقد في لسان الفقهاء يطلق على معنيين :
- أحدهما : شائع مشهور وهو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل .
- وثانيهما : معنى أوسع من هذا فيراد بالعقد كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى .
- ١٠- أن العقد من حيث الحكم الوضعى ينقسم إلى صحيح وغير صحيح .
- ١١- أن الفساد والبطلان في المعاملات مترادفان عند الجمهور وعند الحنفية على خلاف ذلك .
- ١٢- أن البيع في اللغة : أخذ شئى واعطاء شئى آخر .
- وفى الاصطلاح : مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً .
- ١٣- أن البيع عقد مشروع ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول
- ١٤- أن العلماء متفقون في أن عقدة البيع إذا وقعت باطلة والمبيع قائم استرد البائع المبيع إذا كان المشتري قد قبضه ولم يتصرف فيه .
- ١٥- أن الصبي إن كان غير مميز فتصرفاته القولية باطلة .
- ١٦- وأن تصرفات الصبي المميز القولية التى تعود عليه بالضرر باطلة .
- ١٧- أن الاكراه فى الاصطلاح : إسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه .

- ١٨ - أن الاكراه يتنوع إلى أنواع ثلاثة .
- ١٩ - أن بيع المكره غير صحيح .
- ٢٠ - أن للبائع حق استرداد المبيع مطلقا سواء كان التصرف مفيتا أو غير مفيت
- ٢١ - أن للبائع حق الفسخ واسترداد المبيع إذا تبين أن بالثمن عيوباً من نحو غش أو نقص أو نحاس :
- ٢٢ - أن العبد في حالة عدم إذن سيده ممنوع من التصرف .
- ٢٣ - أن الخيار في اللغة : اسم بمعنى طلب خير الأمرين .
- وفي الاصطلاح : أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الحق في فسخ العقد أو امضائه .
- ٢٤ - أن الخيار على اختلاف أنواعه يعد من محاسن الشريعة .
- ٢٥ - أن خيار الرؤية في الاصطلاح حق يثبت للعاقد بمقتضاه فسخ العقد .
- ٢٦ - أن المراد بالرؤية العلم بمحل العقد بأي حاسة من الحواس .
- ٢٧ - أنه يصح العقد على الغائب إذا انتفت جهالة ذاته ببيان جنسه ونوعه مع الإشارة إليه أو إلى مكانه .
- ٢٨ - أن ثبوت خيار الرؤية واضح في ثبوته للمشتري .
- ٢٩ - أن خيار الرؤية يثبت للمشتري عند رؤية المعقود عليه .

- ٣٠- أن خيار الرؤية يسقط بأشياء منها :
- ما يدل على الرضا بالعقد بعد الرؤية .
 - هلاك المبيع أو تعيبه بعيب يمنع الرد .
 - موت صاحب الخيار .
- ٣١- أن العيب فى اللغة : النقيصة وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة .
- وفى الاصطلاح : هو ذلك النقص الذى جرت العادة بالسلامة منه .
- ٣٢- أن خيار العيب للمشتري ثابت بالسنة .
- ٣٣- أن لواجد العيب حق الخيار على صاحبه فى عقود المبادلات التى يقصد منها العرض .
- ٣٤- أن وجود العيب فى المبيع يعطى المشتري حق التكلم فى المبيع مرة أخرى
- فيكون له حق الرد أو الامضاء .
- ٣٥- أن الفقهاء يريدون بالمجلس مكان الاجتماع الواقع عليه العقد .
- وبخيار المجلس : أن يكون لكل من المتعاقدين الحق فى امضاء العقد أو فسخه ما دام فى المجلس .
- ٣٦- أن أكثر أهل العلم قالوا بمشروعية خيار المجلس خلافا للحنفية وإبراهيم النخعى والمالكية إلا ابن حبيب .
- ٣٧- أن خيار المجلس يثبت عند القائلين به فى العقود اللازمة من الجانبين
- القابلة للفسخ كالبيع والصرف والسلم .
- ٣٨- أن الشرط فى اللغة : الزام الشئى والتزامه فى البيع ونحوه .
- وفى اصطلاح الفقهاء : أمر خارج عن ماهية الشرع يلزم من عدمه العدم

- ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته كاستقبال القبلة بالنسبة للصلاة .
- ٣٩- ومعنى خيار الشرط عند الفقهاء أن يشترط أحد العاقلين أو كلاهما الخيار بين قبول العقد و رده ثلاثة أيام فأقل .
- ٤٠- أن الراجع مشروعية خيار الشرط .
- ٤١- أنه لا يجوز أن يشترط فى الخيار أزيد من الثلاثة الأيام .
- ٤٢- أنه لا يعمل بخيار الشرط إلا إذا اشترطه العاقدان .
- ٤٣- أنه يجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين و يجوز شرطه لأحدهما دون الآخر .
- ٤٤- أنه ينتهى خيار الشرط بأمر منها : اجازة العقد أو فسخه مدة الخيار - وموت صاحب الخيار -
- ٤٥- أن الملك فى الخيار ينتقل إلى المشتري بنفس العقد و يدخل فى ضمانه بالعقد الصحيح .
- ٤٦- أن الفلاس فى الاصطلاح : احاطة الدين بمال المدين بأن كان دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله .
- ٤٧- وأنه عند المالكية قسمان : - تفليس بالمعنى الأعم . - وتفليس بالمعنى الأخص .
- ٤٨- أن الديون المؤجلة تحل بالفلس كما تحل بالموت .
- ٤٩- أن صاحب السلعة أحق بها فى الفلس والموت . وللرجوع شروط مذكورة فى ثنايا البحث .

- ٥٠- أنه عند الاختلاف فى الثمن بعد هلاك السلعة يكون القول للمشتري بيمينه لفوات محل الفسخ .
- ٥١- أنه عند الاختلاف فى مقدار الأجل يكون القول للبائع .
- ٥٢- أنه عند الاختلاف فى قدر المبيع يكون القول للمشتري بيمينه .
- ٥٣- أن الحوالة فى اللغة مشتقة من التحويل والنقل .
- وفى الشرع عبارة عن تحويل ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به .
- ٥٤- أن الراجع فى الهبة منع الرجوع إلا فيما يهبه الوالد لولده .
- هذا وبالله التوفيق .
- وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .

المراجع والمصادر

فهرس

بأهم مراجع البحث و مصادره

أولاً:

كتب التفسير

- أحكام القرآن للعلامة أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى ٣٧٠هـ المطبعة البهية، المصرية ١٣٤٧هـ، وطبعة أخرى لمطبعة عبد الرحمن محمد.
- تفسير القرآن العظيم
- للمحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير المتوفى ٧٧٤هـ ، نشر مكتبة دار التراث بالقاهرة .
- تفسير الكشاف
- للعلمة جار الله محمود بن عمر الرمخشري الخوارزمي المتوفى ٥٣٨هـ ، مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر ، الطبعة الأخيرة ١٣٩٢هـ ، ١٩٧٢م.

ثانياً:

كتب الحديث و علومه

- إرشاد الساري بشرح صحيح البخاري للعلامة القسطلاني .
- المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٠٤هـ
- بلوغ المرام من أدلة الأحكام . للمحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني

- المتوفى ٨٥٢هـ - نشر دار الكتب الإسلامية - كوجرانواله - باكستان .
- سبل السلام (شرح بلوغ المرام السابق)
- للعلامة محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير المتوفى ١١٨٢هـ مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة ١٣٧٩هـ و طبعة أخرى من نشر مكتبة عاطف بالأزهر . القاهرة و طبعة ثالثة من نشر دار الفكر .
- سنن الترمذي
- للعلامة أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى ٢٧٩هـ نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة - طبع دار الاتحاد العربي للطباعة .
- سنن ابن ماجه
- للكافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى ٢٧٥هـ مطبعة الحلبي ١٣٧٢هـ .
- صحيح مسلم بشرح النووي
- للإمام محي الدين النووي . طبع دار الشعب بالقاهرة .
- طريق الرشد لتخريج أحاديث بداية ابن رشد .
- للشيخ عبد اللطيف بن إبراهيم . من مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٤٠٣هـ .
- فتح المبدي بشرح مختصر الزبيدي
- لشيخ الإسلام عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي المتوفى ١٢٢٧هـ مطبعة محمد على صبيح الأزهر - القاهرة .
- فضل الله الصمد في توضيح الأدب المفرد
- للعلامة فضل الله الجيلاني - المطبعة السلفية .
- كشف الخفاء و مزيل الإلباس عما اشتهر من الحديث على ألسنة الناس للإمام إسماعيل بن محمد العجلاني الجراحي - نشر مكتبة القدسي بالقاهرة ١٣٥٢هـ .
- المنتقى (شرح موطأ الإمام مالك)

للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي مطبعة السعادة -باب الخلق
-القاهرة .

- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية .
- للعلامة محمد بن يوسف الزيلعي - مطبعة دار المأمون ١٣٥٧هـ طبعة الأولى .
- نيل الأوطار
- للعلامة محمد بن علي الشوكاني المتوفى ١٢٥٥هـ ، مطبعة الحلبي - الطبعة
الأخيرة و طبعة أخرى للمطبعة العثمانية بالقاهرة .

ثالثا:

كتب أصول الفقه و القواعد الفقهية

- الأشباه و النظائر للعلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي نشر دار الكتب
العلمية - بيروت ، و طبعة أخرى لمطبعة الحلبي ، ١٣٧٨هـ .
- ابن الحاجب بحاشية السعد
- للعلامة ابن الحاجب مطبعة مصطفى محمد ١٣٥٨هـ .
- أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة - نشر دار الفكر - القاهرة .
- أصول السرخسي
- للعلامة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي ، طبع دار الكتاب العربي
بمصر ، ١٣٧٢هـ .
- التقرير و التحبير للعلامة ابن أمير حاج المتوفى ٨٧٩هـ ، المطبعة الأميرية .
- التيسير على التحرير
- للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه ، مطبعة الحلبي ، ١٣٥هـ .
- جمع الجوامع

للإمام عبد الوهاب بن علي "ابن السبكي" مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .
- شرح المنار وحواشيه من علم الأصول : الشرح لعبد اللطيف بن عبدالعزيز بن
الملك و الحواشي للمشائخ ، يحيى الرهاوي و مصطفى بن بيرو رضي الدين محمد بن
إبراهيم ، المطبعة العثمانية بالهيد ١٣١٥ هـ .
- الفروق

للعلامة شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المعروف بالقرافي . نشر دار المعرفة
- بيروت ، و طبعة أخرى لمطبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٤٥ هـ .
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي
للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري المتوفى ٧١٠ هـ ، المطبعة الأميرية .
- القواعد لابن رجب الحنبلي - طبع مؤسسة نبع الفكر العربي .
- القواعد الفقهية للسيد محمد عميم الإحسان المجددي نشر الصدف ببلشرز -
كراتشي .

- المستقصى من علم الأصول . للإمام أبي حامد الغزالي المتوفى ٥٠٥ هـ المطبعة
الأميرية ١٣٢٢ هـ .
- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول
للإمام جمال الدين الأسنوي المتوفى ٧٧٢ هـ مطبعة صبيح بالقاهرة ١٣٨٩ هـ .

رابعاً:

كتب الفقه

أ- الفقه الحنفي

- ١- الاختيار لتعليل المختار - كلاهما للإمام عبد الله بن محمود بن مودود
الموصللي المتوفى ٦٨٣ هـ ، مطبعة صبيح القاهرة .
- أنيس الفقهاء في الألفاظ المتداولة بين الفقهاء .

- للشيخ قاسم القونوي المتوفى ٩٧٨هـ، نشر دار الوفاء ، جدة ، السعودية .
- البحر الرائق (شرح كنز الدقائق)
- للشيخ إبراهيم زين الدين ابن نجيم المتوفى ٩٧٠هـ المطبعة العلمية ١٣٠١هـ و ١٣١١هـ .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
- للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى ٥٨٧هـ ، طبع عدة طبعات: مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨هـ - ١٣٢٩هـ ومطبعة مصر ١٣٢٧هـ و ١٣٢٨هـ و مطبعة الإمام بالقاهرة و طبعات أخرى لبيروت .
- تبين الحقائق (شرح كنز الدائق)
- للعلامة عثمان بن علي الزيلعي المتوفى ٧٤٣هـ ، المطبعة الأميرية ١٣١٣هـ .
- جامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة المتوفى ١٨٢٣هـ المطبعة الأميرية ١٣٠٠هـ .
- العناية على الهداية (مطبوع بهامش شرح فتح القدير)
- للعلامة محمد بن محمود البابر تي ، المطبعة الأميرية ، بالقاهرة و طبعة أخرى لمطبعة مصطفى محمد بالقاهرة.
- رد المحتار على الدر المختار الشهير بحاشية ابن عابدين
- للعلامة محمد أمين بن عمر المتوفى ١٢٥٢هـ ، المطبعة الأميرية ١٣٢٥هـ و طبعة أخرى لمطبعة الحلبي و طبعة أخرى لدار سعادت .
- فتح بالقدير
- للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ، المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣١٦هـ و ١٣١٧هـ و ١٣١٨هـ و طبعة أخرى لمطبعة مصطفى محمد - القاهرة .
- الفتاوى الهندية من وضع مجموعة من علماء الهند
- المطبعة الأميرية ١٣١٠هـ .

- فتح المعين على شرح الكنز الشهير بحاشية العلامة أبي السعود
للسيد محمد أبي السعود مطبعة المريدجي .
- مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان
لمحمد قدرى باشا و معه شرحه للأستاذين ، محمد زيد الإبياني و محمد سلامة
السنجلفي ، مطبعة المعارف ، بغداد ١٣٧٥ هـ ، طبعة ثانية .
- المبسوط للسرخسي
لشمس الأئمة محمد السرخسي ، نشر دار المعرفة للطباعة - بيروت .
- المحيط البرهاني (مخطوط بالمكتبة المركزية للجامعة الإسلامية العالمية)
للعلامة برهان الدين محمد .
- نتائج الأفكار (تكملة شرح فتح القدير)
للعلامة شمس الدين أحمد بن قودر ، طبع دار الفكر .
- الهداية (شرح بداية المبتدي)
كلاهما للشيخ علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى ٥٩٣ هـ ، مطبعة الحلبي ، القاهرة .

ب - الفقه المالكي

- بداية المجتهد و نهاية المقتصد
لابن رشد الحفيد المتوفى ٥٩٥ هـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .
- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير
للشيخ أحمد بن محمد الصاوي مطبعة الحلبي ١٣٧٢ هـ .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي ، مطبعة
عيسى الحلبي .
- الشرح الكبير شرح مختصر خليل
لأبي البركات أحمد بن محمد الشهير بالدردير المتوفى ١٢٠١ هـ مطبوع بهامش
حاشية الدسوقي مطبعة الحلبي ١٣١٩ هـ .

- شرح الخرشي على مختصر خليل
لأبي عبد الله محمد الخرشي المتوفى ١١٠١ هـ ، المطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ .
- القوانين الفقهية
للعلامة أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي ، نشر دار
الكتاب العربي - بيروت .

- مواهب الجليل شرح مختصر خليل
لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤ هـ
مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٨ هـ وطبعة أخرى لدار الكتاب اللبناني - بيروت ،
وطبعة ثالثة . على نفقة سلطان المغرب .

ج - الفقه الشافعي

- تحفة الحبيب بشرح نظم غاية التقريب للإمام أحمد بن الحجازي بن بدير
الفشيني .

- التحرير و شرحه
للشيخ زكريا الأنصاري ، المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٢٩٨ هـ
- التكملة الثانية للمجموع
للشيخ محمد نجيب المطيعي ، مطبعة الإمام - القاهرة .
- حاشية إعانة الطالبين .

- للسيد أبي بكر الشهير بالسيد البكري ، مطبعة الحلبي ١٣٥٦ هـ .
- حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع
للشيخ إبراهيم الباجوري ، المطبعة الميمنية ، القاهرة .
- حاشيتي قلبوبي و عميرة ، مطبعة عيسى الحلبي ، و طبعة أخرى لمطبعة

صبيح .

- حاشية الشيخ سليمان البجيرمي على شرح المنهج
للشيخ زكريا الأنصاري ، المطبعة الأميرية ١٣٠٩ هـ .

- شرح الإقناع

للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، المطبعة الحسينية بمصر ١٢٩٣ هـ .

- شرح المنهاج

للجلال المحلي مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٥٧ هـ .

- شرح المنهج

للشيخ زكريا الأنصاري ، دار الطباعة العامرة الكبرى بالقاهرة ١٢٩٢ هـ و طبعة

أخرى من نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت .

- المجموع (شرح المذهب)

للنووي ، مطبعة العاصمة ، القاهرة .

- مغنى المحتاج

للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مطبعة الحلبي ، القاهرة .

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

للعلامة شمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد الرملي المتوفى ١٠٠٤ هـ

المطبعة البهية بمصر ، و طبعة أخرى لمطبعة بولاق - بالقاهرة .

- مختصر المزني (مطبوع على هامش كتاب الأم)

للشيخ أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني المتوفى ٢٦٤ هـ المطبعة الأميرية

- بالقاهرة ١٣٢١ هـ .

ء- الفقه الحنبلي

- الإقناع على طالب الانتفاع

للعلامة أبي النجا شرف الدين الحجاوي المقدس المتوفى ٩٦٨ هـ المطبعة المصرية-

بالأزهر ١٣٥١ هـ .

- الشرح الكبير على متن المقنع

لأبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المتوفى ٦٨٢ هـ ، المنار ، الطبعة

الأولى ، ١٣٤٨ هـ .

- كشف القناع عن متن الإقناع

للشيخ منصور بن يونس البهوتي المتوفى ١٠٥١ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية
١٣٦٦ هـ و طبعة أخرى من نشر مكتبة النصر الحديثة ، الرياض و طبعة ثالثة لمكتبة
الحكومة ، مكة المكرمة .

- المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، مطابع سجل
العرب ١٩٦٨ هـ ، وطبعة أخرى لمطبعة الفجالة الجديدة بمصر .

- منتهى الإرادات (مطبوع على هامش كشف القناع)

لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار المتوفى ٩٧٢ هـ
نشر مكتبة دار العروبة ، القاهرة .

- نيل المأرب

للإمام عبد القادر بن عمر الشيباني المطبعة الخيرية بمصر ١٣٢٤ هـ .

هـ- الفقه الظاهري

- المحلي

لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد الشهير بابن حزم الظاهري المتوفى ٤٥٦ هـ
نشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر ، الطبعة الثالثة و طبعة أخرى لإدارة الطباعة
المنيرية بالقاهرة ١٣٥٠ هـ و طبعة أخرى من نشر المكتب التجاري - بيروت .

و- فقه الشيعة الزيدية

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار

للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى ٨٤٠ هـ مطبعة وزارة الأوقاف طبعة
ثانية و مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م

- التاج المذهب لأحكام المذهب

للقاضي أحمد بن قاسم العنسي - مطبعة عيسى الحلبي ١٣٦٦ هـ ، طبعة أولى

و طبعة أخرى لدار إحياء الكتب العربية بمصر ١٣٦٦هـ .

ز- الشيعة الإمامية

- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية

الشهيد الجابعي العاملي - نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

- المختصر النافع

لجعفر بن حسن الحلبي - مطبعة وزارة الأوقاف طبعة ثانية .

خامسا:

كتب حديثه

- عوارض الأهلية عند الأصوليين

للدكتور صبري معارك - طبع دار التوفيق للطباعة - القاهرة .

- مختصر المعاملات الشرعية

للأستاذ الشيخ علي الخفيف- مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م .

- المدخل للفقهاء الإسلاميين للشيخ عيسوي أحمد عيسوي مطبعة دار التأليف

بالقاهرة ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م .

- المدخل في الفقه الإسلامي

للدكتور محمد سلام مذكور مطبعة دار النهضة العربية ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م .

- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي

للأستاذ محمد مصطفى شلبي - مطبعة دار التأليف بالقاهرة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .

- المدخل الفقهي و المزيلات الشرعية

للدكتور أحمد الحجى الكردي من مطبوعات جامعة دمشق .

- مصادر الحق

للأستاذ عبد الرزاق السنهوري - نشر معهد الدراسات العربية بالقاهرة ١٩٦٨م
طبعة ثانية.

- المعاملات في الشريعة الإسلامية و القوانين المصرية

للأستاذ أحمد أبي الفتوح - مطبعة النهضة - شارع عبد العزيز بالقاهرة .

- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية

للأستاذ شفيق شحاته - مطبعة الإعتدال - شارع حسن الأكبر بالقاهرة ١٩٣٦م.

- النظريات العامة في الفقه الإسلامي

للدكتور محمد عثمان والدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي نشر دار القلم، دبي.

سادسا:

من كتب القانون

- الوسيط في شرح القانون المدني

للدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مطبعة دار النهضة العربية - شارع عبد الخالق
ثروت ، القاهرة ١٩٦٨م .

سابعا:

كتب اللغة

- الصحاح

للعلامة إسماعيل بن حماد الجوهري ، نشر دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة
الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

- القاموس المحيط

لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ،
الطبعة الثالثة ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م .

- لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري (ابن منظور) مطبعة
كوستاتسوماس .

- المصباح المنير

للشيخ أحمد بن محمد المقرئ الفيومي ، المطبعة الأميرية بالقاهرة .

- المعجم الوسيط

للدكتور إبراهيم أنيس و آخرين ، انتشارات ناصر خسرو - طهران .

- المغرب في ترتيب المغرب

للإمام أبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي المتوفى ٦١٦هـ ، نشر
دار الكتاب العربي - بيروت ، وطبعة أخرى من نشر مكتبة أسامة بن زيد ، حلب - سوريا .

- المطلع على أبواب المقنع للإمام أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح
البعلي المتوفى ٧٠٩هـ ، نشر المكتب الإسلامي - دمشق .

ثامنا:

كتب التاريخ : التراجم

- الأعلام

لخير الدين محمود الزركلي المتوفى ٣٩٦هـ نشر دار العلم للملايين - بيروت .

- الجواهر المضية في تراجم الحنفية

لمحي الدين عبد القادر ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدرآباد - دكن .

- الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية

لطاسن كبرى زادة ، نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

- الفوائد البهية في تراجم الحنفية
- للعلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي ، نشر دار المعرفة - بيروت .
- كشف الظنون عن أسامي الكتب و الفنون
- لحاجي خليفة ، نشر مكتبة المثنى - بغداد .
- وفيات الأعيان
- لابن خلكان ، مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٩هـ .

فهرس الموضوعات

١	خلاصة البحث
٥	المقدمة
٨	التمهيد
١٦	أركان العقد فى الشريعة الاسلامية
١٩	تقسيمات العقد
٢١	تقسيم العقد من حيث الحكم الوضعي
٢٦	أنواع العقد الغير الصحيح
	الفصل الأول
٣١	ثبوت حق البائع فى استرداد ما باعه
	المبحث الأول :
	فى تعريف البيع لغة واصطلاحاً
٣٢	وحكمة المشروعية ودليلها
٣٢	المطلب الأول : تعريف البيع فى اللغة والاصطلاح
٣٨	المطلب الثانى : حكمة المشروعية ودليلها
	المبحث الثانى :
٤٠	متى يثبت للبائع حق استرداد المبيع
٤٣	المطلب الأول : العقود والتصرفات التى يباشرها الصبي
٤٧	المطلب الثانى : بيع المكره

- المطلب الثالث : قبض المبيع بغير إذن البائع ٥٤
 المطلب الرابع : حالة ما إذا خرج الثمن زيوفاً ٥٨
 المطلب الخامس : شراء العبد بدون إذن سيده ٦٢

الفصل الثاني

- موجبات الخيار وفساد الحق به بسبب ظهور عيب فيه ٦٦
 التمهيد: في تعريف الخيار لغة واصطلاحاً وبيان الحكمة منه ٦٧
 المبحث الأول :

- أهم أنواع الخيارات ٧٠
 المطلب الأول : خيار الرؤية ٧٣
 الفرع الأول : (تعريف خيار الرؤية) ٧٣
 الفرع الثاني : (الكلام على مشروعية خيار الرؤية) ٧٦
 الفرع الثالث : (شرط ثبوت خيار الرؤية ولمن يثبت ؟) ٨١
 الفرع الرابع : (وقت خيار الرؤية) ٨٤
 الفرع الخامس : (العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية) ٨٨
 الفرع السادس : ٨٨
 المطلب الثاني : خيار العيب ٨٩
 المطلب الثالث : خيار المجلس ٩٧
 المطلب الرابع : خيار الشرط ١٠٣

المبحث الثاني :

- ١١٤ ملك المبيع زمن الخيار وضمائه
 ١١٤ المطلب الأول : ملك المبيع زمن الخيار
 ١١٩ المطلب الثاني : ضمان المبيع

الفصل الثالث

- ١٢٢ رجوع البائع في عين ما باعه بسبب إفلاس المشتري أو موته

المبحث الأول :

- ١٢٣ تعريف الإفلاس في اللغة والاصطلاح
 المبحث الثاني :

- ١٢٦ حلول الدين المؤجل بالموت أو الإفلاس
 المبحث الثالث :

- ١٣٠ رجوع الدائن في عين سلعته وشروط الرجوع
 المطلب الأول : من وجد أحد الغرماء ماله عند المدين ،
 ١٣٠ هل يكون أحق به ؟
 ١٣٤ المطلب الثاني : شروط رجوع البائع في عين سلعته
 المبحث الرابع :
 ١٤١ بيع الحاكم مال المدين

الفصل الرابع

الكلام عن فسخ العقد ورجوع كل من المتبايعين على الآخر بسبب

الاختلاف في جنس الثمن أو مقدار الأجل أو الاختلاف في قدر المبيع ١٤٧

المبحث الأول

١٤٨ حكم الاختلاف في الثمن

١٤٨ المطلب الأول: الاختلاف في الثمن حال قيام السلعة

١٥٢ المطلب الثاني: الاختلاف في الثمن بعد هلاك السلعة

المبحث الثاني

١٥٤ الاختلاف في مقدار الأجل

المبحث الثالث

١٥٦ الاختلاف في قدر المبيع

الفصل الخامس

١٥٨

ما يسقط به حق البائع في الاسترداد

المبحث الأول :

١٥٩ في الدوالة

المبحث الثاني :

١٦٣ في الهبة

رقم الصفحة

الموضوعات

١٦٧

الخاتمة

١٧٣

المراجع والمصادر

١٨٦

فهرس الموضوعات