

الخيار وأثره في العقود

مدخل إلى نظرية الخيار
ودراسة فقهية مقارنة لأحكام ٣٣ خياراً

تأليف
الدكتور عبد الستار أبو غدة

المجلد الثاني

الخيارات الحكيمة المشروعة لتحقيق التراضي

الخيار

الخيار وأثره في العقود

ع ١٠٠
ع ١٠٠

مدخل إلى نظرية الخيار
ودراسة فقهية مقارنة لأحكام ٣٣ خياراً

تأليف
الدكتور عبد الستار أبو غدة

الجزء الثاني

الخيارات الحكيمة المشروعة لتحقيق التراضي

الباب الثالث

زمرة خيارات النقيصة
وفيه ثلاثة فصول

الأول : خيار العيب

الثاني : خيار الاستحقاق

الثالث : خيار تفرق الصفقة

توطئة لهذا الباب

المراد بخيارات النقيصة تلك الخيارات التي يستدرك بها ما لحق من نقص بالمعقود عليه سواء كان نقص ذات أم نقص اعتبار بتشقيص ما شأنه أن يكون متتاماً وهو (خيار تفرق الصفقة) ، أو بعدم خلوصه وبراءته من المطالبة وهو (خيار الاستحقاق) .

ولئن كان اصطلاح (النقيصة) عند الغزالي ينتظم مع خيار العيب خيارَي المصرة والخلف فإن مرد ذلك أن الغزالي اقتصر على جعل الخيارات (أو أسباب الرد) نوعين أحدهما للتروى ، والآخر للنقيصة^(١) . أما هنا فقد قاربت الأقسام العشرة حرصاً على إبراز خصائصها وسوقها زمراً متشابهة فلم يبقَ ما يدعو إلى تلمس أدنى مناسبة لجمعها تحت ذلك العنوان .

ولهذا خالف المصنفون من الشافعية صنيع الغزالي في جمعه بين المصرة والعيب والخلف قال السبكي :^(٢) وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك باين فترجموا الأول بباب بيع المصرة وترجموا الثاني بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . ثم اقتصر الشيرازي في المهذب على المصرة والرد بالعيب تحت عنوان (النقيصة) وسكت عن خيار الخلف فبادر السبكي^(٣) إلى تأييده قائلاً : « الخلف ليس بعيب ولكنه فوات فضيلة »^(٤) .

(١) الوجيز ، للغزالي ١٤١/٢ وكذلك صنع بعض المالكية (الدسوقي ٩١/٣) .

(٢) تكملة المجموع ١٠٤/١٢ .

(٣) تكملة المجموع ١٣/١٢ .

(٤) عنى عدد من شراح « المنهاج » بافتتاح الكلام عن خيار النقيصة بتنوع الغزالي إياه إلى ثلاثة أنواع بحسب منشئه فهو عن التزام شرطي (خيار الخلف أو فوات الوصف) أو عن قضاء عرفي (خيار العيب . لأن السلامة بظن حصولها بالعرف) أو عن تقرير فعلي (خيار التصرية) . لكن الخطيب الشربيني في معنى المحتاج - ثم في الاقتناع - أغفل خيار الخلف . وأحل محله إحدى صور العيب وهي : شرط البائع البراءة من عيب خفي فيثبت للمشتري الخيار في كل العيوب التي لم تصح البراءة منها . وجعل هذه الصورة هي الخيار الناشئ عن التزام شرطي . وذلك واضح التحل . لأن الخيار فيها ثابت بدون الشرط . . ولا يخفى أن الصواب صنيع غيره من الشراح بأن المقصود خيار الخلف لاسيما مع تصريح صاحب المنهاج في بيانه بقوله : لو شرط وصفا يقصد انظر معنى المحتاج ٥٠/٢ - ٥٣ ونهاية المحتاج ٤٦٠/٣ والبحر في ٣٤/٣

ولما كانت التصرية أقرب إلى خيارات التدليس لأنها صورة صادقة له
آثرت نقلها إلى تلك الزمرة مخليا المجال هنا لخيار العيب وللخيارين الآخرين
الذين يشاركانه سِمة النقص حقيقة أو اعتباراً كما ذكرت^(١) .

(١) جرى صاحب الشرح الكبير على خليل على قسمة الخيار إلى ترؤ ، ونقيصة . وقال عن الثاني : هو ما كان
موجبا نقصا في المبيع من عيب أو استحقاق (الشرح الكبير للدردير ٩١/٣) .

الفصل الأول

خيار العيب

وفيه عشرة فروع

- الأول : تسمية خيار العيب وتعريفه
- الثاني : مشروعية خيار العيب
- الثالث : وجوب الاعلام بالعيب
- الرابع : مصدر خيار العيب وحكمته
- الخامس : شرائط قيام خيار العيب
- السادس : مجال خيار العيب وتوقيته
- السابع : آثار خيار العيب على العقد
- الثامن : موجب الخيار ومقتضاه
- التاسع : سقوط الخيار وانتهائه
- العاشر : إثبات خيار العيب وانتقاله

الفرع الأول

تسمية خيار العيب . وتعريفه لغة وشرعا

المبحث الأول

تسمية خيار العيب

معظم المراجع الفقهية - وبخاصة الحنفية والشافعية والحنابلة - تسمى هذا الخيار بهذا الاسم المعنون به ، وقد يضيف إليه بعض المصنفين كلمة : الرد بالعيب^(١) ، أما المحدثون فيسمونه أحيانا : ضمان العيوب الخفية ، ولا سيما في الكتابات القانونية المقارنة بالشرعة^(٢) . والغالب عند المالكية تسميته بخيار النقيصة (وهو اسم شامل عند الشافعية له ولغيره كما سبق) ولذا ذكر الدردير في التوطئة لمباحث العيب أن خليلا « لما أنهى الكلام عن خيار التروى اتبعه بخيار النقيصة ، أى العيب »^(٣)

ومن الطريف أن الكاسانى بالرغم من تسميته الخيار (خيار العيب) قد ميز فى ثنايا كلامه عن كيفية الرد بين ما يمكن اعتباره خيارين (تجوزا) ، سمي أحدهما : حق المشتري فى الرد بالعيب ، ودعا الثانى : خيار البائع فى الاسترداد ، أى برضاه فى حال تغير المبيع أو تعيبه بعيب حادث عند المشتري^(٤) .

(١) نكلمة المجموع ١٠٤/١٢ .

(٢) العقود المسماة فى القانون المدنى عقد البيع ، للأستاذ مصطفى الزرقا ف/١٨٩ .

(٣) الشرح الكبير على حبل ، للدردير ١٠٨/٣ الوجيز للغزالي ١٤٢/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٩١/٥ .

المبحث الثانى

تعريف خيار العيب لغة وشرعا

المطلب الأول

تعريفه لغة

(خيار العيب) مركب إضافى من الكلمتين (خيار) و (عيب) .
أما كلمة خيار فقد سبق بيان معناها اللغوى - والاصطلاحى أيضا - بشكل
يغنى عن التكرار . وأما كلمة (عيب) فسيأتى فى شرائط قيام خيار العيب
البيان الشافى لمعناها لغة وعرفا ، وذلك الموطن أليق بالتفصيل .

وبما أن هذا المبحث معقود للتعريف اللغوى وما يتصل به فيحسن بيان
نوع الاضافة فى هذا المركب ، لا سيما أن الفقهاء تعرضوا لها فى مصنفاتهم ،
فقد ذكر كل من البابتى وابن الهمام^(١) انها من إضافة الشيء إلى سببه ،
فالعيب هو السبب فى ثبوت الخيار ، وهو فى هذا جار على الغالب فى تسمية
الخيارات ، حيث سمي معظمها بملاحظة السبب كخيار الشرط وخيار
التدليس وغيرها .

هذا ، وسنكتفى فى المبحث التالى بإيراد بعض التعاريف التى تناولت
مركب (خيار العيب) دون فصل بين هذين المتضايقين وهو ما يدعى التعريف
اللقى لا التفصيلى ، وذلك باعتبار الكلمتين مصطلحا على موضوع معين هو
حق الفسخ بالعيب . ولهذا الملاحظ ساغ تأخير الحديث اللغوى عن (العيب)
بدلا من تقديمه هنا والاحالة عليه بعدئذ . .

(١) العناية شرح الهداية ١٥١/٥ وفتح القدير ١٥٠/٥ - ١٥١ ورد المختار ٧١/٤ .

المطلب الثانى

تعريف خيار العيب شرعا

خيار العيب - كما عرفه ابن عرفة المالكى فى « حدوده » هو « لقب لتمكين المبتاع من رد مبيعه على بائعه ، لنقصه عن حالة بيع عليها ، غير قلة كمية ، قبل ضمانه مبيعه » وذكروا أنه احترز بقيد « النقص » عن الاقالة حيث يثبت له بها الرد لغير علة النقص ، واحترز بقيد « غير قلة الكمية » عن صورة استحقاق بعضه من يد المشتري . أما القيد الأخير بأن يكون النقص « قبل ضمان المبتاع له » فهو احتراز عن العيب الحادث بعد القبض فلا خيار فيه - لأنه نقص يقع فى المبيع بعد خروجه من ضمان البائع إلى ضمان المبتاع وهو المشتري .

لكن أفاد الخرشي أن ذلك التعريف شامل لخيار العيب وخيار فوات الوصف المشروط ، ذلك أن حالة المبيع المعتبر نقصها تشمل ما إذا كان بشرط ، أو عرف . والمراد بالثانى خيار العيب ^(١) .

وعرفه الخطاب بقوله : « هو ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزمه البائع (شرطا أو) عرفا فى زمان ضمانه » ^(٢) . وهو مع اختصاره أوضح من تعريف ابن عرفة ، وكلاهما شامل لخيار فوات الوصف المشروط .

أما الشافعية فعرفه بعضهم بأنه : « خيار الرد المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من قضاء عرفى » ^(٣) .

(١) الخرشي على خليل ٣٥/٤ .

(٢) الخطاب على خليل ٤٢٧/٤ .

(٣) تحفة المحتاج ١٣٩/٤ وهو تعريف مستخرج من تعريف الغزالي لخيار النقيصة المشتمل على خيار العيب وفوات الوصف المشروط والتصرية (الوجيز ١٤٢/٢) .

الفرع الثاني

مشروعية خيار العيب

المبحث الأول

حقيقة الاتفاق على مشروعيته

ذهب كثير من الفقهاء المصنفين إلى التصريح بأن خيار العيب متفق عليه بين العلماء ، وأمانة ذلك أنه لم يخل منه مرجع فقهي للمذاهب المدونة ، كما أن من أدلة مشروعيته الاجماع كما سيأتى :

لكن هناك تفصيلا لابن حزم ، خالف فيه الجمهور ، ضيق فيه من نطاق خيار العيب فلم يره مشروعاً إلا في حال السكوت عن شرط السلامة في البيع ، فمع هذه الحالة يثبت خيار العيب إذا ظهر المبيع مغيباً . أما إن اشترط العاقد السلامة فظهر معيباً فلا يشرع الخيار ، بل مآل ذلك البيع إلى الفسخ « فهي صفقة مفسوخة كلها ، لا خيار له في إمساكها ، إلا بأن يحدد فيها بيعاً »^(١) .

وهكذا اختلف تصوير خيار العيب (المتفق عليه لدى الجمهور) عنه في نظر ابن حزم ويسوغ اعتباره مخالفاً فيه . لكنه خلاف لا طائل تحته بعد انعقاد كلمة الفقهاء على الكف عن ذلك التفصيل الظاهري البحت . ولذا قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً^(٢) .

المبحث الثاني

أدلة مشروعية خيار العيب

استدل الفقهاء لمشروعية خيار العيب بأدلة من الكتاب والسنة

والاجماع والقياس :

(١) المحلى ٤١/٩ م ١٥٥٦ .

(٢) المغنى ١٠٩/٤ م ٢٩٩٩ .

من الكتاب : احتج بعض الفقهاء لمشروعية خيار العيب من الكتاب الكريم بعموم قوله تعالى : (إلاً أن تكون تجارة عن تراضٍ) والوجه في الاستدلال أن العلم بالعيب في المبيع منافٍ للرضا المشروط في العقود ، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراض^(١) لكن هذا الاستدلال لا ينصبّ على إثبات الخيار بل يجعل العقد مع العيب في دائرة الممنوع أو المذموم ، فقد يكون الحكم البطلان ، كما ذهب إلى ذلك ابن حزم ، أو يكون الحكم طلب الأرش دون التمكين من الرد ، ولا يدرى من قال به فإنه محتمل ، فالاستدلال بالآية على مشروعية خيار العيب بخصوصه بعيد . ولهذا اقتصر ابن رشد قبل ذكره الآية على قوله : **والأصل في وجوب الرد بالعيب . . .** ^(٢) فالآية تدل على أن العاقد لا يلزمه المعقود عليه العيب بل له رده والاعتراض بقطع النظر عن طريقة الردّ والاصلاح لذلك الخلل في تكافؤ المبادلة .

من السنة : عن عائشة أن رجلاً ابتاع غلاماً ، فاستغله ، ثم وجد به عيباً فردّه بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدى ، فقال النبی ﷺ « الغلة بالضمان » - وفي رواية : الخراج بالضمان .

أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذى وصححه كل من ابن حبان وابن الجارود والحاكم وصححه ابن القطان . وذكر ابن حجر في « بلوغ المرام » عن ابن خزيمة تصحيحه إياه وفي « تلخيص الحبير » قوله : إنه لا يصح . . وضعفه البخارى . قال الشوكانى : ولهذا الحديث في سنن أبى داود ثلاث طرق : اثنتان رجالهما رجال الصحيح والثالثة قال ابو داود : اسنادها ليس بذلك . والسبب أن فيه مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى وقد اختلف فيه ، تابعه عمر بن على المقدمى وهو متفق على الاحتجاج به ^(٣) .

(١) الإيضاح للشامخى ١٣١/٣ .

(٢) بداية المجتهد ١٧٣/٢ .

(٣) نيل الاوطار ٢٤٠/٥ - ٢٤١ وتكملة المجموع للنفى السبكى ١٩٩/١٢ وذكر أنه قضى به عمر بن عبد العزيز راجعاً عن قضاء له بخلافه .

قال السبكي : ذلك حكاية حال ، لا دلالة لها على العموم^(١) وما قاله مقرر فى الاصول ، لكنه يصلح دليلا للاستثناس لاسيما مع ما آزره من اجماع وقياس .

ثم هناك احاديث عديدة نحث - أو توجب - بيان العيب للمشتري وحرمة تدليسه ، لكنها لا تنص على ثبوت الخيار ، بالرغم من دلالة بعضها على صحة العقد^(٢) .

بمناسبة الاستدلال بالسنة لابد من التعرض لدليل آخر منها على خيار العيب ، ولو لم يكن مسلما كونه دليلا مباشرا . ذلك ما صرح به الكاسانى إذ جعل الأصل فى شرعية خيار العيب حديث المصرة المعروف ثم أشار إلى أن النظرين المذكورين هما هما نظرا الامساك والرد. ويين أن ذكر الثلاث فى الحديث ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ، لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري فى هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه أو لا يرضى به فيرده . والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذى حلبه المشتري علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة^(٣) .

ولا يخفى أن الحنفية لم يأخذوا بحديث المصرة فى موضوعه الأساسى فلم يثبتوا فى التصرية خيارا أصلا ، فهل معنى هذا الاستدلال به من الكاسانى لخيار العيب أنه وحده اعتبر التصرية عيبا مع أن الحنفية لم يذكروها فى عداد العيوب التى سردوها وأطالوا فيها بل صرحوا بأنها ليست عيبا^(٤) فى

(١) تكملة المجموع ١١٧/١٢ .

(٢) ستأتى هذه الأخبار ٢٤٩ .

(٣) البدائع ٢٧٤/٥ الفتاوى الهندية ٧٢/٣ - ٧٣ الإيضاح للشماخى ٣١/٣ بداية المجتهد ١٧٣/٢ .

(٤) بداية المجتهد ١٧٥/٢ وتكملة المجموع ١١٦/١٢ « والصحيح أن التصرية عيب » البدائع ٢٧٤/٥ وقد أشار ابن

قدامة إلى احتجاج الحنفية والشافعية بحديث المصرة لجعلهم موجب الخيار فى العيوب الرد أو الامساك

بلا شئ (الغنى ١١١/٤ م ٣٠٠٤)

حين ذهب المالكية والشافعية إلى أنها عيب فالاستدلال بحديث التصرية وفق مذهبهم استدلال بوجه من الوجوه كما سيأتى .

من الاجماع : لا خلاف بين الفقهاء فى الرد بالعيب على الجملة . قال ابن حزم فى مراتب الاجماع^(١) : واتفقوا على أن من اشترى شيئا ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشتري سلامة ولا اشترط ألا خلافة ، ولا بيع منه براءة ، فوجد به عيبا . . . (ثم استكمل بيان الصورة التى وقع عليها الاتفاق من حيث الشرائط . . . وقال :) فإن للمشتري أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وان له أن يمسكه إن أحب . واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل إلى ضبطه باجماعٍ جازٍ .

ولا بد من الانتباه إلى أحد القيود التى تحفظ بها ابن حزم رعاية لمذهبه وهو قيد (ولا اشترط المشتري السلامة) ذلك أن ابن حزم يرى مشروعية خيار العيب فى بيع لم تشترط فيه السلامة ، فإذا ظهر معيبا كان للمشتري الخيار . أما فى حال اشتراط السلامة وظهور المبيع معيبا فالبيع باطل لا سبيل إلى تصحيحه عنده . ولم يقل بهذا غير ابن حزم فخيار العيب عند الفقهاء مشروع سواء اشترط السلامة أو سكت عن اشتراطها^(٢) .

من القياس : وذلك بالقياس على الخيار فى المصرة ، والجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك . وهناك طريق للاستدلال تعتمد اعتبار التصرية عيبا تقاس عليه العيوب الأخرى بالجامع نفسه المشار إليه ، وقد ذكر التقي السبكي أن الصحيح أن التصرية عيب ثم ذكر عن القاضي أبى الطيب أن التصرية إذا لم تكن عيبا فثبوت الخيار بالعيوب هو من باب الأولى ، لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب (وهو التصرية) فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى . قال

(١) مراتب الاجماع ص ٨٧ وتكملة المجموع ١١٧/١٢ .

(٢) المحلى ٤١/٩ و ٦٥م ١٥٥٦م و ١٥٦٩ - ١٥٧٠ .

السبكي : وفيه نظر لأن الذى يقول التصرية ليست بعيب يجعلها كالشرط ، ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف . . ثم إنه قد لا يعلم البائع العيب - والخيار ثابت أيضا - فلا يمكن دعوى ذلك . لهذا استحسّن السبكي طريقة الشيرازى فى الاستدلال بأن هناك أمرا جامعا بين المسألتين وهو عدم حصول المبيع السليم . دون التصريح بأنه قياس العيوب على عيب التصرية ^(١) ولهذا قال ابن قدامة : إثبات النبی الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ^(٢) .

من المعقول والمبادئ العامة : قال السرخسى : « الأصل أن مطلق العقد يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب » ثم ذكر حديث العداء (الآتى) وقال : « ففى هذا تنصيص على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب » . وقد ذكر ابن الهمام نحو هذا وزاد تعليلا آخر هو أن العادة تقضى بانصراف القصد إلى ما هو متحقق من كل وجه ، لأن دفع الحاجة تماما يكون بذلك . أما الناقص فهو معدوم من وجه فلا ينصرف إليه القصد ، إلا بذكره وتعيينه . ولما كان القصد إلى السالم هو الغالب صار كالمشروط ، فيتخير عند فقده فالأصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للأصل والسلامة لما كانت هى الأصل فى المخلوق انصرف مطلق العقد إليها ^(٣) فتمت فانت السلامة فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد . . ^(٤) .

وحديث العداء الذى احتج به لاقتضاء مطلق العقد السلامة كل من السرخسى والشيرازي وابن قدامة وغيرهم هو ما روى العداء بن خالد بن هوذة قال : كتب لى رسول الله ﷺ اشترى منه عبدا - أو أمة - لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم . أخرجه النسائي وابن ماجه والترمذى وقال :

(١) تكملة المجموع للفتى السبكي ١١٦/١٢ - ١١٧ وتصحيحه لكون التصرية عيبا فى ٣٠/١٢ .

(٢) المغنى ١٠٩/٤ م ٢٩٩٩ ومعنى « التنبيه » كما فى أصول الفقه هو فهم الحكم فى غير محل النطق بطريق الأولى . هذا ، وإن الكاسانى الحنفى لم يقتصر على اعتبار حديث المصراة مقيسا عليه بل جعله هو الأصل لخيار العيب (البدائع ٢٧٤/٥) . وهو مشكل . لأن الحنفية لم يأخذوا بحديث المصراة وخياره ، بل لم يعتبروا التصرية عيبا كما فى الهدية ٧٢/٣ - ٧٣ .

(٣) المبسوط ١٠٥/١٣ وفتح القدير ١٥٢/٥ والبدائع ٢٧٤/٥

(٤) المغنى ١٠٩/٤ م ٢٩٩٩

حسن غريب ، وابن الجارود وابن شاهين فى المعجم وقد أخرجه البخارى تعليقا وفيه أن المشتري هو النبي صلى الله عليه وسلم^(١) .

الفرع الثالث

وجوب الاعلام بالعيب

المبحث الأول

وجوبه على العاقد

المطلب الأول

أدلة الوجوب

ذهب الفقهاء إلى أن على البائع إعلام المشتري بالعيب الذى فى مبيعه ، وذلك فيما يثبت فيه خيار ، أما إن لم يكن مسببا للخيار فترك التعرض له ليس من التدليس المحرم كما قال إمام الحرمين ، وقد صرح هؤلاء بأن الاعلام بالعيب مطلوب على سبيل الوجوب (ألا ما قاله من الشافعية الجرجاني فى الشافى والمحاملى فى المقنع بأنه على الاستحباب واستنكره السبكي) فإذا لم يبينه فهو آثم عاص ، ولا خلاف فيه بين العلماء - على ما ذكر ابن قدامة والسبكي وغيرهما^(٢) . وجعله ابن رشد الجد من أكل المال بالباطل وتحريمه معروف^(٣) .

(١) نيل الأوطار ٢٤٠/٥ وتكملة المجموع ١٠٨/١٢ وفتح القدير ١٥١/٥ وقد أشار إلى ما هو مقرر من أن تعليق البخارى إنما يكون صحيحا إذا لم يكن بصيغة التريض . وهو هنا منه لأنه مصدر بلفظ يذكر عن العداء .

(٢) رد المختار ٤٧/٥ ط وفيه أنه إن لم يبين يفسق وترد شهادته ، وقيل لا يفسق بعد اتفاقهم أنه لا يخل كتمان العيب فى مبيع أو ثمن لأن الغش حرام ، المغنى ١٠٩/٤ م ٢٩٩٨ تكملة المجموع ١١٠/١٢ و١١٢ والبحر الزخار ٣٥٦/٣ .

(٣) المقدمات ص ٥٦٩ الدسوقي ١١٩/٣ معالم القرية فى الحسبة لابن الاخوة ١١٣ و١٣٥ و١٥٣ الدرر البهية للشوكاني وصديق حسن خان ١١٩/٢ كفاية الطالب ١٢١/٢ « ولا يجوز فى البيوع التدليس وهو إن يعلم بسلعة عيبا فيكتنه عن المشتري » .

ودليل هذا أحاديث عديدة . منها هذان الحديثان الصريحان في الدلالة :

١ - عن عقبة بن عامر قال : سمعت النبي ﷺ يقول « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بيّنه » أخرجه أحمد والحاكم وابن ماجه والدارقطني والطبراني وقال الحافظ ابن حجر في الفتح : اسناده حسن^(١) .

٢ - عن واثلة بن الأسقع ، قال رسول الله ﷺ : « لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بيّن ما فيه ، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بيّنه » أخرجه أحمد والحاكم في المستدرک وصححه وفيه نظر ، وابن ماجه واليهقي والحازمي . وفي الحديث كلام لعلماء الحديث ، إذ في إسناده ابوجعفر الرازي وهو مختلف فيه ، وابو سباع الشامي وهو مجهول كما قال الذهبي والسبكي^(٢) .

وأما الأحاديث الأخرى فهي تشهد للمعنى السابق لورودها بتحريم الغش ، وكتمان العيب غش - كما صرح السبكي - وذلك كحديث أبي هريرة : « من غشنا فليس منا » - أخرجه مسلم والحاكم والترمذي وهو وارد في قصة هي أنه صلى الله عليه وسلم مرّ على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا ، فقال : « ما هذا يا صاحب الطعام ؟ » قال : أصابته السماء يا رسول الله (يعني المطر) قال : « أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ،

(١) نيل الأوطار ٢٣٩/٥ المجموع ١٠٤/١٢ - ١٠٥ وذكر السبكي أن تقييد الشي رازي له بالعلم بالعيب لا ذكر له في الحديث - وإن كان لابد منه في كل تكليف - ولكن ترك ذكره أبلغ في الزجر وأدعى للاحتياط حيث يكون فيه عيب لا يعلمه البائع لكنه متمكن من الاطلاع عليه . ثم أشار إلى ورود التقييد بالعلم في أثر ذكره البخاري تعليقا من قول عقبة نفسه . وإن ذلك لا يقدح في رواية الرفع لأن عقبة أفتى بمقتضى الحديث الذي سمعه .

(٢) نيل الأوطار ٢٣٩/٥ والمجموع ١٠٥/١٢ والميزان للذهبي عند ترجمة (أبي جعفر الرازي) .

من غش فليس مني^(١) » وهذا الحديث يشير إلى الاعلام بالعيب بالفعل المجزئ
عن صريح القول .

وهناك أحاديث كثيرة نحوه في تحريم الغش . وأخرى في وجوب
النصيحة كحديث الصحيحين عن حكيم بن حزام مرفوعا : « البيعان بالخيار
ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة
بيعهما » وغيره . وقد سبق حديث العداء بن خالد المتضمن أن بيع المسلم
للمسلم قائم على انتفاء كتم الداء والغائلة والخبثة .

وهل يظل الإثم ولورضى المشتري بالعيب بعد ظهوره ذلك ما جزم
به الشوكاني في الدرر البهية قائلا : إن رضيه فقد أثم البائع وصح
البيع^(٢) .

المطلب الثاني

مواقف المذاهب من كتم العيب

قال السبكي : وجمهور أصحابنا وجمهور العلماء على أنه لا فرق في
ذلك بين المسلم والكافر^(٣) .

هذا وإن الحنفية استثنوا من حرمة كتمان العيب مسائل ذكر منها ابن
عابدين اثنتين هما^(٤) :

-
- (١) أخرج مسلم هذا الحديث بقصته في الصحيح (١٠٩/٢) بشرح النووي . وقد استنكروا على الحاكم دعواه
أن مسلما لم يخرج القصة التي فيه . كما في نيل الأوطار (٢٣٩/٥) .
- (٢) الدرر البهية للشوكاني بشرح صديق حسن خان (١١٩/٢) .
- (٣) تكملة المجموع ١١١/١٢ .
- (٤) حاشية ابن عابدين على البحر ٣٩/٥ وقد ذكر قبل المسألتين أنه لا فرق بين كون العيب المكتوم في البيع أو
التمن . والعيب في المسألتين هو في الثمن وذكرهما أيضا في رد المختار ٤٧/٥ .

١ - المسلم في دار الحرب ، إذا اشترى أسيرا ودفع الثمن عروضاً مغشوشة أو دراهم زيوفا جاز إن كان الأسير حراً لا عبداً . والفرق بين الحر والعبد أن شراء الأحرار ليس بشراء ليجب إعطاء المسمى ، لكنه طريق لتخليصهم ، فكيفما استطاع تخليصهم له أن يفعل .

٢ - يجوز إعطاء الزيوف والمقدار الناقص في الجبايات الموظفة على الضياع ظلماً .

٣ - وهناك صورة ثالثة أشار إليها السرخسي ولها صفة العموم أكثر منها هي أنه لا بأس للأسير والمسلم من أهل دار الحرب أن يدلس لهم العيب فيما يبيعه منهم ، لأن لهما أن يأخذوا أموالهم بغير طيبة أنفسهم . ثم قال : وليس للمستأمن ذلك ^(١) .

ولا شك أن ما عليه جمهرة العلماء من إطلاق التحريم أولى ، لما في ذلك من تحلى المسلم بمبادئ الإسلام مهما كانت البيئة أو سلوك الناس .

هذا ، ولا شك أن علم المشتري بالعيب يعني البائع من إعلامه به ولكن هل يغني عن الاعلام بالعيب اشتراط البائع البراءة ، يفيد ما ذكره السبكي أنه لا يكفي أن يبيعه بشرط البراءة من العيوب ، بل لا يكفي أن يقول هو معيب - دون بيان مفصل - ولا قوله: به جميع العيوب ، أو أنه لا يضمن غير الحلّ ، ذلك أن هذه العبارات كلها فيها إجمال لا بيان ، وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك ، ويخال أن البائع قال ذلك حذراً من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه فإنه يدخل فيه على بصيرة ، ولوروعي هذا من كل بائع لضاق نطاق تطبيق خيار العيب إذ ينحصر في العيوب التي لا يعلمها البائع نفسه . . وقال ابن رشد (الجّد) : لا يحل أن يبيع شيئاً من الأشياء وهو يعلم فيه عيباً قلّ أو أكثر حتى يبين ذلك لمبتاعه ويقفه عليه وقفاً

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ٢٢٣/٣ و ٢٢٤ .

يكون علمه به كعلمه . وقال الشماخي : لابد أن يضع يده عليه ويخبره بأنه عيب . وإن أخبره ولم يضع يده عليه فإنه لا يجزئ ، وكذلك لو وضع يده ولم يخبره ^(١) .

والحكم عند الامامية أنه يجب على البائع أحد أمرين : إما أن يبينه ، وإما أن يتبرأ منه . والأول أحوط وعلّوه بتحريم الغش . واستظهر بعضهم عدم الفرق بين العيب الجلي والخفي . وقد مانع الأنصاري في انطباق الغش على كتم العيب الجلي إلا إذا أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد ، وكطلب العلامة الحلي لانطباق الغش عليه أن يكون الكتمان بعد سؤال المشتري . وذكر في التذكرة أن الكتمان هنا مشابه للغش بنوع من الاعتبار وأنه لا يجب البيان بل يكره الكتم ولو تبرأ ^(٢) .

المطلب الثالث

حكم البيع مع الكتمان

هذا وإن البيع دون بيان العيب المسبب للخيار صحيح مع المعصية عند جمهور العلماء . ونقل المحاملي والشيخ ابو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح ، ونقله ابن المغلس الظاهري عن بعض من تقدم من العلماء أيضا ، وحكى ذلك عن أبي بكر بن عبد العزيز ، وزوى أنه قيل له : ما تقول في المصراة ؟ فلم يذكر جوابا .

ودليل من صححه حديث المصراة المثبت الخيار للمشتري وذلك مبني على صحة البيع ، والتصرية عيب ، وها هنا التدليس للعيب وكتمان لا يبطل البيع لأن النهي لمعنى في العقد فلا يمنع صحة العقد بخلاف ما لو كان متوجها إلى المعقود عليه ، لمعنى فيه أو لاستلزامه أمرا ممنوعا ، أما هنا فالعقد ليس منها عنه أصلا (لا لمعنى فيه ولا لاستلزامه ممنوعا) بل قد تحقق بكتمان العيب ما هو

(١) تكملة المجموع ١١١/١٢ المقدمات لابن رشد ٥٦٩ الايضاح للشماخي ١٥٠/٣ .

(٢) المكاسب للأنصاري ٢٦٢ - ٢٦٣ وتذكرة الفقهاء ٥٣٨/١ .

منهي عنه وهو الغش . وتلك أدنى مراتب النهي الثلاث فلا إثم في العقد بل الإثم في الكتمان لأن النهي عن الكتمان لا عن العقد (١) .

أما عدم تصحيح الظاهرية له فهو مبني على تفصيلهم بين البيع بشرط السلامة فظهور العيب يجعله باطلا ، وبين البيع بغير اشتراط السلامة وبغير البراءة (وهي لا تصلح أصلا) ففيه إذا ظهر عيب له الخيار . فاعل في هذا النوع إذا لم يبين العيب لا يصح ، أما في القسم السابق فظهور العيب مبطل له (٢) .

ولا حجة للظاهرية بعد تصحيحهم البيع مع النجش - وهو كذب صراح - أو تلقي الركبان والإخبار عن غير سعر البلد . (واكتفاءهم بإثبات الخيار) في اخراج هذا العقد عن الصحة باعتباره خارجا عن النص بعدما عرفت مرتبته في أنواع النهي (٣) .

ومما هو صريح في الباب من فعل الصحابة ما أخرجه البخاري أن ابن عمر اشترى إبلا هيماً فلما أخبر بعيها رضيها وأمضى العقد .

ولابد من الإشارة أخيرا إلى ما اختاره ابن تيمية من جواز عقاب من كتم العيب في السلعة ، وذلك بإتلافها أو التصديق بها . قال : وقد أفتى به طائفة من أصحابنا (٤) .

(١) تكملة المجموع ١١٢/١٢ - ١١٤ المغني ١٠٩/٤ م ٢٩٩٨ البحر الرخار ٣/٣٥٥ - ١١٤ الدرر البية للشوكاني ١٢٩/٢ .

(٢) المحلى ٤١/٩ .

(٣) المحلى ٤٤٩/٨ و ٤٤٨ .

(٤) الاختيارات ، للبعلی ص ٧٤ وفي مطالب أولى النهى ١٢٦/٣ لو وجده خيرا مما اشترى فعليه رده لئلا يضر الجاهل . أما لو كان عالما فليس عليه الرد لرضاه بذلك .

المبحث الثانى

وجوبه على غير العقاد

وجوب الاعلام بالعيب لا يقتصر على البائع . بل يمتد إلى كل من علم بالعيب، لحديث واثلة - والقصة المروية بأنه فعل ذلك حين كتم البائع العيب . والأحاديث الأخرى العديدة فى وجوب النصح . وقد نص على هذا من الشافعية الشيرازى وابن أبى عضرون والنووى وقال السبكى : وذلك مما لا أظن فيه خلافاً^(١) .

ولا سبيل إلى معارضة هذا الحكم بحديث « دعوا الناس يصيب بعضهم من بعض ، فإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه » - وقد أخرجه الطبرانى عن أبى السائب جد عطاء بن السائب وقال المناوى : اسناده صحيح^(٢) - لأن ذلك فيما المرجع فيه إلى النباهة الزائدة التى لو اتصف بها كل انسان . أصالة أو اكتساباً بتنبهه غيره . لما أمكن التراجع والتغابن .. أما هنا فالمراد دفع الظلم الناشئ عن غش المسلم الممنوع شرعاً .

ويتأكد الوجوب حيث ينفرد الأجنبى بعلم العيب دون البائع نفسه . أما إن كانا يعلمانه فالوجوب حيث يعلم أو يظن أو يتوهم ان البائع لم يعلمه به أما إن علم قيام البائع بذلك - أو غلب على ظنه أنه يقوم بذلك لتدينه فهناك احتمالان أحدهما : عدم الوجوب خشية من إيغار صدر البائع لتوهمه سوء الظن به ، والاحتمال الثانى : وجوب الاستفسار .

أما وقت الاعلام ففي حق البائع قبل البيع . وفى حق الأجنبى قبل البيع أيضاً ليكف عن الشراء فإن لم يكن حاضراً أو لم يتيسر له فبعده ليتمكن المشتري من الرد بالعيب .

(١) تكملة المجموع ١١٢/١٢ .

(٢) التيسير شرح الجامع الصغير .

الفرع الرابع

مصدر خيار العيب . وحكمته

المبحث الأول

مصدر خيار العيب

مصدر خيار العيب حكم الشارع فهو يثبت دون الحاجة إلى شرط فلا تدخل إرادة المتعاقد في قيامه وهذا هو الظاهر المتبادر وإن كان في الحقيقة يثبت بالشرط دلالة ، لأن سلامة العقود عليه شرط في العقد دلالة ، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه . وقد أفاض الكاساني لبيان أن السلامة مشروطة في العقد دلالة ، ثم ذكر أن السلامة من مقتضيات العقد أيضا . فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار^(١) . وهذا الملحظ في قيامه (كونه ثابتا بالشرط دلالة) ليس قضية اعتبارية فحسب بل له أثر في بعض الأحكام كما يمكن إسقاطه من العاقد بصرح الإسقاط أي أصالة لا تبعا يماثل في ذلك خيار الشرط . على أن ذلك لا يخرج من دائرة الخيارات الحكيمة التي لا مدخل للشرط في قيامها من حيث الظاهر .

ولعل هذه الطبيعة المزدوجة لخيار العيب ، من كونه حكمي الثبوت وكونه يثبت بالشرط دلالة - جعلت السبكي يخار في أي القسمين يجعله : ما يثبت بالشرع أو بالشرط فجعله قسما برأسه وذلك عندما قال عن خيار التصرية : هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟^(٢)

(١) البدائع ٢٧٥/٥ .

(٢) تكملة المجموع للسبكي ٣٢/١٢ وفي مواضع أخرى قال عن التصرية: هل هي خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع (١٥/١٢ و ٣١ و ٣٥) .

المبحث الثانى

حكمة تشريع خيار العيب

صلته بالعقد : يتصل خيار العيب من مباحث العقد بمبحث مهم هو :

١ - عيوب الرضا أو شوائب الإرادة ، وبصورة خاصة شائبة الخلافة (أو التدليس) من تلك الشوائب فينضوى تحت ذلك العيب الذى لم يتبرأ منه مالك المعيب ، فالعاقد ما لم يشترط البراءة من العيوب فى الشيء الذى يتعامل فيه يكون قد كفل للعاقد الآخر - دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح - سلامة المعقود عليه من العيوب . فإذا لم تتوافر هذه السلامة فقد اختل رضا العاقد الآخر ووجب له الخيار . قال الكاسانى : « ان السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع . . . » ^(١) .

فالحكمة فى مشروعية خيار العيب دفع الضرر عن العاقد (المشتري) لأنه رضى بالمبادلة بطريق البيع ، والبيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب . ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير ، لأن الرضا داخل فى حقيقة البيع . وعند فواته ينتفى الرضا . فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به ^(٢) .

الفرع الخامس

شروط قيام خيار العيب

تمهيد :

لا بد لقيام خيار العيب من تحقق عدد من الشروط ليكون مستوجبا حكمه من الرد أو الأرش . . . وتلك الشروط لم تحظ من الفقهاء بالعناية المطلوبة

(١) البدائع ٢٧٤/٥ والفتاوى الهندية ٦٦/٣ نقلا عن السراج الوهاج .

(٢) العناية شرح الهداية للباينى ١٥١/٥ - ١٥٢ .

بحيث تفرد بالذكر وتميز، بل انصب اهتمامهم إلى (العيب) فربطوا الشرائط به أو جعلوها قيودا للعيب ليكون سببا للخيار ومنهم من جمع بينها على غير فصل بين ما هو شريطة للخيار وما هو شريطة للعيب^(١)، من ذلك صنيع ابن عابدين، فقد ذكر قيودا للعيب وحصرها بخمسة (بعد أن سبق منه قيد آخر للعيب لم يورده في الخمسة) ثم استعرض قيودا سادسا نقله من «البحر» وناقشه. والحقيقة أن تلك القيود بعضها شريطة للخيار مثل: كون العيب لم يعلم به المشتري، وبعضها ما هو إلا قيد (أو شرط) للعيب بحد ذاته مثل كونه في نفس المبيع، أو كونه قديما ونحو ذلك وتلك القيود متشعبة من شريطة من شرائط قيام الخيار هي: ظهور العيب المعتبر^(٢).

هذا في القدامى^(٣)، أما في المحدثين الذين راعوا التنسيق في دراستهم لخيار العيب كالدكتور السهنوري في مصادر الحق، وقد ذهب في تحديد شروط خيار العيب إلى ربطها جميعها بالعيب (لا بالخيار) فقد عدد تحت عنوان «الشروط الواجب توافرها ليثبت به الخيار» أربعة شروط:

- ١ - أن يكون العيب مؤثرا في قيمة المبيع.
- ٢ - وأن يكون قديما.
- ٣ - وأن يكون غير معلوم من المشتري.
- ٤ - وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب.

وفهم من هذا أنه اعتبر وجود العيب هو الشريطة الوحيدة لقيام الخيار ثم ربط بالعيب جميع الشروط، وذلك منه - فيما يبدو - تسامح أو

(١) كالقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٦ وبداية المجتهد ١٧٦/٢ ومن دونها في التنسيق والترتيب من المراجع الفقهية المختلفة.

(٢) رد المختار ٧٢/٤.

(٣) من أحسنهم صنعا الكاساني في بدائع الصنائع حيث ميز بين تفسير العيب وتفصيل المفسر، وبين شرائط ثبوت الخيار فأورد الثلاثة التي اصطفتها لكنه زاد فيها بعض شرائط العيب بدلا من ربطها بشريطة ظهور العيب (٢٧٥/٥).

تساهل . فإن شرط عدم المعلوماتية ، وشرط عدم البراءة ، تعلقهما فى الحقيقة بصاحب الخيار فهما شريطتان سلبيتان لقيام الخيار لا للعب بخلاف شريطة القدم (والشرائط الأخرى التى أضيفت بعد التتبع) فهى شرائط للعب . وسبب ما وقع منه أنه أغفل التنصيص على مبحث قيام الخيار وشروطه (كما صنع فى خيارى الشرط والرؤية) وبادر إلى شروط العيب على أساس أن وجود العيب بشروطه هو شريطة قيام الخيار .

كما أنه يؤخذ عليه أن يجعل من شروط العيب « أن يكون مؤثرا فى قيمة المبيع » مع أن هذا هو قوام العيب اصطلاحا (أى العيب المعتبر) ولا يصح اشتراط تأثيره فى القيمة ، إلا إن أريد من العيب المبحوث عنه معناه اللغوى ، والمفروض فى الكلام والبحث هو المعنى الشرعى ليس غير . فلم يبق سائغا إلا أن يرد ما جاء فى هذا الشرط (قيدا) فقط فى شريطة قيام الخيار بالصيغة التى جرت عليها ، أى : ظهور العيب المعتبر ، ثم يورد فى بيان ضابط العيب وما إليه ، على أن بعض المصنفين يجعل الشرائط كلها متعلقة بثبوت الخيار (أى قيامه) دون فصل بين ما هو شريطة له أو شريطة للعيب ^(١) .

فشرائط قيام خيار العيب - على الأساس الذى بينته لتحديد

ثلاثة :

١ - ظهور عيب معتبر بقيوده التى يستبعد بها العيب غير المؤثر .

٢ - أن يكون المشتري غير عالم بالعيب عند العقد (الجهل

بالعيب) .

٣ - أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب (انتفاء

البراءة) .

وهذه الشرائط الثلاث ستأتى مدروسة فى مباحث متتالية مع

اجتذاب كل شريطة ما يتبعها منها طال الفاصل بينها .

(١) البدائع ٢٧٥/٥ والفناوى الهندية ٦٧/٣ .

المبحث الأول

(الشريطة الأولى) ظهور عيب معتبر

المراد بهذه الشريطة بروز العيب وانكشافه بعدما كان خفيا عن المشتري (أو عنه وعن البائع معا في حال العيب غير المدلس) فلا حكم للعيب قبل ظهوره ، لأن المفترض أنه خفي ومجهول للمشتري فكأن المبيع كان سالما - في نظره - حتى وجد فيه عيبا .

ولا بد من تعريف (العيب) هنا بعد ما أحلنا تعريفه من بداية الفصل عند تعريف مركب (خيار العيب) ، تعريفنا لغويا وشرعيا لأن معيار العيب موضوعي ، وهو ما يعد في العرف عيبا ، وليس شخصا بحسب ما يتخيل المشتري .

المطلب الأول

تعريف العيب لغة واصطلاحا

تعريف العيب لغة :

(العيب) مصدر الفعل عاب ، يقال : عاب المتاع يعيب عيبا : أى صار ذا عيب ، فهو عائب ، وعابه صاحبه : جعله ذا عيب له ، ومثله : عَيْبُهُ (فهو معيب ومعيوب ، والاسم : العاب) وهو بمعنى الوصمة (وجمعه عيوب وأعياب ، والمعاب (والمعابة) وجمعها معايب . قال الفيومي : استعمل العيب اسما وجمع على عيوب . والمعيب مكان العيب وزمانه ^(١) . والعيب : ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا ^(٢) .

(١) القاموس المحيط ، وتاج العروس ، والمصباح المنير ، والمعجم الوسيط ، ولسان العرب ١٢٤/٢ - ١٢٥ (كلها مادة/عيب) .

(٢) حدود الفقه ، لابن نجيم ، من مجموعة رسائله المطبوعة عقب الأشباه ٣٢٧/١ فتح القدير ١٥١/٥ .

تعريف العيب اصطلاحاً :

للفقهاء تعاريف متعددة للعيب ، منها المستوفى شروط التعاريف، ومنها المبسوط بصورة جعلت منها ضابطاً يستوعب كل مفرداته ويتعرض لشروطه وقبوده. ومن الواضح أن التعريف ليس من ضروراته التعرض للشروط ولا صراحة دلالة على جميع أفرادهِ وإنما يكفي أن يصدق على كل تلك الأفراد باعتبار ما ، ويلحظ أن اهتمام الفقهاء بذكر ضابط العيب طغى على اعتنائهم بالتعريف ، فمن تلك التعاريف تعريف ابن رشد له بأنه: ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصاناً له تأثير فى ثمن المبيع^(١) ، وذكر الشافعية له تعاريف منها : ما نقص القيمة أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح ويغلب على أمثال المبيع عدمه . وقد ذكره أيضاً ابن عابدين مؤيداً له .
قائلاً عن تعريف الحنفية له بأنه: ما ينقص الثمن (أى القيمة) : إنه غير جامع ولا مانع ، واستظهر أن الحنفية لم يقصدوا حصر العيب به . وبنحو ذلك عرفه الحنابلة والزيدية والامامية^(٢) ولعل أحسن تعاريفه قول النووى : ما نقص المالية أو الرغبة به أو العين^(٣) .

المطلب الثانى

ضابط العيب

يستخلص من التعاريف الاصطلاحية المذكور بعضها أن المسبب للخيار هو ظهور عيب معتبر .

(١) بداية المجتهد ١٧٣/٢ .

(٢) تكملة المجموع للسبكي ٣٤٠/١٢ و ٣٤٢ وذكر أن أصل هذا التعريف للقاضى حسين. رد المحتار ٧١/٤ - ٧٢ الفروع لابن مفلح ١٣٧/٤ التاج المذهب ٤١٣/٢ البحر الزحار ٣٥٥/٣ تذكرة الفقهاء ٥٤٥/١ والمكاسب ٢٦٧ وللحلي تعريف موجز هو : الخروج عن الجرى الطبيعى لزيادة أو نقصان موجبة لنقص المالية .

(٣) تهذيب اللغات ، ونقله السبكي واستحسنه. تكملة المجموع ٣٤٣/١٢ وينازعه الجودة تعريف الغزالي : كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً (الوجيز ١٤٢/٢) .

والمراد بكونه معتبرا أن يكون عيبا بالمعنى المصطلح عليه فقها - لا مطلق العيب لغة - وان ذلك لا يتم إلا بأن يتحقق فيه ضابط العيب القائم على أمرين هما بمثابة الركن المقوم لوجوده الاعتبارى بعد وجوده الحسى .
حيث إن العيب قد يحكم بكونه عيبا لغة ثم لا يعتبر عيبا فى اصطلاح الفقهاء المبني على عرف أهل الخبرة . والأمران هما :

١ - كون الوصف العارض للمبيع ، وهو العيب باحتمالاته نقصا وزيادة ، مؤثرا فى القيمة .

٢ - كون الأصل فى جنس المعقود عليه السلامة منه .

وبيان هذين الأمرين يحصل شرح الضابط الذى وضعه الفقهاء مشتملا على هذين العنصرين واختلفت فى بيانه عباراتهم خلافا بعضه لفظى ، وبعضه ممثل لوجهة كل مذهب . ونظرا لاشتغال جميع تلك الضوابط على العنصر الأول فسوف أذكرها تحت عنوانه ، مع العودة إلى بعضها عند دراسة عنصر (كون الأصل عدم ذلك العيب) .

ويرى بعض القانونيين أن نقص الثمن هو أثر العيب ، ويأخذ على من جعله تعريفا للعيب أنه خلط بين ماهية العيب وأثره ، والحقيقة أن أثر العيب ليس هو نقصان الثمن بل ان استحقاق الخيار هو الأثر للعيب بعد استيفاء شروطه ، وشروط الخيار . أما نقصان الثمن فهو أمر ملازم للعيب ولكن ليس مطلق العيب بل العيب المعتبر والذين عرفوا العيب بذلك لم يقولوا بأنه نقصان القيمة - ليتجه عليهم المأخذ - بل قالوا : العيب هو ما ينقص القيمة ، أى (الأمر) الذى من شأنه (نقصان القيمة) فنقصان القيمة غير الأمر المستلزم له . فعلى تسليم كونه أثرا للعيب فانهم لم يعرفوا به بل بأمر يلازمه ومرادهم العيوب ذاتها فاستبدلوا الكناية عنها بذكرها مسرودة . .

(العصر الأول) - نقص القيمة ، أو فوات غرض صحيح

ذكر الحنفية هذا الضابط للعيب : هو كل ما يوجب نقصانا في الثمن (أى القيمة) عند أهل الخبرة سواء أنقص العين أو لم ينقصها^(١) .

وقد يعبر بعض الحنفية - وغيرهم - بالثمن ، بدل القيمة وهى المرادة ، قال ابن عابدين : لما كان الثمن فى الغالب مساويا للقيمة عبروا به عنها ، وهو يرى أن التعريف السابق غير جامع لأن هناك أحوالا يثبت فيها حق الرد للمشتري مع أنه ليس بالمبيع عيب ينقص من قيمته كما فى شراء شاة للأضحية مقطوعة الأذن أو شراء ثوب أو حذاء فبان أنهما صغيران عنه^(٢) . وقد يقال: إن هذه الأمثلة ليست من باب الرد بخيار العيب بل هى من فوات الوصف فلا تחדش كون الضابط جامعا . والواقع أن عدم الجمع فيه واضح ، وهذان المثالان من صميم خيار العيب لأنهما مما يتصل بسلامة المعقود عليه ، وخيار العيب لاختلال شرط السلامة . أما فوات الوصف المرغوب فيه فمجاله ما زاد عن مقتضى السلامة تلك ، نحو كون الشاة حلوبا (كثيرة اللبن) وكون الناقة سريعة السير . بل نص ابن الهمام على أن صغر الحذاء عن القدم عيب يوجب الخيار^(٣) . وأما كونه غير مانع فسلّم لأن هناك عيوباً بالرغم من كونها تنقص القيمة عند التجار لا يكون للمشتري معها حق الرد لعدم فوات الغرض الصحيح كبطء السير فى دابة لم يشترها للسباق ولم يشترط وصف السرعة فى مشيها وإلاّ كان له الرد بخيار فوات الوصف .

وضابطه عند الشافعية : المنقص للقيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ، بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه . وقد اشتمل

(١) رد المختار ٧٤/٤ فتح القدير ١٥١/٥ والعباية ١٥٣/٥ البدائع ٢٧٤/٥ وذكر أنه يستوى فى الحكم أن يكون النقصان الناشئ عن العيب فاحشا أو يسيرا . ويقارن هذا بتفرقة المالكية بين العيب الكثير . والمتوسط . واليسير . وستأتى .

(٢) رد المختار ٧٤/٤ معنى المحتاج ٥١/٢ .

(٣) فتح القدير ١١/٦ .

هذا الضابط على العنصرين المقومين له في حين خلا منه تعريف الحنفية . وقال السبكي : ان هذا الضابط يرجح عن ضوابط كثيرة أحيلَ فيها على العرف دون ضبط العيب . ومجرد الإحالة على العرف قد يقع منها في بعض الأوقات إلباس^(١) . وإن اشتراط فوات غرض صحيح هو للاحتراز عن النقص اليسير في فخذ شاة أو ساقها بشكل لا يورث شيئاً ولا يفوت به غرض صحة الأضحية ، بخلاف ما لو قطع من أذننها ما يمنع التضحية بها . وهذا القيد متعلق بنقص العين بلا ريب ولذا اعترض على من قدم ذكر العين على القيمة ، كالنوى في المنهاج ، بحيث احتاج الشراح - ومنهم البجيرمي - إلى النص على أنه قيد في نقص العين خاصة . ويرى بعضهم صحة تقييد القيمة أيضاً احترازاً من نقص يسير يتغابن بمثله .

ويرى الحنابلة أن نقص العين وحده كافٍ ولو لم تنقص به القيمة ، بل زادت ، وبالمقابل ان من العيب نقص القيمة (أو المالية بعبارة ابن قدامة) عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه ، على أن تكون تلك نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع عنها غالباً^(٢) .

العيب قد يكون بالزيادة : رأينا كيف تضمن الضابط عند الحنابلة النص على الزيادة ، ولم ينفردوا في معالجة أمرها ، فمن ذلك قول صاحب الروضة : كل ما زاد عن الخلقة الأصلية ذاتاً وصفة ، أو نقص عنها ، وصرح أنه مع تحقق هذا لا عبرة بنقص القيمة أو زيادتها . وكذلك المهدي من الزيدية فقد فصل نقص القيمة إلى نقصان حقيقة في العين ، أو نقصان ناشئ عن الزيادة أو ناشئ عن حال غريبة (كالبحر والاباق في الرقيق)^(٣) ولما ذكر

(١) تكملة المجموع ٣٤٠/١٢ .

(٢) كشف القناع ٢١٥/٣ والمغنى ١١٥/٤ م ٣٠١٠ «لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً» .

(٣) البحر الزخار ٣٥٥/٣ التاج المذهب للمغنى ٤١٣/٢ الروضة شرح لللمعة ٣٢٧/١ والتذكرة ٥٤٥/١ والمكاسب ٢٧١ .

الغزالي ضابطه الذى أحال فيه على العرف ، عَقَّب بشرحه مبدىا إرادة الشمول فقال : وقد يكون ذلك نقصان وصف ، أو زيادته (ولا شك أن مراده الأوصاف التى تدخل فى المبيع بمطلق العقد لا الأوصاف الزائدة المشتركة) وقد يكون نقصان عين (كالخصي) أو زيادتها (كالاصبع الزائدة) . (قال) : والخصي وإن زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصوداً لتعلق به مالية ، وإنما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به فلم يخل عن نقصان^(١) .

العيب قد يكون بنقص التصرف أو التوهم : ذكر المالكية والحنابلة من أمثلة العيوب كون العبد أعسر وهو الذى لا يتمكن من استعمال يده اليمنى بسهولة بل يغلب استعماله اليسرى ، وعللوا كونه عيباً بأنه ينقص التصرف . وقد اعتبره غيرهم من أمثلة نقص القيمة^(٢) .

ونحوه فى الالتحاق بنقص القيمة ما ذكره المالكية بأنه يعد عيباً ما يخشى فى المستقبل حدوثه فى المبيع كجذام أحد الأبوين فى الرقيق . وكذلك منه الماضى الذى يبقى أثره وضربوا لها مثلاً « بيع الرماض التى قتل فيها انسان وأصبح يوحش ساكنيه وينفر نفوسهم عنه ويأبى العيال والأولاد سكناه وتترأى لهم بسبب تلك الوحشة خيالات شيطانية مفزعة مقلقة » وقد جعلوه مما ينفر الناس عنه وتقل الرغبة فيه فيبخس ثمنه ، فهو من تطبيقات نقص القيمة^(٣) .

الاهتمام بغرض المشتري : وإن التعويل على غرض المشتري متفق عليه حتى عند من لم يصرح به فى ضابط العيب ، فقد لجأ أولئك إلى إدراجه فى نقص القيمة بتوسيع معناه ، نحو قولهم : اعتبار نقص القيمة يلحظ فيه غرض

(١) الوجيز ١٤٢/٢ وأورده السبكي فى تكملة المجموع ٣٤٢/١٢ .

(٢) الخرشي ١٢٧/٥ الدسوقي ١١٥/٣ كشف القناع ٥٨/٢ شرح النيل ٢٣٨/٢ فتح القدير ١٥٥/٥ مغنى المحتاج ٥١/٢ .

(٣) المعيار للنشرى ، طبعة حجرية بالمغرب ١٨٠/٥ والخرشي ١٢٧/٥ .

المشتري إذا كان غرضاً صحيحاً سليماً ، وإن لم ينقص بالنظر إلى قصد غيره .
كالبقرة الحامل حيث قصد اللحم . فهذا ينقص القيمة بالنظر إلى غرضه ويزيد
بالنظر إلى غرض غيره ^(١) .

وأنا أميل . إلى الأخذ بأوسع تلك الضوابط استيعاباً، شريطة التعويل
على نقص القيمة . فهي الأساس المجمع عليه بين الفقهاء ^(٢) . وتلك السعة
المنشودة لا تستلزم طول العبارة فإن (نقص القيمة) كما رأينا مستحوز على كل
الصور إذا انضم إليه مراعاة (الغرض الصحيح للمشتري) . ولعلّ القصور
الذي يبدو لأول وهلة في الضابط المختصر مبعثه مقارنته بالضوابط الأخرى
المسّهبة فالضابط المختار هو ما ذكره الشافعية بعد اختصاره :

« ما نقص القيمة أو الغبن نقصانا يفوت به غرض صحيح ويغلب »
على أمثاله عدمه ^(٣) .

وأرى من الضروري الإشارة إلى ضابط مزدوج جمع فيه واضعه بين
صنيع الفقهاء عامة وبين اعتماد العرف دون تفصيل - كصنيع الغزالي - قال
شيخ الإسلام خواهر زاده: إن ما يوجب نقصانا في العين من حيث المشاهدة
والعيان (كالشلل في أطراف الحيوان والهشم في الأواني) أو يوجب نقصانا
في منافع العين فهو عيب . وما لا يوجب نقصانا فيهما يعتبر فيه عرف الناس إن
عدّوه عيباً كان عيباً وإلا لا ^(٤) .

(العنصر الثاني) كون الأصل سلامة أمثال المبيع من العيب

والمراد أن السلامة من ذلك الوصف العارض هي الأصل في نوع

(١) التاج المذهب للعنسي الزيدى ٤١٣٢ .

(٢) للهاكية ضبط تقسيماً للعيب . يجعله قبلاً حداً . وقليلاً متوسطاً . وكثيراً أو خطيراً . ولهذا التقسيم أثره في
موجب الخيار هل هو الرد أو الأرش (المقدمات لابن رشد ٥٧٠) وسيأتي في مكانه (عند الكلام على
موجب الخيار) .

(٣) ذكره السبكي في تكملة المجموع ٣٤٠/١٢ وقال عنه بحق أحسن شيء في ضبط العيب .

(٤) الفتاوى الهدية نقلاً عن المحيط ٦٧/٣ .

المبيع وأمثاله ، أما إن كان من المألوف وجوده في أمثاله فإنه لا يعد عيبا معتبرا . وقد اختلفت تعابير الفقهاء عن هذا العنصر مع اتفاقهم عليه (ورأينا استدراك ابن عابدين على ضابط الحنفية زيادة هذا القيد المقتبس من الشافعية قائلا : وقواعدنا لا تأباه^(٢)) . وضربوا لذلك مثلا بوجود الثقل في الزيت بالحد المعتاد ، فمن تعابير الفقهاء في اعتماد هذا العنصر (ليكون العيب معتبرا) التعبير بكون الغالب في جنس المبيع عدمه . أو اقتضاء العرف سلامة المبيع عنه غالبا ، أو ما خالف الخلقة الأصلية . أو أصل الخلقة ، أو الخروج عن المجرى الطبيعي ، أو ما نقص عن الخلقة الأصلية ، أو الخلق الشرعى (كما يقول ابن رشد) . أو ما خالف المعتاد ، أو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة^(٣) .

واعتبار الزيادة والنقصان على أصل الخلقة ليس مرادا على إطلاقه قطعا ، إنما المراد ما كان منها موجبا نقصا في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه ويلزم عن ذلك نقصه من حيث المالية ، لأن المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار والمنافع . فزيادة صوف الشاة زيادة كبيرة بحيث تخرجها عن حال أغلب أفراد النوع ليس عيبا لعدم نقص الآثار والمنافع ، ويستلزم ذلك عدم نقص المالية^(٤) .

ويرى الأنصارى في بحث له أن السلامة المشترط كونها هي الأصل في جنس المبيع - أو التي هي الأصل في الخلقة وينصرف العقد إليها - هل المراد بها مقتضى الحقيقة الأصلية أى الخلقة الطبيعية ، أم أن العبرة بغالب الأفراد لأنها ما هي إلا دلائل على حال الحقيقة الأصلية ؟

(١) رد المختار ٧١/٤ .

(٢) الشروانى على تحفة المحتاج ١٤١/٤ .

(٣) بداية المجتهد ١٧٤/٢ معنى المحتاج ٥١/٢ الوجيز ١٤٢/٢ المكاسب ٢٦٧ نقلا عن قواعد الحلي . تذكرة

الفقهاء ٥٤٠/١ شرح النيل ٢٢٧/٤ فتح القدير ١٥١/٥ شرح المجلة لعلي حيدر (ترجمة الحسينى) ٢٨٤

وشرح المجلة للمحاسني ٢٦٧/١ : « ما تقتضى النظرة السليمة أن يكون خاليا منه »

(٤) المكاسب ٢٦٧ .

ومن الواضح أنها غالبا لا يتعارضان فيكون حال أغلب الأفراد هو الخلقة الطبيعية . ولكن قد يحدث أن يتعارض هذان الاعتباران فأيها يرجح ؟ وكمثال لتعارضهما : الأرض إذا كان عليها خراج بمقدار ما على أغلب الضياع المشابهة لها فهذا حال أغلب الأفراد ، أما الخلقة الطبيعية فهي خلوها من الخراج أصلا فالعيب هو ترتيب الخراج عليها إذا رجح اعتبار الخلقة الطبيعية ، أما إذا رجح اعتبار حال أغلب الأفراد فالعيب هو زيادة مقدار خراجها عن المعتاد . والراجع في هذا - على ما يقول الأنصارى - ^(١) هو حال أغلب الأفراد وتعتبر تلك الحال ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة والعيب والكمال بالنسبة إليها ، ففي المثال السابق لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا ، إلا بزيادة مقداره على مقتضى أغلب الأفراد . ثم ذكر أن الغلبة في الأفراد الطبيعية اما غلبة نوعية أو صنفية ، والصنفية مقدمة على النوعية ، فالثبوت في الصغيرة غير المجلوبة عيب لأنها ليست غالبية في صنفها وإن غلبت في نوعها وهو الاماء . . . ^(٢) .

ضابط فريد للعيب ! :

لابن حزم الظاهري في ضبط العيب منحى خاص يختلف عن جميع ما تقدم في الأساس الذى يعرف به العيب . فقد ذهب إلى أن الضابط لمعرفته هو : كل ما حط من (الثمن) الذى اشترى به ، أو باع به ، مالا يتغابن الناس بمثله ^(٣) . وهو يقصد من ذكر (الثمن) حقيقة لفظه لا حمله على (القيمة) كما فعل الفقهاء في تعابيرهم . وأما هذا : المثال الذى ضربه بقوله : فإن كان اشترى الشيء بثمن هو قيمته معيبا ، أو باعه بثمن هو قيمته

(١) المكاسب للأنصارى ٢٦٦ - ٢٦٧ مفتاح الكرامة . ٦١ .

(٢) قال السبكي - تبعاً للنووى - بعدما فسّر العيب المعبر موجبا للخيار : ولنا عيوب آخر في غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير . ثم ذكر أن للعيب ستة أقسام : عيب في المبيع ، وفي رقة الكفارة والغرة . وفي الأضحية والهدى . والعقيقة ، وفي أحد الزوجين ، وفي الاجارة (تهذيب اللغات للنووى ، مادة/ عيب ، وتكملة المجموع للسبكي ٣٤٣/١٢ وزاد عليها وضرب لها أمثلة) .

(٣) المحلى ١٥٧٦ م ٨٧/٩

معيبا وهو لا يدري العيب ثم وجد العيب فلا رد له ، لأنه لم يجد عيبا . فكأنه يشترط اقتران العيب بالغبن الذي لا يتغابن به الناس ، وهذا ظاهر مما علل به بعدئذ بقوله : « لأن هذا هو الغبن لا غبن غيره » بل انه أوضح مذهبه بذكر ضده : « وقد قال قوم : له الرد ، وهذا خطأ فاحش ، لأنه ظلم للبائع ، وعناية ومحابة للمشتري بلا برهان لا من قرآن ولا سنة ! » .

فابن حزم يقارن (الثمن) بقيمة الشيء معيبا ، أما جمهور الفقهاء فيقارنون قيمة الشيء معيبا بقيمته سليما ولا يعتبرون الثمن ، فإذا اشترى الشيء برخص بقيمته أكثر من الثمن بكثير ثم ظهر فيه عيب تنقص به قيمته بالعيب عن قيمته سليما (بالرغم من الزيادة المؤكدة عن الثمن) فالخيار ثابت له . وابن حزم جعل المسألة حسابية وفوت على المتعاقد ما حصل له بالمكايسة والمهارة من كسب الفارق بين الثمن والقيمة حين جعل العبرة لسلامة قدر الثمن دون الاهتمام بسلامة القيمة بالرغم من أنها صارت حقا ثابتا للمشتري ، وهي مطمح نظره وعليها بنى تعامله ، بل عليها المعول في الضمان عند التلف . فهذه من غرائب الفقه الظاهري !

المطلب الثالث

الرجوع للعرف في تحقق ضابط العيب

تواردت نصوص الفقهاء على أن المرجع في كون العيب مؤثرا (أى مؤديا إلى نقصان القيمة ، وكون الأصل في جنس للمبيع عدمه) إلى أهل الخبرة بذلك . قال ابن الهمام : وهم التجار ، أو أرباب الصنائع إن كان الشيء من المصنوعات ، وقال الكاساني : التعويل في الباب على عرف التجار ، فما نقص الثمن (أى القيمة) في عرفهم فهو عيب . يوجب الخيار ^(١) . وقال

(١) بدائع الصنائع ٢٧٤/٥ الهداية وفتح القدير ١٥٣/٥ والفتاوى الهندية ٦٧/٣ والمغنى ١٣٧/٤ والمبسوط للسرخسي ١٠٦/١٣ وقال : « وفي كل شيء إنما يرجع إلى أهل تلك الصنعة . والمجموع ٣٤٤/١٢ .

الخطاب : التعويل فى اعتبار الشيء عيبا أو عدمه هو على عرف التجار . . .
وإن كان عامة الناس من غير التجار يرونه ، أو لا يرونه ^(١) . ولا شك أن ذكر
التجار ليس تخصيصا بل المراد أهل الخبرة فى كل شىء بحسبه .

وهل يشترط إجماع أهل الخبرة على الحكم بكون الشىء عيبا ؟ هذا ما
ذهب إليه الحنفية فقد ذكر ابن عابدين أنه اختلف التجار فقال بعضهم : أنه
عيب ، وقال بعضهم : ليس بعيب ، لم يكن له الرد ، إذ لم يكن عيبا بيننا عند
الكل . وفى مذهب الشافعية لا يطلب هذا الإجماع بل التعدد غير مطلوب
على ما نقل السبكي عن صاحبى التهذيب والعدّة والاكتفاء بقول واحد ،
وعن صاحب التتمة لا بد من شهادة اثنين . ثم قال : لو اختلفا هل هو عيب
وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه ^(٢) .

والرجوع إلى أهل الخبرة هو المراد بالرجوع إلى العرف فهو من العرف
الخاص الذى يكون بين فئة من الناس دون أخرى وهذا العرف الخاص متنوع
كثير متجدد لا تحصى صورته ولا تقف عند حد لأن مصالح الناس وسبلهم
إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلائقهم متجددة أبدا ^(٣) .

ذكر السبكي ^(٤) أن الرجوع فى العيب إلى العرف له نظائر فى الفقه ،
منها التفرق القاطع للخيار ، والقبض ، والحرز . . . ومواضع كثيرة الحكم فيها
يحال على العرف اما قطعاً أو على خلاف . وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما
ليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف وليس هذا مخالفا لما
يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعى ثم العرفى ثم
اللغوى . والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه فى العرف
ومعناه فى اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده فى اللغة ولم

(١) الخطاب على خليل ٤/٤٣٦ .

(٢) تكملة المجموع ١٢/٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٣) المدخل الفقهى العام ف/٤٩٠ .

(٤) تكملة المجموع ١٢/٣٤٤ .

يقولوا ليس له معنى . فالمراد أن معناه فى اللغة لم ينصوا على حدّه بما يشته .
فيستدل بالعرف عليه .

المطلب الرابع

شرائط تأثير العيب

١ - أن يكون العيب فى محل العقد نفسه . فى البيع لابد أن يكون فى نفس المبيع ، وهذا طبيعى فالعيوب فى غير المبيع لا أثر لها كالعيوب فى شخص العاقد الآخر أو العيب فى الرهن المقدم أو الكفيل ونحوه . وضرب له ابن عابدين مثلاً بما إذا باع حق الكدك (من حقوق الارتفاق فى العقار) فى حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر ، فليس له الرد بهذا السبب ، لأن هذا ليس بعيب فى المبيع ^(١) .

٢ - أن يكون العيب قديماً :

والمراد بالقدم أنه كان موجوداً قبل العقد (بالاجماع) أو بعد العقد وقبل القبض أو بعد القبض واستند إلى سبب سابق ^(٢) . وبعبارة أوجز : هو ما قارن العقد أو حدث قبل القبض ، فالمقارن مجمع عليه . ودليل الثانى أن المبيع من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته . وبتعبير المالكية : أن يكون حادثاً قبل أمد التبايع باتفاق أو فى العهدة عند القائلين بها ^(٣) .

أما إذا لم يكن العيب قديماً بل حدث بعد التسليم فلا يثبت الخيار ، لأنه لفوات صفة السلامة المشروطة دلالة فى العقد ، وقد حصل المعقود عليه سليماً فى يد المشتري ، إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم .

(١) رد المختار ٧٢/٤ .

(٢) شرح الروض ٦٠/٢ .

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ١٧٦/٢ .

قال المرغيناني : العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد (١) .

وقد خالف في هذا المالكية فأخذوا بقضية العهدة . وهي عهدتان ، الأولى : هي في عيوب الرقيق ، ويقولون فيها - بعهدة الثلاث ، والثانية : في عيوب الجنون والجذام والبرص ، ويقولون فيها بعهدة السنة (كما سيأتي مفصلاً) (٢) .

يستثنى من هذه الشريطة عقد الاجارة . فقد نص الحنفية على أنها تفسخ بعيب حادث وذلك لأنها عقد على المنافع . وهي تحدث شيئاً فشيئاً ووجود العيب يحول دون الانتفاع فيعتبر ولو كان حادثاً . . (٣) .

(مسائل العهدة)

معنى العهدة وأقسامه : المراد بالعهدة أن كل عيب حدث عند المشتري في مدة لاحقة معينة ، فضمانه من البائع لا من المشتري ، وقد عرفها الباجي وغيره بأنها : تعلق المبيع بضمان بائعه مدة معينة وهو بمثابة قيد على شريطة قدم العيب المتفق بين الفقهاء على اشتراطها ، لأن العيب لم يبرز بحسب الظاهر إلا بعد انبرام العقد وتماحه بالقبض . فكان الأصل أن يضمن المشتري ذلك العيب الحادث في ملكه وتحت يده . وقد ذكر ابن رشد أنه لا خلاف بين المسلمين أن المبيع من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح . . (٤) .

(١) الهداية وفتح القدير ١٧١/٥ والبدائع ٢٧٥/٥ والفتاوى الهندية ٦٦/٣ والمقدمات ص ٥٨٠ وتحفة المحتاج بحاشية الشرواني ١٤٠/٤ والشرح الكبير على المقنع ٩٠/٤ .

(٢) بداية المجتهد ١٤٤/٢ .

(٣) رد المحتار نقلاً عن جامع الفصولين ٧١/٤ وترتيب الأشباه ٢٦٣ .

(٤) بداية المجتهد ١٨٦/٢ وفي ١٧٧/٢ أيضاً لكن وقع في هذا الموضع تحريف (بعد القبض) إلى (قبل القبض) وهو خطأ من الناسخ أو الطابع . القوانين الفقهية ٢٥٨ .

وقد ذكرنا أنهما عهدتان : عهدة الثلاث ، وعهدة السنة . وكلاهما في الرقيق . قال مالك : لا عهدة عندنا إلا في الرقيق^(١) . والعهدة ليست خاصة بالبيع ، بل تجرى في كل العقود التي هي مجال لخيار العيب (وسيأتى بحثها) قال ابن رشد : وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه الماكسة والمحاكرة وكان بيعاً لا في الذمة^(٢) .

المذاهب فيها : العهدة من مفردات مذهب مالك . فقد صرح ابن رشد الحفيد - ومن بعده ابن جزى وغيرهما - بانفراد مالك بالقول بالعهدة دون سائر الفقهاء ، وأن سلفه في ذلك أهل المدينة : الفقهاء السبعة وغيرهم^(٣) .

هذا ما قالوه ، على أن في مذهب أحمد رواية عنه : أن عهدة الحيوان ثلاثة أيام (والحيوان يشمل كل ذى حياة) ، وفي رواية أخرى عنه : ستة أيام ، قال صاحب المبهج : « والمذهب لا عهدة »^(٤) . فإذا نظر إلى أن الرواية مرجوحة لا عبرة بها فيصح اعتبار مالك منفرداً بإثبات العهدة .

لكن ذكر الانصارى من الإمامية أن عيوب الجنون والجذام والبرص والقرن لو حدثت إلى سنة من يوم العقد ثبت الخيار . ولم يتعرض لذلك صاحب الروضة^(٥) .

الأدلة عليها : استدل المالكية بأحاديث وآثار وعمل أهل المدينة :

فمن السنة : ما رواه أبو داود من حديث الحسن البصرى عن عقبة ابن عامر الجهنى أن رسول الله ﷺ قال : « عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفي

(١) للعهدة استعمالان . هذا أحدهما ، والثاني قد يراد بها ضمان الدرك من عيب قديم في المبيع واستحقاق . (الدسوقي ١٤٢/٣) .

(٢) الخطاب ٤٧٣/٤ والخرشى بخاشية العدوى ٦٣/٤ وبداية المجتهد ١٧٦/٢ .

(٣) بداية المجتهد ١٧٦/٢ والقوانين الفقهية ص ٢٥٩ .

(٤) الفروع ١٠٦/٤ - ١٠٧ .

(٥) المكاسب ٢٦٩ .

رواية لأحمد في مسنده « أربع ليال » وفي رواية « أربعة أيام » .
وما رواه ابن أبي شيبه عن الحسن عن سمرة مرفوعا : « عهدة الرقيق
ثلاث » .

وأما الآثار : فما ذكر عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه
سمع أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام - وهما تابعيان - يذكran
في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشتري العبد أو الوليدة ،
وعهدة السنة ، وبأمران بذلك . وهو قضاء عمر بن عبد العزيز .

وذكروا عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنها سئلا عن العهدة
فقالا : لا نجد أمثل من حديث حبان بن منقذ : كان يُخدع في البيوع فجعل
له النبي ﷺ الخيار ثلاثا إن شاء أخذ وإن شاء ردّ . وذكروا عن علي أنه أجل
الجارية بها الجذام سنة . وقال سعيد بن المسيب : العهدة في كل داء عضال
نحو الجنون والجذام والبرص سنة .

وأما كونه عمل أهل المدينة فقد قال ابن شهاب : القضاة منذ أدركنا
يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة ، ونقله أيضا عن ابن شهاب (أى
من قضائه) وذكر نحو ذلك يحيى بن سعيد الأنصارى عن الولاة بالمدينة في
الزمان الأول وجزم ابن رشد وابن جُزَيّ بأنه قول فقهاء المدينة السبعة ^(١) .

واحتجوا من وجوه المعقول - لبيان علّة التحديد بثلاثة أيام في
(عهدة الثلاث) - بأن العهدة في الثلاث لأجل حُمَى الرَّبْع - وهى الحمى
التي تعرض يوما وتقلع يومين وتأتى في الرابع وهكذا ، فإنها لا تظهر فى أقل
من ثلاثة أيام ^(٢) .

(١) المدونة ٣٤٨/٤ - ٣٤٩ و ٣٥٧ نكلة المجموع ١٢/١٢٥ بداية المجتهد ١٧٧/٢ .

(٢) المدونة ٣٤٨/٤ - ٣٤٩ ونكلة المجموع ١٢/١٢٦ والمصباح الميرمادة/ربيع .

وأما عهدة السنة فقد ذكروا لتعليل اختصاصها بهذه الأدوية أن هذه الأدوية الثلاثة تتقدم أسبابها عليها ويظهر منها ما يظهر في فصل من فصول السنة دون فصل ، بحسب ما أجرى الله العادة من حصول ذلك الداء في فصل دون فصل^(١) .

المناقشة والترجيح : لقد نوقشت أدلة المالكية كلها ، فحديث عقبة معلول لأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا على ما ذكر ابن المديني وأبو حاتم والحاكم ، وكذلك حديث سمرة منقطع - وإن كان الترمذى قد صحّحه - لأن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ ، كما أن فيه عننة قتادة عن الحسن ، وهو مدلس . وقد سأل الأثرم أحمد بن حنبل عن العهدة فقال : ليس في العهدة حديث نثبه .

ولا حجة فيما ذكروه عن عمر بن الخطاب وابن الزبير لأن حديث حبان لم يعلق ذلك بعيب ولا في الرقيق دون غيره . ثم إن التحقيق أنه خاص بحبان كما نص الشافعي . وما ذكروه عن علي لا ينافيه .

وأما الآثار فالرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة وما ذكروه من عمل أهل المدينة - مع أنه ليس بحجة عند الجمهور - معارض بقول عطاء : انه لم يكن فيما مضى عهدة في الأرض ، لا من هيام ولا من جذام ولا شيء ، وهو معارض أيضا بما روى عن طريق الشافعي عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سالفًا ، وعن طاوس أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر . والرواية عن يحيى بن سعيد بأنه عمل الولاة بالمدينة ضعيفة^(٢) .

(١) الدسوقي ١٤٢/٣ نقلا عن ابن شاس . وجدير بالتنويه أن سعيد بن المسيب لم يخص عهدة السنة بتلك العيوب الثلاثة بل جعلها أمثلة ، حيث قال : العهدة في كل داء عضال ، نحو الجنون والجذام والبرص سنة (المدونة ٣٥٧/٤) .

(٢) تكملة المجموع ١٢٥/١٢ وبداية المجتهد ١٧٧/٢ وفي الفروع لابن مفلح ١٠٧/٤ « قال أحمد : لا يصح فيه حديث » .

وعن المعقول أجاب التقي السبكي بأن ما ذكره من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع ، فقد يحدث الابق وشبهه دون أى سابقة . ولو سلم لهم ذلك فيكون من قبيل العيب الذى يظهر بعد القبض لكن سببه متقدم ، وهو معتبر عند غير المالكية أيضا . لكن ما تمسكوا به من أن الظهور فى تلك المدة دال على التقدم غير مسلم لهم أصلا^(١) .

واحتج مخالفو المالكية - بعد دحض أدلة الاثبات - بالأصل المقرر وهو أن كل مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهى من المشتري ، ومستند هذا الأصل ما صح عن ابن عمر : ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فمن المبتاع ، قال السبكي : ولا نعلم له مخالفا من الصحابة . أى فهو إجماع سكوتى^(٢) .

بل قال ابن رشد : وأما سائر الفقهاء فلم يصح عندهم فى العهدة أثر ، ورأوا أنها - لو صحت - مخالفة للأصول . . . فالتخصيص لمثل هذا الأصل المقرر إنما يكون بسمع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك - فى إحدى الروايتين عنه - أن يقضى بها فى كل بلد ، إلا أن يكون ذلك عرفا فى البلد أو يشترط ، وبخاصة عهدة السنة فإنه لم يأت فى ذلك أثر^(٣) .

وهذه المناقشات كافية لترجيح مذهب الجمهور فى تسوية عيوب الرقيق بغيرها وعدم القول فيها بالعهدة لا إلى ثلاث ولا إلى سنة .

أحكام العهدين :

للعهدين أحوال ثلاثة : أن تكون معتادة ، أو مشترطة ، أو محمولا عليها الناس من قبل السلطان . وأصل المسألة أنه اختلف هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها أو يعتادوها ، فروى عن مالك الوجهان ، ثم على القول بعدم لزومها إلا بالحمل هل يجب أن يحمل عليها أهل

(١) تكملة المجموع ١٢/١٢٦ .

(٢) تكملة المجموع ١٢/١٢٦ وبداية المجتهد ١٧٧/٢ .

(٣) بداية المجتهد ١٧٧/٢ .

كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب^(١) . وهذا ما تشترك فيه العهدةان ، أما الأحكام الخاصة فهي :

عهدة الثلاث : وتكون من فوات عين الرقيق أو نقص في بدنه ، ويشمل جميع الأدوية والعيوب والإباق ، فيما إذا طرأ شيء من ذلك على الرقيق في أثناء الأيام الثلاثة وهي (كما قال ابن شاس) عهدة صغرى في الزمان . كبرى في الضمان^(٢) ، ولا يحسب يوم العقد في زمن العهدة على المشهور الذي نقله خليل وابن عرفة وصاحب الشامل ، وهذا إن كان العقد قد جرى بعد الفجر^(٣) .

كل هذا حيث لم يشترط البائع لنفسه البراءة من عيب معين ، كالإباق أو السرقة فلا رد به إن حدث مثله في زمن العهدة (وبالأولى إن ظهر على عيب قديم مثله) مع بقاء العهدة فيما عداه ، وأفاد الدردير أنه يحتمل إذا باع بشرط البراءة من كل عيب ، فانه لا يرد بما حدث في زمن العهدة .

وظاهر كلام خليل استواء الحكم في إفادة البراءة الخلاص من العهدة في العيب الحادث والقديم فيما لو كانت معتادة أو مشترطة أو محمولا عليها من أولى السلطة وخص شمس الدين اللقاني تناول البراءة للحادث والقديم من العيوب بما إذا كانت العهدة معتادة ، أما المشتركة أو المحمول عليها فيرد فيها بالحادث دون القديم فكان البراءة لم تناول إلا القديم لقوة العهدة^(٤) .

ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، وقد ذكروا أن زمان المواضعة (لو كان المبيع أمة يتواضع مثلها عند أمين لمعرفة براءة الرحم)

(١) بداية المجتهد ١٧٦/٢ - ١٧٧ والقوانين الفقهية ص ٢٥٨ .

(٢) المواق ٤٧٣/٤/٤ والدردير ١٤١/٣ .

(٣) والخطاب ٤٧٤/٤ والدسوقي ١٤١/٣ .

(٤) الدسوقي ١٤١/٣ والمدونة ٣٤٧٤/ قال : « فهو من البائع حتى يعلم أنه قد خرج من الثلاثة سالما » .

يتداخل مع عهدة الثلاث وإن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث^(١).

عهدة السنة : وهى من عيوب ثلاثة فى الرقيق : الجذام ، والبرص ، والجنون. فما حدث فى السنة من هذه العيوب الثلاثة فهو من ضمان البائع ، وما حدث من غيرها كان من ضمان المشتري على الأصل .

وتحسب عهدة السنة بعد عهدة الثلاث فى الأشهر من المذهب وهى لا تتداخل مع عهدة الاستبراء إن كان الرقيق المبيع أمة . وقد ذكروا أنه يلزم النقد فى عهدة السنة إن اشترط . وقال الفقهاء السبعة : لا تتداخل منها عهدة مع ثانية ، فعهدة الاستبراء أولاً ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السنة^(٢) .

الجوائح^(٣) : صلة الجوائح بخيار العيب ضعيفة فهى لا تشاركه إلا فى كونها حق رد مثله ، وحقوق الرد لا تنحصر فى العيب بل للفسخ أسباب كثيرة . وهى كالعهدة فى الاستثناء من أن حكم الضمان بعد القبض على المشتري . وقد توسع فيها السبكي^(٤) . كما ألف ابن تيمية رسالة فيها هى الرسالة الثامنة من مجموعة رسائله .

٣ - أن لا يكون العيب بفعل المشتري قبل القبض :

يعتبر فى منزلة العيب الحادث عند المشتري ما لو كان العيب قديماً (حصل قبل القبض) ولكنه وجد بفعل وقع عليه من المشتري قبل أن يقبضه . وهذا القيد كاستثناء على ما قبله . ويدل عليه جملة من الفروع التى ذكرها الشافعية - وقواعد غيرهم لا تأبأها - وقد صرح الشيرازى بأنه حينئذ يفقد العيب أثره^(٥) .

(١) بداية المجتهد ١٧٦/٢ والمدونة ٣٥٨/٤ والخطاب ٤٧٤/٤ والدسوقي ١٤١/٣ .

(٢) بداية المجتهد ١٧٦/٢ والمدونة ٣٥٦/٤ - ٣٥٨ .

(٣) المراد بالجوائح ما يصيب المزروعات من آفات سماوية فى حال شراء الثمر .

(٤) تكملة المجموع ١٢٤/١٢ .

(٥) المجموع شرح المذهب ١٢٦/١٢ وحاشية الشروانى على التحفة ١٤٠/٤ .

٤ - أن يكون العيب باقيا بعد التسليم ومستمرا حتى الرد :

والمراد من بقاءه أن يثبت عند المشتري بعد التسليم إما أن يظل موجودا فى محل العقد بعد القبض . وإما أن يخفى عند التسليم ثم يظهر ثانية فلا يكتفى بثبوت قدمه عند البائع وظهوره قبل العقد عنده فقط . كما لا يكتفى بظهوره بعد العقد ثم خفائه بعد التسليم . بل لابد من أن يعود للظهور ثانية عند المشتري بعد التسليم ويستمر باقيا إلى حين الرد .

ففى شريطة البقاء - أو المعاودة - احتراز عن العيب القديم إذا ظهر عند المشتري بعد التسليم وعزم على الرد ثم زال العيب قبل الرد^(١) . لأن الرد إنما هو للعيب - فهو سببه - والمعقود عليه أضحى سليما فلا قيام للخيار مع سلامته . هكذا الحكم عند الحنفية والشافعية حيث صرح الكاسانى بأن العيب الثابت عند البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع . فلا يثبت حق الرد بالاحتمال ، فلا بد فى صفة العيب من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة . وذكر الشروانى من الشافعية أن العيب المعتبر هو ما قارن العقد . أو حدث قبل القبض ، وقد بقي إلى الفسخ^(٢) .

وهذه الشريطة سارية فى جميع العيوب عند عامة مشايخ الحنفية ومنها الجنون ، والاباق ، والسرقه . والبول فى الفراش - من عيوب الرقيق - وفى الجنون خلاف فقد قيل : إذا اشترى عبدا قد جن عند البائع فله أن يردّه وإن لم يجن عند المشتري لأن الجنون فساد فى الدماغ - قالوا - وهو مما لا زوال له عادة إذا ثبت ، وجمهور الحنفية أنه لا يرد ما لم يعاود عند المشتري هو الصحيح ودعوى عدم زواله ممنوعة فقد تعقبه الافاقه والزوال . قال ابن الهمام : وقد حققنا كثيرا من النساء والرجال جنّوا ثم عوفوا بالمداواة ، فإذا زال لا يرد لعدم تحقق قيام الخيار . بل خالف فيما عدا الجنون أيضا من العيوب

(١) الهندية ٦٩/٣ نقلا عن السراج الوهاج .

(٢) الشروانى على تحفة المحتاج لابن حجر ١٤٠/٤ .

الثلاث شمس الأئمة الحلواني حيث ذكر في شرحه : ظاهر الجواب أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لكن الصحيح أنه يشترط .

وقد حقق الكاساني والمرغيناني أن ادعاء الخلاف في الجنون خطأ ناشئ من فهم عبارة الامام محمد في الجامع الصغير ، وهو قوله « الجنون عيب لازم أبدا » ومراده اعتباره ولو اختلف الحال بظهوره عند البائع قبل البيع والرقيق الصغير ثم ثبوته عند المشتري بعد القبض وقد كبر الرقيق ، فاتحاد الحال ليس شرطا بل يثبت الرد به بمجرد المعاودة ، لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الدماغ أما في العيوب الثلاثة فلا بد مع المعاودة من اتحاد الحال نظرا إلى أن اختلاف الحال فيها بثبوتها عند المشتري في الكبر وعند البائع في الصغر دليل على اختلاف السبب ^(١) واشتراط المعاودة في الجنون مصرح به في «الأصل» و«الجامع الكبير» ^(٢) .

وبمناسبة التعرض في مناقشة شمول هذا الشريطة إلى شريطة خاصة للعيوب الثلاثة هي اتحاد الحال ، هناك شريطة أخرى خاصة بها ، هي العقل : فهي ليست عيبا في الصغير الذي لا يعقل ، بأن كان لا يأكل وحده ولا يلبس وحده ، فأما إذا كان صغيرا عاقلا فإنه يكون عيبا . فلو أبق أو سرق في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري وهو كذلك فلا رد لعدم العقل . وإذا حصل منه ذلك عند البائع وهو صغير يعقل ثم باعه فوقع منه ذلك عند المشتري وما زال صغيرا ممن يعقل فله الرد . وهكذا إذا فعل ذلك في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري بعدما عقل . لأن الموجود في يد البائع ليس بعيب فما وجد في يد المشتري عيب حادث ليس بتقديم ولا ردًا بالعيب الحادث . فالعبرة بتحقق الشريطين : العقل ، واتحاد الحال في الصغير الذي يعقل لكي لا يختلف السبب .

(١) الفتاوى الهندية ٦٩٣ والبدائع ٢٧٥٥ وفتح القدير ١٥٥/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٧٥٥ - ٢٧٦ والهندية وفتح القدير والعناية ١٥٤/٥ وذكروا أنها في الصغر بسبب الجهل وقلة التمييز بالنسبة للأباق والسرقة . أما في الكبر فالشر ونخب الطبيعة . وهو كذلك بالنسبة للبول في الفراش في الكبر . أما في الصغر فسيه ضعف المثانة .

قال ابن الهمام : إذا قُدِّرَ حَدُّوْ ما قُدِّرَ به فى الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به ، لأنهم قدروا الذى يأكل وحده بذلك ، لكن وقع التصريح فى غير موضع بتقديره بخمس سنين (١) .

عيوب الرقيق : وهذه العيوب تنشطر إلى شطرين تختلف أحكام أحدهما عن الآخر باشتراط معاودة ظهور العيب عند المشتري وعدم الاكتفاء باطلاعه على ثبوت ذلك العيب عند البائع ، وسنرى تلك العيوب التى تشكل فئة ذات شروط خاصة ، وهى أربعة : (الجنون ، السرقة ، البول فى الفراش ، الأباق) .

١ - ٣ - الأباق ، السرقة ، والبول فى الفراش : هذه العيوب الثلاثة يشترط فيها شيئان : العقل واتحاد الحال . فإن أبق الصبي الرقيق فى يد البائع ، أو سرق ، أو بال فى الفراش وهو صغير لا يعقل ثم حصل منه ذلك فى يد المشتري وكان لا يزال صغيرا لا يعقل لم يثبت للمشتري الخيار . لأن هذه الأمور ليست عيبا فى الصغير الذى لا يعقل لاختلال شرط اعتبارها عيبا . ثم لو بقى الصغير يقع منه ذلك - وهو عند المشتري - حتى بعد أن عقل فليس له خيار العيب أيضا ، لأن الذى كان منه وهو بيد البائع ليس بعيب أصلا أما الموجود بيد المشتري فهو عيب لكنه حادث . ومن شرط العيب المستوجب للخيار أن يكون قديما : سابقا للعقد ، أو تاليا له قبل التسليم .

٤ - الجنون : بعضهم يلحقه بالعيوب الثلاثة من حيث اشتراط ثبوته أيضا عند المشتري وعدم الاكتفاء بالاطلاع على وقوعه عند البائع . والخلاف فيه كما فى تلك الثلاثة من حيث قول بعضهم : إنه لا فرق فى تلك العيوب الأربعة عن غيرها . لكن فى الجنون رأيا ثالثا بأنه وحده ينطبق عليه وصف اللزوم وعدم الزوال لأنه فساد فى محل العقل وهو الدماغ، وهذا مما لا

(١) الفتاوى الهندية ٦٩/٣ والدائع ٢٧٦/٥ وفتح القدير ١٥٣/٥ - ١٥٤ .

زوال له عادة إذا ثبت ، فيقتصر في الجنون وحده على ضرورة ثبوته عند البائع وعدم اشتراط ثبوته عند المشتري فهو ثابت بطبيعته ثم يظهر .

وكذلك لو اختلف الحال بأن أبق الصبي ، أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل ، ثم كان منه ذلك في يد المشتري بعد البلوغ ، لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب ، واختلاف السبب يوجب اختلاف العيب ، فكان الموجود بعد البلوغ عيبا حادثا لا يوجب الرد . وهذا أحد الرأيين في شأن هذه العيوب ، أما الرأي الآخر فيقول : إن ثبوت هذه العيوب عند البائع كاف ، ولا يشترط ظهورها عند المشتري ويستند هذا الرأي إلى أن هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال لها ، فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري وإن لم تظهر ، تبقى مخفية ثم تنكشف ^(١) .

٥ - أن لا يمكن إزالة العيب بلا مشقة :

أما لو أمكن ذلك فلا يقوم حق الخيار وذلك كما لو كان على السلعة طابع المصنع مثلا وكانت مما لا يضره الغسل أو يمكن جعله من جهة البطانة ، وكما لو كان بالثوب نجاسة وهو مما لا يفسد بالغسل ولا ينتقص ، للتمكن من غسله ^(٢) .

ومثاله في الرقيق إحرام الجارية وكذلك الحكم عند الشافعية ومثلا له بما إذا كان في السيف اعوجاج يمكن إزالته بضربة . لكنهم قيدوا ذلك بما إذا كان يعرف إزالة العيب بنفسه . أما إن كان لا يحسنه فالأقرب أنه لا يكلف سؤال غيره للمنة التي قد تلحقه . ومن باب أولى إن كان لإزالته غرم مالي .

وقد تعرض الزيدية والامامية إلى أنه لا خيار مع زوال العيب قبل العلم به ، أو بعد العلم به قبل الرد . وجعله الامامية من مسقطات الخيار وهو ظاهر

(١) بدائع الصنائع ٢٧٥/٥ .

(٢) رد المحتار ٧٢/٤ وفتح القدير ٢/٦ .

"التذكرة"، وسبق العيب لا يوجب خيارا كما لو سبق على العقد ثم زال قبله وهو صريح فى سقوط الرد وظاهر فى سقوط الأرش كما لا يخفى على للمتأمل وقد أطال الأنصارى من الإمامية فى ذلك، ثم انتهى إلى أن القول بثبوت الأرش وسقوط الرد قوي لو لم يكن تفصيلا مخالفا للاجماع^(١).

وكثيرا ما يهون البائع من شأن العيب وأنه سهل الإزالة، أو لا يكلف إلا قليلا لإصلاحه ثم يظهر العكس فما مصير خيار العيب بعد الموافقة السابقة من المشتري للبائع على سهولة زواله، نص المالكية على ثبوت خيار الرد للمشتري عندئذ ما لم يحدث لديه عيب فيتخير بين الرد والأرش، جاء فى نوازل الونشريسي أنه سئل عمن اشترى دابة وبها جرح رمح، فرضى بعدما قال البائع له: هو جرح لا يضرها، جرح قد برئ، فتغيب هذا المشتري نحواً من سنة ثم ظهر الجرح فادحا. (فأجاب) إن لم يحدث بها عنده عيب مفسد فهو مخير بين أن يردّها أو يتناسك ولا شيء له من قيمة العيب، فإن حدث عند المشتري عيب بعد فإن شاء ردّها وقيمة العيب الحادث عنده، وإن شاء أمسكها وأخذ قيمة العيب بين الصحة والداء^(٢).

المطلب الخامس

صور من العيوب المعبرة للخيار

عرفنا أنه بالرغم من الضابط الذى عني الفقهاء بوضعه لادراك العيب المعبر الذى يتحقق به - مع الشرائط الأخرى - قيام خيار العيب لم يكتفوا به بل عمدوا إلى استعراض الأشياء التى يكثر تداولها بالبيع والشراء وبينوا ما هو عيب فيها وما ليس عيبا.

(١) شرح الأزهار ١٥٠/٣ التاج المذهب ٤١٢/٢ المكاسب ٢٤١.

(٢) المعيار للونشريسي. (طبعة حجرية بالمغرب) ١٧٨/٥.

وقد تبين لى - بعد دراستها والبحث الطويل فيها أنه ليس فى الالتزام
بذكرها ، سردا وشرحا ومقارنة ، ألا التطويل بما لا غناء فيه . لأن التحقيق
اعتبار ضابط العيب وشرائطه ، مع مراعاة العرف . وكثير منها - بل
معظمها - تغير العرف فيه أو زال تطبيقه أصلا .

وفضلا عن ذلك أن استيعاب العيوب كالمتعذر ، قال التقى السبكي
« ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وإن كانت لا تنحصر ولا
مطمع فى استيفائها » وتابعه فى ذلك ابن حجر الهيتمى فقال : « لا مطمع فى
استيفاء العيوب ، بل التعويل فيها على الضابط الذى ذكره لها »^(١) . ومن
الأمثلة (العملية) التى ذكروها للعيوب المعتبرة :

الكتب :

- تلف الورق .
- اختلاف الورق .
- كثرة خطأ مؤلفه أو ناسخه .

الثياب :

- الخرز .
- تقدم اللباس .
- تفاضل بأطرافه .
- اختلاف النسج .
- تنجس فيما يفسده الغسل .

(١) تكملة المجموع ٣٤٤/١٢ تحفة المحتاج ١٥٠/٤ غير أن لابن حجر منزعا خاصا (متقدما) فى شأن العيوب
المنصوصة لدى الفقهاء ، فهو يحتفظ لها بالاعتبار - ولو تغير العرف - ويحصر مجال الضابط فى غير ما نصوا
عليه . وستأتى فى المطلب السادس مناقشة رأيه .

الأحذية :

- ضعف الجلد المصنوع منه .
- الترقيع فيه .
- كونه غير مدبوغ .
- الضيق والوسع إن أمر البائع بنعل لمعين .

الدور :

- تصدع الجدران أو انكسار الأخشاب .
- عدم الطريق أو المسيل .
- ترتب حقوق فيه للغير ، (أو وضع عادة فيه للظلمة) .
- مجاورة موضع صنعة تضر بالبناء أو الساكن .

الأرض : وما اتصل بها (والجب والبئر والحائط) :

- خروج غار فيها ، أو نحوه مما يضر بالزراعة إن اشترت لها .
- فقدانها المسيل .
- تعذر الانبات فيها .
- الانكسار (فى الشجر) والسوس والتيس .

عيوب الدواب :

- العاهات الخاصة بالدواب : كالفحج (تباعد ما بين القدمين) والمشش .
- (ورم بالدابة له صلابة) والصكك (صكه احدى ركبتيه بالأخرى)
- والدخس (ورم بأطراف الحافر) والهيام (داء يعطش الإبل) .
- الأمراض والقروح وآثارها .
- الطباع السيئة : كالعض والرمح ، والجفل ، والجماح ، ومنع التلجم أو التسرج ونحوه .
- الزيادة أو النقص أو الكسر .

وقد فصل فى البحر الزخار عيوب الدواب بحسب كل جنس :
فذكر عيوب الخيل ، ثم البقر ، ثم الغنم ، ثم البغال وأفرد مبحثا للعيوب العامة
فى كل دابة .

الرقيق : العيوب فى الرقيق كانت مرتعا خصبا للفقهاء ، فقد
أسهبوا فى تعداد ما يقع من عيوب فى العبيد والجوارى ، وتوسّعوا فى ذكر
الأدواء والعاهات وشواذ العادات حتى غدا ما أورده فصلا فى فقه اللغة لا
يغادر شيئا مما يعرض لأعضاء البدن وأجزائه وعادات الانسان مع العناية
بالتمييز بين المتشابهات . .

وليس من جدوى فى ذكر تلك العيوب واحدا واحدا ، مع ما
يقتضيه ذكرها من شرح ومحتزات ، نظرا إلى فقدان التطبيق العملى لها ،
بالإضافة إلى سبب عام فى العيوب كافة هو أن العبرة لاستمرار العرف على
اعتبار الأمر عيبا ينطبق عليه الضابط المقرر والشرائط .

ولا بدّ من الإشارة إلى أن فى عيوب الرقيق أمورا ثلاثة . لها شريطان
خاصتان ، تلك العيوب هى : الابق ، والسرقة ، والبول فى الفراش ،
يشترط لاعتبارها :

١ - العقل ، فلا بد من أن يكون من صدرت منه صغيرا يعقل .

٢ - اتحاد الحال بين ما ظهر منها عند البائع وما عاد إلى الظهور
عند المشتري وقد سبق التعرّض لهاتين الشريطتين فى شريطة (البقاء) من شرائط
العيوب المعتبرة . وأما سرد عيوب الرقيق فلا طائل تحته لأمرين : الاحتكام
للعرف ، وانحسار العمل بالرق واستحالته إلى مسائل تاريخية .

مراجع للعيوب :

أكثر الكتب الفقهية اعتناء بذكر العيوب الفتاوى الهندية
والبحر الزخار وشرح النيل ولم يخل كتاب فقهي من ذكرها بل الاردا ف بيان

ما ليس عيبا . والاشارة إلى الاعراف الزمانية والمكانية فى الضرورى منها . . (١) .

المطلب السادس

مدى اعتماد العرف فى معرفة العيوب

إذا كان من المقرر أن العيب يرجع فى تحديده إلى الضابط والشرائط والمرجع فى انطباقه إلى أهل الخبرة من التجار أو أصحاب الصنائع (٢) فما السبب فى سرد الفقهاء للعيوب فى شتى أصناف السلع ؟ نجد جوابا عن ذلك فى تصريح السبكي بأن « المقصود زيادة فى البيان على ما استفيد من الضابط (٣) » فذكرهم لذلك للتمثيل والتنوير وإيضاح الضابط للمتفقهين والمفتين . فضلا عن هذا الجواب ان بعض تلك العيوب لها شرائط خاصة كعيوب الرقيق الثلاثة السالفة ، وبعضها يخفى فيه تطبيق الشرائط . .

ثم إن بعض العيوب تكاد تكون خالدة ، لعدم تصور انسلاخ صفة العيب عنها ، كالعاهات والأدواء . .

وأخيرا لا يبعد أن يكون ما ذكره بيانا للتعامل الزمنى ومعالجة للواقع فى تلك الأزمان من قبل كل مصنف لوضع حلول لوقائع عصره . ولذا ظهر فى التصانيف المتتابعة مناقشات فى اعتبار بعض العيوب أو الغاء وجودها الاعتبارى .

(١) الفتاوى الهندية ٦٧/٣ حتى ٧٤/٣ البحر الزخار ٣٥٧/٣ شرح النيل ٢٣٨/٤ - ٢٥٧ والمغنى ١٣٧/٤ وكشاف القناع ١٧٠/٣ نخبة المحتاج لابن حجر وحاشية الشروانى ٤١/٤ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٨/٣ الروضة البهية ٣٢٩/١ المكاسب ٢٦٧ .

(٢) الهداية . وفتح القدير ١٥٣/٥ وفى رد المختار ٧٢/٤ عن الحانية انه إن اختلف التجار فقال بعضهم انه عيب وقال بعضهم : لا . فليس له الرد إذا لم يكن عيبا بينا عند الكل .

(٣) تكملة المجموع ٣٤٤/١٢ .

وأذكر على هذا مثالا في غاية الوضوح : كان الحكم في زمن ابن الهمام أنه لو اشترى خفا أو مُكعبا للبس ، فلم تدخل رجله فيه فهو عيب^(١) . وهذا يدل بالبدهة أنه إن كانت العادة أن يشتري المرء الخف والحذاء ويتم عقد البيع بينهما ويقبضه ، ثم يجربه فإذا ضاق عن رجله فذلك عيب ينشأ له خيار العيب للمشتري ، بمعنى أن له رده واستعادة الثمن (ولا يقتصر الأمر على تبديله بأوسع منه) . أما في الحاضر فالعادة أن يجرب الحذاء أثناء المساومة وقبل عقد البيع ثم يشتريه ، ولو فرض أنه لم يجربه أو جرّه ولم يثبت في اختباره ثم اختبره في بيته في اليوم التالي مثلا فلا ينشأ له خيار العيب وليس له الرد، لأن ذلك العرف الحاضر ليس عيبا في الخيار ، للعلم به مسبقا ولكن جرى العرف على أن يكون له التبديل قبل استعماله ما لم ينشأ عن ذلك زيادة الثمن لقاء حجمه المبدل ، ويكون ذلك بمثابة عقد مبادلة ومقايضة بين المبدل والمبدل به^(٢) .

وليس تغير العرف بحسب الزمن ، بل يتأثر بالمكان والبلدان ، وعلى هذا المثال التالي (وإن كان من الرقيق فالغرض تثبيت المبدأ) وهو أنهم ذكروا من عيوب الرقيق عدم الختان في الغلام والجارية المولدين بالغير ، لأن الختان في حالة الكبر زيادة ألم ، أما في الصغرين ، وفي الجليب من دار الحرب ، فلا يكون عيبا مطلقا . قال قاضيخان (محمد بن الحسن الأوزجندی) في فتاويه : وهذا عندهم ، يعني عدم الختان في الجارية المولدة ، أما عندنا : عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا . وكرر ذلك الكاساني قائلا : فأما في عرف ديارنا فالجارية لا تحتن ، فعدم الختان فيها لا يكون عيبا أصلا^(٣) .

(١) فتح القدير ١١/٦ .

(٢) ويلاحظ هنا أيضا أن الأحذية كانت تعتبر من غير المثليات ولذا ثبت فيها خيار العيب لأنه لا يثبت في المثليات . أما الآن فهي من المثلي لأنها من المعدود المتقارب ، ولعله لهذا اتفق فيها خيار العيب بل إذا ظهر فيها عيب كان الشراء وقع على غير المتعاقد عليه فله استبداله . . .

(٣) فتح القدير نقلا عن فتاوى قاضيخان ٨/٦ والبدائع ٢٧٥/٥ .

ونحوه ما جاء عند الاباضية على لسان الثميني صاحب النيل : ويختلف بالعوادات والأزمان ، ومن ثم قيل : لا يرد حاكم مبيعا بعيب على بائعه ولو علمه عيبا حتى يخبره عدول أنه عيب عندهم ، فرما يكون الشيء عيبا عند قوم وليس له عند آخرين ، كدابة تحرث وحدها (ولا تقبل الحرث مع غيرها) معينة ببلد يحرث فيه بأزواج ، لا في بلد يحرث فيه بواحد . وكذا بحسب الأزمان ، كالهقعة ، فإنها كانت غير عيب ثم كانت عيبا^(١) .

وبالرغم من وضوح هذا المبدأ و منطقيته إلى درجة البدهية خالف فيه بعض المصنفين فلم يسلم لهم تفردهم بذلك ، بل نوقشوا من أهل مذهبهم . من ذلك في كلام ابن حجر الهيتمي في « تحفة المحتاج » الذي هو شرحه على « المنهاج » للنووي بعدما نص النووي على جملة من العيوب قال آخرها معما : « وكل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح » فشرح ابن حجر كلام النووي ثم قال^(٢) : « والكلام فيما لم ينصوا على أنه عيب ، وإلا لم يؤثر فيه عرف بخلافه مطلقا كما هو ظاهر » ثم قال بعد قليل : « ولأن محل الضابط كما تقرر فيما لم ينصوا على أنه عيب أو غير عيب » وقد عقب عليه صاحب الحاشية الشرواني في الوطنين ، فأورد في الأول عن سيد عمر قوله : لك أن تقول : الحكمة في مشروعية الرد بالعيب دفع الضرر عن المشتري ، وقد يكون الشيء عيبا منقضا للقيمة في محل دون آخر ، ومن نص من الأئمة على كون الشيء عيبا أو غير عيب إنما هو لكونه عرف محله وناحيته . والمعول عليه الضابط الذي قرروه .

« وإذا كانت نصوص الكتاب والسنة تقبل التخصيص

ويدور حكمها مع العلة وجودا وعدما فما بالك بغيرها . »

« والأدب مع الشارع بالوقوف مع غرضه أولى بنا عن

الجمود على ما يقتضيه اطلاقات الأئمة » .

(١) شرح النيل ٢٢٦/٤ - ٢٢٨ . والهقعة : بياض بخباب الفرس الأسير يتشام به .

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ١٤٦/٤ .

ثم ذكر الشروانى أن سيد عمر أطال وبسط فى سرد تقييد المتأخرين لاطلاقات المتقدمين من هذا الباب وغيره .

وبين الشروانى فى الموطن الثانى أن الرملى خالف فى صنيعه ما ذكره ابن حجر فقال : أخذ شيخنا الشهاب الرملى من الضابط أن الخضاء فى البهائم غير عيب فى هذه الأزمان (انتهى) . وقياسه إن ترك الصلاة غير عيب فى هذه الأزمان فى الرقيق لغلته ، وقياس ذلك ما قاله الزركشى أن محل عد كونه - أى الرقيق - شاربا للمسكر من العيوب : فى المسلم دون من يعتاد ذلك من الكفار^(١) .

وقد أطلق صاحب كتاب الأنوار أن الوشم عيب ونقله ابن حجر ووجهه بما إذا كان بحيث لا يعنى عنه أما مغفو عنه بأن . . . ولم يحصل منه شين عرفا . . . فيبعد عده من العيوب . وقد عقب الشروانى ناقلا عن سيد عمر أيضا : قد يقال : لعل محل هذا التفصيل الذى أفاده الشارح فى نحو ديار العرب لأنه قد يعد عندهم من الزينة بالنسبة لبعض الأعضاء ، وأما كثير من البلدان كديار العجم التى منها صاحب الأنوار فيعدونه مطلقا شيئا عظيما ، ولعل هذا هو الحامل له على إطلاق كونه عيبا بل هو عندهم أقبح وأنقص للقيمة من كثير من العيوب المنصوص عليها . ثم أضاف الشروانى : وينبغى أن محل كون الوشم عيبا إذا كان من نوع لا يكثر وجوده فيه^(٢) .

(١) حاشية الشروانى على التحفة ١٤٦/٤ .

(٢) المرجع المذكور ١٤٥/٤ .

المطلب السابع

طرق إثبات العيب^(١)

إثبات العيب يختلف باختلاف العيب من حيث درجة الظهور. والعيب أربعة أنواع :

- ١ - عيب ظاهر مشاهد .
- ٢ - عيب باطن خفي ، لا يعرفه إلا الأطباء .
- ٣ - عيب لا يطلع عليه إلا النساء .
- ٤ - عيب لا يعرف بالمشاهدة المجردة بل يحتاج إلى التجربة والامتحان عند الخصومة .

١ - العيب المشاهد : لا حاجة لتكليف المشتري إقامة البينة على وجود العيب عنده ، لكونه ثابتا بالعيان والمشاهدة ، وللمشتري حق خصومة البائع ، بسبب هذا العيب ، وللقاضي حينئذ النظر في الأمر :

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري ، كالأصبع الزائدة ونحوها ، فإنه يرد على البائع ، ولا يكلف المشتري بإقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع ليتيقن ثبوته عنده ، ألا أن يدعى البائع الرضا به والإبراء عنه ، فتطلب البينة منه .

فإن أقام عليه قضى بذلك ، وألا استحلف المشتري على دعواه : فإن نكل (أحجم عن اليمين) لم يرد المبيع المعيب على البائع ، وإن حلف ، رد على البائع .

(١) ليس هذا المبحث إلا نموذجاً عن ضرورة التثبت من العيب . وتفصيله محله باب الدعوى والبيانات ولذا لم يحفل به كثير من المصنفين . وقد رأيت طريقة ابن عابدين والكاساني في عرضه أجود الطرق فذكرتها (رد المختار ٩٢/٤ والبدائع ٢٧٩/٥) . مع الإحالة إلى مواطن لهذا الموضوع . كالفتاوى الهندية ٨٦/٣ - ٩٤ جامع الفصولين ٢٥٠/٢ فتح القدير ١٧٦/٥ تذكرة الفقهاء ٥٢٤/٧ كشف القناع ١٧٣/٣ الشرح الكبير على المقنع ١٠٠/٤ الخرشى ١٤٩/٥ معنى المحتاج ٦١/٢ المبسوط ١١١/١٣ .

وأما إن كان العيب مما يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري ، فيقول القاضي للبائع : « هل حدث هذا عندك ؟ » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا والابراء . وإن أنكر فقال : « لا » كان القول قوله ، إلا أن يقيم المشتري البينة ، فإن أقامها ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى البائع الرضا والابراء وإن لم يكن له بينة على إثبات العيب عند البائع ، وطلب المشتري يمينه ، فإنه يستحلف بالله على البتات ، أى بشكل بات قاطع جازم لا على مجرد نفي العلم ، « لقد بعته وسلمته ، وما به هذا العيب » ، لأن هذا أمر لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر ، يحلف ، وإنما يحلف على هذا الوجه بالجمع بين البيع والاستحلاف ، لأنه قد يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فيثبت للمشتري حق الرد ، فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ، وهذا ما ذكره محمد في "الأصل".

وقال بعض مشايخ الحنفية : لا احتياط في هذا ، لأنه لو استحلف على هذا الوجه ، فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فيكون البائع صادقاً في يمينه ، لأن شرط حثه : وجود العيب عند البيع والتسليم معاً ، فلا يحنث بوجوده في أحدهما ، فيبطل حق المشتري . والاحتياط للمشتري يتحقق فيما إذا حلف البائع بالله : « ما للمشتري رد السلعة بهذا العيب الذى يدعى » ، وقال بعضهم : يحلف بالله : « لقد سلمته وما به هذا العيب الذى يدعى » ، قال الكاسانى : « وهو صحيح ، لأنه يدخل فيه الموجود عند البيع ، والحادث قبل التسليم ^(١) . فإذا حلف برئ ، ولا يرد عليه المبيع وإن نكل يرد عليه ويفسخ العقد ، إلا إذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب ، أو الابراء عنه . على أنه قد صحح بعضهم صيغة اليمين الأولى التى ذكرها محمد ، بإضمار زيادة فى الكلام ، فتصير الصيغة : « لقد بعته وسلمته ، وما به هذا العيب ، لا عند البيع ولا عند التسليم ^(٢) » .

(١) البدائع ٢٧٩/٥ .

(٢) رد المحتار ٩٢/٤ ومختصر الطحاوى ص ٨٠/ .

٢ - العيب إذا كان باطنا خفيا لا يعرفه إلا المختصون كالأطباء

والبيطرة مثل وجع الكبد والطحال ونحوه ، فإنه يثبت لممارسة حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين ، أو رجل مسلم عدل . وبعد ذلك يقول القاضى للبائع : هل حدث عندك العيب المدعى به ؟ فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، وإن أنكر أقام المشتري البينة ، فإن لم يكن له بينة استحلف البائع على الوجه السابق ذكره فى العيب المشاهد ، فإن حلف : لم يرد عليه : وإن نكل : قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو الإبراء .

٣ - العيب الذى لا يطلع عليه إلا النساء : يرجع القاضى فيه إلى

قول النساء ، بعد أن يرهن العيب ، ولا يشترط العدد فيهن ، بل يكفي قول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط ، لأن قول المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة فى الشرع ، كشهادة القابلة فى النسب .

فإذا شهدت المرأة على العيب ، فهناك روايات متعددة عن كل واحد من صاحبي أبى حنيفة ، ومحصلها أن شهادة المرأة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب الذى لا يطلع عليه الرجال فى حق توجه الخصومة ، لا فى حق الرد ، سواء أكان ذلك قبل القبض أو بعده وهو ظاهر الرواية عن علماء الحنفية الثلاث وهو المعتمد .

٤ - العيب الذى ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا

بالتجربة : كالإباق والجنون والسرقة والبول على الفراش : فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا أثبت المشتري حدوث العيب عنده ، فيقول القاضى للبائع : « هل أبقى عندك » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو الإبراء . وإن أنكر الإباق أصلا ، وادعى اختلاف الحالة فى هذا العيب بين الصغر والكبر كما أسلفنا بيانه ، يقول القاضى للمشتري : « ألك بيّنة؟ » :

فإن قال : « نعم » وأقام البينة على ما يدعى ، قضى عليه بالرد ، وإن قال : « لا » يستحلف البائع بالله : « ما أبق عندك قط » ، فإن حلف انقطعت الخصومة بينهما ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالرد .

وإذا لم يستطع المشتري إثبات العيب عنده ، هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا ؟

قال صاحبان : يستحلف . وقال أبو حنيفة : لا يستحلف .

دليلها : أن المشتري يدعى حق الرد ، ولا يمكنه الرد إلا بإثبات العيب عند نفسه ، وطريق الإثبات : إما البينة من المشتري أو النكول من البائع . فإذا لم تقم للمشتري بينة يستحلف البائع لينكل ، فيثبت العيب عند نفسه ، ولهذا يستحلف عند عدم البينة على إثبات العيب عند البائع ، فكذا هذا ، ودليل أبي حنيفة أن الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ، ولا دعوى له على البائع إلا بعد ثبوت العيب عند نفسه ، ولم يثبت ، فلم تثبت دعواه على البائع ، فلا يستحلف والنكول لا يكون إلا بعد الاستحلاف^(١) .

وكيفية استحلاف البائع : هي أن يحلف على العلم ، لا على البتات أى الجزم والقطع فيقول : بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود فى هذا الشيء الآن ، والسبب فى ذلك : هو أنه يحلف على غير فعله ، ومن حلف على غير فعله ، يحلف على العلم ، لأنه لا علم له بما ليس بفعله ، أما من حلف على فعل نفسه فيحلف على البتات (أى بصيغة البت والجزم) فإن نكل أى البائع عن اليمين ، ثبت العيب عند المشتري ، فيثبت له حق الخصومة ، وإن حلف برئ .

(١) تكملة المجموع ١١٦/١٢ .

المبحث الثاني

الشريطة الثانية (الجهل بالعيب)

فلا بد أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، قال السبكي : « عند العلم لا خيار »^(١) .

وسواء في العلم المحترز عنه أن يكون عند العقد ، أو بعده عند القبض ، فلو اشترى شيئاً وهو عالم بعيبه عند العقد ، أو اشتراه جاهلاً بعيبه ثم علم به عند القبض فقبضه عالماً بعيبه لم يقم حق الخيار ، لأن إقدامه على الشراء مع علمه بالعيب رضا به دلالة ، وكذلك علمه عند القبض ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض ، فكان العلم عنده كالعلم عند العقد ، فكان عليه لبقاء حقه في الخيار أن يمتنع من القبض عند علمه بالعيب فلما لم يفعل كان راضياً به . قال ابن المهام : « العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد والأرش »^(٢) .

وفي الاحتراز عن العلم عند القبض يكتفى بمجرد القبض بعد العلم بالعيب لامتناع قيام الخيار ، ولا يشترط حصول الرضا وقد أشار ابن عابدين إلى أن الشرنبلالي نازع في ذلك مستنداً إلى قول الزيلعي : « ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب » . وكذلك قول المجمع : « ولم يرض به بعد رؤيته » . ثم ردّ عليه بالتصريح في الذخيرة بالاكْتفاء بمجرد القبض بعد العلم ، وحقق أن ما في الزيلعي لا يتنافيه . لأنه قال : « والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب » فقوله : وقبضه . . . الخ . صريح في الموضوع . أما قوله بعدئذ : ولم يوجد من المشتري . . . الخ . فهو أعم مما قبله .

(١) تكملة المجموع ١١٦/١٢

(٢) البدائع ٢٧٦/٥ الهديّة ٦٧/٣ فتح القدير ١٥٣/٥ و ٨١ ونص ما في الهداية (١٥٣/٥) : « والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض ، لأن ذلك رضا به » .

أو أراد به ما لو علم بالعيب بعد القبض فهو متصل بسقوط الخيار بالرضا^(١) .
وذكر السبكي أن المشتري إذا كان عالما بالعيب فلا خلاف أنه لا
يثبت له الخيار لرضاه بالعيب . ثم أورد قول ابن حزم : « واتفقوا على أنه إذا بين
له البائع عيب فيه وحدّ مقداره ووقفه عليه إن كان في جسم المبيع فرضى
بذلك المشتري انه قد لزمه وإلا رد له بذلك العيب »^(٢) .

وكذلك الحكم عند الامامية . لكنهم اقتصروا على حصوله قبل
العقد . وظهر هذا الشرط في مصنفاتهم في صورة أحد المسقطات للرد
والأرش معا . ومن الواضح ان هذا ليس من السقوط في شيء بل هو انتفاء
قيام الخيار لمصاحبة العلم بالعيب للعقد أو التسليم^(٣) . والمذاهب الأخرى على
اشتراط عدم العلم مع ربطه بالعيب كشرط فيه مع أنه من شروط قيام
الخيار^(٤) . ومن المقرر أن خيار العيب إنما هو للعيوب الخفية التي لا تدرك
بالنظر . أما لو كان العيب بارزا لا يخفى عند الرؤية غالبا فيعتبر المتعاقد عالما به .
ومثله ما لو كان يحتاج إلى مزيد تأمل فدل البائع المشتري على موضع العيب أو
صفته . فإن ذلك يحول دون ثبوت الخيار للمتعاقد الآخر الذي تعامى عن
إبصار العيب الواضح . كما لا يقبل قوله : لم أره بخلاف ما إذا كان العيب لا
يعاين . فهو على الأصل من قيام الخيار بشرائطه^(٥) .

ومن ذلك ما لو كان العيب خفيا لكن المتعاقد صرح به وذكره على
سبيل اشتراط أنه موجود ظاهر . كما لو كان المبيع ثورا باعه على شرط أنه يرقد
في المحراث أو يعصي في الطاحون أو باع فرسا على شرط أنها جموح . ثم تبين
كذلك فالبائع برىء .

(١) رد المختار ٧٢/٤ .

(٢) تكملة المجموع ١١٦/١٢ وقول ابن حزم في مراتب الإجماع موطنه ص ٧٨ .

(٣) الروضة شرح اللمعة ٢٢٩/١ والمكاسب ٢٤٠ .

(٤) الإيضاح للشاخي ٢٤٧/٣ التاج المذهب ٤١٢/٢ الخطاب ٤٧٤/٤ .

(٥) تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ١٥١/٤ .

وليس من ذلك ما لو كان يحتاج إلى خبرة خاصة ومثلوا لذلك بما إذا أقبض المشتري الثمن وقال للبائع: استنقده فإن فيه زيفاً ، فقال : رضيت بزيفه فطلع فيه زيف ، ذكر ابن حجر الهيتمي : أن بعضهم أفتى بأنه لا رد له به ولم يرتضه قائلًا : ووجه رده أن الزيف لا يعرف قدره في الدرهم بمجرد مشاهدته فلم يؤثر الرضا به . ويفهم من هذا أن الاعلام بالعيب - الذي يتنفي به الخيار هو الاعلام المفيد ، وهنا لم يستفد إلا وجود زيف في الثمن أما كم هو فلم يحدد^(١) .

وقد تعرض الفقهاء إلى صورة ربما كانت نادرة في السابق إلا أنها أصبحت الآن محتملة الوقوع كثيراً لتنوع خصائص الأشياء وخفاء عللها بحيث يرى المرء الأمر الذي يلابسه العيب ولكنه يظن أنه ليس بعيب ، أو يعلمه عيباً ولكن يحسبه لا ينقص القيمة وهو بخلاف ذلك . فإذا علم المشتري بالأمر المعتبر عيباً دون أن يدري أنه عيب وقبضه ، ثم علم بعد القبض أنه عيب ، فالحكم هنا أن ينظر : إن كان عيباً بيناً لا يخفى على الناس لم يكن له الرد وإن كان يخفى ولا يعرفه إلا ذوو الخبرة أو المختصون بتلك الأشياء فله الرد . (رد المختار عن الفصولين ٧٢/٤) .

وعرض السبكي من الشافعية لهذه المسألة العلم بالعيب دون أن يعلم كونه عيباً يوكس الثمن ويوجب الفسخ ، فنقل عن الماوردي أنه لا رد له لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه ، ولأن استحقاق الرد حكم والجهل بالأحكام لا يسقطها .

ثم أشار إلى مسألة أخرى ذات أهمية وهي ما لو كان شاهد العيب قديماً ، ثم اشترى دون تأمل . وبعد اطلاعه على العيب (الذي سبقت له رؤيته) قال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول لأن الأصل بقاء العيب (هذا وإن القول عند الشافعية للمشتري عند الاختلاف في العلم بالعيب لأصالة العدم) .

(١) الشرواني على تحفة المحتاج ١٥١/٤ - ١٥٢ .

ما لا يشترط العلم به :

١ - لا يشترط علم البائع بالعيب . فللمشتري الخيار سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم .

وكما لا أثر لجهل البائع بالعيب . لا أثر لتوهمه وجوده وجهله بسلامته من العيوب . فقد ذكر ابن الهمام أنه اتفق العلماء على أن البائع إذا باع السلعة للمشتري على أنها معيبة . فظهرت سليمة . فلا خيار للبائع . لأن الظاهر معرفته بالمبيع من حيث السلامة أو عدمها . فيعتبر عالما به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده .

ولا يقال إنه ما رضى بالثمن المسمى إلا على اعتبار أنه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما . لأنه اعتبر عالما بوصف السلامة فيه . فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء . كما جعل عالما بالعيب لإثبات حق الخيار للمشتري ولو كان البائع غير عالم بالعيب في الواقع .

وأخيرا يتصل بهذه الشريطة (عدم العلم بالعيب) ما لو اشترى مع (ظن) العيب . فلا يسقط الرد . وذلك محمول على ظن مساوٍ أو ظن لم يقو دليله . أما الراجح فهو مؤثر . قالوا : ولا يرد عليه قولهم عن خيار العيب : (مظنون نشأ الظن فيه من قضاء عرفي) ^(١) لأن الظاهر أن المراد ظن أهل العرف لا خصوص العاقد . وذكروا هذه الفروع : لو اشترى شيئا فقال إنه لا عيب به ثم وجده به عيبا فله الرد به . ولا يمنع منه قوله المذكور لأنه بناء على ظاهر الحال . ولو ظن مرضه عارضا فبان أصليا تحير . كمن ظن البياض بهقا (شدة البياض) فبان برصا ^(٢) .

(١) الوجيز للقرافي في تقسيم خيار النقيصة ١٤٢/٢ .

(٢) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٤٢/٤ - ١٤٣ .

المبحث الثالث

الشريطة الثالثة : عدم البراءة

آخر ما يشترط لقيام الخيار أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب أو العيوب التي في المبيع . ولهذا الشريطة تفاصيل وافية . بل جعل الفقهاء اقترانها بالمبيع يجعل منه نوعا خاصا من أنواع النيوغ يدعى : بيع البراءة^(١) .

(مسائل البراءة)

حكمها ومجالها : اشترط البراءة من العيب جائز عند الحنفية سواء كان العيب معلوما للمشتري أو مجهولا له ، ومهما كان محل العقد ، وأجازه مالك والشافعي في الحيوان وحده^(٢) ويقصد هنا بالحيوان : ما فيه حياة من المبيعات . فيشمل الرقيق ، والدواب . لأن الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه^(٣) .

والمالكية - في الأصح - يميزون التبرؤ في الرقيق خاصة من العيب الذي لم يعلم به البائع إن طالت إقامة المبيع عند البائع بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر له فتنفعه البراءة بهذين الشرطين : أن لا يعلم بالعيب ، وأن تطول إقامته عند البائع فلا يرد به العيب القديم إلا إذا ثبت بيينة أن البائع كان عالما به ، فإن لم يكن له بيينة وجب حلفه ما كان عالما به^(٤) .

(١) قال السبكي : هذا الفصل باب مستقل . بوب عليه المزني والاصحاب بباب (بيع البراءة) وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب (أى خيار العيب) لأنه من مسائله (٣٩٨/١٢) وشرح المنهج للقاضي زكريا ١٣٢/٣ - ١٣٣ ، وهو صنيع ابن رشد ١٨٤/٢ وقد جعل بيع البراءة قسما للبيع المطلق .

(٢) قال ابن جزى : وقيل يجوز في كل مبيع (القوانين الفقهية ٢٥٦) .

(٣) في المقدمات لابن رشد ٥٨٠ التصريح بأن البراءة لا تنفذ إلا في عيب لم يعلمه البائع ، أما إن كان علمه فدلس به فلا .

(٤) الدردير والدسوقي ١١٩/٣ .

والأصل فى اعتبار البراءة من العيب هذا الأثر : باع عبد الله بن عمر غلاماً بثمانمائة درهم ، وباعه على البراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالسلام داء لم تُسمِّه لي . فاختصماً إلى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبداً وبه داء لم يسمِّه لى ، فقال عبد الله : بعته بالبراءة . فقضى عثمان على عبد الله بن عمر : أن يحلف له : لقد باعه العبد بالبراءة وما به داء يعلمه . فأبى عبد الله أن يحلف وارتمع العبد ، فصح عنده ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم^(١) .

تلخيص مذاهب العلماء فى اشتراط البراءة :

- ١ - أن يبرأ من كل عيب ، علمه البائع أو لم يعلمه . وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور - كما روى عن ابن عمر وزيد - .
- ٢ - لا يبرأ من شىء من العيوب . وهو مذهب الحسن بن حى وداود - فيما نقل عنهما غير ابن المنذر - .
- ٣ - لا يبرأ من شىء من العيوب حتى يسميه ، سواء أكان العيب مما يعاين أم لا وهو مذهب ابن أبى لى وسفيان الثورى (والحسن بن حى وداود فى نقل ابن المنذر عنهما) .
- ٤ - لا يبرأ من شىء من العيوب حتى يضع يده عليه - والمراد بوضع اليد ، إما المعاينة - وهو قول للشافعية فيما يمكن رؤيته - ، وإما حقيقة وضع اليد - وهو ظاهر النقل عن شريح وعطاء ورواية فى مذهب أحمد ومذهب اسحاق .
- ٥ - لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذى لم يعلم به فى الحيوان خاصة ، وهو مذهب مالك الذى ذكره فى الموطأ ، والقول الظاهر من مذهب الشافعية .

(١) أخرجه مالك فى الموطأ وأخرجه البيهقى وصححه . جامع الأصول باب العيب فى الرقيق ٣٤/٢ وأورده القاضى زكريا الأنصارى فى شرح الروض ٦٣/٢ وقال : فى الشامل أن المشتري زيد بن ثابت .

٦ - لا يبرأ إلا من العيب الذى لم يعلم به فى الرقيق خاصة وهو قول ثانٍ لمالك. وقال ابن عبد البر: ان مالكا رجع إليه .

٧ - لا يبرأ إلا فى ثلاثة أشياء فقط وهى :

أ - بيع السلطان للمغتم ، أو على مفلس - أو فى ديون الميت ، كما قال بعضهم .

ب - العيب الخفيف فى الرقيق خاصة ، لكل أحد .

ج - فيما يصيب الرقيق فى عهدة الثلاث خاصة .

٨ - بطلان البيع أصلا وهو قول فى مذهب الشافعية وبعض الظاهرية^(١) .

وجعل الامامية البراءة من العيوب من مسقطات الخيار ، أى مما يسقط الرد والأرش معا ، فيبرأ بها البائع من جميع العيوب على أصح القولين . وقالوا بإطلاق الجواز بحيث لا يفرق الحكم بين علم المتعاقدين بالعيوب وجهلها بها ، ولا بين الحيوان وغيره ، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها ، ولا بين الموجودة حال العقد والمتجددة^(٢) .

أقسام وأحكام البراءة :

تنقسم البراءة أولا إلى نوعين : خاصة ، من عيب معين مسمى ، وعامة من جميع العيوب - أو من كل عيب - ولا أثر لهذا التقسيم فى الحكم غير أثر الشمول لكل عيب أو الاختصاص بالعيب المسمى . على أن بعض الفقهاء منع العامة ، لأنها تشمل العيب الذى يحدث قبل التسليم ولم يكن موجودا وقت العقد فى حين أجازها الآخرون وحملوها على ما يروونه جائزا : دخول الحادث أو عدمه .

(١) نكتة المجموع ٣٩٩/١٢ - ٤٠٠ و ٤٠٦ - ٤٠٧ .

(٢) الروضة شرح اللمعة ٣٢٩/١ والمكاسب ٢٤٣ .

لكن للبراءة تقسيماً آخر ذا أثر كبير^(١) ، وهو أنها : إما أن تكون مقيدة بالعيب القائم عند العقد ، وإما أن تصدر مضافة إلى العيب الحادث ، مع القائم ، وإما أن ترد مطلقة لا مقيدة ولا مضافة .

أ - فإذا كان اشتراط البراءة في صورة التقييد بالعيب - أو العيوب - القائمة عند العقد ، وذلك يستفاد من عبارة : « على أنى برىء من كل عيب به » ، أو « من عيب كذا به » فلا خلاف أن البراءة على هذه الصورة ونحوها لا تتناول إلا ما كان قائماً وقت العقد ، دون ما يحدث بعده إلى حين التسليم . ولا فرق بين صدور البراءة على وجه العموم أو الخصوص . وذلك لأن اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة .

ب - إذا كان اشتراط البراءة فيه إضافة للمستقبل . بأن كانت صريحة بالتنصيص على العيب الحادث بعد العقد قبل القبض . فلا يصح هذا الاشتراط ، والعقد معه فاسد ، أما عدم صحة الشرط فلأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل (ولا التعليق بالشرط) فهو - وإن كان إسقاطاً - فيه معنى التمليك ، ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد . وأما فساد العقد فلأنه بيع أدخل فيه شرط فاسد فيفسد . وكذلك مذهب الشافعية وهو شامل لما لو نص على العيب الكائن والحادث أو أفرد الحادث بالذكر ، والأخير أولى بالفساد .

ج - إذا كان اشتراط البراءة بصورة الإطلاق من غير بيان المراد أهو البراءة من العيب القائم أم منه ومن الحادث (ويستوى في هذه الصورة أيضاً أن تجيء عامة : على أنى برىء من العيوب ، أو من كل عيب . أو خاصة : من عيب كذا - وسماه) فلائمة الحنفية رأيان في المراد بها :

أحدهما : شمولها لما هو قائم عند العقد وما يحدث بعده إلى القبض وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف ، وهو مذهب الشافعي أيضاً^(٢) .

(١) البدائع ٢٧٧/٥ فتح القدير ١٨٣/٥ .

(٢) البدائع ٢٧٧/٥ ونهاية المحتاج ٣٨/٤ والشرعيني ٥٣/٢ وشرح المنهج ١٣٢/٣ وتكملة المجموع ٤١٤/١٢ .

والرأي الثاني : اقتصار البراءة على العيوب القائمة عند العقد وهو ما ذهب إليه محمد وزفر والحسن بن زياد - وهو قول لأبي يوسف أيضا - وهذا الرأي مذهب مالك أيضا^(١) .

الفرع السادس

مجال خيار العيب وتوقيته

المبحث الأول

مجال خيار العيب^(٢)

ذكر فقهاء الحنفية أن خيار العيب يثبت في العقود التالية : البيع أو الشراء . والاجارة . والقسمة . والصلح عن المال . وبديل الصلح عن دم العمد . وفي المهر . وبديل الخلع^(٣) .

١ - اما ذكر البيع والشراء معا فلمراعاة ظهور العيب في المبيع أو الثمن . فيذكر ثبوته في الشراء إذا لوحظ كون العيب في المبيع . وإذا لوحظ كون العيب في الثمن ذكر ثبوته في البيع . لكنهم يصورونه غالبا في الشراء وأن العيب في المبيع لأن الغالب في الثمن الانضباط فيقل ظهور العيب فيه . والمراد من البيع (أو الشراء) الصحيح لا الفاسد . لوجوب فسخه بدون الخيار^(٤) .

وشمل البيع عقد الصرف . لأن السلامة عن العيب مطلوبة عادة فيه . سواء كان بدل الصرف من الأثمان كالتمر والتفاح . أو الديون كالدرهم

(١) البدئ ٢٧٧/٥ وفتح القدير ١٨٣/٥ ونقله عن الشافعي - وقد عرفنا من كتبهم خلافاه وليسوط ٩٤/١٣ واللسوقي ١١٩/٣ نقلا عن ابن عرفة .

(٢) من مراجعة بداية الجهد ١٩٩/٢ ليسوط ١٠٢/١٥ شرح الحجة ، سيم بآلة تذكرة الفقهاء ٥٢٥/١ .

رد المختار ٧١/٤ نقلا عن جامع الفصولين . وهو فيه ٢٥٠/١ بتطوير . وقال الشيخ أحمد إبراهيم : « محله

(٣) عقود المعوضات المالية » (العقود والشروط والخيارات ٧٦) .

(٤) رد المختار ٦٣/٤ نقلا عن البحر لکن فی جامع الفصولين عكسه ٢٤٥/١ .

والدنانير المضروبة . إلا أن بدل الصرف إذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواء رده في المجلس أو بعد الافتراق ويرجع على البائع بما نقد. وإن كان ديناً بأن وجد الدراهم المقبوضة زيوفاً فردها في المجلس يفسخ العقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف . وإن ردّها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر خلافاً لأبي يوسف ومحمد .

٢ - الاجارة - ولو حدث العيب بعد العقد والقبض . بخلاف البيع . أى يثبت فيها الخيار سواء كان العيب قديماً أو حادثاً . كما أنه ينفرد صاحب الخيار بالرد فيها قبل القبض وبعده . وفي البيع ينفرد قبله فقط^(١) .

٣ - القسمة - فإذا وجد بعض الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيباً قديماً (بمعنى أنه كان موجوداً قبل أن يتسلم المعقود عليه . ولو كان ظهوره بعد العقد وقبل التسليم) كان له الخيار . والقسمة أنواع : قسمة الأجناس المختلفة . وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات . وقسمة غير المثليات وفي جميع هذه الأنواع يثبت خيار العيب^(٢) .

فإن كان المقسوم مثلياً وظهر فيه عيب . فله رده كله ونقض القسمة سواء كانت بتراض أو بحكم . إذ القسمة بتراض بيع . والحكم في البيع هذا . وكذا إذا كانت بحكم . إذ القاضى عين نصيبه على أنه سليم ولم يوجد فله الرد شرعاً تحقيقاً للتسوية .

وإن كان النصيب المعيب أشياء كثيرة كتياب أو غنم رد المعيب فقط . كما في البيع . ويكون المردود بينه وبين شركائه ويرجع بحصته فيما أخذه شركاؤه لأن عوض المردود في جميع ما أخذوه^(٣) .

(١) جامع الفصولين ٢٥٠/١ نقلاً عن الزيادات ورد المختار ٦٣/٤ .

(٢) رد المختار ٦٣/٤ والعقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ٧٦ .

(٣) جامع الفصولين ٢٥٠/١ .

٤ - الصلح عن المال - كما لو ادعى دينا فصالح على دابة . فله ردها بعيب . كالبيع فإن ردها بحكم كان فسخا للصلح فلمن ردها عليه أن يردها على بائعه ، ولورد الدابة بلا حكم فهو كبيع مبتدأ فليس له ردها على بائعه .

٥ و ٦ و ٧ - المهر ، وبدل الخلع ، وبدل الصلح عن دم العمد - وهي تفارق ما سبق من مجال خيار العيب . بأن الرد فيها إنما هو بفاحش العيب لا بيسيره .

والعيب الفاحش فى المهر كل ما يخرج من الجيد إلى الوسط ومن الوسط إلى الردى . وإنما لا يرد المهر بيسير العيب إذا لم يكن كيليا أو وزنيا . وأما الكيلى والوزنى فيرد بيسيره أيضا^(١)

قال فى « مختار الفتاوى » والحد الفاصل فيه : كل عيب يدخل تحت تقويم المقومين ، بأن يقومه مقوم صحيحا بألف . ومع العيب بأقل . ويقومه مقوم آخر مع هذا العيب بألف فهو يسير . وما لا يدخل تحت تقويم المقومين بأن اتفق المقومون فى تقويمه صحيحا بألف . واتفقوا فى تقويمه مع هذا بأقل فهو فاحش^(٢) .

وينبغى التنبيه على أن الشيخ أحمد ابراهيم - رحمه الله - سوى بين مجال خيارى الرؤية والعيب . حيث قال عن خيار العيب : « ومحله عقود المعاوضات المالية كخيار الرؤية تماما » ثم عدد العقود الأربعة التى سبق أن اعتبرها مجالا لخيار الرؤية (البيع . والاجارة . والقسمة . والصلح)^(٣) . وقد رأينا أن خيار العيب يزيد فى المجال عن خيار الرؤية فهو يثبت

(١) جامع الفصولين ٢٥٠/١ نقلا عن عدة المفتين للنسفي . والفتاوى الهندية ٦٦/٣ نقلا عن شرح الطحاوى والبحر الرائق .

(٢) الفتاوى الهندية ٦٦/١ منوعا بعبارة « هذا هو المختار للفتوى » .

(٣) المعاملات الشرعية المالية ص ١١٢ والعقود والشروط والخيارات ٧٦ .

أيضا في المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد . وهي لا يثبت فيها خيار الرؤية ^(١) فكلامه جار على الغالب أو هو في خصوص المعاملات المالية .

ذكر في الفتاوى الهندية : إن كل عقد يفسخ بالرد ويكون مضمونا بما يقابله يرد بالعيب اليسير والفاحش ، وبين بعدئذ أن المراد بذلك الاحتراز من المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد . فكانت القسمة مما يرد بالعيب اليسير والفاحش . ويعارض هذا ما في شرح السير الكبير للسرخسي من أن قسمة الغنائم مبنية على التوسع ، والعيب اليسير فيما بنى على التوسع غير معتبر ، كما في الصداق وبدل الخلع ^(٢) .

وقد ذكر ابن رشد أن العقد بالنسبة لمجاله ينقسم إلى ثلاثة أنواع :

١ - ما هو مجال له بلا خلاف ، وهو العقود المقصود بها المعاوضة .

٢ - ما ليس بمجال له بلا خلاف ، وهو العقود التي ليس المقصود بها المعاوضة . وذلك مثل الهبة لغير العوض ، والصدقة .

٣ - ما فيه خلاف ، والأظهر أنه ليس بمجال له ، وهو العقود التي جمعت قصد المكارمة والمعاوضة مثل الهبة بقصد العوض . ومثله عند الاباضية ^(٣) .

وذهب الحنفية إلى أن خيار العيب لا يدخل في الزواج وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : للمرأة حق الفسخ بعيوب ثلاثة : الجنون والجذام والبرص ، لأن المرأة لا تطيق المقام مع زوج فيه أحدها . وجاء في

(١) جامع الفصولين ٢٤٥/١ ورد المختار ٦٣/٤ نقلا عن فتح القدير .

(٢) الفتاوى الهندية ٦٦/٣ شرح السير الكبير للسرخسي ٣٠٢/٢ ط ١ وأضاف السرخسي فرقا آخر تختص به قسمة الغنائم هو أن العيب الفاحش (أو العيوب الكثيرة وجدها بجاعة الرقيق إذا كانت بمنزلة العيب الفاحش) لا ينقض القسم - رغم اعتبارها - لعدم الحاجة للنقض . لأن المقصود المعادلة . وذلك يحصل بالزيادة من أحد القسمين في الآخر (٣٠٢/٢) .

(٣) بداية المجتهد ١٧٤/٢ الايضاح للشماخي ١٣١/٣ - ١٣٢ النيل للشمسي ٤٨٧/٢

الزبلى والبائع ان ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل وإن كل عيب تتضرر به المرأة يجيز لها فسخ العقد . وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن التفريق بسبب العيب ولكن بعيوب تخل بمقاصد الزواج كالعيوب الثلاثة المذكورة^(١) .

وقد أخذ تشريع الأحوال الشخصية المصرى لعام ١٩٢٠ بمنح المرأة حق فسخ العقد بسبب العيب وهو طلب التفريق إذا وجدت بالزوج عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به . أم حدث بعد العقد ولم ترض به^(٢) .

المبحث الثانى

توقيت خيار العيب

هناك أربعة آراء فقهية فى هذا. وهى : كونه على الفور . أو على التراخي ، أو التحديد بثلاثة أيام ، أو التحديد بيوم أو يومين .

(الرأى الأول) هو على الفور :

فتجب المبادرة للفسخ والآن سقط . ومرادهم من الفورية : الزمن الذى يمكن فيه الفسخ بحسب العادة . فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه ولا يرجع بأرش العيب^(٣) . وهذا مذهب الشافعية ورواية فى مذهب أحمد على ما ذكره القاضى أبو يعلى من تعدد الرواية فيه . وهو رأى لدى الحنفية ذكره صاحب الحاوى. ومفاده أنه إذا أمسك المبيع بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا . وقال ابن نجيم عن هذا الرأى انه غريب والمعتمد أنه على التراخي^(٤) .

(١) العقود والشروط والخيارات . للشيخ أحمد ابراهيم ٧٧ .

(٢) المادة التاسعة من قانون سنة ١٩٢٠ للمحاكم الشرعية المصرية .

(٣) شرح الروض ٦١/٢ و ٦٦ تكملة المجموع ١٣٤/١٢ فتح القدير .

(٤) فتح القدير ١٧٨/٥ رد المختار ٩٠/٤ المغنى ٣٠٠٠٠/٤ كشف القناع ٢١٨/٣ ونقل عن الاختيارات :

وجبر المشتري على الرد أو أخذ الأرض لتضرر البائع بالتأخير .

والمراد من المبادرة التى يسقط الخيار بتركها ، أن يبادر على العادة أى عادة مريد الفسخ على المعتمد ، لاعادة جميع الناس إذ المعتبر كل شخص بحاله . فلا يؤمر بالعدو فى المشى ولا الركض فى الركوب ، ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ ، وكذلك لو اطلع عليه حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا . ومن العذر أن يطلع عليه فى الليل إن كان فى ذلك كلفة .

أما التأخير الذى لا يكون عذرا فمثل أن يلقي البائع - وبعد السلام عليه وهو مغتفر - يشتغل فى محادثته ثم يريد الرد فليس له ذلك .

ولو قال : لم أعلم أن الرد على الفور يقبل قوله إن كان ممن يخفى عليه .
وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا ولا بد من يمينه ^(١) .

قال القاضى زكريا : هذا فى بيع الأعيان ، بخلاف ما فى الذمة فهو على التراخي ، لأنه لا يملكه ملكا مستقرا إلا بالرضا - ولو قبضه - لأنه غير معقود عليه .

وكذلك لا يجب الفور فى طلب الأرش ^(٢) .

واستدل الشافعية بدليلين : أحدهما : أن الأصل فى البيع اللزوم ثم ثبت خيار العيب بالاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص فيكون على مقتضى اللزوم تقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضرر المشروع لأجله الخيار يندفع بالمبادرة فالتأخير تقصير فيجرى عليه حكم اللزوم .

(١) تكملة المجموع ١٣٧/١٢ - ١٣٩ وذكر أن محل الكلام فى المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا محله كتاب الشفعة

ومغنى المحتاج ٥٦/٢ وشرح المنهج بخاشية الجمل ١٤١/٣

(٢) شرح المنهج بخاشية الجمل ١٣٩/٣ نهاية المحتاج ٤٧/٤ - ٤٩ .

والدليل الثاني : القياس على حق الشفعة لورود النص فيها وكلاهما خيار ثبت بالشرع لا للتروى بل لدفع الضرر^(١) .

الرأى الفقهي الثاني :

أنه على التراخي ، فلا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه - على المعتمد - ما يدل على الرضا .

وهو مذهب الحنفية - على المعتمد - والحنابلة على الرواية المصححة من المذهب ، وصنيع أبي الخطاب منهم أنه هو المذهب دون أن يشير إلى تعدد الرواية فيه وهو مذهب الزيدية والإمامية وهو قول أبي ثور وابن حزم بأنه لا يكون الرضا إلا بالكلام أو يأتي من الفعل ما هو رضا. وهو المعتمد عند الإباضية (ولهم قول آخر أنه على التأجيل . وسيأتي) .

واستدل القائلون بأنه على التراخي بأنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي ، كالقصاص . ولم يسلموا بدلالة الامساك على الرضا به . وذكر شارح النيل أن دليل عدم التحديد أنه لما لم يقبله لزمه الرد وكان الرد أيضا حقا له ، وطول المدة لا يبطل ما فات منه الرد ومضى^(٢) .

(الرأي الثالث) : توقيته يوم أو يومين :

ويفترق الحكم بالرد فإن حصل في يوم فأقل لم يحتج لرده إلى اليمين بعدم حصول رضاه ، وإن تأخر إلى يومين رده مع اليمين بأنه ما رضي بالمعقود عليه .

ومستند المالكية كالمستند السابق، إلا أنهم جعلوا من انقضاء اليوم أو اليومين بلا رد دليلا على الرضا^(٣) .

(١) تنكلة المجموع ١٣٥/١٢ - ١٣٦ .

(٢) رد المختار ٩٠/٤ وكشاف القناع ٢٢٤/٣٠٤ والمغنى ١٠٩/٤ وتنكلة المجموع ١٣٤/١٢ والمحلّى ٧٢/٩٠ والإيضاح ٢٤٨/٤ وشرح النيل ٢٥٨/٤ والتاج المذهب ٤٢٨/٢ والمكاسب ٢٤٢ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ١٢١/٣ . الخرشى ١٤٢/٥ والحطاب ٤٤٣/٤ .

(الرأى الرابع) : التأجيل ثلاثة أيام :

فليس على الفور ولا على التراخى طالت المدة أو قصرت بل يؤجل ثلاثة أيام فإن لم يرد سقط .

وهذا رأى لبعض الأباضية - غير القول المعتمد عندهم الذى هو التراخى - وقال ابوستة: انه ظاهر حديث المصرة . لكن شارح النيل ناقشه بأن حديث المصرة خارج عن الأصول فلا يقاس عليه ، ثم قال : « نعم ، يؤاخذ عند الله بتعطيل المبيع إذا لم يرده لصاحبه ولم يقبله ، ولا سيما إذا حصل ضرر على البائع فى بعض الأحيان كفوات السوق مثلا » (١) .

الترجيح : أعدل الآراء هو ما ذهب إليه المالكية من الإمهال فى أجل الخيار يوما أو يومين (دون ترتيب النتيجة على ذلك من حيث الرد باليمين أو عدمه) لأن القول بالفورية فيه عسر على صاحب الخيار ، والقول بالتراخى بدون حدود مضر بالمالك . لا سيما ان خيار العيب ليس مقارنة بين الفسخ والامضاء ، بل فيه الاصطفاء بين الرد أو الامساك مع نقصان العيب وذلك يحتاج إلى وقت للمفاضلة والنظر ، واليوم أو اليومان ظرف كافٍ لذلك .

الفرع الثالث

آثار خيار العيب على العقد

المبحث الأول

أثره على حكم العقد

ان وجود خيار العيب فى العقد لا أثر له على حكم العقد الذى هو انتقال الملك ، فملك البيع يثبت للمشتري حالا وملك الثمن ينتقل إلى البائع فى

(١) الايضاح بحاشية أبى ستة ٢٤٨/٣ ط ٢ وشرح النيل ٢٥٨/٤ - ٢٥٩ .

الحال ، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط . والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب (كما في خيار الشرط) ولا شرط الحكم (كما في خيار الرؤية) وأثر شرط السلامة يقتصر على منع لزوم العقد ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد^(١) .

قد يقال : ان شرط السلامة ثابت لأجله خيار العيب بالشرط دلالة - كما استهل بذلك الكاساني عنوان بابه^(٢) - وعليه ينبغي أن يؤثر في الملك ، كالحال في خيار الشرط حيث منع الخيار انعقاد العقد في حق الحكم مدة الخيار . فالفرق قائم بينهما ، ففي خيار الشرط دخل الشرط على السبب فمنع الانعقاد في حق الحكم . أما هنا فشرط السلامة ثابت دلالة ليس بشرط في سبب العقد كخيار الشرط . وليس بشرط في حكم العقد كخيار الرؤية المانع تمام الحكم .

المبحث الثاني

صفة حكم العقد مع خيار العيب

لقد رأينا انعدام أثر خيار العيب على حكم العقد بحيث انتقل الملك في البدلين كالمعتاد . لكن صفة هذا الحكم مع وجود الخيارات تغيرت فالملك معه غير لازم لأن السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه . وقد استدل الكاساني^(٣) لكون السلامة مشروطة في العقد دلالة بأنها في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخر الوقت . لأن غرضه الانتفاع بالمبيع . ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة . ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة (فكانت كالمشروطة نصا) فإذا فاتت المساواة كان له الخيار . والسلامة أيضا من

(١) البدائع ٢٧٣/٥ - ٢٧٤ البحر الزخار ٣/٣٦٠ .

(٢) بدائع الصنائع ، أول باب خيار العيب ٢٧٣/٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٧٤/٥ والمبسوط ١٠/١٥ .

مقتضيات عقد البيع . ولأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع واختلال الرضا يوجب الخيار فيه اثباتاً للحكم على قدر الدليل . فصفة حكم العقد مع خيار العيب غير لازم . ولكن ذلك من جهة التعاقد المالك لحق الخيار (المشتري) أما العاقد الآخر الذى دلس العيب - أو لم يتبرأ منه ولو لم يدلسه وكان العيب فى البديل المقدم منه (وهو البائع) فالعقد فى حقه لازم لأن الخيار ليس له .

وعدم اللزوم - فى حق صاحب الخيار - هو على حقيقته قبل حصول القبض بأن كان العقود عليه لا يزال فى يد البائع . ولذا يتمكن صاحب الخيار من ممارسة حق الرد دون حاجة إلى التراضى أو التقاضى لما فيه من صفة عدم اللزوم صورة ومعنى . كما هو الحال فى العقود غير اللازمة ، أما إذا انتقل إلى يد صاحب الخيار (وتم القبض بذلك) فإن العقد يوصف بعدم اللزوم أيضاً لكن الحقيقة أن تلك الصفة هى قابليته للفسخ بسبب فوات شرط السلامة - رغم تمام العقد - ولذا يتوقف على التراضى أو التقاضى لأن الفسخ يجرى بعد أن تم العقد فلا يمكن فسخه بإرادة المشتري وحدها كما هو الحال فى حقيقة عدم اللزوم قبل القبض . وهو فى هذا يخالف خيارى الشرط والرؤية يتمكن صاحب الخيار فيها من الفسخ بمجرد إرادته . سواء قبل القبض أو بعده لأن العقد لا يتم بعد القبض فيها بل يبقى غير لازم حقيقة لأن أولها يمنع السبب والثانى يمنع تمام الحكم ^(١) .

(١) البدائع ٢٨٢/٥ وقد بالغ السهورى فى مصادر الحق ٢٥٢/٤ حين أثبت لخيار العيب بعد القبض قابلية الفسخ وتبي عدم اللزوم مع أن نصوص الفقهاء مصرحة بعدم اللزوم أيضاً مع فارق الحاجة للتراضى والقضاء لتصويرهم الفسخ بعد القبض بأنه بمنزلة البيع الجديد فى حق غيرهما ، أما قبله فالرد هو فى معنى الامتناع عن القبول كأن المشتري رد إيجاب البائع ولم يقبله (البدائع ٢٨٢/٥) .

الفرع الثامن

موجب الخيار ومقتضاه

تمهيد :

إذا توافرت شرائط قيام خيار العيب . من ظهور عيب معتبر وانتفى علم المشتري بالعيب - أو رضاه به مسبقا - وانتفى أيضا تبرؤ البائع من العيب فإن موجب الخيار هو تمكين المشتري من الرد أو الامساك لكن للرد والامساك تفصيلا وأحوالا تختلف بين أن يعقب استعمال الخيار ظهور العيب مباشرة . وبين أن يتخلل ذلك حدوث عيب جديد عند المشتري لم يكن عند البائع . وبين أن يسقط الخيار أصلا .

ومن هنا انقسمت خاتمة الخيار إلى أحوال تمنع الرد والأرش (أى الرجوع بالنقصان) . وهى وحدها حرية بأن تسمى (مسقطات الخيار) وإلى أحوال أخرى يمتنع فيها الرد فقط ليخلفه الأرش وهى تسمى (موانع الرد) . وهناك ما يمتنع الأرش بعد امتناع الرد فيسقط الخيار أيضا^(١) .

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى التعبير عن هذا التنوع فى نتيجة الخيار بأن للخيار « موجبا أصليا وموجبا خلفيا . يعتبر البائع ملتزما بها على التعاقب »^(٢) .

(١) البدائع ٥ ٢٨١ و ٢٨٩ البحر الرائق ٦ ٣٩ .

(٢) العقود المسماة فى الفقه الإسلامى (عقد البيع) للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا ف/١٢٩ .

المبحث الأول

المذاهب في موجب الخيار ، وأدلتها

المطلب الأول

عرض اتجاهات المذاهب

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ، وتحققت شرائط العيب خاصة ، وشرائط قيام الخيار عامة ، فما موجب الخيار الثابت له ؟

للفقهاء اتجاهات ثلاثة في تحديد ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب :
التخيير بين أمرين هما الرد ، أو الإمساك بجميع الثمن . وبعبارة أوضح هي :
التخيير بين أمرين اثنين : أن يفسخ العقد ويرد المبيع المعيب ويسترد الثمن ، أو أن يُمضي العقد ويمسك المعيب بجميع الثمن دون أن يرجع على البائع بالأرش (نقصان المعيب) فعلى هذا الاتجاه ليس للمشتري أن يمسك المعيب ويأخذ الأرش وهو نقصان المعيب ، إلا في حال تعذر الرد بأخذ الموانع التي سنعرض لها فحينئذ له الإمساك مع الأرش لكنه على سبيل الخلف عن الرد ولا يثبت أصالة .

وهذا الاتجاه هو مذهب الحنفية والشافعية والزيدية والاباضية . قال الشيرازي : لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن . وقال الكاساني : لو قال المشتري : أنا أمسك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك ، لأن قوله : أمسك العيب دلالة الرضا بالمعيب وأنه

يمنع الرجوع بالنقصان . وقال بعدئذ : لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف^(١) .

٢ - التخيير بين أمرين اثنين أيضا ، لكنهما هنا : الرد - كما سبق - أو الامساك مع الأرش (نقصان العيب) ولو لم يتعذر الرد وسواء رضي البائع بدفع الأرش أو سخط . ففي هذا الاتجاه الفقهي لا مكان للامساك بدون أرش بل هو من لوازمه .

وهو مذهب أحمد بن حنبل - وإسحاق بن راهويه - وعليه مشهور مذهب الإمامية على ما حققه صاحب المكاسب بعد إشارته إلى أن في بعض كلام الطوسي أن أخذ الارش مشروط باليأس عن الرد .

واستثنى الحنابلة ما إذا كان الامساك مع الأرش يؤدي إلى الربا فحينئذ يكون التخيير بين الرد أو الامساك مجانا ، ومثاله : شراء حلى فضة بزننه دراهم فضة وشراء قفيز مما يجرى فيه الربا ، إذا اشتراه بمثله ، ثم وجده معيبا . وذلك أن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل أو إلى مسألة (مُدَّعَجَوَةٌ)^(٢) .

وسبب الخلاف النظر إلى نقص العيب . هل هو نقص أصل أو نقص وصف ؟ فعند الحنفية والشافعية (والمالكية في العيب الكثير) هو نقص وصف ولذا يخيّر بين الرد والامساك بدون شيء وعند الحنابلة هو نقص أصل ، ولذا يخيّر بين الرد أو الامساك مع الرجوع بالنقصان^(٣) .

٣ - التفرقة بين العيب الكثير ، والعيب اليسير - ويسمونه غالبا :

(١) المبسوط ١٠٣/١٣ البدائع ٢٨٨/٢٨٩ فتح القدير ١٥٢/٥ الفتاوى الهندية ٦٦/٣ نهاية المحتاج ٢٤/٤ المذهب للشيرازي وتكملة المجموع ١٦٥/١٢ التاج المذهب للعنسي ٤١٣/٤ البحر الزخار ٣٦٢/٣ الإيضاح للشهاخي ٤٤١/٣ شرح النيل ٢٥٨/٤ وذكر أبو ستة أنه مقابل هذا القول المختار قولان أحدهما : وجوب الرد . وهو القول بالانفساخ . والثاني : وجوب أخذ الأرش وهو القول باللزوم . وانظر تفصيلات القولين ١٤٨/٣ - ١٤٩/٣ .

(٢) المغني ١٠٩/٤ و ١١١ م ٢٩٩٩ و ٣٠٠٤ ومطالب أولي النهى ١١٢/٣ كشف القناع ٢١٨/٣ ومتن الإرادات ٣٦٢/١ المكاسب . للانصاري ٢٥٣ تذكرة الفقهاء ٥٢٤/١ الروضة البهية ٣٢٨/١ .

(٣) الإيضاح للشهاخي ٤٤٢/٣ .

القليل المتوسط - (بعد إخراج العيب القليل جدا الذي لا ينفك عنه المبيع لأنه حكم له كما قال ابن رشد الجدل) .

ففي العيب الكثير - وقد سبق بيان حده ، وأن الراجح في تقديره عند ابن رشد : عشرة في المائة ، وعند غيره : الثلث - لا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنفية والشافعية (أصحاب الاتجاه الأول) : بخير المشتري بين الرد أو الإمساك بمجانا ، بلا أرش وهذا الحكم في العيب الكثير جعل ابن جزري يدعوه : (عيب رد) .

أما في العيب المتوسط فالمشهور التفريق بين الأصول (العقارات من دور ونحوها) وبين العروض (وهي ما عدا العقار) :

ففي العقارات لا يكون للمشتري الرد بهذا العيب المتوسط بل له الرجوع بالأرش (قيمة العيب) . أما في العروض ، فظاهر الروايات في المدونة أنه يجب فيها الرد سواء كان العيب متوسطا أو كثيرا . وقيل : أن العروض كالأصول لا يجب الرد في العيب المتوسط وإنما فيه الرجوع بالقيمة ^(١) .

وذكر ابن رشد (الجدل) أن شيخه الفقيه أبا بكر بن رزق كان يحمل ظاهر الروايات على التسوية بين العروض والأصول في أن حكمها الرجوع بالقيمة إذا كان العيب متوسطا ، وأشار ابن رشد إلى أن لتأويله هذا ما يؤيده من رواية زياد عن مالك في الثياب ^(٢) . ولعله استنادا لهذه الرواية كان بعض شيوخ ابن يونس يرون أن الثياب في ذلك كاللؤلؤ . وقد عقب ابن يونس على هذا الرأي بأنه : لو قاله قائل في جميع السلع لكان صوابا . وقد رأينا كيف قال بذلك ابن رزق . ونقل البرزلي عن ابن زرقون أن مسألة الدور أصل يرد إليه سائر البياعات في العيوب - مع تصريحه بضعف مسألة الدور ^(٣) .

(١) المقدمات ٥٧٠ القوانين الفقهية . بداية المجتهد ١٧٨/٢ .

(٢) المقدمات ٥٧٠ وقد توسع في تأييد رأى شيخه ابن رزق دون أن يسميه وعرفته من بداية المجتهد ١٧٧/٢ والموافق ٤٣٤/٤ .

(٣) الخطاب والموافق ٣٤٥/٤ .

وفى الفرق بين الدور وغيرها فى شأن العيب المتوسط كثرت الآراء والتوجيهات بنحو أن العيب فى الدور يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء ، بخلاف غيرها . أو أنها لا تنفك عن عيب ، فلوردت باليسير لأضر بالبائع . وللبرزلى : أن العيب المتوسط فى الدور لا يعيب إلا موضعه وتهيأ زواله ، وغيرها يصيب جميعه ولا يتهيأ زواله . ولعبد الحق : أن الدور تشتري للقنية ، بخلاف غيرها .

وكثرة هذه التعليقات تؤيد ما ذهب إليه ابن زرقون من أن ضعف مسألة الدور قد أحوج الناس إلى توجيهها^(١) .

غير أن فى مذهب المالكية قولاً على عكس هذا الرأى ، مفاده أن العيب المتوسط هو كالعيب الكثير فى ثبوت حق الرد به (لا الأرش) وقد نقل ذلك الدسوقي عن تحفة ابن عاصم ، ونحوه ما جاء فى شرح الخطاب لخليل وعبارته : وقيل ان الدار كالعروض^(٢) .

ولم يرتضِ ابن رشد الحفيد الاتجاه المالكي المشهور فى التفرقة بين الأصول والعروض - مستفيداً من موقف ابن رزق شيخ جده لإلزام مخالفه - وقال : « والأصل ان كل ما حط القيمة انه يجب به الرد ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار . ولذا لم يعول البغداديون فيما احسب على التفرقة فى الأصول^(٣) .

ولابد أخيراً من الإشارة إلى مسألة تفرد بذكرها ابن رشد (الحفيد) وابن جزى - ولم يذكرها خليل ولا أشهر شراحه - وهو تصنيف كل منهما الأشياء إلى : أصول ، وعروض ، وحيوان . وأن الخلاف فى العيب المتوسط

(١) الخطاب ٤٣٥/٤ والخرشى بخاشية العدوى ٤٢/٤ .

(٢) الدسوقي على شرح الدردير لخليل ١١٤/٣ والخطاب ٤٣٥/٤ والخرشى ٤٢/٤ .

(٣) بداية المجتهد ١٧٨/٢

اقتصر على الأولين « فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له » هذا ما قاله ابن رشد مرتين في صدر بحثه وخاتمته . أما ابن جزي فقال : « وأما الحيوان - كالرقيق وغيره - فيرد بكل ما يحط من القيمة قليلا أو كثيرا »^(١) .

فما ذكره من تمييز الحيوان عن العروض متناقض مع تصريح غيرهما بالتقسيم الثنائي إلى أصول وعروض . كما لا يسلم لابن رشد ما ذكره من عدم الخلاف في الحيوان ، لأن ما أورده عن ابن رزق - ونقله هو نفسه - صريح في جريان الخلاف في المبيعات كلها .

وقد أشار المواق إلى أنه اتخذت مسألة عيب القيمة طريقا للاسترباح ، حيث تجد المشتري بعد الشراء يفتش عيوبها ليحط له بذلك شيء من الثمن مع اغتباطه بالمبيع - وقد يعطى فيه ربحا على حاله - ثم قال « فالذي أتحمّل عهده في هذا فتيا ابن الحاج » وملخص هذه الفتيا - كما أوردها هو والخطاب - أن الرجوع بالقيمة في العيب اليسير ما لم يطالب البائع باسترداد المبيع ورد الثمن . وقد تعقب البرزلي هذا بأن تحيّر البائع إنما هو فيما يوجب الرد وأما ما لا يوجبه فمن اختار التمسك بالقول قوله ، إلا أن يجتمعا على الرد^(٢) .

المطلب الثاني

أدلة الاتجاهات في موجب الخيار ومناقشتها

أما الدليل على الموجب المتفق عليه للخيار في الاتجاهات الثلاثة وهو حق الرد (الذي قال فيه ابن قدامة ، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا) فهو جميع أدلة قيام خيار العيب السالفة العيب فهي تقضى بتحويل المشتري

(١) بداية المجتهد ١٧٧/٢ و ١٧٨ والقوانين الفقهية ٢٥٨ ومراجع المالكية السابقة .

(٢) شرح المواق على خليل ٤٣٥/٤ وشرح الخطاب ٤٣٥/٤ - ٤٣٦ .

حق الرد لفوات وصف السلامة الذى يقتضيه مطلق العقد . ذلك لأن الخيار موضوع للفسخ^(١) .

وأما أدلة مذهب الحنفية والشافعية وهو الامساك للمعيب دون أرش . فقد استدلوا له بأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فى مجرد العقد فليس له أن يأخذ فى مقابلة فواته شيئا وهذا لأن الثمن عين فإنما يقابله مثله . والوصف دونه فإنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعا وذلك إذا صار مقصودا بالتناول ، إما حقيقة كحالة الائتلاف ، وإما حكما بامتناع الرد لحق البائع أو لحق الشرع^(٢) .

ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى . بالرغم من كونه معيبا ، وقد كان عالما به حقيقة أو تقديرا لأنه أنزل منزلة العالم به لأنه هو الظاهر لطول ممارسته له مدة كونه بيده . ففي إمساك المعيب وأخذ قيمة النقصان زواله عن ملكه بالأقل فلم يكن مرضيه ، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود العقد فيكون الزاما على البائع ببيع . وفى ذلك ضرر عليه أما المشتري فالضرر الناشئ بالعيب ممكن تداركه بالرد بدون مضرة^(٣) .

وقد أورد ابن قدامة وجهها ذكر أنه استدل به الحنفية والشافعية (واستدل به الاباضية أيضا) وهو أنه صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصرة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ثم أجاب عنه بأن المصرة ليس فيها عيب ، وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ، ولذلك لا يستحق ارشا إذا امتنع الرد عليه^(٤) .

(١) فتح القدير ١٥٢/٥ ولقد أفاض البارتى فى بيان كون الفاتت بالعيب هو الوصف بناء على اصطلاح الحنفية فى الوصف والأصل ، وأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن إلا حين قصده بالتناول (العناية ١٥٢/٥ و ٩٢ - ٩٣) .

(٢) المغنى ١٠٩/٤ م ٢٩٩٩ المكاسب ٢٥٣ .

(٣) الهداية وشرحها العناية وفتح القدير ١٥٢/٥ - ١٥٣ .

(٤) المغنى ١١١/٤ م ٣٠٠٤ ومطالب أولى النهى ١١٢/٣ .

ولابد من الإشارة إلى أن الراجح لدى الشافعية أن التصرية عيب -
خلافًا للحنفية . وإذا صح استدلالهم بالمصرأة هنا فهو من الغرائب لعدم
أخذهم بموجبه الأصلي^(١) .

أما السبكي فإنه لدى شرحه موجب الخيار ومنع الإمساك بأرش
برغبة فردية من البائع أو المشتري لم يزد على قوله : « المسألتان واضحتان »
وأنه بقاء على الأصل . وعن أحمد أن للمشتري أخذ الأرش^(٢) .

أما أدلة جاعلي الخيار بين الرد والامساك مع الأرش فقد استدل ابن
قدامة لهذا الاتجاه بالقياس على ما لو تعيب عند البائع وهو حكيم مقرر عند
المخالفين للحنابلة . وقد قال الحنفية آنذ بمقابلة الوصف (وهو نقصان العيب)
بجزء من الثمن لأنه قصد بالتناول . قال : ولأنه فات عليه جزء من المبيع
فكانت له المطالبة بعوضه . ولأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة
المعوض . فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض . ومع العيب فات
جزء منه فيرجع ببذله وهو الأرش^(٣) .

ولم أعثر على دليل لمذهب المالكية في التفرقة بين قدر العيب كثرة
وقلة . فالظاهر أنه مستمد من قاعدة المصالح أو موافق لعمل أهل المدينة .

وذكر الأنصارى في معرض الاستدلال لمذهب الامامية بجعلهم
الخيار متكافئا بين الرد أو الامساك مع الأرش : يدل على الرد الأخبار
المستفيضة . وأما الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد
بل ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد . فيجوز أن يكون
الأرش في هذه الصورة لتدازك ضرر المشتري لا لتعين أحد طرفي التخيير

(١) ربما كانت الإشارة إلى استدلال الكاساني - أو أحد سابقه بحديث المصرأة لمشروعية خيار العيب (البدائع
٢٧٤/٥) .

(٢) تكملة المحسوخ ١٦٥/١٢ .

(٣) المغنى ١٠٩/٤ م ٢٩٩٩ و ١١/٤ م ٣٠٠٤ .

بتعذر الآخر . ثم ذكر أن في الفقه الرضوي رواية يمكن بتطريق الاحتمالات إليها أن تصلح دليلاً وقال : وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار وهو صعب جداً . وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة . وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الاجماع على التخيير بين الرد والأرش . ولا يخفى أن هذا الحكم من غرائب الفقه الامامي من حيث الأصل وطريقة الاثبات لا من حيث النتيجة لأنها هي الحكم عند غيرهم كالحنابلة . وكان أقرب للصواب حسب أصولهم القول بأن موجب خيار العيب هو الرد فقط وفاقاً لما تضمنه حديث المصراة الذي هو من أصول خيار العيب . مع القول بجواز أخذ الأرش إن رضي البائع بذلك .

ولا مناص من ترجيح مذهب الاقتصار على التخيير بين الرد أو الامساك (ما دام الرد غير متعذر بخدوث عيب) لقوة أدلته وانطباقها على الحكم في التصرية ووقوفا عند الحد الأدنى للتعديل بين البائع والمشتري، لأن تحميل البائع أرش العيب دون رضاه فيه إجحاف به لا سيما في حال عدم تدليسه إياه بل جهله له أصلاً . فالأولى الحفاظ على التكافؤ بين العاقلين^(١) .

المبحث الثاني

الموجب الأصلي للخيار (الرد)

المطلب الأول

شروط الرد

للرد (بأنواعه : الانفرادي أو الاتفاقية بالتراضي . أو القضائي - وستأتي) شروط لا جدوى بدونها ، فيشترط لصحة الفسخ (أو الرد) :

(٣) المكاسب ٢٥٣/٢ تذكرة الفقهاء ٣٥٣/٧ تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٦٦٢ .
(١) سبق الإشارة إلى تنبيه المواق على اتخاذ مسألة عيب القيسة طريقاً للاسترباح بفتيش المشتري على عيوب ليحيط له بها من الثمن مع اغتباطه بالمبيع وقد يعطى فيه ربحاً وهو حاله . وإذا فرصنا عدم اغتباطه فان الرد حل عادل للطرفين .

١ - قيام الخيار ، وهذه الشريطة يقتضيها أن الفسخ فى الخيار إنما هو لأن العقد غير لازم . فإذا سقط الخيار لزوم العقد ، والعقد اللازم لا يَحتمل الفسخ .

وقيام الخيار باستيفاء شرائطه ، والشرائط الفرعية لكل منها وخاصة شريطة ظهور العيب المعتبر . فإذا زال العيب أو تخلفت إحدى شرائط اعتباره . أو سقط الخيار بمسقط كالرضا الصريح أو دلالة . . فلا مساع للفسخ ^(١) .

وهذه الشريطة غير محتاجة للتخصيص من كل مذهب بل يكفي ذكر بعض المذاهب . فمن ذلك تصريح المالكية بأنه يمنع من الرد بالعيب زوال العيب الكائن حين البيع أو قبله إلا الذى يحتمل العود . كبعض عيوب الرقيق . فإن زواله لا يمنع الرد ^(٢) .

٢ - أن يكون المردود على الوصف الذى كان مقبوضا :

والمراد أن لا يلحق بالمبيع عيب زائد عن العيب القديم فكما قبض المشتري المبيع عليه أن يرده غير معيب بعيب زائد كعيب الشركة الناشئ عن تفرق الصفقة ، أو العيب الحادث . . ^(٣) .

أما تعيب المبيع بتفرق الصفقة فهو موضوع الشريطة التالية وأما طروء عيب حادث على المبيع فهو أبرز أسباب الانتقال من الموجب الأصلي (الرد) إلى الموجب الذى يخلفه وهو الرجوع على البائع بنقصان العيب إلا إذا رضى البائع باستعادته معيبا بالعيب الحادث مجانا أو مع دفع مقابله ، وسيأتى مبحث خاص لذلك ^(٤) .

(١) البدائع ٢٧٣/٥ و ٢٨٦ و ٢٩٨ الفتاوى الهندية ٨١/٣ - ٨٢ رد المختار ٩٣/٤ .

(٢) الخرشي ٤٦/٤ وغيره من شروح خليل .

(٣) البدائع ٢٨٣/٥ و ٢٨٤ مستخلصا من توجيه قول أبى حنيفة فى منع أحد المشتريين لشيء واحد من رد نصيبه على البائع .

(٤) ربما يستحسن افراد هذين كشرطتين : أن لا يكون المردود قد تعيب . وأن لا ينشأ عنه تفرق الصفقة ، لكن لما تعلق بالأول من مباحث طويلة ناسب تخصيص هذه الإشارة إليه وإفراد مسألة التفرق بالصفقة بشرطة مستقلة وهى تتميز عن العيب الحادث بأن أثرها منع الرد ولا مجال للأورش فيها . .

٣ - أن لا يتضمن الفسخ تفرق الصفقة قبل التمام :

وهو ما قبل قبض المبيع كله . لما يترتب على التفرق من عيوب أحدها عيب الشركة كما سيأتى . قال الكاسانى : وهذا المنع فيما إذا لم يرضى البائع . إذ لو رضى لجاز . لأنه حينئذ ضرر مرضي من جهته لا يجب دفعه عنه^(١) وفى هذا يقول ابن حجر :

إذا اتحد المبيع صفقة لا يرد المشتري بعضه بعيب قهرا . ألا إذا كان البعض الآخر للبائع فحينئذ يرد عليه البعض قهرا وهو المعتمد من القاضى ومن تبعه . « لأن العلة الصحيحة فى امتناع رد البعض إنما هى الضرر الناشئ من تبعض الصفقة عليه . . . والتعليل باتحاد الصفقة وتفريقها بمجرد لا يصلح للتعليل . وإنما وجه العلة ما فيه من الضرر غالبا قالت العلتنان إلى شىء واحد هو انتفاء الضرر »^(٢) .

وتفرق الصفقة قبل قبض المبيع كله لا يجوز مهما كان المبيع . سواء كان شيئا واحدا كالثوب والدار أو المكيل والموزون فى وعاء أو أوعية . أو كان شيئين حقيقة وتقديرا كالثوبين والدارين . أو شيئين حقيقة شيئا واحدا تقديرا كمصراعي باب والنعلين^(٣) .

وكذلك قبض بعض المبيع فهو بمنزلة عدم القبض وسواء كان العيب بالبعض المقبوض أو بما لم يقبض .

ففى ذلك كله ليس للمشتري رد المعيب خاصة بحصته من الثمن لما فيه من تفرق الصفقة قبل تمامها بالقبض . والدليل على أن الصفقة لا تمام لها إلا بالقبض ان الموجود قبل القبض إنما هو أصل العقد والملك . وليس بصفة

(١) البدائع ٢٨٧/٥ فتح القدير ١٧٥/٥ الفتاوى الهندية ٧٦/٣ و ٨١ و ٨٢ و ٨٣ وفيه تفصيلات دقيقة لما يعتبر صفقة واحدة يتمتع بتفرقها وما ليس كذلك .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمى ٤٢٢/٢ - ٤٢٣ .

(٣) تفرق الصفقة سبب خاص من أسباب الخيار . وسيأتى بحثه فى الفصل الثالث من هذا الباب ولذا أثرت الاقتصار على بيان ما يوضح هذه الشرطة ، من جهة واحدة رأيتها الأوسع ، مع الإحالة إلى خيار تفرق الصفقة الآتى قريبا .

التأكيد . فهو « يَحْتَمِلُ الانفساخ بهلاك المعقود عليه . وهو آية على عدم التأكيد وإذا قبض وقع الأمن عن الانفساخ بالهلاك » ^(١) ولتوقف ملك التصرف على القبض . ولصحة الفسخ قبل القبض بمجرد الرد دون حاجة إلى قضاء أو تراضٍ . ولذا قال ابن الهمام : القبض له شبهة بالعقد لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الأصل . ولأن القبض مؤكد لما أثبتته العقد ^(٢) .

ودليل عدم جواز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها ما يلحق بالبائع من ضرر يجب دفعه ما أمكن . والضرر هو إلزام البائع بالشركة . والشركة في الأعيان عيب . هذا في تفريق الشيء الواحد . أما إذا كان المبيع أشياء ففيه ضرر آخر وهو لزوم البيع في الجيد بضمن الردى لأن ضم الردى إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار تروخا للردى بوساطة الجيد .

وأما اعتبار قبض البعض بمثابة عدم القبض فلأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه وقد عرفنا ما يترتب على القبض . . . وسواء وجد العيب في المقبوض أو في غيره - وروى عن أبي يوسف أنه إذا كان العيب في المقبوض فله رده خاصة بحصته . فهو نظر منه للمعيب واعتبار منه لما يقع فيه فالباقي تبع له في النظرة لكنه غير شديد لعدم أولويته على اعتبار غير المعيب بل هو أولى لأنه الأصل .

أما بعد قبضه المبيع جميعه فلا يمنع التفريق بل هو الواجب فعليه رد المعيب وليس له رد الجميع ، وذلك في الأشياء المتعددة (حقيقة وتقديرا) كالثوبين والدارين وقد خالف في ذلك زفر ، فالتفريق عنده بعد القبض مساو لما قبله . لما احتج به فيما قبل القبض من عادة خلط الردى بالجيد . وجوابه أن ما قبل القبض لا يجوز لعدم تمام الصفقة وهنا تمت ، وتضرر البائع جاء من تدليس الحقيقي، أو المفترض وقد أشار ابن الهمام إلى تضارب النقل عن زفر ،

(١) البدائع ٢٨٧/٥ وما هنا فيه تحريفان (وهو انه) بدلا من وهو آية و (الأمر) بدلا من (الأمن) .

(٢) البدائع ٢٨٧٥ فتح القدير ١٧٥/٥ .

فعلى ما ذكره القدورى فى التقريب وصاحب المختلف والمنظومة أنه موافق فى جواز رد البعض بعد القبض . وحمله ابن الهمام على اختلاف الرواية عنه .

هذا فى الشيئين فصاعداً ، أما فى الشيء الواحد كالثوب والدار فليس له التفريق بل يرد الكل أو يمسك الكل . لأن فى رد البعض إلزاماً بعيب الشركة وهى عيب حادث مانع من الرد^(١) .

ومن صور الشيء الواحد المكيل أو الموزون ، سواء كان فى وعاء واحد أو أوعية (خلافاً لمن فرق بينها فقال بالرد لأحد الوعائين لأنه أخف من حيث أثر اختلاط الجيد بالرديء وضرر الفصل . وحقق ابن الهمام أن ذلك مقيد بكون ما فى الأوعية ليس متحد الجنس مع أنه مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعضها تمراً برنياً وبعضها صيحانياً (مثلاً) أما إذا كان من جنس واحد فيرد الكل . لأن التقويم والمالية فى المكيل والموزون باعتبار الاجتماع لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقويم^(٢) .

ويعتبر كالشيء الواحد ما كان شيئين حقيقة لكنه شيء واحد تقديراً مما لا يمكن افراد أحدهما فى الانتفاع عادة ، كنعلين أو مصراعى باب فلا يجوز التفريق فيها عند الرد بل يرد الكل أو يمسك^(٣) .

من موانع الرد عند المالكية - فى الرقيق خاصة - أن يكون البيع من الحاكم ، أو الوارث ، مع علم المشتري بصفتهما : فإن كان البيع من الحاكم فى بيعه عن مدين أو غائب ، أو الوارث لقضاء دين أو تنفيذ وصية وحصل علم المشتري بصفتهما ، إما بالبيان منهما أو بمعرفة المشتري الخاصة ولو ظناً - فلا رد . أما إن جهل المشتري ذلك ، أو ظن ظناً أن البائع ليس هو الحاكم أو الوارث فإنه يخير بين الإمساك أو الرد .

(١) فتح القدير ، العناية شرح الهداية للبايرتى ١٧٦/٥ والمبسوط ١٠٢/١٣ - ١٠٣ .

(٢) فتح القدير ١٧٤/٥ وأصل الخلاف مذكور أيضاً فى العناية ١٧٦/٥ .

(٣) البدائع ٢٨٧/٥ .

وهذا فى بيع الرقيق خاصة . أما فى غير الرقيق ، من حيوان أو عروض فليس بيع الحاكم أو الوارث مانعا للرد فيه ويشترط لهذا المانع أن لا يعلم الحاكم - ولا المدين - أو الوارث بالعيب^(١) .

وفى تفرق الصفقة يفصل الملكية بين بقاء السالم (غير المعيب) وفواته ، فان كان فائتا فله رد العيب مطلقا وأخذ حصته من الثمن ، لأنه لو رد الجميع هنا رد قيمة الهالك عينا ورجع فى عين وهو الثمن وقيمة العرض الذى قد فات عند البائع ، ورد العين والرجوع فيها لا فائدة فيه .
وأما إن كان باقيا فله رد البعض بخصته بشرطتين :

١ - أن لا يكون المعيب هو الأكثر من النصف ولو بيسير فليس له رده بخصته ، بل إما أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع . أو يتماسك بالعرض بجميع الثمن .

٢ - أن لا يكون المعيب وجه الصفقة فليس للمبتاع إلا رد الجميع أو الرضا بالجميع .

ويستثنى من ذلك ما كان أحد مزدوجين ، أو مما منع الشرع تفرقه كالجارية وولدها^(٢) .

ولم يصور الملكية التفرق فى الشئ الواحد لاعتبارهم ذلك من العيب الحادث (المتوسط) وحكمة التخيير بين الامساك وأخذ أرش القديم أو الرد ودفع أرش الحادث ما لم يقبله البائع بالحادث^(٣) .

(١) الخرشى ٤٥/٤ والدسوقى على الشرح الكبير ١١٨/٣ وفيه أن ابن جبيب خالف فلم يعتبر عذرا جهل المشتري بصفة البائع (كونه الحاكم أو الورث) وقال : وهو أقرب .

(٢) الخرشى ٥٧/٤ - ٥٨ الدسوقى ١٣٤/٣ - ١٣٥ المواق ٤٥٩/٤ الخطاب ٤٥٩/٤ - ٤٦٠ وفيه نقلا عن التوضيح : ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك أحد مزدوجين وجوب قيمتهما .

(٣) الدسوقى ١٢٦/٣ وبقيّة شروح خليل .

ومذهب الحنابلة أن تفرق الصفقة مانع من الرد قطعاً إذا كان فى الشئ الواحد . وفى الشيئين مما ينقصهما التفريق أو مما لا يجوز التفريق بينهما ، كالجارية مع ولدها ونحوه . دفعا لضرر البائع أو لتحريم التفريق . أما إذا كانا شيئين مما لا ينقصهما التفريق (وما كان فى وعائين فهو كشيئين عندهم) ووجدتهما مبيعين فليس له رد أحدهما على الصحيح . قال المرداوى : وهو الصواب . فإن وجد بأحدها عيبا فليس له إلا رد المعيب فقط على الرواية المختارة من ثلاث روايات (١) .

وكذلك قال الشافعية لا يرد بعض المبيع المعيب . وإن زال الباقي عن ملكه للبائع على ما جزم به المتولى والسبكي والبغوى لأنه وقت الرد لم يرد كما تملك . ومثله ما لو كانا شيئين تتصل منفعة أحدهما بالآخر . أما الشيئان مما ليس كذلك - سواء كانا معيين أو ظهر العيب بأحدهما فليس له رد أحدهما بل يردهما . يفرق الشافعية بين تعدد الصفقة أو تفردها .

فإن تعددت الصفقة (وذلك بتعدد البائع أو تعدد المشتري . أو تفصيل الثمن) فله رد أحدهما فى الاظهر لأنه لم يحصل تفريق الصفقة . أما إن تفردت (بعدم توافر شئ من أسباب تعددها) فليس له رد البعض (٢) .

وتفرق الصفقة لا تنحصر صورته فى محل العقد . بل قد ينشأ عن تعدد العاقد . كما لو كان المشتري رجلين اشتريا شيئا واحدا واطلعا على عيب بالمبيع فإنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه فى قول أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف ومحمد: ينفرد .

وحجة الصاحبين أنه رد المشتري كما اشتراه فالرد صالح فى النصف لأنه مشتري نصفه . وحجة أبى حنيفة أن الرد لم يوجد على الوصف الذى كان

(١) المغنى ٤/١٢١م ٣٠١٧ و ٣٠١٨ والفروع وتصحيحه ٤/١١١ - ١١٢ وكشاف القناع ٣/٢٢٥ - ٢٢٦ .

(٢) مغنى المحتاج ٢/٦٠ ونهاية المحتاج ٤/٢٥ وتكملة المجموع ١٢/١٥٥ وشرح المنهج للقاضى زكريا بحاشية الجمل ٣/١٤٩ .

مقبوضا لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد - وهو هنا عيب الشركة - فلا يصح دفع الضرر عن البائع^(١).

وقد بين ابن قدامة مذهب الحنابلة وموافقته للشافعية في ذلك فقال : لو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا فله رده عليهما، فإن كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم. ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل نص أحمد على قريب من هذا. فإن أراد رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر جاز، لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص لأن المبيع كان مشقضا في البيع^(٢).

٤ - علم العاقد الآخر بالفسخ :

فلو فسخ بغير علمه لم يعتبر وكان له الرجوع عن فسخه وكان ذلك الفسخ موقوفا : ان علم به في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة كان ذلك إجازة للعقد. ويعبر بعض الفقهاء عن شريطة العلم هذه بقولهم : أن يجيز - أو يفسخ - في حضرة صاحبه ، وهم مجمعون أن المراد من الحضرة العلم وليس الحضور.

واشترط العلم للفسخ في خيار العيب متفق عليه بين أئمة الحنفية (وخالف في خياري الشرط والرؤية أبو يوسف) . سواء كان الرد قبل القبض أو بعده .

وليس العلم بمشترط عند الشافعية والحنابلة . فقد صرحوا بأن الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع وحضوره (ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده)^(٣) . أما الحنفية فلا يشترط للرد قبل القبض القضاء أو التراضي، أما إذا كان بعد القبض فلا بد من أحدهما .

(١) البدائع ٢٨٣/٥ - ٢٨٤ .

(٢) المغنى ١٤٥/٤ .

(٣) البدائع ٢٨٦/٥ و ٢٧٣ في خيار الشرط فتح القدير ١٢٢/٥ الفتاوى الهندية ٨١/٣ نقلا عن الذخيرة .

استدل القائلون باشتراط العلم للرد وهم الحنفية بأنه تصرف في حق الغير - وهو العاقد - بالرفع . ولأنه لا يعرى عن المضرة . ومما استدل به غيرهم : أن ملك البائع قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاه (ويلحظ ان غير الحنفية لم ينتهبوا للنكته في التعبير عن العلم بالحضور ولا عُنوا كثيرا بالترقة بين الرضا والحضور لعدم اشتراطهم ذلك كله) .

وأجاب النفاة بأنه قبل القبض مما تقرر أنه لا اعتبار عند رفع العقد لحضور من لا يعتبر رضاه فيه . وأما بعد القبض فهو رفع لعقد مستحق له بالعيب . فلا يعتبر فيه رضا البائع نظير ما قبل القبض .

وقد حقق ابن الهمام^(٣) أن الحجة الأولى للحنفية وهي أنه تصرف في حق الغير بالرفع غير مسلمة . لأنه تصرف بإذن العاقد ضمنا في شرط الخيار . في خيار الشرط (وهنا بإذنه تقديرا لأن خيار العيب خيار شرط حكما) فيقتصر النظر على الحجة الثانية (اثبات الضرر) فإن ما لحق بالبائع : من نقصيره . . وكثير في الفقه إلزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه (وتقصيره هنا حيث لم يبين العيب مع علمه به حقيقة أو افتراضا) . ثم قال ابن الهمام : فالوجه لأبي يوسف والشافعي أقوى .

المطلب الثاني

كيفية الرد

تمهيد :

الرد إما أن يتم بمحض ارادة صاحب الخيار . وإما أن يشترط لحصوله - عند الحنفية - وجود التراضي بين العاقلين أو الترافع للقضاء . وذلك يتبع حال الصفقة من حيث التمام وعدمه . وتتمامها كما هو معلوم

(٢) المغنى ١١٩/٤ م ٣٠١٣ كشف القناع ٢٤٤/٣ تكملة المجموع ١٥٧/١٢ .

(٣) فتح القدير ١٢٣/٥ وذلك في مبحث خيار الشرط - مع تصريحهم بأن الحكم متماثل عدا خلاف أبي يوسف

في غير خيار العيب . المجموع ١٥٧/١٢ - ١٥٨ المغنى ١١٩/٤ م ٣١٠٣ .

بالقبض ، فإذا لم تتم الصفقة - كما هي الحال الطبيعية في خيارَي الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده - وكما هو الشأن في خيار العيب قبل القبض ، فإن الرد لا يكون إلا بالتراضي أو التقاضى . لأنه بعد تمام الصفقة يعتبر الرد نقضاً للصفقة التى لم تتم فيكون انفساخا لا فسخا وهو أقرب إلى أن يكون رجوعا فى الايجاب قبل القبض الذى هو بمثابة القبول . فلا حاجة للتراضى . قال الكاسانى : لأن الصفقة قبل القبض ليست تامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنه لم يسترد (الصواب : يشتره) . ونحوه الرد بخيار الشرط لأن الصفقة غير منعقدة فى حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد فى معنى الرفع والامتناع من القبول^(١) .

أما إذا كانت الصفقة قد تمت فالرد لا يكون مجرد نقض وانفساخ تكفى فيه ارادة صاحب الخيار ، بل هو فسخ لصفقة تمت فلا بد فيه من التراضى أو التقاضى ، ويعلل الكاسانى ذلك بأن الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا . وبعبارة السرخسى : « الفسخ بعد تمام الصفقة نظير الاقالة ، وهى لا تتم إلا باتفاق العاقلين^(٢) » ولا فرق فى الرد بين وقوعه قبل القبض أو بعده عند الشافعية والحنابلة ، لأنه نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا للرضا . كالفسخ بخيار الشرط (بالاجماع) وكالرد بالعيب قبل القبض فكذا بعده . ولأن الرد بالعيب عندهم يرفع العقد من أصله فلم يتفاوت الرد^(٣) .

نخلص من هذا التمهيد إلى أن الحنفية ينظرون إلى وقت الرد ، فإذا كان قبل القبض فتكفى فيه الارادة المنفردة لصاحب الخيار ، أما إذا صادف ما بعد القبض فلا بد من اتفاق العاقلين أو اللجوء إلى القضاء .

(١) بدائع الصنائع ٢٨١/٥ الفتاوى الهندية ٦٦/٣ فتح القدير ١٦٨/٥ .

(٢) المبسوط للسرخسى ١٠٣/١٣ وكرر التشبيه بالاقالة فى شرح السير الكبير ٢٩٤/٢ « الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء يكون بمنزلة الاقالة فيه » والغريب أنه لم يتعرض فى المبسوط لكيفية الرد إلا بمناسبة رد المشتري الثانى على المشتري الأول فى حال تعاقب البيع .

(٣) المهذب ٢٨٤/١ الشرح الكبير على المقنع ٨٦/٤ تكملة المجموع للسبكي ١٥٧/١٢ .

صيغة الفسخ واجراءاته :

ذهب الحنفية - كما ذكرنا - إلى أن الفسخ قبل القبض يحصل بالارادة المنفردة، والمراد قول المشتري: رددت أو فسخت ونحو ذلك من العبارات . أما بعد القبض فلا بد من الاتفاق بأن يفسخ صاحب الخيار ويقبل العاقد الآخر أو يتقاضيان . قال الكاساني :^(١) لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ، ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما دون رضا الآخر . أما قبل القبض فالصفقة لم تتم فكان من السهل الرد لأنه كالامتناع من القبض وهو تصرف دفع وامتناع وذلك خالص حقه .

أما عند الشافعية والحنابلة فالفسخ يجوز للمشتري مهما كانت الكيفية : في حضور البائع أو غيبته . برضاه أو عدمه ، ولا يفتقر إلى الحاكم^(٢) . ولكن نظرا لذهاب الشافعية إلى أن خيار العيب يثبت على الفور . لا التراخي ، وأنه تجب المبادرة إلى الفسخ والآن سقط ، فقد احتيج إلى القيام ببعض الاجراءات دون أن تختص صورة منها بالوجوب ، بل يجرى عنها ما يؤدي المراد وهو إثبات مبادرته للفسخ .

فالمشتري حين إرادته الفسخ وردَّ المعيب على البائع إما أن يكون البائع حاضرا بالبلد أو غائبا ، فإن كان حاضرا فهو مخير بين أن يأتي إليه ليفسخ ويرد أو أن يأتي إلى الحاكم ، والإتيان إلى الحاكم أوكد لأن البائع ربما يحوجه آخر الأمر إلى المرافعة للحاكم، فالإتيان إليه بدءاً يفصل الأمر جزما. وليس المراد من الرفع إلى الحاكم - مع حضور الخصم بالبلد - الدعوى ، لأن غريمه وإن غاب عن مجلس الحكم حاضر في البلد وهو ليس متواريا ولا متعززا ، فالمراد الفسخ بحضرته لغلبة وجود شهود بمجلسه ، وإن لم يكن عنده شهود فهو يقضي بعلمه في الأصح ثم يطلب الحاكم غريمه . أما إن كان البائع غائبا - مهما كانت المسافة - ولا وكيل له حاضرا فكيفية الفسخ بالعيب أن يرفع الأمر

(١) بدائع الصنائع ٢٨١/٥ .

(٢) تكملة المجموع ١٥٧/١٢ .

إلى الحاكم ، وطريق الرفع أن يدعى الشراء منه بثمن معلوم قبضه ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع وقيم بينة بذلك وخلفه الحاكم أن الأمر جرى كذلك . - لأنه قضاء على غائب - ونحكم بالرد على الغائب ويبقى الثمن دينا عليه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ثم يعطيه القاضي الثمن من مال الغائب . فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه .

فالحلاصة أنه إذا كان كل من الخصم والحاكم بالبلد وجب الذهاب إلى أحدهما، فإن آخر سقط حقه وان فسخ. ولكن هناك صورة بديلة عن الذهاب إلى البائع أو الحاكم ، وهي أن يُشهد على الفسخ فلا يسقط حقه ولا يلزمه الذهاب بعد ذلك إلا للتسليم وفصل الخصومة، على ما حققه السبكي خلافا لما تُوهمه بعض عبارات المتون .^(١)

ولابن تيمية - فيما اختاره من الفقه - تحقيق في ذهاب الحنابلة إلى قصر توقف الفسخ على الحاكم في نطاق خاص هو ما اختلفت فيه الأنظار الفقهية . قال : وتعليل أصحابنا توقف الفسخ على الحاكم باختلاف أهل العلم فانه إن أريد كل خيار مختلف فيه فانه يتوقف على الحاكم فخيار المعتقة يجب وهو مختلف فيه ، وخيار ما بعد الثلاث مختلف فيه . وهما لا يتوقفان على الحاكم .

ثم خيار امرأة المجهول متفق عليه . وهو من جملة العيوب التي لا تتوقف على الحاكم . . . فإن أصل خيار العيب والشرط مختلف فيه . بخلاف خيار المعتقة لأنه أصل خيار العيب .

ثم خيارات البيع لا تتوقف على الحاكم مع الاختلاف. والواجب (أولا) التفريق بين النكاح والبيع ، ثم لو علل بخفاء الفسخ وظهوره ، فإن

(١) معنى المحتاج ٥٧/٢ وشرح المنهج بنحاشية الجمل ١٤٣/٣ نكلمة المجموع ١٣٩/١٢ - ١٥٠ وأسهب كثيرا في بيان الوجوه والتأويلات حتى تعذر استخلاص المذهب مما ذكره إلا عن طريق الكتب المؤلفة بعده والمعتيدة على ما فيه ولم يتعرض الحنابلة لذلك كله . لأن الخيار عندهم على التراخي .

العيوب وفوات الشرط قد تخفى وقد يتنازعون فيها ، بخلاف اعتاق السيد ،
لكان أولى من تعليله بالاختلاف .

ولو قيل : ان الفسخ يثبت بتراضيهما تارة ، وبحكم الحاكم أخرى ،
أو بمجرد فسخ المستحق ثم الآخر إن أمضاه وإلا أمضاه الحاكم لتوجه ، وهو
الأقوى .

ومتى أذن - أو حكم - لأحد باستحقاق عقد أو فسخ مأذون له لم
يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع ، لكن لو عقد الحاكم أو فسخ فهو
فعله والأصح أنه حكم^(١) .

المطلب الثالث

طبيعة الرد ، وآثارها في تعاقب البيع

عرفنا من مذهب الحنفية أنه إذا كان الرد بالتراضي بين
المتعاقدين فهو فسخ في حقهما بيع في حق غيرهما ، وذلك في الرد بعد
القبض (أما قبل القبض فهو رد بإرادة منفردة) وإذا كان الرد بالقضاء
كان فسخا في حقهما وفي حق غيرهما . أما عند غير الحنفية فالفسخ رفع
للعقد من أصله مطلقا^(٢) .

ويظهر أثر هذه الطبيعة في حال تعاقب بيعين على المعيب بعيب
قديم ، حيث يفرق بين أن يكون قبول الرد من البائع الثاني حصل
بالتراضي أو بالقضاء ، فإن تم بالقضاء ، بإقامة البينة على أن العيب كان
عنده بعدما أنكر العيب ، أو بنكوله عن اليمين على العيب ، أو بإقراره
بالعيب انه كان عنده والمقصود صدور اقرار منه ثم انكاره فيقيم المشتري
البينة على ذلك الاقرار (أما الاقرار المبتدأ فلا حاجة معه إلى القضاء
أصلا) ففي هذه الحال للبائع الثاني أن يرده على بائعه الأول فيخاصمه
ويفعل الاجراءات الواجبة لرده عليه .

(١) الاختيارات ، علاء الدين البعلی ص ١٣١ (جمعها من كتب ابن تيمية لما اختاره من الفقه) .

(٢) الهدية ٦٦/٣ نقلا عن السراج الوهاج . تكملة المجموع ١٥٧/١٢ فتح القدير ١٦٥/٥ .

بناء على طبيعة الرد هنا فهو فسخ من كل وجه فجعل البيع كأن لم يكن وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه . وفي إثبات الرد هنا للبائع الثانى على بائعه الأول اشكال تناقضه حين أنكر قيام العيب - فى مواجهة المشتري الثانى - ثم ادعاه فى مواجهة من اشترى هو منه وأجيب بأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء فانعدم انكاره العيب . ويجوز اعتبار انكاره لدفع الخصومة لا أنه ظاهر فى الصدق . وفيه مناقشة لابن الهمام بأن المناقضة لم ترتفع ^(١) .

وإن كان قبول المشتري الأول للرد بغير القضاء بل برضاه فليس له الرد على بائعه ، لأن الرد بالتراضى بيع جديد فى حق غير المتعاقدين - أو كما يعبرون : فى حق الثالث - والبائع الأول هنا غير المشتري الأول والمشتري الثانى، كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثانى وفى هذه الحال ليس له أن يرده على البائع الأول .

ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه الأول ولا يقال انهما بالتراضى على الرد فعلا عين ما يفعله القاضى . لأن الحكم الأصلي فى هذا هو المطالبة بالسلامة من العيب ، وإنما يصار إلى الرد للعجز . فإذا نقلاه إلى الرد لم يصح فى حق غيرهما الا يرى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب ^(٢) .

هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثانى بعد قبضه ، أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثانى بشرط الخيار له - أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثانى بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقا (وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على

(١) فتح القدير ١٦٥/٥ - ١٦٦ وذكر أنه استشكل مع جعل الرد بالقضاء فسخا من كل وجه ست مسائل من

أبواب مختلفة ثم أجاب عنها بأن المراد كونه فسخا وعودا للملك القديم فيما يستقبل لا فيما مضى .

(٢) فتح القدير ١٦٧/٥ - ١٦٨ .

قضاء) قال في الايضاح : الفقه فيه أنه قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء^(١) .

وتعرض ابن قدامة لهذه المسألة فذكر أن المشتري الأول إن عاد المبيع إليه من المشتري (الثاني) فأراد رده بالمبيع القديم ينظر : فإن كان حين باعه عالما بالعيب ، أو وجد منه ما يدل على رضاه فليس له رده ، لأن تصرفه رضا بالعيب . وإلا كان له رده . . سواء رجع إلى المشتري الأول بالمبيع القديم أو بإقالة أو هبة أو شراء ثانٍ أو ميراث . . .^(٢)

المبحث الثالث

الموجب الخلفي للخيار

الامساك مع الأرض (أو الرجوع بنقصان الثمن)^(٣)

تمهيد :

هناك أمور تطرأ على المبيع، من زيادة أو نقصان أو تصرف، تمنع رد المبيع ، وحينئذ ينتقل حق المشتري من الرد إلى الرجوع بنقصان الثمن ، على تفصيل بين المذاهب في هذا الموجب ، ولما كان هذا الموجب بديلا عن الخيار بين الرد والامساك (الذي هو الأصل) أمكن تسميته (الموجب الخلفي) وكما هو مقرر لا يجتمع الخلف والأصل بل يتعاقبان ، فإذا تعذر الأصل يصار إلى ما هو خلف له .

(١) فتح القدير ١٦٨/٥ .

(٢) المغنى ٢٤٨/٤ .

(٣) الأرض : هو في اللغة دية الجراحات ، وأصله من الفساد يقال : أرشت الحرب والنار إذا أوريتها . والتأريش بين القوم : الافساد بينهم ، ولما كان نقصان الاعيان فسادا فيها سمي نقصان الثمن : الارش . وهو في الشرع عبارة عن الشيء المقدّر الذي يحصل به الجبر عن الفاتت (المصباح المنير . مادة/أرش ، والمغرب للمطرزي ، والقاموس . تكملة المجموع للسبكي ١٦٧/١٢) .

هذا مذهب الحنفية والشافعية والامامية والزيدية . وقد عرف غيرهم هذا الموجب مع اختلاف المجال ، فالمالكية حين جعلوا العيوب أنواعا ثلاثة : العيب اليسير (ليس فيه شيء) وعيب الرد (وهو الفاحش الذى يكون فيه المشتري بالخيار بين الرد والامساك بلا أرش) وعيب القيمة أرادوا بهذا الأخير العيب المتوسط الذى ينقص من الثمن . وموجب عيب القيمة ان يحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب . فمثل هذا النوع نقصان الثمن هو موجب الأصل .

كما أن الحنابلة يثبتون الخيرة للمشتري بين الامساك بنقصان الثمن أو الرد ولو لم يتعذر الرد^(١) . فهذا هو الموجب الأصل لل خيار عندهم . أما الموجب الخلفي عند تعذر الرد بسبب عيب حادث فهو التخيير بين الرد واعطاء أرش العيب الحادث وبين الامساك وأخذ أرش العيب القديم . وهو الحكم عند المالكية أيضا .

وبما أن صنيع المالكية مغاير للآخرين تماما فلا بد من إيضاح اتجاههم فى قسم العيب الذى انفردوا فيه . العيب ثلاثة أقسام :

١ - القليل جدا . ومثلوا له فى الدور بكسر رِفّ أو خلع بلاطة . ويمكن أن لا يسمى عيبا أصلا لأنه خارج عن التعريف ولهذا لم ينوه به ابن رشد بل اقتصر على ذكر النوعين الآخرين باسمي (اليسير والكثير) .
 وذهب ابن حزم إلى أن حدوث عيب عند المشتري من قبل الله تعالى أو من فعله أو من فعل غيره لا أثر له ، إذ يبقى للمشتري الخيار بين الرد والامساك حتى لو استعمله فلا يرد شيئا لأجله بل له الرد أو الامساك لأنه تصرف فى مال نفسه وفى متاعه بما أباح الله تعالى له^(٢) .

(١) القوانين الفقهية ٢٥٨ وذكر أن هذا التقسيم فى غير الحيوان وأما فيه فيرد بكل ما يحط من القبلة . المغنى ١١١/٤ م ٣٠٠٣ كشف القناع ٢٢٤/٣ الفروع ١٠٦/٤ تذكرة الفقهاء ٥٢٤/١ بداية المجتهد ١٧٧/٢ المقدمات ٥٧٠ الحاشي ٤٢/٤ الخطاب والمواق ٤٣٤/٤ الدسوقي ١١٤/٣/٣ الروض النضر للسيباني ٥٣٣/٣ وذكر قولاً عن الهادي كذهب الحنابلة الآتى قريبا .

(٢) المغنى ١١٢/٤ م ٣٠٠٦ ولأحمد رواية أخرى فى الموجب الخلفي هي : ليس له الرد وله أرش العيب القديم . الدسوقي ١١٤/٣ الخ ٧٢/٩ م ١٥٧٩ .

٢ - القليل المتوسط . وسماه الخرشى (القليل لا جدا) وسمى فى بعض المراجع : اليسير بمقابلة الكثير . وسماه ابن جزى (عيب قيمة) . واطلق عليه فى المدونة وغيرها كلمة (الفوت) بمعنى العيب المتوسط الذى يفوت به امكان الرد وينتقل الحكم للامساك والرجوع بقيمة العيب . ومثاله : صدع جدار لم يخف منه على الدار .

٣ - الكثير . أو الخطير كما دعاه الخطاب . وسماه ابن جزى (عيب رد) ومثاله فى الدور صدع جدار يخاف منه على الدار^(١) .
طريقة معرفة الأرش^(٢) :

هى أن يقوم المبيع بلا عيب ، ثم يقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت وتؤخذ نسبته إلى القيمة هل هو عشر أو ثمن أو ربع . . الخ . فإن كان التفاوت عشر القيمة رجع المشتري بعشر الثمن^(٣) وهكذا^(٤) .

قال صاحب « الأشباه » وترتيبه : ولم يذكر قاضيه خان ولا الزيلعى ولا ابن الهمام هل القيمة (التى ينسب إليها النقصان) يوم العقد أو القبض وينبغى اعتبارها يوم العقد^(٥) .

(١) الخطاب ٤٥٤/٤ لبيان معنى (الفوت) القوانين الفقهية ٢٥٨ المقدمات ٥٧٠ الخرشى ٤٢/٤ الخطاب والمواق ٤٣٤/٤ - ٤٣٥ وقد اختلف فى حدّ الكثير على ستة أقوال ، والراجع أنه ما نقص من القيمة ثلثها ، ومال ابن رشد إلى اعتبار العشرة من مائة . وتفصيله فى الدسوقى على الشرح الكبير ١١٤/٣ .
(٢) للأرش مباحث مفصلة فى تكملة المجموع للسبكي ٢٦٥/١٢ - ٢٩٤ و ٣٠٣/١٢ - ٣٠٩ والمكاسب للأصارى ٢٧٢ - ٢٧٥ وتذكرة الفقهاء ٣٥٣/٧ وغيرها .

(٣) لما كانت الأثمان قديما هى الذهب والفضة وما شابهها فقد تعرض بعض الفقهاء إلى أن الأرش هل يؤخذ من (عين الثمن) أو يدفعه البائع من حيث شاء . وللحالة فيه احتمالان ، وصحّح ابن نصر الله الاحتمال الثانى بترك الأمر لبائع قال فى تصحيح الفروع : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب (كشف القناع ٢١٨/٣) ووقع فيه تحريف كلمة (عين الثمن) إلى (عيب الثمن) كما هو واضح .

(٤) فتح القدير ١٢/٦ الفتاوى الهندية ٨٣/٣ المغنى ١١١/٤ تكملة المجموع ٢٦٥/١٢ وترتيب الأشباه والنظائر ٢٦٢ .

(٥) وفى المغنى أن الحسن البصرى قال : يرجع بقيمة العيب فى الثمن يوم اشتراه قال أحمد : هذا أحسن ما سمعت (المغنى ١١٢/٤) . وقال فى شرح الروض ٦٣/٢ : هو أقل قيمتى وقت العقد والقبض « وتكملة المجموع ٢٧١/١٢ » .

المبحث الرابع

موانع الرد^(١)

أو أسباب الموجب الخلني (الأرش)

لقد عني الكاساني^(٢) بالبيان المنسّق لموانع الرد التي يحل فيها الموجب الخلني (نقصان الثمن) محل الموجب الأصلي الذي هو الرد ، بعد أن قرّر أن ذلك لا يكون عند الحنفية إلا بتعذر الرد لسبب من الأسباب المسقطة للرد . وقد عبر الكاساني عن تلك الأسباب بقوله : « ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع » ثم ذكر جميع مسقطات الرد دون فصل بين ما يخلفه فيه الأرّش وما يمتنع فيه الرد والأرّش معا . وسنستعرض فيها ما ينقل الموجب من الأصلي إلى الخلني ، أي ما يمنع الرد دون الأرّش وتلك الموانع جدّيرة بأن تلقّب بحسب طبيعتها ، فهي : مانع طبيعي ، أو شرعي ، أو عقدي^(٣) .

المطلب الأول

المانع الطبيعي

ذكر الكاساني أن هلاك المبيع في يد البائع يمنع الرد ، لفوات محل الرد ، ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن ، لأنه يحمل تبعة الهلاك قبل القبض . أما بعد القبض فقد أفاد صاحب الهداية أن موت محل الرد بيد

(١) آثرت التعبير بذلك بدلا من « مسقطات الخيار » لأن المسقطات تتسع لموانع الرد وحده وموانع الرد والأرّش معا . وهذا التعبير إشارا لما ذهب إليه الحنفية والشافعية من ربط الأرّش بتعذر الرد . ولا يخفى أن اختلاف المذاهب ينقص كل عنوان إلا بإشارا وجهة على أخرى مع بيان الجميع تحت العنوان .

(٢) البدائع ٢٨١/٥ ويلحظ أن مباحث الموجب الخلني للخيار ليس فيها من معنى الخيار شيء ، لأن المراد بالخيار تمكين العاقد من الفسخ أو الاجازة ، والفسخ هنا متعذر . ومن هنا لم يحفل السهري بهذه المباحث عند تعرضه لخيار العيب في مصادر الحق ٢٨٠/ .

(٣) قال الزيلعي : ومتى امتنع (أي الرد) لا من جهته ، أو من جهته بفعل غير مفسوم كالهلاك بآفة سماوية ، أو انقاص ، أو زاد زيادة مانعة من الرد ، أو الاعتاق وتوابعه كالتدبير والاستيلاء لا يمنع من الرجوع بالنقصان ، (٣٧/٤ تبين الحقائق) .

المشتري يمنع الرد ويجعل موجب الخيار الرجوع بنقصان الثمن والمراد أن هلاك المبيع بسبب سماوى يمتنع معه الموجب الأصلي الذى هو الرد ليحل معه الموجب الخلفى (نقصان الثمن) .

ويستوى فى الهلاك أن يكون بسبب سماوى أو باستهلاك المشتري له على سبيل الاستعمال والانتفاع المشروع . لا الاتلاف . وذلك بأكل الطعام أو لبس الثوب حتى يتخرق . وفى هذا النوع خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه . واعتباره فى موانع الرد دون الأرش هو مذهب الصاحبين ومالك وأحمد . لأن المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به . ولأبى حنيفة أنه ألتفه بفعل مضمون منه لو وجد . فى غير ملكه ، وقد انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضا . وإن اقتصر الاستهلاك على بعضه فعند الصاحبين يرجع بنقصان الثمن فى الأكل وفى رواية ثانية: يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل^(١) .

ومثل الهلاك فى امتناع الرد : انتهاء الملك عن الشيء ، وهو يكون بأحد أمرين :

١ - الموت ، لأنه ينتهى به الملك لا بفعل المشتري ، فيمتنع الرد حكما ويبقى له الرجوع بالنقصان .

٢ - الاعتاق ونحوه كالتدبير والاستيلاد (لا الاعتاق بمال أو المكاتبه) لأنه انتهاء قابلية الملك التى تثبت مؤقتا إلى حصول الاعتاق . فهو كالموت فى منع التملك والتملك فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر . لأن الشيء يتقرر بانتهائه . وهذا على الاستحسان ، أما فى القياس فأثره امتناع الرد والأرش ، وفى رواية لأبى حنيفة - وهو مذهب الشافعى وأحمد - يرجع بالنقصان ، لأن العتق انتهاء للملك ، ورجح ابن الهمام أنه مسقط للخيار جملة^(٢) .

(١) البدائع ٢٨٣/٥ فتح القدير ١٦١/٥ - ١٦٣ رد المختار ٨٢/٤ - ٨٣ نيبين الحقائق ٣٥/٤ مغنى المحتاج ٥٤/٢

الخرشنى ١٣٨/٥ كشاف القناع ٦٣/٢ .

(٢) الهداية وفتح القدير ١٦٢/٥ ورد المختار ٨٣/٤ ومراجع المذاهب السابقة .

وقد سَوَّى الحنفية والشافعية بين هلاك المعيب بالعيب أو بغيره .
 وفرق المالكية بينهما ، فوافقوهم فى الرجوع بنقصان الثمن فى الهلاك بغير العيب
 المدلس أما فيه فللمشتري الرجوع بالثمن كله ^(١) . أما الحنابلة فالتفرقة عندهم
 ليست بحسب الهلاك بالعيب أو غيره بل بحسب وقوع التدليس وعدمه ، فان
 كان البائع سيء النية ودلس العيب ثم هلك المبيع به أو بغيره فللمشتري الرجوع
 بالثمن كله ، أما إذا لم يدلس البائع فرجوعه بنقصان الثمن فقط . ولا يخفى
 رجحان مذهب المالكية لربطهم مقدار الجزاء بأثر العمل ، فلا يرجع بالثمن كله
 إلا إذا كان العيب المدلس هو الذى أودى بالمبيع ^(٢) ويسمى المالكية ذلك
 بالفوت ويقسمونه إلى فوت حسى ، وفوت حكمى ^(٣) .

المطلب الثانى

المانع الشرعى

هذا المانع عبارة عن حصول زيادة فى المبيع عند المشتري على أن
 تكون زيادة منفصلة متولدة (بعد القبض) أو متصلة غير متولدة (مطلقا ،
 قبل القبض أو بعده) فظهور الزيادة بعدما ظهر عيب فى المبيع يمتنع به الرد
 ولو قبل البائع لأن المنع لحق الشرع . وفيما يأتى تفصيل هاتين الصورتين
 المانعتين من الرد والناقلتين الموجبتين إلى الأرش ^(٤) :

(١) البحر الرائق ٣٩/٦ فتح القدير ١٦١/٥ مغنى المحتاج ٥٤/٢ المهذب ٢٩١/١ نهاية المحتاج ٢٤/٤ .

(٢) المغنى ١٣٥/٤ كشاف القناع ١٨٠/٣ « سواء تعيب المبيع عند المشتري أو تلف بفعل الله كالمرض . أو بفعل
 المشتري مما هو مأذون شرعا » .

(٣) الخرشى ٤٨/٤ الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٤/٣ .

(٤) ليس للخيار أثر على الزيادة (كما فى خيار الشرط) بل هى المؤثرة عليه لأن العقد فى خيار العيب ممتنع للزوم

فقط - وليس ممتنع الابتداء أو التمام - على أن للرد أثرا على الزيادة من حيث مستحقها . لذا كان المكان

المناسب لبحث الزيادة عموما هنا . دون الاختصار على ما يمنع الرد منها . وللزيادة تقسيم حاصر . وهوانها ،

إما أن تكون قبل القبض أو بعده ، وكل منهما إما متصلة أو منفصلة ثم ينقسم كل من هذين إلى متولدة من

الأصل وغير متولدة أو منفصلة ثم ينقسم كل من هذين إلى متولدة من الأصل وغير متولدة ، فالصور المتكونة

من هذا التقسيم ثمانية ، وسنرى أن الذى يمنع الرد منها ثلاث صور ويمكن إرجاعها إلى صورتين فقط إذا

استعمل فى إحداها عبارة الاطلاق ، وهما : (١) و (٢) - الزيادة المتصلة غير المتولدة مطلقا ، أى قبل

القبض أو بعده بلا فرق . (٣) - الزيادة المنفصلة المتولدة بعد القبض فقط .

أولاً - الزيادة المتصلة غير المتولدة (مطلقاً : قبل القبض أو بعده) ، كالصبغ والخياطة في الثوب ، والبناء والغرس في الأرض ، لأن هذه الزيادة ليست تابعة ، بل هي أصل بنفسها فتعذر معها رد المبيع ، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل ، ولا يمكن رده مع الزيادة^(١) ، لأنها ليست تابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ (إلا أن تراضياً على الفسخ فهو إقالة وكبيع جديد) ولو قال البائع : أنا أقبله كذلك ، ورضي المشتري لا يجوز أيضاً ، لأن المنع لحق الشرع لاستلزامه الربا .

ثانياً - الزيادة المنفصلة المتولدة ، بعد القبض خاصة ، كالولد والثمره واللبن وأرش الجناية . وتلك الزيادة تمنع الرد بالعيب أيضاً لأن الزيادة مبيعة تبعا لثبوت حكم الأصل وحصلت في ضمان المشتري ، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن ، وهذا من صور الربا^(٢) .

وخالف الشافعي في هذه الزيادة ، فعدها كالكسب ، لإمكان الفصل عن الأصل بدونها ، والزيادة للمشتري ، فهي لا تمنع الرد . قال ابن الهمام : ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الأعيان والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا ، لما فيه من شبهة الربا^(٣) .

لوزال هذا المانع بأن هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن . وهذا مماثل لمذهب الشافعية قبل الحكم بالأرث .

ثم ان حق الرجوع بالنقصان ثابت للمشتري في حال الزيادة المذكورة

(١) ورد حكم هذه الصورة في مصادر الحق للسنهوري ٢٨٦/٤ وأن حكمها « لا تمنع » وهو خطأ وسياق نقله سياق البدائع والحكم فيه ما ذكرنا ، فلعله وقع هناك خطأ في النقل أو الطبع .

(٢) البدائع ٢٨٥/٥ - ٢٨٦ فتح القدير ١٦٠ - ١٦١ رد المختار ٨٠/٤ - ٨١ .

(٣) فتح القدير ١٦١/٥ الفتاوى الهندية ٧٧/٣ تكملة المجموع ٢٥٤/١٢ .

ولو باع الشيء بعد ذلك ، لأن الامتناع قبل البيع لحق الشرع فليس حابسا للمبيع بالبيع^(١) .

أما صور الزيادة الأخرى فلا تمنع الرد ، ولذا لا رجوع معها بالأرث ، وهى

١ - الزيادة المتصلة المتولدة ، كالكبر والسمن . ومنها عند الحنابلة الجنين قبل الوضع والثمرة قبل التأبير . وهى لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية عند الحنفية ان رضى المشتري بردها مع الأصل، وان أبى المشتري الرد كان له الرجوع بالأرث خلافا لمحمد .

والحكم كذلك عند الحنابلة ، لأن الزيادة تمخضت تابعة للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا - كما قال ابن الهمام - أو كما قال الكاسانى : كانت الزيادة مبيعة تبعا ، وما كان تبعا فى العقد يكون تبعا فى الفسخ . ولا فرق فى هذه الزيادة أن تحدث قبل القبض أو بعده^(٢) .

٢ - الزيادة المنفصلة المتولدة ، قبل القبض كالولد واللبن والثمر فى بيع الشجر وهى لا تمنع الرد بالعيب ، لكن لا يرد الأصل وحده ، بل إن شاء المشتري ردهما جميعا وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن . وقال الحنابلة : يرد الأصل دون الزيادة ، فهى للمشتري .

٣ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة . كالغلة والكسب ، وهى لا تمنع من الرد وهو الحكم لدى الشافعية والحنابلة . ويفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة ويسلم الكسب للمشتري لأنه حصل فى ضمانه، ودليل ذلك الحديث

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ١٦٠/٥ - ١٦١ .

(٢) البدائع ٢٨٤/٥ فتح القدير ١٦١/٥ المغنى ١٣٠/٤ وقد جاء حكم هذه الصورة عند ابن الهمام موهبا للعكس حيث قال : « وهى تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها ، لأن العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال » ثم قال بعد : « فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعا وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن » فعرف بهذا أن مراده من المنع : منع رد الأصل وحده لا امتناع رده معها . وفى البدائع ٢٨٤/٥ والفتح ١٦١/٥ تفصيلات بشأن وجود عيب بالزيادة وحدها وفروع أخرى تنظر هناك .

الذى فيه قول البائع : انه استغل غلامه فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ، ولأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هى مملوكة بملك الأصل . فبالرد يفسخ العقد فى الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أى حنيفة (لكنها لا تطيب له ، لأنها وإن حدثت على ملكه هى ربح ما لم يضمن وعند الصاحبين : الزيادة للبائع ولا تطيب له) . هذا إذا اختار الرد، أما إن رضى بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لأنها ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه . ولأنها زيادة لا يقابلها عوض فى العقد وهو ربا. وقال الحنابلة : الكسب للمشتري بمقابلة ضمانه . دون فرق بين ما قبل القبض أو بعده .

هذا إن كانت الزيادة قائمة فإن هلكت بأفة سهاوية لم يتغير الحكم . وإن هلكت بفعل المشتري فالبائع بالخيار بين القبول ورد جميع الثمن وبين الرفض ورد النقصان وإن هلكت بفعل أجنبي امتنع الرد ، وتفصيله عند الكاسانى^(١) .

المطلب الثالث

المانع العقدى : (العيب الحادث)

العقد المبرم بين العاقدين يقوم على الالتزام بما أُلزم به كل منهما نفسه من مبيع وثمن ، بموجب العقد . ولذا كان حق الرد للمعيب مقيدا بأن لا يقع ما يخل بالالتزامات الموزعة فى العقد. فإذا تعيب المبيع عند المشتري بعيب حادث . سواء كان بفعل المشتري أو بأفة سهاوية أو بفعل المعقود عليه إن كان ذا حياة ، فإن الرد للمعيب - وهو الموجب الأصلى يمتنع . وينتقل إلى الموجب الخلفي وهو الرجوع بالنقصان، لأن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التى كان عليها عند القبض ولم يوجد لخروجه معيبا بعيب واحد فقط، ولأن فى الرد اضراراً بالبائع وهو إخلال بطبيعة العقد . لأن المبيع خرج

(١) البدائع ٢٨٤/٥ - ٢٨٥ - المعنى ١٣٠/٤ نكلة المجموع ٢٥٤/١٢ .

عن ملكه سالما من العيب الحادث فلو ألزم به معيبا تضرر . لأنه إذا كان يضمن العيب القديم لا يضمن الحادث لوقوعه بعد القبض والمبيع بيد المشتري فانعدم شرط الرد . وبما أنه لا بد من دفع الضرر عن المشتري لمقابلة الجزء الفائت الذى صار مستحقا له بالعقد فقد تعين الرجوع بالنقصان ورد حصته الجزء الفائت بالثمن .

ولم يجعل الحنفية للمشتري حق الرد - مع العيب الحادث دون أرش - باعتبار أنه غرر به البائع كما صنع الحنابلة - لأن المشتري هو المسبب بالعجز عن الرد بما باشره فى المبيع - أو بما حصل فيه على ضمانه - وفى إلزام الرد بالعيب الحادث اضرار بالبائع لا لفعل باشره (وتقصيره بعدم بيان العيب لا يمنع عصمة ماله) فكان الأنظر للطرفين هو دفع الأرش للعيب القديم^(١) .

ولكن من الممكن العود إلى الموجب الأصلي لخيار العيب . وهو الرد . إذا رضى البائع بأخذ المبيع معيبا بالعيب الحادث عند المشتري بعد القبض فذلك له . لأنه رضى بالضرر بمشيئته . وقد كان عدم إلزامه المبيع لدفع الضرر عنه فإذا رضى فقد أسقط حقه فيعود حق الرد وليس للمشتري التمسك بحق الرجوع بالأرش .

قد يقال : ان الرجوع بنقصان العيب خروج من الحنفية عما قرره من عدم مقابلة الأوصاف بحصة من الثمن عند انفرادها . والجواب أنها إذا صارت مقصودة بالتناول (حقيقة أو حكما) اعتبرت أصولا، ضرورة جبر حق المشتري كيلا يهدر لامتناع الرد نظير حالة الاتلاف .

(١) البدائع ٢٨٣/٥ والعناية ١٦٠/٥ وفتح القدير ١٥٩/٥ ١٦٠ المغنى ١١٣/٤ م ٣٠٠٦ وقد تعرض الكاسانى بصورة نقصان المبيع بعيب حادث ، ولكن قبل القبض ، أو صورة نقصانه بعد القبض ولكن بفعل البائع ، وهى صور لا تختص بخيار العيب لأن حكمها كالبيع المطلق عن الخيار (البدائع ٢٨٣/٥) . وذكر ابن حجر فى الفتاوى (٢٥٥/٢) أنه لو عيب المشتري المبيع قبل القبض لا خيار له لحصول النقص بفعله بل يمتنع الرد بالعيب القديم لأن اتلاف المشتري قبض .

وللحنابلة روايتان : إحداهما له أرش العيب القديم ، أما الثانية فهي أنه يخير بين الرد مع أرش العيب الحادث وبين الامساك وأخذ أرش العيب القديم^(١) .

وهناك صور من التعيب الحادث لم يعد لها واقع عملي ، وخاصة تلك الصور المتصلة بالرقيق ضربت صفحا عن ذكرها^(٢) .

وإن عودة حق الرد برضا البائع (بعدما كان الموجب هو نقصان الثمن لتعذر الرد) يعيد إلى الموضوع روح الخيار بعدما تلاشت واستحالت إلى تعويض ما نقص العيب . قال ابن حجر : ومن صور اجتماع الامضاء والفسخ حالة حدوث عيب آخر عند المشتري ، والحكم آتئذ امتناع الرد قهرا لما في ذلك من الاضرار بالبائع ، كما يتمتع الامساك بدون شيء لضرر المشتري فلها الخيار بين الفسخ والرجوع بنقصان العيب الحادث على المشتري ، أو الامساك والرجوع بنقصان العيب القديم على البائع .

فإن اتفقا على الفسخ والرجوع بأرش العيب الحادث على المشتري فذاك وإلا بأن طلب الفسخ أحدهما ، وطلب الآخر الإجازة أجيب طالب الإجازة لتقريره العقد ، ولأن الرجوع بأرش العيب القديم يستند إلى أصل العقد لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم ، أما ضم أرش العيب الحادث ففيه ادخال شيء جديد فذاك أولى^(٣) .

من صور العيب الحادث التي عني بذكرها الفقهاء قطع المشتري الثوب . لأن القطع وإن كان بالنسبة للمشتري مصلحة هو عيب بالنسبة للبائع ، فيمتنع الرد ويرجع بالأرش وللبيع أن يرضى بهذا العيب الحادث

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ١٥٩/٥ - ١٦٠ والمغنى ١٣١/٤ معنى احتاج ٥٨/٢ شرح الروض ٦٨٠٢ .

(٢) ومن صور التعيب الحديث التي كان لها في الفقه ماض ودار حولها نزاع طويل : وطء الجارية المشتراة . وذكرها ابن قدامة والآراء فيها ، ومنها أن للحنابلة فيها روايتين : الأولى لا يردّها ويأخذ أرش العيب .

والثانية : يردّها ويرد قيمة ما نقصها الوطء المغنى ١٣١/٤ - ١٣٣ .

(٣) شرح الروض ٦٨/٢ والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٤٣/٢ .

فيكون له حق الاسترداد ، لأن الامتناع لحق البائع ، فإذا رضى سقط حقه ^(١) .

ومن صوره : العيب الحادث الذي لا يمكن الاطلاع على المعيب إلا به أى بتغيير ذات المبيع بالكسر أو النقب ، - وهو غير عالم بعيبه - فإذا وجدته فاسدا فإما أن يكون بعد الكسر والتغيير لا ينتفع به كالقرع المرء والبيض المذر فيرجع بالثمن كله لأنه ليس بمال. وإن كان ينتفع به مع فسادده يرجع بحصة العيب . وللفقهاء تفصيلات فى هذا من حيث ضرورة ذلك التعيب ، والمبالغة فى الكسر ، ولا مجال لبيانها فتنظر فى المطولات ^(٢) .

المبحث الخامس

شرائط الموجب الخلفي (الأرش)

١ - تعذر الرد للمعيب بمانع من موانع الرد السابق ذكرها : فلا يكون للمشتري الرجوع بالنقصان (جبرا) مادام الرد ممكنا ، لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف ، فلا يصار إلى الخلف إلا عند الإياس من الأصل .

ولأن تخلى المشتري عن الرد - مع إمكانه - بعد علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب ، والرضا بالعيب كما هو مانع للرد مانع أيضا للرجوع بالنقصان ، لأنه من الموانع العامة المسقطة للخيار من أصله : الرد والرجوع بالنقصان ^(٣) .

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ١٦٠/٥ و ١٦٢ . هذا إن قطعه لنفسه وفى المسألة تفصيل آخر إن قطعه لغيره . فإن كان لأجنبي أو لولده الكبير فكذلك. أما إن قطعه لباسا لولده الصغير فلا يرجع بالنقصان أيضا . لأن مجرد القطع تملك ، والتملك حالة إمكان الرد مانع .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٥ والفتاوى الهندية ٨٤/٣ والدسوقي ١١٣/٣ وتذكرة الفقهاء ٥٣١/١ والمحلى ٧٣/٩ م ١٥٨٧ وتكملة المجموع ٢٩٤/١٢ - ٣٠٢ والمغنى ١٢٦/٤ - ١٢٧ والحكم عند الحنابلة : الرجوع بالثمن إن لم يكن للمكسور قيمة ، وإن كان له قيمة يخير بين الرد وأخذ الثمن وعليه أرش الكسر وبين أن يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه (نقصان الثمن) .

(٣) البدائع ٢٨٩/٥ فتح القدير ١٦٠/٥ .

ومن الواضح أن من يجعلون موجب خيار العيب تخيير المشتري بين الرد والامساك مع الأرض وهم الحنابلة (نحوهم المالكية الذين يجعلون لكل من الرد ، ونقصان الثمن ، موضعاً خاصاً به) لا مجال عندهم لاشتراط تعذر الرد ، لأن الأرض لديهم ليس خلفاً للرد ، بل هو قيم له .

٢ - أن لا يكون تعذر الرد آتياً من قبل المشتري : وذلك لأنه إذا كان تعذر الرد آتياً من قبله صار حابساً للمبيع بفعله ، ممسكاً عن الرد ، وهذا يوجب بطلان الحق أصلاً ورأساً^(١) . أما إذا لم يكن التعذر آتياً من قبله فإنه يرجع بنقصان العيب . هذا هو الوجه في اشتراط هذا الأمر .

فتعذر الرد الآتي من قبل المشتري يتمثل في هذا الأصل : كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع ، فأخرجه عن ملكه فذلك مانع للرجوع بنقصان العيب لأنه يتعذر فيه الرد (بخروجه عن ملكه) بسبب المشتري نفسه . أما حيث لا يمكنه الرد وإن رضي البائع فإن أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب^(٢) .

وأمثلة هذا الضابط : البيع ، والهبة ، والوقف للدار مسجداً ، لأن ذلك كله اخراج عن الملك وقد صار به ممسكاً عن الرد فلا يرجع بنقصان العيب . ووجه اعتباره ممسكاً عن الرد أنه لما أخذ العوض فقد أقام المشتري مقام نفسه فكأنه استبقاه على ملكه فصار حابساً إياه بفعله ممسكاً عن الرد . وبيع البعض يمنع أيضاً (خلافاً للزفر)^(٣) .

وكذلك الكتابة والعق على مال ، لأنه في معنى البيع في حق المعتق لأخذه العوض في مقابلته - وروى عن أبي يوسف أنه لا يمنع -^(٤) ، أما العقق بدون مال - ومثله التدبير والاستيلاد - فلا يمنع الرجوع بالنقصان

(١) البدائع ٢٨٩/٥ الهداية وفتح القدير والعبارة ١٦١/٥ .

(٢) العبارة ١٦٠/٥ وفتح القدير ١٦١/٥ (نقلاً عن الظهيرية) .

(٣) البدائع ٢٨٩/٥ الهداية وفتح القدير ١٦٠/٥ - ١٦٣ .

(٤) البدائع ٢٩٠/٥ والمبسوط ١٠١/١٣ - ١٠٢ .

استحسانا . لأنه ليس إزالة للملك بل ينتهي الملك به . لأن مالية الرقيق مؤقتة بالعتق فيه تنتهي - كالموت وفيه يرجع - والقياس عدم الرجوع لأنه امتناع بفعله ، وقد رأينا أنه من قبل الشرع .

وقد اختلف في أكل أو شرب المبيع المغيب أو كان ثوبا فلبسه حتى تمزق . فعند أبي حنيفة هو إخراج له عن ملكه بناء على أنه إتلاف . وعند أبي يوسف ومحمد ليس إتلافا بل هو انتفاع معتاد به فيرجع بنقصان العيب . والفتوى على قولها وبه أخذ الطحاوي . (وأكل البعض عنده حكمه كالجميع لأن الطعام كالشيء الواحد خلافا للصاحبين وابن أبي ليلى) .

وعنها روايتان فيما للمشتري : ففي رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي - وجعله بعضهم قول أبي يوسف - والرواية الأخرى : يرد ما بقى لأن الطعام لا يضره التبعض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل - وجعله بعضهم قول محمد وكان الهندواني وأبو الليث يفتيان به ^(١) .

ومحترزات هذه الشرطة هي أن يكون تعذر الرد ليس آتيا من المشتري بل من البائع ، أو الشرع ، أو بالطبع :

فمثال ما تعذر بسبب البائع : انتقاص المغيب بآفة سماوية ، أو بفعل المشتري سواء كان ذلك بفوات جزء منها أو بدون فوات بل بانتقاص القيمة . فالرد هنا ينشأ عنه ضرر زائد على البائع فتعذر رعاية له وبسببه .

ومن أمثله : قطع الثوب وخياطته ، أو طحن الحنطة ، أو خبز الدقيق ، أو شوي اللحم . ويلحظ هنا أن ابن الهمام بعدما نقل مثالي « الطحن والشوي » في عداد أمثلة الزيادة المتصلة قال : إن في كونها منها تأمل . ولذا كان الأولى ما فعله الكاساني حيث أورد تلك الأمثلة كلها تحت اسم (كون المبيع

(١) الهداية وفتح القدير ١٦٣/٥ - ١٦٤ البدائع ٢٩٠/٥ المسوط ١٠١/١٣ - ١٠٢ وقد أشار ابن الهمام إلى أن طريقة عرض المرغباني للخلاف في مسألة الأكل تدل على مخالفته في كون الفتوى على قولها .

قائما حقيقة هالكا تقديرا . بأن أعطى حكم الهلاك) فهو من تغير العين بحيث تختلف المقاصد بسببه ، وتعذر الرد لمصلحة البائع أيضا^(١) .

ومثال التعذر بسبب الشرع : زيادة المبيع المعيب ، والمراد من أنواع الزيادة : ما كان منها مانعا للرد وهي المتصلة غير المتولدة كالصبغ والغرس والبناء . والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر والأرث^(٢) .

فامتناع الرد هنا آت من قبل الشرع ، لأنه لورد الأصل بدون الزيادة بقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهوربا - ولا يفيد فيه التراضي - فيبقى حق المشتري في الرجوع بالنقصان لأن التعذر ليس من قبله^(٣) .

ومثال ما تعذر الرد به لسبب طبيعي، أو كما قال الكاساني : لضرورة فوات المحل^(٤) : الهلاك للمبيع المعيب ، وإذا كان ذا حياة فالموت ، لأن التعذر بأمر حكمي لا بفعله . . واختلف أبو حنيفة وصاحباؤه في قتل المولى عبده عمدا فهما يريانه كالموت حصل به فوات المحل فلا يمنع الرجوع - لعدم تعلق القصاص أو الدية به . وأبو حنيفة يراه مانعا لأن التعذر هنا من قبل المشتري لاستفادته بسبب الملك سقوط الضمان (الذى لا يخلو عنه القتل) فصار بسقوط الضمان كالمستفيد عوضا فكأنه باعه^(٥) .

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ١٦٠/٥ - ١٦١ البدائع ٢٨٩/٥ .

(٢) المبسوط ١٠٢/١٣ الهداية والفتح والعناية ١٦١/٥ والبدائع ٢٨٩/٥ والمثال التقليدي لما ليس فيه فوات جزء : وطء المشتري للجارية الثيب على تفصيل طويل فيها وفي البكر ، وما دون الوطء وينظر في ذلك المبسوط ٩٥/١٣ - ٩٧ البدائع ٢٨٩/٥ ولم يتعرض صاحب الهداية (ولا شروحه كالفتح والعناية) لهذه المسألة بتاتا . مع أنها من مسائل الفقه المشهورة التي لم يخل منها مرجع ، وفيها خلاقات وآثار عن الصحابة . كما يعرف من المبسوط ١٠٢/١٣ .

(٣) البدائع ٢٨٩/٥ فتح القدير ١٦١/٥ .

(٤) البدائع ٢٨٩/٥ .

(٥) فتح القدير ١٦٣/٥ والبدائع ٢٩٠/٥ .

٣ - عدم وصول عوض المبيع إلى المشتري :

وذلك مع تعذر الرد . فإن وصل إليه عوضه لم يرجع بنقصان العيب .
ومثاله : ما لو قتل أجنبي خطأً العبد المبيع وهو في يده فلا رجوع له بالنقصان لأنه يأخذ قيمة العبد من القاتل ، فكأنه باعه ، والقيمة بمنزلة عوض سلم له بالبيع وفي البيع لا يرجع . وهذا في ظاهر الرواية عند الحنفية . وروى عن أبي يوسف - أنه يرجع بالنقصان ، لأنه لم يصل إليه حقيقة العيب وإنما وصل إليه قيمة المبيع ، فكان له أن يرجع بمقدار العيب .

قال الكاساني : والصحيح جواب ظاهر الرواية ، لقيام القيمة مقام العين. أما لو قتله هو عمدا فقد سبق الخلاف بين جعله كالبيع أو أنه كالموت حتف أنفه ، فيرجع ^(١) .

الفرع التاسع

سقوط الخيار وانتهائه

تمهيد :

خيار العيب ينتهي بانتهاء العقد أي فسخه . فيكون الخيار منتها تبعا له ، لكن ذلك يستتبع تصفية آثاره أحيانا فيما إذا عاد المبيع المبيع إلى البائع وفيه عيب حادث لدى المشتري . كما ينتهي خيار العيب باختيار امساك المبيع المبيع وأخذ أرش المبيع ، وهذا الاختيار إما أن يقع صراحة بالقول المعبر عن الرضا وإما أن يقع بالتصرف الدال على الرضا (أما غير الدال على الرضا فيسقط الرد دون الأرش) .

(١) بدائع ٢٩١/٥ المبسوط ١٠١/١٣ . ولم يتعرض صاحب الهداية للمسألة وذكر الكاساني (٢٩١/٥) شريطة رابعة للرجوع بالنقصان دعاها : عدم الرضا بالعيب اما صراحة وإما دلالة بالتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا ثم ذكر أنه « يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا » ثم أحال بيان التصرفات إلى ما تقدم . وهذا منه تكرار لما منع من موانع الخيار تحت شريطة . ولو سلم هذا لكانت جميع الموانع تعكس شرائط وهو إن صح موضوعا لا يصح شكلا وتصنيفا ، لأنها موقعها بعد تمام الشرائط وقيام حق الرد فهي موانع . والكاساني بعد أن ذكر عدم الرضا مانعا هنا - دون ذكره في شرائط الرد - كرر ذكره فيما يسقط الرد ثم فيما يسقط الأرش (٢٨٣/٥ . ٢٩١/٥) .

وقد ينتهى الخيار بزوال العيب قبل استعمال حق الرد وفى بعض صور الولاية عن الصغير وغيره أو الوكالة يتعين التنازل عن الخيار لكون الامساك للعقد أكثر حظوة وفائدة ونظر الولاية والنيابة عن الغير مبنى على الأصلح . ولا يخفى أن بعض هذه الأسباب المسقطه ارادى يصدر من العاقد ، وبعضها يجب عليه شرعا أو يقع دون إرادته ، ولهذا تفرقت المسقطات . لاجتذاب هذه العوامل لها . إلى :

- ١ - زوال العيب قبل الرد .
- ٢ - إسقاط الخيار بصريح الإسقاط ، والإبراء عنه ، أو التنازل بمقابل .
- ٣ - وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة ، بحكم الشرع .
- ٤ - الرضا بالعيب صراحة .
- ٥ - التصرفات الدالة على الرضا .

وقد ذكر الكاسانى تحت عنوان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ستة أسباب ، ليست كلها مما يسقط به الخيار ، بل ثلاثة منها تمنع الرد فقط ليخلفه الرجوع بنقصان العيب وقد سبق ذكرها فى الموانع الناقلة للموجب . أما الثلاثة التى ينطبق عليها معنى المسقطات للعقد فهى لا تخرج عن معنى الرضا ، وهى : الرضا بالعيب ، وإسقاط الخيار صراحة ، والإبراء عن العيب . والمسوغ لذكر الثانى من هذه الأسباب أنه لا يسوغ فى خيار الرؤية لأنه ثبت بالشرع ، أما فى خيار العيب فيسوغ « لأن خيار العيب حقه ، والانسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء واسقاطا » لأنه خيار ثابت بالشرط دلالة . أما الإبراء فهو إسقاط والمحل قابل للسقوط^(١) لكن ذكره للاحتياط لأن هناك بعض الحقوق التى لا تقبل (الإبراء) . كما يدخل فى مسقطات الخيار (الرد والأرش) زوال العيب قبل الرد ، ويلحق بهذا الأمر تدارك العيب بزمان يسير من غير إضرار . .

(١) البدائع ٢٨٢/٥ - ٢٨٣ فتح القدير ١٧٨/٥ الفتاوى الهندية ٧٥/٣ .

المبحث الأول

زوال العيب قبل الرد

يسقط خيار العيب - الرد والأرش - إذا زال العيب قبل الرد لأن الشريطة الأولى لقيام الخيار قد تخلفت . ويستوى في ذلك أن يزول بنفسه أو بإزالة البائع على أن يتم ذلك في زمن يسير ومن غير إضرار بالمشتري . . ولهذا الزوال بعض الصور العملية التي تعرض لها ابن حجر في فتاواه . منها :

تدارك العيب بزمن يسير يمنع الخيار : وذلك فيما لو بيعت أرض وفي المبيع بذر تعهد البائع بتركه أو بالفراغ منه في زمن يسير . لا يتخير المشتري كما لو اشترى داراً ثم رأى خللاً بسقفها أو بالوعة . . . يلزم القبول ولا نظر للمنة اللاحقة به (قال) : وبعض الكتب أوهمت أن العلة عدم الاحتياج لعين جيدة وبالتأمل يظهر المراد وهو الزمن اليسير وبعضها صرح بأن العلة : تجدد عين غير تلك العين أو التصرف في ملك المشتري بما لا يحتمل لطول زمنه . ثم ذكر ابن حجر مثلاً آخر على هذا المبدأ ، وهو شراء أرض فيها دفين من حجر أو خشب . . لا تدخل وتركها غير مضر وقلعها مضر يسقط الخيار لكون النقل ينقص قيمتها أو يحتاج لمدة لها أجرة (ولا نظر لما في الترك من المنة لأنه ضمن عقد) . وهذا الترك إعراض لا تمليك فللبائع الرجوع فيه فإذا رجع عاد خيار المشتري فلو وهبها له بشروطه لزمه القبول وسقط خياره ولا رجوع للبائع ^(١) .

زوال العيب بالترك من غير حقوق منة : فيما لو أنعل المشتري الدابة ثم بان عيبها فلو نزع النعل تعيبت وامتنع الرد ، وإن تركه فله الرد وليس للبائع الامتناع عن القبول

وجه عدم المنة في ذلك أن ما يقع في ضمن عقد يكون في مقابلة توفير غرض لباذله فلم توجد فيه حقيقة المنة . لا سيما وقد انضم إلى ذلك إجبار الشرع له على القبول فهو كاره له والكاره للشيء لا يتوهم لحوق منة إليه بوجه

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٤٤/٢ .

من الوجوه . (وقال قبل ذلك : وليس للمشتري طلب قيمتها فإنها حقيرة في معرض رد الدابة) والتزع يعيها فلو أمرناه به لأجحفنا بالبائع ولو أمرنا بإمساكها معيبة لأجحفنا بالمشتري . فعدلنا إلى طريق وسط يندفع به الإجحاف عن كل منهما وهو ردها مع النعل والحكم ببقاء النعل على ملك المشتري حتى إذا سقطت يلزم البائع ردها^(١) .

وقد ذهب ابن حزم مذهبا غريبا حين لم يعبا بارتفاع سبب الخيار عند زوال العيب ورأى استمرار الخيار للمشتري لأن العبرة بوجود العيب عند العقد . وهو رأى واضح الغرابة^(٢) .

المبحث الثاني

وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة

وذلك بأن تكون المصلحة في إمساك المعيب والعائد مقيد التصرف : وذلك ما إذا كان في العقد غبطة ، أي كانت القيمة أكثر من الثمن . ولهذا صور :

أ - لو كان المشتري مفلسا ، لأن في الرد والحالة هذه تفويت الفرق على الغرماء .

ب - لو كان وليا يشتري لموئله في حال يصح فيها شراؤه له ، كما لو اشتراه سليما ثم تعيب قبل القبض . لأن الرد تصرف ضار بحق المولي عليه فلا يصح .

ج - أو كان عامل قراض ولم يصرح المالك بطلب الرد . لليلة نفسها .

وقد أضاف ابن حجر إلى تلك الصور صورة : شراء الوكيل معيبا فيه غبطة ورضيه موكله . فأورد على ذلك أن العبرة عندئذ لرضا الموكل لا للغبطة

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/٢٤٣ .

(٢) المحلى ٧٣/٩ م ١٥٨٦ .

فلا يتقيد انتفاء خيار الوكيل بكون الغبطة فى الامساك ، لأن المقرر انه حيث يرضى الموكل فلا رد .

وقد يقال : لم لا يخلف الأرض امتناع الرد فيكون هذا من مسقطات الرد لا مما يمنع قيام الخيار أساسا ؟ والجواب ما فى الشروانى - نقلا عن الكفاية - انه أطلق الامام (ابن الجوينى) والغزالى انه يمتنع الرد إن كانت قيمته أكثر من الثمن ولا يطالب بالأرض ، لأن الرد ممكن وإنما امتنع للمصلحة^(١) .

المبحث الثالث

اسقاط الخيار بصريح الاسقاط ، والابراء عنه

ذكر الحنفية أن إسقاط المشتري خيار العيب إسقاطا مقصودا سائغ ، لأن الخيار جق خالص للمشتري فله التزول عنه . وهو فى هذا يخالف خيار الرؤية الذى لا يصح انهاؤه بصريح الاسقاط لأنه خيار حكمي ثبت بالشرع بل يسقط تبعا وضمنا .

هذا عن إسقاط خيار الرد ، وأما حق الرجوع بالأرض (نقصان الثمن) فكذلك الأمر يجوز أن يتناوله صريح الإبطال ، لأنه حقه كخيار الرد بالعيب لثبوته بالشرط (وهى السلامة المشروطة فى العقد دلالة) والانسان بسبيل من التصرف فى حقه مقصودا استيفاء واسقاطا^(٢) .

الابراء كالاسقاط الصريح :

مثل الاسقاط فى الحكم الابراء ، بأن يبرئ المشتري البائع من العيب ، لأن (الابراء) فى حقيقته إسقاط ، وللمشتري هنا ولاية الإسقاط لأن الخيار حقه والمحل قابل للسقوط^(٣) .

(١) نخفة المحتاج بخاشية الشروانى ١٤٠/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٢/٥ .

اسقاط الخيار بعوض :

سئل ابن حجر الهيتمي عن بذل عوض لترك رد العيب ، هل يجوز كعوض الخلع ؟ فأجاب : « لا يجوز بذل العوض في مقابلة ترك خيار العيب . لا من الأجنبي ولا من البائع لأنه خيار فسخ فأشبهه خيار التروى في كونه غير متقوم »^(١) وهذا غير الأرش لأنه ليس عوضا لترك الخيار أصلا ، بل هو تقوم لنقصان الثمن اعترافا بالخيار وعملا بمضمونه .

المبحث الرابع

الرضا بالعيب صراحة

رضا المشتري بالعيب بعد العلم به إذا عبر عنه بصورة صريحة ، كلفظ : رضيت بالعيب ، اسقطت خيار العيب ، أجزت العقد ، أمضيته ، ونحو ذلك من العبارات المفيدة للرضا ، فإن الخيار يسقط أصلا أى ينتهى حق الرد والأرش معا .

وذلك لأن حق الرد انما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد ، وإذا رضى المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط ، أو أنه لم يشترطه ابتداء وانه لم يشترط السلامة دلالة ، وقد ثبت الخيار نظرا له فإذا لم ينظر لنفسه ورضي بالضرر فذاك له .

وكذلك الحال إذا تناول الرضا بالعيب حق الرجوع بنقصان الثمن كما لو انتقص المبيع في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش لكن المشتري حينئذ أظهر رضاه بالعيب فإن الخيار يسقط جملة .

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٢٦/٢

المبحث الخامس التصرفات الدالة على الرضا

الرضا بالعيب إما أن يكون صريحاً - كما سبق بحثه - وإما أن يكون بالدلالة ومجالها الأفعال (أو التصرفات) وذلك بأن يوجد من المشتري (بعد العلم بالعيب) تصرف فى المبيع يدل على الرضا بالعيب .

قال الكاسانى « كل تصرف يوجد من المشتري فى المشتري بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار »^(١) .
والتصرفات بالنسبة لهذا المسقط يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع :

١ - تصرفات استعمال للمبيع واستغلال له وانتفاع منه :

وذلك بأي وجه كان بغير انتقاص لعينه أو إتلاف له ، كلبس الثوب وركوب الدابة (لغير الرد أو السقى أو شراء العلف) وسقى الأرض أو زرعها أو حصادها ، أو عرض المبيع على البيع أو الإجارة ، أو مداواته واستخدامه ولو مرة . فإذا تصرف المشتري بذلك فى المبيع بعد علمه بالعيب فهو دلالة على الرضا ، وهو دليل قصده الاستبقاء ، ودليل الشئ فى الأمور الباطنة - كالرضا - يقوم مقامها^(٢) .

٢ - إتلاف للمبيع :

والمراد ما كان على غير وجه الاستعمال ، كالتزريق للثوب ، وقتل الدابة ، فمثل هذا التصرف لغير مصلحته ويسقط به الخيار ، لأن فيه حبس المبيع عن بائعه واستقرار الثمن على المشتري نهائياً ، وهو أولى بالاسقاط من تصرفات الاستعمال ، بخلاف الأكل أو اللبس فهو تصرف مشروع يقصد المبيع لأجله فلا يعد إتلافاً لما فيه من استعمال العين فيما خلقت له ، فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالتزائل فلا يمنع الرجوع بالنقصان^(٣) .

(١) البدائع ٢٨٢/٥ ونحوه فى الروضة ٣٢٩/١ .

(٢) فتح القدير والعناية ١٧٧/٥ - ١٧٨ والبدائع ٢٨٢/٥ ورد المختار ٩٠/٥ - ٩١ .

(٣) شرح مختصر الطحاوى لقاضىخان ، نقلا عن حاشية الشلى على الزيلعى ٣٦/٤ .

وقد ذهب الجمهور إلى أن من أسباب الرجوع بنقصان الثمن أيضا : استهلاك المبيع بفعل المشتري - مما هو غير مأذون به شرعا - كإتلاف الثوب وقتل الدابة . ومما احتج به الحنفية لإعتباره مسقطا للخيار أصلا ، أن فعله هذا كان مضمونا وسقط ضمانه للملكه إياه فاعتبر مستفيدا به عوضا يقوم مقام المعوض فكأن محل العقد قائم وامتنع فيه الرد بسبب فعله . واحتج الجمهور بأن حق الرجوع لا يسقط إلا بالرضا ولم يحصل ، وأجابوا عن متمسك الحنفية بأن ضمان المبيع هنا على المشتري إنما هو بوصفه معييا فالجزء الذى نقص بالعيب غير مضمون عليه فله حق الرجوع بمقابله ، ولا يخفى رجحان هذا الاتجاه^(١) .

٣ - تصرف بإخراج عن ملكه :

إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه بأن عقد عليه عقدا من عقود التملك كالبيع أو الهبة (مع التسليم) أو الصلح ، ثم اطلع على عيب قديم فيه سقط خياره لتعذر رد المبيع إلى البائع ، ففي هذه الحال لا سبيل إلى فسخ البيع بين المشتري الأول وبين بائعه لتعلق حق المشتري الثانى بالمبيع ، لأنه بالبيع صار حابسا له فكان مفوتا للرد ، ولما كان امتناع الرد هنا بسبب المشتري فلا رجوع له بالنقصان أيضا لأن من شرائطه أن لا يكون امتناع الرد بسبب المشتري . والاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب وسقوط الخيار من أساسه .

ولكن لو فسخ التصرف ورد إليه المبيع بخيار شرط أو رؤية (مثلا) فإن كان قبل القبض فله أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضى أو بالتراضى (بالاجماع) وإن كان بعد القبض ، فإن كان بقضاء القاضى فله أن

(١) فتح القدير ١٦٣/٥ ومغنى المحتاج ٥٤/٢ والدسوقي ١١٥/٣ وكشاف القناع ١٨١/٣ .

يرده على بائعه (بلا خلاف) وإن كان قبول البائع له بعد القبض بغير قضاء
فليس له أن يرده (١) .

هذا مذهب الحنفية - الذى عليه التبويب ويندرج فيه الحنابلة - وقد
اختلفت آراء غيرهم ، فذهب المالكية إلى أن هذه التصرفات إن كانت بعوض
فهي مسقطة للخيار : للرد والأرش معا ، وإن كانت بغير عوض فله نقصان
الثمن . ومستندهم فكرة استفادة عوض يستدرك به العيب الفائت . وذهب
الشافعية إلى التفرقة بين تصرف يحصل به اليأس من عود المبيع للمشتري ،
كالوقف ، فهو مانع للرد ، وبين تصرف يرجى معه العود للملكه ، كالبيع فهو
مسقط للخيار ، وبه أخذ الإمامية . وذهب الحنابلة إلى إطلاق الحكم فى
التصرفات كلها - إذا تصرف غير عالم بالعيب - فإنه مانع للرد وناقل إلى
الموجب الخلقي (نقصان الثمن) لتصرفه فى ملكه غير عالم بالعيب فلم يكن فى
تصرفه دلالة على الرضا بالعيب فيقتصر أثره على منع الرد ، ولا يخفى قوة
استدلالتهم ، ولكل من المذاهب المشار إليها استدلالات لم تسلم من المؤاخذه
يرجع إليها فى كتبهم المطولة (٢) .

ومن غرائب ابن حزم عدم اعتباره التصرف الدال على الرضا مسقطا
للخيار ، فلا بد من الرضا الصريح (٣) .

(١) تبين الحقائق ٣٥/٤ و ٣٧ فتح القدير ١٦٠/٥ البدائع ٢٨٢/٥ و ٢٨٩ ، لو باعه المشتري أو وهبه ثم علم
بالعيب لم يرجع بالنقصان لأن امتناع الرد ها هنا من قبل المشتري لأنه بالبيع صار ممسكا عن الرد . لأن
المشتري قام مقامه فصار مبطلا للرد الذى هو الحق فلا يرجع بشئ . وذكر من التصرفات المسقطة للخيار
اعتاق الرقيق ومكاتبته أو التدير .

(٢) فتح القدير ١٥٩/٥ - ١٦٢ والبدائع ٢٨٩/٥ وشرح التحفة بخاشية الشرواني ٣٦٢/٤ والمقدمات لابن رشد
٢٤٨ والخرشي ١٣٠/٥ المغنى لابن قدامة ١٢٣/٤ - ١٢٥ م ٣٠٢٣ - ٣٠٢٧ .

(٣) المحلى ٧٣/٩ م ١٥٨٧ .

الفرع العاشر

إثبات خيار العيب وانتقاله

المبحث الأول

إثبات خيار العيب^(١)

ذكر ابن رشد أنه إذا اتفق البائع والمشتري على حالة من أحوال خيار العيب وجب الحكم الخاص بتلك الحال . فإن أنكر البائع دعوى القائم فإما أن ينكر وجود العيب ، أو ينكر قدمه .

ففي إنكار العيب إما أن يستوى في إدراكه جميع الناس وحينئذ يكفي شاهدان عدلان من أيّ الناس كانوا ، وإمّا أن يختص بعلمه أهل صناعة ما فلا بد من شهادة أهل تلك الصناعة ، وفي مذهب المالكية خلاف فيما يكفي من ذلك :

قل : لا بد من عدلين ، وقيل : لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام .

وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثرا في القيمة ، وفي قدمه أو حدوثه . ثم لم يتحدث عن أجوبة ذلك اكتفاء بانصياع أحوالها لأصول الاثبات المعروفة^(٢) .

إثبات العيب ، والاختلاف فيه :

الدعوى في العيب والخصومة فيه إمّا أن تحتاج إلى البرهنة وحدها ، وإمّا أن يعتورها النزاع من الخصم . ويقع الاختلاف بين العاقلين في مسائل

(١) هذا الفرع معقود لما يتصل بالخيار من مسائل الإثبات . وإثبات خيار العيب أمر آخر غير إثبات وجود العيب الذي قدمت مبحثا للكلام عنه عند شرائط العيب . أما هنا فالكلام عن إثبات الخيار نفسه وقد يتطرق الحديث إلى العيب لكن ليس من حيث وجوده (الذي سبق) بل من حيث تأثيره واعتباره . أو من حيث قدمه وحدثه . وليس من الهدف التوسع في ذلك . بل إيضاح خطوطة العامة والإحالة إلى إحكام الدعوى والبيّنات .

(٢) بداية المجتهد ١٨٣/٢ .

العيب بأنواعها من قدوم وحدث . وهل الرد لعين المردود أو غيره . . . الخ .

ولا يهمننا هنا - في كل بحث مشابه - إلا تناول كيفية البرهنة على دعوى العيب دون التطرق إلى مسائل الاختلاف . ذلك أن الاثبات كثيرا ما تختلف أصوله بين أمر وآخر . وراء طرق الاثبات العامة . فلا بد من التعرض لطرق الاثبات الخاصة . بذلك الموضوع . أما الاختلاف وتقابل البيئات والتعارض فطرقة في الغالب عامة لا تكاد تختلف بين أمر وآخر لاستنادها إلى أصول ثابتة يستخلص بها مَنْ المدعي وَمَنْ المنكر؟ وهل يستحلف في ذلك أو لا^(١) ؟

قال الإمام المهدي من الزيدية :

الطريق إلى إثبات العيب : شهادة عدلين أو رجل وامرأتين من أهل البصر (أى الخبرة) في ذلك الجنس . بلفظ الشهادة . إذ هو دعوى . ولا يكفي قولهم : هو عيب ، بل يذكرون وجه نقص القيمة به أو وجه مضرته ثم ينظر الحاكم في نقصه القيمة أولا^(٢) .

وفى مذهب المالكية والشافعية تفصيلات فى تنازع المتبايعين فى العيب أو فى سبب الرد به معظمها تخضع لطرائق الاثبات العامة بعد شىء من التصور للمدعى والمنكر تنظر فى مراجعهم .

كما تعرض الحنابلة للاختلاف فى قدم العيب وحدثه . بما لا يخرج عن طرق الاثبات العامة . لكنهم ذكروا ما يختص بموضوعنا انه فى العيب الذى لا يَحْتَمَل فيه إلا قول أحدهما وادعى المشتري كونه قديما . كالجرح الطري . فالقول قول من يدعى ذلك بغير يمين^(٣) .

(١) ولذا لم تعرض لها كثير من الكتب المنهجية (غير كتب الفتاوى والجمع) . وقد سبق فى شرائط العيب بيان

موقف الحنفية من اثبات وجود العيب بحسب ظهوره وخفائه .

(٢) البحر الزخار ٣/٣٥٥ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ١٣٢/٣ - ١٣٣ وغيره من شروح خليل شرح الروض ٧١/٢ - ٧٣ . نهاية المحتاج

٩٢/٤ ط ٢ حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢٦٢/٢ والاقناع ١٠١/٢ والمغنى ١٢٥/٢ - ١٢٦ م

٣٠٠٢٨ .

الاختلاف في الحدوث والقدم :

ينقسم العيب من حيث ظهور قدمه وخفاؤه إلى أربعة أنواع ، (اثنان منها يتصلان بالرقيق) والآخرا ن هما :

الأول - أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع إلى وقت الخصومة . ففي هذا النوع يقضى بالرد إذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري . إلا أن يدعي البائع رضا المشتري به ، أو العلم به عند الشراء . أو الإبراء منه . فإذا ادعاه سأل المشتري ، فإن اعترف امتنع الرد وإن أنكر أقام البيّنة عليه ، فإن عجز يستحلف بما علم به وقت البيع ، أو ما رضي ، ونحوه . فإن حلف رده . وإن نكل امتنع الرد .

أما إن كان عيبا يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة . ويحتمل التقدم أو كان مشكلا فيسأل القاضي البائع : أكان به هذا العيب في يده ؟ فإن اعترف كان للمشتري حق الرد - إلا أن يدعي البائع سقوط حق المشتري في الرد - وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن للمشتري بيّنة على قدم العيب ومثال العيب الظاهر في غير الرقيق والحيوان : الهشم في الأواني . والخرق والعفونة في الثياب . والنزّ والسبخ في الأراضي .

الثاني - أن يكون العيب باطنا لا يعرفه إلا الأطباء وكان في موضع يطلع عليه الرجال . فإن اعترف به البائع - أو نكل بعد تحليفه - أو أقام المشتري البيّنة كان له حق الرد (وفي حال ادعاء البائع الرضا فالجواب ما سبق) . وإن أنكر البائع العيب يريه القاضي طبيين مسلمين عدلين . والواحد يكفي والاثنان أحوط . فإذا قال : به ذلك . يخاصمه في قدمه . . (١)

(١) فتح القدير ١٧٣/٥ جامع الفصولين ٢٥١/١ الفتاوى الهندية ٨٦/٣ - ٨٨ فتاوى قاضيهان ١٩٤/٢ - ١٩٥ بدائع الصنائع ٢٧٩/٥ - ٢٨٠ الدر المختار وحاشية رد المحتار ٨٨/٤ - ٨٩ . وفي هذه الكتب وكتب بقية المذاهب تفصيلات معظمها يتصل بالرقيق وحسب طبيعتها لاختلافها من الواقع . وقد قسم المالكية العيب إلى ظاهر وخفي بصدد طريقة البراءة منه (١١٩/٣) .

وذكر الحصكفي أنه يكفي فيه قول عدل لتوجه الخصومة ، إما لإثبات كونه عند البائع فالمطلوب عدلان .

الاختلاف في المردود :

طبقا لما أثرته من إحالة تفاصيل الاثبات إلى أبواب الدعوى والبيّنات أكتفي بإيراد نبذة عن هذه المسألة مقارنة بخيار الشرط كمثال عن الخيارات الارادية :

قال ابن قاضي سماوة : إذا حصل في الشراء بخيار الشرط الاختلاف بين المشتري والبائع عند الرد عليه بحكم الخيار ، فقال البائع : ليس المبيع هذا ، وقال المشتري : هو ذلك . فالقول للمشتري مع يمينه .

قال قاضي سماوة^(١) : الأصل أن القول في التعيين للممّلك ، حتى لو أراد رده بعيب ، فقال البائع : ليس المبيع هذا ، وقال المشتري : هو هذا ، يصدق البائع مع يمينه ، فعلى هذا ينبغي أن يكون القول للبائع في مسألة خيار الشرط أيضا . والأصل الآخر أن القول للقباض في قدر المقبوض وتعيينه وصفته ، فعلى هذا ينبغي أن يكون القول للمشتري في مسألة خيار العيب ، كما في مسألة خيار الشرط .

فالحاصل أن خيار الشرط وخيار العيب ينبغي أن يتحدا في هذا الحكم .

ولو لم يقبض المبيع فأراد المشتري أن يحجز البيع ويأخذ المبيع من يد بائعه فقال : ليس المبيع هذا ، وقال المشتري : هو هذا ، لم يذكره محمد رحمه الله . وقالوا : ينبغي أن يكون القول للبائع ، كما لو ادعى بيع هذا ، وأنكر البائع البيع أصلا . إذا كان الخيار للمشتري ، أمّا إن كان الخيار للبائع فإن كان مقبوضا فأراد البائع أخذه فاختلفا فالقول للمشتري مع يمينه ولو لم يكن مقبوضا ، فأراد البائع إلزام البيع في عين ، فقال المشتري : ما اشتريت

(١) جامع الفصولين ٢٤٥/١ .

هذا فالقول للمشتري .

وقال ابن قدامة : إذا اختلف البائع والمشتري في أن المردود هو المبيع نفسه فالقول في البائع مع يمينه . لأن البائع منكر كون المردود سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ ، والقول قول المنكر .

أما في الاختلاف في المردود بخيار فإن القول قول المشتري لأنها اتفقا على استحقاق فسخ العقد^(١) .

انتقال خيار العيب :

عرف مما سبق بيانه في خيار الشرط من حيث القول بتوريثه وعدمه أن خيار العيب موضع اتفاق بين الفقهاء بأنه ينتقل إلى الوارث بموت مستحق الخيار ، لتعلق الخيار بالأعيان ولصوقه بها وبعض الفقهاء يقولون : ليس المنتقل إلى الوارث حق (هو حق الخيار) بل المنتقل إليه عين التصق بها حق أى أن السبب الحامل على الخيار (في خيار العيب) قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله ، فالعين تنتقل إلى الوارث بهذه الصفة^(٢) .

خيار العيب في القانون (نبذة للمقارنة) :

ليس خافيا أن خيار العيب معتبر في القانون الوضعي تحت اسم (ضمان العيوب الخفية) وهو أحد التزامات البائع الأساسية وقد عني القانون بذكر خصائص العيب وشروطه ومدى الضمان وقد فرق القانون بين العيب الجسيم فأثبت للمشتري الخيار بين فسخ البيع واسترداد الثمن وبين احتفاظه بالمبيع وطلب تعويض عن الضرر الذي لحقه بظهور العيب . أما العيب غير الجسيم فيقتصر حقه على المطالبة بالتعويض دون تمكينه من فسخ البيع . كما تناولت نصوص القانون حالة هلاك المبيع ، واشترط عدم الضمان وتقادم

(١) المغنى ٤/١٢٦ م ٣٠٣١ .

(٢) التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم .

الضمان . . . الخ (المواد ٤١٥ - ٤٢٣ من القانون المدني السوري وأصله
المصري) ^(١) .

(١) يلحظ أن القانون قد أدمج فوات الوصف ووجود العيب مع أنها مختلفان مفهوماً وحكماً (القانون المدني السوري . عقد البيع . للأستاذ مصطفى الزرقا ف/١٩١) .

الفصل الثاني

خيارات تفرق الصفقة

وفيه ثلاثة فروع

- الأول : تفرق الصفقة (بوجه عام)
- الثاني : خيار الاستحقاق الجزئي
- الثالث : خيار الهلاك الجزئي

الفرع الأول

تفرق الصفقة (بوجه عام)

المبحث الأول

تعريف تفرق الصفقة

المطلب الأول

التعريف اللغوى

الصفقة فى اللغة : اسم المرة من الصفق وهو الضرب باليد على يد أخرى أو على يد آخر عند البيع أو البيعة . وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحد المتبايعين يده على يد صاحبه ، فمن هنا استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع نفسه ، يقال : برك الله لك فى صفقة يمينك ، ومنه قول عمر رضى الله عنه : المبيع صفقة أو خيار ، أى بيع باث أو بيع بخيار . هذا عن الصفقة ، أما التفرق فلا يحتاج إلى التفسير اللغوى لأن معناه . أو معانيه كلها مستعملة مفهومة وهمنا منها المعنى الناشئ عن إضافة لفظ (تفرق) إلى (الصفقة) وهو متحد مع المعنى الشرعى لهذا المركب الاضافى ^(١) .

المطلب الثانى

التعريف الشرعى

معنى تفرق الصفقة : أن لا يتناول حكم العقد جميع العقود عليه ، أو يتناوله ثم ينحسر عنه . فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة قد تفرقت أو تبعضت أو تجزأت وبكل هذه المترادفات يعبر الفقهاء فيسمونه (تفرق الصفقة) أو (تبعضها) أو (تجزؤها) .

(١) المصباح المنير ، والمغرب للمطرزى ، والقاموس ، والمعجم الوسيط . مادة/صفق .

والتفريق لا يتصور إلا في صفقة واحدة ، وتمييز الصفقة عن الصفقتين يستبهم أحيانا لا سيما في حال الجمع بين سلعتين أو أكثر في عقد واحد إذ ليس التعويل على الصورة الظاهرة ، بل على حقيقة التعدد بالاعتبار الشرعي وقد اعتنى الشافعية ببيان ضابط اتحاد الصفقة أو تعددها^(١) :

فالصفقة تعدد بتفصيل الثمن على شيئين بيعاً معاً ، عند الإيجاب من المبتدئ بالعقد . ولا يشترط أن يتكرر التفصيل في القول ، على الأصح ، وكذلك تعدد الصفقة بتعدد العاقد مطلقا ، بائعا كان أو مشتريا ، ومثال تعددها بتعدد البائع قول اثنين لواحد : بعناك هذا بكذا - والمبيع مشترك بينهما فقبل المشتري فيهما . فهما صفقتان ، وله رد نصيب أحدهما بالعيب مثلا ومثال تعددها بتعدد المشتري : أن يقول لاثنين : بعتهما هذا بكذا . أو يقول اثنان لواحد : اشترينا منك هذا بكذا^(٢) .

فالتفريق المستوجب خيارا هو ما يقع في صفقة واحدة أى في صفقة لم يتعدد عاقدوها من بائع أو مشتر ، ولا فصل فيها الثمن على المعقود عليه المتعدد .

المبحث الثاني

تفرق الصفقة في المذاهب الفقهية

تقسيم وأحكام موجزة :

تعرض فقهاء الحنفية لتفرق الصفقة توصلا لحالة هلاك بعض المبيع فحسب ، حين عدّوا الخيارات ، فلم يفردوه باسم الخيار بل قرنوا التفرق بتلك الحالة^(٣) ثم استعرضوا أحكام تفرق الصفقة في رد المعيب باستقصاء

(١) الاتحاد في الشيء : الانفراد . والاتحاد في الشيئين : الاجتماع ليصيرا شيئا واحدا .

(٢) نخبة المحتاج بحاشية الشرواني ٣٣٠/٤ - ٣٣١ ومعنى المحتاج ٤٢/٢ والوجيز ١٤٠/٢ المجموع شرح المذهب ٤٣٢/٩ .

(٣) رد المختار ٤٦/٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ، والبحر الرائق له ٣/٦ .

دون أن يجعلوا منه خيارا ، بل رأوه عيبا يلزم عن رد بعض المبيع المعيب ويجب حماية البائع من تحمله^(١) .

ولكن الحنفية احتفلوا بحالة الاستحقاق وتناولوا أحكامه فى كتاب البيوع .

وقد قسّم بعض فقهاء الشافعية تعدد الصفقة إلى ثلاثة أقسام : فى الابتداء ، أو فى الدوام ، أو فى اختلاف الأحكام . والذى فى الابتداء كله ذو سبب شرعى ، وعكسه الذى فى الدوام فسيبه حسى . والتقسيم بحسب السبب أليق بموضوعنا لقيام الخيارات بطريقتين ارادى وحكمى ولكثرة تسمية الخيارات بأسبابها . أما القسم الثالث الذى دعوه « الاختلاف فى الأحكام » ومثلوا له بالجمع بين عقدين : بيع وإجارة ، أو إجارة وسلم فالواقع أنه ليس قسما برأسه بل هو تقسيم داخلى للتفريق فى الابتداء . ولذا لم يبرزه ابن حجر كقسم ثالث بل أورده بصورة مسائل . ولم يدرك (الشروانى) مراده فنبه فى حاشيته على أنه ثالث الأقسام^(٢)

ذكر الحنابلة ثلاث صور للصفقة بالنظر إلى وحدة مشتملاتها وتعددتها ولا صلة بين بحثنا وبين الصورة الأولى التى هى بيع معلوم ومجهول . أما الصورتان الأخريان فهما :

١ - بيع الجميع فيما يملك بعضه .

٢ - بيع المتقوّم مع غير متقوّم .

وهاتان الصورتان أحكامهما واحدة من حيث ثبوت الخيار للمشتري ، ولذا لوحظ أحيانا جمعها تحت عنوان واحد هو :

أولا - (اشتمال الصفقة على شيئين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء) . والمثالان المهان هما :

(١) الفتاوى الهندية ٨٣/٣ .

(٢) مغنى المحتاج ٤٢/٢ تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ٣٣٠/٤ المجموع ٤٣٢/٩ .

أ - بيع ملكه وملك غيره .

ب - بيع خل وخمر ، ونحوهما . أما ما لا يصح العقد عليه فهو باطل أو موقوف على إجازة المالك وأما الباقي ففيه روايتان لدى الحنابلة وقولان للشافعي ، واختلف الشافعية : كم يلزم المشتري من الثمن إن أجاز العقد (أصحابهما) حصة المملوك فقط إذا وزع القيمتين . وأثبتوا له الخيار إن صححوا العقد . وقال أبو حنيفة ومالك بالصححة في ملكه ، والتوقف في الباقي على الإجازة .^(١) قال ابن قدامة : « والقول بالفساد في هذا القسم إن شاء الله أظهر . والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع ، ألا أن الظاهر فيها الصححة ، لأنها ليست عقود معاوضة ، فلا توجد جهالة العوض فيها »^(٢) .

ثم ذكر أنه على القول بالصححة ، إذا كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله الخيار بين الفسخ والإمساك . وليس للبائع خيار لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه .

وجه انتفاء الخيار في حال العلم أن المشتري دخل على بصيرة . أما في حال الجهل فالسبب للخيار قائم « لأن الصفقة تبعضت عليه »^(٣) .

ثم الخيار بين الرد ، أو الامسك بلا أرش ، ألا إذا كان التفريق ينقص القسم الباقي من الصفقة بأن تقل قيمته بالبيع منفردا كمصراعى باب وزوجي خف . . .^(٤) .

ثانيا - اشتغال الصفقة على شيئين مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كدابة مشتركة ، وفيه عند الحنابلة وجهان : أحدهما الصححة في ملكه فقط

(١) المغنى ٢١٢/٤ مطالب أولى النهى ٤٥/٣ منتهى الارادات ٣٤٧/١ المهذب والمجموع ٤٢٥/٩ .

(٢) المغنى ٢١٣/٤ المجموع ٣٨٣/٩ قال النوى « فإن قلنا : الواجب الثمن فلا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه فإن قلنا بالقسط فوجهان أصحابهما لا خيار له » .

(٣) المغنى ٢١٤/٤ المجموع ٤٣٠/٩ ط ٢ .

(٤) منتهى الارادات ٣٤٧/١ ومطالب أولى النهى ٤٥/٣ .

بقسطه من الثمن، والفساد فيما لا يملكه ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وقول الشافعى . والثانى - وهو قول آخر للشافعى - عدم الصحة فيهما . قال ابن قدامة : والأولى أنه يصح فيما يملكه ^(١) .

ومستند فساد الصفقة كلها : أنها جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ، لأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها فى جميع العقود عليه بطلت فى الكل .

ومستند الصحة فى الجزء : أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه ، ولأن جائز العقد عليه منهما قد صدر فيه البيع من أهله فى محله بشرطه فصح ، والبيع سبب اقتضى الحكم فى محلين وامتنع حكمه فى أحدهما فيصح فى الآخر ^(٢) .

موجب خيارات تفرق الصفقة :

ينحصر استعمال الخيار فى الاجازة والفسخ ، فينظر اختياره ، فإن اختار الفسخ فلا إشكال فى استرداده الثمن كله ، أما إذا اختار امضاء العقد فى الباقي فكم يدفع ؟ هل كل الثمن - وفيه قول للشافعية - بناء على إلحاق الطارئ بالمقارن . أم يلزمه قسط الباقي من الثمن - وهو القول الثانى للشافعية والأصح عندهم - لأن العوض هنا قد قابل المبيعين (أو جملة المبيع الواحد) مقابلة صحيحة حال العقد وانقسم العوض عليهما فلا يتغير بهلاك بعضه أو استحقيقه ^(٣) .

هذا ، وإن تفرق الصفقة المستوجب خيارا ، كثيرا ما ينشأ عن الخيار بين الامساك والرد ، فى خيار العيب ، عندما يؤثر المشتري أن يرد

(١) المذهب للشيرازى والمجموع ٤٢٥/٩ والمغنى ٢١٢/٤ ومطالب أولى النهى ٤٥/٣ .

(٢) المغنى ٢١٢/٤ - ٢١٣ .

(٣) المجموع شرح المذهب ٣٨٦/٩ - ٣٨٧ الروضة شرح اللمعة ٣٣٢/١ المغنى ٣٣١/٤ م ٣١٣٦ .

المعيب خاصة بحصته من الثمن . لكن الشارع يمنع ذلك تفادياً لتفريق الصفقة . فلا ينطفيئ الخيار السابق إلا باتقاد خيار جديد ^(١) .

وقد فصل الكاساني الحالات التي ينشأ عن الرد للمعيب فيها تفريق الصفقة وبين أن حكمها جميعها المنع باستثناء حالة واحدة هي ما لو كان المبيع أشياء حقيقة وتقديراً فله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند الحنفية إلا زفر ^(٢) .

المبحث الثالث

التقسيم المختار لحالات تفريق الصفقة

ولتفريق الصفقة صور مختلفة يعتبر كل منها بمثابة خيار ، مع اشتغال معنى (تفريق الصفقة) عليها جميعاً ، لكن طابع الخيارات بارز في الأولين من تلك الصور :

- ١ - خيار (الاستحقاق الجزئي) للمعقود عليه (وفي حكمه : انفساخ العقد في أحد شيئين قبل القبض) .
- ٢ - خيار (الهلاك الجزئي) للمعقود عليه ، (ومن صور انقطاع بعض المسلم فيه عند محل الأجل) .
- ٣ - حالة (الفضول في المشترك) والمراد به الخيار الناشئ عن بيع ملك نفسه وملك غيره في شيء مشترك .
- ٤ - حالة (سريان البطلان) وهو في بيع متقوم وغير متقوم صفقة واحدة ^(٣) .

(١) استوفيت في المبحث الثالث من الفرع الثامن في خيار العيب ما تقتضيه مسألة تفريق الصفقة في الرد ، باعتبارها مما يشترط عدمه .

(٢) البدائع ١٧٨/٥ - ١٧٩ .

(٣) الألقاب التي تقدمت الصور الأربع (المعدودة خيارات) مستمدة من التعبير الطويل عن كل منها .

ويلحظ في هذه الصور المختلفة - التي تضمنت خيارات - إمكان شطرها إلى زمرتين . بحسب وقت التفريق المولد للخيار هل هو في (الابتداء) فهو ناشئ مع العقد، أو في (الانتهاء) فهو طارئ على العقد ويعبرون عنه أيضا بقولهم (في الدوام) . ثم قسم النووي التفريق الواقع في الانتهاء إلى قسمين : (اختياري) وهو بظهور العيب ورد الجزء المغيب فقط . و (غير اختياري) ^(١) . وقد رأينا كيف ارتبط ما هو الابتداء بحكم من الشارع فهو ذو سبب شرعي ، وأما ما كان في الدوام فسيبه حسبي لأرتباطه بواقعة مادية . وسيبه الحسبي هو الاستحقاق أو الهلاك .

فالسبب الشرعي - وهو ناشئ مع العقد - له صور ، ضابطةا : اشتمال العقد على ما يصح بيعه وما لا يصح . وعدم صحة البيع إمّا لكون بعض المعقود عليه غير متقوم ، أي لا يحل بيعه كما لو باع خلا مع خمر صفقة واحدة ، أو عبدا وحرّا ، وإمّا لكونه واقعا على ملكه وملك غيره بلا إذن منه ، كما لو باع شيئا مشتركا بغير إذن الشريك .

أما السبب الحسبي - وهو طارئ على العقد - فمداره على فوات جزئي في المعقود عليه بالاستحقاق ، أو التلف لجزء منه . وقد اقتصر الشافعية في تفرق الصفقة على ذكر السبب الشرعي وصورة التلف فقط من السبب الحسبي كما أنهم توسعوا في صور تفرق الصفقة وعقدوا لذلك فصلا ، أو بابا ، وتابعهم الحنابلة في ذلك ولم يعيروا الاستحقاق بالا في حين لم يتعرض الحنفية إلا للصور المتولدة عن السبب الحسبي فقصروا حالاته على الاستحقاق الجزئي والهلاك الجزئي وعقدوا للاستحقاق مباحث مفصلة ^(٢) .

والذي يهمنا هو حالات السبب الحسبي الطارئ ، لما تولد عنه من انبثاق خيارين ذوي شأن هما :

(١) رد المحتار ٩٠/٤ و ٤٦ والمجموع ٣٨٧/٩ و ٤٣٣ قال للنووي : « وللتعدد والاتحاد فوائد » ثم ذكر ما يختلف حكمه باعتبار الصفقة متعددة أو لا المجموع شرح المذهب ٤٣٣/٩ - ٤٣٥ .

(٢) تحفة المحتاج بخاشية الشرواني ٣٢٣/٤ ومعنى المحتاج ٤٠/٢ والمجموع ٤٢٥/٩ (باب تفرق الصفقة) مطالب أولى النهي ٤٥/٣ . رد المحتار ١٩١/٤ (باب الاستحقاق) فتح القدير ٣٠٤/٥ (أيضا) .

- ١ - (خيار الاستحقاق الجزئي) وما اندرج فيه من صور .
- ٢ - (خيار الهلاك الجزئي) وما تبعه من صور مشابهة .

الفرع الثاني

خيار الاستحقاق الجزئي

تمهيد :

الاستحقاق (فى عقد البيع) هو ظهور كون المبيع حقا واجبا للغير ، وهو استحقاق كلى أو جزئى .

فالاستحقاق الكلى (وهو الذى يتعلق بالمبيع كله) يجعل العقد موقوفا على إجازة المستحق ، ولا يفسخ العقد بظهور الاستحقاق ولا بالقضاء به ، بل يظل موقوفا إلى أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، بحيث لو أجاز المستحق بعدما قضي له ، أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح ، على ما حققه ابن الهمام ^(١) .

ولهذا الاستحقاق (الكلى) أحكام مطولة وقد عقد له الفقهاء بابا مستقلا فى كتاب البيوع بعد تمام أبواب البيع ، ذكروا فيه صورته وأنواعه وشرائطه وكيفية ضمان المبيع عند الاستحقاق ^(٢) .

أما الاستحقاق الجزئى فهو ما يقع على بعض المبيع ، سواء ظهر الاستحقاق بعد القبض ، أو قبله ، أو بعد قبض بعضه ، ولا فرق فى كون المستحق هو الجزء المقبوض أو غيره .

وهذا الاستحقاق (الجزئى) هو المتصل بمباحث الخيارات ولم يفرد له معظم الفقهاء المصنفون بابا ولا جعلوه من الخيارات المعنونة ، بل تعرضوا

(١) فتح القدير ٣٠٥/٥ ط ١

(٢) أحكام الاستحقاق (الكلى) يرجع إلى فتح القدير والعناية ٣٠٤/٥ ورد المختار ١٩٠/٥ - ٢٠٨ (ط ٢ الباي) .

له فى أثناء خيار العيب بمناسبة إحداه الاستحقاق لبعض المبيع عيبا فى الباقى ، دعوه (عيب الشركة) .

وبالرغم من هذا الاتصال الشديد بخيار العيب فقد عده المتبعون لأنواع الخيار خيارا مستقلا ، كما صنع صاحب الأشباه ومن تابعه من فقهاء الحنفية إلى زمن الحصكفي الذى عده فى صدر باب خيار الشرط بمناسبة حصر الخيارات . ثم تناوله هو - وفقهاء المذهب بمناسبة (الاستحقاق الكلى) فى بابه ^(١) .

المبحث الأول

خيار الاستحقاق عند الحنفية

الاستحقاق (الجزئى) إمّا أن يظهر قبل القبض ، وإمّا بعده :

- ظهور الاستحقاق الجزئى قبل القبض :

إذا استحق بعض المعقود عليه قبل القبض - والمراد قبل الكل ، فلا عبرة بقبض بعض المبيع فهو كما لو لم يقبض - فحكم ذلك البعض المستحق أنه موقوف ، فإذا لم يُجزّ المستحق فللمشتري الرجوع على البائع بثمنه ، وحينئذ يبطل العقد فى ذلك البعض أما الباقى فللمشتري فيه الخيار : إن شاء رضى به بحصته من الثمن ، وإن شاء ردّه ، سواء كان استحقاق ما استحق يوجب العيب فى الباقى أم لا يوجب .

والوجه فى بطلان العقد فى بعض السلعة المستحقة التبيين من أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ، ولما لم توجد الإجازة من المالك ، وتلاه استرجاع المشتري للثمن - انفسخ العقد فى ذلك البعض .

(١) تنوير الأبصار وشرجه رد المختار ٤/٤٦ و ١٩١ .

أما ثبوت الخيار فى الباقي فلتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام ،
وتمام الصفقة (بعد الرضا) بالقبض - وهو لم يحصل - فكان ظهور
الاستحقاق قبل القبض مفرقا للصفقة قبل تمامها فله خيار الرد ^(١) .

وإذا ظهر الاستحقاق الجزئى بعد القبض ، كان حكم الجزء
المستحق مماثلا لما سبق ، وأما الباقي فيفترق حكمه بحسب كون المبيع يتعيب
بالاستحقاق أولا .

فإن كان المبيع من القيميات ، وكان شيئا واحدا حقيقة وتقديرا ،
كالدار والكروم والثوب ونحوها ، أو كان شيئين من حيث الصورة وهو واحد
من حيث المعنى كمصراعى الباب ونحوه ، فإن استحقاق البعض يقتضى
الخيار فى الباقي ، لأن الاستحقاق أوجب عيبا فى الباقي ، هو عيب الشركة
فى الأعيان .

أما إن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالدارين أو الثوبين ، أو
كان من المكيلات أو الموزونات كصبرة قمح أو جملة وزني ، فإن استحقاق
البعض لا يوجب للمشتري خيارا بل يلزمه أخذ الباقي بحصته من الثمن . لأنه
لا ضرر فى التبعض . وهناك رواية عن أبى حنيفة بأن له الرد ، دفعا لضرر
مؤونة القسمة ^(٢) .

وقد ذكر ابن الهمام فى توجيه هذا الحكم أن المبيع من غير القيميات لا
يصره التبعض لا فى القيمة ولا فى المنفعة . أما فى القيمة فإن (المد) من
القمح يباع وزان ما يباع به الأردب والغرارة . وأما فى المنفعة فالأمر ظاهر فى
عدم الضرر . والشركة فى المكيل والموزون ليست عيبا ، لسهولة اقتسامه
ومؤونة القسمة فيه خفيفة . وليس الأمر كذلك فى القيمي لأنه إذا كان مما لا
يفصل كالدابة فالشركة عيب واضح ، وإن كان مما يفصل فإن تبعضه

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٥ - ١٧٧ رد المختار ٩٠/٤ المبسوط ١٠٢/١٣ العناية شرح الهداية ١٧٦/٥ - ١٧٧

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٩/٥ فتح القدير ١٧٦/٥ .

عيب ، لأن الفضلة من (المنسوجات) كالذراع إذا نودى عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب ^(١) .

ولابد من التنبيه على تعبير جاء في كلام الكاساني ، ومثله في مراجع أخرى فنقله ابن عابدين دون توضيحه ، وهو غير منسجم مع ما حققه ابن الهمام من أن العقد لا يفسخ بظهور الاستحقاق ولا بالقضاء به حتى يسترد المشتري الثمن فحينئذ يفسخ بعد أن ظل موقوفا منذ ظهور الاستحقاق حتى ذلك الحين .

أما عبارة الكاساني فهي : « فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الإجازة من المالك فبطل . وللمشتري الخيار في الباقي » فقله « بطل العقد » لابد من تأويله على أنه بعد استرداد المشتري للثمن وليس بمجرد ظهور الاستحقاق وعدم إجازة المستحق ^(٢) .

المبحث الثاني

خيار الاستحقاق في بقية المذاهب

تعرض الشافعية لخيار تفرق الصفقة بالاستحقاق في مطولاتهم ^(٣) وقد وقفت فيها على رسالة خاصة للفقهاء ابن حجر الهيتمي دعاها : « إصابة الأغراض في سقوط الخيار بالإعراض » أدرجت في فتاواه الكبرى ^(٤) وموضوعها كون خيار تفرق الصفقة للاستحقاق يسقط إذا أعرض المستحق عن المطالبة بالجزء الذي كان سبب الاستحقاق ، لكنه في سبيل تقرير هذه النتيجة تعرض لقيام خيار تفرق الصفقة ، فأثبت فيها قيامه بالاستحقاق سواء كان المستحق جزءا شائعا في الجميع ، أو سهما من سهام بأماكن مختلفة خلافا

(١) فتح القدير ١٧٧/٥ ط ١ رد المختار ٩٠/٤ .

(٢) فتح القدير والبدائع ٢٨٨/٥ ورد المختار ٩٠/٤ نقلا عما في جامع الفصولين عن شرح الطحاوي .

(٣) المجموع شرح المذهب ٩٤٢٥ - ٤٤٠ .

(٤) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٤٢.٢ - ٢٤٩ (طبعة حني) .

لابن الصلاح فى فتوى له حصر فيها خيار تفرق الصفقة فى كون المستحق جزءا شائعا فى الجميع ، وقد رد ذلك ابن حجر واستغرب وقوعه منه ^(١) .
ونظرا لكون تلك الرسالة قد أفردت لخيار تفرق الصفقة لابد من العناية بما اشتملت عليه مما يتصل بالخيار .

وقد ذكر ابن حجر أنه سئل عن مسألة فى سقوط خيار تفرق الصفقة بإعراض المستحق وعدم طلبه الفسخ . فأجاب عنها باختصار ، ثم بلغه أن بعض المفتين أفتى بخلاف جوابه فصنف تلك الرسالة .

أما صورة المسألة التى سئل عنها ، فهى : « انسان اشترى من آخر أرضا مشتملة على نخل ، ثم تقايلا ، ثم ادعى البائع بطلان الاقالة ، وحكم له الحاكم الشرعى بذلك بشرطه ، ثم بعد ذلك ظهر أن من الأرض المذكورة مغرس نخلة من النخل المذكور مملوكا لغير البائع حين البيع .

فهل يتخير المشتري حينئذ بها؟ وإذا قلتم : نعم، فهل يمنع خياره بملك البائع المغرس المذكور وإعطائها له . أو اعطاء مستحقها إياها للمشتري ، أو لا ؟

وقد أفاض ابن حجر فى الجواب . وهذا تلخيص شديد لما عالج به هذه المسألة - بعد أن شطر الكلام عليها إلى مقامين : (الأول) فى إثبات الخيار . و (الثانى) فى سقوطه - :

١ - المشتري يتخير بذلك . لتفريق الصفقة عليه . واستغرب ابن حجر فتوى لابن الصلاح بخلافه .

بعد ثبوت الخيار للمشتري لو أراد مالك المغرس (غير البائع) هبته للمشتري لا يسقط بذلك خياره . وهو ظاهر ، أما الخفي فهو ما إذا ملك البائع ذلك المغرس ، ولما علم ثبوت الخيار للمشتري وهبه له - أو أعرض

عنه - فهذا يتردد فيه النظر . وعلى هذا دلالات من نصوص الفقهاء . . . (١)
ولم يكتب ابن حجر بالبيان الشافى الذى جاد به قلمه ، بل افترض إيرادين
معاكسين وتولى مناقشتها . . ثم جعل بعد هذا الجواب تذييلا قوامه
التساؤل : هل المذكور خاص بالبقعة المستحقة متصلة بغير المستحقة أو هو
عام؟ وأجاب : بل هو عام فى كل مسألة وقع تفريق الصفقة فيها وثبت بسبب
ذلك خيار للمشتري (٢) .

أما الامامية فلم يذكروا خيار الاستحقاق بصورة مستقلة ، بعد أن
أثبتوا الخيار بتفريق الصفقة بسببه وأوردوا صورته فى مكانين بحسب ظهور
الاستحقاق فى جزء من سلعة واحدة ، أو فى سلعة من سلعتين ، فاعتبروا
الأول مندرجا فى خيار الشركة . أما الثانى فهو من خيار تبعض الصفقة . على
أن صاحب "الروضة البهية" قال متعبعا على صنيع صاحب "اللمعة" (٣) : «ولا فرق
فى الصفقة المتبعضة بين كونها متاعا واحدا فظهر استحقاق بعضه أو أمتعة لأن
أصل الصفقة (البيع الواحد) . . (٤) وإنما خص تبعض الصفقة هنا
بالسلعتين لإدخاله الواحدة فى خيار الشركة . ولو جعل موضوع تبعض
الصفقة أعم كان أجود وإن اجتمع حينئذ فى السلعة الواحدة خياران :
بالشركة ، وتبعض الصفقة ، فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع فى مبيع واحد
لعدم التنافي » .

ولم يأخذ به ابن حزم سواء كان الجزء المستحق من الصفقة هو الأقل
أو الأكثر (ومثل الاستحقاق عنده تأخر القبض) ذلك أنه بالاستحقاق يعتبر
الصفقة كلها مفسوخة مردودة ، لأن العقد لم يتم صحيحا ، وما لم يصح فهو
فاسد ، وكل عقد اختلط الحرام فيه بالحلال فهو عنده عقد فاسد (٥) .

(١) الفتاوى الكبرى ٢/٢٤٢ - ٢٤٦ وقد طوبت النظائر الفقهية التى أشار إليها فتتظر هناك .

(٢) رسالة إصابة الأغراض لابن حجر فى فتاواه الكبرى ٢/٢٤٦ .

(٣) الروضة البهية للجبى شرح اللمعة الدمشقية للعالمى ١/٣٣٢ .

(٤) لأنهم كانوا يتصافقون بأيديهم إذا تابعوا . يجعلونه دلالة على الرضا به ومنه قول النبى ﷺ لعروة البارقي لما

اشترى الشاة : بارك الله لك فى صفقة يمينك (شرح اللمعة ١/٣٣٢) .

(٥) المحلى مسألة ١٤٩٦ ج ٥٠٩/٨ .

المبحث الثالث

أثر الاستحقاق على العقد

الاستحقاق ينشئ عن عدم رضا المالك الحقيقي . - وهو غير العاقد هنا - وتتمام العقد انما يكون بالرضا (ثم بالقبض) . هذه الفكرة أتت بها من أراد استشكال حرمان المشتري من الخيار في الاستحقاق الجزئي في غير القيميات بحجة أن الرضا لم يوجد .

وقد أجاب المرغيناني - وشرّاح الهداية - بأن المعتبر لتتمام الصفقة رضا العاقد لا رضا المالك (فذاك له أثره في نفاذ العقد أو توقفه) لأن العقد حق العاقد ، فتمام العقد يستدعي تمام رضاه لا رضا المالك (وهو هنا المستحق) .

فلاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة . ولذا لم يكن وحده مؤثرا في إثبات الخيار . بل لابد من انضمام أمر آخر هو أن يكون لواقعة الاستحقاق - وهي واقعة مادية - ظرف خاص يعطيها مقدرة التأثير . وهو أن يظهر الاستحقاق قبل القبض - فالعقد حينئذ ضعيف لعدم تمامه بالقبض - أو أن يظهر بعد القبض والمعقود عليه مما يتعيب بالاستحقاق كما مرّ أما الاستحقاق وحده فلا يستتبع الأثر دائما .

ولمعرفة أثر الاستحقاق الجزئي في الصفقة لابد من تقسيم الصفقة من حيث التعدد والاتحاد . وقد تكفل بذلك الكاساني^(١) في صدر الحديث عن تفرق الصفقة برد العيب أو الاستحقاق :

١ - المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئا واحدا حقيقة وتقديرا ، كالثوب والدار والكرم والعبد (ومثل الكاساني أيضا بالمكيل والموزون والمعدود المتقارب في وعاء واحد أو صبرة واحدة ، وهو معترض من غيره من فقهاء الحنفية) .

(١) بدائع الصنائع ٢٨٦/٥ ورد المختار ١٩١/٤ وما بعدها .

٢ - وإما أن يكون أشياء متعددة ، كالدابتين والثوبين (والمكيل والموزون والمعدود فى وعاءين أو صبرتين - فى اختيار الكاسانى) وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر .

٣ - وإما أن يكون شيئين حقيقة وشيئا واحدا تقديرا ، كالحفنين والنعلين ومصراعى الباب وكل شيئين لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر .

ثم إن تفرق الصفقة إما أن يكون بعد قبض كل المبيع ، أو قبل القبض ، أو بعد قبض بعضه . كما أن الحادث المسبب لتفرق الصفقة إما عيب أو استحقاق ولكل أحكامه المفصلة ، ندعها للمطولات .

الفرع الثالث

خيار (الهلاك الجزئى)

تمهيد :

لا يقتصر الخيار على حالة الهلاك الجزئى ، بل هناك صور من هلاك كل المبيع ينشأ عنها خيار للمشتري وهى :

إذا هلك المبيع كله بفعل أجنبى قبل القبض . فالمشتري بالخيار :

١ - إن شاء فسخ البيع ، فيعود المبيع إلى ملك البائع ، فيتبع البائع الجانى فيضمنه مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا .

٢ - وإن شاء المشتري اختار البيع ، فاتبع الجانى بالضمان (واتبعه البائع بالثمن)^(١) .

(١) البدائع ٢٣٨/٥ - ٢٣٩ وفيه تفصيل ما يترتب من فضل على الثمن باتباع الجانى بالضمان من قبل البائع فى حال الفسخ أو من قبل المشتري فى حال اختيار البيع وأنه لا يخل للبائع لأنه ربح ما لم يمتك ، ولا للمشتري لأنه ربح ما لم يضمن (٢٣٩/٥) .

يقول الكاساني في بيان السبب المقتضى لهذا الخيار : « وثبت الخيار للمشتري لأن المبيع قد تعين^(١) في ضمان البائع ، لأنه كان عينا فصار قيمة ، وتعين المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار » .

المبحث الأول

محمل أحكام الهلاك الجزئي وخياره

في الهلاك الجزئي للمعقود عليه ، قبل القبض يثبت للمشتري الخيار بين الإمضاء والرد ، لتفرق الصفقة عليه .

وهذا أمر مشترك بين حالات الهلاك المتنوعة بالنظر إلى السبب ثم تختلف كيفية الامضاء (بعد استبعاد حالة هلاكه بفعل أجنبي حيث يستوى حكمها وحكم الهلاك الكلي من التخيير بين الامضاء وتضمين المتعدي أو الفسخ والتخلية بين الأجنبي والبائع) والتفاوت في الحكم ذو حالتين الهلاك بفعل البائع ، وفيها يسقط من الثمن قدر النقص ، سواء كان نقص قدر ، أو نقصان وصف . والهلاك بسبب سماوى أو بفعل المعقود عليه حيث يتصور منه ذلك . فع ثبوت الخيار ، كما ذكرنا ، يطرح من الثمن حصة الفائت إن كان النقص في القدر . أما إن كان نقصان وصف فلا يسقط شيء من الثمن « والمراد بالوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء في الأرض ، والأطراف في الحيوان ، والجودة في الكيلي والوزنى »^(٢) .

أما الشافعية فقد نصوا على أنه إذا تلف أحد الشيئين المعقود عليهما صفقة واحدة ، قبل القبض ، يفسخ العقد في التالف بلا خلاف . أما في الباقي فلهم فيه طريقتان : أحدهما أنه على الخلاف فيمن باع ملكه وملك

(١) هكذا في البدائع « تعين » ويبدو لي أن فيه تحريفا ، وصوابه « تغير » . فراحه أن هذا الخيار لتغير ذات المبيع ، نظير الخيار في شراء شيء برؤية سابقة ثم ظهور تغيره . لكن هنا التغير اعتبارى لا مادى .

(٢) رد المحتار ٤٦/٤ بدائع الصنائع ٢٣٩/٥ .

غيره ، لأن ما يحدث قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد وأصحهما: القطع بأنه لا يفسخ لعدم علّتي الفساد هناك .

فإذا قيل بعدم انفساخ العقد فللمشتري الخيار في الفسخ في الباقي ، لتفرق الصفقة عليه (والأصح أنه لا يلزمه إلا قسط الباقي ، لأن العوض هنا قَابَلُ المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد وانقسم العوض عليهما فلا يتغير بهلاك بعضه) .

هذا إذا كان المقبوض باقيا في يد المشتري ، فإن تلف في يده ثم تلف الآخر في يد البائع ففي الانفساخ في المقبوض خلاف مرتب على الصورة السابقة ، والأولى عدم الانفساخ لتلفه في ضمان المشتري . وإذا قيل بعدم الانفساخ فهل له الفسخ؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم ويرد قيمته ويسترد الثمن إن كان سلمه . وأصحهما: لا ، بل عليه حصته من الثمن ^(١) .

وكذلك نص الإمامية على أن المشتري يتخير بين التزام السلعة الباقية بقسطها من الثمن (بعد تلف الأولى) وبين الفسخ في جميع الصفقة لأن البيع وقع على الصفقة تامة ، فلما تفرقت تغير ما وقع عليه العقد فثبت للمشتري الخيار . أما البائع فلا خيار له في ذلك لأنه يريد بيع ما لديه وهو حاصل سواء باعه كله أو بعضه ، والتبعض لم يكن من قبل المشتري ^(٢) . وقد علّل الشافعية حجب الخيار عن البائع بأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه ^(٣) .

المبحث الثاني

صورة انقطاع بعض المسلم فيه

مما له حكم تلف بعض الصفقة ، ما لو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل ، وكان الباقي مقبوضا أو غير مقبوض ، قال النووي : « فإذا قلنا : لو انقطع

(١) المجموع شرح المذهب ٣٨٦/٩ - ٣٨٧ .

(٢) الروضة شرح اللمعة / ٣٣٢ .

(٣) المجموع شرح المذهب ٣٨٣/٩ .

الجميع لم يفسخ العقد كان المسلم بالخيار : إن شاء فسخ العقد في الجميع
وإن شاء أجازته في الجميع . وهل له الفسخ في القدر المنقطع والاجازة في
الباقى ؟ فيه قولان .^(١)

(١) المجموع شرح المذهب ٣٨٧/٩ .

الباب الرابع

زمرة خيارات الأجهزة

وفيه أربعة فصول

- الأول : خيار الرؤية
- الثاني : خيار الكمية
- الثالث : خيار كشف الحال
- الرابع : خيار التعيين

الفصل الأول

خيار الرؤية

وفيه فروع

- الأول : تعريف خيار الرؤية وماهيته
- الثاني : مشروعية خيار الرؤية والمذاهب فيه
- الثالث : سبب ثبوت الخيار (عدم الرؤية عند العقد)
- الرابع : شرائط قيام خيار الرؤية
- الخامس : صاحب خيار الرؤية
- السادس : مجال خيار الرؤية
- السابع : توقيت خيار الرؤية بدءا وغاية
- الثامن : أثر الخيار على العقد
- التاسع : انتهاء خيار الرؤية وسقوطه
- العاشر : انتقال خيار الرؤية

الفرع الأول

تعريف خيار الرؤية وماهيته

المبحث الأول

تعريف خيار الرؤية لغة وشرعا

التعريف اللغوي :

لفظ (الرؤية) من المركب الاضافي (خيار الرؤية) مصدر لفعل رأى يرى ومعناه لغة : النظر بالعين وبالقلب ، ومثلها الرأي والراء والرأية والرئان أما في الاصطلاح فسيعرف أن لها معنى خاصا هو العلم بالمقصود من المعقود عليه^(١) .

التعريف الشرعي :

أما خيار الرؤية شرعا فهو حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الامضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره ، والاضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية. وقد استشكل ابن عابدين ذلك مقتصرًا على ذكره أن في الفتح والبحر كون (الرؤية) شرط ثبوت الخيار فهي من إضافة الشيء إلى شرطه . أو (عدم الرؤية) فهو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية^(٢) . وقد قال صاحب الدر : وما قيل : من إضافة الشيء إلى شرطه غير ظاهر ، ولعل المراد خيار الرؤية (الفائتة) فحذف الوصف . وبهذا يستقيم اعتبار الاضافة سببية كما يستقيم اعتبارهم عدم الرؤية شرطا لثبوت الخيار كما فعل صاحب البدائع ، وكما يؤخذ في صنيع صاحب الفتح نفسه من

(١) المصباح المبرر ، والمغرب ، والقاموس المحيط مادة/ رأى .

(٢) رد المحتار ٢٢/٤ فتح القدير ١٣٧/٥ البحر الرائق ١٨/٦ .

كلامه بصدد كفاية رؤية ما يدل على المقصود وإغناؤه عن رؤية الجميع قوله « والأصل في هذا أن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية » ^(١) ، وهذا كما لو قال : عدم الرؤية مشروط لثبوت خيار الرؤية .

خيار الرؤية خيار حكى ، للتروى :

خيار الرؤية يثبت بحكم الشرع نظرا للعائد الذى أقدم على شراء ما لم يره فرما لا يكون موافقا له فقد أباح له الشارع ممارسة حق الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه . وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور القائلين به ، ألا المالكية فهو عندهم خيار إرادى يشترط فى بيع الغائب أحيانا تصحيحا له (كما سيأتى بيانه) .

وخيار الرؤية - بالرغم من سلكه فى عداد خيارات الجهالة - هو من الخيارات التى يراد بها إتاحة المجال للعائد ليتروى وينظر هل المبيع صالح لحاجته أم لا ؟

المبحث الثانى

ماهية خيار الرؤية

خيار الرؤية ينشأ عنه أن يعتبر العقد المشتمل عليه غير لازم ، وعدم اللزوم هذا تعويض لاختلال الرضا عند التعاقد الذى لم ير محل العقد باعتباره غالطا - والغلط من شوائب الارادة - لكن غلظه هذا قائم على افتراض أنه لم يجد المبيع على الحال التى ظنها ، بل ألفاه على غير ما يريد لغرضه من التعاقد . قال السنهورى : « فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري فى شىء لم تسبق له رؤيته » ^(٢) . ولم يفترض أن المشتري يرد المبيع بعد رؤيته بسبب الغلط فحسب بل افترضنا أيضا أن هذا الغلط ثابت ، إذ صدقنا المشتري بدعواه بغير أن نلزمه إقامة البينة ، بل بغير يمين فكأن البائع إذا باع شيئا لم يره المشتري يكون

(١) فتح القدير ١٣٧/٥ .

(٢) مصادر الحق ٢٥٤/٤ .

قد احتكم إلى ذمة المشتري من غير يمين . والغلط الذى وقع فيه المشتري والذى ثبت من أجله الخيار هو غلط مغتفر لأن المشتري قد لا يتمكن من رؤية الشئ قبل الشراء . أما الغلط الذى قد يقع فيه البائع - إذا باع العين قبل رؤيتها - فهو غلط غير مغتفر لأنه يتمكن عادة من رؤية العين التى يبيعها قبل البيع .

الفرع الثانى

مشروعية خيار الرؤية والمذاهب فيه

المبحث الأول

المذاهب فى خيار الرؤية

تمهيد :

القول بخيار الرؤية إيجاباً أو نفياً مرتبط كل الارتباط ببيع الشئ الغائب صحة وفساداً .

ومن الضرورى التعجيل ببيان المراد بالغيبة فى قولهم (العين الغائبة) فالمراد خصوص غيبتها عن البصر بحيث لم تجر رؤيتها عند العقد . سواء كانت غائبة أيضاً عن مجلس العقد أو حاضرة فيه لكنها مستورة عن عين العاقد . فهى تسمى غائبة فى كلتا الحالين ، ويستوى فى غيابها عن المجلس أن تكون فى البلد نفسه أو فى بلد آخر من حيث مفهوم الغيبة وإن اختلف الحكم أحياناً .

فالغائب هنا هو غير المرئى ، إما لعدم حضوره وإما لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره ، فليس كل حاضرمرياً فقد يكون حاضراً غير مرئى^(١) .

وقد أوجز النووي بيان الاجتهادات المختلفة فى بيع الغائب بعبارتين أحدهما تجعل الخلاف ثنائياً ، والأخرى - وهى منقولة عن أبى بكر بن

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٧/٣ وتقرعات غير المالكية واستعمالهم تدل عليه أيضاً .

المنذر - تجعله ثلاثيا ، وفي إيراد كلام النووي غنية عن التوسع في بيع الغائب لأن له مشمولات كثيرة وأنواعاً عديدة في سردها خروج عن البحث . مع التحفظ بأن عرض خلافات المذاهب من كتبها سيكشف عن تفاوت لعل مرجعه التسامح في تقرب الوجهات المختلفة أو تبدل الترجيح في خلال العصور .

المطلب الأول

مشروعية بيع الغائب

تلخيص المذاهب فيه :

قال النووي ، في بيع العين الغائبة ، ومواقف الفقهاء منها :
قد ذكرنا أن أصحّ القولين في مذهب الشافعية بطلانه ، وبه قال الحكم وحامد^(١) . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم: يصح ، نقله البغوي وغيره عن أكثر العلماء .

قال ابن المنذر : فيه ثلاثة مذاهب :
الأول - مذهب الشافعي أنه لا يصح :

والثاني - يصح البيع إذا وصفه ، وللمشتري الخيار إذا رآه ، سواء كان على تلك الصفة أم لا ، وهو قول الشعبي والحسن والنخعي والثوري وأبي حنيفة وغيره من أهل الرأي^(٢) .

(١) ذكر ابن حزم في المحلى (٣٤١/٨ م ١٤١٣) مذهبيهما وعقب عليه بأنه ليس مماثلاً لمذهب الشافعي لأنها قالا : لا يجوز إلا أن يراه يوم اشتراه ، فقد يراه أول النهار ثم يغيب عند العقد ، والمهم رؤيته يوم اشتراه لا بالأمس .

(٢) ونحوه في المغنى (٤٩٤/٣ م ٢٧٧٢) لكنه أورد مذاهب الشافعي والحسن والنخعي والأوزاعي ومالك وإسحاق في عداد من لا يصحون بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته ، وأورد أبا حنيفة على أنه يصححه ويجعل فيه الخيار .

والثالث - يصح البيع (إذا وصفه) وللمشتري الخيار إن كان على غير ما وصف . وإلا فلا خيار له . قاله ابن سيرين وأيوب السختياني ومالك وعبيد الله بن الحسن (العنبري) وأحمد وأبو ثور وابن نصر (المروزي) . قال ابن المنذر : وبه أقول^(١) .

تفصيل المذاهب في بيع الغائب :

ذهب الحنفية إلى تصحيح بيع الغائب (غير المرئي) شريطة الإشارة إليه - وهو حاضر مستور - أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم . أما إن لم يعرف منه إلا الاسم دون إشارة فلا يجوز البيع^(٢) . وقد جاءت بعض عباراتهم مطلقة تفيد الجواز فحملوها على ذلك التقييد . ونقل ابن عابدين عن النهاية " صحة شراء ما لم يره إذا كان شيئاً مسمى موصوفاً . أو مشاراً إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم . ثم استظهر بعدئذ من التعليقات والتفاريع أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة . وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره^(٣) وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضراً في مجلس العقد . وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات . . . أو بيان مكانه الخاص كبعثتك ما في هذا البيت أو ما في كمي . أو بإضافته إلى البائع كبعثتك بيتي ولا بيت له غيره . أو ببيان حدود أرض . ففي كل ذلك تنفي الجهالة الفاحشة عن المبيع وتبقى الجهالة اليسيرة بعد رفع الفاحشة المنافية لصحته . ثم الجهالة اليسيرة تزول بخيار الرؤية .

وأوضح ذلك فيما بعد قوله : فأفاد أن لزوم الإشارة عند عدم تسمية الجنس والوصف ، فالتسمية كافية عن الإشارة . . . وكذا الإضافة . . . وذكر الحدود . . . أن الإشارة ليست شرطاً دائماً بل عند عدم معرف آخر يرفع الجهالة^(٤) .

(١) المحمّد ٢٣٠/٩ ولا يخفى أن على هذا المذهب بدعي الخيار: خيار الخلف في الوصف وقد أثبتته بعض من لم

يثبت خيار الرؤية المطلق (المذكور في المذهب الثاني)

(٢) المبسوط ٦٨/١٣ فتح القدير ١٣٧/٥ ورد المختار ٢٢/٤ .

(٣) لعله خطأ محرف عن (بظانه) جمع ظنير أما (أنظار) فهي جمع نظر .

(٤) رد المختار ٦٣٤/٤ ٦٤ .

وقد أجاد الكاسانى فى تصويره مسألة بيع الغائب وإضاعة معاملها بحسب نظرية العقد ومستند الجواز والمنع، فبين أن العلم بأوصاف المبيع والتمن بعد العلم بالذات عند الحنفية ليس بشرط للصحة. والجهل بها ليس بمانع من الصحة ، لكنه شرط للزوم . فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم . وعند الشافعى : كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة ، حتى انه لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده (١) .

من المقرر عند المالكية - على ما يقول ابن رشد الجد^(٢) - أن « بيع السلع المغيبات لا يجوز إلا على ثلاثة أوجه :

- أحدها - على الرؤية (والمراد رؤية سابقة فيما لا يتغير . .) (٣) .
- والثانى - على الوصف . .
- والثالث - أن يشترط أنه بالخيار إذا رآها .

فلو قال قائل : إن هذا الخيار ليس خيار رؤية ، بل هو صورة من صور خيار الشرط المعروف وقد ربط استعماله هنا بالرؤية لما جانب الصواب . وسبب الالتباس فى عده خيار رؤية ما فى هذا الخيار من توقيت استعماله بالرؤية إذ المؤلف فى خيار الشرط أن يطلق لصاحبه استعماله منذ العقد إلى غاية المدة وأن تكون المدة متصلة بالعقد أى أن لا يضاف استعماله ولا يتوقف حكمه إلى ما بعد الرؤية .

وسند هذا العرض لمذهب المالكية نصوص من المراجع الأولى وعبارات صريحة لتأخيرهم ، كلها تكشف الصفة الارادية فى هذا الخيار . ففي المدونة ، فى كتاب الغرر : « قلت : رأيت رجلا اشترى سلعة ولم يرها ، أله الخيار إذا رآها ؟ قال قال مالك : إذا وصفها وجلاها بنعتها وماهيتها فأتى بها

(١) بدائع الصنائع ١٦٣/٥ وقد أفاض بعدئذ فى بيان وجوه المذميين بما لا حاجة لسرده . ويرغى عنه ما سيذكر بعدئذ مما استدل به أصحاب المذاهب لأنفسهم .

(٢) المقدمات لابن رشد ص ٥٥٦ .

(٣) كما تفيده نصوص المذهب . الخطاب ٢٩٤/٤ .

أو خرج إليها فوجدتها على الصفة التي وصفت له لزمه البيع»^(١) . وجاء في كتاب السلم أيضا . جواب مالك عن مسألة شراء عبد معين وهو في بيت البائع « من غير أن يصف له العبد أو يكون المشتري قد رأى العبد قبل ذلك . هل يكون المشتري بالخيار في قول مالك ؟ قال قال مالك : البيع ها هنا فاسد لا خير فيه » وهذان النصان عن البيع على الصفة، والحكم أنه لا خيار فيه عند مطابقة العيان للخبر . . أما عند عدم الوصف أو الرؤية السابقة فلا يثبت الخيار حكما بل العقد فاسد .

وفي المدونة في كتاب الغرر أيضا « وإن كانت سلعة قد رآها قبل أن يشتريها فاشتراها على ما كان يعرف منها وهي غائبة عنه فوجب البيع بينهما فوجدتها على حال ما كان يعرف منها . . . فالبيع لازم »^(٢) . وهذه صورة البيع على الرؤية السابقة . لا خيار فيها إن لم يتغير مرثيه .

أما الحالة الأخيرة وهي البيع من غير وصف ولا رؤية سابقة لكن مع اشتراط الخيار فقد جاء عنها في المدونة نص واضح . وآخر مشوب بالتباس : فالنص الواضح هو ما جاء في كتاب السلم الثالث من المدونة بصدد شراء عبد معين بالاشارة إلى مكانه دون أن يصفه . فبعد أن نقي ثبوت الخيار له حكم بفساده ثم قال « وهذا البيع إن كان سميا الخيار فيه - وإن كان على وجه المكايسة (الاسترباح) - فلا بأس بذلك . مثل أن يقول : عندى غلام . . . فانظر إليه فإن رضيته فقد بعته . . . فلا بأس بذلك . وإن واجبه عليه ولم يجعله بالخيار إذا نظر إليه فلا خير في هذا البيع »^(٣) فقد أفاد صحة البيع لغير الموصوف إذا اشترط المتعاقد فيه الخيار . فإذا لم يشترطه لم يصح البيع .

(١) المدونة ٢٠٨/٤ .

(٢) المدونة ٢٠٨/٤ - ٢٠٩ .

(٣) المدونة ٨٥/٤ .

أما النص المكتنف بالغموض فهو ما جاء في كتاب الغرر من المدونة :
« قال سحنون : وقال بعض كبار أصحاب مالك وجلّهم : لا ينعقد بيع الآ
على أحد أمرين : إما على صفة توصف له أو على رؤية قد عرفها أو شرط في
عقدة البيع أنه بالخيار إذا رأى السلع بأعيانها^(١) » فهذا النص دالّ على
الحالات الثلاث السابقة لكنه مصدّر بالحصر في أمرين ومشتمل على ثلاثة ،
وقد أشار ابن رشد إلى مدلول هذه العبارة حاكما بالمراد حصره في أمرين
فقال : « وقد قيل ان البيع في العروض المغيبات لا يجوز الآ برؤية . أو
بصفة ، وفي كتاب الغرر دليل على هذا القول ، وهذا الصحيح الذي يحمله
القياس^(٢) . » .

وقد بدا لي أن في مطبوعة المدونة تحريفا صوابه : أو على رؤية قد
عرفها وشرط في عقدة البيع . . . الخ فذكر الخيار تتميم للرؤية وهي والصفة
الحالتان المرادتان . . ثم رأيت في الخطاب حكاية ذلك الفهم الحاصر في
أمرين ليس أحدهما الخيار عن ابن رشد ، وخليل في التوضيح ، وابن عرفة
وقال الأخير : انه المعروف من المذهب ونص غرّرها ، وجعل القول الأول
ظاهر سلّمها ، وتبعه ابن ناجي على ذلك . قال الخطاب : ولم أقف في
غرّرها على ما ذكروه ، ثم أورد نص المدونة ، ناقلا عن ابن يونس أنه قال عن
الصفة والرؤية : فهذان منعقدان ، وعقب قوله : (أو شرط في عقد
البيع . .) : هذا الوجه غير منعقد الآ بعد الرؤية . . ثم نقل عن ابن محرز أن
منهم من تأولها على أن بيع الرؤية والصفة قسم وبيع الخيار قسم . . وقال
الخطاب عقب ذلك كله : وليس في هذا دليل على منع بيع الغائب بلا
وصف ولو كان على الخيار^(٣) .

(١) المدونة ٢٠٨/٤ .

(٢) المقدمات ، لابن رشد الجلد ص ٥٥٦ والدسوقي ٢٥/٣ - ٢٦ مع رد القول باخراج حالة الخيار من
الصحة .

(٣) الخطاب ٢٩٦/٤ .

أما الشافعية - ونحوهم الحنابلة كما سيأتى بعد - فقد رأينا من تلخيص النووى للمذاهب فى بيع الغائب أن أصح القولين عندهم بطلانه . ونصّ أيضا على أنه لو استعيض عن الرؤية بالوصف على سبيل الاستقصاء - على الحد المعتبر فى السلم - فالأصح أنه لا يقوم مقام الرؤية^(١) .

أما الرؤية السابقة فقد ذكروا لها أحوالا ثلاثة ، (أحدها) كونها فيما لا يتغير غالبا أو لا يتغير فى المدة المتخللة بعد العقد والرؤية ، و (الثانى) إذا مضى بعد الرؤية السابقة زمان يكون فيها بقاءه وعدم تغيره موضع احتمال - أو كان ذلك فى الحيوان - .

(الثالث) أن يكون المبيع مما يتغير فى تلك المدة غالبا كما لو كان مما يتسارع إليه الفساد .

ففى الحال الثالثة البيع باطل . أما فى الحالين الأولى والثانية فالبيع صحيح - على المذهب الأصح - فإن وجد ما اشتراه كما رآه أولاً فلا خيار له . وإن وجدته متغيرا فله الخيار لكنه هنا خيار الخلف^(٢) ، قال إمام الحرمين : « الرؤية (أى السابقة) بمنزلة الشرط فى الصفات الكائنة عند الرؤية ، فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف فى الشرط فيثبت الخيار »^(٣) .

(١) ومثله فى اسنى المطالب شرح روض الطالب . للقاضى زكريا ١٨/٢ وعلق عليه الرملى الكبير . بشأن عدم اغناء الوصف (بأوصاف السلم) عن الرؤية : « لا تخالف بين هذا وبين قولهم : لو قال : اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم فقال : بعتك . انعقد بيعا ، لأنه بيع موصوف فى الذمة . وهذا بيع عين ميزة موصوفة ثم أورد الرملى حديث أحمد بإسناد صحيح : ليس الخبر كالمعاينة ، وإن ابن السمعاني قال أنه حديث ثابت ، وذكر احتجاج بعض فقهاءهم لمنعه بالنهى عن بيع الملامسة وهى شراء الثوب المطوى مع أن بعضه مرئى فلأن لا يرى منه شيء أولى .

(٢) المجموع ٣٣٠/٩ و ٣١٨ .

(٣) المجموع ٣٢٤/٩ - ٣٢٥ .

المطلب الثانى

مشروعية خيار الرؤية (المذاهب والأدلة)

تمهيد :

هذا عن بيع الغائب. أما عن خيار الرؤية بخاصة ففيه للفقهاء مواقف ثلاثة هى :

١ - إثبات خيار الرؤية . بحكم الشرع - دون حاجة إلى اتفاق الارادتين عليه - وتمكين العاقد بموجبه من الفسخ أو الامضاء على سبيل التروى ، ولو كان ما اشتراه موافقا لما وُصف له عند العقد . وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، والزيدية ، والاباضية فى القول الراجح .

٢ - القول بخيار رؤية يشترطه المشتري فى بيع ما لم يره ليصح عقده ، وهو لا يثبت بحكم الشرع بل هو إرادى محض يجب على العاقد اشتراطه فى بعض صور بيع الغائب وبدونه يفسد العقد. وهذا تحقيق ما ذهب إليه المالكية ، وإن كان بعض من عرض مذهبهم من قدماء ومحدثين جعلهم من القائلين بخيار الرؤية دون هذا التمييز الضرورى الذى سيأتى بيانه .

٣ - نفي خيار الرؤية مطلقا ، وهو القول الجديد المعتبر فى مذهب الشافعية ، وأشهر الروايتين فى مذهب أحمد ، وهو مذهب الامامية ، وابن حزم .

وفما يلى بيان تلك المواقف بالتفصيل :

لقد ارتبط بتصحيح بيع الغائب عند الحنفية نشوء خيار لمن اشترى ما لم يره وانه يثبت بحكم الشارع دون الحاجة إلى شرط من المتعاقد ورضا

الآخر . واستدلوا لذلك بالأدلة التي سيأتى عرضها .

ثم إن خيار الرؤية الذى أثبتته الحنفية يكون للمشتري سواء وجد المعقود عليه كما وصف له أم لا ، فهو مشابه لخيار الشرط من حيث حرية استعماله ، وليس كخيار العيب المرتبط بوجود عيب ، ولا كخيار فوات الوصف المرغوب ، ومن هنا كان خيار الرؤية خياراً تروّ وليس خياراً نقيصة - على اصطلاح من يشطر الخيار إلى هذين النوعين . . .

ولكنه يفارق خيار الشرط فى أمور أهمها أنه يثبت حكماً دون حاجة إلى اتفاق إرادة العاقلين عليه كما هو الحال فى خيار الشرط .

أما مذهب الزيدية فهو مماثل لما عليه الحنفية من القول بصحة بيع الغائب ، فهو جائز لديهم إذا تم تعيين المبيع بذكر جنسه أو ذكر الجنس والصفة فى القيمى .

ثم له الخيار إذا رأى المبيع ، سواء وجده على الصفة المذكورة أم لم يجده عليها، وخالف فى ذلك من فقهاءهم أبو العباس وصاحب المنتخب^(١) .

وفى مذهب الاباضية عن بيع الغائب وخيار الرؤية قولان : أحدهما أنه لا يصحّ بيعه إن لم يعلمه البائع والمشتري قبل العقد ، سواء كان جهله لغيبته أو لتعذر رؤيته ، ولورافق ذلك الوصف . والقول الآخر : تجوز بيعه إن وصف ، وللمشتري خيار الرؤية وإن وجده كما وصف . وهناك من قال : يلزمه إن خرج كما وصف له .

هذا ما يفيد كتاب النيل ، ويدل عليه شرحه ، ونظمه ، ولم يتضمننا بيان الراجح من هذه الأقوال وهذه أشهر كتبهم المتأخرة المطبوعة . أما من الكتب القديمة فقد جاء فى مختصر الخصال للحضرمى فى بيان أقسام البيوع :

(١) المتزع المختار ٩٢/٣ والتاج المذهب ٣٩٧/٢ و ٤٠٢ والبحر الزخار. ويلحظ هنا اجراءهم خيار الرؤية فى المثليات دون تقييده بما كان منها معينا . فيشمل الموصوف فى الذمة. ولم يجعله الحنفية مجالا للخيار لإمكان التبديل . .

« والثالث : بيع الشيء الموصوف لم يشاهده المتبايعان قبل ذلك ، فإذا جاء به فهو بالخيار بين قبوله ورده ، ولا خيار لبائعه » - والمراد فى (جاء به) أى على الصفة . لقوله قبيل ذلك عن السلم : إذا جاء به على الصفة فلا خيار فيه . وجاء هذا صريحاً صنف بعدئذ كالأيضاح حيث بين القولين فى بيع الغائب وقول الزوم والخيار إن جاء على الصفة ثم رجح ثبوت الخيار ^(١) .

يختلف تصور المالكية للخيار فى بيع الغائب (المسمى خيار الرؤية)
عن تصور الحنفية له . فهو عند المالكية خيار إرادى يؤمر العاقد باشتراطه عند العقد . ليتوصل باشتراطه إلى تصحيح شرائه عينا غائبة لم يسبق له رؤيتها ، ولم توصف له وصفاً يمكن التحقق عند الرؤية من مطابقتها ومخالفته . وقد يوجد الوصف أيضاً زيادة فى الحيلة .

فهو عند المالكية خيار إرادى محض ، وليس خياراً حكماً مما يثبت فى الشرع تلقائياً بسبب عدم الرؤية كما هو عند الحنفية . بل لابد من اشتراطه من العاقد ، فإن لم يفعل لم يثبت له بل يفسد العقد بدونه أحياناً لأنه وقع على البت دون خيار .

وما مرّ فى بيع الغائب عند المالكية دال على أن الخيار ليس ثابتاً حكماً لشرائه ما لم يره . وإنما يجب اشتراطه تصحيحاً للعقد ، وأما الشراء بالوصف أو بالرؤية السابقة فإن حق الرد الثابت لدى مغايرة المبيع للوصف أو تغيره بعد الرؤية ^(٢) هو فسخ للعقد وردّه لا بسبب عدم الرؤية بل للخلف فهو أشبه بخيار فوات الوصف عند الحنفية أو خيار الخلف كما يسميه الشافعية وإن كان ذاك لفوات شرط زائد عن مقتضى العقد وهنا لتخلف الوصف مطلقاً .

(١) النيل للشيبى ٤٧٢/٢ وشرحه ١٣٧/٤ ونظم النيل للسببى ١٢/٢ ومختصر الخصال ١٣٣ (ولم يصرح السالى بالحكم فى حوهر النظام ٣٠٨) والإيضاح للشايع وحاشية أبى ستة ١١٤/٣ .

(٢) فى الخطاب ٢٩٧/٤ فإن وجد الغائب على الصفة المشترطة بموافقة من المشتري أو شهدت بذلك البينة لزم البيع وإلا فلا . وأشار الدردير أيضاً إلى رد ذلك القول بأن الغائب لا يباع إلا بالصفة أو رؤية متقدمة ولا يجوز بيعه بلا وصف مطلقاً ولو كان على الخيار (الدسوقي ٢٥/٣٠) .

ولذا نجد المالكية لم يقوموا بتفصيل احكام هذا الخيار من حيث قيامه وشرائطه واستعماله وحكم العقد المشتمل عليه وسقوطه . . . الخ. بل انصب اهتمامهم على بيع العين الغائبة والوصف والرؤية السابقة . ولو كان هذا خياراً مستقلاً يختلف عن خيار الشرط فى غير تلك الجزئية المشار إليها (وهى ارتباط استعماله بالرؤية) لاعتنوا ببيان أحكامه .

ثم انهم لا يصورونه إلا فى البيع ، مع عدم الاشارة إلى أن ذلك للتمثيل فالظاهر أنه لا مجال له إلا البيع .

فهذا الخيار الشرطى عند الرؤية ما هو إلا مسوغ كغيره من مسوغات بيع الغائب : الوصف ، الرؤية السابقة لما لا يتغير ، وهو المسوغ الوحيد فى حال فقدان كل من الوصف وسبق الرؤية .

وجاء فى كتب متأخرى المالكية البيان نفسه مع شىء من استيفاء الأحكام والقيود . فقد ذكر الدردير صور بيع العين الغائبة بقطع النظر عن الماضى أى حالة الرؤية السابقة فأخرجها من التقسيم بحيث آلت إلى الوجوه الستة التالية وكلها صحيحة إلا وجهين .

وقد علّل الدسوقي تلك الوجوه والحرص فيها بعبارة موجزة مكثفة فقال : « بيع الغائب فيه ست صور ، لأنه إما أن يباع على الصفة ، أو بدونها ، وفى كل منهما إما أن يباع على البت (اللزوم) ، أو على الخيار ، أو على السكوت ، وكلها جائزة إلا ما يبيع بدون صفة على اللزوم أو السكوت » (١) .

وبعد : فللدكتور السنهورى فى تصوير خيار الرؤية لدى المالكية بعض العبارات التى لم تأتِ كما يجب ، بالرغم من تنبيهه على اختلاف طبيعة الخيار

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥/٣ .

عندهم عما للحنفية ، ولكن بالاقتصار على الفارق الرئيس الذى هو كون الخيار شرعيا (حكما) أو إراديا .

فقد ذكر أن العين المبيعة الحاضرة فى مجلس العقد - ولم يكن فى رؤيتها مشقة - « إذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع » عند المالكية ^(١) . مع أن نصوصهم صريحة فى أن عدم صحة البيع إنما هى إذا اشتراها على وجه اللزوم - أو ساكتا عن اشتراط الخيار - أما إذا اشتراها واشترط الخيار عند الرؤية فيصح . وهذا الحكم جار فى كل عين غائبة ومن ذلك الحاضرة فى مجلس العقد إذا كانت محجوبة عن الرؤية . فاشتراط الخيار - كما رأينا - مصحح لبيع الغائب فى شتى أحواله .

ثم قال بعدئذ : « وهذا هو الحكم أيضا (أى وجوب الرؤية وعدم الصحة بدونها) إذا كانت العين قريبة جدا من مجلس العقد ، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة » ^(٢) ويؤخذ على هذه العبارة أن العين الغائبة عن مجلس العقد يصح بيعها بالوصف ، بقطع النظر عن مقدار البعد فالرؤية لا تجب إلا فى العين الحاضرة فى مجلس العقد . قال الدردير : « ان حاضر مجلس العقد لا بد من رؤيته إلا فيما فتحه ضرراً أو فساد ، وان غير حاضر مجلس العقد يجوز بيعه بالصفة على اللزوم ولو بالبلد وإن لم يكن فى إحضاره مشقة » ^(٣) .

وسبب الاشتباه - فيما يبدو - حمله كلمة (المبيع الحاضر) على الحاضر بالبلد ، ولذا رأيناه فيما بعد يذكر العين الحاضرة ويعطف عليها « أو القريبة جدا » مع أنهم أرادوا بالمبيع (الحاضر) حضوره فى مجلس العقد ، كما هو صريح عبارة الدردير ، فالحاضر (بمعنى الموجود بمجلس العقد) هو وحده الذى لا بد من رؤيته إلا لمشقة وليس مثل العين الحاضرة فى الحكم : القريبة جدا ، بل أنها يصح بيعها بالصفة دون وجوب الرؤية .

(١) مصادر الحق ٢٣٧/٤ .

(٢) مصادر الحق ٢٣٧/٤ .

(٣) الشرح الكبير على خليل - وبخاشيته الدسوقي - ٢٦/٣ .

وإن التباس الدكتور السنهورى فى معنى الحضور لم يقتصر أثره على فهمه اشتراط الرؤية لصحة بيع ما كان قريبا من مجلس العقد - وقد عرفنا ما فيه - بل تعدى ذلك إلى جعل الحضور أساسا لتنوع الصور والأحكام ، فتبعاً لفهمه من (الحضور) أنه نقيض (السفر) قسم المعقود عليه إلى ثلاثة أقسام :

أ - حاضر ، أو قريب جدا . وحكمه اشتراط الرؤية .

ب - غائب وليس بعيدا جدا . وحكمه الاكتفاء بالوصف .

ج - بعيد جدا ، وحكمه وجوب اشتراط الخيار .

وواقع الأمر فى التقسيم أنه ثنائى . فليس هناك ألا حاضر بمجلس العقد ، أو متخلف عن المجلس ويستوى فى هذا الأخير أن يكون قريبا من المجلس أو بعيدا عنه .

وعلى السنهورى مآخذ أخرى مردها بناء المذاهب على المقتضى العقلى البحث كما فى جعله مجال خيار الرؤية عدم سبق الرؤية وعدم الوصف ، أو الوصف غير المعتبر بسبب البعد . مع أن نصوص المالكية جعلت مجال خيار الرؤية أوسع بكثير مما ذكره لأنه بمثابة مصحح لجميع حالات بيع الغائب ^(١) .

سبق فى بيع الغائب بيان النوى للخلاف فى خيار الرؤية عند الشافعية ، على قولين ، والقولان المشار إليهما فى كلام النوى ليسا اختلافا متعاصرا فى خيار الرؤية بل أحدهما من المذهب القديم للشافعى الذى كان له فى العراق والآخر من الجديد الذى مال إليه فى مصر . وهذا القول القديم ورد فى عدة كتب ، ثم ورد فى كتب الشافعى المشتملة على المذهب الجديد أنه لا يصح بيع الغائب واحتوى بعضها على التصريح برجوعه عن ذاك القول . ولذا

(١) مصادر الحق ٢٣٨/٤ شرح الدردير لمختصر خليل وحاشية الدسوقي ٢٧/٣ وسبق لسنهورى فى مبحث تعيين المحل أصرح من العبارة المتقدمة (مصادر الحق ٦٣/٣) .

صحح الأكثرون بطلان بيع الغائب وخيار الرؤية (باستثناء البغوى والرويانى) . ومنهم المزنى والبوطى والربيع والماوردى والشيرازى والرافعى . وقال النووى « وهو الأصح ، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب ، وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضوع ، ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعى فهو ناسخ لما قبله » ^(١) .

وكان قد سبق من النووى فى المقدمة الطويلة المفيدة للمجموع البيان الشافى بأن القول الجديد هو الصحيح أصلا وعليه العمل لأن القديم مرجوع عنه بل لم يبق مذهبا له على الصواب الذى قاله المحققون ، وردوا على من زعم أنه لا يكون رجوعا ، واعتبره كالقولين فى المسألة فالجمهور على أن ذلك غلط ، ثم نقل عن إمام الحرمين قوله : معتقدى أن الأقوال القديمة ليست من مذهب الشافعى حيث كانت ^(٢) .

وبالرغم من حال القول القديم للشافعى فى خيار الرؤية واعتباره كالعدم ، فقد استرسل بعض فقهاءهم فى التفرع على احتمال تصحيح القول به ، وساعدتهم على ذلك بعض النصوص المحدودة من الفقه القديم وهو الذى رجع عنه الشافعى ولا يفتى به إلا فى مسائل معدودة ليست هذه منها ^(٣) ، ولكنه صورة من صور الترف العقلى وأثره فى الفقه وغيره معروف .

وقد اقترنت تلك التفرعات بعبارات تحفظ بمثل : إذا قلنا بقوله القديم . . . إذا جوزنا بيع الغائب . . . إذا صححنا . . . إذا شرطنا الوصف . . . وإذا قلنا لا يشترط . . . كما أنهم توسعوا فى مباحث الرؤية ويخالها الناظر فى شأن الخيار مع أنها فى الواقع للرؤية المشترط حصولها عند

(١) المجموع ٣١٧/٩ .

(٢) المجموع ١٠٨/١ - ١٠٩ . وقد يقال ان القول القديم شديد الشبه بمذهب مالك وعند بعضهم : أكثر القول القديم قد يوافق مالكا ، لكن النووى حقق أنه ليس بلازم فى القديم أن يكون كمذهب مالك بل هو قول مجتهد قد يوافق مالكا وقد يخالفه (المجموع ٢٨٦/١) .

(٣) حصرها بعضهم فى أربع عشرة مسألة ، ونازع النووى فى الحصر بالنقاش فيها وبزيادة بضع مسائل من غيرها (المجموع ١٠٨/١ - ١٠٩) .

التعاقد ليكون العقد على حاضر مرئى وليس من بيع الغائب . . (١) .

ولا ريب فى أن الأولى طى تلك التفريعات النظرية المرتكزة على قول مرجوع عنه لا يفتى به ولا يمثل مذهب الشافعى المراد عرض خلافاته . وهو ما صنعه شيخ الاسلام زكريا الأنصارى فى شرح الروض وغيره .

وللحنابلة فى بيع الغائب روايتان ، ومرادهم بالغائب ما لم يوصف ولم تتقدم رؤيته . فأظهر الروايتين أنه لا يصح بيعه . أى فلا خيار فيه للرؤية . . والرواية الأخرى يصح ، وعلى هذه الرواية المرجوحة اختلف فى ثبوت خيار الرؤية له على روايتين : أشهرهما ثبوته (٢) .

فعلى الرواية التى هى الأظهر فى المذهب لا وجود لخيار الرؤية عند الحنابلة وإن كانوا قد تناولوه بالتفريع وبيان الأحكام بصورة أوجز كثيرا مما صنع الشافعية . وهم عند التفريع لم ينسوا التحفظ بعبارة : إذا ثبت هذا . . وإن حكمنا بالصحة . وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية . . الخ . ومن الخير عدم الانسياب فى تلك التفاريع لابتنائها على رواية مرجوحة .

وقد كان لابن تيمية موقفان فى اختياراته ، حيث اختار - فى موضع - صحة البيع بغير صفة وهو بالخيار إذا رآه - طبقا لرواية عن أحمد ومذهب الحنفية - وضعفه فى موضع آخر (٣) .

ويوجد إلى جانب بيع الغائب الذى لم يوصف ولم تتقدم رؤيته نوعان من البيع بالاحتراز من قيود بيع الغائب وهما : البيع بالصفة ، والبيع برؤية متقدمة . ولكل منهما بحث منفصل عن بيع الغائب وفيه روايات خاصة به ،

(١) مثل ما جاء فى المجموع (٣١٩/٩) فيما بعده .

(٢) المغنى رقم (٢٧٧٢) ٤٩٤/٣ والمقنع ١١/٢ وكشاف القناع ٢٥٠/٣ ومطالب أولى النهى ٢٦/٣ والفروع ٢١/٤ .

(٣) الاختيارات . جمع علاء الدين البعلى ص ٧١ .

ولا صلة لكليهما بخيار الرؤية . بل هما من مباحث خيار الخلف فى الصفة .
هذا وقد كان للدكتور السنهورى تصرف لم يسلم من الخطل فى عرض
مذهب أحمد من حيث الروايات فى شأن خيار الرؤية ، فهو . بالرغم من أنه
استمد تصوير ذلك البحث من « المغنى » وحدّه . لم يستعرض بيان الروايات
بتوزيع منسجم مع ما جاء فيه . حيث صدرّ البحث ببيان أظهر الروايتين
(وعبارته : الظاهر فى مذهب أحمد) أن العين الغائبة التى لم توصف ولم
تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها ثم أشار إلى رواية ثانية تجزيع العين التى لم توصف
ولم تتقدم رؤيتها وقال : ويكون للمشتري فى هذه الحالة خيار الرؤية (والذى
فى المغنى ان خيار الرؤية ليس حتما على هذه الرواية المرجوحة بل هو أشهر
روايتين والأمر هنا سهل فى اعتباره ما لم يشتهر كالعدم) .

ثم قال : وفى رواية ثالثة فى مذهب أحمد أن البيع على الصفة لا
يجوز وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز . . .

وصنّعه هذا يفهم منه أن الروايات الثلاث فى موضوع واحد هو بيع
الغائب (مطلقا) وأن أولاهما لا تُصحح بيع الغائب الخالى عن الوصف أو الرؤية
المتقدمة . وأن ثانيتهما : تصححه بتلك الحال . وأن ثالثتها لا تصححه ولو مع
الصفة أو الرؤية المتقدمة .

والواقع أن الذى فى بيع الغائب هو الروايتان الأولى والثانية فقط .

وأما الثالثة فهى فى البيع بالصفة وهى تفيد أنه لا يجوز لكنها ليست
الوحيدة فهى إحدى روايتين ، وهى المرجوحة أيضا ، فليست جديرة بالذكر
فى منهجه الاقتصارى بل الأولى بالإشارة أصح الروايتين^(١) وهى رواية أن
البيع بالصفة يجوز ويثبت معه خيار الخلف .

ففى البيع بالصفة روايتان نظير ما فى بيع الغائب . ثم أنه أدمج فى

(١) المغنى ٤/٤٩٤ والمقنع ١٢/٢ .

الرواية الثالثة الكلام عن البيع برؤية سابقة وأنه لا يجوز . وذلك أيضا ما تدل عليه احدى روايتين - وهى المرجوحة منها - أما الراجحة فهى جوازه فكان أولى به الاقتصار عليها لا على تلك . فيكون لأحمد فى كل من الأنواع الثلاث رأيان متقابلان :

فى بيع الغائب روايتان ، أظهرهما : أنه لا يصح ، وبالتالي لا وجود لخيار الرؤية فيه . وفى البيع بالصفة روايتان ، أرجحهما : صحته ، وترتب خيار الخلف بعدم تحقق الصفة . وفى البيع برؤية سابقة روايتان ، أرجحهما : صحته . وثبوت خيار الخلف بتغير المرئى . .

وهكذا ظهر إجحاف الدكتور السنهورى فى عرض الخلاف فى مذهب أحمد . ولا يقال أن ما تركه وهو رواية صحة البيع بالوصف ، وصحة البيع برؤية سابقة مشمول بصحة بيع الغائب فهذان أولى . لا يسوغ هذا لأن فى البيع بالغائب يثبت خيار رؤية غير مقيد بشىء أما فى هاتين الحالتين فالثابت خيار خلف مقيد بعدم انطباق الوصف أو بتغير المرئى .

ومن نفاة خيار الرؤية مطلقا ابن حزم : فقد عرفنا من "المحلى" أن بيع الغائب لدى ابن حزم جائز بشرط الوصف ، وأما العين غير الموصوفة ولا المرئية فبيعها فاسد^(١) . فإذا وصفه فوجد على الصفة التى اشتراه عليها فالبيع لازم بلا خيار . وإن لم يجده كذلك فلا بيع بينهما لأنه « بيقين لم يشتر تلك السلعة » فلا وجود للعقد ألا بتجديد صفة أخرى برضاها جميعا . أى لا يكون العقد السابق صحيحا مع خيار الرؤية ، ولا صحيحا مع خيار الوصف ، كما أنه لا يكلف البائع إحضار العين الموصوفة ، بل البيع السابق فاسد ، فليس لهما إلا استئناف عقد جديد^(٢) . (وقد أشار إلى ضعف حديث خيار الرؤية ، ورد على موجبى الخيار بالرؤية بمرسل الحسن : من اشترى بيعا فهو بالخيار حتى ينظر إليه بأن ظاهره قطع الخيار بالنظر) .

(١) المحلى ٣٣٩/٨ و ٣٤١ م .

(٢) المحلى ٣٤١/٨ م ١٤١٢ .

ومن نفاته الإمامية . وذلك فيما يبدو بعد التمهيد للفروع التي أوردها تحت عنوان خيار الرؤية . حيث إنها جميعا من باب فوات الوصف ، وليست من خيار الرؤية فى شىء ، لتصريحهم بأن البيع لا يصح لما لم يره أصلا . ولا بد لصحته من اشتراط الوصف أو الرؤية المتقدمة وأنه إذا وجد المبيع عند الرؤية كما وصف له - أو كما رآه - فلا خيار له وإن ظهر بخلاف ما وصف له أو رآه سابقا تخير . وإنما يثبت الخيار إذا زاد فى طرف البائع أو نقص من طرف المشتري . . . (١) .

ومن هنا عرفه الأنصارى فى المكاسب بقوله : المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان ، وتعرض بعدئذ إلى تفسير الوصف المطلوب فيه هل هو كالسلم أم الوصف الراجع للجهالة ، أم وصف ما يختلف به الثمن . . وأشار إلى بعض الأقوال المؤكدة لكون الخيار خيار وصف . . منها أن الخيار بين الرد والامساك بالأرث . . ومنها أنه لو ظهر بخلاف الوصف بطل البيع . ثم رد هذه الأقوال (٢) .

هذا ، وإن كثيرا ممن عرض للمقارنة بين مواقف الفقهاء من خيار الرؤية أشار إلى تفرد مذهب الحنفية (وأهل الرأي) بأنهم يثبتون خيار الرؤية للمشتري إذا رأى العين المشتراة دون رؤية مقارنة للعقد سواء كان على ما وصف له أم لا ، وذلك بإزاء المذاهب التى تصحح بيع الغائب بالوصف ولا تجعل للمشتري الخيار إلا إذا لم يره عند رؤيته مطابقا لما وصف له (مع التنبيه إلى أن الخيار هنا خيار خلف الوصف) .

وإن هذا الفارق الذى حرص الكثير من الفقهاء على بيانه ليس فارقا بين مذهبين متماثلين فى الأساس . إذا عرفنا أن الوصف المطلوب عند الحنفية ليس هو ما طلبه غيرهم (إذ اشترط بعضهم أن يكون وصفا يمكن تحريه ، إما

(١) الروضة البية ٣٢٤/١ وتذكرة الفقهاء ٥٢٣/١ و ٥٢٣ .

(٢) المكاسب ص ٢٤٨ - ٢٤٩ .

بذكر الصفات المطلوبة في عقد السلم . أو ذكر جميع الصفات (١) ، بل هو مجرد تعيين المبيع ولو بإشارة إلى مكانه وليس فيه غيره . فهو لكشف الجهالة الفاحشة التي لو لم تترجّح بالتعيين لما تميز عن غيره . أما الأوصاف الأخرى فقد اغتفر عدم بيانها اعتمادا على وجود الرؤية (٢) . لذا من العسير أن يقال : انه بعد الرؤية وجده مطابقا للوصف أو غير مطابق ولا يتصور هذا إلا حيث تنفّل البائع فوصف المبيع للمشتري وصفا تاما كوصفه في السلم أو أكثر . أما لو اقتصر على تعيينه ليميز عن غيره فلا مساغ للتعويل على المطابقة أو عدمها (٣) . .

المبحث الثاني

أدلة مشروعية خيار الرؤية . ومناقشتها

المطلب الأول

أدلة الإثبات ومناقشتها (٤)

أدلة المشتين من الكتاب :

احتج القائلون بصحة بيع الغائب (توصلاً لإثبات الخيار فيه بعدئذ) بقوله تعالى : (أحل الله البيع) وهذا على عمومه فيشمل بيع العين الغائبة . ولا يخرج منه إلا بيعٌ منعه كتاب أو سنة أو إجماع .

(١) المجموع ٣٢٠/٩ .

(٢) رد المحتار ٢٣/٤ و ٦٨ .

(٣) وللحفية موطن يتحرون فيه مطابقة المعتقد عيه للوصف لكنه الوصف الزائد عن مقتضى العقد ويسمى الوصف المرغوب مثل أن يكون العبد كاتباً ، والبقرة حلوبة . . الخ فيس للحفية خبر وصف كالذى عند غيرهم ، وبه يظهر وهم السبوري في نسبه خيار وصف ثم (مصادر الحق ٤ : ٢٣٨) .

(٤) اقتصرنا على ذكر أدلة الإثبات . لأن معظم من نقي خيار الرؤية له قول بإثباته . ولأن قولهم الآخر - لبي متمسكه عدم الدليل ، حيث حملوا المثبت على الإثبات - كما هو الحق - وفي مناقشة أدلة الإثبات ما هو من قبيل الأدلة للنفاة .

وقد أجاب النووي عن الاحتجاج بالآية بأنها عامة مخصوصة بحديث
النبي عن بيع الغرر .

وليس في الخيار بعينه نص من القرآن كما هو معلوم .

ومن السنة :

بحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو
بالخيار إذا رآه » أخرجه الدارقطني في سننه والبيهقي في سننه .

وقد جاء من رواية مكحول مرسلًا عن النبي ﷺ بلفظه وزيادة :
« إن شاء أخذه . وإن شاء تركه » . أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما
وابن أبي شيبة في مصنفه^(١) .

وفي الحديث (بلفظه) مقال . فحديث أبي هريرة ضعيف لأن في
إسناده عمر بن إبراهيم بن خالد (الكردي) وهو مشهور بالضعف ووضع
الحديث . وحديثه هذا ضعفه البيهقي وسبقه إلى ذلك الدارقطني وقال : أبو
بكر بن أبي مريم (أحد رواة) ضعيف . وعمر بن إبراهيم يضع الحديث
وهذا حديث باطل لم يروه غيره . وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من
قوله^(٢) .

أما رواية مكحول فهي مرسلّة لأن مكحولاً تابعي . والمرسل عند
جمهرة المحدثين والفقهاء لا يحتج به^(٣) ، وبعضهم يحتج لعاضد . وهو غير
موجود هنا . وذكر الفتني أيضاً أنه تفرد به الكردي الوضع ، وأنه من قول
ابن سيرين ، وجاء بطريق أخرى مرسلّة^(٤) .

وقد ذكر ابن حزم حديثاً قال انه احتج به موجبو الخيار بالرؤية وهو

(١) نصب الراية ٩/٤ وهو في سنن الدارقطني ٤/٣ .

(٢) الميزان . للذهبي رقم ١٠٠٠٧ . والتقريب لابن حجر ٣٩٨/٢ بشأن ابن أبي مريم أما الكردي فقد ذكر

الذهبي في الميزان رقم (٦٠٤٤) أن الدارقطني قال عنه : كذاب . وقال الخطيب : غير ثقة .

(٣) سراج أنبياء العراقي له ١٤٧/١ - ١٥٢ .

(٤) تذكرة المصنفات (١٣٥) وقال أيضاً : « ونقل النووي الاتفاق على وضعه » وهو مخالف لما جاء في المجموع

من كون الاتفاق على تضعيفه . المجموع ٣٣١/٩ .

مرسل الحسن : « من اشترى بيعا فهو بالخيار حتى ينظر إليه » ثم رده بأن
ظاهرة قطع الخيار بالنظر^(١) .

ومن الآثار المروية عن الصحابة ما أخرجه الطحاوى عن علقمة بن
وقاص الليثى أن طلحة بن عبيد الله اشترى من عثمان بن عفان مالا . ف قيل
لعثمان : انك قد غبت - وكان المال بالكوفة لم يره عثمان حين ملكه - فقال
عثمان : لى الخيار لأنى بعت ما لم أر . فقال طلحة : لى الخيار . لأنى اشترت
ما لم أر . فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان .

قال الطحاوى عقبه : والآثار فى ذلك قد جاءت متواترة وإن كان
أكثرها منقطعا فإنه منقطع لم يضاده متصل . قال النووى فى هذا الأثر : رواه
اليهقى بإسناد حسن لكن فيه رجل مجهول مختلف فى الاحتجاج به وقد روى
له مسلم فى صحيحه^(٢) .

وناقش النووى هذا الأثر قائلا : الجواب عن قصة عثمان وطحة
وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك فى الصحابة . والصحيح عندنا أن قول
الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة^(٣) .

أحاديث النهي عن الغرر :

قال الشوكانى بعد الإشارة إلى ضعف حديث « من اشترى ما لم
يره . . . »^(٤) :

ومثل هذا لا تقوم به الحجة . ولكن الخيار فى الغالب يمكن
الاستدلال عليه بأحاديث النهي عن الغرر . فإن ما لم يقف الإنسان على

(١) المحلى ٣٣٧/٨ المسألة ١٤١١ .

(٢) معانى الآثار . للطحاوى ١٠/٤ وقد أورده استطرادا فى (تنقى الحب) ولم يوب حيزا لروايته . ونصب

الراية ١٠/٤ وقال : أخرجه الضحاوى ثم اليهقى . وكذلك فى فتح البارى ٥/٥٢٤ وعصم ٩/٣١٦

(٣) المجموع ٣٣١/٩ .

(٤) الدرر البهية شرحه ١٢١/٢ .

حقيقته لا يخلو عن نوع غرر ، سواء كان يعلمه البائع أم لا ، وأيضا لا بد من حصول المناط الشرعى وهو التراضي ، فإذا لم يرض المشتري بالمبيع عند رؤيته فقد فقد الرضا وعدم المصحح .

وما أشبه هذا الاستدلال بالاستدلال من المعقول لأنه مستمد من عمومات الشريعة ، كما أنه مهما صلح للدلالة على خيار الرؤية فلن يفيد أكثر من الجواز أما الوجوب فلا يقوى هذا على إفادته .

هذا وقد احتج محتجون بهذا العموم نفسه لمنع بيع الغائب ولم يروا فيه دليلا على مشروعية الخيار .

ومن غير المنقول :

بالقياس على النكاح ، فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالاجماع، والقياس على بيع ما له صوان كالرمان والجوز .

وقياسا على ما لو رآه قبل العقد^(١) .

وأجيب عن تلك الأقيسة بأن المعقود عليه فى النكاح استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالبا .

وأما فى المبيع فى صوانه دون رؤية المستر فظاهره يقوم مقام باطنه فى الرؤية كصبرة الحنطة . ولأن فى استتار باطنه مصلحة له ، كأساس الدار ، بخلاف بيع الغائب .

وفى الرؤية السابقة حصل العلم عند العقد بالمعقود عليه فلا يقاس عليه ما لم تحصل رؤيته عند العقد ولا قبله .

(١) المجموع ٣٣١/٩ .

المطلب الثانى

النظر فى الأدلة ، والترجيح

أما الترجيح بين ما ذهب إليه مثبتو الخيار وهم الحنفية والزيدية والمالكية ، والمفاضلة بين منحى كل من الفريقين ، وهى مفاضلة ليست تامة لاختلاف الأساس عندهما ، فخيار الرؤية لدى الحنفية وهو خيار حكمى يثبت بالشرع ، أما خيار الرؤية لدى المالكية فهو خيار شرطى لابد من التقاء إرادة العاقلين على إعطائه للمشتري .

لذا تنحصر المفاضلة فى مستند المشروعية لدى الطرفين :

لقد جعل الحنفية مستند خيار الرؤية الحديث والآثار (أما وجوه المعقول فهى للتقوية وليست صالحة وحدها لإرساء خيار جديد يخالف مبدأ اللزوم بعد أن حصل الاتفاق على أصالته فى العقود) وقد رأينا أن علماء الحديث لم يقبلوا الحديث الوارد فى خيار الرؤية ، وفى الاستدلال بمذهب الصحابى جدل طويل . وأما دعوى صيرورته بعدم المخالفة إجماعاً ففيه نزاع واضح، وأدنى ما قيل فيه أن القصة نفسها تشير إلى خلاف عثمان ، مما جعل ابن قدامة يرجح بخلاف عثمان فى مواجهة طلحة وجبير بن مطعم لأن قوله أولى^(١) .

وإن دائرة الإثبات لأمر تثبت بصورة حكمية - بعيداً عن إرادة العاقد - (أو بالعبرة المتداولة : تثبت بحكم الشارع) تلك الدائرة يجب أن ترتبط بالنصوص وروداً ودلالةً وأن تتصف بما تتصف به من حصر وتناهٍ على العكس من دائرة الاشتراط والأسباب الإرادية . .

وبتمحيض النظر فى خيار الرؤية عند الحنفية نرى أنه استحال إلى خيار للتروى لما تقرر فى مذهبهم من أن بإمكانه الفسخ ولو وجدته مطابقاً لما وصف له - فى حال الوصف الزائد عن مجرد التعيين للذات - وهو فى هذا

(١) المغنى ٤٩٦/٣ م ٢٧٧٣ .

يزاحم خيار الشرط مع ما بينهما من الفرق في الطبيعة بالثبوت حكماً أو ارادياً . . . لكن خيار الشرط محدود بمدة معينة ربما تمضي قبل التمكن من الرؤية ، أما خيار الرؤية فهو يبدأ عندها . . . من حيث الإجازة والفسخ بموجبه أما صحة الفسخ قبله فهي لعدم اللزوم بشراء ما لم ير وليست استعمالاً للخيار . . .

أما خيار الرؤية الشرطى الذى قال به المالكية ، فهو غنى عن دليل خاص به بعد إرساء قاعدة الشروط ، فما هو إلا تطبيق لها ، بل ان دلائل خيار الشرط تصلح مستنداً له ، لأنه - كما رأينا - ما هو إلا خيار شرط جعل زمن استعماله عقيب رؤية المعقود عليه .

فالمنحى الذى سلكه المالكية فى إثبات هذا الخيار سليم وجيه ، لابتناؤه على طريق واضحة فى الدلالة (مع التحفظ باستثناء من ضيق فى باب الشروط كالحنفية) .

ولا يقال إن فى خيار الشرط غنى عن هذا الخيار بمفهومهم لأن خيار الشرط أمداً معلوماً قد ينقضى قبل حصول الرؤية فكان العلاج أن يبدأ مداه هنا - فى بيع الغائب - منذ الرؤية .

ولكن ما جواب المالكية عن جهالة موعد هذا الخيار الشرطى ؟ لعلمهم يقدرون له بحسب الحاجة بناء على مذهبهم فى مدة الخيار . ثم ما وجه عدم الاكتراث بشرطة اتصال مدة الخيار بالعقد ؟

الفرع الثالث

سبب ثبوت الخيار

(عدم الرؤية عند العقد)

تمهيد :

إن سبب ثبوت خيار الرؤية ، كما هو واضح من اسمه وتعريفه : هو

عدم الرؤية ، وللرؤية مباحث طويلة ، ويتكرر ذكرها أحيانا بمناسبة مختلفة في مبحث خيار الرؤية عند الفقهاء ، فأولى تلك المناسبات : (شريطة عدم الرؤية) المقارنة للعقد والسابقة له إذ لا بد من تحقق تلك الشريطة لقيام الخيار . ومنها الحديث عنها بمناسبة (الرؤية السابقة) التي تصحح العقد على الغائب ويراعى عدم تغير المرئى بعدها كيلا ينشأ له خيار .

وأخيرا بصدد (الرؤية بعد العقد) وبها يتاح له استعمال خياره بالاجازة أو الفسخ ، ولا تصح الاجازة إلا بعد حصول الرؤية^(١) .

ونظرا لوحدة المراد بالرؤية فى كل هذه المواطن رأيت بحثها بالتفصيل هنا مرة واحدة مع الإشارة إليها فى كل مناسبة يقتضيها المقام .

المبحث الأول

أثر الرؤية السابقة فى انتفاء الخيار

ان سبب ثبوت هذا الخيار هو عدم الرؤية ، كما يدل على ذلك الحديث واسمه وتعريفه^(٢) ، وقد رأى بعضهم أن الإضافة إلى الرؤية هى من إضافة الشيء إلى سببه (ويصح أن تكون من إضافة الشيء إلى شرطه كما ذهب بعض المصنفين)^(٣) . ولا تنقضى دواعى ثبوت الخيار بوقوع البيع على الصفة ومجيئه موافقا لها ، على ما مرّ فى بيع الغائب ، فهذا الخيار ثابت لعدم حصول الرؤية سواء وصف المبيع عند العقد عليه أم لم يوصف ، لتعليق الحديث الوارد

(١) أكثر المصنفين من هذه المناسبة موطنا لتفصيل مباحث الرؤية . وقد استحدث بعضهم مناسبة رابعة هى مبحث سقوط الخيار ، وما تكون رؤية بعضه كروية الكل فى إبطال الخيار (الفتاوى الهندية ٦٢/٣) .

(٢) مختصر أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ١٤٨ .

(٣) فتح القدير ١٣٧/٥ ولعل ابن الهام جعلها من الإضافة إلى الشرط لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار . وأما من جعلها من الإضافة إلى السبب فقد قدروا فى الرؤية مضافا بمعنى (عدم الرؤية) : رد المحتار ٩/٤ فضلا عما سبق فى التعريف من أن الشأن فى الخيارات أن تسمى بأسبابها إما بدون تقدير أو بتقدير حذف مضاف كما هنا . وفى الموازنة بين الرايين ومخاير كل يرجع إلى شرح الكنتز للأفغانى ١٠/٢ وشرح الوقاية لصدر الشريعة ١٠/٢ - ١١ .

فيه الخيار على عدم الرؤية أما إن رأى المشتري المبيع عند العقد فلا خيار له لعدم تحقق السبب .

ويختل السبب فيما إذا رأى المشتري محل العقد قبل ذلك بمدة إذا كان لم يتغير عن الصفة التي رآه عليها قبل العقد^(١) .

ويذكر البابرتي^(٢) ، فى تعليل إغناء الرؤية السابقة عن الرؤية عند العقد وترتب امتناع الخيار بها ، ان العلم بأوصاف المبيع حاصل للمشتري بتلك الرؤية السابقة ، وبفوات العلم بالأوصاف يثبت له الخيار ، فبين الأمرين (العلم بالأوصاف ، وثبوت الخيار) منافاة ، ويثبت أحدهما وهو العلم بالأوصاف فينتفى الآخر وهو ثبوت الخيار . وذكر أن هناك شريطة لهذا الإغناء هى: أن يعلم أن الشيء هو الذى رآه فإن لم يعلم أنه هو الذى رآه فلا . ثم أضاف أنه إن وجده متغيراً فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلومة بأوصافه فكأنه لم يره .

ويمكن استخلاص ماهية الرؤية السابقة التى تعتبر مغنية عن الرؤية عن العقد وبها يمتنع الخيار بأنها مشروطة بأمرين :

- ١ - علم المشتري عند العقد ان المبيع هو الذى رآه قبل العقد .
- ٢ - بقاء المبيع عند العقد على الصفة التى كان عليها عند رؤية المشتري السابقة له قبل^(٣) .

ويفقد أحد الشريطين يظل سبب الخيار موجوداً ومولداً له ، وذلك لعدم تحقق الرضا ، لأنه وإن كان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف لكن شرط البيع الرضا به^(٤) .

(١) بداية المجتهد ١٥٦/٢ بمناسبة كلامه الوجيز عن بيع الغائب . والدسوقي ٢٤/٣ .

(٢) العناية شرح الهداية ١٤٩/٥ القوانين الفقهية لابن جزي ٢٥٦ .

(٣) العناية وفتح القدير ١٤٩/٥ بدائع الصنائع ٢٩٢/٥ .

(٤) العناية شرح الهداية ١٤٩/٥ مختصر أحكام المعاملات ١٤٩ .

المبحث الثانى

الرؤية بوجه عام

المطلب الأول

المراد بالرؤية

المراد بالرؤية فى هذا المجال : العلم بالمقصود الأصلى من محل العقد ، سواء كان ذلك العلم يحصل بالرؤية البصرية أو بأى حاسة من الحواس كاللمس والجسّ ، أو الذوق ، أو الشم ، أو السمع . فهو فى كل شىء بحسبه : فالأشياء التى يتم العلم المقصود منها بالنظر والمشاهدة ، كالعقار وصبرة القمح والدواب ، يكتفى بالنظر إليها ، فإذا نظر ورضى بها انتهى خياره . والأشياء التى تعلم بالجسّ ، كالشاة ، يكتفى فيها به لاستعمال الخيار بعده ، وما يعرف بالشم ، كالطيب ، يكتفى الشم ، وما كان سبيل معرفته الذوق ، كالعسل ، فهو كاف فيه ، وأخيرا الأشياء التى لا تعرف إلا بالاستماع فكذلك ، ومثلوا لها قديما بدفوف المغازى^(١) . وأمثلتها اليوم معروفة .

وهذا البيان يتعرض له بعض الفقهاء ابتداء ، أو بمناسبة الكلام عن خيار الرؤية للأعمى^(٢) وقد نصّوا فى الوطنين على كفاية اعتبار الجسّ أو الشم أو الذوق . . - كل فى مجاله - مغنيا عن الرؤية فى مباشرة حق الخيار المربوط بحصول الرؤية ، فالتعبير إنما ينصب على الرؤية وحدها أحيانا لأنها الوسيلة الغالبة فى معرفة الأشياء ، ولورود ظاهر النص بها، لكن معناه شامل لكل هذه الوسائل .

(١) رد المختار ٦٨/٤ وإنما مثلوا له بالدفوف التى تنقر فى الغزو حثا على الإقدام ، ليكون المثل مما لا خلاف فى إباحة التبابع فيه .

(٢) ممن تعرض له ابتداء الحصكفي صاحب الدر المختار ٦٨/٤ وتعرض آخرون له فى خيار الأعمى الهداية ١٤٧/٥ المبسوط ٧٧/١٣ البدائع ٢٩٨/٥ وقال : خياره يسقط بما ذكرنا من الأسباب المسقطه ، لكن بعدما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجسّ فيما يجسّ ، والذوق فيما يذاق ، والشمّ فيما يشمّ ، والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤوس الأشجار إذا كان الموصوف على ما وصف .

وليست هذه الأمور لمجرد الإغناء عن الرؤية ، بل انها هي المتعينة أحيانا دون الرؤية قال المرغيناني : « وفي شاة اللحم لا بدّ من الجسّ (وأضاف ابن الهمام : فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسّها) لأن المقصود ، وهو اللحم ، يعرف به ، وفي شاة القنية (الاقتناء لا الذبح) لا بد من رؤية الضرع ، وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لأن ذلك هو المعروف للمقصود »^(١) .

كما جاء في الدرّ المختار : « وكفى جسّ شاة لحم ، ونظر جميع جسد شاة قنية مع ضرعها ، وضرع بقرة حلوب وناقة ، لأنه المقصود . وكفى ذوق مطعوم وشم مشموم » ونقل ابن عابدين عن الزيلعي انه في دفوف المغازي « لا بد من سماع صوتها لأن العلم بالشئ يقع باستعمال آلة ادراكه ، ولا يسقط خياره حتى يدركه »^(٢) .

وحين ذكر المرغيناني الصور البديلة في الأعمى عن الرؤية البصرية قال عقبها : « كالبصير » ، فقال الكمال بن الهمام : « وقوله كما في البصير ظاهر في أن البصير إذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط (وصوروه بالبيع ليلا) ، وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه ، فرضى به ، ثم رأى فلا خيار له » ، وفي « القنية » اشترى ما يذاق ، فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره ، وجاء في المبسوط : « إن كان المشتري مما يعرف بالجسّ (كذا ، وصوابه بالشم) أو الذوق فهو كالبصير في ذلك ، وإن كان مما تعرف صفته بالجسّ كما تعرف بالرؤية فالمسّ فيه كالرؤية من البصير ، حتى لو لمسه وقال : رضيت به يسقط خياره »^(٣) .

فهاتان العبارتان صريحتان في أن الوسيلة للعلم بالمقصود إن كانت غير المشاهدة فهي المعبرة لا الرؤية .

(١) الهداية مع فتح القدير ١٤٣/٥ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ٦٧/٤ معزّوا للفتاوى الظهيرية وللجوهرية .

(٣) فتح القدير ١٤٧/٥ والمبسوط ٧٧/١٣ والفتاوى الهندية .

ولكن إذا كان المعقود عليه لا تحصل معرفته إلا بالرؤية فلا بد منها ولا يصح اشتراط غيرها ، كاللمس مثلا ، فقد جاء فى أحد وجوه تفسير حديث النهى عن بيع الملامسة أن يأتى بثوب مطوى أو فى ظلمة فيلمسه المستام فيقول له صاحب الثوب : بعته بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته ، قال الشوكانى : وهذا موافق للتفسير الذى فى الأحاديث^(١) .

وفى رؤية ما سبيل العلم به الرؤية لا يشترط رؤية جميعه ، بل يكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود ويختلف ذلك بين كون المحل شيئا واحدا ، أو أشياء لا تتفاوت آحادها كالمثلثات . ففي الشيء الواحد يعتبر رؤية ما يدل على العلم بالمقصود ، وله أمثلة كثيرة فى كتب الفقه^(٢) .

المطلب الثانى

الرؤية فى المثلثات

المحل المعقود عليه إما مثلى وإما قيميّ ، وتختلف الرؤية المعبرة - أو الاطلاع والعلم - فى أحدهما عن الآخر .

ولنبداً بالمثلى : والمراد هنا ما كان معيّناً من المثلثات ، لأنه بمنزلة الأعيان ، أما إذا كان موصوفاً فى الذمة فهو دين ولا يجرى فى العقد عليه خيار الرؤية لأنه مختص بالأعيان . كما سبق .

وقد عبروا عن المثلى بقولهم : ما لا تتفاوت آحاده ، وجعلوا له علامة أن يعرض بالنموذج . ومثاله المتفق عليه المكيل والموزون^(٣) ، واختلف فى

(١) نيل الأوطار ١٧٠/٣ والحديث رواه البخارى .

(٢) الفتاوى الهندية ٦٢/٣ الفصل الثانى فيما تكون رؤية بعضه كرفية الكل فى ابطال الخيار . وفتح القدير والعناية شرح الهداية ١٤٢/٥ .

(٣) المبسوط ٧٢/١٣ والمراجع التالية .

إلحاق العددي المتقارب بهما كالجوز والبيض ، فذهب الكرخي إلى أنه من المتفاوت فلا يلحق بالمكيل والموزون وخالفه المرغيناني لكونه متقاربا ، وصرح به في المحيط وفي المجرد أنه الأصح^(١) . ونقله الكاساني عن الاسبيجاني في شرحه مختصر الطحاوي ، وقال : هو الصحيح^(٢) .

وذكر ابن الهمام في مكان آخر عند بحث المبيع المغيب في الأرض أنه لم يذكر في ظاهر الرواية وإنما جاءت في الأمالي ، فقد روى بشر عن أبي يوسف التفرقة بين ما يباع بعد قلعه بالكيل أو الوزن كالثوم والبصل - إن باعه بعدما ينبت نباتا يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع - وحين قلع البعض من البائع ، أو من المشتري بإذنه ، يثبت الخيار فإذا رضى به لزم العقد في الكل ، جريا على الحكم في المكيل والموزون . وبين ما يباع بعد القلع عددا ، له الخيار في الباقي ، لأنه عددي متفاوت وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، فالمدكور قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كله ، وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن بيع بعضها يستدل في العادة على الكل^(٣) . وهذه الرواية لا فصل فيها بين كيفية بيعه بعد القلع هل بالعدد أم بالكيل أو الوزن وقد أوردها الكاساني بادئا بها ومقفيا بالرواية السابقة .

قال قاضيخان : والفتوى في هذه المسائل على قول أبي يوسف^(٤) .

(١) الهداية وفتح القدير ، والعناية ١٤٢/٥ ، والهندية ٦٤/٣ .

(٢) البدائع للكاساني ٢٩٤/٥ لكنه قال بعد التصحيح المذكور : « ويحتمل أن يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ، ويفرق بين هذا وبين السلم ، وهو أن البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة ، والأصل في الحقائق اعتبارها ، ألا أن الشرع أهدر هذا التفاوت وألحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ، ولا حاجة إلى الإهدار في إسقاط الخيار فبقى التفاوت فيه معتبرا ، فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقى الخيار » .

(٣) فتح القدير ١٤٤/٥ والبدائع ٢٩٧/٥ مع توسعه في بيان الروايات والوجوه . . وقد تعرضا لما إذا كان القلع من المشتري لشيء كثير له ثمن بلا إذن البائع وأنه مسقط للخيار لإتلافه المحل . .

(٤) الفتاوى الهندية ٦٤/٣ نقلا عن فتاوى قاضيخان وغيره .

ثم استظهر ابن عابدين ، بحثا من عنده ، إلحاق المذروعات المنضبطة ، ومثل لها بالثياب التي لا تتفاوت آحادها . بأن كانت من نمط واحد لا يختلف عادة ، بحيث يباع كل واحد منها بثمان متحد - وهي تعرض أيضا بنماذج « يقطعون من كل لون قطعة قدر الإصبع ويلصقون القطع في ورقة . . . ويكون طول الثوب وعرضه معلوما . . . لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض إذ لا شك أنه يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن . . . لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها : أنه يكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود . ثم نقل عن الزيلعي إدراج الثياب فيما يتفاوت آحاده ^(١) . وعقب عليه بقوله : لكنه جعل المناط في الفرق تفاوت الآحاد وعدمه ، وعرضه في العرف بالنموذج وعدمه فبدل على أنه لو كان نوع من الثياب كذلك في حكم المكيل والموزون . وذكر في الهداية أنه يجوز السلم في المذروعات لأنه لا يمكن ضبطها بذكر الذراع والصفة والصناعة لا في الحيوان . . . بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد . . . فقد اغتفروا التفاوت اليسير في السلم الوارد على خلاف القياس لأنه بيع معدوم فينبغي أن يقال هنا كذلك ^(٢) .

فهذا صح التعبير عما لا تتفاوت آحاده بالمثل لأنه يعرض بالنموذج ، ولأن أفراده متحدة الثمن .

فالمثل تكفي رؤية بعضه أو واحد منه ، كرؤية وجه صبرة قح مثلا ورؤية أعلى المائعات ، والطعام في رأس وعائه ، والقطن في عدله أو رؤية جوزة ، أو ثوب من أثواب لا تتفاوت . فإذا رأى ذلك ورضى سقط خياره إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فله الخيار - وسيأتي تحقيق المراد بالخيار هنا . أما إن رأى الباقي فوجده مثل النموذج ، أو أجود فالعقد لازم ^(٣) .

(١) وكذلك فعل في المبسوط تبعاً للكافي حيث قال (فإن رأى بعض الثياب فهو فيما بقي منها بالخيار) ٧٢/١٣ .

(٢) رد المحتار ٦٧/٤ وبالنسبة للتنظير بالسلم راجع ما سبق نقله عن الكاساني .

(٣) المبسوط ٧٢/١٣ .

هذا كله إذا كان المثلث في وعاء واحد ، أما إذا كان في وعائين فقد اختلف مشايخ الحنفية فيه فذهب مشايخ بلخ إلى أنه لا بد من رؤية كل وعاء ، وخالفهم مشايخ العراق فرؤية أحدهما كروية الكل وصححه ابن الهمام لأنه يعرف به الباقي ، وذلك إذا ظهر له أن ما في الأوعية الأخرى مثله أو أجود وإلا فهو على خياره^(١)

أما الخيار الناشئ عند مغيرة المشتري للنموذج بظهور الباقي أردأ فهو على ما نص الكاساني خيار عيب لا خيار رؤية ، أما في الهداية فهو غير موصوف (وكذا في شرحها « العناية » والمبسوط) . وقد نقل ابن الهمام عن « الينابيع » أنه خيار عيب لا خيار رؤية . ثم أورد من « الكافي » أن العلة « أنه رضى بالصفقة التي رآها لا بغيرها »^(٢) وقال : وهذا التعليل يفيد أنه خيار رؤية ، وهو مقتضى سوق كلام المصنف . ثم قال ابن الهمام : « والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب ، وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب . وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم الميعب بل الدون » . قال ابن عابدين : وقد أقره في « البحر » ثم ذهب ابن عابدين إلى أن « التحقيق التفصيل ، وهو أنه إذا كان الباقي معيبا يبقى الخياران ، وإلا فخيار الرؤية فقط »^(٣) . ومن الواضح أن إقحام حالة الميعب خروج عن الصورة الأصلية وهي ظهور الباقي أردأ ، فهل يثبت في ذلك خيار الرؤية الذي حجبه أولا رؤية النموذج أم يثبت خيار عيب ، والظاهر الأول لأنه كان ممنوعا فلما زال المانع عاد الممنوع (أما حالة العيب فليست خاصة بهذه الصورة أو غيرها فلا مجال لإقحامها) ومن المقرر أن الرداءة لا يثبت بها خيار عيب ، والكلام هنا في الرداءة .

(١) فتح القدير ١٤٣/٣ - ١٤٤ ورد المختار نقلا عنه ٦٦/٤ وذكره في العناية دون خلاف في الصحة ، وذكر

السرخسي المسألة بصدد إمكان الرد بالتعيب للوعاء الميعب وحده . لا للكل وعزا التفرقة بين الوعاء والوعاءين لبعض المتأخرين ، وأن الأظهر التسوية في الجنس الواحد بصفة واحدة (٧٦/١٣) .

(٢) الكافي للحاكم الشهيد جمع فيه الكتب الستة التي فيها ظاهر الرواية ، للإمام محمد وقد شرحه السرخسي في المبسوط . وموطن العبارة فيه ٧٢/١٣ .

(٣) فتح القدير ١٤٣/٥ ورد المختار ٦٦/٤ .

هذا ، وغير الحنفية يثبت خياراً دعوته بخيار الخلف في الوصف ، وهو أقرب إلى خيار الرؤية في الأثر العملي لعدم حاجته إلى ضابط العيب المعتبر في خيار العيب .

المطلب الثالث

الرؤية في القيميات

أما القيميات أو الأشياء غير المثلية ويطلق عليها : العدديات المتفاوتة ، كالذواب ، والأراضى ، والثياب المتفاوتة (والعبيد) ، ونحو ذلك فلا بد من رؤية ما يدل على المقصود من الشيء الواحد ، أو رؤية ذلك من كل واحد منها إذا كان المبيع أكثر من واحد من تلك الأشياء المتفاوتة كعدة ذواب مثلاً لأن رؤية البعض لا تُعرّف الباقي للتفاوت في آحاده ^(١) .

المبحث الثالث

صور خاصة من الرؤية

وهناك نقاط في مبحث الرؤية لابد من بيانها ، لما تتصف به من دوام الاعتبار واستمرار العمل بها أو الحاجة إليها :

- الرؤية من خلف زجاج : لا تكفي عند أبي حنيفة حتى يرى ما فيه أو خلفه دون حائل ، وعن محمد أنه يكفي لأن الزجاج لا يخفي صورة المرئي ، وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة ^(٢) .

- الرؤية لما هو في الماء : كسمك (يمكن أخذه من غير اصطیاد) قال بعضهم : يسقط خياره ، لأنه رأى عين المبيع ، وقال بعضهم : لا يسقط ، وهو الصحيح ، لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو ، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع ^(٣) .

(١) فتح القدير والعناية ١٤٢/٥ - ١٤٣ .

(٢) فتح القدير ١٤٤/٥ والفتاوى الهندية ٦٣/٣ نقلاً عن الخلاصة .

(٣) فتح القدير ١٤٤/٥ والهندية ٦٣/٣ نقلاً عنه وعن السراج الوهاج .

- الرؤية بوساطة المرأة : قالوا : لا يسقط خياره ، لأنه ما رأى عينه بل مثاله^(١) . وعلى هذا يجرى الحكم فى رؤية صورة الشئ الفوتوغرافية ، لأنه أشبه شئ بالمرآة فضلا عن احتمال التغير ما بين رؤية الصور ورؤية الحقيقة .

- الرؤية من وراء ستر رقيق : يعتبر رؤية ، على ما فى فتاوى قاضىخان^(٢) .

- الرؤية فى ضوء يستر لون الشئ ، كرؤية ورق أبيض فى ضوء يستر معرفة بياضه كضوء النار ، ليلا أو نهارا لا تعتبر رؤية مسقطه لقيام الخيار^(٣) .

الرؤية بالنسبة للأعمى :

لا يثور التساؤل فيه إلا فيما سبيل معرفته الرؤية بالبصر ، أما ما يعرف بالذوق أو الشم أو الجس فهو فى ذلك كالبصير أما ما لا بد من رؤيته كالدار ونحوها والنموذج فى المثليات فيغنى عن الرؤية الوصف بأبلغ ما يمكن ، فإذا قال : قد رضيت سقط خياره ، ولأن الوصف يقام مقام الرؤية أحيانا ، كالسلم ، والمقصود رفع الغبن عنه وذلك يحصل بالوصف وإن كان بالرؤية أتم^(٤) .

ورد ابن الهمام ما جاء فى جامع العتائى من اشتراطه مع الوصف إيقاف الأعمى فى مكان لو كان بصيرا لرأى العقار مثلا (وقد جعلها الكاسانى رواية هشام عن محمد) قال : ولذا لم يذكره فى المبسوط . ثم أورد - وسبقه إلى ذلك السرخسى - رواية عن أبى يوسف بكفاية إيقافه فى

(١) فتح القدير ١٤٤/٥ ورد المختار ٦٨/٤ كلاهما عن التحفة : وهو فى الهندية ٦٣/٣ نقلا عن السراج .

(٢) الهندية ٦٣/٣ .

(٣) نهاية المحتاج ٤١٦/٣ .

(٤) فتح القدير ١٤٧/٥ والمبسوط ٧٧/١٣ والبدائع ٢٩٨/٥ والكلام عن الرؤية بالنسبة للأعمى شامل للرؤية

التي توجد قبل الشراء أو قبل القبض فتتمتع قيام الخيار وهو فى ذلك كالبصير ومثل الأعمى فاقد شئ من الحواس الأخرى (بدائع ٢٩٢/٥) .

مكان لو كان بصيرا لرآه ، بحجة أن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز ، كتحريرك الشفتين مقام القراءة للأخرس ، وإجراء الموسيقى على رأس من لا شعر له في الحلق للاحلال من الإحرام ثم قال ابن الهمام (وحده) إلا يخفى ضعفه ، لأن العجز هنا لا يتحقق إلا بالعجز عن الوصف وهو ممكن ثبت اعتباره أما النظيران فمختلف فيهما^(١) .

ثم عرض ابن الهمام لروايتين أخريين : باعتبار الوصف في العقار وغيره عن أبي يوسف . ورواية عنه وعن محمد باعتبار الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس . وذكر أخيرا قول الحسن بن زياد : توكيل وكيل يقبضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل^(٢) . إذا وقع النزاع بين المشتري والبائع في تحقيق هذا الشرط في صورته البسيطة (حصول أصل الرؤية) فادّعى البائع حصولها وأنكر المشتري ، فالقول للمشتري بيمينه ، لأنه ينكر الرؤية .

وكذلك الحكم عند الشافعية في الأصح ، وعلى قول من لم يشترط الرؤية في بيع الغائب ، أما من اشترطه فالأصح أن القول للبائع لأن الأصل صحة العقد وإقدام المشتري على العقد اعتراف بصحته فالقول قول مدعى الصحة - وهناك قول بعكسه^(٣) .

أما إذا اختلفا في تغير ما رآه سابقا - وكانت المدة قريبة ، كالشهر بالنسبة للدابة - فالقول للبائع بيمينه ، أما لو كانت المدة بعيدة فالقول للمشتري ، عملا بالظاهر وهو استبعاد بقاء الشيء مدة طويلة بلا تغير .

(١) المبسوط ٧٧/١٣ وفتح القدير ١٤٧/٥ والعناية ١٤٧/٥ وقد حقق أن هذه الرواية عن أبي يوسف قائل بذلك من غير اشتراط الوصف ونقله عن الجامع الصغير محمد . ثم نقل عن الفقيه أبي الليث أنه قال : ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال : وبه تأخذ .

(٢) المبسوط ٧٧/١٣ وفتح القدير والعناية ١٤٧/٥ - ١٤٨ والبدائع ٢٩٨/٥ ورد اختار ٦٨/٤ ونقل عن المراج : وبالجمل ما يقف به على صحة البيع فهو المعبر فحينئذ لا تختلف هذه الروايات في المعنى . . . فإذا زال جهله بأى وجه كان سقط خياره وفي الهندية نظير هذه الروايات ٦٥/٣ .

(٣) المجموع ٢٩٤/٩ و ٢٩٧ .

والصحيح عند الشافعية أن القول للمشتري يمينه دون تفصيل لأن البائع هو مدع عليه ما لم يقبل .

والمراد بالتغير نقص بعض الصفات كالقوة والحس لا بعروض عيب لأن عروضه قد يكون فى أقل من شهر وبه يثبت خيار العيب^(١) .

المبحث الرابع

دور العرف فى تحديد الرؤية الجزئية الكافية

لقد تناول الفقهاء بالبيان المسهب بعض تلك الأشياء القيمة (المتفاوتة الآحاد) وخاصة ما يكثر الحاجة إلى تداوله ، فذكروا ما تكفى رؤيته من كل منها لاعتبار الخيار حاصلًا عقب تلك الرؤية المقتضية فيعتبر حينئذ الرضا والفسخ بعدها . وسرى أن الخلاف فى الرؤية الكافية فى الدور وفى الثياب المتفاوتة قد نشأ بناء على العرف المكانى أو الزمانى وذلك يتيح المجال لوسم جميع ما ذكره بهذا الميسم أى أنه تصوير للعرف فى مكان أو زمان معين وأنه لا ضير فى الاعتناق عن تلك القيود إذا كان العرف قد تغير ، أما إذا كانت العلة فى الاجتزاء برؤية بعضه مستمدة من العقل أو الوضع اللغوى فذلك باق لبقاء عوامل اعتباره .

وهناك أمثلة ثلاثة صرح فيها فقهاء الحنفية بابتنائها على العرف. أما المثال الأول فهو فى شأن رؤية الدواب ، وتحديد البعض الذى رؤيته تجزئ عن الجميع فيها ، فبعد أن ذكر المرغينانى أن المقصود منها هو الوجه ، والكفل - وهو المروي عن أبى يوسف - وأضاف بعضهم القوائم^(٢) ، أشار ابن الهمام إلى روايات آخر : (منها) ما نقله صاحب الأجناس عن « المجرد » عن أبى حنيفة فى الدابة إذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية (ولعله للدلالة أى جزء من المذكورات عليها)

(١) فتح القدير ٥٤٤/٤ ورد المختار ٦٩/٤ .

(٢) الهداية ، وشرحها العناية ١٤٣/٥ .

وإن رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار . (ومنها) - وهو الشاهد للتعويل على العرف فى ذلك ، ورواية المعلّى عن أبى حنيفة بأنه يعتبر فى الدواب عرف التجار^(١) . فهذه الرواية مصرحة بربط تحديد المرنى المجزئ بالعرف ، وهى وإن كانت خاصة فى الدواب فهى أساس صالح للوصول إلى الباعث الحقيقى على جميع ما بينوه فى هذا المجال وربطه بالعرف . وفى الفتاوى الهندية : وقد قالوا : إن قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج إلى النظر إلى القوائم كان شرطاً فى سقوط الخيار أيضاً ، كذا فى شرح القدورى للأقطع^(٢) .

والمثال الثانى فى العقار ، فقد ذكروا أن عامة الروايات على كفاية رؤية خارج الدار أو صحنها ، وإن لم يشاهد بيوتها ، وخالف فى ذلك زفر فعنده لا بد من رؤية داخل البيوت . لكن مشايخ الحنفية تنكبوا عن هذا الجواب وذهبوا إلى أنه لا بد من رؤية داخل الدار ، وحملوا جواب أبى حنيفة على مراعاة العرف المكانى والزمانى آئذ . وممن صرح بذلك الكرخى ، ويؤخذ مما قالوه فى توجيه مذهب أبى حنيفة أنه أجاب على عادة أهل الكوفة فى زمنه ، فإن دورهم فى زمنه كانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة ، وكان وجه الاختلاف بينها منحصر فى السعة والضيق (وكونها جديدة أو لا) . وأما فيما وراء ذلك فهى بصفة واحدة ، فتحصل المعرفة بها بالنظر إلى جدرانها من خارج . وأما الأبنية فيما بعد فإنها تختلف مآلياتها وقيمتها بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يعلم إلا بالنظر إليها^(٣) . قال السرخسى : فالجواب على ما قال زفر . ثم ذكر السرخسى أن خلاف زفر خلاف حقيقى وليس صورياً بحمل قوله على حال التفاوت وحمل قولهم على التماثل ، فهو مخالف لهم حتى فى حال التماثل لأن قوله هو عدم كفاية رؤية خارج الدور ولو كانت بصفة واحدة^(٤) .

(١) فتح القدير ١٤٣/٥ .

(٢) الفتاوى الهندية ٦٢/٣ .

(٣) المبسوط ٧٧/١٣ البدائع ٢٩٣/٥ فتح القدير والعناية ١٤٤/٥ الفتاوى الهندية ٦٣/٣ رد المختار ٦٧/٤ .

(٤) المبسوط للسرخسى ٧٧/١٣ .

وصرح الكاساني بأن الصحيح اشتراط رؤية داخل الدار أيضا وبمثله
 صرح ابن الهمام واستدرك على تعليل صاحب الهداية (بأنه لتفاوت الدور بكثرة
 المرافق وقتها) استدرك إضافة عبارة : « وكل ذلك مقصود » لأن المعول عليه
 في الاكتفاء هو رؤية ما يدل على المقصود^(١) . وقد أطلقوا على خلاف
 مشايخ الحنفية للإمام وصاحبيه أنه اختلاف زمان لا اختلاف حجة وبرهان .
 أما خلاف زفر لأبي حنيفة وصاحبيه فقد نازع صاحب النهر . وتابعه ابن
 عابدين . في أن يكون اختلاف زمان (أى لتبدل العرف) بل هو اختلاف
 حجة وبرهان . لأنه كان في زمنهم - والدور آنئذ غير متفاوتة - فاكثفوا برؤية
 خارجها ولم يكتف هو . ولم يعارضا في تصحيح اشتراط رؤية داخلها في
 الديار الطارئة بعدئذ لتفاوتها^(٢) .

وهكذا اشترط فقهاء الحنفية في الدور ما لم يشترطه الإمام
 وصاحبه ، وحملوا قولهم على أبنية زمانهم خاصة أخذا بالعرف . ولا يقال
 أنهم أخذوا فيه بقول زفر - كما يفيد جعل السرخسى الجواب في ديارهم على
 ما قال زفر -^(٣) لأن قوله ليس خاصا بالدور المتفاوتة ، بل هو لمطلق الدور كما
 سبق بيانه .

وثالث الأمثلة في رؤية الثياب (ونصورها هنا في المتفاوتة إذ الثياب
 المتماثلة تكفي فيها رؤية النموذج) فقد اكتفوا برؤية ظاهر الثوب مما يعلم به البقية
 ألا إذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم « ولأن البادى يعرف ما
 في الطى فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته » كما يقول
 ابن الهمام مع استثنائه ماله وجهان وما في طيه علم . ثم قال : « قيل : هذا في
 عرفهم ، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره ، لأنه استقر
 اختلاف الباطن والظاهر في الثياب ، وهو قول زفر ، وفي المبسوط : الجواب

(١) البدائع ٢٩٣/٥ فتح القدير ١٤٤/٥ والعناية (أيضا) .

(٢) رد المختار شرح تنوير الأبصار ٦٧/٤ .

(٣) المبسوط للسرخسى ٧٧/١٣ .

على قول زفر»^(١) .

والمثال الرابع فى شراء المكاعب (جمع مكعب وهو المداس لا يبلغ الكعبين غير عربى) صرحوا بأنه لا يبطل الخيار بالنظر إلى ظهورها . ولو نظر إلى وجهها دون الصرم (الجلد المجمعول نعلا له) يبطل خياره . ثم عقب ابن الهمام على ذلك بقوله : « قيل : وينبغى أن ينظر إلى الصرم فى زماننا لتفاوته وكونه مقصودا »^(٢) .

وبعد تقرير أثر العرف فى إيجاد ذلك التحديد . وتحوله بتحول العرف . يبدو طبيعيا أن لا يحفل الباحث بتلك الصور التفرعية الكثيرة ولا سيما أن أكثرها غادرته الصفة العملية . أو تغير أصلا :

- الرقيق . من العبيد أو الجوارى . وحكمه الاكتفاء برؤية الوجه .
- الحيوانات . سبق ما يتصل بالدواب (الخيل والبغال والحمير والجمال الحَمولة) .

أما الأنعام فقد فرّقوا بين الشاة المشتراة للحم . فيكتفى فيها بالجلس . وبين شاة القنية (المقتناة للدرّ والنَّسل) والناقة الحلوب أو البقرة الحلوب فلا بد من رؤية الضرع .

- المنسوجات ، سبق ما يكفى رؤيته فى الثياب . أما فى الطنفسة لابد أن يرى وجهها وموضع الوشى منها ، والبساط لابد من رؤية جميعه والوسادة المحشوة لو رأى ظاهرها فإن كانت محشوة بما يحشى مثلها يبطل خياره . وإن كانت محشوة بما لا يحشى مثلها فله الخيار . والجة المبطنة لابد من رؤية الظهارة وحدها أو البطانة معها إن كانت مقصودة أيضا .

(١) فتح القدير ١٤٣/٥ والفتاوى الهندية ٦٣/٣ ونقل فى رد المختار هذه العبارة كلها عن الفتح والبحر . ولم أجد فى المبسوط ذكرا لزفر فى هذه المسألة (٧٢/١٣ - ٧٣) بعد التتبع . فقد اقتصر السرخسى على بيان الاكتفاء برؤية الثوب مطوياّ إلا إن كان فى طيه علم » (ونحوه صنع الكاسانى ٢٩٤/٥) . فلما أن تكون رواية زفر وتصحيحها سقطت من مطبوعة المبسوط . وإما أن يكون صاحب الفتح وهم فى ذكر زفر هنا بالاشتباه فى ذكر مسألة الدور التى فى المبسوط (٧٦/١٣ - ٧٧) وفيه أن الجواب فيها على قول زفر .

(٢) فتح القدير ١٤٣/٥ .

الأخذية : سبق ما يتصل بالمكاعب ، وقد تعرض الفقهاء لرؤية أحد الحفيين أو النعلين فأثبتوا خيار الرؤية عند رؤية الباقي ، وهذا مبدأ عام لذا ذكروا مع هذه المزدوجات المصراعين ، لكن للعرف أثره في الاكتفاء برؤية الواحد إن كان الآخر لا يختلف عنه صفةً وجودةً ، ووراء هذه المذكورات أشياء أخرى ترى في المراجع المطولة ^(١) .

الفرع الرابع

شرائط قيام خيار الرؤية

١ - أن يكون المحل المعقود عليه عيناً :

والمراد بالعين ما ينعقد العقد على عينه ، لا على مثله ، وهو مقابل الدين (بمعنى ما يعين بالوصف ويثبت في الذمة) . قال ابن الهمام : « لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية ، لأن العقد ينعقد على مثلها لا على عينها . حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره ، وكذا لصاحب الدراهم . بخلاف الأواني والحلى .

والوجه فيه أن المعقود عليه إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا يفسخ العقد برده ، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضى ثبوت حق المطالبة بمثله فإذا قبض يرده هكذا إلى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيداً لأن العقد إنما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ ^(٢) .

وكذلك لا حاجة لخيار الرؤية في غير الأعيان لأن المقصود من البيع تحقيق الرضا ورضاه في بيع الدين موكول بالوصف فإذا تحقق الوصف حصل الرضا وانتفى ما يقتضى ثبوت الخيار ^(٣) .

(١) الفتاوى الهندية ٦٢/٣ ، فتح القدير ١٤٣/٥ - ١٤٤ بدائع الصنائع ٢٩٣/٥ - ٢٩٥

(٢) فتح القدير ٣٦٧/٥ و ١٣٩ ورد المختار ٦٣/٤ والعناية ١٤٠/٥ ومصادر الحق ١٠/١ و ٧٧/٣ .

(٣) فتح القدير ٣٦٧/٥ .

فيشترط لثبوت خيار الرؤية أن يكون محل العقد (المبيع مثلا) من الأعيان (أى الأموال العينية) وهى ما تتعين بالتعيين ولا يحق لدافعها تبديلها . وقال الزيدية يثبت فيما هو عين ، وفيما يجرى فى الذمة كعوض الخلع ، ويرجع إلى القيمة يوم العقد وفى المسلم فيه لا فى رأس مال السلم والصرف ومائر الأثمان^(١) .

ومثال الأعيان : الأراضى والدواب وكل ما لم يكن من المثليات . أما المثليات فبعضها أعيان وبعضها ديون ، بحسب تعيين العاقد لها ، فإذا عقد على مكيل أو موزون معين بالاشارة أو أية وسيلة تجعل العقد ينصب عليها دون أمثالها فهى حينئذ عين ويثبت فيها خيار الرؤية أما إذا قال : بعثك كذا من الحنطة ، وبين أوصافها فهى تثبت فى الذمة ولم تقع على معين ، بالرغم من كونها عنده لكنه لم يعينها للعقد . وعلى هذا قال قاضيخان فى فتاويه : « المكيل والموزون إذا كان عينا فهو بمنزلة سائر الأعيان ، وكذا المعتبر من الذهب والفضة والأوانى ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا فى الذمة كالسلم (أى المسلم فيه) ، والدراهم والدنانير عينا كان أو دينا والمكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو بمنزلة الدراهم والدنانير^(٢) » .

فالمكيل والموزون ، ومثله باقى المثليات من العددي المتقارب والمذروعات الموصوفة ، بعضه أعيان - إذا تم تعيينه - وبعضه يبقى ديونا كما هو . ومن ذلك الذهب والفضة غير المسكوك نقودا فهو من الأعيان ولذا قال ابن الهام : ومنه - أى الأعيان - بيع إناء من فضة أو ذهب لأنه ليس من الأثمان الخالصة . وكذا رأس مال السلم إذا كان عينا يثبت فيه خيار الرؤية للمسلم إليه أما الدراهم والدنانير فقد تمحضت ديونا فهى لا تقبل التعيين^(٣) .

(١) التاج المذهب ٣٩٧/٢ فتح القدير ٣٦٧/٥ البدائع ٣٩٢/٥ .

(٢) فتاوى قاضيخان ، بهامش الهندية ١٨٧/٢ .

(٣) فتح القدير ٨٣/٥ و ١٣٩ ورد المختار ٦٣/٤ و ٢٢ .

٢ - أن يكون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ أى يفسخ بالرد :
وذلك كالبيع فإذا رد المبيع انفسخ العقد وكالاجارة - إذا رد العين
المأجورة - والصلح عن دعوى المال برد المال المصالح عنه ، والقسمة برد
النصيب فإن هذه العقود تنفسخ برد محلها فيثبت فيها خيار الرؤية أما مثل المهر
في عقد النكاح أو البذل في الخلع وبذل الصلح في عقد الصلح عن دم
العمد ونحوها فإن تلك العقود المشتملة عليها لا تنفسخ برد هذه الأموال
بالرغم من أنها أعيان .

ذلك أن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما ، وقيامه يوجب
المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة . فلو كان له أن يرده كان له أن يرده
أبدا . إذ كلما آلت إليه عين بديلة ثبت فيها خيار رؤية وردّ وهكذا . فلا بد من
أن يكون العقد مما يفسخ بالرد ليكون لثبوت خيار الرؤية فيه جدوى^(١) .
٣ - عدم الرؤية عند العقد ، أو قبله مع عدم التغير :

سبق في سبب ثبوت الخيار أن الرؤية السابقة تمنع ثبوت الخيار إذا
توفر فيها أمران ، أحدهما : عدم التغير ، فبالتغير يصير شيئا لم يره .
والأمر الثاني : لا بد أن يكون عالما وقت العقد أن ما يعقد عليه هو
مرثيه السابق فلو لم يعلم به كأن رأى ثوبا ثم اشتراه ملفوفا بساتر وهو لا يعلم أنه
ذلك الذى رآه فله الخيار . لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا .
وسواء فى الرؤية أن تكون للمعقود عليه كله ، أو لنموذج منه أو الجزء
الذال على الكل .

اشترط بعضهم فى الرؤية السابقة أن تحصل مع قصد الشراء حينئذ ،
فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه يثبت له الخيار عند هؤلاء . وهذا القيد جاء
فى الفتاوى الظهيرية وجامع الفصولين مصدرا بلفظ « قيل » - وهى صيغة
تمريض - لكن ابن نجيم فى البحر قال عقبه : « ووجهه ظاهر . لأنه لا يتأمل

(١) فتح القدير ١٤٠/٥ وعنه رد المحتار ٦٣/٤ .

التأمل المفيد» ثم قال الحصكفي صاحب الدر المختار «ولقوة مدركه عولنا عليه» غير أن ذلك لم يرق للخير الرملي والمقدسى كما ذكر ابن عابدين بحجة أنه خلاف الظاهر من الرواية، وأنه مناف لإطلاقاتهم^(١).

وذكر الزيدية أن الرؤية السابقة المبطللة للخيار هي الرؤية المميزة بتأمل، وأن تكون الرؤية شاملة للقيمي، ألا ما يعنى عنه بخريان العادة على التنازل عن رؤيته، ويكفي رؤية نموذج المثل عندهم^(٢).

واعتبار عدم رؤية المعقود عليه شرطاً لقيام الخيار هو ما جرى عليه الكاساني - وهو شديد الوضوح في ظاهره. لكن للكمال بن الهمام عبارة توهم خلافه وهي قوله في تحليل لفظ (خيار الرؤية): «والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار. وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية». فهو قد اعتبر الرؤية شرطاً وعند الكاساني الشرط عكسه: عدم الرؤية.

وإزالة الإيهام هي أن الرؤية استعملت بلفظ مجرد عن الوصف وأريد بها في كل مرة رؤية موصوفة، فهي عند الكاساني: عدم الرؤية أى عدم الرؤية المقارنة للعقد أو السابقة له دون تغير. فهذا شرط إذا لم يتحقق لم يثبت الخيار أصلاً لأنه لبيع لم يرفيه المبيع. أما عند ابن الهمام فالرؤية المشترطة لثبوت الخيار هي الرؤية اللاحقة بعد العقد - حيث كان العقد بلا رؤية مقارنة أو سابقة - فتلك الرؤية بعد استحقاق خيار الرؤية هي شرط لإمكان استعماله، ولا يمكن استعمال الخيار قبلها^(٣).

٤ - رؤية المعقود عليه أو ما هو بمنزلة بعد العقد :

فهو شرط للخيار، وقد أشار ابن الهمام إلى أن الرؤية شرط ثبوت الخيار كما رأينا، ومن لم ينص على ذلك في عداد الشروط اكتفى بالبيان الصريح

(١) فتح القدير ٥٤٤/٤ ورد المختار ٦٩/٤ البدائع ٢٩٢/٥.

(٢) البحر الزخار ٣٥٦/٣ والمتنوع المختار ٩١/٢ وقال: لا بد أن تكون رؤية مميزة، أو رؤية مثله.

(٣) فتح القدير ١٣٧/٥ ورد المختار ٦٣/٤ وقد أورد عبارة الفتح لمعارضة ما في الدر دون تعقيب والبدائع

٢٩٢/٥.

بأن وقت ثبوته هو وقت الرؤية^(١) . وقال ابن عابدين : الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار .^(٢) .

وقد تقدمت مباحث الرؤية المعتبرة سببا لثبوت الخيار بعدمها ، أو شريطة للخيار . .

الفرع الخامس

صاحب خيار الرؤية

المبحث الأول

من يثبت له الخيار

اتفق جمهور المثبتين لخيار الرؤية على أنه يكون للمشتري ، وذلك تمسكا منهم بنص الحديث الذى أثبت له لمن اشترى لا لمن باع^(٣) . وإذا كانت دعوى جعل الشراء شرطا له منتقدة من حيث الاحتجاج بمفهوم الشرط والتزاع فيه فإن حجب الخيار عن غير المشتري هو مقتضى الأصل فى عدم الخيار وإيثار لزوم العقد^(٤) .

أما البائع إذا باع ما لم يره ، كمن ورث شيئا من الأعيان فى بلد بعيد فباعه قبل تمكنه من رؤيته ففى تحويله هذا الخيار اتجاهان :

الاتجاه الأول : ليس للبائع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره ، وهو مذهب الحنفية (المعمول به) والزيدية ، وذكر الحنفية ان هذا آخر القولين عن

(١) كالكاسانى فقد قصر الشرائط على اثنتين هما الأولى والثانى ثم استغنى عن الثالثة بالتبويب لها بعنوان (بيان وقت ثبوت الخيار) البدائع ٢٩٥/٥ .

(٢) رد المختار ٦٣/٤ و ٦٦ وفتح القدير ١٣٧/٥ .

(٣) البدائع ٢٩٢/٥ المبسوط ٧١/١٣ الفتاوى الهندية ٥٨/٣ المنتزع المختار ٩١/٣ التاج المذهب ٣٩٧/٢ .

(٤) ذكر فى فتح القدير هذا اليراد وأجاب عنه بما اختصرته بهذه الإشارة ١٤٠/٥ .

أبى حنيفة فقد كان يقول أولا بثبوته للبائع أيضا ثم رجع وقال : العقد فى حق
البائع لازم ، والخيار للمشتري فقط .

الاتجاه الثانى : يثبت خيار الرؤية للبائع أيضا ، وهو القول المرجوع
عنه لأبى حنيفة ، والقول القديم للشافعى ورواية مرجوحة عن أحمد ، وذلك
على افتراض الأخذ بالخيار عند الشافعية والحنابلة وقد صححوا عدم الأخذ
به (١) .

لكن الحنفية قالوا بثبوت خيار الرؤية للبائع أيضا فيما إذا لم يكن الثمن
دينا كالتقود والمثلثات الموصوفة بالذمة ، بل كان عينا ، كالبيع بالمقايضة حيث
يثبت الخيار للمشتري والبائع معا إذا كانا لم يريا المعقود عليه (٢) . والحقيقة أنه
هنا مشتر لأن المقايضة كل من طرفيها بائع ومشتري من بعض الوجوه .

المبحث الثانى

مناقشة الأدلة والترجيح

استدل للاتجاه الأول فى قصره على المشتري بأن نص الحديث اقتصر
على المشتري ، حيث علق الخيار بالشراء - أو تحاشيا للإيراد المشار إليه :
أخرج من أصالة اللزوم الشراء دون البيع - والبائع لم يشمله النص . وتمسكوا
كذلك بالأثر فى عدم القضاء به لعثمان ، وبأن البائع يبادل لتحصيل الثمن وقد
خصل له معلوما بالتحديد لا الرؤية . .

واستدل لإثباته للبائع أيضا بتوافر العلة التى ثبت بها للمشتري فيثبت
له دلالة ، وبالمقياس على خيار الشرط وخيار العيب حيث يثبتان للبائع
كالمشتري .

(١) فتح القدير ١٤٠/٥ والمجموع ٣٢٢/٩ والمغنى ٤٩٦/٣ م ٢٧٧٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥٨/٣ نقلا عن فتاوى قاضىخان . وفتح القدير ١٤٠/٥ .

وقد نوقشت أدلة إثباته للبائع (بعد دفع ما أورد على أدلة الاتجاه الأول) بأن حاجة البائع إلى خيار الرؤية ليست ظاهرة ، لأنه أكثر مقدرة من المشتري على العلم بالمبيع لكونه في يده أو تحت تصرفه ، فعدم الرؤية منه قبل العقد تقصير منه أو إسقاط لحقه . وأما القياس على المشتري فليس جاريا لأن المشتري ثبت له الخيار لتوقعه أن ما لم يره خير مما ظنه فهو بمنزلة من يشتري الشيء على أنه جيد فإذا هورد عليه ، أما البائع فحاله العكس كمن باع ما ظنه رديئا فإذا هو جيد أو باع على أن الشيء معيب فإذا هو سليم ومن المقرر أنه لا خيار له في تلك الحال فكذلك هنا ثم إن تمام الرضا باعتبار علم العاقد (كما تذرع به مثبتوه للبائع) إنما يحتاج إليه لما يدخل في الملك لا لما يخرج عنه والمبيع يخرج عن ملك البائع لتعلق رغبته وهو مسمى معلوم .

والقياس على خيارى الشرط والعيب ليس سائغا ، لأنهما معدول بهما عن القياس الذى مقتضاه لزوم العقد دون احتباس اللزوم بسببيهما .

ولقوة أدلة الاتجاه الأول وصراحتها ، وما يثور فى الاحتجاج لثبوته للبائع من شبه يبدو رجحان اقتضاره على المشتري فحسب^(١) .

الفرع السادس

مجال الرؤية^(٢)

بمراعاة شرائط ثبوت الخيار المذكورة آنفا يتبين أن العقود التى تكون مجالا له هى أربعة فى صور مخصوصة منها :

(١) دأب الزيدية على ذكر الصور التى فيها خيار رؤية للبائع فى عداد بيوع الغرر المنهى عنها (التاج المذهب ٣٩٧ : ٢) . وينظر المبسوط ٧١ / ١٣ ومصادر الحق ٢٥١ / ٤ لمزيد من المناقشات .

(٢) لم يفرد الكاسانى ذلك ببحث مستقل بل أوردته فى شرح الشريعة الأولى (كون المبيع مما يتعين بالتعيين) (٢٩٢ / ٥ السطر ٢٧) وأورده ابن الهمام قبل (خيار البائع) .

١ - عقد البيع :

والمراد به هنا الشراء ، لأن الخيار يثبت فيه للمشتري وحده دون البائع ، والعقد من وجهته شراء ، وهو مخصوص بشراء الأعيان التي تتعين بالتعيين (أى مُشخَّصاً) لا الديون التي تثبت في الذمم وهي المعينة بالوصف كالسلم ، للوجوه المذكورة سابقا ، وفي المقايضة (التي هي بيع الأعيان بالأعيان تختص بهذا الاسم وتندرج تحت البيع) يثبت للطرفين .

أما في (عقد السلم) فإذا كان رأس مال السلم عينا يثبت خيار الرؤية فيه للمسلم إليه . ولا يثبت في رأس مال السلم إن كان ديناً كما لا يثبت في المسلم فيه بتاتا ، لأن شرطه الأساسي أن يكون من الديون وخالف في ذلك الزيدية ، فقد جعلوه أيضا فيما يثبت في الذمة كالمسلم فيه لا في رأس مال السلم وسائر الأثمان من النقدين .

ولا مدخل لخيار الرؤية في الصرف - من أنواع البيوع - عند الحنفية والزيدية لأنه بيع دين بدين^(١) . ويثبت خيار الرؤية في الاستصناع للمستصنع المشتري ولو أتى به الصانع على الصفة المشروطة لأنه غير لازم في حقه ولا يثبت للصانع إذا أراه المستصنع ورضى به في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة الخيار لهما ، وروى عن أبي يوسف لزومه في حقها .

وإنما جرى خيار الرؤية في الاستصناع لأنه نوع من أنواع البيع وخيار الرؤية يثبت في البيوع . . والمراد من صور الاستصناع ما لم يضرب له أجل ، لأن ما ضرب له أجل ينقلب سلما عند أبي حنيفة ، ولا خيار في السلم ، وقال أصحابه : هو على حاله استصناع وذكره الأجل للتعجيل (فلو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلما باجماع الحنفية)^(٢) .

(١) البدائع ٢٠٩/٥ - ٢١٠ والبحر الرائق ٢٦/٦ - ٢٨ جامع الفصولين ٣٣٤/١ .

(٢) فتح القدير ١٣٩/٥ البدائع ٢٩٢/٥ رد المختار ٩٣/٤ التاج المذهب ٣٩٧/٢ البحر الرخار ٣/

والخيار انما هو للمستصنع فإذا أتاه الصانع بما استصنعه على الصفة المشروطة فإنه يثبت في حقه ملك غير لازم فيكون له خيار الرؤية إذا رآه : إن شاء أخذه وإن شاء تركه فإن رضي به فليس للصانع الخيار - في ظاهر الرواية وروى أنه له الخيار أيضا ، وهو من مباحث الاستصناع وروى عن أبي يوسف أن العقد لازم في حق الطرفين وعليه لا خيار للمستصنع لأن في إثباته له اضراراً بالصانع لأنه أفسد مواد المصنوع بجعله على الصفة المشروطة فلو ثبت الخيار لتضرر به الصانع فالعقد لازم دفعاً للضرر عنه .

وللرأي الأول وجاهته من حيث إنه اشترى شيئاً لم يره ، لأن المعقود عليه وهو المستصنع وإن كان معدوماً حقيقة لكن جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً . ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه . (ولم يكن للصانع خيار في ظاهر الرواية لأنه بائع شيئاً لم يره ولا خيار له) ولأن إلزام العقد في حق المستصنع اضرار به لأن من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به .

أما الصانع فليس له خيار الرؤية في ظاهر الرواية لأنه بائع شيئاً لم يره ولا خيار له ، وليس الضرر في حقه متيقناً لأنه إن باعه المستصنع به يبيعه بمثل قيمته لكثرة ممارسته ذلك . والمراد بالشراء دعوى العقد الصحيح فلا يثبت في الفاسد لوجوب فسخه دون خيار^(١) .

٢ - وكذلك في عقد الاجارة لا يثبت إلا في إجارة الأعيان ، كاجارة دار بعينها أو سيارة بذاتها إذا كان المستأجر قد عقد الاجارة دون أن يرى المأجور .

٣ - وفي عقد القسمة ، فيثبت في قسمة غير المثليات ، أى في نوعين فقط من الأنواع الثلاثة للمال المقسوم ، هما قسمة الأجناس المختلفة

(١) فتح القدير ٥٣٣/٥ ابن عابدين ٦٣/٤ البدائع ٢١٠/٥ .

جزما ، وقسمة القيميات المتحدة الجنس كالثياب من نوع واحد . أو البقر والغنم ، أما فى قسمة المثلثات المتحدة الجنس كالمكيلات والموزونات فلا يثبت خيار الرؤية فيها ، لأنها مما لا تتعين بالتعيين .

وهذا إذا كان أحد المقتسمين لم ير نصيبه عند القسمة .

٤ - وفى عقد الصلح ، ولا يثبت إلا فى الصلح عن دعوى المال إذا كان الصلح على بدل معين بالذات ، أما فى الصلح عن القصاص فى دم العمد فلا يثبت فيه ولو كان عينا لأنه لا يفسخ الصلح برد محل الصلح بل يبقى قائما . ولا يثبت أيضا فى الصلح عن دعوى المال إذا لم يكن المصالح عليه شيئا معينا ، بل كان من الديون كالنقود .

وعرف من هذا - ومن أولى شرائط قيام الخيار - أنه لا يكون فيما لا يفسخ بالرد ، فهو بالإضافة للأمثلة المحترز عنها فى العقود الأربعة السابقة ، لا يثبت فى المهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لا يفيد فيها الرد^(١) .

هذا ، وإن ثبوت الخيار فى البيع دليله الحديث الوارد فهو صريح فى البيع (أى الشراء) أو الابتياح ، أما ما عداه من العقود المذكورة فهو ملحق بالبيع قياسا ، فالاجارة بيع المنافع ، والقسمة مبادلة ، والصلح عن دعوى المال على بدل معين عقد مبادلة ، فكلها فى معنى البيع .

(١) فتح القدير ١٣٩/٥ البدائع ٢٩٦/٥ المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ١١٠ مختصر المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ١٥٢ .

الفرع السابع

توقيت خيار الرؤية بدءا وغاية

المبحث الأول

وقت ثبوت الخيار

وقت ثبوت خيار الرؤية هو وقت الرؤية ، لا قبلها . ولذا لو أمضى العقد قبل رؤية المعقود عليه ورضى به صرخا بأن قال : أجزت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى ثم رآه كان له أن يردده بخيار الرؤية . لأن النص أثبت الخيار بعد الرؤية فلو ثبت له حق الاجازة قبلها وأجاز لم يثبت له الخيار بعدها ، وهذا خلاف النص ولأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف ، والرضا بالشئ قبل العلم به وبوجود سببه محال فكان ملحقا بالعدم^(١) .

أما نفاذ بعض التصرفات مما لا يحتمل الارتفاع كالتق . أو يوجب للغير حقا أو ملكا لازما كالبيع المطلق والاجارة وصيرورة العقد لازما لا خيار فيه . فليس ذلك نتيجة لاستعمال الخيار لأنه لم يثبت بعد (وإن كانت تلك التصرفات تعتبر لو جاءت بعد الرؤية اجازة دلالة) وإنما هو لامتناع الفسخ بسبب التصرفات الصحيحة المانعة له ومتى امتنع الفسخ صار العقد لازما لا خيار فيه^(٢) .

ولهذا لم يصح إسقاط الخيار قبل الرؤية أو التنازل عنه بقوله : رضيت المبيع أو أمضيت العقد ، لأنه لا يصح إسقاط الخيار قبل ثبوته - وثبوته كما رأينا بالرؤية - وإسقاط الشئ فرع لثبوته فلا يمكن الاسقاط قبل الثبوت . فلو أسقط المشتري خياره قبل الرؤية لم يسقط وظل له حق ممارسته عند الرؤية قال

(١) البدائع ٢٩٥/٥ وشرح النيل ١٤٣/٤ والإيضاح للشهاخي ٧٢/٣ .

(٢) هذا ما ينبغي المصير إليه توفيقا بين ما قرره ، وموضوع تلك التصرفات .

السرخسى : ان فى الرضا قبل الرؤية هنا إبطالاً حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند الرؤية»^(١).

وقد اختلف الزيدية فى هذا ، فقد صرح المهدي وابن مفتاح بصحة إبطال الخيار قبل الرؤية ، ونقل عن التفريعات أنه لا يبطل قبل ثبوته كاسقاط الشفعة قبل البيع ، وقد اقتصر المهدي فى البحر على قول يحى بعدم صحة إبطاله قبل الرؤية^(٢).

إمكان الفسخ قبل الرؤية :

أما الفسخ قبل الرؤية - وقد قال الحنفية بإمكانه - فليس بناء على الخيار - لعدم ثبوته قبل الرؤية - ، بل لما فى العقد من صفة عدم اللزوم للجهالة المصاحبة له عند العقد حيث اشتراه دون أن يراه فهو كالعقود الأخرى غير اللازمة ، ففسخه ممكن لهذا السبب ، ثم إذا رآه ثبت له خيار الرؤية فكان سبباً آخر للفسخ ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد .

هذا ، وقد منع الإباضية من إجازة العقد أو فسخه قبل الرؤية . أما الزيدية فقد اختلفوا فى إبطال الخيار أو الفسخ قبل الرؤية كما سبق بيانه^(٣).

المبحث الثانى

أمد خيار الرؤية

للفقهاء فى بيان مدى الزمن الصالح للرضا أو الفسخ بعد الرؤية مذاهب ثلاثة :

-
- (١) فتح القدير والعناية ١٣٩/٥ البحر الرخار ٣٥٢/٣ المبسوط ٧١/١٣ البدائع ٢٩٧ .
(٢) الأزهار وشرحه لابن مفتاح ٩٣/٣ التاج المذهب ٣٩٩/٢ البحر الرخار ٣٥٢/٣ .
(٣) البدائع ٢٩٢/٥ والهداية وفتح القدير ١٣٩/٥ والبحر الرخار ٣٥٢/٣ والإيضاح للشايعى ٦٩/٣ . ويلحظ أن ابن الهمام حقق وجود الخلاف فى صحة الفسخ قبل الرؤية وأنه لا رواية فيه عن الامام والخلاف من مشايخ الحنفية .

المذهب الأول : على التراخي :

أنه ليس لخيار الرؤية مدى محدود ، بل هو مطلق غير مؤقت بمدة . فهو يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله - ولو في جميع العمر - ولا يتوقت بإمكان الفسخ . وهذا هو اختيار الكرخي من مشايخ الحنفية ، وهو الأصح والمختار كما قال ابن الهمام وابن نجيم وغيرهما^(١) .

وذلك لأن النص مطلق ، ولأن سبب خيار الرؤية اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقي سببه^(٢) .

المذهب الثاني - على الفور :

أنه مؤقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى أنه لو رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره بذلك ولزم العقد وإن لم يوجد منه تصريح بالرضا أو مسقط آخر للخيار حيث يعتبر ذلك دلالة على الرضا . وهذا مذهب الزيدية - وقول لبعض فقهاء الحنفية فقد صرح الزيدية بأنه يبطل بسكوته عقيب الرؤية إذا كانت رؤية مميزة فلو تراخى عن الفسخ عقيبتها يبطل الخيار ، فهو على الفور كالشفعة ، لكن صاحب التاج ذكر أن هذا إذا علم أن التراخي يبطل ، والقول قوله في الجهل^(٣) .

وذكر المهدي الزيدي مستند هذا القول بإيجاز شديد مفاده أن هذا الخيار يشبه خيار الشرط ، لأنها شرعا للتروي بعد العقد ، وكما أن خيار الشرط محدود بالمدة دون تراخٍ فكذلك خيار الرؤية لأن الرؤية بالنسبة له كالمدة ، فإذا سكت عقيبتها لزم العقد^(٤) .

(١) البدائع ٢٩٥/٥ والفتح ١٣٩/٥ ورد المختار ٦٥/٤ والهندية ٥٨/٣ منقولاً عن البحر .

(٢) قال الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم عن هذا القول لدى الحنفية : انه أرفق بالبائع على شرط أن يتمكن المشتري ومن في حكمه من الرؤية النافية لتام الجهالة (المعاملات الشرعية ص ١١١) .

(٣) المتزاع المختار ٩٢/٢ والتاج المذهب ٣٩٩/٢ والبحر الزخار ٣٥٢/٣ .

(٤) البحر الزخار ٣٥١/٣ - ٣٥٢ والمتزاع المختار شرح الأزهار ٩٢/٢ .

المذهب الثالث : موقت بالمجلس :

ذكر المهدي أن الامامين يحيى وأبا العباس - من الزيدية - ذهبوا إلى أن خيار الرؤية يعتبر لانتهاه المجلس بعد الرؤية ويبقى الخيار للمشتري إلى أن ينتهى مجلس الرؤية . ومستندهم لهذا تشبيه خيار الرؤية بالقبول ، لثبوته بالعقد ، ومن المقرر أن خيار القبول ، بعد صدور الإيجاب ، مرهون بالمجلس^(١) .

المناقشة والترجيح :

إن تشبيه خيار الرؤية بالقبول بعيد، لأن القبول من مرحلة ما قبل العقد ولا بد من وضع حد كاف بعد الإيجاب ليلحق به القبول أو ينسحب الموجب ، وبما أنهما تهيئا للعقد وجلسا له فالمجلس هو الظرف الزمني العادل لذلك . أما خيار الرؤية فهو بعد الانعقاد وليس للتروى فى أصل العقد بل لكمال الاطلاع عليه بالرؤية وحدها . فالراجع أن يكون خيار الرؤية على الفور ، عقيب الرؤية لأنه بذلك يستدرك ما فاته - وهى الرؤية - لأن حاله من العقد على ما لم يره يدل على رضاه بأصل التعاقد ألا من ناحية واحدة وهى الاطلاع التام وقد حصل بالرؤية ولا يخفى ما فى المذهب القائل بالتراخى من المشقة على البائع وإطالة فترة عدم اللزوم وهى مما يحرص الشارع على الحد منها لحصول المصلحة فحسب .

الفرع الثامن

أثر الخيار على العقد

المبحث الأول

أثر الخيار فى صفة العقد

صفة العقد مع خيار الرؤية أنه غير لازم ، وعليه اشترك خيار الرؤية

(١) البحر الزخار ٣/٣٥١ والتاج المذهب ٢/٣٩٩ .

مع الخيارات الأخرى فى سلب لزوم العقد ، ألا أنه نظرا لوجود عامل مؤثر فى الخيار وهو (الرؤية) فقد اختلف الفقهاء هل عدم اللزوم لاحق لها أم سابق عليها ، وقد ارتبط هذا الأمر بمسألة أخرى مشهورة وهى صحة الفسخ قبل الرؤية وعدمه - مع امتناع الاجازة قطعاً لأنها لا تكون إلا بعد الخيار - فذهب من صحح الفسخ إلى أن العقد غير لازم والفسخ سائغ فى العقود غير اللازمة - بدون الحاجة إلى الخيار .

وهذا قول معظم الحنفية ووجه عند الشافعية ومستندهم أن العقد غير تام لأن تمامه بالرضا به وهو لا يكون قبل الرؤية^(١) .

والرأى الثانى لبعض الحنفية - ومنه ابن الهمام - وهو الوجه الآخر للشافعية ان العقد بات قبل الرؤية . وهؤلاء لا يرون صحة الفسخ قبلها لأن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والاجازة (التى هى الخيار) بالرؤية^(٢) .

المبحث الثانى

أثر خيار الرؤية فى حكم العقد

المطلب الأول

أثر الخيارات فى حكم العقد قبل الرؤية

حكمه حكم العقد الذى لا خيار فيه ، وهو ثبوت الحل للمشتري فى المبيع للحال وثبوت الملك للبائع فى الثمن للحال ، لأن ركن العقد فى البيع أو الاجارة أو القسمة أو الصلح صدر مطلقاً عن شرطه . وكان ينبغى أن يلزم العقد لولا أنه ثبت الخيار (شرعاً) احتياطاً للمشتري بخلاف خيار الشرط لأن الخيار ثمة ثبت بإرادة العاقلين فأثر فى ركن العقد بالمنع من الانعقاد فى حق

(١) البدائع ٢٩٢/٥ « عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة وجهالة الوصف تؤثر فى الرضا » والمجموع ٢٩٩/٩ والهداية والعناية ١٣٩/٥ .

(٢) فتح القدير ١٣٩/٥ « قلنا : نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية العقد بات » .

الحكم تحقيقاً لرغبة العاقد في تعليق العقد^(١) .

هذا على القول بصحة الفسخ قبل الرؤية ، فالعقد غير لازم عند هؤلاء ، أما من منع الفسخ فهو يرى أن العقد بات فلا يلحقه فسخ ولا إجازة إلى أن تحصل الرؤية ، وقد مال ابن الهمام إلى هذا ،^(٢) ويؤيده أن الرؤية شرط للخيار فما لم تحصل لم تتوافر شرائط قيام الخيار . وعليه فالعقد لازم لا خيار فيه . وهذا هو الراجح لا سيما أنهم يتمسكون بالأصل في العقد وهو اللزوم حتى يوجد ما يخالف به الأصل وهو الخيار .

المطلب الثاني

أثر الخيار في حكم العقد بعد الرؤية

منذ قيام خيار الرؤية (بتحقق آخر شرائطه ، وهى الرؤية) يغدو العقد غير لازم بالاتفاق ، ولكن لا يترتب عليه أى أثر فى حكم العقد ، فلا يمنع انتقال الملك فى البدلين لأن سبب العقد قد وجد خالياً من تعليق حكم العقد فيظل أثره كاملاً كانتقال الملك وغيره .

وقد خالف فى هذا المالكية فذهبوا إلى أن الملك مع خيار الرؤية لا ينتقل لعدم استقرار العقد باحتمال الفسخ ، والملك إنما هو فى العقد المستقر . ولا يخفى أن استقرار العقد لا يعوق ترتب الحكم وإنما ينشأ عنه تمكن صاحب الخيار من رفع العقد بالفسخ . والراجح ما ذهب إليه الحنفية من أن العقد يستتبع أحكامه كلها سوى ما فى العقد من عدم التمام . ويظهر أثر هذا فى التمكن من فسخه دون التقاضى أو التراضى ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك فى خيار العيب . . (٣) .

(١) البدائع ٢٩٢/٥ .

(٢) فتح القدير ١٣٩/٥ وقد أخذ على صاحب الهداية اغفاله الخلاف فى الفسخ قبل الرؤية .

(٣) فتح القدير ١٣٩/٥ البدائع ٢٩٢/٥ المجموع ٢٩٩/٩ الخرشى ٣٤/٥ وربما كانت هناك علاقة شديدة بين منعه انتقال الملك واعتبارهم خيار الرؤية خياراً شرطياً لا حكماً فكأنه استمد أثره من هذه السمة .

الفرع التاسع

انتهاء خيار الرؤية وسقوطه

المبحث الأول

سقوط الخيار

تمهيد :

تعرض الفقهاء إلى ما يسقط الخيار إما جملة واحدة ، كما فعل الزيدية وبعض الحنفية ، وإما بعد التمييز بين ما يسقطه قبل الرؤية وبعدها وبين ما يسقطه بعدها فقط . وبعضهم أطلق على هذين النوعين : المسقط الاختياري ، والمسقط الضروري^(١) .

ومن الأوضح للفصل المحتوم بين هذين النوعين أن يُدعى ما يسقط الخيار (بالضرورة) قبل الرؤية وبعدها (مسقطات الخيار) أما ما ينحصر أثره بما بعد الرؤية (وقيام الخيار) فهو سبب من أسباب انتهاء الخيار .

المطلب الأول

مسقطات الخيار

يسقط خيار الرؤية بهذه الأمور التالية ، سواء حصلت قبل الرؤية أو بعدها :

١ - التصرفات في المبيع بما يوجب حقا للغير . كما لو باع الشيء

الذي اشتراه ولم يره لشخص آخر يباعا لا خيار فيه ، أو رهنه ، أو آجره ، أو وهبه مع التسليم ، لأن هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك ، وملك صاحب الخيار ثابت فيها ، فصادت المحل ونفذت ، وبعد نفوذها لا تقبل

(١) البدائع ٢٩٥/٥ فتح القدير ١٤٩/٥ رد المختار ٧٢/٤ المتنوع المختار ٩٣/٢ البحر الزخار ٣٥١/٣ - ٣٥٢ .

الفسخ والرفع ، فبطل الخيار ضرورةً، كما أن إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات ففسخ البيع أولى من إبطال حقوقهم^(١) .

ويستثنى من ذلك ما لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار (للبيع) ، أو المساومة بقصد العرض على البيع ، أو الهبة من غير تسليم لأن ذلك لا يربو على صريح الرضا ، وهو لا يبطله قبل الرؤية . ثم إن التصرف الذى تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد قضائى أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه فله الخيار^(٢) .

٢ - تغير المبيع بغير فعله :

وحصول التغير إما بطرء الزيادة عليه مطلقا (المنفصلة أو المتصلة . المتولدة أو غيرها) على أن تكون مانعة للرد ، وإما بالنقص والتعيب - فى قول أبى حنيفة - والنقص المراد هنا هو ما يحصل بآفة سماوية أو بفعل أجنبى أو بفعل البائع على التفصيل والاتفاق والاختلاف المذكور فى خيارى الشرط والعيب ، كما ذكر الكاسانى^(٣) .

وصرح بنحو ذلك الزيدية فى التعيب الحاصل بعد القبض ، ولو بسبب من البائع ، لو حدث قبل القبض بفعل المشتري . وقد صوروهما قبل الرؤية ، لأنه لا مجال لديهم بعد الرؤية لاكتفائهم بالسكوت بعدها لانتفاء الخيار وسقوطه . وقالوا : إن رد المبيع بعد التعيب مع الأرض فلا قائل به ورده من دونه ظلم، ولم يولوا اعتبارا لنقص السعر ، كما أبطلوا الخيار أيضا بالنقص الحاصل فى المبيع عما شمله العقد بعد قبضه قبل رؤيته ، كما لو اشترى البقرة وفيها لبن، أو الشاة وعليها صوف، أو الشجرة وعليها ثمرة، فذهب ذلك بطل الخيار ، أما لو حدثت بعد العقد ثم استهلك لم يبطل الخيار . هذا وقد

(١) فتح القدير ١٤١/٥ .

(٢) فتح القدير ٢٤٢/٥ .

(٣) البدائع ٢٩٦/٥ .

ذكره الزيدية فى المبطلات العشر التى نثرتها فى مواطنها مع بيان ما فيها ، كما ذكروا الرؤية المتقدمة على الشراء وأنها تبطل الخيار وهذا ليس مسلماً لأنه تخلف شريطة هى عدم الرؤية المقارنة للعقد أو السابقة عليه ، وقد ذكروا قولاً بعدم بطلان الخيار بالرؤية المتقدمة مطلقاً^(١) .

٣ - تعيب المبيع فى يد المشتري :

لأنه بالتعيب لا يمكن إرجاع المبيع إلى البائع كما استلمه المشتري والفسخ يكون بالحالة التى كان عليها المبيع عند العقد وقد استلمه سليماً فلا يردّه معيباً ، ولذا يسقط الخيار .

٤ - اجازة أحد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه :

وذلك عند أبى حنيفة ، وذلك حذراً من تفریق الصفقة على البائع كما مر فى خيار العيب .

٥ - الموت : واعتباره مسقطاً موضع خلاف ، وتفصيله فى الفرع العاشر فى الكلام عن انتقال الخيار^(٢) .

المطلب الثانى

حكم صريح الاسقاط فى خيار الرؤية

ذكر الكاسانى^(٣) أن الأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية . إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط ، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها ، لأن خيار الرؤية ثبت شرعاً حقاً لله تعالى فلا يسقط باسقاط العبد وأما خيار الشرط

(١) شرح الازهار لابن مفتاح ٩٤/٣ - ٩٦ التاج المذهب شرح الأزهار ٤٠٠/٢ - ٤٠٢ البحر الرخار ٣٥١/٣ - ٣٥٢

(٢) فتح القدير ١٥٩/٥ والعناية شرح الهداية ١٥٩/٥ - ١٦٠ والبدائع ٢٩٦/٥ .

(٣) البدائع ٢٩٧/٥ و ٢٨٢ خيار العيب و ٢٦٧ خيار الشرط .

والعيب فقد ثبتا بالاشتراط حقيقة أو دلالة ، وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصودا لأن الانسان يملك التصرف فى حق نفسه مقصودا ، استيفاء واسقاطا ، فأما ما ثبت حقا لله فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطا مقصودا لأنه لا يملك التصرف فى حق غيره مقصودا لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف فى حق نفسه . .

المبحث الثانى

انتهاء الخيار

يشتمل هذا المبحث على ما يسقط به الخيار بعد الرؤية لا قبلها ، ومدار ذلك على أحد أمرين ينتهى بهما الخيار :

١ - الاجازة للعقد ، وهو انتهاء للخيار وحده مع بقاء العقد .

٢ - الفسخ له ، وهو انتهاء للخيار تبعا لسقوطه بسقوط أساسه .

وينتهى الخيار بإجازة العقد إجازة قولية أو فعلية ، والإجازة القولية هى الرضا بالعقد . صراحة أو بما يجرى مجراها . أما الاجازة الفعلية فتكون بطريق الدلالة بأن يوجد من المشتري تصرف يدل على الرضا . أما الفسخ فمنه اختيارى ، ومنه ضرورى دون إرادة العاقد .

المطلب الأول

انتهاءه بالاجازة

الاجازة الصريحة أو بما يجرى مجراها :

تم الاجازة الصريحة بالتعبير عن الرضا وهو بكل عبارة تفيد امضاء العقد أو اختياره مثل : أجزته ، رضيته ، اخترته . وفى معنى الرضا الصريح

ما شابهه وجرى مجراه سواء علم البائع بالاجازة أو لا^(١) ، لأن الأصل في البيع المطلق اللزوم وقد اكتفى الزيدية بالسكوت واعتبروه رضا - إذا سكت عقيب الرؤية - ولو كرهه بقلبه مهما لم يلفظ بالفسخ ، ونصوا على مسألة السكوت هذه بصدد الرؤية (من المشتري ، أو وكيله ، ورؤية البعض ، والجلس فيما معرفته بالجلس) وعدوا هذه الأربعة من مبطلات الخيار العشرة مع أن العامل المؤثر فيها هو السكوت بعد الرؤية فهي مبطل واحد نائب عن الرضا الصريح جار مجراه^(٢) .

الاجازة بطريق الدلالة (التصرفات الرضائية) :

وهي أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الرضا . وقد نص الزيدية على أن أى تصرف مهما كان - ولو فاسدا - يبطل خيار الرؤية واستثنوا تصرف الاستعمال (ولا يتصور إلا قبل الرؤية لأن السكوت بعد الرؤية مبطل للخيار) .

١ - من تلك التصرفات : القبض بعد الرؤية ، لأنه دليل الرضا بلزوم العقد وسقوط الخيار ، لأن للقبض شَبْهًا بالعقد فكان كالعقد بعد الرؤية . ولهم في القبض بنائبه تفصيلات .

٢ - التصرفات التي لا يمكن رفعها : كالإعتاق واخواته وهي التدير والاستيلاء لأن تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيسقط الخيار .

٣ - التصرف في المبيع تصرف الملاك بأن كان ثوبا فقطعه أو أرضا فبنى عليها لأن اقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا ولولا هذا التقدير لكان متصرفا في ملك الغير وهو حرام فجعل ذلك إجازة صيانة له عن ارتكابه . ونحوه العرض على البيع .

(١) البدائع ٢٩٥/٥ - ٢٩٦ وخداية وفتح القدير ١٤٥/٥ .

(٢) المنتزع المختار ٩٣/٣ - ٩٤ والتاج المذهب ٣٩٩/٢ - ٤٠٠ والبحر الرخار ٣٥١/٣ .

٤ - التصرفات التي توجب للغير حقا أو ملكا لازما (كما سبق بيانه)^(١) .

شروط الاجازة :

يشترط لصحة الاجازة وقوع الرؤية ، لأن مستند الاجازة حق خيار الرؤية وهو لا يمكن استعماله إلا بالرؤية فهي أوان ثبوته . وليس كالفسخ . . . « فلو أجاز قبل الرؤية ورضى صراحة ثم رآه له ان يردده . »^(١) .

أما صيرورة العقد لازما بوقوع التصرفات التي لا تحتل الرفع أو التي توجب للغير حقا أو ملكا لازما فليس من باب الاجازة بل هو امتناع للفسخ في العقد المعتبر غير لازم ، والعقد غير اللازم إذا امتنع فسخه صار لازما . فلا يثبت فيه خيار الرؤية حين رؤيته بعدئذ ، لأن خيار الرؤية يثبت في عقد غير لازم لم يره عند العقد ثم رآه وهو غير لازم وهنا حين رآه كان لازما .

وهذا هو الحكم أيضا عند الاباضية ، لتصريحهم بأن انكار من له الخيار ورضاه قبل الرؤية ليس بشيء ، ولو كفى لما كان لهما وجه للتخير ، بل الرضا والانكار قبل الرؤية عقد آخر على مجهول ، وقد سبق خلاف الزيدية . .^(٢) .

- لا يصح تجزئة الاجازة بوقوعها على البعض . بأن اشترى ثوبين ورأهما بعدما قبضهما ورضي بأحدهما فقال : رضيت بهذا لم يجز ، والخيار على حاله^(٣) .

(١) فتح القدير ١٤١/٥ العناية ١٤١/٥ البدائع ٢٩٦/٥ .

(٢) شرح النيل ١٤٣/٤ الإيضاح لشماخي ٦٩/٣ البدائع ٢٩٥/٥ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥٩/٣ .

المطلب الثاني

انتهاء الخيار بالفسخ

أنواع الفسخ : أمّا أن يكون اختياريا أو ضروريا ، كما ذكر الكاساني ، صورة الفسخ الاختياري (الذي ينتهي به الخيار تبعا) هي أن يقول : فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا المجرى .

وأما الفسخ الضروري فله صورة واحدة ذكرها الكاساني وهي أن يهلك المبيع قبل القبض ، فيفسخ العقد ضرورة ويؤدي معه خيار الرؤية لذهاب المحل^(١) .

شروط الفسخ :

١ - قيام الخيار ، لأن الخيار إذا سقط بأحد المسقطات لزم العقد ، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ .

٢ - أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع فإن رد بعض المبيع دون بعضه لم يصح . وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز . سواء كان قبل قبضه المعقود عليه أم بعده ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ففي بقاء خيار الرؤية في البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمامها وهو باطل .

٣ - علم البائع بالفسخ ، عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : ليس بشرط وقد توسع الكاساني في دلائل هذا الخلاف . هذا وقد صرحوا بأمور لا تشترط للفسخ ، وهي :

أ - لا يشترط القضاء أو التراضي لصحة الفسخ بخيار الرؤية ، فيصح من غير قضاء ولا رضا ، قبل القبض وبعده .

(١) البدائع ٢٩٨/٥ فتح القدير ١٤١/٥ .

ب - لا يشترط للفسخ حصول الرؤية ، لأن العقد غير لازم (وفيه خلاف سبق) وخالف فيه الإباضية^(١) .

الفرع العاشر

انتقال خيار الرؤية

إن إثبات هذا العنوان على الأخذ بأى وجه فيه استكمال الصورة للخيار من نشوئه إلى انتهائه ، ومن ذلك انتقاله . وخيار الرؤية عند الحنفية والزيدية^(٢) لا ينتقل بالموت وذلك منسجم مع كونه عندهم لمطلق التروى لا لتحاشي الضرر أو الخلف فى الوصف ، وغايته أن ينظر المشتري أى صلح له أم لا ؟ ومع اعتبارهم إياه خيارا حكما من جهة الثبوت فقد قالوا انه مرتبط بالارادة من حيث الاستعمال (وليس كخيار العيب الذى يخضع استعماله إلى المسوغ للفسخ وهو وجود عيب معتبر) .

وقد عرفنا أن الحقوق المرتبطة بمشيئة العاقد لا تورث ، لأن انتقالها للوارث معناه نقل الارادة والمشيئة وهو مستحيل . . فمن هنا لم يقل الحنفية بتوريثه^(٣) ، وكذلك الزيدية فإنهم جعلوا موت المشتري واحدا من الامور العشرة المبطله لخيار الرؤية فيلزم المبيع الورثة .

لكن الإباضية، بالرغم من موافقتهم على جعله للتروى وتمكين العاقد من الفسخ ولو وجده كما وصف له، ذهبوا إلى أنه يورث خيار العاقد بيعا أو شراء ، وإذا كان عاقدا لغيره فالخيار لغيره أو خليفة الغير لا لورثة العاقد^(٤) .

مقارنة :

لقد اشتمل القانون المدنى على بيع الغائب بعد أن تطلب بيان

(١) البدائع ٢٩٨/٥ - ٢٩٩ فتح القدير ٥/٥٤٠ الفتاوى الهندية ٣/٦٠ نقلا عن البحر شرح النيل ٤/١٤٣ المبسوط ١٣/٧٤ .

(٢) المنتزع ٣/٩٣ والبحر الزخار ٣/٣٥٥ والتاج المذهب ٢/٣٩٩ .

(٣) البدائع ٥/٢٩٦ وبالتوسع أيضا فى خيار الشرط ٥/٢٦٨ .

(٤) شرح النيل ٤/١٤٢ والابضاح ٣/١١٨ .

الأوصاف الأصلية للمبيع بحيث يمكن الوقوف عليها بعدئذ عند رؤيته ومعاينته ، وقد منح المشتري حق فسخ العقد إذا تخلف شيء من تلك الأوصاف المينة في العقد .

وهذا ليس من خيار الرؤية في شيء بل هو خيار الوصف الذي أخذ به جمهور الفقهاء ، فإن خيار الرؤية عند القائلين به يثبت لعدم الرؤية ولو جاء المبيع مطابقا للوصف المذكور عند التعاقد .

وقد نص القانون أيضا على البيع بالنموذج فيما رأى بعضه ثم تبين أن الباقي غير مطابق للنموذج الذي شاهده ، وقد منح المشتري أيضا حق الفسخ بعد التقاضى دون أن يكون له تفريق الصفقة . وهذا أيضا ليس خيار الرؤية الذي وقع الخلاف فيه بين الفقهاء فخيار الرؤية (بالمفهوم الحنفي) لم يأخذ به القانون ^(١) .

(١) القانون المدني السوري وأصله المصري المادة ٣٨٧/ شرح القانون المدني السوري للأستاذ مصطفى الزرقا (عقد البيع) ف/٤٣ مصادر الحق للسهوري ١٣٢/٢ .

الفصل الثاني

خيار الكميه

أو: خيار معرفه وتدر الثمن

الفصل الثاني

خيار الكمية

(أو خيار معرفة قدر الثمن)

المبحث الأول

تعريفه وتسميته وماهيته

تعريف خيار الكمية لغة وشرعا :

(الكمية) ، مصدر صناعي من (كم) وهي الأداة الموضوعة في اللغة للسؤال عن المقدار^(١) .

وخيار الكمية في اصطلاح الفقهاء ، على ما عرفه صاحب الفتاوى السراجية : خيار البائع في الثمن ، وهو كما لا يخفى تعريف موجز جدا لا ينكشف المراد به ، ويمكن وضع التعريف التالي له ، وهو أنه : (حق البائع في الفسخ لخفاء مقدار الثمن عند التعاقد)^(٢) .

تسميته :

يسمى هذا الخيار خيار الكمية ، لأنه بسبب جهل كمية الثمن ، لعدم رؤيته رؤية مفيدة ، بل يرى في وعاء بحيث لا يمكن معرفة مقداره .

ماهيته :

وهذا الخيار شديد الشبه من حيث الغرض بخيار الرؤية ، ولكنه لم يندرج فيه لما تقرر من أن خيار الرؤية لا يثبت في النقود^(٣) .

(١) القاموس المحيط مادة/كم، معنى اللبيب ١٨٣/٢ والمصباح المنير.

(٢) حاشية الحموى على الاشباه لابن نجم ٣٢٧/١ ورسالة حدود الفقه لابن نجيم .

(٣) فتح القدير ٨٢/٥ رد المختار ٢٢/٤ والفتاوى الهندية ١٢٧/٣ نقلا عن قاضيخان .

ولهذا الخيار تطبيقاته - على قلتها - لكنه يقع في حال المساومات الودية ، وفي المصالحة عن الحقوق فيلجأ المبادل إلى تقديم صرة من المال أو ربطة من الأوراق النقدية . بل في المبيعات العادية أحيانا يشتري الشخص شيئا بما في جيبه أو حقيبتة من النقود دون بيان المقدار ، ومن العدل أن يكون للبائع الخيار عند معرفة المقدار وسخطه إياه لقلته .

المبحث الثاني

مشروعيته ، والمذاهب فيه

موقف المذاهب منه :

ذهب الحنفية إلى إثبات هذا الخيار ، وأدرجوه في عداد الخيارات التي أحصوها ، ورأوا أنه مكمل لخيار الرؤية^(١) ، ولم يشاركهم الرأي في إثباته إلا الزيدية فقد ذكروه باسم آخر هو (خيار معرفة مقدار الثمن) وضموا إليه معرفة المبيع أيضا . ولم يحتج الحنفية إلى تلك التوسعة في مفهومه لأنهم أخذوا بخيار آخر من خيارات درء الجهالة هو خيار كشف الحال الآتي قريبا وبجمله معرفة مقدار المبيع الموزون أو المكيل . وقد مثلوا له بقول البائع : بعث منك هذه الصبرة على ما بعث من الناس وقد باع على سعر واحد ولا يعلم المشتري كيف باع فيما مضى كان للمشتري خيار معرفة مقدار الثمن^(٢) ، وقد أورد ابن جرير الطبري صورة جهالة الثمن وأثبت فيها الخيار ، على ما يشبه خيار الكمية هذا .^(٣)

دليل مشروعيته :

ثبت بالقياس على خيار العيب ، كما ذكر المهدى من الزيدية فهو

(١) رد المختار ٤/٤٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ، والبحر الرائق له ٣/٢ .

(٢) المنتزع المختار ٣/٨٧ - ٨٨ وقد اقتضى المقام التفصيل لمفارقه التسمية بالكمية .

(٣) اختلاف الفقهاء ، لابن جرير الطبري (جزء البيوع) ص ٤٨ .

على هذا خيار نقيصة ، وربما كان ثبوته علاجاً للجهالة - وهي التي ثبت لأجلها خيار الرؤية - درءاً للجهالة وتخفيفاً للغرر . وصنيع الحنفية في المقارنة بين خيار الرؤية يدنو به إلى خيار الرؤية فكأنه هو لولا تخصيص خيار الرؤية بالأعيان . أما خيار الكمية فهو للنقود^(١) .

المبحث الثالث

موقع خيار الكمية ، وأحكامه

موقع خيار الكمية :

من شروط صحة البيع معرفة مقدار الثمن ووصفه ، وذلك إذا كان الثمن من الزمرة التي تدعى : الأثمان المطلقة ، وهي التي تثبت مطلقة عن الإشارة إليها . ولذا اشترط معرفة المقدار والوصف لتنتفي الجهالة الفاحشة التي تمنع التسليم والتسلم . بخلاف المشار إليه . فالعلم بالمقدار كأن يقول عشرة دراهم ، والعلم بالصفة أن يحدد الدراهم بأن ينسبها النسبة المميزة لها عن غيرها إذا كان ثمّ دراهم مختلفة ، فالمشتري يريد دفع الأدون ، والبائع يطلب الأرفع ، فلا يحصل مقصود شرعية العقد .

والعقد بثمن مجهول غير صحيح وذلك كما لو باع شيئاً بقيمته أو بما حلّ به ، أو بما يريد المشتري ، أو بما يحبّ ، أو أن يجعل الثمن رأس المال أو ما اشتراه به أو بمثل ما اشترى فلان ولم يعلم المشتري بقدر ذلك في مجلس العقد لم يجز . أما لو علم به فهو جائز^(٢) .

ومنه ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلّا أن يكون شيئاً لا يتفاوت . ومنه أن يبيع على قدر ما باع به - وقد اختلف ما باع به - أو على ما يبيع به في المستقبل فهذا فاسد^(٣) .

(١) البحر الزخار ٣/٣٥٥ المتزاع المختار ٣/٨٧ البدائع ٥/٢٢٠ .

(٢) البدائع ٥/٢٢٠ ويشكل هذا صورة رئيسة لخيار الكمية محلها بيع الأمانة .

(٣) فتح القدير ٥/٨٣ رد المختار ٤/٢١ البحر الزخار ٣/٣٥٢ .

من أحكام خيار الكمية :

إذا لم يكن الثمن مسمى بالعدد والنوع بل كان مشارا إليه ، فإما أن تكون الإشارة إلى ذاته أو إلى وعائه ، ففي الإشارة المباشرة إليه كما لو كانت الدراهم في يده وهي مرئية له ، فإنه بقبول العقد يصح ويلزم فلا خيار له ، والوجه في هذا أن الباقي هي جهالة الوصف (يعنى القدر) وهي لا تضر إذ لا تمنع من التسليم والتسلم ، أما إذا كان مشارا إليه ولكنه في وعاء مانع من معرفة مقداره - ولو على سبيل التقريب - كما لو كان في صندوق خاية ، ثم رأى الثمن بعدئذ باديا دون وعاء كان له الخيار ، لأنه لم يعرف قبل مقداره من الخارج . فلو كان يعرف مقداره من الخارج ، كما لو كان في صرة فقد ذكر في الفتح والبحر عدم التخيير ، لأنه عرف المقدار أما صاحب الدر فقد مثل لخيار الكمية بما لو كان الثمن في صرة ثم عزا المسألة إلى الفتح - مع أن في الفتح استبعاد هذه المسألة ، لذا بادر ابن عابدين إلى تعقبه بأن الذى فى الفتح - والبحر - عدم التخيير فى مسألة الصرة^(١) .

ويبدو لى أن صاحب الدر لم يغفل عما فى الفتح لأنه صريح جدا ، وإنما ذهب إلى التفصيل فى الصرة على أساس معرفة ما فيها من خارج فإن كانت بحيث ترافقها تلك المعرفة فلا خيار ، وإن تخلفت عنها فحينئذ تكون بمثابة الخاية . . فهو قد تجاوز الصور الجزئية إلى رسم خطوط الضابط دون الإفصاح به وهو :

« أن الوعاء المشتمل على الثمن إن كان يدل على ما فيه »
« (دلالة تقريبية) فلا يثبت معه خيار الكمية وإلا ثبت الخيار^(٢) »

يثور اشكال هنا ، وهو أنهم فى صورة الإشارة إلى الدراهم فى اليد لا خيار وهو لا يضر إذ لا يمنع من التسليم والتسلم ، لأن الباقي جهالة الوصف

(١) سبق فى بيان مواقف المذاهب نبذة من أحكامه عند الزيدية (هى كل ما ذكره) .

(٢) ابن عابدين ٢٢/٤ والفتح ٨٢/٥ والمعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم ١٢٤ .

يعنى القدر، ثم فى حال الاشارة إليه فى (خابية) يثبت الخيار لأنه « لا يعرف ذلك من الخارج » بخلاف (الصرة) فلا خيار ، لأنه « يعرف مقدار ما فيها من خارجها » فحين كان القدر فى صورة اليد مجهولا لم يثبت الخيار . أما فى صورة الخابية فكذلك كان القدر مجهولا وثبت الخيار لجهالة المقدار فكيف تكون العلة جهالة المقدار ومع ذلك لا يدور عليها الحكم وجودا وعدما؟
الظاهر أن مرادهم فى صورة اليد أن المقدار اليقيني مجهول لكنه معلوم بالتقريب أما فى الخابية فلا علم به فرمما كان فيها قطعة واحدة من النقود^(١) .

وقد تعرّض الشافعية لما إذا كان الثمن غير مسمى ولا محددًا بل كان صرة من الدراهم تمت المبادلة بها جزافا لا يعلم واحد من المتعاقدين قدرها ، لكنها مشاهدة لهما ، صح البيع بلا خلاف . لكن هل يكره البيع بصرة الدراهم جزافا فيه لدى الشافعية قولان حكاهما الخراسانيون ، أصحهما : يكره وبه قطع الشيرازى وآخرون ، لما فيه من الغرر. والثانى : لا يكره ، لأنها مشاهدة^(٢) .

(١) فتح القدير ٨٢/٥ العقود والشروط والخيارات للشيخ أحمد ابراهيم ٨٠ .

(٢) المجموع شرح المذهب ٣٤٣/٩ .

الفصل الثالث

خيار الكشف

أو: خيار معرفة قياس المبيع

الفصل الثالث

خيار الكشف

(أو خيار معرفة مقياس المبيع)

المبحث الأول

تعريفه ، وتسميته ، وماهيته

تعريف خيار الكشف :

(الكشف) في اللغة هو الإظهار ، ورفع شيء عما يواريه ويغطيه ، ويقال : كشفه فأنكشف . و (التكشف) من تكشف أى ظهر . كأنكشف . و (الحال) معروف المعنى والتعريف الاصطلاحي مستمد من هذا المعنى فخيار الكشف هو (حق الفسخ لمن ظهر له المبيع على غير ما ظنه) ^(١) .
التسمية :

سمّاه الحنفية بأسماء عديدة من نفس المادة اللغوية ، فقد دعوه : كشف الحال ، وانكشاف الحال ، والتكشف ^(٢) .

وقد رأيت إمكان التخفّف من كلمة (الحال) بالاعتصار على المضاف ليكون اسمه (خيار الكشف) بمقابلة (خيار الكمية) السابق بحثه .

ماهية خيار الكشف :

المراد من هذا الخيار يظهر من استعراض مجاله ، فهو يجرى في المقاييس الشخصية التي يلجأ إليها المتعاقدان أحيانا بدلا من المقاييس المتعارف

(١) المصباح النير ، والمغرب ، والقاموس المحيط مادة/كشف .

(٢) رد المحتار ٤/٤٥ و ٢٧ العقود المسماة في الفقه الاسلامي عقد البيع ف/٤٥ .

عليها ، سواء كان المقياس من وسائل الكيل أو الوزن .

ومثاله المتداول لدى الفقهاء : أن يبيع شخص شيئا مما يباع بالكيل أو الوزن فلا يستعمل لتقديره المكييل أو الموازين المتعارف عليها بل يبيعه بإناء بعينه لا يعرف مقداره ، كصندوق أو كيس . أو بوزن حجر بعينه كذلك . فالبيع صحيح بشروط خاصة (سيأتى بيانها) ومستتبع حق الخيار للمشتري ، أى أن البيع غير لازم (١) .

ولا شك أن ثبوت حق الخيار مرهون بتصحيح هذا العقد ، وسرى أن فى صحته خلافا عُنيتْ بذكره كتب الحنفية .

دليل مشروعية خيار الكشف :

يلحظ فى ثبوت هذا الخيار أنه متفرع من خيار الرؤية ، أو مقيس عليه إن لم يكن من صوره ، وذلك أن المكيال أو الموزون به مجهول القدر . وإن كان معينا - ويتبادر أن حجة الجواز كون الأصل فيه الصحة (لأن الجهالة التى فيه لا تفضى إلى المنازعة لأنها ليست جهالة فاحشة) فلم يوجد ما يمنع الصحة .

وربما يقال إن صحة البيع باغتفار تلك الجهالة تفضل ثبوت الخيار ، وبعبارة أخرى ان الخيار يثبت لتلافى الجهالة ، وحصول الكيل أو الوزن أمانة على العلم ، فهما بمثابة الرؤية السابقة المنافية للخيار . ولرد هذا الاحتمال قال ابن الهمام : الوجه يقتضى أن يثبت الخيار إذا كاله أو وزن للمشتري كما فى الشراء بوزن هذا الحجر ذهباً ، نص فى جميع النوازل (أى كتب الفتاوى) على أن فيه الخيار إذا علم به ، ومعلوم أن ذلك بالوزن . ثم لم يكتف بما نقل ، بل أتى بنظير لهذا الحكم فقال : وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبى حنيفة فيما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم : انه إذا كاله فى المجلس حتى عرف المقدار

(١) رد المختار ٢٧/٤ المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم ١٢٤ العقود والشروط والخيارات ٨٠ .

صح وثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع . مع أن الغرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها^(١) .

المبحث الثاني

مشروعيته والمذاهب فيه

موقف المذاهب منه :

أخذ الحنفية بهذا الخيار (في رواية) وذكروه في عداد الخيارات المسماة عندهم وأثبت هذا الخيار أيضا كل من الشافعية والزيدية ، وإن أطلقوا عليه غير هذه التسمية ، وأحيانا لم يسموه بل عبروا عنه ، وقد سماه الزيدية (خيار معرفة مقدار المبيع) وقرنوه بخيار آخر مشابه هو (معرفة مقدار الثمن) المسمى عند الحنفية خيار الكمية^(٢) .

أما الشافعية فقد ذكر ابن حجر أنه لو قال : بعتك مِلء هذا الكوز أو البيت من هذه الصبرة ، أو زنة هذه الحصاة من هذا الذهب ، هو صحيح . لا يمكن الأخذ من المعين قبل تلفه . والعلم بالقدر المعين لا يشترط ، بخلاف ما لو قال : .. في ذمتي صفتها كذا ..^(٣) .

وقد منعه المالكية وعدوه من أنواع بيع الغرر المنهي عنها ، وذهب ابن حزم إلى إبطاله لحصره الخيارات المشروعة في بضع خيارات^(٤) .

تحقيق موقف الحنفية منه :

اختلفت الرواية عن أبي حنيفة في شأن هذا العقد ، ففي رواية محمد عنه : يجوز ، وفي رواية الحسن بن زياد عنه : لا يجوز البيع .

(١) فتح القدير. ٨٦/٥ - ٨٧ .

(٢) البحر الزخار ٣٥٥/٣ شرح الأزهاري لابن مفتاح ٨٨/٣ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٥٧/٢ .

(٤) القوانين الفقهية ٢٤٨ المحلى ٣٧٧/٨ م ١٤٢٠ .

الأدلة :

وجه رواية الجواز أن الجهالة الثابتة في هذا العقد لا تفضى إلى المنازعة لأنه يتعجل تسليمه في المجلس (وهو أحد الشروط الخاصة) وإنما يمنع الصحة الجهالة المفضية للنزاع .

أما رواية المنع فوجهها أن البيع في المكيلات والموزونات اما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ، ففي المجازفة المعقود عليه : ما يشار إليه ، وعند ذكر القدر المعقود عليه : ما سمي من القدر ، ولم يوجد شيء منهما فإنه ليس بمجازفة ولا سُمي قدر معين إذ لم يكن المكيال معلوماً^(١) .

المناقشة وال ترجيح :

ان حصر صور البيع في المجازفة أو تسمية المقدار لا يستلزم حصر العقود الصحيحة فيها لأن ذلك ليس دليلاً بل هو استقراء نسي لأن من يصحح هذا العقد يضيفه ثالثاً إلى ذينك ، فلم يبق إلا التحري في انتفاء الموانع الشرعية وأقرها احتمالاً هنا الجهالة ، وهى - كما قالوا بحق - غير مفضية للنزاع . لذا لا محيص من الذهاب إلى تأييد قول الجواز فهو القول الأصح كما فى الهداية وشروحها .

غير أن ابن الهمام ارتأى أنهما قول واحد ، فقد فسر عبارة « لا يجوز » بأن المراد « لا يلزم » . وهذا الرأى ذكره ابن عابدين دون تعقيب^(٢) .

وقبل مغادرة الحديث عن سلك هذا البيع فى أحد نوعى البيع : التقدير (بيان القدر) أو المجازفة . وقد عرفنا ابتناء النقاش على أنه ليس أحد هذين النوعين لابد من الإشارة إلى أن بعض العبارات الفقهية زلت باعتبار هذا البيع من المجازفة فلم تعد من يأخذ عليها تلك العثرة .

(١) الكفاية شرح الهداية ٤٧١/٥ وفتح القدير والعناية (أيضاً) .

(٢) فتح القدير ٨٦/٥ رد المختار ٢٧/٤ .

جاء فى الدر المختار فى التمهيد لبحث هذا البيع قول الحصكفى :
« ومن المجازفة البيع بإثناء وحجر لا يعرف قدره . . . » فلما جعله من المجازفة
ذكر ابن عابدين - ناقلا عن صاحب النهر - أن ذلك معارض للمتن (وهو
تنوير الأبصار) فظاهره يدل على أنه ليس منهما بقرينة عطفه عليهما والأصل فى
العطف المغايرة ، لأنه على صورة الكيل والوزن وليس به حقيقة^(١) .

المبحث الثالث

شرائط صحة العقد مع خيار الكشف

يشترط لصحة البيع المذكور المستلزم خيار كشف الحال :

١ - بقاء المكىال ، أو الميزان ، غير المعروف على حالها :

فلو تلقا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لا يعلم مبلغ ما باعه إياه . وهذا
الشرط ذكره فى البحر نقلا عن السراج وأورده ابن عابدين مُقرا له .^(٢)

٢ - تعجيل تسليم المبيع :

أى تسليمه فى مجلس العقد قال ابن الهام : « كل العبارات تفيد
تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل » ومن ذلك عبارة السرخسى :

« لو اشترى بهذا الإثناء يدا بيد فلا بأس به ، ثم إن فى المعين البيع
مجازفة يجوز فبمكىال غير معروف أولى^(٣) وهذا لأن التسليم : عقيب
البيع »^(٤) .

(١) رد المختار ٢٧/٤ .

(٢) رد المختار ٢٧/٤ .

(٣) رد المختار ٢٧/٤ .

(٤) فتح القدير ٨٦/٥ المبسوط ٢٥٠/١٣ وهذه الشريطة لا يصح السلم بإثناء غير معلوم . وبالتالي ليس هو محلا
للخيار .

ولم يرتض الكمال بن الهمام من صاحب المبسوط هذه الأولوية (التي جرى عليها أيضا البابرني) قائلا : فيه نظر ، فإن في المجازفة الإشارة إلى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بمقدار جرمة وأقطاره ، ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب ، فالأولوية متفنية بلا شك .

وفي تعليل صحة العقد مع التعجيل قالوا : لأنه يتعجل فيندر هلاكه ، بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ^(١) .

٣ - عدم احتمال النقصان :

يشترط (في الكيل خاصة) أن لا يحتمل المكيال الشخصي النقصان ، بأن لا ينكس ولا ينقبض ، كأن يكون من خشب أو حديد . أما إذا كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز ^(٢) (ولهم في القرب التي كان يباع فيها الماء (كيلاً) تفصيل سيأتي) :

وهل تجرى هذه الشريطة بالنسبة للوزن أم أنه مختص بالكيل ؟ روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان ، حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالجفاف . قال ابن الهمام : « وعول بعضهم على ذلك ، وليس بشيء ! فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل السلم ، ولا جفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان ، وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع ، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الإسلام ، أي السلم ، في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه . والفرض أن أقل مدة السلم ثلاثة أيام ، ولا شك أن تأخر التسليم فيه

(١) فتح القدير ٨٦/٥ والعناية (أيضا) .

(٢) المراد أن وسيلة الكيل هي الزنبيل أما إذا كانت الوسيلة الوزن والزنبيل هو الكفة فلا شك في الجواز .

إلى مجلس آخر يفضى إلى المنازعة ، لأن هلاكه ان ندر فالاختلاف فى أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر^(١) .

ومن ذلك القبيل بيع ملء قرية بعينها ، أو راوية ، فعن أبى حنيفة أنه لا يجوز لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القرية ، لكن أطلق فى "المجرد" جوازه . ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة فى البلد مع غالب السائقين . وعن أبى يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز . قال ابن الهمام : ولا شك أن القياس ما عن أبى حنيفة وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القرية فى ديارنا بمصر إذا لم تكن معينة مثل قرية كتافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ، ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر فى الماء .

ونظير ذلك بيع حنطة مجموعة فى بيت أو مطمورة فى الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة إن له الخيار إذا علم : إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك . وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتها دكان (أى صفة) ونحوها . ثم أورد فروعا يميز فيها بين الجهالة اليسيرة الجائزة وبين غيرها^(٢) . لكن هذه الرؤية أتم وصار كما إذا رأى الدهن فى قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه » .

قال صاحب الفتح : والوجه يقتضى أن يثبت الخيار ، إذا كال به أو وزن للمشتري كما فى الشراء بوزن هذا الحجر ذهباً نص فى جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به - ومعلوم أن ذلك (أى العلم به) بالوزن . وفى جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار^(٣) .

(١) فتح القدير ٨٧/٥ رد المختار ٢٧/٤ وقد ذكر ابن عابدين بعضاً من كلام ابن الهمام ثم عقب عليه بقوله : قال

فى البحر : وهو حسن جداً . وقواه فى البحر أيضاً .

(٢) العناية ٨٦/٥ فتح القدير ٨٦/٥ - ٨٨ .

(٣) فتح القدير والعناية شرح الهداية ٨٧/٥ .

الفصل الرابع

خيار التعيين

وفيه خمسة فروع

- الأول : تعريف الخيار وطبيعته
- الثاني : مشروعية خيار التعيين والمذاهب فيه
- الثالث : شرائط قيام التعيين
- الرابع : أثر خيار التعيين على العقد
- الخامس : توقيت خيار التعيين وسقوطه وانتقاله

الفرع الأول

تعريف خيار التعيين وطبيعته

المبحث الأول

تعريفه لغة وشرعا

التعريف اللغوى :

لفظ التعيين مصدر قياسى للفعل المزيد (عَيَّن) يقال : عَيَّنْتُ الشيءَ ، وعَيَّنْتُ عليه ، واستعمالها واحد ، فمن الأول - وهو الأليق بموضوعنا - ما جاء فى المعاجم من أن تعيين الشيء معناه تخصيصه من الجملة ، كما قال الجوهري . ومن الثانى : عَيَّنْتُ على السارق : خصصته من بين المتهمين ، مأخوذ من (عين) الشيء ، أى نفسه وذاته ^(١) .

تسميته :

يسمى بالاضافة إلى (خيار التعيين) باسم آخر هو (خيار التمييز) وقد أطلقه عليه الطحاوى فى مناسبة مقارنته بخيار الشرط قائلا عنه : وخيار التمييز غير موقت . وكثير من المصنفين يعبر عنه بالتعبير المسهب دون تسميته . ويسمى المالكية العقد المشتمل عليه : بيع الاختيار ^(٢) .

تعريفه الاصطلاحى :

عرّف المالكية بهذه العبارة الموجزة - على طريقة التعاريف المركزة - البيع المشتمل عليه « هو بيع بتّ فى بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع فى تعيينه » وعرّفه الحنفية بأنه شراء أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيا

(١) الصحاح ، ولسان العرب والمصباح النير مادة/عين .

(٢) فتح القدير ١٣٢/٥ نقلا عن الطحاوى . الدسوقى ١٠٥/٣ .

شاء ، ولا يخفى أن المراد هنا تعريف الخيار لا العقد فيمكن استخلاص التعريف التالى له : (حق العاقد فى تعيين أحد الأشياء التى وقع العقد على أحدها شائعا ، خلال مدة معينة) . وصورته أن يقول البائع للمشتري بعثك أحد هذه الأثواب الثلاثة ولك الخيار فى أيها شئت . ونحو ذلك من العبارات سواء وقع التصريح به من البائع أو المشتري^(١) .

المبحث الثانى

طبيعة خيار التعيين

مصدره إرادى ، فهو ينشأ عن اشتراطه فى العقد ذاته فلا بد من شرط صريح فى العقد بأن يكون للمشتري - فى عقد البيع مثلا - الخيار فى أن يأخذ أى الأشياء يختاره بثمن معين . فإذا خلا العقد من هذا الشرط فسد . ذلك أن عدم تعيين محل العقد مفسد للعقد للجهالة وهنا يخلص منها شرط الخيار فان فقد الشرط فهو على أصل الفساد . . وكذلك لا بد من تعيين ثمن كل واحد .

وبهذا يتميز خيار التعيين عن صور عديدة فيها عملية اختيار بين أمرين أو أكثر تدور فى المصنفات الفقهية سبق الإشارة إلى بعضها فى مباحث الخيار العام ، لتمييزه عن التخيير الجزئى ، وسيأتى نمط آخر منها .

المبحث الثالث

تمييز خيار التعيين عن أشباهه

هناك صورة من خيار الشرط يتوهم أنها من صور خيار التعيين مع أنها ليست منه فى شىء ، وهى ما إذا باعه ثلاثة أثواب على أن له خيار الشرط فى

(١) التعريفات للجرجانى ٤٦ الدرر لملا خسرو ١٥١/٢ الخطاب وبهامشه المواق ٤٢٤/٤ الدسوقي ١٠٥/٣ وهو تعريف ابن عرفة فى كتابه المشهور فى الحدود (أى التعاريف) .

واحد منها لا فى الجميع ، فهذه المسألة عبارة عن خيار شرط فى أحد أفراد المبيع ، يتضح ذلك من كون المقصود بالمبيع فى خيار التعيين واحدا وهنا البيع منصب على الثلاثة لكن فى المعقود عليه المتعدد خيار لم يعين محله وهى من الصور الفاسدة^(١) .

وهذه صورة أخرى من الاختيار لا الخيار ، ما لو أسلم على أكثر من أربع زوجات وأسلمن معه فعليه اختيار أربعة فقط . (وقد ذكروا أنه لو مات قبل الاختيار فإن « الخيار » لا ينتقل إلى الوارث^(٢) . وهو كما قررنا ليس خيارا بين الفسخ والامضاء وإنما هو قيام المكلف بالاختيار فى غير معين فهو يشبه خيار تعيين لكنه ثبت حكما لا بالشرط . كما أن الواقعة المولدة للخيار غير عقدية .

خيار تعيين المردود :

ولابد من الإشارة إلى اصطلاح خاص لبعض الحنفية أطلق فيه خيار التعيين على مسمّين - دون وجاهة - لكنه يقتضى التنبيه عليه لوروده فى كتاب كبير الأهمية كثير التداول ، قال ابن قاضى سماوة : « خيار التعيين له صورتان : (أحدهما) شرى بخيار فأراد رده على بائعه بحكم خيار الشرط ، فقال : ليس المبيع هذا ، وقال المشتري : هو ذلك فالقول للمشتري مع يمينه . . . (والثانية) لو شرى ثوبين على أن يختار أيّهما شاء ويرد الآخر فى ثلاثة أيام جاز »^(٣) .

لكن اعتباره الأخذ بقول المشتري فى هذا الاختلاف بينه وبين البائع خيارا - وتسميته (خيار التعيين) - بعيد جدا ، لسببين : أولهما أنه ليس فى المسألة تعيين فى متعدد وإنما هو ترجيح لقول المشتري فى دعواه أن المبيع هو عينه ، والثانى لو اعتبر ذلك خيار تعيين لكان له نظائر كثيرة جدا فى باب

(١) الفتاوى الهندية ٥٢/٣ شرح المجلة للأناسى ٢٦٠/٢ .

(٢) المجموع ٢٢٢/٩ .

(٣) جامع الفصولين ٢٤٥/١ نقلا عن المبسوط .

الدعاوى ، فكل ما يؤخذ فيه بقول المشتري فى المبيع أو الثمن أو الأجل فهو خيار تعيين له ، وعكسه خيار تعيين للبائع . . .

خيار تعيين الثمن :

وإذا كان خيار التعيين أطلق على ما يجري فيه تعيين المبيع ، فإن هناك خيارا يتصل بتعيين الثمن ، لكنه لم يطلق عليه خيار التعيين ، بل اكتفى بذكر الخيار فيه وهو ما إذا باع شيئا إلى أجلين ، أو باعه إلى أجل أو حالا ، بثمانين مختلفين ، وترك له أن يختار . فهنا ذكر ثمانين مختلفين وترك له الخيار فى أحدهما مع ما ينشأ عنه من حلول أو تأجيل .

وهذه الصورة من التعاقد مشهورة فى المذاهب وقد اختلف الفقهاء فيها ، فمنعها بعضهم معتبرا إياها من باب بيعتين فى بيعة وجاء النهى عن ذلك فى السنة . ورأى آخرون - ومنهم الشافعى - أن معنى بيعتين فى بيعة أن يبيع ثوبا بعشرة ويشتري من صاحبه دابة بعشرة لا يدفع لكل منهما ثمنًا يقابلان الثوب بالدابة على أنه إن وجبت هذه وجبت تلك^(١) .

الفرع الثانى

مشروعية خيار التعيين ، والمذاهب فيه

المبحث الأول

المذاهب فى خيار التعيين

ذهب إلى القول بمشروعية هذا الخيار كل من الحنفية والمالكية والزيدية وبعض الحنابلة ، أما الحنفية فقد سبق شىء عن اهتمامهم به ، وقد عقدوا له فصلا من باب خيار الشرط ، وأما المالكية فقد ذهبوا إلى ثبوت

(١) بداية المجتهد ١٥٤/٢ نيل الاوطار ١٧٢/٣ اختلاف المفتاء للطبرى ٢٢ - ٣٣ .

العقد على أحد أشياء لا بعينه ، وتعريفه وصورته أنه « بيع جعل من البائع للمشتري التعيين لما اشتراه ، كأبيحك أحد هذين الثوبين على البت بدينار وجعلت لك يوما (أو يومين) تختار فيه واحدا منهما » ولكنهم صرحوا بأن هذا العقد لا صلة له بالخيار بين الأخذ والرد . . وصرحوا أيضا بأن العقد فيه لازم ودعوه (بيع الاختيار) تميزا له عن البيع بخيار الشرط الذي يسمى أحيانا (بيع الخيار) وجعلوا بينهما تقابلا ، لأنه ليس هناك خيار في العقد « أحدهما لازم له وانما الخيار في التعيين ولا يرد إلا أحدهما » (١) .

وأشار المالكية إلى أن (الاختيار) قد يجمع الخيار وقد ينفرد عنه فيكون هناك بيع خيار فقط (وهو خيار الشرط المعروف) ، وبيع اختيار فقط (وهو المسمى خيار التعيين) ، وبيع خيار واختيار وهو « بيع جعل فيه البائع للمشتري الاختيار في التعيين وبعده هو فيما يعينه بالخيار في الأخذ والرد » . والظاهر أن المالكية انتبهوا إلى استبعاد اختيار التعيين من صعيد (الخيار) لاشتراطهم توقيته ، في حين فصل الحنفية بأن جعلوا اشتراط التوقيت قاصرا على حال تجرد خيار التعيين من خيار الشرط . يضاف لذلك أنه ورد في كتبهم الأولى - غالبا - ملابسا لخيار الشرط مقترنا به ، لذا لم تحفل عباراتهم بالاحتراز منه (٢) .

وأثبتته الزيدية ومذهبهم فيه أوسع المذاهب ، وقد صوروه في وقوع العقد على واحد من عدة أشياء ، وفي وقوع العقد على الكل إلا واحدا ، مع خيار التعيين فيهما ، ولم يلتزموا اقترانه بخيار الشرط بعد أن تحدد مدة للتعيين وهذا مشهور المذهب ، وفي قول نسبه الأزرقى للمذهب أن تلك الصور لا

(١) حاشية الدسوقي على الدردير ١٠٦/٣ .

(٢) المبسوط ٥٥/١٣ البدائع ١٥٧/٥ فتح القدير ١٣١/٥ شرح الدردير على خليل ١٠٧/٣ الدسوقي ١٠٥/٣ الخطاب ٤٢٣/٤ وذكر صاحب بداية المجتهد أنه إن كان الثوبان من صنفين - وهما مما لا يجوز أن يسلم أحدهما من الآخر - فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز . وإن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي (١٢٨/٢٢) .

تصح ولو مع خيار التعيين^(١) .

وذكر ابن مفلح أنه قال به أبو الوفاء بن عقيل من فقهاء الحنابلة وذكره في كتاب المفردات وقوله مخالف لجمهورهم^(٢) .

هؤلاء مثبتوه ، وأما نفاته فهم الشافعية - إلا في قول قديم حكاه المتولى أنه يصح (في مثل الصورة السابقة لدى أبي حنيفة) . قال النووي : وهذا شاذ مردود - والشافعية حين منعه جعلوه من مسائل جهالة عين المبيع ، ونصوا على بطلانه سواء وقع العقد على واحد من متعدد ، أو وقع على الكل إلا واحدا (وهما صورتان اللتان ذكرنا جوازهما لدى الزيدية) ، ومذهب جمهور الحنابلة كذلك من حيث الابتناء ومنع الصورتين ، مع تنصيبهم على أنه باطل ولو تساوت قيمة الأشياء المختار منها^(٣) وفي ذلك نزاع (صلته بكفاية تعيين المبيع ولا صلة له بخيار التعيين) . واستدل الحنابلة أيضا لمنعه بأنه من باب البيع والثنيا وقد نهى (صلى الله عليه وسلم) عن الثنيا إلا أن تعلم^(٤) ، ولأن ذلك غرر ويُفضى إلى التنازع .

ولم يقل به الامامية أيضا حيث اشترطوا تعيين محل خيار الشرط مطلقا ولم يفرقوا بين انفراده أو اقترانه بخيار تعيين فما يجرى فيه . وذكر الحلبي أنه لو

(١) البحر الزخار (٣٥٥/٣) العنسى فى التاج المذهب (٣٩٣/٢) وابن مفتاح فى المنتزع (٨٩/٣) ولم يتعرض شارحا الأزهار لهذا القول المنسوب (الذى انفرد ببيانه صاحب البحر) بعدما ذكر قول الصحة ، ولعل ذلك منها انكار لهذه النسبة ومسألة خيار التعيين مما صرح بها صاحب الأزهار فى المتن وتواردت الشروح على إقرارها .

(٢) الدسوقي (١٠٥/٣) المغنى م ٢٩٦١ ط ٩٩/٤ مع تصريحه بالبطلان ولو اشترط الخيار ، وكشاف القناع ١٦٧/٣ - ١٦٨ ومطالب أولى النهى ٣١/٣ والفروع لابن مفلح ٢٦/٤ وفيه ان ظاهر كلام الشريف وأبى الخطاب صحة (بيع عبد مبهم فى أعبد ان تساوت القيمة) وهذا يصلح رأيا فى كفاية تعيين المبيع وليس من خيار التعيين فى شيء .

(٣) المجموع شرح المذهب ٣١٢/٩ شرح الروض ١٤/٢ سواء تساوت القيم أم لا وسواء قال : ولك الخيار فى التعيين أم لا . وعلل الرملى فى حاشيته المنع بأنه للفرق ولأن العقد لم يجد موردا يتأثر به فى الحال .

(٤) أخرجه مسلم (نيل الأوطار ١٧١/٣) .

باعه شيئين وشرط الخيار في أحدهما لا بعينه لم يصح الشرط ولا العقد ، لأنه خيار مجهول المحل وغرر فيكون منفيًا ويقدر بمنزلة ما لو باعه أحدهما لا بعينه ، ثم أشار إلى أنه قال به الحنفية في الثوبين والثلاثة ، فكان هذا تصريحًا بإرادته نفي مشروعية ما سماه غيرهم (خيار التعيين) .

ومن نفاة خيار التعيين ابن حزم ، لأنه حصر الخيارات الجائزة في خمسة ليس هذا منها ، وقد صرح أيضًا في حكمه بقوله : لا يحل بيع شيء غير معين من جملة مجتمعة . وهو يرى أن الحاجة من خيار التعيين وهي اختيار المناسب للعائد تنقضي بالمساومة إلى حصول الرضا ، ويتلو ذلك تحديد العين ثم التعاقد عليها ، أي بطريق سوم الشراء . ولكن شتان بين ضمان الصورتين فهو في سوم النظر بالقيمة ، أما في خيار التعيين فبائثن ثم إن الغرض الأساسي من خيار التعيين لا يحصل بمجرد المساومة لأن الرغبة في الشراء وتحديد الثمن حاصلان إنما التردد في أحد الأشياء المتفاوتة .^(١)

المبحث الثاني

دليل مشروعية خيار التعيين

احتج الحنفية لمشروعيته بالقياس على خيار الشرط لأنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز إلحاقا به ، لأن خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة ، فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع وبالرغم من قياسه على خيار الشرط فقد ذكروا أنه ثبت استحسانا على خلاف القياس - والمقصود مبدأ القياس عموما ، أما دليله فهو القياس على خيار الشرط لأن خيار الشرط نفسه ثبت على خلاف القياس الذي هو اللزوم . وذكر الحنفية أن ما فيه من جهالة لا

(١) المحلى ٤٢٩/٨ م ١٤٥٨ .

تفضى إلى المنازعة لاستقلال المشتري بالتعيين فلم يبق له منازع فيما يختار .

وفما دافع به الحنفية إشارة إلى مستند مانعى خيار التعيين وهو اشتماله على الجهالة . وكذلك ما فيه من غرر فهو يسير يطفئه الخيار نفسه وقد نازع ابن قدامة فى عنصر الحاجة بإمكان الاعتياض عنه بالأخذ للأشياء على النظر أو السوم^(١) ولا يخفى الفارق الكبير بينهما فالحاجة متوفرة ، وإثباته هو الراجع .

المبحث الثالث

حكمة مشروعية خيار التعيين

- ثبوت هذا الخيار - على ما ذكر الحنفية - من باب الاستحسان على خلاف القياس ، (وقد أخذ بالقياس الشافعى وأحمد وزفر وغيرهم فمنعوه) ووجه الاستحسان : ان الخيار (عموما) شرع لدفع الغبن عن صاحبه وهذه الحاجة ماسة إليه ليختار ما هو الأرفق به والأوفق له ، وربما لا يستطيع المشتري الاختيار بنفسه ويحتاج للاستعانة برأى غيره فى ضوء اطلاعه على ما تخصصت فيه رغبة المشتري مبدئيا وقد لا يمكنه البائع من حمل السلعة إليه إلا بالشراء كيلا تبقى أمانة فى يده بل مضمونة على المشتري . ومن هنا اقترب الغرض فيه من خيار الشرط فهو للتروى .

وقد أشار بعض الفقهاء المحدثين إلى أن هذا الخيار ينتفع به كثير من دون أن يعرفوا أنهم يمارسونه ، فالسيدة من السيدات ربما لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى بائع الحلوى (مثلا) فتوكل من يشتري لها ما تريد منه على أن تكون بالخيار بين قطعتين ، أو ثلاثة من النوع الذى تريد ، ثم لها أن تختار واحدة منها . وكثيرا ما يشتري الخادم مثلا لسيده شيئا من اثنين أو ثلاثة ثم يختار أهل

(١) العناية شرح الهداية ١٣٠/٥ وفتح القدير ١٣١/٥ والمغنى ٩٩/٤ والمجموع ٣١٣/٩ .

البيت واحدا منها فالحاجة ماسة إليه لا سيما بعد أن تعددت الصناعات أصنافا
وألوانا بدرجات متفاوتة في الجودة يعسر إحصاؤها^(١) .

الفرع الثالث

شرائط قيام خيار التعيين

المبحث الأول

الشرائط المتفق عليها

١ - ذكر شروط التعيين في صلب العقد :

فلا بد من ذكره في الإيجاب والقبول بنحو عبارة : على أنك بالخيار
في أيهما شئت ، أو على أن تأخذ أيها شئت ، ليكون نصا في خيار التعيين وإلا
كان العقد فاسدا للجهالة^(٢) . ولا يشترط ذكر (الخيار) بل يكفي ما يؤدي
معناه بأي لفظ كان كقوله : على أن تحتفظ بأحدها وتعيد الباقي .

٢ - أن يكون محل الخيار من القيميات :

والقيمي هنا ما ليس له نظير ، أو ما لا يوجد له مثل في الأسواق ،
أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة) أما المثليات المختلفة الجنس فقد
ألحقت بالقيمي وأما المثل المتفق الجنس فلا يصح . لأن الحاجة (التي شرع
لأجلها) هي في التفاوت . بخلاف المثليات فان اشتراطه فيها لا فائدة فيه ومن
قبيل العبث فيجب أن تكون متفاوتة فيما بينها .

(١) تبين الحقائق للزلمي ٢١/٤ الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ٤٦٧
والفكرة مستمدة من فتح القدير ١٣٠/٥ ولكن لابد من التمييز ما يؤخذ للاختبار بعد التعاقد على الواحد
منه وبين ما يؤخذ على سوم الشراء دون تسمية الثمن كما سيأتي الفرق بينهما . ويختلف لجوء الناس إليهما
بحسب نفاسة الشيء ورخصه .

(٢) شرح المجلة للأتاسي ٢٦١/٢ نقلا عن البحر الرائق .

وقال الحنفية : سواء كان الثمن متفقا أو مختلفا فى حين اشترط
المالكية وبعض الحنابلة من القائلين به تماثل تلك الأشياء فى القيمة^(١) .
٣ - أن تكون مدة الخيار معلومة :

وهذا على ما اعتمده الحنفية - وهو مشروط عند الزيدية - وذكر
الزيلعى أنه لا يشترط لعدم الجدوى فرد عليه بأن الفائدة هى الإجبار بعد
مضى المدة . وعند أبى حنيفة لا يجوز زيادتها عن ثلاثة أيام وأطلق الصحابان
المدة على أن تكون معلومة ، ورجحه الزيلعى وغيره . وقد فرق البابرتى
والزيلعى بين الأخذ برأى من استلزم لخيار التعيين خيار الشرط ، فلا بأس على
هذا من عدم توقيته لإغناء مدة الخيار عنه ، وأما على القول بجواز أن يعرَى
عن خيار الشرط فلا بد من التوقيت^(٢) وهذا هو الراجح بناء على ما سبق
ترجيحه من عدم التلازم بينهما ، كما لا مناص من ترجيح قول الصحابين
باطلاق المدة المعلومة .

المبحث الثانى

الشرائط المختلف فيها

هناك شرائط لم تجتمع عليها كلمة مثبتى هذا الخيار حتى فى المذهب
الواحد وهى :

١ - عدم زيادة الأفراد المختار بينها على ثلاثة :

فلا يجوز - على هذه الشريطة - أن يكون هذا الخيار فى أكثر من
ثلاثة أشياء ، لاندفاع الحاجة بذلك لاشتغال الثلاثة على الجيد والوسط

(١) فتح القدير ١٣٠/٥ وشرح المجلة لأتاسى ٢٦٠/٢ المعاملات للشيخ أحمد ابراهيم ١٢٦ الفروع ٢٦/٤
المبسوط ٥٦/٣ الفتاوى الهندية ٥٥/٣ - ٥٦ نقلا عن المحيط . الخطاب ٤٢٦/٤ « فان اختلفا يضمن
حينئذ ضمان المبيع بيعا فاسدا » .

(٢) تبين الحقائق للزيلعى ٢١/٤ العناية شرح الهداية ١٣١/٥ التاج المذهب ٣٩٣/٢

والردىء . (ويجوز أن يكون الخيار فى واحد من اثنين بطريق الأولى) قالوا :
والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه وقد شرع للحاجة . ولم يشترط الزيدية ذلك
فلا فرق لديهم فى عدد الأشياء المختار منها لذا عبروا بصيغة الجمع ولم يرد أى
تحديد للعدد عندهم ^(١) .

والذى تقضى به الحاجة الزمنية ترجيح الاطلاق ، فإذا كان الأمر
سائغا فى زمنهم لقلة الأصناف فالآن يوجد منها الكثير جدا ومن الألوان
كذلك ومن الحجوم وغيرها من المميزات فالراجع عدم اشتراط الثلاثة ^(٢) .

٢ - هل يشترط أن لا يزيد العدد المختار من العاقد على واحد : أى

ما يقع عليه اختياره أم له اختيار اثنين (مثلا) لم أر للحنفية فيه نصا لكن
الصور التى ذكروها قائمة على اختيار واحد وقد نص المالكية أنه ليس له أن
يتمسك إلا بواحد على ما قال الخطاب وقد صرح الزيدية بإمكان ذلك وعبروا
عنه بتناول العقد كل الشئ على أن يأخذ ما شاء ويرد ما شاء فله اختيار واحد
فأكثر بل له أخذ الكل ، لكن ليس له رد الكل إلا فى حال اقترانه بخيار
الشرط ^(٣) .

٣ - هل يشترط اقترانه بخيار الشرط ؟

هذا الخيار وثيق الصلة بخيار الشرط ، بل هو متفرع عنه من حيث
مشروعيته ومعظم أحكامه كالمدة والسقوط ولذا يذكره الفقهاء فى أثناء باب
خيار الشرط . كما فعل صاحب الهداية ، والفتاوى الهندية وغيرهما ومع هذا
فإن بعضهم قد أفرد له بابا مستقلا . وبعض المؤلفين جعله فصلا فى باب خيار
الشرط . . وبالرغم من هذا هو خيار مستقل ، وسبب ارتباطه بخيار الشرط
إما غلبة اشتراطه مغه ليكون العقد فى أصله غير لازم بحيث له رد الجميع وإما

(١) فتح القدير ١٣٠/٥ والعناية أيضا . شرح الأزهار ٨٨/٣ البحر الزخار ٣٥٥/٣ .

(٢) المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ١٢٦ مصادر الحق ٦٦/٣ .

(٣) التاج المذهب ٣٩٣/٢ الخطاب ١٢٦/٤ ٤٢٥/١ « أما اختيار ثلاثة فبعيد » .

على القول باشتراط اقترانه بخيار الشرط . وهو المذكور فى الجامع الصغير لمحمد . وهناك رأى آخر للحنفية بعدم اشتراطه وهو الذى ذكره محمد فى الجامع الكبير . قال ابن الهمام : وما فى الجامع الصغير وقع اتفاقا لاقيدا . والوجه عند المشترطين أنه بالحقاقه بخيار الشرط لا يصح بدونه قال ابن الهمام : ولا يخفى ضعف هذا الكلام ثم أورد على قائله عدم اشتراط خيار الشرط فى خيار النقد مع أنه مقيس عليه وقال البابرتى : عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط فى اللاحق ^(١) .

هذا ، ولم يشترط الزيدية فى خيار التعيين اقترانه بخيار الشرط ، فقد صرحوا بوروده على احدى صورتين : احدهما فيها خيار تعيين مع خيار الشرط لأحدهما خلال مدة معلومة ، والأخرى : ليس فيها سوى خيار التعيين ^(٢) .

المبحث الثالث

من يشترط له الخيار (صاحب الخيار)

يمكن اشتراط هذا الخيار لأى من المتعاقدين : المبادل على العوض (البائع) أو على المعوّض (المشتري) فهو للمشتري إذا كان العقد على أنه يأخذ أيا شاء من الأشياء المميز بينها بالثمن المبين له . فصاحب الخيار هنا هو المشتري وإليه التعيين ويكون للبائع إذا ذكر فى العقد أن البائع هو الذى يختار أحد الأشياء التى هى موضوع التعيين ، فالبائع هنا صاحب الخيار وهو الذى يقوم بالتعيين .

ولا عبرة فى صدور الاشتراط من البائع أو المشتري مثلا بل النظر لصيغته ، فلو قال المشتري : اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أيهما

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ١٣٠/٥ - ١٣٢ البدائع ١٥٧/٥ و ٢٦١ المبسوط ٥٥/١٣ الخطاب ٤٢٣/٤ الحرشى ٣٧/٤ الدسوقي ١٠٥/٣ المقدمات ٥٦٣/٢ التاج المذهب ٣٩٥/٢ .

(٢) شرح الازهار لابن مفتح ٨٨/٣ .

شئت بالثمن المعين له فالخيار هنا للبائع وهو المستفيد بالرغم من أن مشروط الخيار هو المشتري، فلا أثر لذلك فحكمه كما لو صدر الاشتراط باتفاق الطرفين بل هو في الحقيقة معتبر منهما لضرورة اتفاق الارادتين عليه ، فالعبرة إذن في المشروط له الخيار لا في ذاكر الشرط .

ولا يسوغ أن يُشترط للبائع والمشتري في آن واحد لأن ذلك يؤدي إلى الجهالة الفاحشة التي تحدث التنازع، فقد عرفنا خفة الجهالة بسبب استبداد المشتري بالخيار. أما لو كان الاختيار لهما فتختلف رغبتهما ويحدث التنازع ، وقد نص الزيدية على منع اشتراطه لهما كما أفادت ذلك تعليقات الحنفية المشار إليها^(١) .

الفرع الرابع

أثر خيار التعيين على العقد

أثره في حكم العقد :

ذكر ملا خسرو من الحنفية أن خيار التعيين يمنع ابتداء الحكم نظير خيار الشرط ولكن الشرنبلالي لم يسلم له ذلك في الحاشية عليه وعلل تلك المخالفة بقوله : أحد ما فيه التعيين غير ممنوع الحكم غايته أنه مخير في بيان ذلك ، بناء على القول بأنه لا يشترط في العقد خيار الشرط ، كما في الجامع الكبير وصححه فخر الاسلام^(٢) .

وهذا واضح لأن خيار التعيين لا أثر له على لزوم العقد مادام عاريا عن خيار الشرط لأنه حق اختيار وليس تعليقا لحكم العقد .

(١) التاج المذهب ٣٩٣/٢ فتح القدير ١٣٠/٥ شرح المجلة للأناسي ٢٦٠/٢ - ٢٦١ جامع الفصولين ٢٤٥/١ « يجوز في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري » .

(٢) الدرر لملا خسرو وحاشية الشرنبلالي ١٥١/٢ .

فخيار التعيين يجعل ثبوت الملك بالعقد متعلقا بأحد الأشياء التي هي محل الخيار دون تخصيص بأحدها ولا بمجاوزة إلى غيرها ، ولذلك لو قبض الأشياء المختار منها كان أحدها مبيعا مضمونا والباقي أمانة في يده^(١) .

وذكر المالكية في شأن الإلزام بالاختيار والضمان ما يلي : إذا مضت مدة الاختيار ولم يختَر (وكان له اختيار التعيين مجردا عن خيار الشرط) - يلزمه النصف من كل من الثوين (مثلا) ، لأن ثوبا قد لزمه ولا يعلم ما هو منها ، فوجب أن يكون فيهما شريكا .

ومثل ذلك ما إذا ادعى ضياعهما أو ضياع أحدهما يلزمه النصف من كل من الثوين سواء كان الثوبان آتئذ بيد البائع أو المشتري ، وسواء كان المبيع مما يغاب عليه أم لا ، وسواء قامت بينة على الضياع أم لا ، لأن البيع على اللزوم وقد قبض الشيئين على وجه الإلزام أى الزام أن له واحدا من الاثنين من حين القبض . ولزوم النصف من كل من الثوين إنما هو بكل الثمن الذي وقع البيع به .

فالمالكية في حال مرور مدة التعيين والامتناع عنه لا يرون إجباره على التعيين ، بل يطبقون مقتضى شرط التعيين وإرادته تملك نصف محل العقد أو ثلثه .

وذكر الزيدية في شأن ضمان محل خيار التعيين ان هلك بيد البائع يثبت للمشتري الخيار في الأخذ أو الترك ، وإن هلك بيد المشتري تعين الهالك ملكا له ولا خيار له في الباقي^(٢) .

تبعة الهلاك في خيار التعيين :

إذا هلك أحد الأشياء المختار منها أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه ، وتعين

(١) المعاملات الشرعية ١٢٦ العقود والشروط والخيارات ٧٩ الالتزامات للشيخ أحمد إبراهيم ٢٠٦ مصادر الحق ٢٨٥/٤ البدائع ٢٦١/٥ فتح القدير ١٣٢/٥ وفيها تفصيلات وفروع في مسألة الضمان عند الهلاك .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٦/٣ - ١٠٧ الخرشى ٣٥/٤ المقدمات ٥٦٥/٢ .

الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء) وهذا لأن المعيب ممتنع الرد لاعتبار التعيب اختياراً دلالة^(١) ولو هلك أحدها قبل القبض لا يبطل البيع والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك. وإن هلك الكل قبل القبض بطل البيع.

ولو هلك الشئان معا بعد القبض لزم المشتري نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر^(٢).

الفرع الخامس

توقيت خيار التعيين وسقوطه وانتقاله

المبحث الأول

توقيت خيار التعيين

يشترط في الأرجح توقيت هذا الخيار بمدة معينة (إن لم يتضمن خيار الشرط على القول بصحة وروده بدونه أما إن تضمن خيار الشرط فمدة الخيار صالحة لهما) وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضي المدة دفعا للضرر عن الآخر إذا ماطل من له الخيار في التعيين. قال ابن قاضي سماوة: « وخيار التعيين لم يجز إلا موقتا بثلاثة أيام ، ألا أن يكون مع ذلك خيار الشرط »^(٣).

وقد سبق في الشرائط المتفق عليها بيان ما يتصل بمعلومية المدة ، وفي الشرائط المختلف فيها صلة هذا الخيار بخيار الشرط .

(١) العناية شرح الهداية ١٣٢/٥ وناقش الايراد بأنه ليس أقل من سوم الشراء وفيه تحجب القيمة بأن ذاك مقبوض على جهة البيع وليس هذا كذلك .

(٢) فتح القدير ١٣٢/٥ - ١٣٣ وفيه تفصيلات كثيرة . البدائع ٢٦١/٥ - ٢٦٣ .

(٣) تبين الحقائق للزليعي ٢١/٤ فتح القدير ١٣١/٥ المعاملات الشرعية ١٢٦ جامع الفصولين ٢٤٥/١ .

المبحث الثاني سقوط خيار التعيين

تواردت أقوال الفقهاء على أن خيار التعيين يسقط بما يسقط به خيار الشرط . وقد سبق الكلام عن سقوط خيار الشرط بالتفصيل^(١) .

المبحث الثالث انتقال خيار التعيين

خيار التعيين ينتقل بالموت إلى وارث صاحب الخيار فيقوم مقامه في تعيين ما يختاره من محل الخيار ، والعلة في ذلك أن لمورثه مالا ثابتا ضمن الأشياء التي هي محل الخيار فوجب على الوارث أن يعين ما يختاره ويرد ما ليس له إلى مالكة .

ويكون أداء الثمن من التركة إن لم يكن قد أدى حال الحياة وهو في الحقيقة يثبت للوارث ابتداء - وليس بالانتقال من المورث إليه - ذلك أنه انتقل إليه ملك المورث ولم يكن متميزا بل مختلطاً بملك غيره وهو البائع مثلا فثبت له الخيار لتعيين ملكه وإفرازه عن ملك غيره وليس المعنى أنه ورث الخيار عن مورثه^(٢) .

وكذلك ذهب الزيدية إلى انتقال خيار التعيين بالموت لكنهم فرقوا بين صورتين في اشتراطهما : وقوع العقد على واحد من عدة أشياء ، ووقوعه على الكل إلا واحدا . ففي صورة تناول العقد كل الشيء ذهبوا إلى أنه إذا مات من له الخيار لم يورث عنه خيار التعيين بل يستقر المبيع للوارث^(٣) ولا وجه لهذه التفرقة ما دامت العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(٤) .

(١) الفتاوى الهندية ٥٦/٣ نقلا عن الفتاوى الظهيرية ، شرح النجاة للأناسي ٢٦١/٢ .

(٢) جامع الفصولين ٢٤٥/١ المعاملات الشرعية ١١٠ شرح الأزهار ٨٨/٣ الفتاوى الهندية ٥٥/٣ البدائع ٢٦٢/٥ .

(٣) المتزاع المختار ٨٩/٣ والتاج المذهب ٣٩٤/٢ .

(٤) من القواعد الفقهية الكلية (مقدمة مجلة الاحكام العدلية وشروحها ، المادة/٣) .

الباب الخامس

زمرة خيار است التغيرير
وفيه أربعة فصول

- الأول : خيار التدليس (الفعلى) بالتصرية وغيرها
- الثانى : خيار التغيرير (القولى)
- الثالث : خيار النجش
- الرابع : خيار تلقى الركبان

الفصل الأول

خيار التدليس "الفعلی" بالتصريح وغيرها

المبحث الأول

تعريف خيار التدليس وتسميته

التصرف اللغوي :

أصل التدليس من (الدلس) وهو الظلمة على ما قال ابن فارس . وفعله يأتي ثلاثيا من باب ضرب ، ويأتي رباعيا (دَلَسَ) بالتشديد . والتشديد أشهر في الاستعمال ، قال الأزهري : سمعت أعرابيا يقول : ليس لي في الأمر وَلَس ولا دَلَس . أي لا خيانة ولا خديعة . والدلسة (بالضم) الخديعة أيضا وفلان لا يدالسك : لا يخادعك ولا يخني عليك الشيء فكأنه يأتيك به في الظلام .

هذا عن التدليس عامة أما التدليس في البيع فيقول ابن منظور : « دَلَسَ في البيع : إذا لم يبين عيبه » ويقول الزمخشري : « دلس له ودلس عليه : إذا كنتم عيب السلعة ، دَلَسَ على كذا : اخفى على عيبه » وقال ابن فارس في بيان الجذر اللغوي لهذه المادة : (دلس) أصل يدل على ستر وظلمة ، فالدلس : دلس الظلام ، ومنه قولهم : لا يدالس أي لا يخادع ومنه التدليس في البيع وهو أن يبيعه من غير إبانة عن عيبه فكأنه خادعه وأتاه به في ظلام^(١) .

التعريف الاصطلاحي :

هذا أصل المعنى اللغوي ، أما الاستعمال الفقهي للتدليس فقد قال

(١) لسان العرب ، مادة (دلس) ، ونحوه في القاموس ، وأساس البلاغة (أيضا) . ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس (مادة دلس ، وموطنها فيه ٢/ ٢٩٦) .

الخطابي وجماعته : هو كتم البائع عيب السلعة عن المشتري واخفاؤه . وهذا لا ينافي استعمالات أخرى لا يستلزم فيها كتم العيب ، بل يقوم فيها البائع بكم وهمية الكمال الذى استهوى به المشتري . وسندهم فى هذا ما يعطيه المعنى اللغوى للتدليس وهو الخديعة فليهام الكمال - مع أنه لا وجود له - خداع بلا ريب .

فالمراد من التدليس ما يفعله البائع فى المبيع مما هو كمال عادة ولا يقصد منه سوى التضليل على المشتري بحيث يقع تحت تأثير هذا التضليل فيحسب المبيع متحققا بذلك الوصف الذى أغراه به البائع ، فإذا ظهر خلافه لم يعتبر ذلك عيبا وإنما نقصا من الكمال المظنون . وذلك كوضع شارة مميزة (ماركة) غير شارته الأصلية للترويج ويدفع القيمة فإذا اطلع المشتري على حقيقة الأمر وانجلى التدليس فظهر المبيع على جليته فالمشتري بالخيار بين إمساك المبيع بالثمن المتفق عليه وبين رده واسترجاع الثمن .

وليس من التدليس ما يقصد به تحسين المبيع وترتيبه وترتيبه بقصد صيانتها أو شدّ الأنظار إليه لأن ذلك لا يوهم الكمال وإنما هو من باب الجمال وليس هناك ما يقضى بحرمان البائع من إحسان العرض والتزيين . بعيدا عن إخفاء العيوب أو التضليل . فخيار التدليس هو : (حق المشتري فى الفسخ لظهور فعل قام به البائع لإيهام كمال المبيع) .

وأصل هذا الخيار هو حالة تصرية الشاة ونحوها ، بربط ضرعها ليجتمع اللبن . ويوهم المشتري بأن الشاة لبون (كثيرة اللبن) وقد ورد فى هذه الصورة من صور التدليس الفعلى حديث نبوى كان هو الأصل لخيار التدليس بأجمعه^(١) ، بل كان حديث (خيار التصرية) أصلا لمشروعية خيار العيب

(١) استوعب السبكي روايات حديث التصرية . وأشهر ألفاظه : عن أبى هريرة قال رسول الله ﷺ « لا تصروا الإبل والغنم . فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يغلبها : إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردّها وصاعا من تمر » رواه البخارى ومسلم وأبو داود تكملة المجموع ٣١٢ .

وخيار فوات الوصف. واستمد منه بعضهم أحكام مدة خيار الشرط . ولكن مسألة التصرية لم يعد لها ذلك الشأن في جانب تهافت الناس على التدليس في الصناعة والتجارة ولذا سنتكلم عنه عموما مع الإشارة الكافية إلى صورة التدليس بالتصرية من حيث المذاهب فيها وأبرز أحكامها فقط .

تسمية الخيار :

والمراد هنا بالتدليس : التغيرير الذى يتم بفعل يصدر من البائع أو بمالأة منه . واستعمال هذا اللفظ أولى من تعبير بعض الفقهاء عنه بـ « التغيرير الفعلى » أو « التغيرير بالفعل » كمقابل للتغيرير بالقول^(١) . وبعد أن يخص التغيرير الفعلى بلفظ (التدليس) يخلو الجوّ للتغيرير القولى لينصرف إليه لفظ التغيرير مطلقا عن التقييد بالوصف الكاشف .

وسيكون المعنى اللغوى واستعمالاه المشهوران لكتّم العيب . أو كتّم وهمية الكمال ، مرجحا لتخصيص لفظ (التدليس) بما يدعى (التغيرير الفعلى) . لأن كتّم العيب أو إيهام الكمال وسيلته الفعل غالبا .

ويساعد على هذا التخصيص أن (التغيرير) يشتق منه الفعل منصبا على الشخص فيقال : غرّه - أو غرّر به - كما يقال : فى البيع تغيرير بالمشتري . والمشتري مغرّر به . فالتغيرير عمل موجه للشخص وهو قول باطل أو اطراء موهوم ، أما التدليس فالفعل منه (دلس) أكثر ما يقع على المبيع . فيقال (غالبا) : دلس المبيع على المشتري أو حصل فى المبيع تدليس فالتدليس صلته بالمبيع أوثق لأنه نتيجة فعل يقوم به البائع فى المبيع والوسيلة فيه فعل لا قول (فالتدليس) خير ما يعبر به موجزا عن (التغيرير الفعلى) وفى الطرف المقابل ما يصدر من البائع مباشرة إلى المشتري لخلبه وخداعه هو فى

(١) عبارة ابن حجر فى التحفة : القسم الثانى وهو التغيرير الفعلى بالتصرية أو غيرها كما فى نهاية . احتاج ٧٠/٤
وعبارة الدردير فى شرح خليل : « لما تكلم على العيوب الذاتية تكلم على ما هو كالدائى وهو التعبير الفعلى

الأكثر وسيلته الأقوال المعسولة والاطراء لايهام الكمال ، وذلك ما يناسب تخصيص كلمة (التغيرير) بالقول منها ومما يزكى هذا الصنيع استعمال الحنابلة كلمة التدليس للدلالة على خيار التصرية واشباهه من التغيرير الفعلى ، قال ابن قدامة : وكل تدليس يختلف الثمن لأجله يثبت الخيار لأجله ، كالتصرية ^(١) .

المبحث الثانى

مشروعية خيار التدليس ، وعلته

المطلب الأول

مشروعية خيار التدليس بالتصرية ونحوها

المذاهب فيه :

لقد رأينا أن التدليس بفعل يوهم كمال المبيع كالتصرية ونحوها . يختلف عن العيب - ومع هذا نجد كثيرا من المصنفين يعبر عن خيار العيب بقوله : التدليس بالعيب - والتدليس بالعيوب يثبت معه الخيار للمشتري اتفاقا . أما التدليس المراد هنا - بما ليس بعيب - فقد اختلف فيه الفقهاء وقد ارتبط لاختلافهم فيه بصورته المشهورة قديما (خيار التصرية) . فقد أثبتته الجمهور فيها وفي كل تدليس فعلى (على الخلاف الذى سنراه بينهم فى المراد به) . ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد بالتصرية ^(٢) . وكذلك بكل ما يشبهها من

(١) المغنى ١٠٨/٤ م ٢٩٩٤ الفروع ٩٣/٤ .

(٢) ورويت رواية غريبة بنى خيار التصرية عن مالك والصحيح عنه الأخذ به كما حققه ابن عبد البر فى التمهيد (تكملة المجموع ١٦/١٢) وقد ذكر اتفاق الصحابة والفقهاء عليه . وأما أبو يوسف وزفر (صاحباً أبى حنيفة) فقد أخذ بخيار التصرية . قال ابن عابدين : روى عن أبى يوسف أنه أخذ بظاهر حديث المصراة . على ما فى شرح الطحاوى للاسيجاني ، نقلا عن أصحاب الأملى عنه . والرواية الأخرى عنه : أنه يردّها مع قيمة اللبن (أى ليس مع صاع من تمر كما هو ظاهر الحديث) رد المختار ٤٥/٤ و ٩٦ وقد صرح كتب الحنفية بعدم الأخذ بخيار التصرية (فتح القدير ١٨٤/٥ الفتاوى الهندية ٧٢/٣ البدائع ٢٧٤/٥) .

أفعال التدليس ما دامت ليست عيباً (وهو خيار اللبيب) ولا فواتا لوصف مرغوب في المبيع اشترطه المشتري (وهو خيار فوات الوصف) وقد تركز الكلام عن مشروعية خيار التدليس في مسألة التصرية واستغرق النقاش فيها قدرا كبيرا من جهد العلماء ووقتهم وصفحات عديدة من كتبهم ، وكل من يتأمل خطوط تلك المناقشات يحسّ بما وقع فيه منكرو خيار التصرية من التكلف البعيد مما جعل الامام أبا يوسف صاحب أبي حنيفة يخالف إمامه ويأخذ بخيار التصرية ، وحسبنا الاحالة إلى مواطن تلك المناقشات^(١) ، والعذر في طيها إيجاد التوافق بين التعويل على ما هو مبدأ عام معمول به كثيرا وبين المنزلة التي أنزل الخيار فيها من الواقع العملي .

طبيعة خيار التدليس ومشروعيته :

وبالرغم من إشارة الفقهاء إلى أن خيار التدليس للتصرية ونحوها هو شديد الشبه بباب فوات الشرط ، إن هذا الخيار ثابت حكما لا إراديا وعليه بخصوص التصرية أدلة نصية صريحة ذكرها السبكي^(٢) .

المطلب الثاني

علة خيار التدليس

أشار خليل في مختصره إلى أن « تصرية الحيوان كالشرط » وبينه الشراح بما فحواه أن التدليس بالتصرية ونحوها من صور التغيرير الفعلي بمنزلة اشتراط كثرة اللبن - ونحوه - فظهور خلافه يوجب له الخيار على صورة تشبه خيار فوات الشرط ، والوصف^(٣) .

(١) اعلام الموقعين ٣/٣٤ نيل الأوطار ٥/١٨٤ تكملة المجموع ١٢/٦٦ - ٢٦ والمغنى ٤/١٠٣ .

(٢) تكملة المجموع ١٢/١٦ .

(٣) مختصر خليل ١٨٣ وشرح الخرشي . ٤٠/٤٣ وشرحا الخطاب ٤/٤٣٧ والدردير بحاشية الدسوقي ٣/١١٥ .

تكملة المجموع ١٢/٨٩ بل جعل صاحب المذهب مسائل التغيرير الفعلي الملحقة بالمصرّة فصلا في باب خيار

فوات الوصف أو الشرط حتى احتاج الشارح أن ينبه على تميز ذلك الفصل .

ونقل السبكي عن الصيدلاني أن كل ما لو كان مشروطا واتصل
الخلف به اقتضى خيارا (وجها واحدا) فالتدليس الظاهر فيه كالشرط .
ويشبه هذا ما ارتآه بعض الحنفية في شأن خيار التغرير القولي (قسم
التغرير الفعلي) من أن خيار التغرير أشبه بخيار فوات الوصف المرغوب فيه
كشراء عبد على أنه خباز لأنه اشتراه على قول البائع ، فكان شارطا له - اقتضاء
وصفاً مرغوبا فيه فبان بخلافه ^(١) .

المبحث الثالث

ضابط خيار التدليس وأنواعه

إن التدليس كلمة مرنة المفهوم ، وتختلف فيها الأنظار والآراء مما
اقتضى بيان الفقهاء لضابط التدليس المعبر ، والتطرق إلى تقسيمه إلى
أنواع . .

المطلب الأول

ضابط خيار التدليس

يتحقق التدليس عند الشافعية بكل ما كان اماراة قوية على أن المبيع
كما ظن المشتري ، اما ما كان اماراة ضعيفة فلا يثبتون الخيار معها ، في حين
يرى المالكية تحققه بكل فعل يقوم به البائع في المبيع قاصدا به كماله ، ولو كان
امارة ضعيفة . ولا يخفى رجحان الرأي الأول ، لأن الأصل هو اللزوم ، فلا
يخرج عنه بإثبات حق الفسخ لأماراة ضعيفة ، على أن خيار التدليس مرتكز في
المشروعية على خيار (التصرية) وذلك فعل من البائع فيه اماراة قوية على كثرة
لبن الشاة ، فلا بد أن يكون الفعل المدلس به في تلك المنزلة من القوة . أما
الحنابلة فقد قال ابن قدامة : كل تدليس يختلف الثمن لأجله ، ثم أورد أمثلة
لذلك ، كما أنه ضابطه عند الامامية أيضا ^(٢) .

(١) رد المحتار نقلا عن الخبير الرملي ٥٦١/٤ .

(٢) المغنى ١٠٨/٤ الفروع ٩٣/٤ تذكرة الفقهاء ٥٤٥/١ تكملة المجموع ٨٩/١٢ .

التدليس غير العيب :

قال ابن شاس من المالكية عن التفرير الفعلى (التدليس) : هو أن يفعل البائع فى المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد ، وذكروا أنه أحسن من قول التوضيح والشارح وهو أن يفعل البائع فى المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهر فى صورة السالم . ووجه التفضيل أنه لم يقصر الكلام على ما يستر العيب بل شمل به ما لا يستر عيبا وإنما يظهر كمالا^(١) .

وبنحو ذلك جاءت عبارات الحنابلة كقول ابن قدامة . المدلس ليس بعيب ، فلم يستحق من أجله عوضا ، وقول صاحب الفروع : « يثبت بكل تدليس يزيد به الثمن »^(٢) ، فالتدليس ليس لدفع النقص بستر العيب ، بل لتحصيل الزيادة بلإيهام الكمال .

وقريب منه قول السبكي من الشافعية « الاعتبار بما يزيد فى الثمن » ثم قال : « مما لا ينقص الثمن به » . بل رأى أن يتناول قول بعض الشافعية بأن خيار التصرية مأخذه الإلحاق بالعيب فإن معناه جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف (المدلس) لدلالة الغلبة على وصف السلامة فخرجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبا »^(٣) .

وقد جعل الامامية من خيار التدليس اشتراط صفة فتفوت ، سواء كان من البائع أم من المشتري ، قال الحلبي : « وكل ما يشترطه المشتري من الصفات المقصودة مما لا يعد فقده عيبا يثبت الخيار عند عدمه كاشتراط كون الشاة ذات لبن ، أو كون الفهد صيودا . . قال : ولو شرط ما ليس بمقصود وظهر الخلاف فلا خيار ، كما لو شرط الحلب كل يوم شيئا معلوما^(٤) .

(١) الخطاب ٤٣٧/٤ - ٤٣٨ والمواق ٤٣٧/٤ . والدسوقي ١١٥/٣ .

(٢) الفروع ٩٣/٤ والمغنى ١٠٨/٤ م ٢٩٩٦ .

(٣) تكملة المجموع ٨٩/١٢ و ٩٢ و ٩٤ .

(٤) تذكرة الفقهاء ٥٤٠/١ .

وفى تحديد الكمال الذى يكون الإيهام به ركيزة التدليس هل العبرة بما يراه المشتري كمالا أم ثمة ضابط آخر؟

يقول السبكي : ولا اعتبار بغرض المشتري ، وإنما الاعتبار بما يزيد فى الثمن ، لأنه المعتبر لعموم الناس^(١) وكانت قوله هذه بعدما صرح الشيرازى بأنه لا اعتبار بما يكون أحب للمشتري وأحسن عنده ، وإنما الاعتبار بما يزيد فى الثمن .

الأمثلة :

رأينا فى تعريف المالكية للتدليس تصرحا بأنه لا يشترط فيه أن يستر البائع عيبا فى المبيع بل يكفي أن يؤول فعله إلى إيهام المشتري أن بالمبيع كمالا فى حين انه غير موجود فيه . ويلحظ أن الأمثلة الواقعية التى مثلوا بها لذلك معدودة إذا استبعدت - أو أخرجت - الأمثلة المتصلة بالرقيق . وأهم تطبيقات التدليس التى ذكروها :

- حبس ماء الرحى ليظن غزارة مائها باستمرار أو كثرة الدوران .
- حبس ماء القناة ثم إرساله عند المبيع أو إجارة الأرض .
- تصرية الأنعام لتتفخ ضروعها ، ليظن أنها كثيرة اللبن (وهذه المسألة أم الباب لأنها منصوصة وما عداها مقيس عليها) .
- صبغ الثوب القديم ، ليظن أنه جديد .

- أن يرقم على الثياب المبيعة أكثر مما ابتاعها به ثم يبيعها على الرقم دون أن يقول : قامت على بكذا ، ليوهم المشتري أنه يبيعها بالرقم ، أى برأس المال وهذه الصورة جاء ذكرها فى المدونة وشدد مالك واتقى فيه وجه الخلابة .

(١) تكملة المجموع ٩٤/١٢ ط ٢ وكلام الشيرازى فى المذهب (مع المجموع ٨٩/١٢) .

- تحسين وجه الصبرة^(١).
- تلوين جوهر بلون العقيق أو الياقوت ثم ظهوره زجاجا له قيمة عادية .

صور ليس فيها خيار تدليس :

علف الشاة حتى يملأ خواصرها فيظن المشتري انها حامل . كون الشاة عظيمة الضرع خلقة بحيث يظن كثرة لبنها^(٢) .

المطلب الثاني

أنواع التدليس

يقرر السبكي^(٣) في التدليس الأنواع التالية :

- ١ - خروج المبيع أكمل مما ظن . (ويمثل له بتسييط شعر الجارية ثم ظهور جعودته ويرونه دالاً على القوة) . ففي مذهب الشافعية طريقان أصحها أنه لا خيار له .
- ٢ - التدليس الظاهر فيه كالشرط ، وكلما كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا - وجها واحدا - .

ومن صور ذلك : ما إذا ظهر باطن الصبرة من القمع دون ظاهرها في الجودة (وكان الكل جيدا لا عيب فيه) لا يبطل البيع وله الخيار . والاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد لا ينسب صاحبه إلى تفريط ويشق قلب الصبرة بكماها . وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل وغزارة اللبن ، والمكتفي بدلالة ذلك على الحمل واللبن ودلالة تلطيخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب إلى تفريط . وتجعيد الشعر إذا

(١) الخطاب ٤٣٨/٤ الدسوقي ١١٦/٣ بداية المجتهد ١٤٦/٢ مغنى المحتاج ٦٥/٢ - نهاية المحتاج ٧٣/٤ شرح الروض ٦٢/٢ نكلة المجموع ٩٠/١٢ المغنى ١٠٨/٤ المقنع ٤٢/٢ التاج المذهب ٣٩٢/٢ .

(٢) نكلة المجموع ٩٠/١٢ والمغنى ١٢٨/٤ .

(٣) نكلة المجموع ٩٨/٢ - ٩٩ و ٩٠ .

كان يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع فالمشتري منسوب إلى تفريط
أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا فهذا هو المثبت للخيار .

٣ - الأمانة على التدليس : وهي ما يضعف الظن فيه ، يختلف
فيها بين الالحاق بالتصرية وعدمه لضعف الظن وقصوره عن الشرط والظن
المسند لأمر غالب .

فمن ذلك ما لو لطخ ثوب العبد بالمداد . أو ألبسه ثوب الكتبة
والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فبان خلافه ففي أصح
القولين لا خيار . لأن الذنب على المشتري حيث اغتر بما ليس فيه كبير تغير .
ومثله ما لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها فتخيل المشتري كونها حاملاً أو
أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ وظنها المشتري لبونا ، لأن الحمل لا يكاد
يلتبس على الخير ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي بخلاف صورة التصرية
وكثرة اللبن فانه لا سبيل لمعرفة .

٤ - إذا جرى الخلف بشيء لا ظهور له ، كأن كان على ثوبه نقطة
مداد لا ينزل منزلة كونه كاتباً^(١) .

أما أقسام التدليس الفعلي عند المالكية فيقارن الدردير^(٢) بين ثلاث
صور متشابهة منه ، أحداها (المصرة) والآخران من بابها وقد استخلصها
من منطوق ومفهوم كلام خليل وهي :

الأولى - المصرة المعروفة وفيها الرد مع صاع من غالب القوت .

الثانية - ان يظن كثرة لبنها عن معتاد مثلها . ثم ينقص حلابها عما
ظنه فله الرد دون أن يرد صاعاً من غالب القوت ، لكن للرد شرائط ثلاث
هي : أن يقصد من الشاة اللبن ، وأن يشتريها في وقت كثرة حلابها كوقت
الربيع أو قرب ولادتها . وأن يكتم البائع عن المشتري قلة لبنها الذي ظن

(١) تكملة المجموع ٩٣/١٢ و ٩٦ .

(٢) الشرح الكبير على خليل ١١٧/٣ .

كثرت . قال العلامة الدردير : « وهذه الصورة ليست من مسائل التصرية . بل من باب الرد بالعيب » .

الثالثة - أن يجد الشاة ينقص لبنها عن حلاب أمثالها ، فهذه يردها مطلقا ، ظن كثرة لبنها على العادة أم لا ، علمها مصراة أم لا . ولا يرد معها صاعا من غالب القوت . وهذه أيضا ليست سوى رد بالعيب .

المبحث الرابع

شرائط خيار التدليس

١ - أن يكون التدليس بفعل البائع ، أو بأمره . فلو حدث بسبب سماوى ، أو من قبل المبيع نفسه ، - وكان يقع منه ذلك - كما لو تحفلت الشاة بنفسها فلا عبرة به . وذلك قياس على مسألة النجش . لكن المعتمد عند الشافعية والإمامية ثبوت الخيار فى حال ترك حلبها ثانيا أو تحفلها بنفسها ، لحصول الضرر^(١) .

ولا فرق بين أن يكون الفعل فى المبيع نفسه أو فى ملابساته فالتصرية فى الشاة نفسها ، أما فى ملابسات المبيع فهو مثل تلطيخ ثياب العبد بالمداد ليظن أنه كاتب (وإن كان الشافعية لم يعتبروا ذلك الأخير موجبا للخيار ، إذ ليس فيه كبير غرر) .

٢ - يشترط جهل المشتري بالتدليس بالتصرية ونحوها من صور التغيرير الفعلى فإن كان المشتري قد اشترى المصراة وهو يعلم بالتصرية لم يثبت الخيار (إلا أن يجدها دون معتاد مثلها) لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد ، كما لو اشترى معييا يعلم عيبه^(٢) .

(١) الخطاب ٤٨٣/٤ الدسوقي ١١٦/٣ مغنى المحتاج ٦٥/٢ البحر الزخار ٣٥٣/٣ تذكرة الفقهاء ١/٢٧٥ تكملة المجموع ٩٠/١٢ وقال انه شرط فيه نزاع .

(٢) المغنى ١٠٣/٤ م ٨٩٨٥ الخطاب ٤٣٩/٤ الدسوقي على الشرح الكبير ١١٧/٣ .

وذكر ابن قدامة أن لأصحاب الشافعى وجهها بثبوت الخيار ولو علم المشتري ، لعموم الخبر الوارد ، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد ، وقد يبقى على حاله فلم يجعل ذلك رضا ونظيره عندهم ما لو تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ .

٣ - خفاء التدليس : أما إن لم يحصل تدليس لكن ظن المشتري أمرا موهوما فتخلف ظنه فلا رد له ، كما لو ظن فى الشاة كثرة اللبن لكبر ضرعها خلقة . وصرح الحنابلة بأنه لو حصل الإيهام من غير تدليس ، كأن اجتمع اللبن فى الضرع من غير قصد ، (أو احمر وجه الجارية بنجمل أو تعب ، أو تسود شعرها بشيء وقع عليه) قال ابن قدامة : يحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرة وجهها بنجمل أو تعب ، لأنه يحتمل ذلك ، فيعتبر (فى المغنى : فيتعين) ظنه من خلقة الأصلية طمعا ، فأشبهه سواد أنامل العبد من حيث إنه ليس مختصا بكونه كاتباً^(١) . ويرى القاضى من الحنابلة الرد مطلقا ولو بلا تعمد ، لدفع الضرر اللاحق عن المشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فأشبهه العيب^(٢) .

٤ - أن يكون المدلس به متعينا للجهة التى ظنها المشتري : ومثلوا لغير المتعين للجهة المظنونة : ما لو علف البائع الشاة فملأ خواصرها ، وظن المشتري أنها حامل ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن المشتري أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لأن هذا لا يتعين للجهة التى ظنها ، فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرهما ، فحمله على أنها حامل من باب الطمع ، فلا يثبت خيارا .

٥ - أن يبقى التدليس فى الواقع ، بأن يظهر فقد الكمال الذى

(١) قال ابن حجر : لا بد أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير (التحفة ٧٤/٤) .

(٢) المغنى ١٠٨/٤ م ٢٩٩٤ .

أوهم وجوده ، فلو دلس ثم تحقق هذا الكمال بأن صار لبن المصرة عادة ، أو غزر ماء الرحي . . . لم يكن له الخيار عند الحنابلة والشافعية والامامية ^(١) .

المبحث الخامس

موجب الخيار ، وتوقيته ، وسقوطه

المطلب الأول

موجب الخيار

يوجب ظهور التدليس (بشرائطه السابقة) الخيار للمشتري بين إمساك المبيع بالثمن نفسه وبين الرد . وحق الرد ثابت بأى صورة من صور التدليس ، سواء فى ذلك التصرية وغيرها ولكنه فى صورة التصرية فى الشاة ونحوها من الأنعام يلزمه رد بدل اللبن - وهذا متفق عليه بين كل من جوزوا ردها - ويعتبر ذلك تعويضا عن اللبن الذى احتلبه المشتري ، وذلك البدل مقدر من الشارع بصاع من تمر (وسيأتى الكلام عن ذلك تفصيلا) .

وكذلك الحكم : فى غير التصرية من حيث التخيير بين الرد أو الامساك بلا مقابل . وعليه المالكية والشافعية والحنابلة إلا خلافا لبعضهم ذكره صاحب الفروع (دون تسمية قائله) بأن للمشتري إذا أمسك الشاة المصرة أن يطلب الأرض ^(٢) . وللجمهور أن النص خال عن ذكر الأرض (نقصان التدليس) ولأن المدلس ليس بعيب فلم يستحق من أجله عوضا وليس له إلا رفع الضرر بتمكينه من الرد أو الإمساك إن رآه فى مصلحته ، وعند هؤلاء إذا

(١) المغنى ١٠٣/٤ و ١٠٨ م ٢٩٨٥ و ٢٩٩٥ الفروع ٩٤/٤ مغنى المحتاج ٦٣/٢ نهاية المحتاج ٧٠/٤ تذكرة الفقهاء ٥٢٧/١ شرح اللمعة ٣٣٠/١ .

(٢) الخرشى ٤٣/٤ مغنى المحتاج ٦٤/٢ تكملة المجموع ٨٩/١٢ المغنى ١٠٧/٤ الفروع ٩٤/٤ البحر الزخار ٣٥٣/٣ المحلى ٦٦/٩ م ١٥٧١ .

تعذر رد المدلس بهلاكه فعليه الثمن لأنه تعذر عليه الرد فيما لا أرش له فأشبهه غير المدلس^(١) .

بدل لبن التصرية :

إذا أراد إمساك الشاة المصرة فهي له مع لبنها طبعاً ، أما إذا أراد الرد فإنه يلزمه رد بدل اللبن اتفاقاً ، وهو مقدر في الشرع بصاع من التمر . لكن الفقهاء مختلفون في أن هذا التقدير هل هو نص أم أنه بناء على العرف والمراد به هو أو غيره :

١ - فالمذهب الأول أن الصاع من تمر نص ، وبه أخذ الحنابلة والشافعية والليث واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وداود وابن حزم ، وهو قول لابن أبي ليلى ، ورواية عن مالك .

(وحكى عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة) . وذكر ابن مفلح أنه إن تعذر التمر فقيمه موضع العقد .

٢ - وهناك مذهب آخر بأن الواجب رده هو صاع من غالب قوت البلد أى قوت محل المصرة ، وهو قول مالك وبعض الشافعية . واستدلوا لذلك بأن في بعض روايات الحديث : « ورد معها صاعاً من طعام » وفي بعضها : « وردّ معها مثل - أو مثلى - لبنها قمحا » فالجمع بين الأحاديث يقتضى ذلك ، والتنصيب على التمر لأنه غالب قوت البلد في المدينة ونص على القمح لأنه غالب قوت بلد آخر .

٣ - والمذهب الثالث : إن اللازم رد قيمة اللبن ، لأنه ضمان متلف ، فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات . وبه قال أبو يوسف وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى . ويرى الشوكاني أن المشتري يرد صاعاً من تمر أو ما يتراضيان

(١) الفروع ٩٤/٤ المغنى ١٠٣/٤ م ٢٩٨٦ .

عليه ، لأن حق الآدمي مفوض إليه . فإذا رضى بأخذ عوض عنه جاز ذلك كما لو رضى باسقاطه أو أخذ بعضه ^(١) .

قال الدسوقي : رد المشتري للصاع أمر تعبدى أمرنا به الشارع ولم نعقل له معنى ، وذلك لأن القاعدة أن الخراج بالضمان والضمان على المشتري ، فمقتضاه أنه يفوز باللبن ولا شيء عليه - كما قال بذلك بعضهم . . . ثم ذكر أن ابن يونس رد على من قال بنسخ حديث التصرية بحديث الخراج ، لأن حديث المصرة أصح ، وإنما حديث الخراج بالضمان عام وحديث المصرة خاص ، والخاص يقضى به على العام .

هذا ، وللشافعية تصوير آخر للصاع الواجب بدل اللبن التالف هو أن اللبن يقابله قسط من الثمن ، وأن تلف بعض المعقود عليه يمنع رد الباقي وقياس ذلك امتناع رد المصرة . قال الرافعي : لكن جوزناه اتباعا للأخبار ويتضح ما أشار إليه الشافعية بتفرقة ابن حزم بين اللبن المصرى وبين اللبن الحادث بعدئذ ، فالصاع مقابل اللبن التصرية ، أما اللبن الحادث في كونها عنده فليس عليه رده . فهم يرون أن الشاة مشتراة وفيها لبن فهو ك شراء شجرة مع الثمر فللبن قسطه من الثمن ففي الرد يعتاض عنه لصالح التمر ، أما قاعدة الخراج بالضمان فجأها اللبن الحادث فهو الغلة الحاصلة عند المشتري دون لبن التصرية ^(٢) . . .

(١) المغنى ١٠٣/٤ - ١٠٥ م ٢٩٨٦ الفروع ٩٤/٤ المحلى ٩٦/٩ شرح الدرر البهية للشوكاني ١٢١/٢ . وذكر صاحب المغنى أنه لو اشترى مصراتين أو أكثر فردهن يرد مع كل مصرة صاعا . وبهذا قال الشافعية وبعض أصحاب مالك . وقال بعضهم فى الجميع صاع واحد (١٠٧/٤ م ٢٩٧٢) .

(٢) الشرح الكبير على خليل ١١٦/٣ وتذكرة الفقهاء ٥٢٧/١ وشرح اللمعة ١٣٣/١ الدسوقي على الشرح الكبير ١١٦/٣ - ١١٧ وفى كتب الشافعية أيضا إشارة إلى ابتناء تقدير البدل بصاع من تمر على التعبد ولديهم تفصيلات فى حال فقدان التمر (مغنى المحتاج ٦٤/٢ ونهاية المحتاج ٧٠/٤) .

موجب التصرية (عند الحنفية) :

ذكر الطحاوى من الحنفية فى مختصره فى المصراة أنه يرجع على بائعه بنقصان عيبها وليس له ردها عليه دون لبنها ، ولا مع لبنها . وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وهو قول أبى يوسف القديم وبه نأخذ . وقد قال ابو يوسف بأخره - فيما روى عنه أصحاب الاملاء: انه يردها بقيمة صاع من تمر ويحتبس لبنها لنفسه ^(١) .

وذكر السرخسى فى المبسوط خيار التصرية وحمله على الشرط ، بل استدل بمحدثها على جواز اشتراط الخيار فى البيع والمراد عنده خيار الشرط ، وذكر التحفيل لبيان السبب الداعى إلى شرط الخيار ، ثم بين العلة فى جعله ثلاثة أيام قائلا « فيحتاج إلى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه ، فجوز له الشرع ذلك وجعله بخير النظرين ثلاثة أيام » ، ثم صرح بأن « التصرية ليست بعيب عندنا » ومراده أنه لا يثبت بها خيار كخيار العيب .

وقد ذهب الكاسانى إلى أن التصرية عيب ، ثم أول التحديد بالثلاث فى المصراة لأن التحديد لا مكان له فى خيار العيب فقال : وذكر الثلاث فى الحديث ليس للتوقيت لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ، لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري فى هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه، أو لا يرضى فيرده. والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذى حله المشتري ، علّمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة ، فالكاسانى بهذا البيان يخرج على تصريح غيره من الحنفية بأن التصرية ليست

(١) مختصر الطحاوى ٨٠ .

بعب فإراها عيباً ويرى الصاع من التمر (الذى قضى الحديث بتقديمه) هو بمثابة نقصان العيب . . (١)

المطلب الثانى

توقيت خيار التدليس

ذكر الشافعية أن خيار التصرية يثبت على الفور من حين يعلم بالتصرية ولو كان علمه بعد مدة (وقالوا عن خبر تحديدها بالثلاث أنه للغالب) وهو فى كونه على الفور كخيار العيب . وقيل : يمتد ثلاثة أيام من العقد ولو مع العلم بها قبل انصرام الأيام الثلاثة ، لظاهر الحديث ، وقد صححه جمع كثير من الشافعية . ومذهب الإمامية التفرقة بين ثبوت التصرية بالاعتراف أو البيئة فيثبت الخيار ثلاثة أيام ولا فورية فيها . وبين ثبوتها بالاختبار فلا يثبت خيارها بعد الثلاثة على الفور . أما الحنابلة فلهم فى ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها - ثبوت الخيار على الفور ، قال به القاضى أبو يعلى ، ومن تنمة قوله هذا أن يكون قيام الخيار بعد الثلاثة الأيام فليس له الرد قبلها ولا الإمساك بعدها ، فإن أمسكها بعدها لم يكن له الرد . واستلزام الثلاثة الأيام لثبوت الخيار لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيها لأن لبنها فى اليوم الأول مُصْرَى . وفى الثانى يجوز أن نقصه لتغيير المكان واختلاف العلف فى الثلاثة يستبين أمرها .

الثانى - وهو قول أبى الخطاب : أنها على التراخى . ولم يستلزم للرد مضي الثلاثة فله الرد قبلها وبعدها .

(١) المسوط ٣٨/١٣ وتعرض لصورة تسويد أنامل العبد أو تقيصه ثياب أصحاب المهن وأشار إلى أن فى سقى الدابة وعنفها لإيهام الحمل خلافاً « فمنهم من يقول له حق الرد إذا تبين أنها ليست بحمل . للتدليس والغرور ، ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا » وقد نقل ابن عابدين عن الجمع تفسير القول بالرد لغرور بأنه « كما إذا غره بقوله أنها لبن » (رد المحتار ٤/٤٤) أى فهو خيار فوات الوصف ، لكن بعضهم جعله من خيار العيب كالكاسانى (٢٧٤/٥) . وقد مال ابن الهمام إلى جعل التصرية من خيار فوات الوصف (فتح القدير ١٨٤/٥) .

الثالث - تقدير مدة الخيار بثلاثة أيام بعد ثبوت التصرية. وهو قول ابن أبي موسى وابن المنذر .

قال ابن قدامة : والقياس ما قال ابو الخطاب ، لأن الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس ، لكن العمل بالخبر أولى وهو التحديد بالثلاث^(١) .

مسقطات خيار التدليس :

إن علم بالتدليس فتصرف في المبيع بطل رده ، كما لو تصرف في المبيع المعيب ومن التصرف الدال على الرضا عند المالكية أن يحلب المصرة ثالثة بعد حصول الاختبار بالثانية^(٢) .

(١) المغنى ١٠٦/٣ م ٢٩٩٠ الفروع ٩٤/٤ مغنى المحتاج ٦٤/٢ نهاية المحتاج ٧٠/٤ تذكرة الفقهاء ٥٢٦/١ الروضة شرح اللمعة ٣٣٠/١ .

(٢) الدردير شرح خليل ١١٧/٣ - ١١٨ وهناك تفصيل لا داعى لذكره .

الفصل الثاني

خيار التفرير القولي

الفصل الثاني

خيار التغير القولي

المبحث الأول

تعريف خيار التغير ومشروعيته

التعريف اللغوي :

قال أهل اللغة : غَرَّيْغَرَّ غَرًّا و غُرُورًا و غِرَّةً (فهو مغرور ، و غرير) : خدعه و أطعمه بالباطل ، فَاغْتَرَّ : أى قبل الغرور فهو مغتر . و غَرَّرَ بنفسه تغريرا ، و تَغَرَّرَ (كتحلّة) عرضها للهلكة و الاسم الغرز .

قال ابن الأثير : بيع الغرر : ما كان له ظاهر يغر المشتري و باطن مجهول و قال الأزهرى : هو ما كان على غير عهدة و لا ثقة . و تدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول ^(١) .

التعريف الاصطلاحي :

عرّف المالكية الغرر بأنه التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثانى على خلافه ^(٢) وليس هو المراد هنا إلا بالتأويل من حيث إن ما جرى التغير فيه أمران: أحدهما: تعلق به غرض المشتري، والآخر، وهو الحقيقة : ظهوره على خلاف غرضه . والأولى الربط بين التغير والتدليس لوحدة معناهما . بالرغم من الاصطلاح المتبع هنا فى التفرقة بين ما كانت وسيلته فعلية فيسمى تدليسا ، أو قولية فيدعى تغريرا . وخيار التغير على هذا هو : (حق المشتري فى الفسخ لتعرضه لأقوال موهمة من البائع دفعته للتعاقد) .

(١) القاموس المحيط ، والمصباح المنير . ولسان العرب مادة / غر ومعجم مقاييس اللغة ٣٨١/٤ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٥٥/٣ .

تسمية هذا الخيار :

هذا . وان خيار التفرير (القولى) أثبتته بعض الفقهاء دون أن يسميه أو يفرده بمبحث وبعضهم جعله شاملا لخيارات أخرى مستقلة فى الاسم والموضوع كما أن بعضهم اعتبره بعد أن دعاه خيار الخداع أو الخديعة ، كالشوكانى ، وهو يقول عنه : يثبت الخيار لمن خدع ، فإن كان مع شرط الخداع فلا ريب فى ذلك . وأما إذا لم يشترط فالبيع الذى وقع ليس بيع المسلم المسلم بل مشتمل على الخبثة والخداع والغائلة فللمخدوع الخيار . . . لكونه كشف عن عدم الرضا المحقق^(١) . وقد سبق فى التمهيد لخيار التدليس الفعلى ما يتصل بموضوع تسمية هذين الخيارين .

مشروعيته :

دليل مشروعية هذا الخيار السنة ، من حيث دخوله ضمنا فى حديث جَبَّان وحديث لا ضرر ولا ضرار، كما قال المهدي من الزيدية^(٢) . على أنه ليس محتاجا إلى دليل خاص لاندراجة فى خيار التدليس عامة (دون فصل بين الفعلى والقولى) ، فتدل عليه حينئذ أدلة خيار التصرية فضلا عن النصوص الكثيرة الناهية عن الخداع والغش وإن كانت لم تصرح بالخيار ، انما جاء التصريح به فى التصرية ، فهذا مقيس عليه .

المبحث الثانى

التمييز بين التفرير والغرر

التفرير المستوجب للخيار (بمعنى الخداع) غير الغرر الذى هو سبب من أسباب فساد العقود أو بطلانها ومعناه الخطر ، فالغرر أمر ذاتى قائم فى محل العقد ، أما التفرير فهو أمر خارجى يحصل بالتلبيس على المتعاقد بوسيلة

(١) الدرر البهية وشرحها ١٢١/٢ .

(٢) البحر الزخار ٣٥٤/٣ الدرر البهية وشرحه ١٢١/٢ نيل الأوطار ١٩٣/٥ .

قولية أو فعلية وإذا كان التغير قوليا فإنه يحصل دون أن يمس ذات المحل أي تغيير. وبالمقارنة بين مشمولات الغرر ومشمولات التغير يتضح الفارق .

فالغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن (المبيع) أو بقدره أو بأجله إن كان هناك أجل . وأما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه - وهذا راجع إلى تعذر التسليم - وإما من جهة الجهل بسلامته أي بقائه ^(١) .

والغرر إن كان سببا لفساد العقد - أو بطلانه - حيث لا يتسامح به ، وهو الغرر الكثير وما يلحق به ، فالتغير لا ينافي الصحة بل يחדش اللزوم وينشأ بسببه للمغرر به خيار بين الامساك والرد .

والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه ، وذلك في الطرفين الثمن والمثمن ، معلوم الأجل أيضا إن كان بيعا مؤجلا ^(٢) .

المبحث الثالث

خيار التغير في المذاهب

في مذهب الحنفية :

لدى الحنفية خيار يدعى أحيانا : (خيار الغبن مع التغير) ^(٣) فإذا نظرنا إليه من جهة عنصر الغرور فيه جعلنا السبب في الخيار (التغير) وهكذا

(١) بداية الجتهد ١٢٣/٢ وفيه مباحث مفصلة للغرر الذي اعتبره من أسباب الفساد العامة في العقود ١٢٢/٢ - ١٣٢ ثم أشار إلى أن بيع الشروط والثنا فسادهما راجع إلى الغرر لكن لما تضمنها النص جعلها قسما على حدة . ونظما في ١٣٢/٢ - ١٣٧ ونحوه في المقدمات لابن رشد الجد ٥٤٧ والقوانين الفقهية ٢٤٧ - ٢٤٩ .

(٢) بداية الجتهد ١٤٣/٢ .

(٣) رد المختار ٤٥/٤ و ١٥٩ .

قسم مصنفوهم التغيرير إلى قسمين (أحدهما) التغيرير القولي (وهو هذا)
والقسم الآخر التغيرير الفعلي (أو التدليس بالتصرية ونحوها) ولا شك أن التغيرير
هو الوسيلة المسببة للخيار، أما الغبن فهو شريطة حصول الأثر. ومن الطبيعي
إضافة الخيار إلى سببه ، أما الشرائط فقد تتعدد وتختلف مواقف المذاهب
تجاهها. ثم ان التغيرير عنوان لأعمال لا حصر لها: منها الاطراء للمبيع، ومنها الكذب
فى القول والأيمان الفاجرة المنفقة للسلعة ، فلا بد من أن يوجد شيء من هذا
ليولد الخيار بعد تحقق شريطة الغبن . فمنشأ الخيار هو التغيرير وقد يحصل الغبن
بلا تغيرير فلا يفيد .

وقد ذكر ابن عابدين هذا الخيار مرتين فى بيانه لما عدده الشارح
الحصكفي من خيارات ، المرة الأولى عندما دعاه الحصكفي (خيار الغبن)
فقيده ابن عابدين بأنه إذا غرّ البائع المشتري أو بالعكس. أما المرة الثانية فعلى
سبيل ذكر المختز للتغيرير الفعلي فقال : أما القولي فهو ما مر فى قوله (وغبن)
والفعلي كالتصرية . . . وبه أخذ الأئمة الثلاثة وأبو يوسف ، وعندهما يرجع
بالنقصان . على أن بعض شارحي « الأزهار » من فقهاء الزيدية أدخلوا فى
باب الغرر خمسة خيارات هى :

- ١ - المصرة ، وهو كما رأينا ألصق بخيار التدليس (أو التغيرير
الفعلي)
- ٢ - الصبرة المبيعة ، بدون معرفة مقدارها . وهو خيار المقدار
حسب الحصر المفضل للخيارات .
- ٣ - الصبرة من الثمن ، وهو خيار الكمية عند الحنفية .
- ٤ - تلقى الركبان ، وقد آثرت جعله من أفراد باب التغيرير .
- ٥ - تدليس المشتري على البائع ، وعكسه^(١) .

(١) التاج المذهب ، ٣٩٠/٢ للأولين ٣٩٧/٢٥ للبقية . والمتزع المختار ٨٥/٣ للأولين ٩١/٣ للبقية حيث إنهما
أوردا الثلاثة الأخيرة بمناسبة خيار الرؤية وأنه للمشتري دون البائع فاستطرد إلى ذكر ما للبائع وهى الخيارات
الثلاث الأخيرة .

وهذا هو قوام خيارات التغيرير القولى . فالحالتان الأخيرتان هما فقط جديرتان بالانضواء تحت عنوان خيار التغيرير . أما الخيارات الأخرى المذكورة فادخالها تحت عنوان الغرر أو التغيرير مبعثه أنه يلحظ فى مقومات الخيار معنى الغرر ، وهذا وحده ليس كافيا إذ لو اعتبر بمفرده لدخلت تحت خيار التغيرير كثير من الخيارات المسماة بأسماء تخصصها . والذى ينبغى فى تحديد سمة الخيار أن يجذب كل خيار إلى أظهر الأسباب وأقواها فيغلب على غيره ويعتبر ذلك السبب فى التسمية والتكوين .

تنازع التغيرير لعدد من الخيارات :

ان الحنفية قد صوّروا خيار التغيرير القولى فى مجالين مختلفين :

أحدهما - بيوع الأمانة ، فخيار المراجعة واخواتها عندهم تطبيق للتغيرير القولى بكذب البائع وخيائته فى الإخبار بالثمن ، وبما أن هذا الخيار أفرد له باب مستقل فى معظم مصنفات المذاهب فلا مساع لإدراجه تحت خيار التغيرير القولى .

والجال الثانى - هو بيع الماكسة فيما إذا حصل تغيرير قولى بالمشتري أدى إلى غبنه ، فالغبن والتغيرير عنصران أساسيان هما قوام الخيار . والواجب أن يغلب فيه أحد العنصرين وهو عنصر التغيرير لأنه هو الذى سبب ولادة الخيار ، وهو الوسيلة المادية، والغبن هو شريطة لقيام الخيار، لذا انحازت هذه الصورة إلى خيارات التغيرير باسم التغيرير القولى أو خيار الخديعة .

وقد ذكر الحصكفي فى الدر المختار (خيار التغيرير الفعلى) فاحترز ابن عابدين عن التغيرير القولى وأنه ما مرّ فى خيار الغبن، ومراده : الغبن مع التغيرير والذى مرّ وهو أَوْهَيْ - مسألة خيار الغبن التى حطت الأقوال فيها إلى أنه لا رد بالغبن الفاحش إلا إذا رافقه تغيرير^(١) ، ومما يلحظ أن الحنفية بحثوا هذه

(١) الدر المختار ٤/٤٦ نقلا عن الأشباه قائلا: فبلغت تسعة عشر .

المسألة في باب المراجعة . بل قاسوها على المراجعة بجامع ما في الصورتين من التغير والخيانة^(١) وقد رأينا مزيد صلتها بالتغير واستحقاقها الانحياز إلى خياراته .

ذكر الحنفية أن الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث حالات :

١ - الغرور بالشروط : كما لو تزوج امرأة على أنها حرة فظهر أنها أمة واستحققت رجوع عليه بقيمة الولد المستحق . وهو غير الإخبار المجرد ومثلوا للغرور بالإخبار المجرد بما لو قال لرجل إن فلانة حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة واستحققت فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر .

٢ - أن يكون في قبض يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والاجارة، فلو هلكا ثم استحقا رجوع على الدافع بما ضمنه . ولا رجوع في العارية والهبة لكون القبض لنفسه .

٣ - أن يكون في ضمن عقد معاوضة . مثاله لو بنى المشتري ثم استحققت الدار فإنه يرجع بقيمة البناء . ونحوه لو أخبر الأب أهل السوق بإذنه لابنه القاصر في التصرف ، فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه^(٢) .

وان خيار التغير القولي المقترن بالغبن هو من مسائل هذه الحالة الأخيرة : ورود التغير في ضمن عقد معاوضة .

وبعض الحنفية يصرح بالشبه الشديد بين خيار التغير القولي وبين خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، لأنه في التغير اشترى السلعة على قول البائع فكان شرطاً له - اقتضاء - وصفاً مرغوباً فيه فبان بخلافه^(٣) .

(١) قال ابن عابدين : إذا خان في المراجعة فإن ذلك تغير يثبت به الرد (١٥٩/٤) .

(٢) رد المختار ١٦٠/٤ نقلاً عن الأشباه . وهو في حاشية الحموى ٣٣٤/١ وذكر ابن عابدين أن صاحب « نور العين » زاد حالة رابعة وهي ما لو ضمن الغار صفة السلامة كأن قال : اسلك هذا الطريق فإنه آمن . وإن أخذ مالك فأنا ضامن ٩٢/٢ وجامع الفصولين ١١٦/٢ والدرر ٣٠٥/٢ ومجمع الضمانات ص ٤٥٤ .

(٣) رد المختار ١٦٠/٤ - ١٦١ .

فى مذهب المالكية :

ذكر القفصى من المالكية التغرير ثم قال : هو إما قولى ، كالنجش .
وإما فعلى كالتصرية . لكنه أحوال النجش على موطن سابق . وكان فى ذلك
الموطن أورده فى جملة أمثلة للشريطة الثامنة من شرائط البيع ، وهى أن لا
يتعلق به حق لأحد « فإن تعلق به حق لأحد وكان معيناً وقف اللزوم عليه وقيل
يفسخ . وإن كان غير معين ، كالحبس على الأعقاب بطل » (١) .

ألا أن يكون ذكره للنجش بمناسبة تعلق حق لأحد ، لأنه بعد أن
ذكر الشريطة وبقي عليه التمثيل لها - كعادته فى الشرائط الأخرى قال : وقد
ورد النهي عن بيعات لتعلق حق الغير منها . . النجش .

والذى قاله عن النجش : « لم يفسخ على المشهور ، فإن كان بدس
من البائع أو علم وقبل : خير المشتري فى الفسخ والأخذ بالثمن . فإن فات
يؤدى القيمة ، وإن كان أجنيا لم يعلم به البائع فلاشئ له ، ولا شك أن ما
يشبه النجش تسرى عليه هذه الأمور ، لأنه لم يذكر النجش إلا للتمثيل .

ومن صور التغرير القولى لدى المالكية : (٢)

- ان يقول شخص لآخر : عامل فلانا فإنه ثقة ملىء وهو يعلم
خلاف ذلك ، فيضمن ما عامله فيه .

- قول صيرفى نقد دراهم (بأجرة) وأخبر أنها جيدة مع علمه
بردائها . أما لو كان بغير أجره فلا ضمان ، ولا ضمان كذلك ان أخطأ ولو
بأجرة .

- (اجارة) انا فيه خرق وأخبر المؤجر أنه سالم مع علمه بخرقه
فتلف ما وضع فيه . أما لو كان (اعارة) فلا ضمان .

(١) الباب للقفصى ١٣٧ و ١٦١ .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ١١٥/٣ - ١١٦ الخرشى وحاشية العدوى ٤٣/٤ .

وهذه الصور اقتضت الضمان ، أما لو كان التغيرير من البائع للمشتري فيترتب على ذلك الخيار . وكذلك إذا كان من غير البائع لكن بمواطأة معه .

في مذهب الشافعية :

صرّح الجمل في حاشيته على المنهج في بيانه محتز التغيرير الفعلى بأن التغيرير القولى كذلك فيه الخيار ، ثم لم يذكر له أمثلة سوى صورتين :

أما احدهما فهى « شرط وصف مقصود فى المبيع ثم ظهور فواته » وإذا كان يلمح فيما مرّ طابع التوسع فى اعتبار خيارٍ ما فرداً من أفراد خيار ، لكونه محققا للسبب الباعث على الخيار المشهور فإن من ذلك ادراج خيار فوات الوصف فى خيار التغيرير، فقد رأينا العبارة السابقة وأصرح منها إشارة بعض الشافعية إلى أنه قرين لخيار التغيرير الفعلى بالتصرية ونحوها من صور التدليس. والفارق هو أنه فى المصرة اعتمد الفعل وفى فوات الوصف المشروط الاعتماد على القول وهو أقوى من الفعل. لكن التغيرير القولى ملموس فى فوات الوصف حيث أخبر البائع بوجود الشرط المرغوب ثم ظهر أنه غرر بالمشتري وكذب عليه^(١) .

وجلى أن هذه الصورة عبارة عن خيار مستقل عن خيار التغيرير والذى فيها من معنى التغيرير لا يسوّغ ادراجها تحت خيار التغيرير .

وأما الصورة الأخرى فهى « ما لو باع بشرط براءة المبيع من العيوب فانه لا يبرأ من شىء منها بل للمشتري الخيار من جميعها » وهذه الصورة أيضا ليست من هذا الباب فى شىء فضلا عن كونها قلبا لأسلوب البراءة الذى يكون عادة براءة البائع من العيوب منها لو ذكر أن المبيع برىء ثم ظهر فيه عيب فهذا خيار العيب الثابت بالشرع ثبوتا حكما لفوات صفة السلامة

(١) الجمل على شرح المنهج ١٢٠/٣ و ١٣٠ .

المفترضة ولا قيمة لذكر البائع براءة المبيع من العيوب اللهم هو كذب منه يأثم عليه لكنه لا يولد خيارا ..

وقد ذكر السبكي أن من التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول (كاذبا) : طلب هذا الشيء منى بكذا ، أو اشترته بكذا ، فإن المشتري يغتر بما يقوله ويزيد فى الثمن بسببه^(١) ، لكن نظرا لورود البيع على طريقة المساومة (لا الائتمان والبناء على رأس المال) فإن على المشتري أن يثبت من تكافؤ الشيء مع الثمن المذكور . وعدم ثبوت الخيار للمشتري هنا لا ينافي ترتب الإثم على الكذب الذى افتراه البائع .

فى مذهب الحنابلة :

ذكر الحنابلة من صور التغرير بالقول الإخبار الكاذب عن الثمن ومن المقرر أن الكذب فى الإخبار بالثمن أورت خيارا فى بيع الأمانة وهى المراجعة وأحواتها ، وكان ذلك لما فى تلك البيوع من ائتمان غير أن الحنابلة أجروا ذلك فى بيع المساومة أيضا .

لو قال البائع : أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا ، فصدقة المشتري واشتراها بذلك ثم بان كاذبا ، فالبيع صحيح ، وللمشتري الخيار قال ابن قدامة : لأنه فى معنى النجش^(٢) .

أما الشافعية فهم لا يرون الخيار فى صورة الإخبار بما اشترى به كاذبا حيث لم تبع مراجعة^(٣) .

فى مذهب الزيدية :

أما الزيدية فإن خيار التغرير لديهم هو خامس الخيارات الداخلة فى باب الغرر، وقد أطلقوا عليه اسم التدليس بعدما فصلوا منه خيار المصرة وما هو

(١) تكملة المجموع ٩٩/١٢ .

(٢) المغنى ١٦٠/٤ م ٣١٠٠ الفروع ٩٩/٤ .

(٣) نهاية المحتاج ٤٧٠/٤ .

بمعناه، فتبين أن مرادهم (التغير القولى) وقد نصوا على أن ذلك يقع من البائع، أو من غيره بعنايته وتديره، تغيراً بالمشتري بغلاء المبيع الذى اشتراه أو حقارة الثمن الذى اشتراه به فيثبت للمشتري الخيار.

ولا يختص خيار التغير بالمشتري، بل يكون للبائع أيضاً إذا غره المشتري، أو غيره بعنايته وتديره، بأن المبيع دون ما هو عليه من القلة فى القدر أو فى القيمة، أو أنه غير مرغوب إليه فى الشراء، أو غير مرغوب فيه بالانتفاع، بحيث لولا التغير لما باعها ثبت للبائع الخيار ولو باعه بالثمن الوافى^(١).

المبحث الرابع

شروط خيار التغير ومجاليه

صرح فقهاء الحنفية بأنه يجب أن يكون التغير من العاقد نفسه، سواء كان هو البائع أو المشتري، فلا عبرة بتغير أجنبى عن العقد. ويستثنى من ذلك ما لو كان ذلك الأجنبى يعمل للعاقد بطلبه (كالدلال مثلاً) فيثبت الخيار للمغتر به. وهذه الشريطة من الوضوح بحيث لا تحتاج إلى نقل تصريح المذاهب الأخرى بها^(٢).

وقد ذكر ابن عابدين مثلاً لتغير الدلال وهو أن يطلب رجل من آخر (غزال مثلاً) أن يبيعه غزلاً فيدله الغزال على رجل ليقوم ببيعه غزلاً، لكن الغزال دفع غزله إلى ذلك الرجل ثم جعل نفسه دلالاً بينه وبين الطالب، واشترى الطالب الغزل بأزيد من ثمن المثل بمعرفة الدلال (المطلوب منه أولاً، وهو مالك الغزل الحقيقى) فللطالب الرد. ولو تصرف ببيعه ثم علم بالغبن وبما صنع (أى بالتغير) فله أن يرد الباقي مع رد مثل ما صرف فى حاجته إن

(١) التاج المذهب شرح الأزهار ٣٥٢/٢ و ٣٩٧.

(٢) رد المختار ٤٦/٤ حاشية الحموى على الأشباه ١٩٥/٢.

كان مثليا وتوقف في الحكم لو كان قيميا^(١) .

وظهر من هذه المسألة اشتراط الحنفية مع التغرير وجود الغبن كما سبق بيانه .

مجال خيار التغرير ، وصاحبه :

هذا وإن التغرير القولى (الذى خصّص بمطلق لفظ التغرير) لا ينحصر وقوعه فى السعر ، بل يحصل فيه وفى أصل الشراء فكما ينصب التغرير (القولى) على السعر للإيهام بأنه مناسب ولا غبن فيه قد لا يكون السعر محل اطراء بل يتناول التغرير أصل الشراء للإيهام بصلوح الشيء لحاجة المشتري ، أو احتمال نفاد المبيع ، أو الإيهام بملاءة المشتري كما لو قال : عامل فلانا وهو ثقة ملئ^(٢) .

ومن هنا ذهب الزيدية إلى ثبوت خيار التغرير فى البائع كما يثبت فى المشتري لذا لا يعلم تقسيم التغرير إلى (تغرير فى السعر) ليشمل صور التغرير القولى (وتغرير فى الوصف) ليستغرق صور التغرير الفعلى^(٣) .

المبحث الخامس

سقوط خيار التغرير وانتقاله

سقوطه :

أشار ابن عابدين إلى أن استدلالهم فى التغرير والغبن بمسألة المراجعة يفيد أن خيار التغرير فى حكم خيار الخيانة فى المراجعة وفى حال هلاك المبيع أو

(١) رد المحتار ١٥٩/٤ وأشار إلى ما لو غرّ المشتري البائع فى العقار فأخذ الشفع بالشفعة ، هل للبائع أن يسترد منه ؟ ينبغى عدمه لأنه لم يغره وإنما غره المشتري .

(٢) حاشية المدوى على الخرشى ٤٣/٤ ذكر هذا الفرع مثالا للاحتراز بالتغرير الفعلى عن القولى .

(٣) المدخل الفقهى العام ، للاستاذ مصطفى الزرقا ٣/١٨٧ ف/ وذلك التقسيم منه .

استهلاكه قبل الرد ، أو حدوث مانع من الرد حيث يلزم جميع الثمن المسمى ويسقط الخيار فالظاهر أن هنا كذلك ^(١) .

انتقال خيار التغيرير :

استظهر التمرتاشي من الحنفية - وأقره الحصكفي - أن خيار التغيرير لا ينتقل إلى الوارث ، لتصرّحهم بأن الحقوق المجردة لا تورث ، قال ابن عابدين : ويؤيده ما بحثه في البحر من أن خيار ظهور الخيانة لا يورث لتعليلهم بأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن . بل هناك ما يجعل نفي توريثه بالأولى ، لأنه خيار لدفع الخداع فإذا كان خيار الشرط المملووظ به لا يورث فكيف غير المملووظ مع كونه مختلفاً فيه ^(٢) .

(١) رد المختار ١٦٠/٤ .

(٢) رد المختار ١٦١/٤ وأشار إلى رأي معاكس بأنه يورث قياساً على خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، لكن كرّر ترجيح عدم توريثه .

الفصل الثالث

خيار النجش

الفصل الثالث

خيار النجش

المبحث الأول

تعريفه ومشروعيته

تعريف النجش لغة وشرعا :

هو فى اللغة : تنفير الصيد واستثارته من مكانه لىصاد ، وقال ابن قتيبة : هو الختل والخديعة ، ومنه قيل للصائد (ناجش) لأنه يخلت الصيد ويختال له (١) .

أما فى الاصطلاح الشرعى فهو عند الحنفية : أن يزيد فى السلعة ولا يريد الشراء ، ليرغب غيره . وعرفه ابن رشد بقوله : ان يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها . وهو مستمد من تفسير الامام مالك له فى الموطأ : ان يزيد فى السلعة على ثمنها من غير إرادته شراءها ، ليغر غيره بأن يقتدى به . و (الثمن) المذكور هنا حملة المالكية على الثمن الذى وقع فى المناداة لا القيمة وبنحوه فسرہ الشافعية والحنابلة وابن حزم . وسيأتى تقييد الحنفية كراهته بالزائد عن القيمة . فخيار النجش هو : حق المشتري فى فسخ البيع للتغريب بمزايدة وهمية .

فالمراد منه أن يعطي الناجش بالسلعة ثمنا لا يريد شراءها به ، ولكن ليقترى به من يسومها فيعطى بها أكثر مما كان يعطى (٢) .

(١) القاموس المحيط والمصباح المنير ولسان العرب مادة/نجش .

(٢) فتح القدير ٢٣٩٥ رد المختار ١٣٢/٤ بداية المجتهد ١٦٦/٢ الموطأ ١٥٠ الدسوقي ٦٨/٣ المغنى ١٦٠/٤ مغنى

المحتاج ٧٢ المحلى ٤٤٨/٨ م ١٤٦٦ جواهر النظم للسالى ٢٧٨ .

حكم النجش ، ومشروعية خياره :

النجش منهي عنه في السنة بأحاديث منها : عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش . وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد ، وأن يتناجشوا^(١) وقد ورد ما يدل على جواز لعن الناجش ، لما صدر منه من الظلم والكذب والتغريب .

وجمهور الفقهاء ذكروا النجش في عداد البياعات المنهى عنها ، ودل صنيعهم على أن المراد بالنهاي التحريم ، أو الكراهة التحريمية عند الحنفية . وهذا النهي مجرد عن أي قيد عندهم إلا الحنفية ، فهم يرون أن النهي محمول على ما إذا كانت السلعة بلغت قيمتها ، فإنه تغريب للمسلم ظلما ، أما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز ، لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره ، إذ كان شراء الغير بالقيمة . بل نقل ابن عابدين أنه في هذه الصورة محمود وقد ذهب إلى مثل ذلك ابن العربي المالكي فهو عنده مندوب إذا لم يزد النجش عن القيمة . والمعول عليه للمالكية المنع سواء زاد على الثمن الذي شأنها أن تباع به أو زاد على أقل منه ، بلغ القيمة بزيادته أو لا^(٢)

ولا يخفى رجحان مذهب الجمهور لما يستندون إليه من إطلاق النص ، والتقيد له عسير بمثل هذه الحجة من المعقول ، فالضرر غير منتف عن المشتري بالقيمة إذا لوحظ ما فاته من الخطوة بالشراء بأقل منها ولا ضرر حينئذ يلحق البائع لحصول الرضا منه ولعدم التلازم بين القيمة وبين رأس المال ، أما المشتري فإن رضاه قد لحقته شائبة بالنجش لأنه فقد الميزة المبتغاة

(١) رواهما البخاري ومسلم . وروى مالك أولهما بلفظ : نهى عن بيع النجش .

(٢) المراجع السابقة وفتح القدير ٢٣٩/٥ والعناية ٢٣٩/٥ ورد المختار ١٣٢/٤ البدائع ٢٣٣/٥ والفتاوى الهندية

٢١٠/٣ نقلا عن قاضيخان والسراج الوهاج قال : وهو مأجور في ذلك والدسوقي على الشرح الكبير ٦٨/٣

والخطاب ٤٦٨/٤ .

من الشراء بالمزايدة وهي أخذ الشيء بنحو الثمن الذي رغب غيره في الشراء به
رغبة حقيقية^(١) .

والنهي هنا عند جمهور الفقهاء لا يؤدي إلى بطلان البيع ، وهو رواية
عن أحمد لأن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد ، كبيع المعيب . وفارق ما
كان لحق الله تعالى ، لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن^(٢)
لكنه يعيب الرضا ولذا أثبت به الخيار كل من المالكية والحنبلة والظاهرية ، في
حين نفاه الحنفية والشافعية والإباضية . وللشافعية قول بإثباته « للتدليس
كالتصرية . ومحل الخلاف عند مواطأة البائع للنجش . وإلا فلا خيار
جزماً »^(٣) .

أدلة النفي والاثبات :

لم يعتبر الحنفية النجش موجبا لخيار ، فضلا عن تفصيلهم في كراهته
أو ندبه . . ولم يذكروا مستندا لهذا الموقف ، ولعلمهم تمسكوا بالأصل وهو أن
أحاديث النهي عن النجش لم تذكر الخيار ، أما الشافعية فدليلهم للأصح في
المذهب - وهو عدم الخيار - أن المشتري مفطر حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل
الخبرة . ودليل الرأي المرجوح قياس النجش على التصرية .^(٤)

وهناك إيراد على الشافعية بإثباتهم الخيار للبائع في مسألة تلقى
الركبان . ونفيهم الخيار عن المشتري في مسألة النجش ، مع أن كلا منهما

(١) في معنى المحتاج ٣٧/٢ تنبيه متصل بما في تعريف النجش من عبارة (ليخدع غيره) فهو يؤهم أنه لو زاد
ليسوا قيمة السلعة بخور . وجرى على ذلك بعض الشراح (قال) : والمتجه التحريم لا يذاء المشتري .
ولعموم « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » . ونحوه في نهاية المحتاج ٤٧٠/٤ « ولا فرق بين بلوغ
السلعة قيمتها أو لا ، وكونها لقيم أو غيره » .

(٢) المغنى ١٦٠/٤ م ٣٠٩٩ نيل الأوطار ١٨٨/٥ بداية المجتهد ١٦٦/٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٧٠/٤ ومعنى المحتاج ٣٧٠٢ ورد المختار ١٣٢/٤ والدسوقي على الشرح الكبير ٩٨/٣ والخطاب
والمواق ٤٩٨/٤ والحرثي ٨٣/٥ واللباب للقفصي ١٣٧ والمغنى ١٦٠/٤ والشرح الكبير على المقنع ٧٩/٤
والقروع ٩٦/٤ وكشاف القناع ٢١١٠٣ والمغنى ٥٢٠/٨ م ١٤٦٦ وشرح البيل ٤٦٨/٢ والابيضاح للشاخي
٩٧/٣ - ٩٨ .

(٤) معنى المحتاج ٣٧/٢ وتكملة المجموع ٩٩/١٢ والوجيز ١٣٩/١ .

وجد منه تقصير في البحث والتفتيش . وجوابهم عنه : أن المشتري في النجش مقصر أكثر ، لسهولة البحث عليه ، لكونه في البلد . بخلاف البائع في مسألة تلقي الركبان ، لا سيما إذا كان غريبا لا يعرف أحدا من أهل تلك البلدة ^(١) .

ومستند اثبات الخيار - عند السبكي على تقدير إثباته لدى الشافعية - هو التغير ، كالتصرية ، فيكون دليلها دليلا له : مع فارق الوسيلة فيها وهي لا أثر لها في المشروعية . كما يفارق النجش التصرية بأنها تغير في ذات المبيع ، وهو خارج عن المبيع ^(٢) .

المبحث الثاني

شروط خيار النجش

علمنا مما سبق أنه لم يثبت ذلك الخيار سوى المالكية والحنابلة والظاهرية . وقد اختلفت شرائطه لدى هذه المذاهب :

١ - التواطؤ بين البائع والناجش ، اشترطه المالكية وحدهم ويكفي للتواطؤ عندهم ثبوت علم البائع بالناجش وإقراره على فعله ولم يشترطه الحنابلة ولا الظاهرية . إنما جعل ابن حزم البائع كالناجش في المعصية إن رضي بذلك ^(٣) .

٢ - الغبن ، اشترطه الحنابلة ، ولم يشترطه المالكية ولا الظاهرية . وقد حدّده الحنابلة بأن لا تجرى العادة بمثله . أما إن كان مما يتغابن بمثله فلا خيار ^(٤) وعندهم فيه أقوال أخرى بأن يثبت فيه الخيار وإن قلّ الغبن ، وهو ظاهر الخرقى . وقال أبو بكر وابن أبي موسى : يقدر بالثلث ، وقيل : بالسدس .

(١) فتاوى ابن حجر ٥٢٢/٢ .

(٢) تكملة المحسوع ٩٩/١٢ نهاية المحتاج ٤٧٠/٤ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٦٨/٣ والمواق ٣٧٧/٤ الباب للقفصى ١٣٧ المغنى ١٦٠/٤ ٣٠٩٩ المجلد ٥٢٠/٨ طه م ١٤٦٦ .

(٤) المغنى ٤٦٠/٤ ٣٠٩٩ المجلد ٥٢٠/٨ طه م ١٤٦٦ الدسوقي على الشرح الكبير ٦٨/٣/٣ .

وعن أحمد رواية انه يثبت لهم الخيار مع عدم الغبن وهو ظاهر الخبر. وحدّ الغبن عند ابن حزم أن يكون « بزيادة على القيمة »^(١) .

المبحث الثالث

صاحب الخيار

النجش - كما رأينا في تعاريفه السابقة - الزيادة في ثمن السلعة من غير ارادة شرائها فخيار النجش للمشتري فهو الذى غرّر به من قبل البائع أو من تواطأ معه .

ولكن المالكية يصورون هذا الخيار فى البائع أيضا فيما إذا تواطأ المشتري مع جميع المشترين أو الأكثر ، أو مع الواحد الذى له حكم الجماعة كشيخ السوق مثلا ، بأن يكفّوا عن الزيادة فى السلعة ، ليشتريها السائل برخص . فإن ثبت ذلك التواطؤ بيينة أو اقرار خير البائع بين استرداد السلعة وعدمه . هذا إن كانت قائمة ، فإن فاتت فله الأكثر من الثمن والقيمة^(٢) .

(١) حاشية المقنع ٤١/٢ والمحلى ٤٤٨/٨ .

(٢) الخرشى بخاشية العدوى ٨٣/٥ والمواق ٣٧٧/٤ والدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٦٨٣ - ٦٩ وفيه تفصيل حول حق المشتري فى إلزام من تواطؤا معه فى الشركة إن أمضى البائع العقد بالأكثر من الثمن والقيمة ولحق المشتري خسارة لاستواء الجميع فى الظلم فهو ظالم بسؤاله وهم ظالمون بإجاباتهم . وقد نازع البناني فى هذا بأن الضرر انما كان على البائع وهو قد رضى حيث أمضى البيع . وهذا الاعتراض وجيه شديد .

الفصل الرابع

حيار تلقي الركبان

الفصل الرابع خيار تلقى الركبان

تمهيد :

خيار تلقى الركبان أحد أفراد خيار التغرير القولى وليس من خيارات الغبن ، وهذا على ما اخترت من تحديد مشمولات كل من الغبن والتغرير بعدما رأيت من تداخل بينهما عند بعض المصنفين من الفقهاء ، ومنه اعتبار الحنابلة والزيدية (تلقى الركبان) من مواطن ثبوت الخيار للغبن وقد ضموا إليه النجش والمسترسل . والسبب فى هذا التصنيف اشتراط وقوع الغبن فى الصور الثلاث . لكن دور الغبن كشرطة لا ينفى موقع النجش والتلقى فى التغرير القولى ، فهما من صوره الأصلية ، وليس الغبن إلا شرطة للخيار . وعباراتهم تفيد هذا حيث يقول ابن قدامة عن النجش « انه تغرير بالعاقدة فإذا كان مغبونا ثبت له الخيار كما فى تلقى الركبان » ويقول الرملى : والمعنى فيه احتمال غبنهم سواء أخبر كاذبا أو لم يخبر ، ونحوه للسبكى من قبله : « الخيار فى تلقى الركبان مستنده التغرير ، كالتصرية » وقول الغزالي : ثبوت الخيار بالكذب فى تلقى الركبان من باب التغرير . وفى الفروع : ولو تلقى الركبان ولم يقصد ذلك واشترى وغبنوا - وفى رواية ولو لم يغبنوا - فلهم الخيار ، ومثله ما لو باعهم^(١) .

مفهوم تلقى الركبان :

المراد من تلقى الركبان : ان يتلقى طائفة يحملون متاعا إلى البلد ، فيشتره قبل قدومهم ومعرفتهم بالسعر . والمراد بالركبان القادمون سواء كانوا

(١) المضى ٤/١٦٠ . ٣٠٩٩ نهاية المحتاج ٣/٤٦٦ تكملة المجموع ١٢/٩٩ الوجيز للغزالي ٢/١٤٣ التاج المذهب ٢/٣٩٧ والفروع ٤/٩٥ .

ركبانا أو مشاة ، جماعة أو واحدا ، ويُسمى موضوع هذا الخيار : تلقى الركبان ، أو تلقى السلع أو تلقى الجلب (أى المجلوب) أو تلقى البيوع . كما يسمى تلقى القادم .

وقد ذكروا أن التنصيب على الركبان فى بعض الروايات خرج مخرج الغالب فى أن من يجلب الطعام يكون فى الغالب راكبا وحكم الجالب الماشى حكم الراكب بدلالة حديث أبى هريرة عند مسلم : نهى النبى ﷺ أن يتلقى الجلب وحديث ابن مسعود فى الصحيحين : نهى صلى الله عليه وسلم عن تلقى البيوع .

حكم التلقى شرعا :

وظاهر الأحاديث النهى عن تلقى الركبان وبه أخذ الجمهور ، ونص الشافعية على أن الشراء من الركبان فى حال التلقى معصية لكنه صحيح وحكى ابن المنذر عن أبى حنيفة أنه أجاز التلقى . وقد تعقبه الحافظ ابن حجر بأن الذى فى كتب الحنفية كراهته فى حالتين : أن يضر بأهل البلد ، وأن يلبس السعر على الواردين هذا ما نقله الشوكانى ويظهر تأييده بما فى الهداية من ذكره النهى النبوى عنه وحمله على الكراهة ثم تقييدها بإياه بضرر أهل السوق أو تلبس السعر^(١) .

وقد اختلف الفقهاء فى مفهوم النهى هل هو لمنفعة أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دونهم ، أو هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقى . قال مالك بالأول واقتضى قوله هذا أن لا يرى فيه خيارا بل هو من البيوع المنهى عنها ولا يفسخ البيع إن وقع بل هو صحيح على المشهور ، وفيما يفعل بالسلعة قولان : أحدهما أنه يختص بها . والثانى : إن السلعة تعرض على أهل السوق فيشاركه من شاء منهم ، ولهم مباحث فى حد التلقى لا داعى لذكرها .

(١) نيل الأوطار ١٨٨/٥ معنى المحتاج ٣٧/٢ المعنى ٣١٩/٤ .

أما الرأي الآخر القائل بأن النهي لمصلحة البائع فقد ذهب إليه الشافعي وآخرون ومقتضاه أن يثبت لرب السلعة الخيار : إن شاء أنفذ البيع أو رده .

هذا ، ولم يذكر ابن رشد موقف الحنفية في المقصود بالنهي ، وقد صرح الكاساني بأن للنهي تفسيرين والمقصود الإضرار بالعامّة على التفسير الأول وهو حالة القحط بالبلد ، وتغريب أصحاب السلع على التفسير الثاني بالشراء منهم بأرخص وهم لا يعلمون ، قال ابن رشد : « ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت :

« لا تتلقوا الجلب ، فمن تلقى منه شيئا فاشتره فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق »

وصنع ابن رشد ينبئ عن ميله إلى هذا الرأي، وهو مصيب في ذلك ^(١)

المذاهب في خيار تلقى الركبان . وأحكامه :

لم يثبت الحنفية خيارا في تلقى الركبان في كلا الصورتين الممنوعتين (الاضرار بأهل البلد حيث ينزل بهم قحط أو ضيق ، والتليس للسعر على الواردين والتغريب بهم) وهو ما ذهب إليه مالك أيضا والاباضية ^(٢) .

أما القائلون بإثبات الخيار لمن غرّر به بطريقة التلقى ، فهم الشافعية وقد سوا بينه وبين المصرة، للتغريب ، وسواء فيه أن يخبرهم المشتري كاذبا أم لا ، وهذا إذا تلقاهم خارج البلد ، أما لو تلقاهم بعد دخول البلد - ولو خارج السوق - فلا خيار لهم ، لإمكان معرفتهم الأسعار من غير المتلقين . واشتروا حصول الغبن . والجهل بسعر البلد ، فلو اشترى المتلقى منهم بسعر

(١) بداية المجتهد ١٦٦/٢ .

(٢) البدائع ٢٢٢/٥ بداية المجتهد ١٦٦/٢ والخطاب والواق ٢٧٨/٤ والدسوقي ٧٠/٢ واللباب

للقصى ١٢٧ والتوانين الفقهية ٢٥٠ جوهر النظام ٢٧٨ .

البلد - أو بدونه وهم عالمون - فلا خيار لهم . وخيار الركبان عندهم على الفور ، كخيار العيب . ويشترط له بقاء الغبن ، فلو لم يعلموا بالغبن حتى رخص السعر وعاد السعر عاريا عن الغبن فلا يثبت الخيار لزوال المقتضي ، كزوال العيب . وأخيرا ان تلقى الركبان للبيع منهم هو كالتلقى للشراء ، نظرا لوحدة المعنى بينهما^(١) .

وأخذ الحنابلة بالخيار أيضا - بعد تحريمهم تلقى الركبان للشراء منهم مع تصحيحهم البيع - فللراكب المتلقى الخيار في فسخ البيع إذا غبن غبنا غير معتاد (في ظاهر المذهب) والبيع للركبان بالتلقى حكمه حكم الشراء في الخيار^(٢) .

وذهب ابن حزم إلى تحريم تلقى الركبان سواء أضر ذلك الناس أو لم يضر (واستعرض معظم الاحتمالات وسوى بينها) ثم ذكر أن من تلقى جلبا فالجالب بالخيار إذا دخل السوق ولو بعد أعوام في امضاء البيع أو رده واشترط للامضاء رضا الجالب صراحة « بأن يلفظ الرضا ، لا بأن يسكت فان مات المشتري فالخيار للبائع باق . فإن مات البائع قبل أن يرد أو يمضي فالبيع تام ، وهو خيار إلى غير مدة محدودة ، وكذلك قد ذهب الزيدية إلى القول بالخيار في تلقى البائع للركبان وشرائه منهم بشرطة حصول الغبن^(٣) .

وبعد أن ذهب الامامية إلى كراهة تلقى الركبان إن قصد ذلك أثبتوا الخيار للبائع بشرطة الغبن الفاحش^(٤) .

(١) معنى المحتاج ٣٦/٢ - ٣٧ ونهاية المحتاج ٤٦٧/٤ وقال : « ويبطل بتأخير الفسخ » ، والجمل على المنهج ٨٧/٣ .

(٢) المغنى والشرح الكبير للمقنع ٣١٩/٤ م ٣١٠٧ و ٣١٠٨ الفروع ٩٤/٤ .

(٣) المحلى ٥٢٠/٨ ط ٢ م ١٤٦٨ والتاج المذهب للعنسى ٣٩٧/٢ .

(٤) شرائع الإسلام ١٦٨ الروضة شرح اللمعة ٢٩٢/١ وأشار إلى شرطة أخرى لاعتباره تلقيا مكروها هي أن يجهل المتلقى بالسعر فلو علم به لم يكره .

الباب السادس

زمره خيار است الغبن

وفيه

أربعة فصول

- الأول : الغبن ، بوجه عام
- الثاني : خيار غبن المساومة (الغبن المجرد)
- الثالث : خيار غبن المسترسل
- الرابع : خيار غبن القاصر (وشبهه)

الفصل الأول

الغبين ، بوجبر عام

المبحث الأول

تعريف الغبن لغة وشرعا

الغبين في اللغة : النقص . فعله : غبن - من باب ضرب - يقال غبنه فأنغبين وغبُن (بالبناء للمفعول) فهو مغبون أى منقوص من الثمن أو غيره .

وغبنه في البيع والشراء غبنا وغبينة (وهى اسم المصدر) أى غابه وفى القاموس : غبنه فى البيع : خدعه ^(١) .

والمعنى الاصطلاحي للغبين مستمد من المعنى اللغوي نفسه فهو - كما يقول ابن نجيم من الحنفية : « النقص فى الثمن فى البيع والشراء » ومثله النقص فى البدل فى باقى عقود المعاوضات . ومعنى النقص هنا إذا كان المغبون هو المشتري: أن لا يقابل جزء من الثمن بشيء من المبيع لزيادة الثمن عن أكثر تقويم للسبيع من أهل الخبرة .

أما إذا كان المغبون هو البائع فالنقص فى الثمن حقيقى ^(٢) .

(١) المصاحح الميز . والمعرب . ومقاييس اللغة . ورد المختار ١ ١٥٩ ويلحظ هـ ما ورد فى المدخل الفقهى العام ف/ ١٨٧ من جعل أصل الغبن فى بيع من « غبن الثوب إذا ثناه فخاطه » وما فى المصاحح وغيره يدل على أن الغبن بمعنى (النقص) أصل لغوي بذاته فلا وجه لجعله من غبن الثوب بمعنى ثنيه ، ولعله مأخوذ مما فى المعرب للمصطفى مع أن عبارته وردت فى بيان أصل كلمة (المعائن) أى الآباط حيث قال أنها من غبن الشيء إذا غبته ، أو من غبن الثوب إذا ثناه ثم خاطه ، ولا صلة بين الغبن فى البيع وبين غبن الثوب ، لأن فى الأول معنى النقص ولا نقص فى غبن الثوب بمعنى طيه للخياطة ولذا عول ابن عابدين ، ومن قبله صاحب البحر على أحد الغبن من معنى النقص .

(٢) البحر الرائق ٧ ١٦٩

المبحث الثاني

الخيارات المرتبطة بالغبن

للغبن في الفقه الاسلامي تأثير في كثير من المواطن . غير أنه أحيانا يناف به الحكم صراحة ، وأحيانا يناف بسبب مادي أشد منه وضوحا ويكون هو المؤثر الوحيد أو أحد المؤثرات .

فمن المواطن التي يؤثر فيها : المبادلات الربوية بين الأجناس المتحدة . والاحتكار ، وأنواع من البيوع المنهى عنها ، كالنجش ، وتلقى الركبان ، وبيع الحاضر للبادي ، والمصرأة ونحوها من صور التغيرير الفعلي ، والبيع على بيع غيره (أى دخول أجنبي بين المتبايعين للاستئثار بالبيع أو الشراء) وبيع المسترسل ، وبيع الأمانة ، وحالة التغيرير القولي المقترن بالغبن لذا كان من الضروري استخلاص نظرية عامة في الغبن الذي تنشأ بسببه بضعة خيارات تختلف المذاهب تجاهها بين نفي وإثبات^(١) .

وقد اتخذ ابن قدامة^(٢) من الغبن مدارا لثلاثة خيارات هي :

١ - تلقي الركبان ، إذا اشترى منهم - أو باعهم - بغبن . لكني أرى أن المكان اللائق لهذا الخيار هو خيار التغيرير ، لأن قوامه هو التغيرير أما الغبن فشريطة مختلف فيها .

(١) استخلص الدكتور صبحي المحمصاني (في الموجبات والعقود ١٨٥/٢) الضابط التالي في موقف الحنفية من الغبن والتغيرير : (الأصل) : يستوجب لابطال العقد اجتماع الغبن الفاحش مع التغيرير . ولهذا الأصل مستثنيات :

١ - يعتبر التغيرير وحده كافيا في التدليس (أو التغيرير الفعلي) عند أبي يوسف ، وفي كتان العيوب . وفي إظهار الخيانة في المراجعة ونظائرها ، ولو لم يكن في كل ذلك غبن فاحش .

٢ - يعتبر الغبن الفاحش وحده دون تغيرير في مال القاصر والوقف - بحال الاستبدال - وبيت المال وفي تصرف الوكيل بالشراء وفي القسمة . (المجلة ٣٥٦) .

٣ - يعتبر الغبن ولو لم يكن فاحشا في بعض الأحوال ، كتصرفات المدين المريض بمحابة وما أشبه (المجلة ٣٩٤) .

(٢) المغنى ٥٢٢/٣ ط ٤ م ٢٧٧٧ .

بيع النجش . بالزيادة في السلعة من عامل لمصلحة البائع دون إرادة
الشراء ليقع المشتري في غبن . وهذه الصورة - فيما أرى - قائمة على التغيرير
القولى بالمشتري والغبن ليس شريطة عند مثبتى الخيار . فمكانه (التغيرير
القولى) .

٣ - المسترسل : ولا ريب في أن خيار المسترسل من صميم
خيارات الغبن . لأنه لا تغير يوجه إليه إنما هي خيانة طارئة من البائع بعدما
ركن إليه المشتري فترك المساومة في الثمن ولاذ بالبائع ليجيره من الغبن فأوقعه
فيه فهو خيار غبن حقا .

وتلخيص مواقف المذاهب من الغبن واستلزامه الخيار أو عدمه هو
بالصورة التالية :

الحنفية : لا يرون للمغبون خيارا إلا إذا كان مغررا به . أو كان غبنا
للقاصر :

المالكية : يقولون (فى رأى) بالخيار للمغبون مطلقا . أو كان مسترسلا
لبائعه .

الشافعية : يقولون (فى رأى) بالخيار

الحنابلة : يقتصرون على إثبات الخيار لمن كان مسترسلا وغبن .

الظاهرية : يرون للمغبون خيارا

الزيدية : يرون الخيار للمغبون فيما إذا كان غبنه غبنا للقاصر .

الجعفرية : يرون للمغبون خيارا لمجرد الغبن .

الاباضية : يختلفون فى الخيار للغبن الفاحش فى المسترسل وغيره ^(١) .

فالخيارات التى ارتبطت بالغبن فى مذهب أو آخر هى :

(١) شرح النيل ١٩٧/٨ - ٢٠١ الطبعة الثانية (بيروت) .

- خيار غبن المغرور ، قال به الحنفية (وقد اجتذبه عنصر التفرير فكان من خياراته التى سبقت .
- خيار غبن المسترسل ، قال به المالكية والحنابلة .
- خيار غبن المستغل لقصور أو نيابة ، قال به الحنفية والزيدية .
- خيار الغبن المجرد ، قال به الظاهرية والامامية .

ونظرا إلى أن بين هذه الخيارات الثلاثة الأخيرة المدروسة وراء الباب السادس مباحث مشتركة لا بد من تكرار ذكرها فى كل منها لآلا بالحديث عنها مسبقا فى فصل تمهيدى وهى حدّ الغبن بتعريفه وبيان ضابط الغبن المعتبر وشرطه لانحباب الخيار ، وموجب الخيار ، واسقاطه قبل العلم بالغبن أو بعده بعوض أو بدونه .

المبحث الثالث

ضابط الغبن المعتبر ، وشرطه

الغبن الذى يرد به شرعا هو الغبن الفاحش . والاطلاق محمول عليه كلما ذكر فى مجال الردّ .

والمراد بالغبن الفاحش عند الحنفية : ما لا يدخل تحت تقويم المقومين أى تقدير المقدرين للقيمة فيما يخرج عن تقدير المقوم المتطرف فهو غبن فاحش . هذا على القول الصحيح لدى الحنفية . كما فى البحر الرائق .

ومثال ذلك : ما لو وقع البيع بعشرة ثم ان بعض المقومين يقول : انه يساوى خمسة وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد . بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة . فهذا غبن يسير .

وانما كانت العبرة بتقويم المقومين . لأنهم هم الذين يرجع إليهم فى

العيوب ونحوها من الأمور التي تقتضى الخبرة فى المعاملات^(١) .

وقد ذكر ابن نجيم أن الفقيه نصير بن يحيى البلخى قدر الغبن المعتاد فى العروض بنصف العشر ، وفى الحيوان بالعشر ، وفى العقار بالخمس ، وما خرج عنه فهو ما لا يتغابن الناس فيه . وسبب تفرقه بين أنواع الأموال ان التصرف فيها مختلف ، فمقدار الغبن آكد فى الأموال التى يقل التصرف فيها وهو يكثر فى العروض ويقل فى العقار ويتوسط فى الحيوان ، وعلى هذا الأساس قدرت النسبة فى الدراهم بربع العشر بالنظر إلى قيم الأشياء الحقيقية . وقد تضمنت مجلة الأحكام العدلية هذا التقدير مع خطأ واضعها فى فهم رأى البلخى إذ اعتبروا الحد الفاصل الذى هو غبن يسير عنده بدءا للغبن الفاحش فنصوا على أنه على قدر نصف العشر ، والصواب أنه ما زاد على نصف العشر لا ما كان مساويا^(٢) .

أما المالكية فلمهم فى مقدار الغبن ثلاثة آراء (نحوها للإباضية) :

١ - الثلث . بأن يبيع البائع بما ينقص عن ثمن المثل الثلث فأكثر - فذلك فى حق البائع غبن . أما فى حق المشتري فأن يزيد عن ثمن المثل قدر الثلث فأكثر .

٢ - الزائد عن الثلث . وهو على ما ذكره ابن القصار .

٣ - ما دلت العادة على أنه غبن فلا يحد بالثلث ولا بغيره من

الأجزاء .

والراجع فى المذهب من بين الأقوال : اعتبار العوائد . أى لا حد له .

(١) رد المحتار ١٥٩/٤ .

(٢) البحر الرائق ١٦٩٧ - جمع منقولين ٣١/٢ التدوى الحيرة ٢٢٠/١ شرح حدة على حيدر عند المادة ١٦٥ .

قد اعترض الخصاص على رواية تحديد الغبن فقال : ان ذلك لم يخرج مخرج التقلب فى الأشياء كمال لأن

ذلك يختلف باختلاف السلع ومنها ما بعد أقل من ذلك غشا فيها ومنها ما لا بعد أكثر من ذلك غشا فيه

(السلع ٣٠/٦)

ولأنما المعتبر فيه العوائد بين التجار ، فما علم انه من التغاين الذى يكثُر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار . وذكر الخطاب ان ظاهر كلام ابن الحاجب ان هذا فى الغبن المختلف فيه والغبن المتفق على اعتباره (وهو غبن المسترسل ، والغبن فيما باعه الانسان عن غيره من وكيل أو وصي ، وأشار إلى رأي آخر بأن فى الغبن المتفق عليه لا ينظر للثالث أصلا . وقد رأينا أن الراجع اعتبار العوائد فأصبح الخلاف لا ثمرة له . . (١) .

والشافعية لم يأخذوا بخيار الغبن وإن فحش مقداره ، وذكر المهدي أن الغبن الفاحش عندهم هو العشر ، لفرضه فى الأموال لكفاية الفقراء فلا يتسامح إلا بدونه (٢) .

وحده عند الحنابلة ما يخرج عن العادة . وقيل فى تفسير ذلك : انه الثالث ، على ما ذكره ابو بكر فى التنبيه وابن أبى موسى فى "الارشاد" لأنه كثير بدليل حديث « والثالث كثير » وقيل : السدس . وقد ذكر ابن قدامة انه لا نص فيه عن أحمد . فالظاهر انه ما لا يتغاين الناس به فى العادة . لأن ما لا يرد الشرع بتحديدده يرجع فيه إلى العرف (٣) .

وحده عند الزيدية (القاسمية والرسية والناصرية) هو ما زاد على نصف العشر لحصول التسامح عرفا بما دونه . وقال الامام يحيى وابن المظفر من الزيدية : هو ما خرج عن تقويم المقومين . قال فى البحر الزخار : وهو القوي ، إذ لا دليل على تعيين القدر ورجحه فى المنار (٤) .

(١) الخطاب شرح حليل ٤٧٢/٤ ولا حاجة للتعقيب على ما أورده صاحب البحر الزخار من أن العين عند المالكية ما كانت الزيادة عن القيمة فوق الثلث (٣٥٤/٣) فهو أحد الأقوال . والعرب اقتصار ابن رشد عليه أيضا (بداية الجتهد ١٦٨/٢) . شرح النيل ١٩٩/٨ ط ٢ .

(٢) البحر الزخار ٣٥٤/٣ الوجيز ١٤٩/١ شرح الروض ٦٣/٢ .

(٣) المغنى ٤٩٧/٣ م ٢٧٧٧ والفروع ٩٧/٤ .

(٤) البحر الزخار ٣٥٤/٣ والروض النضير ٥٠٧/٣ .

اشترط الامامية في الغبن أن يكون بما لا يتغابن به غالبا (أى لا يتسامح به) والمرجع فيه إلى أهل العادة لعدم تقديره شرعا ، فدل ذلك على إحالة الناس فيه إلى تلك العادات .

وللمعتبر القيمة حال العقد ، فلو زادت بعده ، ولو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع لأن الزيادة انما حصلت في ملكه والمعاملة وقعت على الغبن ويحتمل عدم الخيار^(١) .

وقد ذهب الامامية إلى أن تقدير الغبن لا يراعى فيه الثمن وحده ، بل ينظر إلى ما انضم إليه من الشرط ، فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن ، لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالمبيع اللازم وهكذا غيره من الشروط^(٢) .

وهذا الذى صرحوا به عليه عدد من المذاهب حيث أشاروا إلى لزوم بيان الحلول والتأجيل و

شرط خيار الغبن :

يشترط لقيام خيار الغبن أن يكون المغبون جاهلا بوقوعه في الغبن عند التعاقد . وفي تلك الحال ورد حديث حبان الذى احتج به بعض القائلين بالخيار (وفيه انه هناك اشتراط عدم الخلاصة أو الغبن) أما إذا كان عالما بالغبن وأقدم على التعاقد فلا خيار له لأنه أتى من قبل نفسه فكأنه اسقط حقه راضيا^(٣) .

وقد عبر الامامية عن هذا الشرط بقولهم : عدم علم المغبون بالقيمة . ولا يخفى انه من حيث النتيجة متفق والتعبير السابق (جهل الغبن) .

(١) الروضة شرح اللمعة ٣٢٥/١ والمكاسب ص ٢٣٦ تذكروا الفقهاء ٥٢٣/١ .

(٢) المكاسب ص ٢٣٤ و ٢٣٧ .

(٣) البحر الزخار ٣٥٤/٣ المكاسب ٢٣٥ - ٢٣٦ .

ولا فرق عندهم بين أن يكون غافلا عن القيمة بالمرة أو ملتفتا إليها ولا بين كونه مسبقا بالعلم أو عدمه ، وثبوته للجاهل قائم ولو كان قادرا على السؤال .

وقد خالف بعض الظاهرية في الشريطة المذكورة (بعد قولهم بإبطال البيع مع الغبن) فسواء في البطلان علم العاقدان بالغبن وتراضيهما عليه أو عدم ذلك . وقد رد ابن حزم (الظاهري) على تلك الفئة من أهل مذهبه في حالة العلم واقتصر على ما لو جهل المشتري الغبن فأثبت له الخيار^(١) .

المبحث الرابع

موجب الخيار

إذا تحقق أن المغبون مسترسل ، وكان الغبن خارجا عن المعتاد فللمغبون الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا ، فهذا هو الموجب ليس غيرهما أي إن أمسك المغبون فيه لم يكن له المطالبة بالأرث وهو هنا مقدار الغبن^(٢) .

اسقاط الخيار :

إن بذل الغابن التفاوت احتمل سقوط الخيار عند الامامية لانتفاء موجهه ويحتمل عدم السقوط استصحابا للثبوت لأنه ثبت له فلا يزول إلا لسبب شرعي . لكن ان اتفقا على إسقاطه - بعوض أو بدونه - صح بعد العلم بالغبن . بل قبله أيضا على الظاهر ، لأن شرطه هو الغبن الواقع ولو لم يظهر ، وكونه إسقاطا لما لم يتحقق لا يضر . لأنه إبراء . (وكذلك الحال لو اشترط سقوطه في متن العقد يصح)^(٣) .

(١) انظر ٤٤٣/٨ .

(٢) يعني ١٠٢/٤ دليل الطالب ص ١١٠ .

(٣) تذكره الفقهاء ٥٢٣/١ المكسب ٢٣٨ .

مسقطاته :

يسقط خيار الغبن (مع التغرير) عند الحنفية - على ما تضمنته المجلة
العدلية - بما يلي :

١ - هلاك المبيع أو تغيره أو تعيبه : وفي حكم الاستهلاك تعلق
حق الغير . وليس له أن يدعى بشيء مقابلة لنقصان ثمن المبيع .

٢ - السكوت والتصرف بعد العلم بالغبن : فإذا تصرف المغبون
في المبيع بعد علمه بالغبن تصرف الملاك بأن عرض المبيع للبيع مثلاً ، سقط
حق الفسخ .

وكذلك الحكم عند الإمامية لكونه دليلاً على الرضا بلزوم العقد ،
ونوهوا بأنه لا يشترط العلم بالخيار هنا بل يكفي العلم بالغبن .

٣ - موت المغبون : فلا تنتقل دعوى (التغرير مع الغبن) إلى
وارث أمّا موت الغائب فلا يمنع^(١) .

(١) مجلة الأحكام العدلية (المستند من المذهب الحنفي) المجلد ٣٥٨ - ٣٦٠ المكاتب ٢٣٩ الروضة شرح
المسند ٣٢٥/١ مع تطويله في تصور التصرف

الفصل الثاني

حيار غبن المساومة

الفصل الثانى

خيار غبن المساومة

(المجرد عن التغيرير)

المبحث الأول

المذاهب المثبتة لخيار غبن المساومة

المراد بهذا الخيار : ثبوت حق الفسخ لمن وقع عليه غبن من المتعاقدين ، دون أن يشترط مع الغبن كونه مصاحباً للتغيرير ، أو كونه فى حال المسترسل أو القاصر الذى استغل الغابن قصوره . ولذا وصف هذا الغبن بالمجرد ، أو أضيف للمساومه بتمييزه عن خيارات الغبن الأخرى الآتية فيما بعد .

وقد اختلفت المذاهب فى اثبات الخيار لمن غبن فبعضها أثبتته بلا نزاع ، وبعضها تعددت فيه الآراء ، كما أن بعضها جزم بنفي هذا الخيار :

اثباته اتفاقاً عند الامامية :

ذهب الامامية إلى مشروعية خيار الغبن مطلقاً (مجرداً عن التغيرير والاسترسال أو الاستغلال) وذلك فى بيع المساومة . ويعرف من تتبع أحكام هذا الخيار عندهم أنه مغاير لخيار غبن المسترسل ، والفارق بينهما واضح ، فهنا يثبت الخيار للمغبون عامة باستثناء العالم بالقيمة المقدم على التعامل بغبن ، لدلالة ذلك على الرضا . فلم يشترطوا سوى جهل المغبون بالقيمة ولو كان قادراً على السؤال ، وذكروا أن جهله بالقيمة يثبت باعتراف الغابن ، وبالبينة ان تحققت . ويقول مدعيه مع اليمين ، لأصالة عدم العلم . وأقاموا لهذه الأمارات على جهله بالقيمة قيداً هو أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة بحيث لا تخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها . وإلا فلا يقبل قوله . ويرجع فى الجهالة إلى

البينة للمطلع على جهلها بالقيمة . والأقوى قبول قولها فيها باليمين مع امكانها في حقها^(١) .

استدل الامامية لخيار الغبن مطلقا بحديث "لا ضرر ولا ضرار" والمغبون قد لحقه ضرر ، وبأن البيع مع الغبن ليس تجارة عن تراض كما تقضى الآية للبيع المشروع (إلا أن تكون تجارة عن تراض) وبالقياص على خيار تلقى الركبان وخيار العيب، لأنها مشروعان بالنص لما في الصورتين من غبن يدفعه الشارع بالخيار فيهما، فهنا كذلك. كما استدل له بعضهم من المعقول بأن التساوى بين المالكين في المعاوضات من الشرائط الضمنية المتفق عليها بين المتعاقدين ، ولم يرتضه الانصارى ، واستدل الحلبي بآية (إلا أن تكون تجارة عن تراض) وبالنصوص الناهية عن الضرر والضرار . لكن هذا لا يستلزم الخيار . كما احتاط بعض الكتاب لثبوته بالاجماع^(٢) .

اثبات ابن حزم له مع التفصيل :

لابن حزم في الغبن تفصيل انفرد به ، كانفراده في خيار العيب في جعله على صورتين ميّز بينهما : احدهما : ظهور العيب فيما لم يشترط فيه السلامة ، ففيها الخيار ، والأخرى : ظهوره فيما اشترط فيه السلامة فهو مبطل للبيع أصلا^(٣) .

وتفصيله المشابه هنا هو أن الغبن في بيع اشترط فيه أحد العاقلين السلامة يجعل البيع باطلا ، إلا إذا عرف به وبقدرة البائع والمشتري كلاهما ،

(١) الروضة وشرحها للমেة الدمشقية ٣٢٥/١ والمكاسب ٢٣٤ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ ويؤخذ عليه التسوية بين هذا الخيار وخيار المسترسل لدى المالكية والحنابلة . مع أنه ذكر بعدئذ انه عند الحنابلة لو كان المغبون يبيع لو توقف لعرف القيمة وأحسن بالغبن فلا خيار له . لأنه كالرضا (١/٥٢٣) .

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ المكاسب ٢٣٤ - ٢٣٥ الروضة شرح للমেة ٣٢٥/١ ونظرية العقد في الفقه الجعفري للحسيني ٣٧٦ .

(٣) المحلى ٦٥/٩ م ١٥٦٩ - ١٥٧ .

(وهذه الصورة فى معنى المسترسل لكن الجزء عنده ليس الخيار بل
البطلان) .

أما إن وقع الغبن فى بيع لم يشترط فيه السلامة فإن علم به من وقع
عليه من مشتر أو بائع ورضي به فذلك سائغ ، وإن لم يعلم به المغبون منها فله
الخيار بين إنفاذ البيع أو رده . وإن فات المبيع رجع المغبون منها بقدر
الغبن^(١) .

وملخص حجته أن بيع الغش هو غير بيع السلامة الذى لا غش
فيه ، فالبيع المتعقد بينهما فى الباطن ليس هو الذى عقد عليه مشروط
السلامة . . فإن علما بالغبن فهى تجارة عن تراض . فإن لم يشترطا السلامة
فالبيع صحيح لأنه وقع سالما فى الجملة وثبوت الخيار فيه كثبوته لمن قال : لا
خلافة ، لدلالته انه لا يحل ما يزيد فيه الخادع على المخدوع إلا بعلمه : فإن رضى
بترك حقه فذلك له ، وإن أبى فله الرد « وقد صحّ الاجماع المقطوع به على أن له
الرد »^(٢) .

المبحث الثانى

المذاهب النافية لخيار غبن المساومة

لا يرى الحنفية والشافعية والحنابلة خيار الغبن فى المساومة . وكذلك
المالكية فى الراجح ، وهم الحنابلة قد اقتصروا على خيار الغبن للمسترسل (كما
سيأتى) ولا بد من افراد الحنفية والمالكية بالذكر لتحقيق مذهبهم فى خيار
الغبن .

خيار الغبن فى مذهب المالكية :

اختلف النقل عن المالكية فى كتب الخلاف فى شأن خيار الغبن

(١) المحلى ٥٠٩/٨ م ١٤٦٢ - ١٤٦٣ .

(٢) المحلى ٥١٢/٨ م ١٤٦٣ . ويرى ابن حزم أن القيمة قيمتان : قيمة لابتاع التجار ، وأخرى لبيعهم بها . ٥١٣/٨ .

المجرد ، والراجع نفهم له ، وتأكيذا لما رجّحه شراح خليل من أن الغبن لغير المسترسل لا خيار فيه مهما كان فاحشا أُورد هنا مختارات مما توسّع فيه الخطّاب لتعزير الراجع^(١) .

قال ابن عبد البر : في بيع المسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه ، وفي بيع غيره المالك أمر نفسه لا أعلم في لزومه خلافا ولو كان بأضعاف القيمة ، وقال القاضي عياض في الاكمال : غبن المسترسل - وهو المستسلم لبائعه ممنوع ، وله القيام إذا وقع ، والمغابنة بين الناس ماضية وإن كثرت وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة . وقيل : للمغبون الخيار .

وقد رد الخطّاب على ما جاء في "العمدة" والارشاد" من تشهير القول بالقيام بالغبن مطلقا ووصفه بأنه خلاف المعروف من المذهب ثم قال : ومثله ما حكاه في الذخيرة عن الطرطوشي ثم تمنى الخطّاب من خليل أن يقول « ولا ردّ لغبن ولو خالف العادة إلا المسترسل » فإنه لو فعل ذلك لكان مقتصرا على الراجع من المذهب . ثم لخص المذهب في موضوع الغبن فقال : تحصل من هذا أن القيام بالغبن في بيع الاستئمان والاسترسال هو المذهب وأنه لا قيام في غيره إما اتفاقا أو على المشهور .

وقد ذكر ابن رشد (الحفيد) بإيجاز شديد مسألة الغبن غير المعتاد وأن المشهور عدم الفسخ . وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث ردّ ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك^(٢) . ثم قال ابن رشد « وجعله صلى الله عليه وسلم

(١) الخطّاب ٤/٤٧٠ - ٤٧٢ .

(٢) ومن مقالاتهم في ذلك أنه يفسخ به البيع ، ونقل الدسوقي ٣/١٤٠ أنه فتوى المازري وابن عرفة والبرزلي وابن

لب . وذكر البناي أن العمل عليه بفاس وأن ابن عاصم مشى عليه في منظومته (التحفة) حيث قال :
ومن يغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العماما
وأن يكون جاهلا بما صنع والغبن للثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام وليس للعارف من قيام

الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر انه يغبن في البيوع » .

هذا ما استظهره ابن رشد ، وفي الدليلين مأخذ واضح ، فتلقى الجلب لم يكن غبنا مجردا بل اقترن به تغير ، وأما خبر حبان فيصلح للمسترسل لا للمساوم الخبير بالبيع والشراء ، بل إن خبر حبان دليل للنفاة لأنه تضمن إرشاد حبان لخيار شرط لدفع الغبن ولو ثبت بالغبن المجرد خيار لاكتفى به دون اشتراط الخيار .

وقد احتج ابن عبد السلام من المالكية للمذهب المشهور (لزوم العقد مع الغبن المجرد) بحديث شرائه صلى الله عليه وسلم جَمَلَ جابر ، فقد قال له مساوما : أتبيعه بدرهم ؟ فقال : لا ، ثم ثبت أنه باعه بخمس أواق على أن له ظهره إلى المدينة . فالثمن الأول بالنسبة للأخير غبن ولو كان معه خيار لما أقدم عليه النبي ﷺ (١) .

تحقيق حكم الغبن في المذهب الحنفي :

في مذهب الحنفية خلاف حول الغبن المجرد في بيع المساومة إذا تجرد عن التغير وقد ظهر الخلاف بصورة مثلية تبعا لثلاث روايات في المذهب :

- ١ - لا يرد بالغبن الفاحش مطلقا (صاحبه تغير أولا) .
- ٢ - ثبوت حق الرد بالغبن الفاحش مطلقا (بقطع النظر عن التغير) .
- ٣ - ثبوت الرد بالغبن الفاحش إن صاحبه تغير . أى لا يكون الخيار للمغبون مطلقا ، بل للمغبون المغرور .

وقد أشار صاحب « القنية » إلى هذه الروايات ونقلها عنه أصحاب

(١) الخطاب ٤٦٩/٤ وللاباضية خلاف مشابه . شرح النيل ١٩٧/٨ ط ٢ .

الكتب الفقهية مع بعض التصرف في مدلولها ، مما نشأ عنه التباس ، هل هي تعبير عن خلاف حقيقي ، أو هو خلاف لفظي ؟^(١) .

ونظرا لأهمية بحث هذا الخيار من الناحية العملية وتنازع الباعة والمشتريين في الاستناد إلى هذه الروايات حين وقوع الغبن تعلقا بما يسعف رغبة كل منهم ومصلحته منها ، رأيت التحرى عن حقيقة هذا الخلاف الداخلى فى مذهب الحنفية ، بعدما مرّ عن مذهب المالكية لكثرة لجوء المتنازعين إلى هذين المذهبين فى مسائل الغبن المجرد .

وقد عُني العلامة ابن عابدين من متأخري الحنفية بهذا الموضوع فكتب فيه رسالة خاصة طبعت فى مجموعة رسائله ، وأشار فى حاشيته على الدرر إلى نتيجة ما أدى إليه بحثه فى تلك الرسالة^(٢) .

أول ما عقّب به ابن عابدين على مادة هذه المسألة عند الحصكفي وغيره أن ما ذكره من اطلاق صاحب القنية الرد بلا تغير ليس من نمط الاطلاق المعهود فى كتب الفقه وهو التصريح بعبارة (مطلقا) أو (ولو بلا تغير - مثلا) بل كان مجرد ذكر الرد بالغبن - إلى جانب ذكر القول المعاكس ، والقول المقيد^(٣) .

ثم أشار إلى أن صاحب الفتح نقل عن الامام علاء الدين السمرقندى صاحب "تحفة الفقهاء" : أن أصحابنا يقولون فى المغبون أنه لا يرد ، لكن هذا فى مغبون لم يُغَر ، أما فى مغبون غُرّ فله حق الرد استدلالا بمسألة المراجعة أى بمسألة ما إذا خان فى المراجعة ، فإن ذلك تغير يثبت به الرد . ثم نقل عن حاشية الطحطاوى استظهاره أن الخلاف لفظي ، بحمل القولين المطلقين على القول

(١) رد المختار ١٥٩/٤ .

(٢) الرسالة هى : تحبير التحرير فى إبطال القضاء بالغبن الفاحش بلا تغير وهى فى مجموعة رسائله ٦٨/٢ - ٨٢ ورد المختار ١٥٩/٤ - ١٦١ .

(٣) رد المختار ٤٦/٤ و ١٥٩/٤ وتحبير التحرير لابن عابدين (ضمن مجموعة رسائله ٨٠/٢)

المفصل ، واستدل لهذا الاستظهار بصنيع صاحب التحفة ، وعزّز ابن عابدين ذلك بعدم التصريح بالاطلاق في القولين ، فيكون هذا القول المفصل - في رأيه - هو ظاهر الرواية وهو المذهب والمفتى به والصحيح .

هذا ما اقتصر عليه ابن عابدين في حاشيته في موطنين منها وأحال في الثاني إلى رسالته . وقد اطلعت على ما فيها واستخرجت خطوط بحثه الذي زاد النتيجة التي وصل إليها وضوحا من خلال مساجلة - أو معركة علمية - بينه وبين أحد المفتين في عصره .

كان الباعث إلى تأليف رسالة ابن عابدين في خيار الغبن اطلاعه على جواب سؤال استفتى فيه مفتى صيدا ، ذلك السؤال يدور حول صحة الفسخ بخيار الغبن بلا تغرير أو عدم صحته ، وهل يصح حكم القاضي بذلك . وقد أجاب المفتى بالإيجاب ، فكتب ابن عابدين (في جانبه) لما اطلع عليه أن الجواب خلافه، ولم يطول في بيان التوجيه والتعليل، لعلمه بأن من يتصدر للافتاء يكفيه القليل . غير أن المفتي المشار إليه لما وصل إليه الجواب استعان بأخيه (النائب في صيدا) فجمع رسالة سمّاها « الرد المسدد على من يقول أن القول بالرد بالغبن الفاحش مطلقا غير معتمد » وقد وقف ابن عابدين على ذلك وطلب منه الجواب فامتنع ثم لم يرَ بدا من الجواب فكتب هذه الرسالة وذكر أنه قيد عنوان الرسالة بقوله (بلا تغرير) لأنه لم يقل بمنع الرد مطلقا^(١) .

بدأ ابن عابدين رسالته بالتبكيك لخصميه (وقد مهد لذلك بأنهما ملّا جوابهما الثاني بالطعن عليه) ثم أشار إلى عدة اختلافات في كلامهما كان قد تسامح في ذكرها وتغاضى عن تفنيدها قبل .

وعمدة دفاع ابن عابدين عن رأيه في الموضوع بأن انهال على القول

(١) تحجير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير . لابن عابدين ضمن مجموعة رسائله ٦٨/٢ .

بالرد بالغبن مطلقا فوسمه بأنه مخالف لظاهر الرواية فهو كالمرجوع عنه اعتمادا على ما جاء فى البحر فى فساد العمل بما خالف ظاهر الرواية فهى المرجع، إلا ان خلعت المسألة من ذكر لها فى كتب ظاهر الرواية فيؤخذ بغيرها حينئذ^(١) .

ولما كان أقوى ما جاء به المعارضان عبارة نقلها من الفتاوى الخيرة نصها : أما الرد بالغبن فقد أفتى به كثير من علمائنا مطلقا ، ومع الغرور أجمع المتأخرون عليه ، وعلّلوا القول الأول بأنه أرفق بالناس . فلو رآه القاضى وحكم به نفذ وهو قول مصحح أفتى به كثير من علمائنا^(٢) « ويذكر ابن عابدين أن البحث عن هذا النقل أعياه : فلم أجده فى فتاوى الخير الرملى بعد استقصائى مظانه . مثل البيع والقضاء والدعوى . ولكن على تسليم وجوده وصحة نقله فكلامه فى القاضى الذى له رأى ونظر واستنباط . وهو المعبر عنه بالمجتهد فى المذهب بدليل قوله « فلو رآه القاضى » فان (الرأى) بمعنى الاجتهاد والنظر كما يعرفه من سبر كلامهم . . ثم أورد عبارات بأن (الرأى) إذا نسب للقاضى فالمراد من له ملكة الاجتهاد .

غير أن ابن عابدين . جنح أخيرا إلى ما سبق أن لوح به فى حاشيته وهو التوفيق بين الروایتين بحمل الرواية الأولى على ما إذا كان الغبن مع التغرير . والثانية على ما إذا كان بدون تغرير . (قال) : ويؤيده أن من أفتى بالرواية الأولى علّل فتواه بقوله « رفقا بالناس » كما علّل به أصحاب القول بالتفصيل . فعلم أنهم حملوا الرواية بالرد - التى هى أرفق بالناس - على ما إذا كان مع التغرير . وحملوا الثانية - التى ليس فيها رفق بالناس - على ما إذا كان بدون تغرير . إذ لا تصلح علة واحدة لقولين متعارضين . » .

(١) تخيير التحرير ٧٦٢ والمراد بكتب ظاهر الرواية - وكلها للإمام محمد - : الأصل (ويسمى المسوط) والجامع الصغير . والجامع الكبير ، والسير الصغير . والسير الكبير ، والريادات .

(٢) تخيير التحرير ٧٥٢/٢ - ٧٦ والعبرة بالمقولة من فتوى الخير الرملى ذكرها أول مرة فى ٦٩٢/٢ من رسالته .

وقد ختم ابن عابدين هذا التوفيق بين الروايتين ببيان شاف يرتاح إليه من لم يثلج صدره بعد ، وهو أن هذا التوفيق ظاهر . والوجه فيه أن الرد مطلقا ليس أرفق بالناس ، بل خلاف الأرفق لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والمنازعة فى كثير من البيوع ، إذ لم يزل أصحاب التجارة يرخون فى بيعهم الربح الوافر ، ويجوز بيع القليل بالكثير وعكسه والقول بعدم الرد مطلقا خلاف الارفق أيضا . وأما القول بالتفصيل فهو القول الوسط القاطع للشغب . . . لأن من اشترى القليل بالكثير مع خداع البائع والتغريب يكون بدعوى الرد معذورا وبائعه آثما ومأزورا^(١) .

هذا أهم ما جاء فى رسالة ابن عابدين التى خصّ بها خيار الغبن بعد طي كثير من التفصيلات الجانبية والردود التى اقتضتها طبيعة الرسالة من دفاع شخصى وهجوم أحيانا ، وأن حذفها لا ضير منه على الموضوع المبحوث أصالة . لكن ابن عابدين بالرغم من تخصيصه الرسالة للموضوع لم يتعد مسألة الرد وعدمه واعتذر عن عدم توفيقه الموضوع حقه بقوله : كنت أردت أن أشحن سفن هذه الرسالة بأنواع الغرر واستخرج بغواص الفكر من بخار مناسباتها نفائس الدر ولكنى من العوائق فى قيود . . . وكم كان من الضرورى انفاذ هذه الارادة حيث إنه لم يتعرض فى حاشيته أيضا إلا للمسألة من جانب الاطلاق والتقييد .

المبحث الثالث

صاحب الخيار ومجاله وتوقيته

صاحبه :

يثبت خيار الغبن المجرد للمشتري والبائع ، فإذا حصل الشراء بزيادة عن القيمة ثبت للمشتري ، وإذا وقع البيع بنقصان عن القيمة كان الخيار للبائع ، هذا

(١) تخيير التحرير ٧٩/٢ - ٨٠ والرسالة صفحاتها من ٦٨ - ٨٤ من الجزء الثانى .

مع جهل كل منهما بالقيمة أما مع علمهما بها فلا خيار .

والخيار عند وقوع الغبن يثبت للمغبون خاصة فإليه حق الإمضاء أو الرد وليس للغابن مثل ذلك الحق^(١) .

مجاله :

فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب
إلا على من يرى له تأثيرا في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة .

أما عند الإمامية فالظاهر ثبوته في كل معاوضة مالية ، بناء على
الاستناد في ثبوته في البيع إلى نفي الضرر . وقد أشار الأنصارى إلى عدد من
فقهاء الإمامية القائلين بعمومه . وحكى عن « المهذب البارع » عدم جريانه في
الصلح ، ولعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعة فلا يشرع فيه الفسخ ثم
قوى الأنصارى شموله لغير البيع إلا في حال العلم ببناء تلك المعاملة (بيعا
كانت أو غيره) على عدم المغالبة والمكايسة من حيث المالية ، كما إذا احتاج
المشتري إلى قليل من شيء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية فلا يلاحظ في
شرائه مساواته للثمن المدفوع إذ في شمول الأدلة لمثل ذلك خفاء^(٢) .

توقيته :

المشهور عند الإمامية انه على الفور ، لكونه على خلاف الأصل ،
فيقتصر فيه على المتيقن . والقول الثاني انه على التراخي ، ومستنده التمسك
بالاستصحاب .

والمراد بالفورية : العرفية ، لأن في الاختصار على الحقيقة حرج على
صاحب الخيار ، فلا ينتفي الضرر بثبوته . قال الأنصارى : والذي يظهر من
التذكرة ان المراد ما هو أوسع من الفور العرفي أيضا^(٣) .

(١) المحلى ٤٤٣/٨ الروضة شرح اللمعة ٣٢٥/١ تذكرة الفقهاء ٥٢٣/١ .

(٢) المكاسب ٢٤٢ .

الفصل الثالث

خيار غبن المسترسل

الفصل الثالث

خيار غبن المسترسل

تعريف المسترسل :

عرف المالكية المسترسل بأنه المستسلم لبائعه^(١) .

أما الحنابلة فهو عندهم : الجاهل بقيمة السلعة ، ولا يحسن المبايعة .
ويلحظ هنا أن المعول على الوصف الأخير وهو عدم الخبرة بالمبايعة ، أما جهل
قيمة السلعة فيقع فيه كل مغبون إذ لو عرف القيمة لما رضى بالغبن الا مضطرا
أو باذلا لقاء رغبة شديدة في السلعة . وسبق العلم بالغبن مسقط للخيار .

وللحنابلة تعريف آخر للمسترسل من كلام الامام أحمد بأنه : الذى
لا يحسن أن يماكس . وبلفظ آخر : الذى لا يماكس ، والفارق أن الأول قليل
الخبرة بالمجادلة في المبايعة للوصول إلى ثمن المثل دون غبن ، أما الأخير فهو الذى
لا يسلك طريق المماكسة بقطع النظر عن إتقانه لها أو جهله بها . قال ابن
قدامة : فأما العالم بذلك والذى لو توقف لعرف إذا استعجل في الحال فغبن
فلا خيار له^(٢) .

خيار غبن المسترسل (عند المالكية) :

أما المالكية فبعد أن صرح خليل بأنه لا يرد بالغبن ولو خالف العادة
أفاد شراحه (الخرشي) ومعه العدوى . والخطاب والمواق والدردير ومعه
الدسوقي . بأن ذلك هو المشهور من المذهب . وأن هناك قولاً بأنه يرد . أما
إن كان الغبن يسيراً فالاتفاق على لزوم العقد معه وعدم الرد .

(١) الخطاب ٤٧١/٤ .

(٢) المغنى ٢٧٧٧ ٣ ٣٩٨ والفروع ٩٧/٤ .

لكن خليلا تابع المسألة فقال : « وهل ألا أن يستسلم : ويخبره بجهله ، أو يستأمنه ؟ تردد » وقد أخذ الشراح عليه عدم الجزم بإثبات الغبن للمسترسل فهو مشهور المذهب ، وقد ذكر ابن رشد في المقدمات أن حكم الغبن يختلف بحسب البيع ، ففي بيع المكايسة (المساومة) لا قيام بالغبن (قال) : « ولا أعرف في المذهب في ذلك نص خلاف » وبعد أن رد على من وهم في حمل مسألة سماع أشهب على الخلاف ، عاد فأشار إلى حكاية بعض البغداديين وجوب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث . وجعله موضع تأمل « وأما بيع الاستئانة والاسترسال . . . فالبيع والشراء على هذا الوجه جائز . . . والقيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على الاسترسال والاستئانة واجب باجماع لقول رسول الله ﷺ : « غبن المسترسل ظلم » هذا ما استدل به ابن رشد (١) .

خيار المسترسل (عند الحنابلة) :

الحنابلة يثبتون خيار الغبن للمسترسل فقط ، على الراجح في المذهب وهي من المسائل التي اختارها ابن تيمية من مسائل الخلاف في مذهب أحمد لأن الغبن لحقه لجهله بالمبيع ، خلافا لغير المسترسل فقد دخل على بصيرة فهو كالعالم بالعيب . وهو مقيس على النجش وتلقى الركبان وهناك رواية ذكرها ابن أبي موسى (بصيغة : قيل) مقتضاها أن الغبن لازم للمسترسل أيضا ، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كبيع غير المسترسل ، وكالغبن اليسير (٢) .

(١) لقد أورد الخطاب عبارته وأشار إلى أن المفهوم المخالف لهذا الاستدلال دليل للحالة الأخرى فقال : وما لم يكن فيه ظلم فهو حق لا يجب القيام به (٤٧٠/٤) المقدمات ٦٠١/٢ - ٦٠٢ الخرشى ٦٢/٤ الدسوقي ١٤٠/٣ وقال الخطاب : إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه وإنما وقع في الغبن غلطا يعتقد أنه غير غلط فلا رد له . أما إذا علم بالقيمة فزاد عليها فهو كالواهب أو فعل ذلك لغرض فلا مقال له . (الخطاب ٤٧١/٤) .

(٢) المغنى ٤٩٨/٣ ٢٧٧٧ الاختيارات . للعلاء البعل ص ٧٤ .

الفصل الرابع

خيار غبن القاصر وشبهه

الفصل الرابع

خيار غبن القاصر (وشبهه)

أثبت هذا الخيار المالكية والزيدية في حال غبن الوصى عن القاصر ،
أو الوكيل عمّن وكله درءاً للضرر عن القاصر والموكل ، وبعض المذاهب لجأت
إلى إبطال العقد المشتمل على غبنهما^(١) .

إذا كان البائع - أو المشتري - بالغبن وكيلاً أو وصياً . فيرد ما صدر
منهما من بيع أو شراء (أى يثبت حق الرد) . وقال المهدي من الزيدية : خيار
المغابنة مشروع . وإنما يثبت في غبن الصبي وفي المتصرف عن الغير (غبنا)
فاحشاً في الشراء وكذا في البيع . ولا يثبت لمكلف باع عن نفسه . ثم بين
ابن مفتاح شارح الأزهار أن المتصرف عن الغير هو العبد المأذون والوكيل
والولي والشريك^(٢) .

مجاله من حيث العقود :

خيار غبن القاصر يثبت في عقد الشراء اتفاقاً . واقتصر عليه
بعضهم . فأجازوا البيع بالغبن للصبي أو للمتصرف عن الغير . لأن البيع إزالة
ملك . فلا يتحقق الغبن فيه . ومن ثمة قيل : البيع مرتخص وغالٍ . فإذا باع
القاصر بغبن لا خيار له عند هؤلاء .

(١) نصت مجلة الأحكام العدلية (المستندة من المذهب الحنفي) في المادة ٣٥٦ على أنه استثناء من عدم التخيير
في الغبن المجرد عن التعرير « إذا وجد الغبن (وحده) في مال البتيم لا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال
حكمه حكم البتيم » وقال الشراح : أنه يكون باطلاً .
ويظهر شرح القانون المدني (عقد البيع) للأستاذ مصطفى الزرقاء / ٧٧ للمقارنة بين أخذ القانون بما
يشبه هذا الخيار في بيع عقار القاصر بغبن فاحش وأخذه بعض أحكام ذلك من الفقه الإسلامي (القانون
المدني السوري / المادة ٣٩٣ والمصري ٤٢٥) .

(٢) الخطاب ٤٧٢/٤ الدسوقي ١٤٠٣ البحر الرّجاء ٣٥٤/٣ المتزاع المختار ٨٩٣ - ٩٠

وقال الزيدية : هو ثابت فى البيع أيضا ، لأن الدليل لم يفصل ،
وقياسا على الشراء (١) .

موجب خيار غبن القاصر :

هل للقائم فى الغبن فى مسألة بيع الوصى والوكيل نقض البيع أو
المطالبة بتكميل الثمن ؟ وكيف لو تصرف المبتاع فى ذلك بيع ؟

أفاض الخطاب فى المسألة ناقلا عن ابن رشد فى فتوى له ثم قال :
والراجح من الأقوال أن للقائم بالغبن نقض البيع فى قيام السلعة ، وأما فى
فواتها فلا نقض . وأن القيام بالغبن يفوت بالبيع (أى فىلجأ إلى تكميل الثمن) أما
مع إمكان الرد فهو الموجب (٢) .

وصرح الزيدية بأن غبن القاصر غبنا فاحشا يثبت به الخيار ، قال ابن
مفتاح : وهذا فى الحقيقة يرجع إلى خيار الاجازة ، فإن أجاز ولى الصبى
لمصلحة (ومالك العبد والموكل) نفذ العقد ، وإلا فلا (٣) .

مسقطات خيار غبن القاصر :

ذكر المالكية والزيدية أن هذا الخيار يسقط بما يلى :

١ - التصرف فى المبيع ، وقد سبق فى الفصل الأول للغبن بوجه
عام بيان هذا المسقط .

٢ - التلف ، أو ما يسميه المالكية (فوات المبيع) قال الخطاب :
فإن فوات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحابة
به ، فإن تعذر الرجوع على المشتري رجع على البائع - وهو الوكيل والوصى
بذلك .

(١) البحر الرخار ٣/٣٥٤ .

(٢) الخطاب ٤/٤٧٣ .

(٣) المنتزع المختار شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٨٩ .

وإن اشترى بغير وفات ذلك المشتري رجع الموكل والمحجور عليه على
البائع بما وقعت المحاباة والغبن به ، فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على
المشتري وهو الوكيل أو الوصى . صرح به ابن عتاب وغيره .

ولا يتقيد الرجوع هنا بالثلث ، فيرجع بكل ما نقص عن القيمة نقصا
بيننا ، أو زاد عليها زيادة بينة وإن لم يكن الثلث وهو الصواب على ما قال ابن
عرفة وهو مقتضى الروايات في المدونة^(١) .

(١) البحر الزخار ٣/٣٥٤ حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ الخطاب ٤/٤٧٢ - ٤٧٣ .

الباب السابع

زمرة خيارات الأمانة

وفيه خمسة فصول

- الأول : بيع الأمانة وخياراتها
- الثاني : خيار المراجعة
- الثالث : خيار التولية
- الرابع : خيار التشريك
- الخامس : خيار المواضعة

الفصل الأول

بيوع الأمانة وخياراتها

المبحث الأول

بيوع الأمانة (أو البيوع بتخير الثمن)^(١)

من تقسيمات (البيع) المعروفة تقسيمه بحسب الثمن بين كونه غير منظور فيه إلى الثمن الأول أولا . فهو بيع مساومة ، أو بيع أمانة يحدد فيه الثمن تبعا للثمن الذى اشترى به البائع . وبيع الأمانة يشتمل على أربعة أنواع هى : المراجعة ، المحاطة (أو المواضعة) التولية ، التشريك (أو الإشارك) . وانما تسمى بيوع الأمانة لاستناد تحديد الثمن إلى أمانة البائع فى الاخبار برأس المال . قال الكاسانى : ان المشتري ائتمن البائع فى اخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف . وبعبارة الرملى : اعتمد المشتري نظر البائع ورضى لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أو حط^(٢) .

وتسمى هذه البيوع : البيوع بتخير الثمن ، أى الاخبار بالثمن الأول كما يطلق عليها اسم الأول منها (المراجعة) وتعطف البقية عليه بنحو المراجعة (وأخواتها) . أو (شبهها) .

ويلحظ أن عناية المصنفين انصبت على (المراجعة) أكثر من غيرها .

(١) هذه التسمية هى المتداولة فى كتب الخبائىة . والمؤسف أن كلمة (تخير) بمعنى الاخبار لم تسلم من التحريف صور متعددة . كتحويلها إلى (تخير) مرارا فى كشف القناع (٢٢٩ ، ٣) وغيره (أو إلى (تخير) كما فى (الفروع ١١٧/٤) وغيره) وكذلك فى ذيل طبقات الخبائىة ١٢٦١ ووقع فى فهرسه محجوا إلى (تخير) . لكن هذا اللفظ حذو محجودا . مصحوظ خير صسطه فى جميع المواضع من كتاب منتهى الارادات (٣٦٦١) وغيره) من الطبعة التى حققها الشيخ عبد الحمى عبد الخالق .

(٢) الدائع ٢٢٣ ، ٥ نهاية المحتاج ١١٥/٤ .

حتى أطلق ابن رشد اسمها على الباب المعقود للأنواع الأربعة ، بل جعلها المالكية شاملة للأنواع الأربعة تعريفاً ومفهوماً باعتبارات خفية لا تخلو من تكلف . وأدخل الشافعية (المحاطة) تحت عنوان المراجعة اما باعتبارها ربها أيضا ولكن للمشتري ، وإما على سبيل الاكتفاء وهو أولى^(١) .

وقد ابتدأ بعض من درسها من القدامى (كالشافعية والحنابلة) بالتولية والتشريك ، بدءا من البسيط فالمركب ، في حين استفتح آخرون بالمراجعة لأهميتها وكثرة دورانها من بيع الأمانة^(٢) .

ولا بد من الإشارة إلى أن تفصيل أحكام هذه الزمرة من البيوع (المستلزمة خيارات) كان يرد أحيانا في صعيد الخيارات ، كما صنع الحنابلة ، وأحيانا في أنواع البيوع ، كالحنفية ، أو في شرائط صحة البيع لانبثاقها عن شرائط الثمن ، لأن لها شريطة خاصة هي أن يكون الثمن الأول معلوما في بيع المراجعة وأخواتها ، كما فعل الكاساني (رائد الترتيب الفقهي وحسن التصنيف عند الحنفية)^(٣) .

المبحث الثاني

تعريف تمييزي لخيارات بيع الأمانة

بيوع الأمانة هي أنواع من البيع تنوعت عنه بالنظر إلى كيفية تحديد الثمن ، حيث اعتبر رأس المال أساسا لبيانه ، وتشمل الأنواع التالية :

التولية - الاشراك - المراجعة - المواضعة ، ومع أنه سيأتى تعريف كل

(١) معنى المحتاج ٧٧/٢ نهاية المحتاج ١٠٦/٤ بداية المجتهد ٢١٣/٢ .

(٢) المغنى ١٣٦/٤ م ٣٠٤٩ الفروع ١١٧/٤ المقنع ٥٢/٢ منتهى الارادات ٣٦٦/١ كشف القناع ٢٢٩/٣ الدسوقي ١٥٩/٣ الحرشى ٨٢/٤ .

(٣) المقنع ٥٢/٢ الفروع ١١٧/٤ (وعرضه صاحب المغنى في منتهى باب البيوع باعتبارها من أنواعه ١٣٦/٤) البدائع ٢٢٠/٥ .

منها في فصله ، لا بد هنا من تعريف جامع لها للتمييز بين مفاهيمها المختلفة :

أ - **فالتولية** : البيع برأس المال ، وماخذ التسمية أن البائع يقول : وليتك هذا الشيء برأس ماله .

ب - **والاشراك** ، أو التشارك : - كما يسميه الشافعية - أو بيع الشركة كما يسميه الحنابلة بيع البعض بقسطه من ثمن الكل ، وهو من قول البائع : أشركتك في نصف هذا الشيء أو ثلثه . ويمكن تعريفه أيضا بأنه : تولية بعض المبيع بقسطه من الثمن ، هكذا عرفه الكاساني ، لأنه في الحقيقة تولية ، لكنه مختص بالبعض ، والتولية بالجميع ^(١) .

ج - **والمراجعة** : البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح . وعرفوه أيضا - وهو أكثر تصورا وشمولا - بأنه البيع بربح منسوب إلى رأس المال أو مزيد على جملته ، مثل قول البائع : بعتك هذا الشيء على ربح درهم في كل عشرة ، أو بعته برأس مالى وربح كذا ^(٢) .

د - **والمواضعة** - أو **المخاطة** : البيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان شيء معلوم منه . ولها تعريف موجز بأنه : بيع بخسران .

والعلم بالثمن الأول شرط لصحة هذه البيوع كلها ، فإن لم يكن معلوما فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس ، فيختار إن شاء ورضي بالثمن فيجوز ، أو يترك فيبطل ^(٣) .

وعلى البائع الإخبار عن مقدار رأس المال بأمانة ، وعليه أن يخبر أيضا عن كل ما له تأثير على مقدار رأس المال ، كالأجل والخيار .

(١) البدائع ٢٢٠/٥ والمجموع ١٧٥/٩ وعند الشافعية : « الاشتراك حيث يطلق كان ظاهرا في المناصفة » فتاوى ابن حجر ٢٢٤/٢ .

(٢) المقنع . وحواشيه ٥٢/٢ وذكر فيها أن الصورة الأولى كرهها أحمد . لكراهة ابن عمرو وابن عباس لها . وهي مما انفرد به أحمد عن الأئمة الثلاثة وحمل ابن قدامة الكراهة على التنزيه .

(٣) البدائع ٢٢٠/٥ والمقنع ٥٣/٢ وحاشيته . انتهى الارادات ٣٦٦/١ - ٣٦٧ الحاشي ٨٢/٤ - ٨٤ .

فإن تبين كذبُ البائع في البيان ، أو كتمهُ شيئاً مما ينبغي بيانه ثبت
للمشتري الخيار ، وبوجه عام يدعى هذا الخيار خياراً الخيانة، لأن سببه خيانة
البائع في بيان الثمن وصفاته وإخباره بغير الواقع .

المبحث الثالث

ابهام رأس المال أو كتم صفاته

ابهام رأس المال :

مما تقرّر أنه لا بد في بيوع الأمانة من بيان رأس المال ، وهو بيان
إضافي - غير معلومة الثمن - وذلك ليعرف مقدار الربح في المراجعة ، أو
الخط في المحاطة ، أما في التولية والاشراك فإن بيان رأس المال هو بيان الثمن .

وقد أشار الحنفية والمالكية وغيرهم إلى مسألة يكثر وقوعها وهي أن
تجرى التولية - ومثلها الاشراك - دون بيان رأس المال بأن يستغنى عنه بعبارة
(بما قام المبيع عليه - أو - بما اشتراه - أو برأس المال -) ولم يذكر ما هو
رأس المال . . فما حكم هذا البيع ؟ والصورة تجري في المراجعة أيضاً .

ذهب الحنفية على الصحيح إلى أن البيع فاسد فساداً غير مقرر لجهالة
الثمن، أي ينعقد فاسداً بعرضية الصحة ونزول الفساد بالعلم في المجلس وتخير
المشتري بين الأخذ والرد لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم .

وهذا الخيار ليس خيار خيانة بداهة . فما هو ؟ يتبين مما في «رد المختار»
أن هذا الخيار بمثابة خيار القبول في إبرام العقد ، فإذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد ، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس . نظيره بيع الشيء
برقمه إذا علم في المجلس^(١) . ويرى المالكية أنه بيع جائز شريطة أن لا يقترن
بالإلزام (أو البت) ثم هو بالخيار إذا رآه وعلم الثمن . أما إن دخل على الإلزام

(١) رد مختار ١٥٩:٤ الدسوقي ١٦٣/٣ .

فلا يجوز العقد ، للمخاطرة أى الغرر^(١) .

والشافعية لا يصححون هذه المسألة ، ألا أن وقع العلم قبل القبول أما لو علم برأس المال بعد القبول ، ولو فى مجلس العقد ، فلا يصح^(٢) .
ومن الطريف أن ابن جرير الطبرى اهتم بهذه المسألة فيما ضمنه كتابه « اختلاف الفقهاء » فقال : واختلفوا فى حكم الرجل يشتري عدلا من متاع برأس المال ولم يخبره البائع برأس المال :

فقياس قول الشافعى أن البيع باطل (فإن هلك قبل أن يعلم رأس المال أو بعده فى يد المشتري فعلى قيمته - فى قياس قوله - لأن هذا قوله فى البيوع الفاسدة) وهذا قول أبى ثور .

وقال ابوحنيفة : المشتري بالخيار إذا أخبره بين الأخذ والرد . فإن علم بالثمن فاستهلك قبل الرد فعليه القيمة إن اختار الرد . وإن اختار الامساك فجائز وعليه الثمن .

• • • وقياس قول مالك : أن يكون البيع فاسدا إذا لم يكن المشتري أو البائع عالما بمبلغ ذلك فى حال ما تعاقدوا البيع عليه . لأن من قوله ان الثمن إذا لم يكن معلوما فى حال الشراء فلا بيع بينهما^(٣) .

كتم ملابسات رأس المال :

بيع الأمانة . سواء كانت صورته مراجعة ، أو محاطة ، أو تولية أو تشريكا . لا بد فيه من البيانات الاضافية التى تستلزمها طبيعته القائمة على

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٨/٣ الخرشي ٧٩/٤ المواق ٤٨٧٤ منقولا عن المدونة .

(٢) نهاية المحتاج بحاشية الشيرازي ١٠٧/٤ وقال المحشى : « ويكون هذا مستثنى من قولهم : « الواقع فى المجلس كالواقع فى صلب العقد » .

(٣) اختلاف الفقهاء . لابن جرير الطبرى ص ٤٨ ومقارنة ما هنا بالعرض السابق يلحظ شىء مما يكثر عادة فى كتب الفقه القارن من النقل من بعض كتب المذهب التى لم يكتب لها ان تمثل وجهته الغالبة . .

اثمان المشتري للبائع باعتماده على نظره ورضاه لنفسه ما رضىه البائع لنفسه وتلك البيانات الاضافية لم تطلب فى بيع المساومة لأنه يحدد فيه الثمن بالتفاوض دون نظر إلى رأس مال البائع .

فعلى البائع أن يذكر رأس المال ويبين الملابس وأطلق عليها الحنفية عبارة (صفة الثمن) واكتفى غيرهم بإيضاح المراد منها بطريقة الاحتراز فهى ما عدا بيان مقدار رأس المال . بهذا دعاها الشافعية والحنابلة ، ومن قبلهم المالكية مع اصطلاحهم على تسميتهم ما كان اخبارا بزائد عن رأس المال (كذبا) أما ما عدا ذلك مما كان من قبل ذكر مرغبات (موهومة) فى العقود عليه ، أو كتم منفردات (خفية) فيه ، فقد دعوه (غشا) أو (كتما)^(١) .

والمهم ها هنا الاشارة إلى إقامة الفقهاء حاجزا بين نوعين من الخيانة فى البيانات الخاصة ببيع الأمانة. أحدهما : بيان مقدار رأس المال ، والثانى : ملابس رأس المال أو محل العقد . والأهم من ذلك كله أن لهذا التنوع أثره فى الحكم ، كما سنرى .

المبحث الرابع

طبيعة خيارات الأمانة

رأينا كيف اعتمدت بيع الأمانة الثمن الأول بالزيادة عليه أو الحط منه أو مساواته ، فكأن هناك شرطا فيها هو : البيع بمثل الثمن الأول وهذا يقرب الخيار فيها من خيار فوات الوصف المرغوب فيه . لأن البائع بالزيادة عن الثمن الأول - دون علم المشتري - قد أخل بالوصف المشترط .

ويمكن اعتبار خيار المراجعة واخواتها من باب التغير . وهو تغير قولى وقد سبق فى خيارات التغير صنيع بعض المصنفين بإيرادها مثلا للتغير القولى المستلزم خيارا .

(١) المقدمات ٥٩٣ - ٥٩٤ وبداية المجتهد ٢ ١٨٠ مغنى المحتاج ٧٧/٢ المغنى ١٣٦/٤ .

وهناك نظرة تصنيفية أخرى تكشف لنا عن سمة أخرى فى خيارات الأمانة ، وهى التعويل على عنصر الغبن المتوافر فيها بمجاوزة رأس المال فى المراجعة والتولية ، أو تخفيض الخطيطة فى المحاطة ، وكثيرا ما تكون زيادة الثمن الواقعة كبيرة (ولولا ذلك لما خان صاحبه فيها) أى تكون مما لا يتغابن الناس بمثله فى العادة ، ولذا تعتبر هذه الخيارات من خيارات الغبن .

وأخيرا قد ألحقها السبكى - بمناسبة حصر أسباب الفسخ للخيارات ونحوها بأسباب قليلة ما أمكن - ألحقها بخيار العيب لأن الكذب فى الثمن وما نشأ عنه من نقص فى عين المبيع عن الثمن الموضوع له باتفاقها هو كالعيب فى المبيع ^(١) .

ولكن الأولى - بالرغم من الآثار التى تركها هذه المشابهة فى خيارات الأمانة أن تكون نوعا منفصلا عنصرها الأساسى هو الاخلال بالأمانة .

انتقال خيارات الأمانة :

ذكر المهدى من الزيدية ^(٢) أن خيار الخيانة فى المراجعة والتولية يورث قياسا على العيب ، إذ يعود إلى النقص ، وكذلك الامامية ^(٣) . والمبدأ العام فى انتقال الحقوق بالميراث إلى من يخلف صاحب الحق وبخاصة تلك المتعلقة بالأعيان اللاصقة بها كخيار العيب وفوات الوصف والتعيين يقتضى أن يكون هذا مذهب الجمهور اما الحنفية الذين يفرقون بين ما يتعلق بالأعيان وما يتعلق بإرادة صاحب الحق فقد ذكر ابن عابدين أن خيار المراجعة لا يورث بالموت ، ونقل عن البحر انه ظاهر كلام الحنفية ، فإذا مات المشتري فاطلع الوارث على

(١) نكلة المجموع ٤١٨/١٢ بمناسبة حصر النوى أسباب الفسخ فى سبعة أسباب .

(٢) البحر الزخار ٣/٣٥٥ التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد ابراهيم ٧ .

(٣) تذكرة الفقهاء ١/٥٤٤ والمكاسب ٢٩٠ « الخيار موروث بأنواعه لا خلاف بين الأصحاب » .

خيانة بالطريق السابق فلا خيار له^(١) .

(نبذه للمقارنة) خيارات بيوع الأمانة .

بيوع الأمانة التي هي مجال خيار الخيانة في الاخبار بالثمن هي ما يدعى في القوانين الوضعية بمبدأ (تحديد الثمن على أساس تكاليف البائع) وهو في القانون صحيح ، لأنه أساس صالح لتحديد الثمن وحسم النزاع . ولكن لا يتطلب القانون أن يكون رأس المال والتكاليف معلوما عند العقد الجديد . بل يكفي لصحة العقد بالاتفاق على أساس صالح لتحديد الثمن فيما بعد^(٢) .

-
- (١) رد المختار ١٥٦/٤ . ولم أطلع على موقف المذاهب الأخرى من نصوصهم والظاهر أنه يورث عندهم لأنه خيار نقيصة أو فوات وصف أو غبن ، وهم قائلون في تلك الخيارات بالتوريث وانتقال الخيار .
- (٢) شرح القانون المدني (عقد البيع) ، للأستاذ مصطفى الزرقا . ف/٧١ وهو يرى أن هذا النظر القانوني في الاعفاء من بيان رأس المال عند العقد يتفق وما في المذهب الحنبلي من تصحيح البيع بما ينقطع عليه السعر (المدخل الفقهي العام ، له . ف/٢٧٣ مع إحالته إلى اعلام الموقعين ٣/٤) .

الفصل الثاني

حيار المراجعة

الفصل الثاني

خيار المراجعة

المبحث الأول

تعريف خيار المراجعة

التعريف اللغوي :

المراجعة مصدر بصيغة (المفاعلة) من الريح ، وصيغة المفاعلة للمشاركة وتستلزم الريح من الجانبين فهي هنا ليست على بابها ، لأن الذي يريح هو البائع فهي مفاعلة استعملت للواحد بمعنى الإرباح كاستعمال المسافرة بمعنى السفر والمعافة بمعنى العفو ، أو لأن أحدهما أربح الآخر . قال الخرشي والعدوى : يتوقف هذا على نقل ، والظاهر أنها حقيقة في المفاعلة فهي من بابها على تكلف ، وهو أنه كما أربح المشتري البائع قد أربح البائع المشتري لأنه لا يشتريها بذلك الريح إلا وهو يظن أنها تزيد عن ذلك فقد أربحه البائع أيضا^(١) .

التعريف الشرعي :

عرفها الكاساني بأنها : بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح ، ونحوه تعريف المرداوي والفتوحى من الحنابلة بأنها : بيع الشيء بثمنه وبيع معلوم ، وعرفها بعض الشافعية بقوله : بيع بمثل الثمن مع ربح موزع على أجزائه . ونحوه جاء تعريفها لابن « عرفة » : المراجعة بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه ، غير لازم مساواته له . وقد ذكروا في بيانه أن القيد الأول (مرتب . .) لاستبعاد المساومة والمزايدة والاستئمان ونحوها من أنواع البيوع .

(١) المصباح المنير ، المغرب مادة/ربح حاشية العدوى على شرح الخرشي ٨١/٤ .

واستبعد بالقيد الثانى (غير لازم مساواته) كلا من الاقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب^(١) . ومع شمول هذه التعاريف المتشابهة لم يكتف ابن جزى الآ بالتصريح بطريقتى المراجعة الممكتتين فذكر أن المراجعة إما أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ ربحا إما على الجملة بمثل أن يقول : اشتريتها بعشرة وترخنى ديناراً وإما على التفصيل مثل أن يقول : ترخنى درهما لكل دينار^(٢) . ويشترط فيها شروط البيع إجمالاً مع شروط زائدة ستأتى .

والتعريف المختار للمراجعة : (نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة مقسطة على الثمن أو جملة معلومة) . أما خيار المراجعة فهو (حق الفسخ للمشتري لظهور خيانة فى البيع بزيادة معلومة على الثمن الأول) .

وللمراجعة شرائط تدور حول الإخبار بالثمن الأول ووراء الشرائط مباحث تدور حول بيان رأس المال ، وما يلحق به مما لا يلحق ، وما يجب بيانه مما يكون ترك بيانه خيانة وما ليس كذلك ، وهذه المباحث محلها كتب الفقه^(٣) . والمهم بالنسبة لموضوعنا أن البائع لو كذب فى إخباره بالثمن الأول وخان فيما ائتمنه عليه المشتري وهو البيع على أساس ما اشتري به ، فما الحكم فى ظهور الخيانة والكذب ؟ ولا بد أن يكون ظهور ذلك بإقراره ، أو بنكوله ، أو بيينة على الثمن الحقيقى .

المبحث الثانى

مشروعية خيار المراجعة ، وأدلته ومناقشتها

قال ابن جرير الطبرى : « وأجمعوا أن بيع المراجعة جائز » . ومع هذا

(١) البدائع ٢٢٠/٥ - ٢٢٢ الفروع ١١٨/٤ منتهى الارادات ٣٦٧/١ مغنى المحتاج ٧٧/٢ نهاية المحتاج ١٠٦/٤

الدسوقى على الشرح الكبير ١٥٩/٣ نقلا عن (الحدود) لابن عرفة .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزى ٢٥٤

(٣) المراجع السابقة .

التعميم فقد خالف ابن حزم الجمهور القائلين بجواز المراجعة ، فذهب إلى تحريم البيع على أن ترخصى درهما ، أو على أنى أربح معك فيه كذا وكذا درهما . « فإن وقع فهو مفسوخ أبدا » . وهذا حيث يكون البيع مرتكزا على أساس الربح المضاف إلى رأس المال . أما لو تعاقدنا البيع دون هذا الشرط ، لكن أخبره البائع بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا فقد وقع البيع صحيحا . فإن وجده قد كذب فيما قال لم يضر ذلك البيع شيئا « ولا رجوع له بشيء أصلا » ألا من عيب فيه أو غبن ظاهر كسائر البيوع ، والكاذب آثم فى كذبه فقط ^(١) .

ثم استعرض ابن حزم ^(٢) آراء غيره وما فيها من اضطراب حيث يقترب برأس المال نفقات وخدمات ذات مقابل ، ووصف المسألة تلك وذيوها بالفساد . وأضاء الطريق لمن امتحن بالتجارة فى بلد لا ابتياع فيه إلا هكذا « فليقل قام على بكذا ويحسب نفقته عليه أو يقول ابتعته بكذا ولا يحسب فى ذلك نفقة ثم يقول : لكنى لا أبيع على شرائى ، تريد أخذه منى بيعا بكذا وكذا والآ فدع . فهذا بيع صحيح لادخاله فيه » ^(٣) .

الأدلة لاثبات خيار المراجعة :

استدل باثبات خيار للمشتري بظهور خيانة البائع له فى ملاسبات الثمن من صفة أو أجل ، أو ما دعاه المالكية بالغش بأن ذلك كالمشروط دلالة لأن هذا البيع قائم على ائتمان المشتري البائع « فكانت صيانتته عن الخيانة

(١) اختلاف الفقهاء (جزء البيوع / ٥١) المحلى ١٧/٩ م ١٥١٥ . وهذه المسألة تعرض لها الشافعية فى معنى المحتاج ١١٢/٢ « لو قال اشترته بعشرة وبعته بأحد عشر ولم يقل (مراجعة) ولا ما يفيدها لم يكن عقد مراجعة . كما قاله القاضى وجزم به فى الأنوار . حتى لو كذب فلا خيار ولا حط » . والمتزاع المختار ٨٧/٣ والبحر الزخار ٣٥٥/٣ .

(٢) المحلى ١٨/٩ م ١٥١٥ .

(٣) ذكر السباغى أن ابن عمرو وابن عباس كرها المراجعة لما فيها من تحمل الأمانة فى الثمن والربح وقال اسحاق بن راهويه أنها غير جائزة (الروض النصير ٤٩٧/٣) وذكر ابن قدامة كراهتها عن غيرهما ثم حملها على كراهة التزيع والبيع صحيح (المغنى ١٣٦/٤ م ٣٠٤٩) .

مشروطة دلالة ، فقواتها يوجب الخيار ، كفوات السلامة عن العيب » . وقال صاحب الهداية : « والاقدام على المراجعة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة ، فإذا ظهرت يخير كما فى العيب » ^(١) . ومثله تصريح الشافعية بأن ذلك تدليس ومن المعلوم أن فى التدليس خيارا فهذا مثله ^(٢) .

أما القائلون بالخيار أيضا فى الخيانة فى مقدار الثمن (وهم أبو حنيفة ومحمد ، وأحمد على إحدى الروايتين ، ومالك - إن لم يحط البائع الزيادة - فلهم أدلة مختلفة تدور على ما يلى ^(٣) :

ثبت للمشتري الخيار لأنه لم يرض بلزوم العقد ألا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه ، ويكون فوات السلامة عن الخيانة كفوات السلامة عن العيب ، هذا ما احتج به محمد ليشمل استدلاله المراجعة والتولية . أما أبو حنيفة فقد سلك فى الاستدلال وجهة أخرى ليقصر الخيار على المراجعة دون التولية (التى قال فيها بالخط للزيادة دون خيار) وهو أن الخيانة فى المراجعة لا توجب خروج العقد عن كونه مراجعة ، لأن المراجعة بيع بالثمن الأول وزيادة ربح ، وهذا قائم بعد الخيانة فلم يخرج العقد عن كونه مراجعة وإنما أوجب تغييرا فى قدر الثمن وهذا يوجب خلافا فى الرضا فيثبت الخيار ^(٤) .

واحتج الحنابلة للرواية القائلة بثبوت الخيار بالرغم من حط الزيادة أنه بظهور كذب البائع لا يأمن المشتري - الخيانة فى الثمن الآخر أيضا ، وربما كان له غرض فى الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفا أو ناذرا أو وكيلاً . أو لإنفاذ وصية . (وهذا الاستدلال للقول المرجوح للشافعى) ^(٥) .

(١) البدائع ٢٢٥/٥ والهداية ٢٦٢/٥ .

(٢) مغنى المحتاج ٧٩/٢ شرح المنهج ١٨٣/٣ وفى تكملة المجموع للسبكي ٤١٨/١٢ « وأما الخيار الحاصل بسبب الاخبار فى المراجعة فهو راجع إلى العيب . لأنه كالعيب فى البيع » .

(٣) البدائع ٢٢٦/٥ والهداية وشرحها ٢٥٨/٥ بداية المجتهد ٢١٣/٢ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) المغنى ١٣٧/٤ نهاية المحتاج ١١٦/٤ .

أما القائلون بالاعتصار على حط الزيادة دون إثبات خيار فحجتهم انه رضي بالثمن الزائد ، فإذا حطت الزيادة وحصل له بدونها فقد ازداد خيرا . أو بعبارة الشافعية : لرضاه بالأكثر فبالأقل أولى . واحتج ابو يوسف بأن الثمن الأول أصل في بيع المراجعة (والتولية) فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت ولزم العقد بالثمن الباقي^(١) .

الأدلة للنفي :

استدل ابن حزم^(٢) على نفي مشروعية المراجعة بثلاثة أمور :

- ١ - بأنها تعتمد شرطا ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل والعقد به باطل .
- ٢ - وبأنها بيع بثمان مجهول لا يدرى مقداره ، أى وذلك غرر مفسد للعقد .
- ٣ - وذكر أخيرا آثاراً عن عدد من الصحابة والتابعين تفيد حرمتها .

وهذه الأدلة كلها موضع نقاش . فإن هذا الشرط ولو لم يقع النص عليه في كتاب الله ، فإنه لم يخرج العقد عن كونه بيعاً، والبيع مما نص الله على حله (وأحل الله البيع) . فضلا عما في أمثال هذه الشروط من سعة على الناس ومصلحة لهم ، فكثيرون لا يجيدون المساومة والمماكسة فيستروحوون إلى استئمان البائع بهذه الطرائق .

وأما الغرر المذكور فهو أمر موقوف يزول بالحساب ، وأن جواز المراجعة مقيد بمعرفة الثمن الأول ومقدار الربح أو نسبته .

وبالنظر في الآثار التي سردها يتبين أنها لم تنصب على المراجعة عموما .

(١) البدائع ٢٢٦/٥ .

(٢) المحلى ١٧/٩ - ١٨ م ١٥١٥ .

بل على بعض صورها التي تشبه الربا في الصورة ، مثل اربحك للعشرة كذا . . . وقد أشرنا إلى كراهة أحمد وغيره لبعض تلك الصور . كما أنه ورد عن غير من ذكرهم القول بجوازها .

فالأرجح إذن ما ذهب إليه الجمهور لسلامة أدلتهم على الجواز مما لوحظ في أدلة المنع من إيرادات في محلها . .

المناقشة والترجيح :

من النظر في أدلة الطرفين يلحظ في أدلة الاثبات أن الاستدلال لثبوت الخيار في النوع المتصل بملايسات الثمن كاف وحده ليُظلل النوع الآخر ، ففي كليهما اختلال للرضا بسبب الخيانة المعتبرة هنا كفوات السلامة في العيب فما الداعي إلى التفرقة بين النوعين في الأثر . . . وقد يقال أن الخيانة في مقدار الثمن أمكن إزالتها بالحط دون النوع الآخر . وهذا غير مسلم لأن النوع الآخر يمكن الحط فيه بأن يلحظ مقدار التفاوت بين العاجل والآجل ونحوه . .

كما أن الحط وحده لا يستجلب الرضا من المشتري بعدما اختل لأن كذب البائع اورث شكاً يرشح على خبره الثاني . . . ويجب الحرص على مصلحة المشتري هنا بمنحه الخيار فإن كانت رغبته قائمة باختيار الامساك ، غير أن للامساك بالسعر الزائد محذورا يجعل هذا الحل متأخرا عن طريقة حط الزيادة .

لذا كان الأرجح من هذه الاتجاهات مذهب الحنابلة الذي ذكره صاحب المغنى وإن أغفله الخرقى ، وهو أن تحط الزيادة وحظها من الربح ثم يخير المشتري في الامساك بالثمن الصحيح أو الترك فهذا يحقق للمشتري مصلحتين أن لا يغبن ولا يحرم من انجاز عقد مضى فيه ^(١) .

(١) المغنى ١٣٦/٤ . ٣٠٤٩ .

المبحث الثالث

موجب خيار المراجعة بحسب ظهور الكذب أو الغش

سبق أن أوضحنا معالم التفرقة بين (الكذب) وهو هنا الخيانة في مقدار الثمن الأول (رأس المال) وبين (الغش) وهو الخيانة في ملايسات الثمن ، وهذه التفرقة كالجزء المشترك بين المذاهب الأربعة . والآن نواجه تصويرهم المتفاوت أحيانا لكيفية التفريق ومشمولاته وأثره .

أما الحنفية فقد انفرد الامام الكاسانى بالنص على هذا التنوع الثنائى فى باب المراجعة (ولعل غيره تناوله فى مواطن أخرى) حيث صرح بأنه إذا ظهرت الخيانة فى المراجعة لا يخلو إما أن تظهر فى صفة الثمن . وإما أن تظهر فى قدره .

فإن ظهرت فى صفة الثمن ، بأن اشترى شيئا بنسيئة ثم باعه مراجعة على الثمن الأول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة ، - أو باعه تولية ولم يبين - ثم علم المشتري فله الخيار بالاجماع (أى بين أبى حنيفة وأصحابه الثلاثة : أبى يوسف ومحمد وزفر) . ومثله ما لو كان الثمن مقدارا من الدين له على البائع صالحه عنه على عين ، فباعه مراجعة على مبلغ الدين ولم يبين أنه كان بدل صلح .

والوجه عند الكاسانى فى ثبوت الخيار هنا ان المراجعة عقد بنى على الأمانة فكانت مطلوبة ، وكان صيانتة عن الخيانة مشروطة دلالة ، ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب^(١) .

(١) البدائع ٢٢٥/٥ . ذكر فى الهداية وشرحها العناية والفتح مسألة المراجعة على بدل الصلح باعتبار مقدار الدين المصالح عنه وأنه لا يجوز (٢٥٨/٥) ثم ذكروا بعدئذ مسألة النسيئة وأنه لو باع مراجعة دون أن يبين وعلم المشتري فله الخيار . . « والاقدام على المراجعة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت بخير كما فى العيب » ٢٦٢/٥ لكن ابن الهام عاد ففصل الخلاف قائلا : على ما عرف من مذهب أبى حنيفة ومحمد . ولم عرف على قول أبى يوسف ينبغى أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله فى هذا يراد لأجل الأجل .

أما إن ظهرت الخيانة في قدر الثمن فقد تفرقت كلمة أبن حنيفة وأصحابه في هذا النوع - بعد أن اجتمعوا على إثبات الخيار في النوع السابق - فأبو حنيفة يقول بإثبات الخيار للمشتري : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه . ومثله قول محمد .

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا خيار ، بل يحط بمقدار الخيانة من رأس المال ومن الربح على نسبته^(١) .

وللأمانة : نحو ذلك التمييز بين ظهور الخيانة فيما يتصل بقدر الثمن (ويدعونه : الكذب) وبين ظهورها في غير المقدار ، كذكر مرغبات أو كنم منفرات وإن لم يكن ذلك عيباً ويسمى هذا القسم (الغش) وله شقان أحدهما إيجابى والآخر سلبى .

فشال الغش في الشق الأول الإيجابى : أن يرقم على السلعة أكثر من ثمنها ويبيع بالثمن الأصلي ليوهم المشتري الغلط على نفسه ، أو ينفخ اللحم لإيهام أنه سمين ، ومثاله في الشق الثانى السلبى : أن يكتم طول إقامة السلعة عنده ثم يبيعها مرابحة من غير بيان طول الإقامة ، أو يكتم كون السلعة غير بلدية والمرغوب للمشتري ما كان بلدياً .

والغش - في باب المراجعة - غير العيب ، فالعيب ما تنقص القيمة لأجله . أما الغش فما كان يكره ولا تنقص القيمة لأجله كطول إقامة السلعة عنده وكونها غير بلدية^(٢) .

وهناك قسم ثالث يخون فيه المشتري قد عرض له ابن رشد في المقدمات - وغيره - ودعاه (تدليس العيب) في المراجعة ، وأطال النفس في تصوير وقوع كل من تلك الوجوه الثلاثة في المراجعة انفراداً واجتماعاً . . وبالنظر

(١) البدائع ٢٢٦/٥ الهداية وفتح القدير والعمدة ٢٥٦/٥ .

(٢) المقدمات ٥٩٣ و ٥٩٤ - ٤٠٠ ومختصر خليل بشرح الدردير ١٧٠/٣ ونحوه ما في القوانين لابن جزي

(ص ٢٥٥) والدسوقي على الشرح الكبير ١٦٩/٣ .

فى أثره على المراجعة روى انفصامه عنها واندراجة فى خيار العيب ولذا نص خليل - بعد أن استبعده عن التقسيم الثنائى لظهور الخيانة بالمراجعة - على أن « مدلس المراجعة كغيرها » (١) .

فإذا ظهرت الخيانة فى المراجعة وكانت من قبيل الكذب بالاخبار بزيادة فى الثمن فللمشتري الخيار بين إمساك المبيع بجميع الثمن وبين الرد . لكن هذا الخيار له مانع وهو رضا البائع بحط الزيادة وما ينوبها من الربح . فالخيار هنا مشروط بعدم الحط فإن حط البائع الزيادة لزم الشراء .

أمّا إذا ظهرت الخيانة وكانت من نوع الغش بعدم ذكر قدم الشراء ونحوه فللمشتري الخيار (المطلق) بين الإمساك بجميع الثمن والرد . ولا يمنع من الخيار أن يحط البائع عن المشتري بعض الثمن لأجل ما كتبه من منفرات أو ذكره من مرغبات موهومة لأن هذا من شأنه أن يخل بالرضا أصلاً ، فلا يتلافى بالحط من الثمن . بخلاف الكذب فإن تلافيه ممكن بالحط .

وذكر ابن راشد البكرى القفصى فى الباب أن ابن الماجشون سوى بين النوعين فقال فى حالة الكذب: ان الخيار للمشتري ولو حطت الزيادة « لخبث مكسبه » (٢) .

وقد ألمح ابن رشد (الحفيد) فى بداية المجتهد إلى الخطوط العريضة فى هذا الباب عند المالكية فقال : ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها : حكم مسألة

(١) الشرح الكبير للدردير ١٦٩/٣ والمقدمات لابن رشد ٥٩٤ والقوانين الفقهية لابن جزي ٢٥٤ - ٢٥٥ ولباب الباب لابن راشد البكرى ١٤٦ . ومن المناسب الاشارة إلى أن هذا على قول ابن القاسم أما سحنون فقد خالفه فقسم الغش إلى قسمين (أحدهما) : ما لا تأثير له فى الثمن كطول إقامة السلعة دون تحول الأسواق (والآخر) ماله تأثير فى الثمن كشراء السلعة نسيئة ثم بيعها مراعاة بالثمن نفسه وهذا عنده بمثابة (الكذب) فى الاخبار بالثمن (المقدمات لابن رشد ٥٩٤)

(٢) المقدمات لابن رشد ٥٩٤ الشرح الكبير وحاشيته للدسوقي ١٦٩/٣ الخرشي ٨٩/٤ بداية المجتهد ٢١٦/٢ لباب الباب لابن راشد البكرى القفصى ١٤٦ القوانين الفقهية ٢٥٤ كفاية الطالب شرح الرسالة نحاشية العدوى ١٢١/٢ .

الكذب ، وحكم مسألة الغش ، وحكم مسألة وجود العيب . فأما حكم الكذب فقد تقدم ، وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق ، وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا (صوابه : المشتري) وليس للبائع أن يلزمه البيع وأن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسألة الكذب .

هذا عند ابن القاسم ، وأما عند أشهب فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر في الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب^(١) .

أما الشافعية فلهم شبهه هذا التفصيل أيضا حيث فرّقوا بين (الكتم) لشيء من البيانات الضرورية الخاصة بالمراجعة كالأجل والعيب في عقد الشراء الأول (وراء بيان رأس المال) وبين (الكذب) في الإخبار برأس المال .

وقد اعتنى القاضى زكريا بإيضاح هذه التفرقة^(٢) حيث بدأ بالكلام عن وجوب بيان الثمن . ثم وجوب صدق البائع في إخباره عموما ، وعدّ أمورا ثمانية ذكر أنه عناها من إطلاقه كلمة (الإخبار) وهى :

- ١ - قدر ما استقر عليه العقد أو ما قام به المبيع عليه .
- ٢ - وصفة الثمن كصحة وتكسير وخلوص وغش .
- ٣ - وقدر الأجل .
- ٤ - والشراء بعرض قيمته كذا وقت العقد .
- ٥ - والعيب الحادث والقديم .
- ٦ - والغبن الذى لحقه فى الشراء .
- ٧ - والشراء من مؤلّيه .
- ٨ - والشراء بدين من مماطل ، أو معسر إن كان البائع كذلك .

(١) بداية المجتهد ٢/٢١٦ .

(٢) شرح المربع بخاشية جلد ٣/١٨٣ .

لأن المشتري يعتمد أمانته ولأن الغرض يختلف بذلك لأن الأجل يقابله قسط من الثمن ، والعرض يشدد في البيع به فوق ما يشدد في البيع في النقد ، والعيب الحادث ينقص القيمة عما كان حين شرائه . . . الخ .

ثم نص على أنه : « لو ترك الإخبار بشيء من ذلك فالبيع صحيح ، لكن للمشتري الخيار ، لتدليس البائع عليه بترك ما وجب عليه » .

وبالرغم من هذا البيان الجلي فقد استبهم الأمر على المحشى (الجمل) فلم يعرف وجه التفرقة بين كتم هذه البيانات وبين الكذب في بيان القدر ، بل زاد الغموض عنده حين حمل الإمر الأول (بيان قدر ما استقر عليه العقد أو ما قام به المبيع) على بيان رأس المال وشتان بينهما فإن هذا البيان لكشف تاريخ الثمن وهل كان المبيع له ثم زال ملكه عنه ثم اشتراه بأقل ؟ فالواجب الإخبار بالثاني لا بالأول .

ولما تحير المحشى في إثبات القاضي الخيار هنا وإجرائه الخلاف بعد في الكذب في بيان رأس المال ، استشعر التناقض ، ثم أجاب بسلوك التأويل وجاء بعبارات قلقة تتم عن انحرافه من الأصل في فهم التفرقة المذكورة (١) .

وتعززا لما عني ببيانه القاضي زكريا هاك ما نص عليه الخطيب الشربيني حيث قال : « ولو لم يبين الأجل ، أو العيب ، أو شيئا مما يجب ذكره ، ثبت للمشتري الخيار ، لتدليس البائع عليه بترك ما وجب عليه وقد علم من ذلك أنه لا سقوط (أى حط) في غير الكذب وينفع ضرر المشتري بثبوت الخيار له . وإن قال الإمام (امام الحرمين) والغزالي بالسقوط ، وهو حطّ التفاوت » (٢) .

(١) شرح المنهج بخاشية الجمل ١٨٣/٣ .

(٢) معنى المحتاج ٧٩/٢ . وفي نهاية المحتاج ١١٥/٤ التصريح بالخيار في مسألة الأجل مسألة وقع شرائه له مرتين بشمين فأخبر بالأكثر . ثم استعرض في ١١٦/٤ بضع مسائل تتصل بملايسات الثمن ونص على الخيار فيها . وذكر في كشف القناع ١٣٢/٣٤ والفروع ١١٩/٤ صوراً مختلفة تتصل بملايسات الثمن ونص على الخيار فيها ومنها : ما لو اشتراه من أقاربه الذين لا تحوز شهادتهم له . لكنه اختار في مسألة الأجل تأجيل المشتري لمثله دون خيار ٢٣١/٣ .

أما إن كانت الخيانة بالكذب فى الإخبار بالثمن فى المذهب قولان ،
والأظهر منهما : حط الزيادة وربحها ولا خيار . والقول الآخر لا يحط شئ
ويثبت الخيار للمشتري^(١) .

والحنابلة كذلك يفرقون بين (الكتم) لبيان ما يلزمه بيانه (عدا رأس
المال) وبين (الكذب) فى الاخبار برأس المال .

فى النوع الأول « يثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به وبين الرد ، إلا
فى الخبر بزيادة على رأس ماله . . . وإن اشتراه بثمان مؤجل ولم يبين أمره فعن
أحمد أنه مخير بين أخذه بالثمن الذى وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ . ثم
نص ابن قدامة على إطلاق الخيار للمشتري فيما لو كذب فى صفة الثمن بين
دراهم ودنانير ، أو بعرض أو ثمن وأشباه ذلك^(٢) . أما فى الكذب فى
الإخبار برأس المال بأن زاد فيه فذهب أحمد الراجح أنه تحط الزيادة وحظها
من الربح . ولكن اختلف فى إثبات الخيار للمشتري مع ذلك . فالمنصوص
عن أحمد أن للمشتري الخيار بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين
تركه ، لأن المشتري لا يأمن الخيانة فى هذا الثمن أيضا ، ولأنه ربما كان له
غرض فى الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفا أو وكىلا . . قال ابن قدامة :
وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له ، لأنه لم يذكره .

وذكر الحلى من الإمامية أنه إن ظهر الكذب فى خيار المراجعة يتخير
المشتري بين أخذه بجميع الثمن الذى وقع عقد المراجعة عليه وبين الرد ولا يحط
شيئا . لأن الثمن مسمى فى العقد وإنما كان فيه تدليس وخيانة وذلك يوجب
الخيار دون الخطيئة ، كما لو ظهر فيه عيب دلّسه البائع^(٣) .

(١) معنى المحتاج ٧٩/٢ ونهاية المحتاج ١١٦/٤ وشرح المنهج السدى ١٨٣/٣ وهو الذى عليه كلامه حيث اقتصر عليه .

(٢) وهناك روايتان غير هذه : ١ - أن يكون له الانتظار إلى مثل ذلك الأجل ٢ - أن يحبس من الثمن بقدر
الأجل (المعنى ١٤١/٤ و ٣٠٥٥ و ٣٠٥٦) .

(٣) المعنى ١٣٦/٤ م ٣٠٤٩ انتهى الارادات ٣٩٧/١ وقال : ان المذهب الحط بدون خيار (كشف القناع
٢٣١/٣ مقتصر على أنه لا خيار) والفروع ١١٨/٤ تذكرة الفقهاء ٥٤٤/١ .

المبحث الرابع

سقوط خيار المراجعة

المطلب الأول

أثر الهلاك على الخيار

إذا فانت السلعة ، بنماء أو نقص أو حوالة سوق ، أى تغير سوق فإن خيار الامساك والرد ينتهى ، وتنشأ قضية جديدة هى كيفية التعويض عن ذلك الخيار ، إذ ليس من العدل أن يكلف المشتري بدفع المكذوب به ولا أن يلزم بتحمل الغش دون مقابل .

ففي الكذب يخير المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه أو دفع القيمة على أن لا تزيد على الكذب وربحه . أو بعبارة أخرى أبعد عن الاشتباه : يخير بين دفع الصحيح وربحه والكذب وربحه وهذا على ما اختاره جمع من الشراح من أن الخيار للمشتري لا للبائع ^(١) .

أما في الغش فللمشتري أن يدفع الأقل من الثمن (الذى بيعت به السلعة) والقيمة (يوم القبض) ولا يضاف على القيمة ربح ^(٢) .

إذا هلك المبيع مراجعة قبل أن يردده ، أو استهلكه ، أو حدث فيه ما يمنع الفسخ . فعلى مذهب القائلين بالخط يخط . وعلى مذهب القائلين بالخيار يلزم المشتري جميع الثمن ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن - وليس كخيار العيب لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به - .

هذا على الروايات الظاهرة . وهناك رواية عن محمد - من غير رواية

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٩/٣ والحراشي ٩٠/٤ وقد ذهب إلى أن الاختيار فى حالة الكذب للبائع بدلالة التقييد بأن لا يزيد القيمة على الكذب وربحه لأن المشتري لا يختار ألا الأقل في ذكر التقييد دلالة على أن الاختيار للبائع . واقتصر الخطاب على أن الاختيار للبائع ٤٩٥/٤ .

(٢) الدسوقي ١٦٩/٣ والحراشي ٩٠/٤ وبداية المجتهد ٢١٣/٢ - ٢١٥ .

الأصول - أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن ، حتى يدفع الضرر عن المشتري .

وعند الإمامية إذا ظهر كذب البائع بعد هلاك السلعة ففي سقوط خيار المشتري اشكال لأنه ثبت بحق فلا يسقط بهلاك المعقود عليه^(١) .

المطلب الثاني

أثر الغلط على الخيار

الغلط إما أن يكون بالاخبار بالزائد عن الثمن - وقد سبق أن السهو في ذلك له حكم العمد - وإما أن يكون بالاخبار بنقص عما اشترى به . فإن غلط البائع مراجعة على نفسه وصدقه المشتري في غلطه ، أو أثبت ذلك بالبينة كان للمشتري خيار الرد والامساك أيضا ولكن صورة الامساك تغاير ما سبق فهو إذا لم يختار الرد كان له أن يمسك على أن يدفع ما يتبين أنه ثمن صحيح وربحه وليس الثمن المغلوط . .

هذا في حال قيام السلعة . أما إن فاتت بنماء أو نقص - لا بتغير السوق - فإن الخيار السابق يسقط لفوات المحل وينتقل إلى البحث في الواجب دفعه عند فوات المحل وسقوط الخيار ، يكون الدفع حينئذ على سبيل التخيير للمشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه ودفع قيمته في المقوم ومثله في المثلى يوم بيعه ما لم تنقص قيمته عن الغلط وربحه فلا ينقص عنهما لأنه قد رضى بدفع الغلط وربحه . ففي حال نقص القيمة عنهما يتعين دفعه للغلط وربحه . ومن المعروف أن حالات التخيير بين أمرين ليست خيارا لأن الخيار ما كان بين أمرين أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء^(٢) .

(١) فتح تقدير والعبارة ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ - البدائع ٢٢٦/٥ .

(٢) الدسوقي على الترح الكبير ١٦٨٠٣ الخطاب ٤٩٤/٤ الخرشى ٨٩/٤ ومن الغريب ما جاء في بداية المجتهد أن من مذهب مالك (مخالف لما في كتب المالكية) في مسألة الغلط أن بينة البائع تسع وبحر المتاع على ذلك الثمن ثم قال عنه ابن رشد : وهذا بعيد . لأنه بيع آخر (١٨٠/٢) ويحتل أن في العبارة تحريفا في كلمة « يخير » والصواب « يخير »^٢

أما أثر الغلط عند الشافعية فهو زوال الخيار الذى كان حقا للمشتري بعد الاحتياط له بأن لا تثبت الزيادة ويكون للبائع فى مقابل ذلك خيار الرد أو الامضاء ، وقد يبدو غريبا فى المراجعة ثبوت الخيار للبائع إذا لم ينته إلى اقتصاره على حالة الغلط ، بأن أخبر بأقل من الثمن الحقيقى وصدقه المشتري على ذلك فقد صحح النووى بيع المراجعة هذا وذهب إلى أنه لا تثبت الزيادة للبائع الخيار . أما إن كذبه المشتري ولم يبين البائع لغلطه المدعى وجها محتملا - وفى الرأي المشهور : حتى لو بين وجها - لم يقبل قوله ولا بينته على الغلط لتكذيبه لها بقوله الأول ، وكان له فى الأصح تخليف المشتري أنه لا يعرف ذلك ، فإن حلف فذاك وآلا ردت اليمين على البائع فإن حلف فالحكم أن لا تثبت الزيادة أيضا للبائع الخيار^(١) .

ومن الواضح أن هذا الخيار الثابت للبائع ليس من باب خيار المراجعة (المبوّب له) بل هو صورة من صور الغلط التى ينشأ عنها حالة تخيير جزئية .

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ١٨٤/٣ ونهاية المحتاج ١١٦/٤ - ١١٧ .

الفصل الثالث

خيار التولية والاشراك

الفصل الثالث

خيار التولية والإشراك

الفرع الأول

خيار التولية

تعريف التولية لغة وشرعا :

التولية فى اللغة جعل الشخص واليا أو تقليده الولاية ثم استعملت فى لسان أهل الشرع فى بيع الشيء بمثل الثمن الأول ، وقيل : هى من الموالاة بمعنى المتابعة ، كأنه يتبع المشتري الأول ، ويواليه فى البيع بمثل الثمن . أما على المعنى الأول فكأن المشتري ولّى البائع الأمر فى تحديد الثمن بعد الأساس الذى وضعاه .

وقد سبق فى الفصل الأول تعريفها بأنها البيع برأس المال وتعريفاتها متقاربة فى المذاهب ، ومعناها واحد^(١) .

مفهوم التولية ، وأقسامها :

للتولية كما يتضح من تعريفها مفهوم واحد هو البيع لأى شىء بمثل الثمن الأول بعد قبض المبيع ألا أن المالكية قد استعملوا تعبيرين عن هذا البيع القائم بمائلة رأس المال :

أحدهما - (المساواة) ولم يعرضوا له إلا فى مجال التقسيم بل جعلوا لفظ (المراجعة) شاملا له كشموله للمحاطة وذكروا أن الوجه فى شموله للمساواة هو باعتبار ربح البائع بالثمن لانتفاعه به إذ قد يشتري به سلعة أخرى

(١) المصباح المنير . نهاية المحتاج ١٠٦/٤ البدائع ٢٢٠/٥ والمعنى ١٤١/٤ قال : ونصح بلفظ البيع .

يربح فيها ، وانتفاع المشتري بالسلعة إذ قد يبيعها فيربح فيها . لكنهم أغفلوا الحديث عن المساواة - وكانت المحاطة قد حظيت ببعض الحديث عنها في أثناء المراجعة ، مما جعل العدوى يقول في آخر باب المراجعة : ترك المساواة ، مع أنها القسم الثالث من أقسام المراجعة . (أى والثاني هو المحاطة) ^(١) .

والذى يدل على وحدة المراد عند المالكية بالتولية والمساواة من حيث التنوع أنهم عندما عرّفوا المراجعة كان فيها قيد « غير لازم مساواته له » لخراج الاقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب . فالتولية فيها مساواة للثمن الأول ، كما هو الحال فيما سمّوه فى التقسيمات (المساواة) وجعلوه من مشمولات (المراجعة) .

والسؤال الذى يثور هنا : لم تعددت التسمية للمسمى الواحد ؟ ولم توسعوا فى أحكام التولية فكان لها فصل مستقل وأغفلوا المساواة حتى من عبارة تفيد تماثل أحكامها مع التولية .

الذى ظهر لى من التأمل فى مراجع المالكية وغيرهم أن المالكية لم يروا فى المساواة (التولية العامة) ما يستحق البيان لوضوح أمرها بالمقارنة بالمراجعة ، واعتنوا بنوع خاص من أنواع التولية وهو : بيع التولية الذى يجرى فى الطعام قبل قبضه . فكان تسمية (المساواة) صارت مخصوصة بما بيع بمثل الثمن الأول من السلع بعد أن لزم البيع وتم التسليم . أما التولية فهى فى بيع لم تنقطع علاقته بالبائع الأول فالثمن لم يدفع ، والقبض لم يحصل ، ومن المعروف ما فى بيع الطعام قبل قبضه من حظر فالتولية « هى فى الطعام غير الجزاف رخصة » ^(٢) . وهى « تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه » فالموّلّى مازال مشترى لأن علاقته بالعقد لم تنفصم فهو لم يدفع الثمن بدلالة تقييدهم جوازها بأن لا يشترط النقد عن الموّلّى ، والقبض لم يحصل وهو وجه الرخصة ^(٣) .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٩/٣ والخرشى ٨١/٤ وحاشية العدوى على الخرشى ٩٠/٤ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٦/٣ والخرشى ٧٧/٤ .

(٣) قال العدوى فى بداية مبحث التولية : وذلك أن الكلام فى الاقالة والشركة والتولية قبل القبض (العدوى على الخرشى ٧٨/٤) .

ولا يتم لنا فهم مرمى الملكية من تمييز (التولية) عن مفهوم (المساواة) الشامل لها إلا بعبارات مستعارة من مذاهب أخرى لم تفسح صدرها للتولية في الطعام قبل قبضه كما صنع الملكية . فقد قال الشريفي عن التولية بالمفهوم العام : إذا اشترى شخص شيئاً بمثل ، ثم قال بعد قبضه ولزوم العقد . . . : وليتك هذا العقد . . وهو بيع في سائر شروطه ، كالتقابض في الروى والقدرة على التسليم^(١) .

أما حجة الملكية في الترخيص بالتولية - والاشراك - في الطعام قبل قبضه فهي « لأنهما ، كالأقالة ، من باب المعروف . كالقرض »^(٢) .
مشروعية التولية :

لم يذكر المصنفون - فيما علمت - أن أحداً خالف في التولية من حيث جوازها بل أجاز ابن حزم كلا من التولية والاشراك بعد أن جردهما من الخصائص التي اقتضت إفرادهما بالتسمية عن أصل البيع ، فهما عنده لفظان من ألفاظ البيع فالتولية - نقل ملك المرء عيناً ما صح ملكه لها (ويقول عن الاشراك : نقل بعض عين ما صح ملكه لها) إلى ملك غيره بثمن مسمى . فليس هناك اعتماد لرأس المال وإنما هناك ثمن مسمى لا صلة له بالثمن الأول . فإن كان البيع لجميع العين كان تولية وإن كان لبعضها كان إشراكاً . « وهذا هو البيع نفسه ، ليست هذه الصفة البتة إلا للبيع ولا يكون بيعاً أصلاً إلا بهذه الصفة ، فصَحَّ أنهما بيع صحيح »^(٣) .

وبهذا يظهر تعجل من يخال ابن حزم مانعاً للمراجعة وحدها ، مثبناً

(١) معنى المحتاج ٧٦/٢ .

(٢) الدردير في شرح خليل ١٥٦/٣ وقد ذكر ابن حزم في المحلى (١٥٠٨ م ٣/٩) أن مما انفرد به مالك (وربيعه) أن كل ما لا يجوز فيه البيع قبل القبض أو قبل الاكتيال فإنه لا بأس فيه بالشركة والتولية ، ثم تناول ذلك بالرد .

(٣) المحلى ٣/٩ م ١٥٠٨ مكرر .

للتولية والاشراك . فهو فى الحقيقة نافٍ مشروعية بيع الأمانة هذه كلها لكنه رأى لكلمتي التولية والاشراك وجها صالحا على مذهبه بإبقائهما للبيع المعروف بالثمن المسمى فصرفهما إلى الجادة نازعاً منهما المدلول الخاص أما المراجعة فلم ير وجها سائغاً يحمله عليها فصرح بنفيها . »

وحسبنا فى الوصول إلى صريح رأيه فى ذلك نصه على أن التولية والاشراك هما البيع نفسه ، أى فلا حظّ للزيادة ولا خيار رد ، ونصه على أنها نقل بثمان مسمى . وليس بالثمن الأول (رأس المال) .

حكم التولية وشرائطها :

قال ابن قدامة : وحكم بيع التولية فى الإخبار بثمانه وتبيين ما يلزمه تبيينه حكم المراجعة فى ذلك كله . ونحو هذه العبارة للمذاهب الأخرى فهم متفقون فى وحدة شرائطها والبيانات المطلوبة لمقدار الثمن وصفته ^(١) .

لكن موجب خيار التولية يختلف عن المراجعة عند الإمام أبى حنيفة (وأبى يوسف) فهو يرى أنه لا خيار للمشتري فى التولية إن زاد البائع فى الثمن ولكن تحط الزيادة . وقد خالف الإمام مذهبه فى المراجعة والوجه فى هذه المخالفة أنه لو لم يحط فى التولية لتغير التصرف فلم يعد تولية (لأن كيانها أن تكون بالثمن الأول) وهنا تصبح مواضعة وهما تعاقدان بالتولية . فتعين الحط حفاظاً على التصرف الذى أراداه . وليست المراجعة كالتولية فى هذا . وقال محمد ابن الحسن : له الخيار فى التولية كالمراجعة ^(٢) .

(١) نعى ١٤١/٤ - ١٤٢ م ٣٠٥٩ رد المختار ٤٢/٤ تذكرة الفقهاء ٥٤٥/١ .

(٢) البدائع ٢٢٦/٥ فتح القدير والعدة ٢٥٦/٥ وفيها تفصيل الاستدلال لأئمة الحنفية .

الفرع الثاني

خيار الاشراك ، وحكمه

تعريفه وصيغته :

بيع الإشراك ، ويقال له (التشريك) أو الشركة لكنهم إذا استعملوا الأخير ميزوه عن باب الشركة .

(الإشراك) عند الحنفية : أن يشرك غيره فيما اشتراه ، أى بأن يبيعه نصفه مثلاً وقال عنه الشافعية: هو تولية فى بعض المبيع وقال عنه ابن قدامة : هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة . وحكمه فى الاخبار بثمنه وتبيين ما يلزم تبينه حكم المراجعة فى ذلك كله ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية . وهو عند المالكية : جعل مشترٍ قدراً لغير بائعه باختياره مما اشتراه لنفسه بمنايه من ثمنه . بهذا حدّه ابن عرفة مريدا الاحتراز بكلمة (قدرا) عن التولية . ويقول (لغير بائعه) عن الاقالة فى بعض المبيع . ويقول (باختياره) استحقاق جزء المشتري .

وينبغى التنويه بأن الامامية يجوزون الإشراك (ليصير للغير بعض الشيء المشتري بقسطه من الثمن) ولو جاء بلفظ البيع أو التولية أو المراجعة أو المواضعة ما دامت هناك قرينة بذكر البعض المبيع .

وقال ابن عابدين عن (الإشراك) : وتركه الشارح لأنه غير خارج عن الأربعة (يقصد بيوع الأمانة الثلاثة والمساومة)^(١) .

حكم الإشراك :

ذكر ابن عابدين (وغيره من فقهاء المذاهب) مرارا أن الإشراك حكمه حكم التولية « لأنه تولية حقيقة ، لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن »

(١) رد مختار ٣/٤ و ١٥٢/٤ مغنى المحتاج ٧٧/٢ نهاية المحتاج ١١٠/٤ .

ثم أشار إلى أن الإشتراك يتفق مع التولية فى الشرائط والأحكام سوى أمر واحد يختص به ، وهو القدر الذى تثبت فيه الشركة ، وذلك بحسب رغبة مالك الشيء المراد الاشتراك فيه ، واحدا أو أكثر ، وبحسب عبارات الاشتراك بأى نصيب حصل الاشتراك . . (١) .

وحكم الاشتراك لدى المالكية حكم التولية بعد الانتباه إلى مدلولها الخاص بأنها فى بيع الطعام قبل قبضه ، وقال الحلى : الاشتراك فى البعض كالتولية فى الجميع (٢) فى الأحكام السابقة .

(١) البدائع ٢٢٦/٥ وقد امتد تفصيل الأحكام الخاصة بالاشتراك حتى ٢٢٨ ومغنى المحتاج ٧٧/٢ ونهاية المحتاج ١١٠/٤ وقالوا : « والاشتراك كالتولية فى الأحكام المذكورة . ومتبى الارادات ٣٧٠/١ والمغنى ١٤٢/٤ . ٣٠٥٩ وكشاف القناع ٢٣١/٣ والفروع ١١٩/٤ .

(٢) خليل وشروحه وحواشيه : الدردير بحاشية الدسوقي ١٥٦/٣ الخرشى والعدوى ٨٣/٤ الخطاب ٤٩٠/٤ تذكرة الفقهاء ٥٤٥/١ وقال ان نص على المناصفة وغيرها فذلك وإن أطلق الاشتراك احتمال الصحة ويحصل على المناصفة .

الفصل الرابع

خيار المواقعة

الفصل الرابع

خيار الموضعة

(أو خيار المحاطة)

تعريف خيار الموضعة :

عرّفها الحنفية بأنها : بيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان شيء معلوم منه . وعرّفها صاحب البحر منهم بأنها : البيع بالنقص من الثمن الأول وعرّفها المالكية بأنها : البيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان شيء معلوم وقال عنها الحنابلة : بيع بخسران^(١) .

تسميته :

يسمى هذا البيع : بيع الوضعية (أيضا) كما يسمى (المحاطة أو الخطيطة) لما فيه من الوضع أو الخط من رأس المال . وذكر بعض الشافعية أنه يسمى أيضا : بيع المخاسرة ، للخسارة التي يقوم عليها^(٢) .

ماهية الموضعة :

رأينا في تعريف (المراجحة) كيف جعلها المالكية شاملة للموضعة . وذكروا أن ذلك الاطلاق اما مجرد اصطلاح في التسمية (مجرد عن المناسبة) أو أن الموضعة ربح للمشتري كما أن المراجحة ربح للبائع ، بل وسَم الخطاب بعض تعاريف المراجحة التي فحواها أنها بيع السلعة بالثمن المشتراة به وزيادة ربح معلوم بأنها غير جامعة لخروج الموضعة عنها ، ثم قال : كأنهم تكلموا على ما هو الأغلب^(٣) وورد نحو ذلك عند الشافعية في مجال الاعتذار عن عدم ظهور

(١) البدائع ٢٢٠/٥ رد المختار ١٥٢/٤ ومتنبي الارادات ٣٩٧/١ والحرثي ٨٢/٤ والمغني ١٤٣/٤ .

(٢) مغني المحتاج ٧٧/٢ نهاية المحتاج ١١٢/٤ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٩/٣ والعدوى على الحرثي ٨١/٤ والخطاب ٤٨٩/٤ ورد المختار ١٥٢/٤

و ٣/٤ .

المحاطة فى عناوين بيع الأمانة ، بل أغفلها بعض الحنفية بحجة ظهورها^(١) .

حكم المواضعة :

بعدما ظهر لنا طابع المواضعة نجد لهذا الصنيع من الفقهاء آثاره فى الحكم ، بل ربما كان هو نتيجة اتحاد الحكم فى الأساس مع ملاحظة التضاد فى الصورة .

وها هم الحنفية يكتفون بالإشارة إلى تعريف (المواضعة) دون بيان أحكامها لظهورها ، والمراد ظهورها بالتطبيق العكسى لأحكام المراجعة ولم يزد الشافعية على ذكر أمثلة لإيضاحها وطريقة حساب ما يحط فى مسألة درهم من عشرة أو للعشرة . . ومثل ذلك صنيع الحنابلة ولهم فيها الخلاف السابق فى المراجعة فرواية حنبل التى جرى عليها ابن قدامة فى المقنع والمغنى ثبوت الخيار بعد الحط . وصنيع الخرقي - وقد سموه المذهب - ان الحكم حط الزيادة وحظها ، ونقص الزيادة من المواضعة ولا خيار^(٢) . كما اقتصر المالكية على ذكر عبارات التماثل بين المحاطة والمراجعة فى التطبيق^(٣) .

وفى حكم المواضعة وشرائطها يقول الكاسانى : « يعتبر لها من الشرائط والأحكام ما يعتبر للمراجعة » . ولما ذكر الحصكفى فى الدر أنه يحط فى التولية قدر الخيانة نقل صاحب الحاشية عليه ابن عابدين عن الحلبي قوله : وينبغى أن تكون الوضعية كذلك^(٤) .

(١) معنى المحتاج ٧٧/٢ نهاية المحتاج ١١٢/٤ .

(٢) المعنى ١٤٣/٤ م ٣٠٦١ كشف القناع ٢٣٠٣ - ٢٣١ والفروع ١١٨/٤ ومتهى ارادات ٣٦٧/١ .

(٣) حليل وشروحه الخرشى ٨٥/٤ الدردير ١٥٩/٣ .

(٤) البدائع ٢٢٨/٥ رد المحتار ٤٦٤ .

الباب الثامن

زمرة خيارات الخلف

وفيه ثلاثة فصول

- الأول : خيارات فوات الوصف المرغوب
- الثاني : خيار فوات الشرط
- الثالث : خيار اختلاف المقدار

الفصل الأول

خيار فوات الوصف المرغوب

المبحث الأول

تعريفه وتسميته

تعريفه :

التعريف المختار لخيار فوات الوصف مستمدا من ماهية هذا الخيار ، هو (حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه) .

ومثاله : أن يشتري انسان شيئا ويشترط فيه وصفا مرغوبا له ، كمن اشترى حصانا على أنه عربي أصيل فإذا هو هجين ، أو اشترى جوادا على أنه هملاج (سريع المشى فى سهولة) فإذا هو بطيء ، أو سريع فى اضطراب وعسر ، وكذلك شراء البقرة على أنها حلوب (كثيرة اللبن زيادة عن المعتاد فى أمثالها) . ومن الأمثلة القديمة فى المصنفات الفقهية : شراء العبد على أنه كاتب ، ونحوه من الأوصاف المرغوبة فى العبيد والجوارى ، ومن الأمثلة العملية : اشتراط كون الكلب صائدا ، وشرط كون الثمن مكفولا به ^(١) .

تسميته :

يسمى هذا الخيار أيضا بخيار خلف الوصف المشروط ، وقد يقتصر على (خيار الخلف) أو يدعى (تخلف الصفة) وأحيانا يسميه بعض المصنفين (خيار الوصف) لكن هذه التسمية موهمة لأن خيار الوصف يطلق عند الأكثرين على مطابقة المبيع الغائب للوصف إذا بيع على الصفة ، وهو مما يتنى

(١) فتح القدير ١٣٥/٥ البحر الزخار ٣٥٤/٣ الروضة شرح للغة ٣٢٩/١ والواقع ليس بعيب بل فوات أمر زائد ، مطالب أولى النهى ١٣٧/٣ .

به خيار الرؤية ألا عند من يراه للتروى ولو طابق. كما أن بعضهم يبحثه مستقلا ، وآخرون يلحقونه بخيار العيب أو خيار الشرط^(١) .

المبحث الثاني

مشروعية اشتراط الوصف

لا سبيل إلى إثبات مشروعية هذا الخيار إلا بإثبات موضوعه وهو (اشتراط صفة مرغوبة في المعقود عليه لولا الاشتراط لم تثبت) ، ومستند صحة هذا الاشتراط هو تسويغ الشروط العقدية . وقد كان للفقهاء في هذه النظرية مواقف مختلفة مع صعيد مشترك بينهم هو الصحة ، بعد توافر ما يتطلبه كل مذهب من شرائط . وهذا الموضوع واقع في النطاق الذي لا خلاف فيه بين الفقهاء ، وهو (الشرط الذي يعتبر من مصالح العقد) كاشتراط الرهن أو الكفيل ، أما اشتراط صفة زائدة فهو مقيس عليه^(٢) .

وسبب اعتبار الحنفية اشتراط الوصف سائغا أنهم أنزلوه منزلة الشرط الذي يقتضيه العقد إذا كان لا غرر فيه ، ذلك أن الوصف لو كان موجودا في المبيع ، دون التفات إلى اشتراط المشتري له ، فانه يدخل في العقد ويكون من مقتضياته ، فكان اشتراطه صحيحا إذا لم يكن فيه غرر^(٣)

ثم إن الوصف المرغوب فيه ترجع إلى صفة الثمن أو المثمن ، فهو ملائم للعقد^(٤) .

(١) فتح القدير ١٣٥/٥ (جعله صاحب الهداية مسألة في خيار الشرط) تكملة المجموع ٣٦٤/١٢ (ألحقه بخيار العيب) . وكذلك المالكية فقد ابتدأ به (خليل) أحكام العيب بعدما مهد بقسم موجب الرد إلى قسمين : أولها : بعدم مشروط فيه غرض (وهو هذا) . والثاني : بما العادة السلامة منه (وهو خيار العيب) . الخرشى على خليل ٣٥/٤ الدسوقي ١٠٨/٣ .

(٢) يرجع لمعرفة التفاصيل إلى « نظرية الشروط المقترنة بالعقد » للشيخ زكي الدين شعبان .

(٣) فتح القدير ١٣٥/٥ .

(٤) العناية شرح الهداية ١٣٦/٥ والبدائع ١٦٩/٥ والمغنى ١٣٩/٤ على أحد وجهين وهو الأولى لأن فيه مقصدا صحيحا .

ولما كان المهم فى تسويغ اشتراط الصفة الأثر المترتب على الإخلال بالشرط هل هو الفساد - كما هو الحال فى الاشتراط فى غير الصفات . أم التخير بين أمرين أحدهما الرد ؟

ذهب الجمهور سوى ابن حزم إلى أن الأثر هو التخير . ولم يقولوا بفساد العقد حين تخلف الوصف لأن تخلفه لا يودى إلى اختلاف الجنس وذلك حيث يقع فيه العقد على جنس فيظهر أن المبيع جنس آخر . وإنما لم يكن كذلك هنا لأن فوات الوصف راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الأغراض . فلا يفسد العقد بفواته . وصار كفوات وصف السلامة الذى فيه خيار العيب . فيكون فى هذا خيار الوصف بالقياس^(١) .

المبحث الثالث

مشروعية خيار فوات الوصف ، والمذاهب فيه

مواقف المذاهب منه :

ذهب إلى إثبات هذا الخيار الحنفية والمالكية والشافعية فى الأصح والحنابلة كما قال به الزيدية والامامية بعدما أدرجوه تحت خيار التدليس^(٢) .

خالف فى مشروعية هذا الخيار الظاهرية . لذهابهم إلى بطلان العقد فى حال ظهور المبيع الغائب (الذى بيع على الوصف) على غير الوصف المبين فبذلك كما يقول ابن حزم « يقيّن ندرى أنه لم يشتر تلك السلعة . . » . ولا فرق - كما هو واضح - فى أن يكون الوصف الفائت من الأوصاف الأساسية للمعقود عليه أو وصفا زائدا بل ان الوصف الزائد أولى باستتباع البطلان . ولا خفى أن ابن حزم اقتصر من الخيارات على عدد قليل ليس هذا

(١) الهداية وشرحها العناية ١٣٦/٥ .

(٢) البدائع ١٦٩٠٥ المهذب وتكملة المجموع ٣٦٤/١٢ التدبوق على الشرح الكبير ١٠٨/٣ المستزاد ٨٥/٣ تذكره الفقهاء ٥٤٠/١ الروضة شرح السعة ٣٢٩/١ المكاسب ص ٢٨٣ .

منها^(١) . وهو فى نفيه خيار فوات الوصف لا يقتصر على ذلك بل يحكم على البيع الذى اشترط فيه وصف مرغوب بالبطلان إذا تخلف الوصف . واستدل لذلك (ولغيره من الفروع التى انفرد بها كإبطاله البيع عند ظهوره معيبا بعد اشتراط السلامة . وإبطاله البيع لوقوع الغبن فيه)^(٢) .

مستند مشروعيته :

هذا الخيار بالرغم من أنه ذو صلة بالخيارات الارادية - أو مما يمكن تسميته : شبه ارادى ، لأن سببه غير المباشر هو شرط الوصف . وذلك الوصف يكون اشتراطه بإرادة العاقد المحضة هو مرتكز فى النشوء على حكم الشارع لأن سببه المباشر هو تخلف الوصف المشروط . وذلك نقص فى المبيع . ولذا استند ثبوته على ثبوت خيار العيب . وبيان ذلك أن فوات الوصف المرغوب . بعد أن حصل فى العقد الالتزام من البائع به . هو فى معنى فوات وصف السلامة فى المبيع إذا ظهر فيه عيب . فكما يثبت فى الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت فى الصورة الأولى خيار الوصف . وكل من الخيارين ثبت لتخلف شرط فى المحل غير أن الشرط فى خيار العيب ثابت دلالة كما يقول الكاسانى أما فى خيار الوصف فهو ثابت نصا^(٣) .

ولهذا أورد الشافعية خيار فوات الوصف تاليا لخيار العيب أو مختلطا به . كما فعل الشيرازى . وقد علل حق الخيار فيه بأنه ظهر أنقص مما شرط وأضاف السبكى : فصار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف^(٤) .

(١) الخلى ٣١٤/٨ م ١٤١٢ ومنحى ابن حزم فى هذا الباب مماثل لمنحاه فى بطلان البيع إن ظهر عيب فى المبيع الذى اشترطت سلامته من العيوب (٥٠٩/٨) .

(٢) الخلى ٦٥٩ و ٤٤٢/٨ وقد سبق الكلام عليها فى العيب والغبن .

(٣) الكاسانى بدائع الصنائع ٢٧٣/٥ و ١٦٩ .

(٤) المهذب وشرحه (تكملة المحمّد) للسبكى ٣٦٤/١٢ - ٣٦٥ وقد رأينا فى خيارات القبيصة كيف جعل لغزلى تخلف الوصف أحد أسس القبيصة الثلاثة (الوجيز ١٤١٢) .

مناقشة النفي . والترحيج :

واستدل ابن حزم لمذهبه بأن تخلف الوصف جعل من المبيع عينا أخرى غير التي وقع العقد عليها . لكون المبيع غير المشروط (وقد سوى بين ظهور المبيع أدون أو أكثر من المشروط من غير ضرر .) وما احتج به غير مسلم . لأن المفترض في البيع أنه وقع على معين عند العقد وعينه قائمة بالرغم من تخلف الوصف - لا يمارى في ذلك العاقدان ولا غيرهما - انما تخلف الوصف المشترط وهو قد لا يكون المقصود الأول للعقد، وإن كان مرغوبا له . فلا يستدعى ذلك منه فسخ البيع لما يرى من بقاء مصلحته فيه أو تحقق ما يعتاض به عن الوصف الفائت فالمصلحة أن يترك له التحكم في مصير هذا العقد . فإذا رضى بالمبيع لم يكن ذلك من أكل المال بالباطل كما ادعى ابن حزم في احتجاجه .

وفضلا عن ذلك إن خيار فوات الوصف شبيه بخيار العيب . لفوات وصف السلامة من الأخير ، فيثبت الخيار فيهما . والعرف في المعاملات يجعل ترجيح رأى الجمهور هو المتعين دفعا للخرج في رأى ابن حزم هنا^(١) . هذا عن صحة البيع الذى تخلف فيه الوصف المرغوب . أما عن ثبوت الخيار لمن اشترط الوصف فدليلة أدلة خيار العيب . لأن فوات الوصف كالعيب . بل أقوى - لصراحة الاشتراط هنا - وإن كان هو في حقيقته ليس عيبا . وثبوت الخيار لدفع الخرج عن المشترط (بعد أن صححنا العقد) وإلا كان في ذلك إلزامه بما لم يلتزمه .

وقد تجوز بعض المصنفين فعدوا خيار فوات الوصف صورة من خيار العيب^(٢) . وبعضهم قسم خيار العيب إلى قسمين (وهو غير صنيع الغزالي

(١) المحلى ٣١٤/٨ العاية شرح الهداية ١٣٥/٥ - ١٣٧ .

(٢) أشير هنا إلى أن الدكتور الذنون التقى جعل (خيار فوات الوصف) خيارا . لكنه لم يفتح في النتيجة حيث جرح به إلى خيار العيب عد أن سوى بينهما بأن خيار العيب هو اختلال شرط السلامة النفسى ، وهذا اختلال شرط الزيادة الصريح . وكيف حتى عليه التمييز بين (السلامة) و (الزيادة) وهو الفصل الذى جعل لفتها يصريحون بأن فوات الوصف ليس عيبا وإن كان يحوز عيبه حكم العيب (نظرية الفسخ ١٤٢) .

فذلك في تقسيم خيار النقيصة) واعتبر خيار فوات الوصف أحد القسمين فالعيوب عند ابن رشد : عيوب بأن تشترط أضدادها ، وعيوب من قبل الشرط . وهذه نظرة تصنيفية أولع بها ابن رشد ولا يظن به إدماج الخيارين مع تباين مفهومهما^(١) .

المبحث الرابع

شرائط قيام خيار فوات الوصف

هذه الشرائط بعضها ينبغى وجوده في الوصف ليكون معتبرا اشتراطه ، وبعضها يتصل بتخلف الوصف أو فواته لينشأ عن ذلك صحة البيع مع الخيار بدلا من الفساد أو البطلان .

المطلب الأول

شرائط الوصف المعتبر

١ - يشترط أن يكون المطلوب وجوده وصفا : أما لو كان ملكية عين أخرى أو منفعة ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف فليس من باب فوات الوصف وإنما هو من باب الشروط . ومن هنا ذهب الحنفية إلى فساد اشتراط كون الشاة حاملا ، لأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول ، وضم المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولا وقد ذكر ابن عابدين أن الوصف ما يدخل تحت المبيع بلا ذكر ، كالجودة ، والأشجار والبناء ، والأطراف^(٢) .

٢ - أن يكون الوصف المرغوب مباحا في الشرع ، (أو مقررا

(١) بداية المجتهد ١٧٤/٢ .

(٢) البدائع ١٧٢/٥ « لأن المشروط صفة محضة للمبيع أو الثمن لا يتصور انقلابها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ، ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية » وقال في شرط (الحمل في الجارية) : الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا .

منه) : فاشتراط المحذور من الأوصاف لاغ ، كاشتراطه في الكبش كونه نظّاحا أو الديك صائلا (لاستعماله في صور من اللهو محظورة) لأن ما لا يقره الشارع يمتنع الالتزام به ^(١) .

٣ - أن يكون الوصف منضبطا (ليس فيه غرر) : وذلك بحيث يمكن معرفته والحكم بوجوده وعدمه . وتختلف أنظار الفقهاء ، بعد اتفاقهم على هذا الشرط ، في تحققه في بعض الأحوال مما تفصيله في المراجع المطولة . وقد مثلوا للوصف المشتتل على غرر بما لو باع الجمل على أنه يحمل (٦٠) صاعا مثلا أو الشاة على أنها تحلب كل يوم كذا رطلا فلا ينضبط لأن التحقق منه عسير لعدم ارتباط الحلب بوقت فلو قال على أنها (حلوب) صح الاشتراط . قال ابن حجر : ولا مانع من كون الوصف المشروط مؤديا إلى عزة وجود الشيء ، بل يصح ويتخير بعدمه ^(٢) .

٤ - أن يكون الوصف مرغوبا فيه : وذلك بحسب العادة ، فلو اشترط ما ليس بمرغوب أصلا كأن يكون معيبا فإذا هو سليم فلا خيار له . ويتصل بالكلام عن مرغوية الوصف ان يتحقق في المبيع وصف أفضل من الوصف المرغوب فإذا تبين أن الوصف خير مما اشترطه فالعقد لازم ولا خيار له ، وذكروا من أمثله أن يشترط في الجمل أنه بعير فإذا هو ناقة ، والمشتري من أهل البادية الذين يرغبون ما فيه الدرّ والنسل . ولأصحاب المذاهب تفصيل في ضبط الوصف المرغوب ، فالمالكية يرون أنه ما فيه غرض للعاقد سواء كان فيه مالية أو لا ، لأن الغرض أعم من المالية . والشافعية يرون أنه ما

(١) فتح القدير ١٣٥/٥ والعناية ١٣٦/٥ تذكرة الفقهاء ٥٤٠/١ ورد المختار ٤٦/٤ .

(٢) العناية وفتح القدير ١٣٦/٥ وقد فصل ابن الهام وغيره مسألة اشتراط الحمل في الأمة المبيعة المجموع ٣٢٤/٩ المغنى ١٣٩/٤ مغنى المحتاج ٣٤/٢ الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٣٩/٢ ومن التحفظات التي ذكرها النووي أن اشتراط وصف اللبون (مثلا) لا يراد به وجود اللبن حالة العقد . وقد أورد الشيرازي مسألة (اشتراط اللبون في الشاة) مفردة عن مسائل فوات الوصف بمناسبة أحكام التصرية ٨٦/١٢ أما المسائل الأخرى في ٣٦٤/١٢ - ٣٧١ من تكملة المجموع

يقصد فيه المالية لاختلاف القيم بوجوده وعدمه وأوجزه ابن حجر بقوله :
الذى يدل عليه كلامهم : انه كل وصف مقصود منضبط فيه مالية . وذكر
السبكي تقسيم إمام الحرمين والغزالي والرافعي الصفات المشروطة إلى ثلاثة :

١ - أن يتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بتخلفها .

٢ - أن يتعلق بها غرض صحيح غير المال وتخلفها يثبت الخيار على

خلاف .

٣ - أن لا يتعلق بها مالية ولا غرض مقصود ، واشتراطها لغو لا

خيار يفقده ثم استحسن من النووي جعلها قسمين بالاعتصار على الغرض
المقصود أو عدمه ^(١) .

٥ - أن يشترط المشتري الوصف المرغوب ، ويوافق على ذلك

البائع في العقد ، فلا يعتبر حال المشتري قرينة كافية عن الاشتراط .

وذلك لأن هذا الوصف يستحق في العقد بالشرط - لا بمجرد

العقد - فلولا له لما استحق ^(٢) .

على أنه تعتبر حال المشتري في تفسير الوصف ، فيما إذا حصل

اشتراطه بصورة مقتضية . وكذلك يؤخذ حال المشتري بالاعتبار في الحكم

على الوصف الموجود في المبيع هل هو أفضل من الوصف المشروط فيسقط

خياره أم دونه كما سبق في شريطة (المرغوبة) . ولو اشترى كلباً معروفاً بأنه

صائد ثم تبين نسيانه ، يثبت للمشتري خيار الوصف ولو لم يشترط صراحة

كون الكلب صائداً لأن الظاهر أنه اشتراه رغبة في هذه الصفة ، فصارت

مشروطة دلالة ^(٣) .

(١) البدائع ١٧٢/٥ الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٨/٣ الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٣٩/٢ تكملة المجموع

٣٦٥/١٢ وفي ٣٦٦/١٢ : الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المالية ، والغرض قد يتعلق بصفة

ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة أخرى .

(٢) العناية وفتح القدير ١٣٦/٥ .

(٣) فتح القدير ١٣٧/٥ .

وفى منزلة الشرط الصادر من المشتري ما يصدر من البائع من المناداة على السلعة حال البيع انها كذا وكذا ، فتزد بعدم هذا الوصف . قال الدسوقي : ولا يعد ما يقع فى المناداة من تلفيق السمسار حيث كانت العادة أنهم يلفقون مثل ذلك . فلا رد عند عدم ما ذكره فى المناداة على الظاهر لدخول المشتري على عدم ذلك^(١) .

المطلب الثانى

شروط تخلف الوصف (أو فواته)

يشترط فى تخلف الوصف (لبقاء العقد صحيحا واستلزامه الخيار) :

١ - أن يكون التخلّف داخلا تحت جنس المبيع ، أما لو اشترط أن الثوب قطن فإذا هو كتّان فالعقد غير صحيح لاختلاف الجنس . ولما كان فوات الوصف الذى يؤدى إلى اختلاف حال المبيع عن المعقود عليه غامضا وضع الفقهاء له ضابطا يراعى لاعطاء كل حالة حكمها المناسب من بين الأحكام الثلاثة التالية : الفساد ، الصحة وثبوت الخيار ، الصحة دون خيار^(٢) .

وقبل بيان ذلك الضابط يمكننا استبعاد الحالة الأخيرة لأنها تفهم بدهيا ، إذ مجاها أن يجد المبيع خيرا مما شرطه . أى يكون فيه وصف أفضل من الوصف الفات فحينئذ لا خيار له وقد تم تفصيل هذه الحالة فى شروط الوصف الفات . .^(٣)

والضابط هو فحش التفاوت فى الأغراض وعدمه وذلك بأن يقارن المبيع بالمسمى فى العقد ويرى مدى الاختلاف بينهما فإن كان المبيع من جنس

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٨٣ .

(٢) فتح القدير ١٣٧/٥ .

(٣) وفى ذلك خلاف ابن حزم فهو يرى بطلان العقد بتخلف الوصف ولو رافق تخلفه زيادة لمبيع وصيرورته خير من المشروط . (انجلي ٣١٤/٨) .

المسمى والاختلاف فى النوع فحسب ففيه الخيار ، أما إن كان التفاوت فى الجنس فحكمه الفساد . .

ولهذا تفصيل جيد أورده ابن الهمام ^(١) ، وهو مثال يحتذى للتمييز فى غير الذوات التى اتخذها موضوعا للتوضيح ، فقد ذكر أن ضابط اختلاف الموجود عن المشروط هو: إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار ^(٢) وذكر أن ما فحش التفاوت بين أغراضه فهو أجناس ، وما لم يفحش فهو جنس واحد ، وأورد فيما يعتبر من الثياب أجناسا آتذ : الهروى ، والاسكندرى ، والمروى ، والكتان ، والقطن .

وأن الذكر مع الأنثى فى بنى آدم جنسان ، وفى سائر الحيوان جنس واحد .

ومثل بعدئذ لاختلاف الجنس المؤدى إلى فساد العقد بشراء ثوب على أنه هروى فإذا هو مروى ، أو شرائه على أنه من كتان فوجد من قطن ، أو شراء دار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن ، أو شراء أرض على أن جميع أشجارها مثمرة فوجدت واحدة غير مثمرة ، أو شراء فصّ على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، فالعقد فاسد فى جميع ذلك لاختلاف الجنس .

وأما اختلاف النوع دون الجنس فمن الأمثلة التى آثرت ذكرها من عبارته - من غير الرقيق - شراء لحم على أنه لحم معز فإذا هو لحم ضأن ، وعكسه . أو شراء ناقة ، أو بغلة أو نعجة ، فإذا ما اشتراه جمل أو بغل أو حَمَل . وهذا مقيد بأن لا يكون المشتري من أهل المدن والمكاريّة وإلا فظهور ما اشتراه ذكرا أفضل له فليس فى الأمر خيار لتخلف شريطة المرغوبة . . وهكذا الحكم فى جميع الأوصاف التى يلغى المبيع متصفاً بخير منها ، كما لو

(١) فتح القدير ١٣٧/٥ .

(٢) ونحوه ضابط الشافعية بالجنس وتعليلهم عدم الصحة فى بعض الصور بأن العقد وقع على جنس فلا ينقذ على جنس آخر (تكملة المجموع ٣٣٤/١٢ .

اشترى الدواب على أنها ذكران فإذا هي إناث - والمشتري من أهل البوادي الذين يطلبون الدّر والنسل فلا خيار له لأن الأنوثة البديلة عن الذكورة المشترطة صفة أفضل^(١) .

حدّ الفوات :

إذا وجد المشتري في المبيع بعد قبضه أدنى ما ينطلق عليه اسم الوصف المشترط فلا يكون له حق الردّ ، أما إن لم يجد الوصف أصلاً أو وجد منه شيئاً يسيراً ناقصاً بحيث لا ينطلق الاسم عليه فله حق الرد .

ومثاله أن يشترط في شراء الكلب أن يكون كلباً صائداً . فوصف الصيد له مفهوم وهو الاستجابة للدعوة إلى الانقضاض على المصيد والائتثار بأمر مرسله بحيث يرجع إن استدعاه أو ينطلق إن أغراه ، فمتى وجد هذا الوصف ولو لم يكن بالصورة المثلى التي يندرمعها إفلات الفريسة منه . لم يكن له حق الرد . أما إذا كان لا يصيد أصلاً ، أو يصيد بصورة ناقصة لا يستحق معها أن يسمى (صائداً) فله حق الرد .

وقد مثل الفقهاء بالعبد المشتري على أنه كاتب أو خباز (ولا تطبق له الآن) وقد صوّروا المسألة بتفصيل أمكن به استخلاص الصورة العملية السابقة^(٢) .

٢ - أن يكون فوات الوصف المشترط ليس عيباً :

وقد تواردت عبارات فقهاء المذاهب المثبتين لهذا الخيار على أن الصفة المقصودة ينبغي أن تكون مما لا يعد فقدانها عيباً . والآ كانت القضية من باب خيار العيب^(٣)

(١) فتح القدير ١٣٧/٥ وفي ذلك خلاف للشافعية بين وجهين تكلمة المجموع ٣٧١/١٢ وفيه تمصيلات كثيرة لكن مثلت بالعبد بصورة يعبر معها استخلاص المبدأ العام . (استراه على أنه مسلم فوجده كافراً . وعكسه . واشترى الجارية على أنها بكر فوجدها ثيباً . وعكسه . . .) .

(٢) فتح القدير والعباية ١٣٥/٥ وتكلمة المجموع ٣٦٥/١٢ « يكي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها » البدائع ١٦٩/٥ الخطاب ٤٤٧/٤ كشف القناع ٣٧/٢

(٣) المجموع شرح المذهب ٣٢٤/٩ المعنى ١٣٩/٤ تذكرة الفقهاء ٥٤٠/١ .

المبحث الخامس

موجب خيار فوات الوصف

إذا تحقق فوات الوصف المشروط - كما سبق - ، وكان مستوفيا
الشرائط ثبت للمشتري الخيار . وماهية هذا الخيار أن يكون له حق رد المبيع .
أو أخذه بجميع الثمن دون أرش للوصف الفائت^(١) .

هذا . إذا لم يمتنع الرد . فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع
المشتري على البائع بحصة الوصف الفائت من الثمن . وذلك بأن يقوم المبيع
موصوفاً بذلك الوصف وغير متصف به ، ويرجع بالتفاوت .

وهناك رواية عن أبي حنيفة أنه لا يرجع بشيء . لأن ثبوت الخيار
للمشتري بالشرط لا بالعقد ، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع
على البائع . فكذا هذا والصحيح الرواية السابقة - وهي من ظاهر الرواية -
لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة . كما في العيب .

أما انحصار الخيار في أمرين ، هما الرد أو الأخذ بجميع الثمن . وعدم
تحويل المشتري الرجوع بحصة الفوات إلا عند امتناع الرد ، فهو أن الفائت
وصف . والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، لكونها تابعة في العقد تدخل
من غير ذكر ولو فاتت بيد البائع قبل التسليم لم ينقص من الثمن شيء^(٢) .

(١) فتح القدير ١٣٦/٥ الفروضة شرح المصنف ٣٢٩/١ المعنى ٨٣٩/٤ ط ٤

(٢) فتح القدير ١٣٥/٥ والعدة ١٣٦/٥ وليظهر لتفصيل قضية الأوصاف وعدم مقابلتها بشيء من الثمن

(٩٣ ٩١/٥) من الفتح والعناية . كلمة المجموع « إذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة وقد تقدم مسح

العقد بهلاك أو حدوث عيب فيه أخذ الأرش على التفصيل المتقدم في خيار العيب » ٣٧١/١٢

المبحث السادس

بقية أحكام خيار فوات الوصف

مجاله :

ذكر الفقهاء أن مجال هذا الخيار هو مجال خيار العيب . وهى أن يكون العقد على ما يتعين بالتعيين ، فلا يثبت فى المبيع غير المعين بالتعيين وهو أن المبيع الذى يثبت فى الذمة لأنه إذا لم يظهر على طبق الوصف فهو غير المبيع .

وكذلك لا يثبت فى المبيع الغائب ، لأن للمبيع الغائب خيارا خاصا به وهو خيار الرؤية .

وذكر المهدى^(١) أن خيار فوات الوصف يجرى فى عقد البيع . (والسلم) والاجارة والهبة بعوض . لكن ذكره السلم محل بما اشترطوه من كونه بتعين بالتعيين لأن السلم مما يثبت فى الذمة .
توقيته :

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يثبت على التراضى ولا يتوقف بزمن معين إلى أن يوجد ما يسقطه مما يدل على الرضا . ويرى المالكية توقيته بيوم أو يومين ، أما الشافعية فهو عندهم على الفور . وذلك كله منسجم مع اعتبار خيار فوات الوصف بخيار العيب وابتناؤه عليه^(٢) .

انتقاله بالموت :

هذا الخيار يورث بموت مستحقه . فينتقل إلى ورثته . لأنه فى ضمن ملك العين . هكذا صرح الحنفية ، وأما غيرهم فالانتقال عندهم مقرر فيه

(١) البحر الرخار ٣/٣٥٤ .

(٢) العناية ١٣٦٥ / الخطاب ٤٤٨/٤ تكملة المجموع ٣٧٠/١٢ كشف القناع ٢/٣٩٢ .

وفى أمثاله من الخيارات المتصلة بالعين^(١) .

سقوطه :

يسقط بما يسقط به خيار العيب ، وتفصيله قد سبق .

(نبذه للمقارنة) خيار فوات الوصف في القانون

لا يترتب على فوات الوصف الملتزم في البيع بطلان العقد . بل يكون صحيحا قابلا للفسخ والابطال . لعدم قيام البائع بالتزامه . وهكذا يكتفي علماء القانون برفع لزوم العقد ليكون هو الأثر الوحيد للخيار لحصول رفع الغرر بذلك^(٢) .

غير أن القانون المدني قد مزج بين فوات الوصف المشروط ووجود عيب في المبيع ، فتناول الحالتين في مادة واحدة وأعطاهما حكما واحدا مع اختلافهما عند علماء القانون - كما هو الحال عند فقهاء الشريعة - في المفهوم والحكم .

ففي المفهوم إن فوات الوصف ليس من قبيل العيب لأن العيب يجب أن يخلو الشيء عنه عادة وليس كذلك فوات الوصف . ومن حيث الحكم لا يضمن البائع فوات وصف في المبيع ما لم يكن الوصف مشروطا في العقد أما العيب فإن ضمانه من مقتضى العقد ولا يحتاج إلى شرط^(٣) .

(١) البحر الرائق ١٩/٦ وفتح القدير ١٣٥/٥ التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ٧ .

(٢) النظرية العامة للالتزامات ، للدكتور السهوري ٣٥٣/١ شرح القانون المدني (عقد البيع) للأستاذ مصطفى الزرقا ف/١١٥ و ١٨٩ نظرية الالتزام للدكتور حشمت أويستيت ص ١٠٩ .

(٣) شرح القانون المدني عقد البيع ، للزرقا ف/١٩١ .

الفصل الثاني

خيار فوات الشرط

الفصل الثاني

خيارات فوات الشرط

المبحث الأول

المذاهب الآخذة بخيار فوات الشرط (على نطاق ضيق)

لم يذهب بعض الفقهاء إلى إثبات هذا الخيار - ومنهم الحنفية - لأن من المبادئ المقررة عندهم أن العاقد إذا امتنع عن الوفاء بشرط التزم به للعاقد الآخر في العقد - وكان شرطا صحيحا - فإن الأصل أن يتوصل المشترط إلى تنفيذه بالرجوع إلى القضاء ليوفى المتخلف عن الشرط جبرا . وهذا في شرط يمكن الاجبار عليه ، بخلاف ما لا يمكن إجبار الممتنع على فعله ، كالتزامه بأن يقدم رهنا بالثمن ، (والرهن عقد من عقود التبرع لا ينعقد إلا بالتراضي ولا يتم إلا بالتسليم ، ولا جبر على التبرع . وليس تحصيل الرضا من العاقد ممكنا بالاجبار) فهنا يشتون خيار فوات الشرط وإن كانوا لا يسمونه بذلك بل يعبرون بأن له حق فسخ العقد ، يقول الكاساني : يقال له : إما أن تدفع الرهن - أو قيمته - أو تؤدي الثمن (عاجلا) أو يفسخ البائع البيع . . . ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض .

ثم نصّ على أن منه البيع بشرط إعطاء الكفيل ، ولم يجعل منه شرط الحوالة والضمان^(١) .

أما الشافعية ، فبالرغم من أنهم كذلك لم يتوسعوا في بحث نظرية

(١) البدائع ١٧١/٥ و ١٧٢ وذكر صورا من الشروط . منها ما لو اشترى نعلا (جلدا) على أن يخلوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفا . جائز استحسانا ، للتعامل وأما شراء ثوب على أن يخطه البائع له فهو مفسد لعدم التعامل ويظهر من هذا التعليل إمكان إلحاق كل ما جرى التعامل به « فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع .

الشروط ، حيث أخذوا بمبدأ النهى عن بيع وشرط . كما لو باعه بشرط أن يقرضه ، أو اشترى ثوبا بشرط أن يخطه البائع ، أو زرعاً بشرط أن يحصده البائع . لكنهم استثنوا من النهى عن بيع وشرط صوراً حكماً بصحتها كالبيع بشرط الأجل ، أو الرهن ، أو الكفيل - مع المعلومية والتعيين فى ذلك كله - أو بشرط الاشهاد . .

فإن لم يوف الملتزم بالشرط بأن لم يرهن أو لم يتكفل الكفيل المعين ثبت الخيار للمشتري لفوات الشرط .

ولا يجبر من شرط عليه الشرط على القيام بما شرط ، لزوال الضرر بالفسخ . كما لا يقوم غير المعين مقامه إذا تلف^(١) .

ونحو ذلك للحنابلة فقد نصّوا على أنه فى البيع بشرط الرهن والكفيل ان وفى الملتزم بالشرط لزم العقد وإن أبى فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بدون مقابل عن ترك الرهن والكفيل^(٢) .

المبحث الثانى

المذاهب الآخذة بخيار فوات الشرط على نطاق واسع

إن المذهب الحنبلى أوسع الاجتهادات الفقهية عناية بالشروط وأرحبها صدرها بما يدعى فى القانون الوضعى بمبدأ سلطان الارادة العقدية ، وذلك باعتبار الأصل فى العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد^(٣) . وقد اعتدوا بمبدأ مقتضى العقد فى اعتبار الشروط بعدما وسعوا

(١) معنى الاحتاج ٣٢/٢ نهاية الاحتاج ٤٥٥/٣ الجمل على شرح المنهج ٧٥٠٣ - ٧٨ وهو على الفور لأنه خيار نقص الخموع ٤١٩/٩ لشروط الخاتمة فقط دون موجب فواتها .

(٢) المعنى م ٣٣٥٥ وذكروا من صور هذا الخيار ان يتلف الرهن المشروط فللبائع المرفه الخيار (المعنى م ٣٢٨٨) .

(٣) المدخل الفقهى العام فى ٢٢٠ - ٢٢١ مع انوار على فتاوى ابن تيمية ٣ ٢٣٩ .

من مفهومه ، على أساس أن مصلحة العاقد هي من مقتضى العقد ولو لم يوجبها العقد فأباحوا أكثر من شرط الرهن والكفيل الذى اقتصر عليه غيرهم . على أن يكون مما لا يصادم نصا شرعيا أو أصلا من أصول الشريعة .

وذهب الحنابلة امتدادا لهذا الاجتهاد إلى أن الشرط قد يكون فى ذاته غير ملزم للمشروط عليه ومع ذلك يصح اشتراطه وتكون ثمرة صحة اشتراطه تمكين المشروط لأجله من فسخ العقد عند عدم وفاء المشترط ^(١) .

ولم يذكر الحنابلة مع هذا خيار فوات الشرط فى عداد ما أوردوه من خيارات ^(٢) إلا أن صاحب « غاية المنتهى » استوجه أن يزيد على الخيارات الثمانية المتداولة عند الحنابلة (باستمرار) قسما تاسعا من أقسام الخيار وهو الخيار الذى ثبت للمشتري لفقد شرط صحيح . أو فقد شرط فاسد . سواء كان يبطل العقد أو لا يبطله » وقد أقره الشارح على ذلك الاستدراك وإن كانت فائدته شكلية فالخيار كما رأينا معتبر فى المراجع الفقهية الحنبلية وإن لم تبرزه استغناء عنه بما يوردونه فى خيار الشرط من صورته وقيوده . . . ^(٣) .

هذا . وإن بعض المذاهب غنيت عن التصريح بهذا الخيار لتوسعتها مفهوم فوات الوصف المرغوب بحيث جعلته يشمل فوات الشرط . كما صنع المهدى من الزيدية إذ عقد فصلا لخيار فقد الصفة ثم ذكر فى أمثله : فقد اشتراط الرهن والضمين وجعل اشتراط صفة الفضل (أى التفوق بالصفة المرغوبة) قياسا على اشتراط ما هو من مصالح العقد ^(٤) .

(١) الشرح الكبير على المقنع ٣٧٥/٤ والمغنى ٤٣٠/٤ وكشاف القناع ٣٥١/٣ والبحث المفصل فى المدخل .
الفقه العام ف/٤٣٠ وابن حبل . للأستاذ محمد أبو زهرة ف/٢٢٠ .

(٢) المقنع وحاشيته ٧٥/٢ والمغنى ٤٣٠/٤ ومنتهى الارادات ٣٥٦/٢ وكشاف القناع ١٩٨/٣ و١٧٧ وهو أوسعها سردا للخيارات .

(٣) مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى ١٣٧/٣ .

(٤) البحر الزخار ٣٥٤/٣ المتزج المختار ٨٦/٣ الدسوقي ١٠٨/٣ .

أما الامامية فقد أوردوا (خيار الاشتراط) فى عداد الخيارات المعبرة واعتنوا ببيانه والمراد به عندهم ما ينشأ عن تخلف شرط العاقد من التخيير بين امضاء العقد وفسخه دون أن يجب على المشتري عليه فعل الشرط . هذا عند قوم ، وعند آخرين ، مع وجوب الوفاء بالشرط فالتخيير على هذا الرأى مقيد بتعذر وصول المشتري إلى شرطه بأن امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن إجباره برفع أمره للحاكم إن كان مذهب الحاكم يقضى بذلك الإيجاب ، فيكون التخيير بين إمضاء العقد وفسخه فى حال تعذر الوفاء .

دليل القائلين بعدم وجوب فعل الشرط : اصالة العدم أى أن الأصل عدم الالتزام ، فلم يبق للشرط فائدة سوى جعل العقد عرضة للزوال بالفسخ عند عدم سلامة الشرط ، أو لزوم البيع عند الإتيان بالشرط ^(١) .
ودليل القول الآخر النصوص الآمرة بالوفاء بالعقود والشروط .

المبحث الثالث

من أحكام خيار فوات الشرط

انتقاله بالموت :

نص الشافعية على أن الخيار الثابت للبائع عند عجز المشتري عن تسليم الرهن المشروط فى البيع ينتقل إلى الوارث بلا خلاف ونعيد هنا الإشارة إلى ما تكرر ذكره من ذهاب الجمهور إلى التوريث بالموت فى خيارات النقيصة كالعيب وفوات الوصف ، ومنها هذا الخيار حتى عند الحنفية لأنهم يقولون بإرث الخيار إذا كان فى ضمن ملك العين ويؤدى إلى نقص القيمة ^(٢) .

(١) الروضة ٣٣١/١ المكاسب ٢٨٥ تذكرة الفقهاء ٥٤٤/١ .

(٢) المجموع ٢١٠/٩ فتح القدير ١٣٥/٥ لخيار فوات الوصف .

سقوطه وبقية أحكامه :

يطبق ما يجرى فى خيار العيب كما رأينا فى الكلام عن خيار فوات الوصف^(١). وقد توسع الأنصارى من الإمامية فى الكلام عن هذا الخيار بصورة تداخلت فيها أحكام الخيار بأحكام الشروط عامة ما يصح منها وما يفسد وما يترتب على ذلك كله . بما يخرج بنا إirاده عن موضوع التنويه بهذا الخيار دون نظرية الشروط^(٢) .

(١) يرجع فى المقارنة بين الفقه والقانون فى شأن هذا الخيار إلى ما سبق فى خيار فوات الوصف وإلى المدخل
الفقهى العام ٥٥٣/ف وما عدها .

(٢) المكاسب ، للأنصارى . (القول فى الشروط) ٢٧٥ - ٢٨٧ .

الفصل الثالث

خيار اختلاف المقدار

الفصل الثالث

خيار اختلاف المقدار

المبحث الأول

تعريف خيار المقدار ومشروعيته

تعريفه :

التعريف المفضل له هو (حق الفسخ لعدم سلامة المقدار المذكور في العقد على ما يبيع جملة) والمراد ثبوت حق الخيار لمن اشترى شيئاً مما يبيع جملة كأرض أو صبرة قمح أو قطعة من القماش وذكر في العقد اشتراط أن تكون بمقدار معين بنحو عبارة (على أنها كذا) فإذا ظهر المبيع في الواقع ناقصاً - أو زائداً - عما سمي في العقد لم يكن العقد لازماً بل يثبت الخيار بين إمساك الجميع أو الرد مع تفصيل في المذاهب هل يصاحب الامساك دفع ثمن الزائد أو أخذه مجاناً ، وهل له في حال النقصان المطالبة بنقص الثمن أو لا ؟^(١) .

مشروعيته :

مشروعية هذا الخيار مستندة إلى مشروعية خيارى فوات الوصف المرغوب وفوات الشرط ، أى أنه مقيس على فوات شرط السلامة لكنها هنا سلامة المقدار لا السلامة من العيب وقد ذكر السبكي (تبعاً للشيرازى) فى بعض مسائل هذا الباب ان فيها وجهين أحدهما البطلان ، لعدم إمكان إجبار البائع على تسليم ما زاد على المحدد بالعقد وعدم إجبار المشتري على الرضا بما دون ما أوقع العقد على جملته كالثوب ومساحة الأرض كلها لأنه لم يرض

(١) فتح القدير ٩٢/٥ البدائع ١٦٢/٥ معنى المحتاج ١٨٠٢ نهاية المحتاج ٤٠٩٣ و ٤١٤ المكاسب ٢٨٦ .

بالشركة والتبويض فوجب بطلان العقد . ولعل للوجه الآخر الاحتجاج بأن إبطال العقد ربما يقع على غير مصلحة العاقلين كليهما فيكفي تمكين المشتري (وأحيانا البائع) من فسخ العقد بأن يعتبر غير لازم وفي ذلك زوال الضرر اللاحق بالطرفين تنزيلا لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات ^(١) .

فإذا كان خيار العيب هو السلف الصالح لانضواء خيار اختلاف المقدار تحته فالمفترض أن لا يخالف فيه من الفقهاء أحد ، لإطباقهم على القول بخيار العيب ، غير أن ابن حزم أبى أن يسوّغ هذا الخيار فقال : « ان اشترى عدلا على أن فيه كذا فوجد أقل أو أكثر فالصفقة كلها مفسوخة » ^(٢) « على أنه لا يعتبر ابن حزم في إنكاره هذا البيع وخياره متناقضا بعد إثباته خيار العيب لأنه لم يثبت إلا في حالة واحدة وهي عدم اشتراط السلامة (أما مع اشتراطها فالبيع باطل بظهور العيب) لأن المبيع المعيب ليس هو الذى وقع عليه العقد عنده ، وهكذا هنا لما ظهرت الزيادة أو النقصان عن القدر المسمى بالعقد كان المبيع غير المعقود عليه ولذا اعتبر الصفقة مفسوخة ، وقد سبقت مناقشة هذا الرأى فى مشروعية خيار فوات الوصف بما موجزها أن العين لم تتغير لأن المبيع معيّن بالإشارة أو العبارة انما اختل فيه شرط أو وصف وعلاج هذا الاختلال منح المتضرر خيارا بين الإبقاء على العقد أو فسخه .

طبيعته :

هذا الخيار يجرى فى بيع الأشياء المركبة من أجزاء كالأرض والثوب والصبرة من القمح ونحوه من المكيل أو الموزون ، لأنها فى جملتها مركبة من أجزاء هى الصاع والذراع والرطل وما بمعناها من المقاييس المستعملة فى كل عصر ومكان ^(٣) .

(١) تكملة المجموع ٣٧٤/١٢ والفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/٢٤٦ ، صح البيع للإشارة وخير من عيبه الضرر .

(٢) المحلى ٧٤٩م ١٥٨٨ . وقد ذكر أيضا مسألة أخرى من هذا الباب هى « لا يخل بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع منها بدرهم » ٢٠/٩م ١٥٢٦ .

(٣) لا يثبت الخاتبة فى الصبرة بل فى الثوب (المغنى ٢٩٦٣ - ٢٩٦٤) .

والعقد على هذه الأشياء إما أن يتناولها بالاجمال أو يكون بالاضافة إلى شراء جملتها مقيدا كأن قال : اشتريت على هذه الأرض على أنها مائة ذراع ، فهذا القيد كأنه شرط وهو بمثابة ما لو قال على شرط أنها كذا . ولذا اعتبر كثير من المصنفين هذه المسائل من باب فوات الشرط ^(١) . وبعضهم أدرجها في فوات الوصف المرغوب ^(٢) والواقع أنها مستقلة عن الخيارين في الموجب لدوران عامل خاص بها وهو بدل الزائد وحط النقصان في صور لا يقتصر الخيار على الإمساك أو الرد مجانا . كما أن الخيار فيها أحيانا للمشتري - وهو الأغلب - (في حالات النقص) . وقد يكون للبائع (وذلك في حال الزيادة) ^(٣) .

المبحث الثاني

صور اختلاف المقدار وموجب الخيار فيها

صور الاختلاف :

المبيع الذى يقع فيه اشتراط المقدار المعين إما أن يكون مثلثا كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب ، وإما أن يكون من القيميات (ويسمى المالكية والشافعية هذا القسم بالمتقوم) . واختلاف المقدار إما بالزيادة عن القدر المسمى في العقد ، وإما بالنقصان عنه . ولكل صورة من هذه الصور أحكام خاصة بها من حيث ثبوت الخيار وعدمه وصاحب هذا الخيار : المشتري أو البائع وموجب الخيار ، فبحسب كون الشيء قيميا أو مثلثا . وكون الاختلاف للزيادة أو النقصان تتنوع صور هذا البيع إلى أربع صور :

الصورة الأولى - الشيء القيمي الذى اختلف فيه المقدار بالزيادة .

(١) تذكروا الفقهاء ٥٤٦/١ والمكاسب ٢٨٦ ودعاه : قد يكون الشرط نفس سيع لما هو جزء له حقيقة بأن

يشترى موكبا ويشترط كونه كذا وكذا جزءا .

(٢) المهذب للشيرازي وشرحه تكملة المجموع ١٢ / ٣٧٢ .

(٣) تكملة المجموع ١٢ / ٣٧٤ التاج المذهب للعنسى الزيدى ٢ / ٣٩٣ .

الصورة الثانية - الشيء القيمي الذى يختلف مقداره عن العقد بالنقصان .

الصورة الثالثة - الشيء المثلئ الذى يختلف بالزيادة على المسمى بالعقد .

الصورة الرابعة - الشيء المثلئ الذى يختلف بالنقصان عما ذكر فى العقد^(١) .

موجب الخيار :

١ - الصورة الثانية والرابعة (وهما القائمتان على وقوع النقصان فى المبيع المثلئ أو القيمي عما سمي فى العقد) يثبت للمشتري الخيار بين الرد والامساك ، ففي المثلئ يمسكه بحصته من الثمن ، وفى القيمي إن أمسك المبيع الناقص أمسكه بجميع الثمن . والفارق بينهما أنه فى المثلئ أمكن قسمة الثمن على الأجزاء وإدراك قيمة الناقص فيكون الباقي معلوم الثمن عند ثبوت الخيار . أما فى القيمي فيتعذر قسمة الثمن على الأجزاء بالتساوى فلا تدرك قيمة الناقص لكى يقوم مع الباقي ثم تقسط نسبة ما يخصه من الثمن فينشأ عنه أن يكون ثمن الباقي مجهولا وقت الخيار . لذا انحصر الخيار فيها بين الامساك بجميع الثمن أو الرد .

٢ - فى الصورة الأولى (الاختلاف بالزيادة فى المبيع القيمي يختلف الحنفية والشافعية فيثبت الشافعية الخيار أيضا لكنه للبائع درء للضرر عنه فيما لو ألزم بترك الزيادة للمشتري أو مشاركته له فى المبيع بنسبة الزيادة وخياره هو بين الرد وبين تسليم المبيع مع الزيادة دون مقابل لأن المشتري قد يلحقه ضرر بالزامه الزيادة . أما الحنفية فلا يرون ها هنا خيارا للبائع ، بل تكون الزيادة للمشتري ، لأن هذا الشرط فى القيمي وصف لأنه الطول

(١) تكملة المجموع ٣٧٣/١٢ رد المختار ٢٨/٤ .

والعرض، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن . أما الشافعية فيسلمون أنه وصف لكنه يستلزم زيادة الكمية والمقدار وتغير القيمة بذلك . .

هذه هي الصور المستلزمة خيارا . أما الصورة الباقية (الثالثة) حيث يزيد المبيع المثلى عن المقدار المسمى فالبيع فيها لازم ويجبر المشتري على رد المقدار الزائد عن المسمى ويبقى له القدر المشترط بالثمن المحدد .
علة الخيار :

السبب المقتضى للخيار في صورتى النقصان هو تفرق الصفقة على المشتري قبل التمام . لأن البيع لا يتم إلا بالقبض وذلك هنا بالذراع أو الكيل أو الوزن ولما كان فى المثلى تمكن قسمة الثمن على الأجزاء كان الخيار الامساك بحصته من الثمن خلافا للقيمي لتعذر تجزئة الثمن عليه^(١) .

المبحث الثالث

أثر المسامحة فى سقوط الخيار

كثيرا ما يرغب العاقدان عند ظهور اختلاف المقدار فى الاستمرار على عقدهما بطريق المسامحة وعلاج الأمر حسابيا ، فهل يسقط الخيار بهذا الاجراء أم يبقى قائما بحيث لأحدهما الاعتماد عليه ، ذكر ابن حجر^(٢) ان فى ظهور الزيادة والنقصان عن المسمى بالعقد يصح البيع لوجود الاشارة ، ويخبر المتضرر وهو البائع فى الزيادة والمشتري فى النقص . ولا يسقط خيار البائع بقول المشتري له : لا تفسخ وأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة . ولا بقوله : لا تفسخ وأنا أعطيك ثمن الزائد . ولا يسقط خيار المشتري بحط البائع من الثمن قدر النقص . ولا بد من تطبيق الخيار بالصورة المرسومة سابقا .

(١) تكملة المجموع ٣٧٢/١٢ - ٣٧٥ فتح القدير ٩٢/٥ .

(٢) الفتاوى الكبرى ، لابن حجر الهيتمي ٢٤٦/٢ - ٢٤٧ .

ثم بين العلة فى عدم اعتبار المسامحة مسقطه للخيار بأن ثبوت حق المشتري سائغا يجر ضرر سوء المشاركة ، وأن قوله أعطيك ثمن الزائد فيه إلزامه تمليك ماله لغيره بلا ضرورة وذلك مضر للبائع .

وأما عدم سقوط خيار المشتري بحط البائع قدر النقص فسيبه ان العقد لم يتناول قدر النقص حتى يحط ما قابله من الثمن وانما وقع العقد مقابلا فيه لبقية الثمن جميعه بهذا القدر الموجود وهذا فيه ضرر على المشتري . ولأنه خلاف ما شرطه ، وحط البائع له ما ذكر لا يزيل ضرره لأن ذلك الحط لا فائدة فيه ، لما تقرر من أنه مخالف لما وقع العقد به فلا يسمى حطا ولا يزول به الضرر المقتضى لثبوت الخيار .

ويدل على أن العقد لم يتناول قدر النقص قولهم : وإذا أجازوا . فبالمسمى لا بقسطه ، لأن المتناول بالاشارة ذلك الموجود لا غير ، وإذا أجاز البائع فالجميع للمشتري ولا يطالبه البائع بشيء للزيادة .

الباب التاسع

زمرة خيارات احتلال التنفيذ

وفيه فصلان

الأول : خيار التأخير للثمن

الثاني : خيار الاحتباس بحق الغير

(ظهور المبيع مأجورا ، أو مرهونا ، أو مزروعا)

الفصل الأول

خيار التأخير للثمن

المراد من خيار التأخير .

يختلف مفهوم خيار التأخير بين القائلين به ، والأمر المشترك بينهم أنه حق البائع في فسخ المبيع ، لعدم وصول الثمن إليه في موعده . ثم يذهب ابن تيمية إلى ربطه بظهور مطل المشتري في حين يرتبه الامامية على انتضاء ثلاثة أيام على تأخير الدفع .

والمراد بخيار التأخير عند الإمامية ^(١) تأخير إقباض الثمن (وأجراه بعضهم في تأخير الثمن أيضا (أى المبيع) وهو خيار حكى لا يحتاج إلى شرط ، لأنه إذا اقترن بالشرط دنا من خيار النقد أو كان هو إياه . . . ومجال ثبوته البيع دون حصول قبض الثمن ولا اشتراط تأخيره (فيما إذا لم يصدر من البائع تسليم المبيع الدال على الرضا بالتأخير) فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن مدة ثلاثة أيام انقلب العقد غير لازم وثبت للبائع الخيار بين فسخ العقد واستبقاء المبيع ملكا له وبين امضاء العقد بأن يصبر ويطالب بالثمن ^(٢) .

مشروعية خيار التأخير :

من المقرر في الفقه أن الثمن إذا كان حالا - غير مؤجل - وتأخر المشتري في الدفع فلا سلطة للبائع على فسخ البيع ، بل يقتصر حقه على حبس المبيع إلى أن يتسلم الثمن كاملا . هذا ما لم يشترط المشتري تأجيل الثمن

(١) الروضة شرح اللمعة ٣٢٤/١ تذكرو الفقهاء ٥٢٣/١ المكاسب .

(٢) يلحظ في مجال المقارنة ان القانون المدني العراقي (في مشروعه ، المادة/٥٧٩) قد اعترف بخيار التأخير ، حيث جعل للبائع ، في حالة عدم دفع المشتري الثمن في حينه ، ان يختار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ .

فحينئذ على البائع تسليم الثمن من فور العقد ، ولا يكون المشتري ملزماً بدفع الثمن إلا عند حلول الأجل المحدد للدفع^(١) .

والعلة في حرمان البائع من حق فسخ البيع عند تأخير الثمن - عند من يرون ذلك وهم الجمهور - أن وصوله إلى الثمن ممكن بمراجعة القضاء الذى مهمته أن يوصل الحقوق الثابتة - وهذا منها - إلى أصحابها والبائع هنا دائن للمشتري فلا ميزة له على غيره من الدائنين .

على أن لظهور الاعسار أو الافلاس وضعاً آخر سيأتى الكلام عنه فى خيار التفليس ، لكن ما هنا من باب المثل والتلكؤ فى الأداء ولا حق للدائن إلا فى مطالبة المدين أمام القضاء .

وقد خالف فى ذلك ابن تيمية ، فيما اختاره من الفقه ورجحه ، فذهب إلى أن للبائع حقّ الفسخ إذا كان المشتري موسراً ممّاطلاً دفعاً لضرر المخاصمة^(٢) . قال الفتوحى : وهو الصواب . وأضاف الرحيباني : قلت : لو رأى فقهاؤنا أهل زماننا وحكامنا لحذفوا هذا الفرع من أصله (أى امتناع الفسخ بتأخير الثمن مطلقاً) وحكموا بعدم صحة العقد مع الموسر الماطل !^(٣) .

فحق البائع فى فسخ البيع لتأخير المشتري الثمن بسبب المطل انفراد باثباته ابن تيمية ، والامامية ، ولهم عناية بذكره فى عداد الخيارات المعبرة عندهم ، فى جميع المصنفات الفقهية^(٤) .

(١) تعجيل الثمن لا يحتاج إلى شرط ، فالبيع المطلق يتعقد معجلاً وإذا كان جرى العرف والعادة فى مكان ما بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد أسبوع أو شهر لزم اتباع العادة فى ذلك (مجلة الأحكام العدلية/ ٢٥١) .

(٢) الاختيارات ، جمع علاء الدين البعلى ٧٤ ونص ما نقله عن ابن تيمية « إذا ظهر عسر المشتري (أو مطله) فللبائع الفسخ » .

(٣) مطالب أول النهى شرح غاية المنى للرحيبي ١٣٧/٣ .

(٤) منها : الروضة شرح النسخة ٣/٣٢٤ وتذكرة الفقهاء ١/٥٢٣ والمكاسب ٢٤٤ و ٢٤٧ .

غايته التشريعية :

ان الضرر السابق بالتأخير لا يتدارك بالخيار ، لأن الخيار شرع لدفع الضرر المستقبل . ودفع الضرر المستقبل يحصل ببذل الثمن - أو بأخذه - كما يحصل بالتزام البائع التأخير ورضاه به باشتراط سقوط خياره فى ضمن العقد أو باسقاطه بعد ثبوته وتقرره .

دليل مشروعيته :

استدل الامامية لاثبات هذا الخيار بآثار مروية عن الأئمة تدل على أن البائع غير ملزم بالعقد بعد مضى ثلاثة أيام إذا لم يقبض الثمن من المشتري^(١) وقد خالف الطوسى فيه فذهب إلى بطلان العقد بعد مضى الثلاثة الأيام متمسكا بأن النصوص المروية فيه لم تذكر الخيار بل صرحت بنفي البيع لكن الآخرين رأوا أن المراد بنفي البيع نفي لزومه لأن التسليم ليس من أركان العقد . أما ابن تيمية فالذى يظهر من كتب الحنابلة استناده فى اثباته إلى المصلحة وذلك لتعليله مشروعيته بدفع ضرر الخاصة^(٢) .

شرائطه : يشترط لقيام هذا الخيار الشرائط التالية :

١ - عدم قبض المبيع ، وهو شرط لا خلاف فيه : فإذا قبض المشتري السلعة دون أن يقبض الثمن فلا خيار للبائع ، لرضاه بلزوم العقد دلالة والقبض المعتبر هو ما كان باذن المالك ، فلا أثر لما يقع بدون إذنه . وقبض البعض لا يعتبر قبضا . وذكر الأنصارى فيما لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع ، بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذ الثمن وإقباض المبيع أن الظاهر عدم الخيار ، لأن ظاهر الفتوى والنص كون هذا الخيار إرفاقا للبائع ودفعاً لتضرره فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله بأن قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم دفعه إلى البائع وديعة أو رهنا حتى يأتى الثمن .

(١) انظرها مفصلة فى المكاسب ٢٤٤ - ٢٤٥ .

(٢) المكاسب ٢٤٥ ناقلا رأى الطوسى عن كتابه « المبسوط » . ومطالب أول النهى ١٣٧/٣

- ٢ - عدم قبض مجموع الثمن ، واشترطه موضع اتفاق عند الامامية وقبض البعض بمنزلة عدم القبض ، كما أن القبض بدون إذن كعدمه .
- ٣ - عدم اشتراط تأخير التسليم لأحد العوضين : فإذا كان الثمن مؤجلا - ولو ساعة - فلا خيار للبائع ولو تأخر المشتري بعدئذ عن الموعد المضروب سنة مثلا .
- ٤ - أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبرة^(١) .

المدة :

على البائع أن يصبر ثلاثة أيام ثم هو بعدها بالخيار بين فسخ العقد والمطالبة بالثمن .

هذا إذا كان المبيع مما يمكن بقاءه ، فإن لم يكن كذلك كالفواكه فعليه الصبر يوما واحدا^(٢) .

مسقطاته :

- ١ - إسقاطه بعد الثلاثة الأيام بلا خلاف .
- ٢ - اشتراط سقوطه في صلب العقد .
- ٣ - بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة الأيام ، واختاره في التذكرة وقيل بعدم السقوط بذلك . (فإن لم يعتبر البذل مسقطا فلا شك في أن أخذ الثمن فعلا من المشتري مسقط . ولا يكون هذا في عداد المسقطات إلا بناء على القول بعدم السقوط ببذل المشتري الثمن بعد الثلاثة الأيام ، أما إن اعتبر مجرد البذل مسقطا - وهو المرجح عند الامامية - فهو مغني عن ذكر (الأخذ) لسبق البذل له .

(١) المكاسب ٢٤٥ وقال : الظاهر ان شروط خيار تسارع الفساد هي شروط خيار التأخير ، لأن هذا فرد من أفراد خيار تسارع الفساد ، كما هو صريح عنوان الغنية .

(٢) المكاسب ٢٤٧ .

٤ - تمكين البائع المشتري من المبيع بعد مضي الثلاثة أيام قبل أن يفسخ لما في هذا من الدلالة على إسقاط الخيار .

٥ - تلف المبيع بيد البائع في ثلاثة أيام أو بعدها ، وفيه خلاف غير معتبر .

وقد ذكر الامامية انه لا يسقط خيار التأخير بالمطالبة بالثمن بالرغم من دلالة على الرضا . وقيل باحتمال سقوطه ، لتلك الدلالة ، وفيه أن السقوط بالدلالة حيث يكون العقد سببا للخيار ولو من جهة الضرر بلزومه وهذا ليس منه لأن الضرر في المستقبل ، والمطالبة بالثمن لا تدل على التزام الضرر المستقبل^(١)

(١) المكاسب للانصارى ٢٤٧ .

الفصل الثاني

خيار الاحتباس بحق الغير

الفصل الثاني

خيار الاحتباس بحق الغير

(ظهور المبيع مستأجرا ، أو مرهونا ، أو مزروعا)

موقع هذا الخيار ، ومفهومه :

تعرض الحنفية لهذا الخيار في مبحث شرائط النفاذ في البيع ، حيث إن إحدى شريطيه : انتفاء تعلق حق لغير البائع في المبيع ، (والأخرى : الملك أو الولاية) فذكروا بيع المأجور والمرهون كاحتراز من تلك الشريطة ^(١) . بعدما أشاروا إلى الخيار في عداد الخيارات المعتبرة لديهم وقد دعوه : خيار ظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا ^(٢) . لكنهم حين دراسته في شرائط النفاذ لم يخصوه بهاتين الصورتين بل ذكروا أنه يجري في بيع أرض مزارعة أيضا ^(٣) ولهذا يمكن تسميته (خيار الاحتباس بحق الغير) .

وصورة الخيار تظهر في شراء شخص دارا (مثلا) فيظهر أنها مرهونة أو مستأجرة ، أو يشتري أرضا فيظهر ارتباطها بعقد مزارعة ^(٤) فيثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء وهو هنا يكون بالصبر والانتظار إلى حين

(١) رد المختار ٥٦٦/٥ البدائع ١٥٥/٥ - ١٥٦ السطر ٢٧ . وقد وقع في السطر التالي له تحريف خطير لكلمة (لا ينقد) إلى (لا ينعقد) بدلالة التعليل التالي (لم ينفذ للحال لتعلق حقها فتوقف) وكون البحث في شرائط النفاذ .

(٢) رد المختار ٤٦/٤ .

(٣) رد المختار ١١١/٥ .

(٤) يشترط فيها هنا أن يكون البذر من العامل . سواء زرعها أو لم يزرعها لأنه في حكم المستأجر للأرض ، أو أن يكون البذر من المالك وقد زرعها العامل فعلا لتعلق حقه أما لو لم يزرعها فينفذ البيع لأن المزارع أجبر له (رد المختار ١١١/٥) .

اتهاء الاجازة وفكك الرهن وانقضاء المزارعة . ومن صورته (الخارجة عن التطبيق) ما لو باع عبده - والعبد ناذر اعتكافا فى زمن معين بإذن السيد - فليس للمشتري منعه من الاعتكاف ، لأنه صار مستحقاً قبل ملكه ، لكن إن جهل ذلك فله الخيار فى فسخ البيع ^(١) .

والوجه فى إثبات الخيار للمشتري ان المبيع بالرغم من كونه مملوكا للبائع هو محتبس لحق شخص آخر ، هو فى الاجارة المستأجر ، وفى الرهن المرتهن ، وفى المزارعة (المزارع العامل) وان تسليم المبيع للمشتري فى الحال يخل بحق الاحتباس الثابت بتلك العقود الصحيحة ، فثبت الخيار للمشتري دفعا للضرر عنه .

المذاهب فيه :

لقد عني الحنفية بهذا الخيار فى صورته الثلاث (الاجارة ، والرهن ، والمزارعة) ولم يبرزوه كخيار مَبُوب ، بل تعرّضوا لأحكامه فى مسائل كتاب البيع . وقد رأيت لهذا الخيار ذكرا عند الشافعية فى صورة من هذا الباب غير الصور الثلاث . فقد صرّحوا بأنه يصح بيع الأرض المزروعة أو التى فيها بذر ، وللمشتري الخيار ان جهل بوجود الزرع وذلك فى زرع لا يدخل فى المبيع بأن كان رآها قبله فلم يشمله العقد أو رآه وجهل كونه باقيا إلى الشراء . أما لو علم فلا خيار له . وكذلك يسقط خياره إن تركه له البائع واقرن بالتملك ، أو كان ممكنا تفريغه فى زمن قصير .

أما بيع الدار المستأجرة لغير المشتري فلهم فيه قولان ، أحدهما :
البطلان ^(٢) .

(١) المجموع شرح المذهب ٥٠٨/٦ ط ٢

(٢) معنى الاحتجاج ٨٢/٢ شرح المنهج بحاشية الجمل ١٨٩/٣ - ١٩٠ وذكروا أنه لابد من التملك لأن الترك من الناحية اعراض لا تملك فيصح رجوعه فيه فيعود الخيار .

وأثبت الحنابلة في مصنفاتهم صورة انشغال الأرض المبيعة ببذر وحكموا فيها بما سبق عن الشافعية ، وقد ذكر الحنابلة لهذه الصورة نظائر يثبت فيها الخيار أيضا منها : شراء نخيل فيه طلع فبان أنه مؤثر فله الخيار . لأنه يفوت على المشتري ثمرة عامه ويضر بقاؤها بنخله . ومنها : شراء أرض فيها زرع للبائع ، أو شراء شجر فيه ثمر للبائع - والمشتري جاهل بذلك يظن ان الزرع والثمر له - فله الخيار أيضا^(١) .

فالخيار يثبت في هذه الصور لاحتباس المبيع بحق لغير المشتري يتعسر به التسليم . ويسقط هذا الخيار بزوال السبب إما برضا البائع بالترك ، وإما بتحويله بمدة يسيرة دون أن يلحق بالمبيع ضررا .

صاحب الخيار :

هذا الخيار يثبت للمشتري لأنه فات عليه التسليم للحال وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف عند الحنفية ، أما المرتهن ففيه خلاف . ولم يترددوا في أن الراهن والمؤجر لا حق لهما في الفسخ .

ولكن المستأجر والمرتهن يملكان حق فسخ باعتبار آخر هو كون العقد موقوفا (غير نافذ) بالنسبة إليهما (لا لعدم اللزوم فهو في حق المشتري فقط) .

وقد اختلفت الأنظار الفقهية في وصف بيع المرهون والمأجور من جهة المرتهن والمستأجر هل هو فاسد أو موقوف ، وصحح الكاساني التوقف بناء على أصح الروايتين واستدل له بأنه مقدور التسليم لاحتمال افتكاك المدين له . أو صدور الاجازة من المرتهن والمستأجر لكنه لم ينفذ حالا لتعلق حقهما فتوقف . ثم وفق بين الروايتين بأن قولهم أنه (فاسد) محمول على أنه ليس له حكم ظاهر^(٢) .

(١) المغنى ٥٨/٤ ٢٨٨٩ كشف القناع ٢٧٨/٣ الفروع ٧٠/٤ .

(٢) البدائع ١٥٦/٥ فتح القدير ١٨٥/٥ .

شرائطه :

يشترط لقيام الخيار :

١ - أن لا يكون المشتري عالماً باحتباس المبيع فى الاجارة أو الرهن أو المزارعة وهذا قول أبى يوسف ، أما أبو حنيفة ومحمد فقد ذهبوا إلى أن المشتري يتخير ولو كان عالماً . وقد ذكر ابن عابدين أنه ظاهر الرواية على ما فى جامع الفصولين ، ثم ذكر (ثانياً) فى باب الفضولى أن كلا القولين عزى إلى ظاهر الرواية كما فى الفتح . وذكر أن فى حاشية الرمل على جامع الفصولين تصحيح قول أبى حنيفة ومحمد وعليه الفتوى .

٢ - أن لا يحيز المستأجر والمرتهن ذلك البيع حيث إنه يعتبر موقوفاً على الاجازة ممن احتبس لحقه من مرتهن أو مستأجر فإن لم تحصل إجازته منه فالمشتري يتخير بين الانتظار أو الفسخ . أما إن أجزى البيع فلا خيار له . .

٣ - أن لا يرجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر . بفسخ أو غيره ، فحينئذ يتم البيع ^(١) .

سقوطه :

إذا أسقط المشتري حقه فى هذا الخيار - ولو بصريح الاسقاط - لا يسقط . وذلك لأن تصحيح هذا الاسقاط يترتب عليه تصحيح أمر مغاير للأوضاع الشرعية . لأنه عبارة عن التزام المشتري تأجيل المبيع إلى انتهاء مدة الاجارة فى المأجور أو إلى فكك الرهن فى المرهون، وتأجيل الأعيان باطل ^(٢) .

موجب الخيار :

إما أن يختار المشتري فسخ العقد . فذلك واضح . وإما أن يختار الانتظار إلى مضي مدة الاجارة أو قضاء الراهن دينه . فإن رضى أن لا يفسخ

(١) رد المحتار ٤٦/٤ و ١١٠ فتح القدير ١٨٥/٥ البدائع ١٥٦/٥ .

(٢) نرج قواعد المحلة ، للشيخ أحمد الزرقا عند القاعدة / ١٠٠ / (مخطوط) .

الشرء إلى مضى مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضىها . كما أنه ليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم .

وفى طريقة استعمال الخيار يذكر ابن الهمام أنه يكون بطلب الفسخ من قبل الحاكم^(١) .

وفى صورة انشغال المبيع بكونه مأجورا لغير المشتري ليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن ، لعدم القبض . إلا إذا جعل المبيع بمحل التسليم . وإذا رضى المشتري بالانتظار إلى مضى مدة الاجارة فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضى المدة^(٢) .

(١) رد المحتار ١١١/٥ فتح القدير ١٨٥/٥ .

(٢) رد المحتار ٤٣/٤ نقلا عن جامع الفصولين . الفصل / ٣٢ .

الباب العاشر

زمرة خيارات امتناع التسليم

وفيه أربعة فصول

- الأول : خيار النقد
- الثاني : خيار تعذر التسليم
- الثالث : خيار تسارع الفساد
- الرابع : خيار التفليس

الفصل الأول

خيار النقد

المبحث الأول

تعريفه وصوره ومشروعيته

تعريف خيار النقد :

التعريف المختار له هو : (حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ لعدم النقد) وهو خيار إرادى ، لأنه لا يثبت إلا بالاشتراط من العاقلين كليهما . وباشتراطه يتمكنان من فسخ العقد ، لا بالفسخ المجرد كما هو الحال فى خيار الشرط ، بل بما جعل أمانة على الفسخ ، وهو عدم النقد ^(١) . وهذا هو التصوير الفقهي الملائم لاعتباره نوعا من أنواع الخيارات لأن عمادها جميعا التمكن من الفسخ أو الاجازة ، وإن كان له فى مختلف المذاهب تصورات أخرى بعضها يجعله خيارا بين الاجازة والفساد واستحقاق الفسخ لحق الشارع كما هو الحال فى كل فاسد ، وبعضهم يجعل عدم النقد هو الفسخ .

صور خيار النقد :

لخيار النقد صورتان كلاهما صحيحتان :

- ١ - التعاقد واشتراط أن المشتري إذا لم ينقد الثمن إلى مدة معلومة فلا عقد بينهما . ومستعمل الخيار فى هذه الصورة هو المشتري وإن كانت

(١) رد المختار ٧٥/٤ البدائع ١٧٥/٥ .

فائدته الكبرى للبائع . . وقد وصفوا هذه الصورة انها بمنزلة شرط (خيار الشرط) للمشتري .

٢ - التعاقد ثم قيام المشتري بالنقد مع الاتفاق على أن البائع إذا رد العوض في مدة معلومة فلا عقد بينهما . ومستعمل الخيار هنا هو البائع وهو وحده المنتفع بالخيار وهذه الحالة الثانية ذات شبه تام ببيع الوفاء مما جعل بعضهم يدخل بيع الوفاء في خيار النقد وهو قول البائع للمشتري : بعثك هذه الدار بكذا بشرط انى متى رددت إليك الثمن فى موعد كذا ترد إلى المبيع . وسيأتى بيان صلته . وهذه الصورة بمنزلة شرط (خيار الشرط للبائع^(١)) .

مستند مشروعيته :

استدل مثبتو هذا الخيار بالقياس وآثار الصحابة ووجوه من المعقول :

أما القياس فهو مقيس على خيار الشرط لاتحاد العلة بينهما وهى التروى فيها هنا يتروى البائع يحصل له الثمن أم لا وكذلك يتروى المشتري أيناسبه المبيع أم لا فيسترد ما نقد (باشتراط ذلك مع البائع) . فى الحقيقة أنه ليس ها هنا قياس ، بل هى من باب (الدلالة) وقد أثر الحنفية التعبير بذلك صراحة - والحنابلة تطبيقاً - لأنهم رأوا الاحتجاج بما هو أقوى من القياس على خيار النقد باعتباره فى معنى اشتراط الخيار أى خيار الشرط . وقال ابن الهمام : فيلحق بخيار الشرط دلالة لا قياساً والدلالة لا يشترط فيها إلا التساوى - ثم قال - وكون خيار النقد يفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن ، وذلك ينبرم بتمامها بلا رد ، لا أثر له ، لأن المعتبر فى الدلالة الاشتراك فى الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة . وقال ابن قدامة : فهما سيان فى المعنى متغايران فى الصورة^(٢) .

(١) رد المختار ٤٩/٤ الفتاوى الهندية نقلاً عن الذخيرة ٣٩/٣ المعاملات الشرعية ١٢٥ .

(٢) فتح القدير ٥٠٢/٥ ط ٢ البدائع ١٧٥/٥ المغنى ٥٣١/٣ .

وأما آثار الصحابة في ذلك ، فقد روى الأخذ به عن عمر وغيره ، وذكر عبد الرزاق في المصنف أن عمرو بن دينار أثبتته ، وقضى به شريح في واقعة وأن المشتري جاء بالثمن من الغد فاختصما إلى شريح فقال : أنت أخلفته (١) .

واحتجوا له من وجوه المعقول بداعي الحاجة إليه ، كالحاجة إلى خيار الشرط ، للتروى من المشتري في معرفة قدرته على النقد ، ومن البائع ليتأمل هل يصل إليه الثمن في المدة تحرزا عن الماطلة من العاقد الآخر (٢) .
مستند النفاة ، ومناقشتهم :

ذهب من لم يثبت هذا الخيار إلى القول أنه ليس بشرط . خيار . بل هو شرط فاسد مفسد للعقد ، لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا وعلق فسخه على غرر فأشبهه ما لو عقد بيعا مثلا بشرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بيننا واحتج زفر لنفيه بقياس آخر هو أنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط ، واشترط الإقالة الصحيحة في البيع مفسد للعقد فكيف باشتراط الفاسدة ؟ (٣) .

وما ذكره زفر هو القياس ، وقد ذكر الكاساني أن ثبوت خيار النقد على خلاف القياس فهو جائز بالاستحسان ، ووجهه أن البيع الذي فيه خيار النقد هو في معنى البيع الذي فيه خيار الشرط بجامع التعليق في كليهما . كل ما في الأمر اختلاف المعلق عليه بين كونه مرور المدة دون فسخ أو مرورها دون نقد . ولا يمنع ثبوته بالقياس (أو بالدلالة التي هي أقوى منه) أنه ثبت استحسانا على خلاف القياس ، فالمراد قياسه على خيار الشرط وكلاهما ثبتا على خلاف القياس أي مخالفين للأصول العامة القاضية بلزوم العقد كأصل ثابت .

(١) المغني ٥٣١/٣ - ٥٣٢ المصنف ٥٨/٨ .

(٢) ففتح القدير ٥٠٢/٥ .

(٣) المغني ٥٠٤/٥ ط ٤ المجموع ١٩٣/٩ فتح القدير ٥٠٢/٥ .

وبالنظر فى أدلة الاثبات والأجوبة عن إيرادات النفاء يتضح رجحان القول بهذا الخيار لتحقيق غاياته بالحاجة إليه .
موقف المذاهب منه :

أثبت هذا الخيار الحنفية ، الأ زفر بن الهذيل ، محتجا بما سبق وأثبتته المالكية والحنابلة^(١) والامامية (فى صورته التى يكون الخيار فيها للمشتري) وقال به الثورى واسحاق وابو ثور ، وحكى عن عمرو وابن عمر ، وقال به من الشافعية ابو اسحاق الشيرازى محتجا بأثر عمر فيه .

وخالف فى هذا الخيار الشافعية فى الصحيح ، وزفر ، كما نفاه ابن حزم لاقتصاره على عدد من الخيارات كلها مستمدة من النصوص وليس هو منها فضلا عن إنكاره خيار الشرط وتصريحه بإبطال خيار الوفاء (أحد صور خيار النقد كما سيأتى)^(٢) .

المبحث الثانى

صاحب الخيار ، ومدته ، وانتهائه

صاحب الخيار :

يمكن أن يكون صاحب الخيار المشتري أو البائع بحسب الصورة التى اشترط فيها ، فإذا ظهر بعبارة (على أن المشتري إذا نقد فى المدة وإلا فلا بيع) فصاحبه هو المشتري لأنه هو المتمكن من الفسخ بعدم النقد . وأما إن ظهر

(١) أجاز الحنابلة خيار النقد فى صورته الآتيتين بعد ، وذكر ابن رجب أن أحمد نص على جواز (إن جئى بالثمن إلى كذا وكذا وإلا فلا بيع بيننا) وأنه يكون تعليقا للفسخ على شرط ثم ذكر من صرح بجوازها فى البيع والاجارة (القواعد ٢٦٩) واحتزوا من اتخاذ حيلة للربا .

(٢) البدائع ١٧٥/٥ فتح القدير ٥٠٢/٥ الفتاوى الهندية ٣٩/٣ البحر الرائق ٦/٦ المجموع ١٩٣/٩ المغنى ٥٠٤/٥ الاختيارات ٧٣ تذكرة الفقهاء ٥٢٥/١ الخلاف للطوسى ٥٢١/١ المحلى ٥٧/٩ م ١٥٥٨ .

بعبارة (إن رد البائع الثمن خلال المدة المعينة فالبيع مفسوخ) فصاحب الخيار هو البائع ، ورده الثمن تصرف منه بالفسخ .

وفائدة البائع من هذا الخيار أكثر من المشتري لأنه يستفيد منه سواء كان هو صاحبه ، أو كان صاحب الخيار لانتفاعه بحصول الفسخ إذا مطل المشتري . قال ابن نجيم : والعجب ان فى مسألة الكتاب (بتصوير اشتراطه من المشتري) المنتفع بهذا الشرط هو البائع مع أنهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار انه المتمكن من إمضاء البيع بالنقد أو فسخه بعدمه ، وفى عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري مع أنهم جعلوا الخيار للبائع باعتبار أن البائع متمكن من الفسخ إن رد الثمن فى المدة ومن الامضاء إن لم يرده ^(١) .

ومن ناحية أخرى يجد المشتري غرضه متحققا فى خيار الشرط فى حين لا يغنى خيار الشرط هنا عن البائع شيئا فهو يريد خروج المبيع عن ملكه لكنه يخشى عدم وصول الثمن فيستوثق لنفسه بالتمكن من الفسخ إذا لم ينقده المشتري الثمن .

ويستوى فى الحكم صدور الاشتراط من البائع أو المشتري لأنه لا بد من التقاء إيجابه وإرادة العاقد الآخر بالقبول .

مدة خيار النقد :

لم تتفق الآراء الفقهية فى مدته ، بل اختلفت اسوة بالخلاف الواقع فى خيار الشرط ، لأنه فى معناه ، مع بعض المغايرة نظرا لثبوت خيار الشرط بالنص وثبوت هذا الخيار بالاجتهاد . والآراء فى مدته هى :

١ - التفويض للمتعاقدين : فلها أن يحددا الأمد الذى يريان فيه مصلحتهما ، ولوزاد عن ثلاثة أيام . وهذا مذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن

(١) البحر الرائق ٧/٦ فتح القدير ٥٠٢/٥ رد المحتار ٤٩/٤ .

وحده من الحنفية وقد جرى على موجب قوله فى خيار الشرط ، وعليه الثورى
واسحاق .

٢ - التحديد بثلاثة أيام ، أو ما يقاربها : وليس للمتعاقدين أن
يشترطا مدة زائدة . فالتحديد بالثلاث قول أبى حنيفة وصاحبه أبى يوسف
(وقد خالف صنيعة فى خيار الشرط لتفريقه بينهما . لورود آثار فيه بما فوق
الثلاث ، وبقي خيار النقد على أصل المنع) وهو أيضا مذهب الامامية وأبى
ثور وحكى عن ابن عمر . وأما التحديد بما يقارب الثلاث على أن لا يجاوز
العشرين يوما فهو قول مالك .

هذا ، وإن اشترط ما يزيد عن الثلاث . على قول أبى حنيفة وأبى
يوسف . ينظر ان نقد فى الثلاث جاز وإلا فسد البيع ولم يفسخ كما حققه
ظهير الدين وأقر ذلك ابن الهمام وابن عابدين . وقد جعلوا ذلك قيذا موضحا
للمراد من عبارة (فلا بيع بيننا) فى صورتى خيار النقد فإنها بظاهرها تقتضى
الانفساخ بعد النقد أو بالرد بعد النقد ، لكنهم حملوا المراد على أنه للفساد .
أى يستحق الفسخ ويمكن انقلابه صحيحا إذا لم يتمكن فساد ، كما فى
النقد قبل انقضاء الأيام الثلاثة^(١) .

سقوطه وانتقاله ، وبقية أحكامه :

إن خيار النقد يماثل خيار الشرط فى أسباب السقوط وأحكامه .
وكذلك انتقاله فهو لا يورث عند الحنفية اسوة بخيار الشرط (أصله) (٢) .
وتفصيل ذلك سبق فى الكلام عن خيار الشرط .

(١) رد المختار ٤/٤٩ فتح القدير ٥/٥٠٢ الفتاوى الهندية نقلا عن الخانية ٣/٣٩ البدائع ٥/١٧٥ المغنى ٣/٥٣١ .

(٢) رد المختار ٤/٧٥ .

المبحث الثالث

صورة مشهورة من خيار النقد (بيع الوفاء)

ان ابن نجيم من الحنفية رأى المكان الأنسب لمبحث بيع الوفاء هو خيار النقد . وقد علل ذلك بأن بيع الوفاء من أفراد مسألة خيار النقد . « لكن صاحب الحاشية على كتابه ابن عابدين لم يرتض ذلك التعليل حيث نقل عن « النهر » أنه إنما يكون من أفراد بناء على القول بفساد بيع الوفاء إن زاد على الثلاث ، لا على القول بصحته ، إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام . وبيع الوفاء غير مقيد بها . فأنى يكون من أفرادها ؟ ! ^(١) .

وهذا التعقيب من ابن عابدين بناء على ما ذهب إليه ابو حنيفة ومحمد من تحديد مدة خيار النقد بثلاثة أيام ، أما على ما اختاره أبو يوسف من اطلاق المدة عن قيد الثلاث والاكتفاء بكونها معينة فلا أثر لهذا الإيراد ويظل بيع الوفاء من أفراد خيار النقد لاسيما أن ما اختاره ابو يوسف هو الذى ذهب إليه الحنابلة .

لهذا كان من لازم الكلام عن خيار النقد التعرض إلى بيع الوفاء باعتباره صورة عملية من صورته ^(٢) .

مفهوم بيع الوفاء وتسميته :

بيع الوفاء هو أحد الأنواع المتفرعة عن البيع المطلق وصورته : أن يقول البائع للمشتري : بعتك هذه العين بكذا على أنى متى دفعت إليك الثمن الذى أخذته منك تدفع العين إلى . أو يقول البائع : بعث منك هذه العين

(١) البحر الرائق وحاشيته لابن عابدين « منحة الخالق » ٨/٦ .

(٢) يلحظ أن الامامية قالوا بخيار النقد ومع هذا لم يردوه بباب حتى فى الروضة شرح اللمعة (التى بلغت فيها الخيارات أربعة عشر) بل اكتفوا بالحديث عنه فى خيار الشرط تحت عنوان (بيع الخيار) وهى تسميتهم الخاصة لبيع الوفاء . المكاسب ص ٢٢٩ .

بدين لك علىّ ، على أنى متى قضيت الدين فهى لى (١) .

ولبيع الوفاء تسميات أخرى عامة أو مختصة ببعض المذاهب والأقطار فيسمى (بيع الأمانة) ، وهو اسمه فى مصر كما ذكر الزيلعى . ويسمى فى الشام (بيع الاطاعة) ويسميه العامة (قعيدة) وكان يسمى بمكة (بيع العهدة أو بيع الناس) - وتكرر ذكره بهذا الاسم فى فتاوى ابن حجر . ويسميه المالكية (بيع الثنيا) ويسمى عند الشافعية (الرهن المعاد) ويسميه الزيدية (بيع الرجاء) .

ويتردد بحثه فى كتب الفقه بين مواطن ثلاثة : فى البيع الفاسد . كما فعل البزازی ، وفى خيار النقد المتناول فى مسائل خيار الشرط ، كما صنع قاضىخان وصاحب الكتر ، وفى الاكراه كما صنع الزيلعى . ومال ابن نجيم إلى أن ذكره فى خيار النقد أنسب (٢)

ماهية بيع الوفاء ، ومشروعيته :

ذكر ابن نجيم أن فقهاء الحنفية من المتأخرين اختلفوا فى بيان ماهية بيع الوفاء على ثمانية أقوال ، ثم سردها مفصلة وختم بالمختار منها وهو ما دعوه (القول الجامع) باعتبار بيع الوفاء مركبا من ثلاثة عقود ، هى الرهن والبيع الصحيح والبيع الفاسد ، وقد ذهب الحنفية إلى تسويغه (٣) . .

أما المالكية فقد تردّدوا فى تكييفه بين البيع الفاسد والسلف الجار

(١) البحر الرائق ٨/٦ الفتاوى الهندية ٣٩/٣ الاشباه والنظائر ١٩٥/٢ .

(٢) تبين الحقائق ١٥/٤ ردّ المختار ٤٩/٤ الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٤١/٢ و ١٥٣/٢ و ١٥٨/٢ - ١٥٩ و ٢٢٩/٢ - ٢٣٠ المجموع شرح المذهب ٢٠٧/٩ البحر الرائق ٨/٦ التاج المذهب ٣٩٠/٢ .

(٣) البحر الرائق ٨/٦ تبين الحقائق للزيلعى ١٥/٤ الفتاوى البزازیة ٤٠٥/٤ رد المختار ٣٩/٤ وللتوسع فى بيع الوفاء عند الحنفية يرجع إلى المجلة وشروحها عند المادة ١١٨ وكتب الأستاذ مصطفى الزرقا التالية المدخل الفقهي ف/٢٧٤ والعقود المسماة فى الفقه (عقد البيع) ف/١٤٦ وعقد التأمين ص ٢٩ وشرح القانون المدنى (عقد البيع ف/٢٤٦) .

لمنفعة والرهن ، للوصول إلى حكم غلة المبيع ، مع اتفاقهم على منعه (١) .

واهتم ابن حجر من الشافعية به فتكرر ذكره في فتاواه الكبرى باسم (بيع العهدة ، وبيع الناس) وذكر أنه معروف آئذ بمكة وغيرها وتوصل إلى أنه إن خلا العقد من شرط الاسترداد برد الثمن واقتصر العاقدان على اشتراط ذلك في الاتفاق الشفوي السابق للعقد فهو بيع صحيح ، ولا يلزم المشتري الوفاء بما وعد به البائع إلا من باب تحاشي إثم الغش والغرور لأن الثمن الذي يعين في العقد ليس بالثمن الحقيقي وأما أن وقع الشرط في صلب العقد فهو فاسد لا ينتقل فيه المبيع والثمن عن المالك وذكر أن المتبايعين تعارفوا على « توثيقه بالنذر أنه متى جاء البائع إلى المشتري بقدر الثمن الأصلي فسخ عليه البيع . . . الخ (٢) .

أما الحنابلة فهم بالرغم من اثباتهم خيار النقد قد أبطلوا بيع الوفاء وسموه (بيع الأمانة) وحرّموا البائع من حق الاسترداد القائم على اشتراط الخيار ومع هذا أجازوا خيار النقد وهو حق استرداد حين إعادة الثمن ، أو التأخر في أداء الثمن (بحسب البيع المشترط : البائع أو المشتري) (٣) والصورتان عبارة عن موضوع واحد لكن الأولى (بيع الوفاء) وهي التي يمكن فيها الاحتيال على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن . أما الثانية (خيار النقد المجرد عن فكرة الاحتيال للربا) فهي للحاجة إلى التروى في الثمن هل يصير منقودا أو لا .

(١) نظرية الشروط المقرنة بالعقد للشيخ زكي الدين شعبان ص ١٥٠ وفيه تفصيل جيد لمواقف المذاهب الأربعة من بيع الوفاء ص ١٤٩ - ١٥٧ لكنه لم يتطرق البتة إلى خيار النقد . وقد اقتصر في الحنابلة على أنهم قائلون بإبطال بيع الوفاء وسرى من نصوصهم التي ستأتي إن الأبطال ينصب على حال اتخاذه حيلة للربا . فهم يجوزون خيار النقد ويمنعون شبيه صورته (المائلة لبيع الوفاء) للتدرع به إلى الربا .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٥٣/٢ و ١٥٧ و ٢٣٠ .

(٣) الاقناع ٥٨/٣ وشرحه كشف القناع ١٤٩/٣ الاختيارات ص ٧٢ .

قال ابن قدامة : « إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض . . . ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لأنه من الحيل . . . ثم نقل عن الإمام أحمد أنه إن كان حيلة لا يجوز . وأما إن كان إرفاقا وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة فقال : هذا جائز . إلا أنه إذا مات انقطع الخيار ولم يكن لورثته . قال ابن قدامة : وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به إلا بإتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضى إلى أن القرض جر منفعة^(٢) »

والامامية يرون جواز بيع الوفاء ويسمون « بيع الخيار » قال الأنصارى : وهو جائز عندنا كما في التذكرة، وعن غيرها الاجماع عليه . وهو أن يبيع شيئا ويشرط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها ويرتجع المبيع . . .^(٣)

أما ابن حزم فهو يصرح بما من شأنه إبطال بيع الوفاء حيث يقول: من باع سلعة بثمن مسمى حالة أو إلى أجل مسمى قريبا أو بعيدا فله أن يبتاع تلك السلعة من الذى باعها منه بثمن . . . كل ذلك حلال . . . ما لم يكن عن شرط مذكور فى العقد ، فإن كان عن شرط فهو حرام مفسوخ أبدا . محكوم فيه بحكم الغصب . وهو قول أبى سليمان (داود أمام أهل الظاهر)^(٤) .

(١) المغنى ٥٠٤/٣ م ٢٧٩٢ .

(٢) المغنى ٥٠٤/٣ م ٢٧٩٢ .

(٣) المكاسب ص ٢٢٩ تذكرة الفقهاء ٥٢١/١ .

(٤) المحلى ٥٧/٩ م ١٥٥٨ ولم أر للزيدية نصا فى بيع الوفاء أو خيار النقد .

الفصل الثاني

حيار تعذر التسليم

الفصل الثاني

خيار تعذر التسليم

صور منه متصلة بالقبض :

أشار الحنابلة إلى هذا الخيار فى مباحث القبض^(١) بمناسبة منع التصرف قبل القبض فى كل عقد يفسخ بهلاك المعقود عليه قبل قبضه - وشريطة القبض مختصة عندهم بالمكيل والموزون لأنه يتعلق به حق توفية . فإذا كان لانسان فى يد غيره ودیعة . أو عارية . أو مضاربة ، أو جعله وكیلا فيه جاز له بیعه ممن هو فى يده ومن غيره . لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فجاز بیعها كالتى فى يده .

لكن يختلف الحكم فى المصوب بین بیعه ممن هو بيده أو من غيره فبیعه ممن هو بيده جائز ، لأنه مقبوض معه ، فأشبهه بیع العارية ممن هى فى يده .

أما بیعه من غيره فإن كان عاجزا عن استنقاذه ، أو ظن أنه عاجز ، لم یصح شراؤه له أصلا ، لأنه معجوز عن تسليمه فهو بمثابة بیع الآبق والشارد أما إن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو فى يده فإن البیع صحیح لامكان القبض فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بین الفسخ والامضاء . للعجز عن القبض وهو شبهه بیع فرس فشردت قبل تسليمها أو بیع غائب بالصفة فعجز عن تسليمها أما بیع الآبق فظاهر الرواية عند الحنفية أنه لا ینعقد أصلا . حتى لو ظهر یحتاج إلى تجديده الإيجاب والقبول . . وذهب الكرخى إلى انعقاده وقد ذكر الكاسانى الاحتجاج للرأیین مرجحا ظاهر الرواية ، كما فرق بین بیع الآبق و بین بیعه قبل الابق ثم أبق حیث ینعقد ویكون عرضة للفسخ إن لم یعد .

(١) المغنى ٨٧: ٤ - ٨٨ م ٢٩٥٧ منتهى الارادات ٣٤٢/١ الفروع ٢١/٤ كشف القناع ١٦٢/١ .

أما بيع المغصوب من غير غاصبه - وهى المسألة التى اتفق عليها الحنابلة والزيدية مجالا لخيار تعذر التسليم . فقد أخذ بها الحنفية لكن اعتبروا العقد (موقوفا) على التسليم . حتى لو سلم نفذ . لأن المالك قادر على التسليم بقدرة السلطة والقضاء وجماعة المسلمين . إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة . فإذا سلم زال المانع ^(١) .

والزيدية - هم والامامية - قد اعتنوا بأفراد هذا الخيار بالعنوان والبحث . فهو من الخيارات الثلاثة عشر التى قال بها الزيدية وتضمنها معظم مصنفاتهم . ومن الخيارات الأربعة عشر التى أخذ بها الامامية .

ومجمله عندهم : أن يبيع شيئا وتسليمه متعذر عند العقد . كالشيء المغصوب . أو المسروق . أو المؤجر . وكالعبد الآبق .

وهو إما مجهول الأمد كالمغصوب والمسروق والآبق فيثبت الخيار فيه . للبائع والمشتري كليهما ، لجهلها وقت رجوعه . بل حتى لو علما من بعد متى رجوعه ما لم يرجع فعلا . والنوع الآخر هو المعلوم وقت رجوعه كالمؤجر إلى مدة معلومة فالخيار فيه للمشتري إن كان جاهلا بالأمر . ولا خيار للبائع فيه أصلا ^(٢) .

صور تعذر التسليم لضرر :

ومنه عندهم ما لو أمكن التسليم لكن بضرر كبير حرج من جدار أو فص من خاتم فيثبت الخيار فيه إذا عرف أنه لا يمكن تسليمه إلا بتضرر . كما لو تعذر التسليم لمانع ^(٣) والحنفية لا يرون خيار تعذر التسليم فى صورة العجز

(١) البدائع ١٤٧/٥ .

(٢) المتزاع المختار ٨٥/٣ البحر الزخار ٣٥٣/٣ .

(٣) التاج المذهب ٣٩١/٢ وأشار إلى تفصيل فى الموهون لمدة معلومة بأنه إذا كان بإذن المرتهن فقد انفسخ الرهن . وإن كان بغير إذنه فهو موقوف ، ولكل فسخه لكونه موقوفا لا لتعذر التسليم .

عن التسليم ألا بضرر يلحق البائع حيث يكون العقد فاسدا لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد ألا ضرر تسليم المعقود ، فأما ما وراءه فلا .

والأصل أن ما لا يمكن تسليمه ألا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فيبيعه باطل ، ومثاله بيع الآلية من الشاة الحية ، والنوى فى التمر ، والزيت فى الزيتون ، فلا ينعقد أصلا ، حتى أنه لو سلم لم يجز .

وما لا يمكن تسليمه ألا بضرر يرجع إلى قطع اتصال عار فإن بيعه فاسد ألا أن يقطع باختيار البائع ويسلم فيجوز ، ومثاله بيع جذع فى سقف ، أو آجر فى حائط ، أو ذراع فى كرباس . فإن نزع أو قطعه وسلمه قبل أن يفسخ المشتري البيع جاز البيع حتى انه يجبر على الأخذ ، لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم^(١) .

موقف الامامية والزيدية منه :

وذهب إلى إثبات هذا الخيار الامامية أيضا مع التوسع فى مجاله . فهو فى كل ما بيع مع الظن بامكان تسليمه ثم طرأ العجز عن ذلك . كالطير المعتاد عوده . والدابة المرسلة ، فإن شردت الدابة . أو لم يعد الطائر فللمشتري الخيار بين الفسخ أو التزام البيع^(٢) .

(١) البدائع ١٦٨٥ .

(٢) الروضة شرح للسعة ٣٣٢/١ وقد تعرض لاحتمال حق المشتري فى الرجوع بشئ مع إمضاء العقد ثم استضعفه بأن الارش ليس فى مقابلة مطلق القصد لأحالة البراءة .

الفصل الثالث

خيار تسارع الفساد

الفصل الثالث

خيار تسارع الفساد

مفهومه ودليل مشروعيته (عند الامامية) :

يرى الامامية أن المبيع إذا كان مما يسرع إليه الفساد ، كالفواكه واللحم وشبه ذلك ، مما يفسد ليومه يثبت فيه خيار (حكى) لا يحتاج إلى شرط ، يكون به للبائع الخيار بين فسخ العقد أو الاستمرار في مضيه .

والمراد بالفساد نقص الوصف وفوات الرغبة ، وليس انعدام الانتفاع به ، أى ليس المراد الفساد الحقيقي ، لأن الفواكه والخضر - التى هى بحاله - لا تضيع بالمبيت ولا تهلك بل المراد ما يشمل تغير العين ، نظير التغير الحادث فى هذه الأمور بسبب المبيت . وهل يلحق فوات السوق بتغير العين ؟ ذكر فيه الأنصارى وجهين دون ترجيح^(١) . واستدلوا لهذا الخيار بأثر عن الصادق والكاظم ، وبأخبار النهى عن الضرر ، فضلا عن انه صورة من صور التأخير الذى أخذوا به .

وقته ومجاله :

أما متى يحق للبائع الافادة من هذا الخيار ، فالذى اختاره الأنصارى تبعا لسابقه أنه عند دخول الليل ، أى يكون المفسد له المبيت لا بمجرد دخول الليل ، فإذا فسخ البائع أول الليل أمكنه الانتفاع به وببدله ، ولذا عبر عنه بعضهم بأنه (خيار ما يفسده المبيت) وقد استحسّن هذا صاحب الروضة منهم « وإن كان فيه خروج عن النص لتلافيه بخبر الضرار » وفضّله على تعبير بعضهم الموافق لمدلّول الرواية بأنه بعد دخول الليل . لأنه إذا توقف ثبوته على

(١) تذكرة الفقهاء ٥٢٣/١ والمكاسب ٢٤٨ .

دخول الليل مع كون الفساد يحصل فى يومه لا يندفع الضرر ، ثم قال : واستقرب تعديته إلى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوفه ولا يتقيد بالليل . بل قال الأنصارى : يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر وإن خرج عن مورد النص كما إذا كان المبيع مما يفسد فى نصف يوم أو يومين فيثبت فيه الخيار فى زمان يكون التأخير فيه عنه أول أزمته الفساد^(١) . والخلاصة أن مبدأه احتمال الفساد ، فلو كان مما يفسد فى يومين تأخر الخيار عن الليل إلى حين خوف الفساد .

موقف الحنفية والشافعية منه :

فى المذهب الحنفى ما يشبه هذا الخيار مع بعض الفوارق ، أهمها أنه لا بد له من سبق خيار الشرط لتكون هذه المسألة منبثقة عنه . فليس هو بخيار حكمى ولا إرادى وإنما هو تعديل لقيد (المدة المعلومة) فى خيار الشرط . وتصويرهم للمسألة أنه إذا اشترى شيئا يتسارع إليه الفساد ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام . ففي القياس : لا يجبر المشتري على شيء ، وفى الاستحسان يقال للمشتري : إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك ، دفعا للضرر من الجانبين^(٢) . بل ذكر قاضىخان مسألة تدنو كثيرا إلى تسارع الفساد إن لم تكنه ، وهى ما إذا باع شيئا يتسارع إليه الفساد بيعا باتا ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ، ويحل للمشتري الثانى أن يشتري وإن كان يعلم بذلك ، لأن المشتري الأول رضى بهذا البيع والفسخ

(١) الروضة شرح اللعة ٣٢٤/١ تذكرة الفقهاء ٥٢٣/١ المكاسب ٢٤٨ الوسائل (فى أدلة الشيعة) أبواب الخيار : باب ١١ حديث ١ .

(٢) فتاوى قاضىخان ١٨٤/٢ وعنه الفتاوى الهندية ٤٥/٣ - ٤٦ وذكر قاضىخان للمسألة نظيرا من باب الدعوى . وقد ذكر ابن الهمام المسألة ونظيرها (فتح القدير ١١٢/٥) بعد أن صدرها بقوله : «وأما ما يتسارع إليه الفساد فحكمه مسطور فى فتاوى القاضى» .

دلالة . فيحل للبائع أن يبيع . وإذا حل للبائع ذلك حل للمشتري الثانى أن يشتري^(٢) .

ولم يثبت الشافعية خصوصية لمتسارع الفساد من حيث الخيار فى فسخه ، فقد ذكروا أنه لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد . فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام ، ففيه وجهان أصحهما يبطل البيع^(٢) .

(١) فتاوى قاضىخان ١٨٤/٢ - ١٨٥ ونقله عنه فى الهنـدية ٤٦/٣ .

(٢) المجموع ١٩٠/٩ ط ١

الفصل الرابع خيار التفليس

الفصل الرابع

خيار التفليس

موقع هذا الخيار :

ذكر الفقهاء فى مسألة إفلاس المشتري قبل دفع الثمن للبائع أو بعده ، وقبل قبض المبيع أو بعده حالات ثلاث :

١ - أن يقع ذلك بعد تأدية الثمن ، فالمبيع ملك المشتري خاصة سواء قبضه من البائع أو لم يقبضه .

٢ - أن يموت قبل تأدية الثمن ولم يقبض المبيع فللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى ثمنه من المشتري أو من تركته باقتراض موته أو يبيعه القاضى ويؤدى للبائع الثمن كاملا ، وإن زاد الثمن فى بيع القاضى عن الثمن المستحق للبائع دفعت الزيادة للغرماء ، وفى حال نقصه يأخذ البائع الثمن الذى بيع به وينضم إلى الغرماء فى الباقي . وحق الحبس هذا ثابت للبائع قبل الإفلاس أيضا . وفى حياة المشتري ، فله أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن .

٣ - أن يفلس المشتري قبل تأدية الثمن وقد قبض المبيع . فهل للبائع استرداد المبيع ؟ ذلك ما يدعى (خيار التفليس) أو (خيار التركة) فى حال موت المشتري مفلسا . أم عليه تركه فى ملك المشتري والانضمام إلى الغرماء ليكون اسوتهم فى تحصيل الثمن كله أو ما ينوبه منه ^(١) .

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٤ نيل الأوطار ٥/٢٥٦ المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم ١٤٣ وقد أورد معظم المصنفين للإفلاس (أو التفليس) بابا خاصا أو تكلّموا عنه فى باب الحجر أو القضاء وأحكام هذا الباب كثيرة لا يناسب موضوع التعمق فيها أو الانسياق مع مسائلها ، فانهم هو إبراز هذا الخيار وتوجيه النظر إليه .

مشروعيته :

استدل لهذا الخيار بالحديث ، وذلك ما رواه ابو هريرة عن النبي ﷺ قال : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس - أو إنسان قد أفلس - فهو أحق به من غيره » وفي لفظ : قال عليه الصلاة والسلام فى الرجل الذى يعدم ، إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه « انه لصاحبه الذى باعه » وفى لفظ آخر : « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له »^(١).

كما احتج مثبتو الخيار بالرفق بالبائع والنظر إلى مصلحته^(٢) لحداثة عقده البيع وبقاء عين ماله كما هي ، ولأن من حقه حبس المبيع إلى أن يقبض الثمن لكنه تسامح مع المشتري فيقابل بمثل صنيعه وقد ذهب الشافعية إلى أنه إذا حكم حاكم بالمنع من هذا الخيار ينقض حكمه لأن حكمه بالمنع مخالف لنص السنة^(٣).

واحتج من عارض فى هذا الخيار (وهم الحنفية) بأدلة من المعقول وتأولوا الحديث لمخالفته للأصول لصيرورة السلعة بالبيع ملكا للمشتري ومن ضمانه وحملوا الحديث على ما إذا كان المتاع وديعة أو عارية أو لقطة ، والروايات المصرحة بالافلاس ، وبأنه فى البيع ترد عليهم لأن هذه الأمور لا تحتاج إلى التقييد بالافلاس وقد أطال الشوكانى ، ومن قبله ابن رشد فى مناقشة تفردهم بذلك ولا سيما فى مواجهة النصوص التى لا مساغ معها من ترجيح مشروعية هذا الخيار^(٤).

(١) أخرجه باللفظ الأول البخارى ومسلم وأصحاب السنن ، وبالثانى : مسلم والنسائى والثالث : أحمد فى المسند (نيل الأوطار ٢٥٦/٥) .

(٢) بداية المجتهد ٢٨٧/٢ .

(٣) المذهب للشيرازى ٣٢٢/١ .

(٤) نيل الأوطار ٢٥٧/٥ - ٢٥٩ بداية المجتهد ٢٨٧/٢ - ٢٨٩ .

موقف المذاهب منه :

ذهب الجمهور إلى إثبات هذا الخيار مع اختلافهم في شرائط قيامه ، وخالف في إثباته الحنفية فقالوا : لا يكون البائع أحق بالعين المبيعة التي في يد المفلس . ومن قال به ابن حزم وتوسع في مجال ثبوته كما سيأتى عند استعراض الشرائط ألا أنه اشترط أن يجد السلعة كلها ، أما ان وجد بعضها فلا حق له فيها وهو أسوة الغرماء (١) .

شرائط قيام الخيار :

اشترط الفقهاء في الجملة لقيام هذا الخيار شرائط هي :

١ - تحقق الافلاس ، وقد جعل الشافعية (الموت) مساويا للافلاس في حق الاسترداد وخالف في ذلك مالك (٢) .

٢ - يشترط حياة المشتري المفلس : وقد نازع في هذه الشرطة الشافعية والامامية وابن حزم فذهبوا إلى أنه لا يختص بحياة المشتري كما قال مالك وأحمد (٣) .

٣ - يشترط عدم قبض البائع شيئا من الثمن ، فان قبض منه شيئا سواء الأقل أو الأكثر فليس له خيار الاسترداد . ولم يعبأ بهذه الشرطة كل من الشافعية والهادوية وابن حزم ، ومن قوله في ذلك : ولا يمنع من استحقاق هذا الخيار أن يكون البائع صاحب السلعة قد قبض من ثمنها شيئا أكثره أو أقله « وقد وردت رواية مالك وأبي داود في حديث هذا الخيار بلفظ فيه ؛ ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا . . » (٤) .

(١) المحلى ١٧٥/٨ - ١٢٨٣ نكلمة المجموع ٤١٨/١٢ .

(٢) توسع ابن رشد في مناقشة خلافها في ذلك وللإمامية بحوث في ذلك ولذا سموه (أحيانا) خيار التركة . (بداية المجتهد ٢٨٨/٢) الروضة شرح للমে ٣٣٢/٢ تذكرة الفقهاء ٥٦٥/١ مطالب أولى النهى ١٣٧/٣ .

(٣) المغنى والشرح الكبير على المقتضب ٥٤٩/٤ .

(٤) المحلى ١١٥/٨ ونيل الأوطار ٢٥٧/٥ وقد ذكر أن في الحديث مقالا . المغنى ٥٤٤/٤ .

٤ - يشترط أن يكون المال باقيا بعينه لم يتغير ولم يتبدل فإن تغيرت العين في ذاتها بالنقص مثلا أو في صفة من صفاتها فهو أسوة الغرماء . وذهب الشافعي والهادوية من الزيدية إلى أن البائع أولى بالعين أيضا بعد التغير والنقص وكالنقص الزيادة المتصلة بالمبيع على الصحيح عند الحنابلة ^(١) .

٥ - أن لا يكون تعلق بالعين حق للغير ، بأن رهنها المشتري ، أو وهبها ثم أفلس فلا رجوع للبائع ^(٢) .

موجب الخيار ووقته وسقوطه :

موجب خيار التفليس أن يتخير البائع بين فسخ العقد واسترداد عين المبيع مقدما على الغرماء وبين إمضاء العقد والانضمام إلى غرماء المشتري المفلس للضرب معهم بالثمن والوصول إلى ما يكون له ، وانتظار ميسرة المفلس لاستكمال الباقي . وقد بحث الشافعية مسألة كونه على الفور أو التراخي - على الخلاف عندهم وكذلك حاجته إلى الحاكم أو استقلال البائع بالفسخ ويرجع في ذلك إلى كتاب التفليس من المصنفات الفقهية للمذاهب ^(٣) .

وقد ذهب الشافعي وأحمد إلى أن الورثة لو أرادوا أن يعطوا البائع الثمن - في حال موت المشتري المفلس - لم يكن لهم ابطال خياره بذلك ، ولا يلزمه القبول ، وقال مالك يلزمه ^(٤) .

(١) المذهب ٣٢٣/١ (مع تفصيلات في حالة النقص والتغير) نيل الأوطار ٢٥٨/٥ المغنى والشرح الكبير ٥٣١/٤ وقد أفرد ابن قدامة الزيادة عن التغير فجعلها شريطة مستقلة .

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥٤٥/٤ و ٥٤٦ والمذهب ٣٢٢/١ .

(٣) المذهب ٣٢٢/١ بداية المجتهد ٢٨٧/٢ المغنى والشرح الكبير ٥٤٩/٤ .

(٤) المذهب ٣٢٣/١ نيل الأوطار ٢٥٨/٥ بداية المجتهد ٢٨٨/٢ .

خاتمة

وضعت هذا العنوان (التقليدى) فرأيت أن ما سلف فى المقدمة وما جاء فى صدور الأبواب من تمهيدات فيه غناء عن تكرار الإشارة لما سبق بحثه والوصول إليه من نتائج ، سواء فى مباحث الخيار العامة أو فى الخيارات المدروسة التى أنافت عن الثلاثين ، وتركت للقارئ أن يتلمس ما تكوّن لديه من فكرة عن ذلك ، وعمّا اتضح له من ماهية الخيارات .

ولكن أى القلم أن يرتفع قبل أن أودّع القارئ بنحو ما استقبلته من تحديد الغرض الباعث على الدراسة وهو تجلية محاسن الشريعة وتيسير فقهاها للعلم والعمل وذلك عمل شاقّ يتطلب الغوص فى المراجع الفقهية لاستخلاص دررها بجهد وعناء لا يسلم فيه الغائص من وهلات أو قصور . ولوروى الاسترسال فى التجويد وتطلب الكمال لما استتم بحث ، لأن الكمال المطلق لله وحده . وصدق العماد الاصفهاني فى قوله المشهورة :

« انى رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا فى يومه الا قال فى غده :

« لو غير هذا لكان أحسن . . »

« ولو زيد هذا لكان يستحسن . . »

« ولو قدّم هذا لكان أفضل . . »

« ولو ترك هذا لكان أجمل . . »

« وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على كافة

البشر . »

**

أهم المراجع

من كتب التفسير (وآيات الأحكام) :

- أحكام القرآن ، للجصاص ، ط . الآستانة ١٣٢٨
- أحكام القرآن ، لأبي بكر بن العري ، ط (١) الباي ١٣٧٨
- الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي ، ط . دار الكتب بالقاهرة .
- تفسير القرآن ، لابن كثير ، ط بيروت .

من كتب مصطلح الحديث ، ورجاله :

- تدريب الراوى شرح تقريب النواوى ، للسيوطى ، ط (٢)
- علوم الحديث مع شرحه للعراقى ، ط ١ حلب
- فتح المغيـث بشرح ألفية الحديث ، للسخاوى ، ط ٢
- معرفة علوم الحديث ، للحاكم ، ط . دار الكتب المصرية .
- لسان الميزان ، للذهبي ط ٢
- تذكرة الحفاظ ، للذهبي ، ط ٢ حيدر آباد ، الهند .
- تهذيب التهذيب ، لابن حجر ، ط الهند ١٣٢٥ .

من كتب الحديث وشروحه :

- الجامع الصحيح للبخارى ، ط . الأميرة ببلاق القاهرة ١٢٩٦
- الجامع الصحيح ، لمسلم ، ط . العامرة ، الآستانة ١٣٢٩
- الموطأ ، للإمام مالك ، ط . الشعب ، القاهرة ١٣٧٠
- الموطأ ، للإمام محمد بن الحسن ، ط . احياء التراث الاسلامى القاهرة .

- المسند ، للإمام أحمد ، ط دار المعارف ١٣٧٦ مع ط . المكتب الاسلامى (المصورة)
- جامع الأصول ، لابن الأثير ط . السنة المحمدية ، القاهرة ١٣٦٩ .
- مجمع الزوائد ، للهيثمى ، ط . القدسى ، القاهرة ١٣٥٣ .
- جمع الفوائد بين جامع الأصول ومجمع الزوائد ، للرودانى ، ط ١ المدينة المنورة .
- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية ، لابن حجر ، التراث الاسلامى ، وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية الكويت
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للشوكانى ، ط ٢ البايى ١٣٧١ .
- نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية ، للجمال الزيلعى ، ط . المجلس العلمى بالهند
- التلخيص الحبير ، تخريج أحاديث شرح الرافعى الكبير ، لابن حجر ، ط . الهند
- الدراية لتخريج أحاديث الهداية ، لابن حجر ، ط . الهند .
- السنن الكبرى ، للبيهقى ، ط . الهند .
- معالم السنن ، للخطابى ط . العلمية ، حلب ١٣٥٢ .
- فتح البارى شرح صحيح البخارى ، لابن حجر ، ط . الخيرة ، القاهرة ١٣٢٩ .
- إرشاد السارى شرح صحيح البخارى ، للقسطلاننى ، ط . الأميرية ببولاق ١٣٠٤ .
- الابتهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج ، للنووى ط . المصرية ١٣٢٩ .
- فيض القدير شرح الجامع الصغير ، للمناوى ، ط . التجارية ، القاهرة .
- التعليق الممجد شرح موطأ محمد ، للكنوى ط . الرحيمية ، الهند ١٣٠٤ .
- التمهيد شرح الموطأ ، لابن عبد البر ، ط . وزارة الأوقاف ، الرباط .
- معانى الآثار للطحاوى ، ط (٢) القاهرة

من كتب أصول الفقه :

- أحكام الإحكام فى أصول الأحكام ، لابن حزم ، ط السعادة .
- الاحكام فى أصول الأحكام ، للآمدى ، ط . دار المعارف ، القاهرة ١٣٣٢ .
- المسوّدة فى أصول الفقه ، تأليف آل تيمية (أحمد بن تيمية ، وأبيه ، وجده) .
- المستصفي فى الأصول ، للغزالي ، ط القاهرة ١٣٢٢ .
- الموافقات فى أصول الشريعة ، للشاطبي ، ط الرحمانية بالقاهرة .
- مجامع الحقائق وشرحه منافع الدقائق ، للكوزحصرى ، ط . استانبول .
- ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، للشوكاني ، ط . السعادة بالقاهرة
- مراتب الاجماع لابن حزم (ونقده لابن تيمية) ط . القدسى ١٣٥٧ .
- الجدل على طريقة الفقهاء ، لابن عقيل الحنبلى ، ط المعهد الفرنسى دمشق ١٩٦٧
- رسالة فى الأصول التى عليها مدار فروع الحنفية ، للكرخى (مطبوعة مع تأسيس النظر) .

من كتب الفقه الحنفى :

- الأصل للإمام محمد (جزء البيوع) ط . جامعة القاهرة ١٩٥٤ .
- مختصر الطحاوى ط . دار الكتاب العربى القاهرة ١٩٥١ .
- المبسوط ، شرح الكافى (الجامع لظاهر الرواية) للسرخسى ط . السعادة بالقاهرة .
- المحيط (البرهانى) لبرهان الدين (مخطوط) دار الكتب ٤٨١ فقه حنفى .
- تحفة الفقهاء . للسمرقندى ، ط . جامعة دمشق ١٩٥٨ .
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للكاسانى ، ط شركة المطبوعات

العلمية والجمالية .

- فتح القدير شرح الهداية ، لابن الهمام ط ١ عام ١٣١٦ .
- العناية شرح الهداية ، للبايرتى (بهامش فتح القدير) .
- الكفاية شرح الهداية للكرلانى الخوارزمى (بهامش ط ٢ من فتح القدير) .

- البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، لابن نجيم (وحاشيته منحة الخالق لابن عابدين) ط ١

- تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ، للزيلعى ، بحاشية الشلبى ط ١
- درر الحكام شرح غرر الأحكام ، لمنلا خسرو (وحاشيته للشرنبلالى) ط . استانبول

- رد المختار (حاشية ابن عابدين) ط ١ الأميرية . مع ط ٢ البابى .
- الفتاوى الخانية (فتاوى قاضىخان) (مطبوع بهامش الفتاوى الهندية) .
- الفتاوى الهندية (لمجموعة من علماء الهند) ط الأميرية بالقاهرة ١٣١٠ .
- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية . لابن عابدين ط الاميرية القاهرة ١٣٠٠

- در الصكوك (فتاوى) جاويز زاده محمد عزيز . ط . العامرة استانبول ١٢٧٧ .

- تحرير التحبير فى إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغير . لابن عابدين .

- مجموعة رسائل ابن عابدين ، ط ١ الآستانة .

من كتب الفقه المالكى :

- المدونة الكبرى ، رواية سحنون عن مالك ط ١ القاهرة ١٣٢٣ .
- المقدمات الممهدة للمدونة . لابن رشد (الجد) ط القاهرة ١٣٢٣ .
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، للحطاب ط . السعادة ، القاهرة ١٩٢٩ م .

- الفواكه الدوانى شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى ، ط ١
- التاج والاكيل على مختصر خليل ، للمواق (مطبوع مع شرح الخطاب) .
- الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ، وحاشية الدسوقي ط . التجارة بالقاهرة .
- بلغة السالك لأقرب المسالك ، للصاوى ، القاهرة . ١٣١٠ .
- لباب اللباب ، لابن راشد القفصى ، ط ١ تونس .
- شرح الخرشي على مختصر خليل . ط ١ القاهرة .
- شرح الغزاة للزرقانى ، بحاشية العدوى ط ١ القاهرة .
- الأم ، للإمام الشافعى ط . القاهرة ١٣٢١ .
- المذهب . للشيرازى ط ، عيسى البابى ١٣٤٣ .

من كتب الفقه الشافعى :

- المجموع شرح المذهب ، للنوى . ط . الامام القاهرة .
- تكملة المجموع ، للسبكي ، ط . الامام القاهرة .
- الوجيز للغزالي ، ط . الآداب والمؤيد ١٣١٧ .
- نهاية المحتاج شرح المنهاج ، للشمس الرملى ، بحاشية الشبراملى ط ٢ البابى .
- مغنى المحتاج شرح المنهاج ، للخطيب الشربىنى . ط البابى ١٣٧٧ .
- تحفة المحتاج شرح المنهاج ، لابن حجر (بحاشية الشروانى) القاهرة ١٣٠٤ .
- الفتاوى الكبرى ، لابن حجر ط . حنى القاهرة .
- شرح المنهج بحاشية الجمل ، ط ١ القاهرة .

- أسنى المطالب شرح روض الطالب ، للقاضى زكريا الأنصارى ط الميمنة ١٣١٣ .
- إصابة الأغراض فى سقوط الخيار بالاعراض (خيار تفرق الصفقة) ضمن فتاوى ابن حجر .

من كتب الفقه الحنبلى :

- المغنى شرح مختصر الخرقي ، لابن قدامة ، ط . الامام ، مع طبعة ١ المنار بالقاهرة
- معجم الفقه الحنبلى ، وضع جهاز الموسوعة بالكويت ط . وزارة الأوقاف .
- الفتاوى الكبرى ، لابن تيمية ط ١ القاهرة ، مع ط ٢ الرياض .
- الاختيارات للعملاء البعلى (جمع فيه اختيارات ابن تيمية من الفقه) مطبوع مع الفتاوى .
- كشاف القناع شرح الاقناع ، للبهوتى ، ط ٢ القاهرة .
- المحرر فى الفقه ، للمجد بن تيمية ، ط السنة المحمدية .
- الفروع ، لابن مفلح (وتصحيحه للمرداوى) ط ٢ القاهرة .
- الانصاف لمعرفة الخلاف ، للمرداوى ، ط . القاهرة ١٩٦٠ م .
- مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى للرحياني ، ط . المكتب الاسلامى ، دمشق .
- الكافى ، لابن قدامة ، ط . المكتب الاسلامى ، دمشق .
- المقنع ، لابن قدامة ، والشرح الكبير لابن أبى عمر المقدسى ط ١ المنار ، القاهرة .

من كتب الفقه الامامى :

- شرائع الإسلام ، للحلى (الملقب بالمحقق) ، ط . بيروت .
- المكاسب ، للأنصارى ، ط ٢ حجرية ، تبريز ١٣٧٥ .

- المختصر للنافع ، للحلى (المحقق) ، ط ١ ، القاهرة .
- رياض المسائل شرح المختصر النافع (ط . حجرية) بدون ترقيم صفحاته ، طهران .
- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، للشهيد الثانى ط . القاهرة ١٩٦٠ .
- تذكرة الفقهاء ، للحلى (الملقب بالعلامة) ، ط . حجرية ، طهران .
- نظرية العقد فى الفقه الجعفرى ، هاشم معروف الحسينى ، ط . دار الغد ، بيروت .

من كتب الفقه الزيدى :

- المنتزع المختار من الغيث المدرار ، الفتح لكائم « الأزهار » لابن مفتاح ، ط . القاهرة ١٣٣٢
- التاج المذهب شرح « الأزهار » للعنسى ط . الحلبي ١٩٣٨ .
- البحر الزخار ، للامام المهدي ط . الخانجي ١٩٤٨ .
- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، للسياغى ، ط . المؤيد ، الطائف .
- الروضة الندية (شرح الدرر البهية للشوكانى) لصديق خان ، ط . المنيرة .

من كتب الفقه الاباضى :

- شرح النيل ، للقطب اطفيش الميزابى ط . القاهرة ١٣٤٣ مع ط ٢ بيروت .
- الايضاح ، للشماخى ، ط ٢ دار الفتح ، بيروت .
- مختصر الخصال ، للحضرمى ط ٢ زنجبار .
- جوهر النظام ، للسالى نور الدين (منظومة كبيرة) ط ٢ القاهرة .

من كتب الفقه الظاهري :

- المحلى لابن حزم ط ١ و ٢ (والعزو بالصفحات وأرقام المسائل) .
- معجم فقه ابن حزم الظاهري ، وضع لجنة الموسوعة ط . جامعة دمشق .

من كتب الفقه المقارن : ^(١)

- اختلاف الفقهاء (جزء البيوع) ، لابن جرير الطبري ، ط . الموسوعات والترقي ١٣٢٠
- بداية المجتهد ، لابن رشد (الحفيد) ط . ٣ الباني ١٣٧٩ .
- القوانين الفقهية ، لابن جزى الأندلسي ، ط . النهضة ، تونس ١٣٤٤ .
- إيثار الانصاف في آثار الخلاف ، لسبط ابن الجوزي (الحنفي) ، (مخطوط) بالمدينة
- الدليل إلى مواطن البحث عن الألفاظ الفقهية وضع د . محمد زكي عبد البر وعبد الستار ابو غدة . ط . جامعة دمشق .
- كتاب الخلاف ، للطوسي ، ط ٢ طهران .

من كتب الفقه العام ^(٢) :

- القواعد « تقرير القواعد وتحرير الفوائد » لابن رجب الحنبلي ، ط . الخانجي ١٣٥٢ .
- القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام البعلبي ، ط . السلفية .
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للغزبن عبد السلام ط . الاستقامة بالقاهرة .
- الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، ط . العامرة بالقاهرة ١٢٩٠ وحاشيته للحموي .

(١) وهي الشاملة لجميع الأبواب الفقهية على مختلف المذاهب .

(٢) للكتب المؤلفة في موضوع خاص على مختلف المذاهب .

- تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد زكى عبد البر ، ط .
القاهرة ١٩٥٠ م .
- العقود والشروط والخيارات ، للشيخ أحمد ابراهيم ط . فتح الله (مقال
مج الاقتصاد)
- مذكرة مبتدأة فى الالتزامات فى الشرع الإسلامى للشيخ أحمد ابراهيم ،
ط ١ .
- العرف والعادة فى رأى الفقهاء ، د . أحمد فهمى أبوسنة ، ط . مطبعة
الأزهر ٩٤٧
- الفروق ، للقرافى ، ط . البابى ، القاهرة ١٣٤٤ .
- أعلام الموقعين ، لابن القيم ، القاهرة ١٣٢٥ .
- النظرية العامة للفسخ ، فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى د . حسن على
الذنون
- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، محمد أبوزهرة ط ١ القاهرة
١٩٣٩ .
- المدخل الفقهى العام ، للشيخ مصطفى الزرقا ط ٨ جامعة دمشق .
- أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ على الخفيف ، القاهرة ١٩٤٢ .
- النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ، د . شفيق شحاته .
ط . الاعتماد
- مجموعة رسائل ابن عابدين ، ط : شركة الصحافة العثمانية (الآستانة)
١٣٢٥ .
- نظرية الشروط فى الشريعة الإسلامية د . زكى الدين شعبان ط .
القاهرة .
- الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، د . محمد يوسف موسى ،
ط . ١٣٧٢ .

- خيار الشرط فى المذهب الحنفى والقانون ، شفيق أيوب ، ط . معهد الدراسات .
- المعاملات الشرعية المالية ، للشيخ أحمد ابراهيم ، ط . السلفية ١٣٥٤ هـ .
- التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ، د . وحيد الدين سوار ط . ١٩٦٠ .
- المدخل للتعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود ، د . محمد مصطفى شلى
- * المعاملات الشرعية ، محمد ابو الفتاح ط ١ القاهرة .

من كتب اللغة والتاريخ :

- معجم مقاييس اللغة ، لابن فارس .
- القاموس المحيط ، للفيروزابادى .
- النهاية فى غريب الحديث ، لابن الأثير .
- أساس البلاغة للزمخشري .
- لسان العرب ، لابن منظور .
- المصباح المنير ، للفيومى .
- المغرب فى ترتيب المعرب ، للمطرزى .
- تاج العروس ، للزبيدي .
- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة .
- معجم متن اللغة ، أحمد رضا .
- تهذيب الأسماء واللغات ، للنوى ، ط . المنيرة .
- الكليات ، لأبى البقاء ط . العامرة ١٢٨٧ هـ .
- التعريفات ، للجرجانى ، ط ١ ، القاهرة .
- شرح ابن عقيل للألفية ، بحاشية الحضري .

- شرح الرضى على الكافية ، ط . الآستانة .
- شرح المفصل ، لابن يعيش الحلبي ، ط ١ ، القاهرة .
- الأعلام ، للزركلى ، ط ٢ القاهرة .
- وفيات الأعيان ، لابن خلّكان ، ط ٢ .
- الفوائد البهية فى طبقات الحنفية ، للكنوى ، ط . القاهرة ١٣٢٤ .
- طبقات الشافعية ، للسبكي ط ٢ .
- طبقات الحنابلة ، لأبى يعلى (وذيلها لابن رجب) ط . السنة المحمدية .
- الامام مالك ، للشيخ محمد أبو زهرة ط . الاعتماد ، القاهرة ١٩٤٦ .

من القوانين الشرعية ، والوضعية ، وشروحها :

- مجلة الأحكام العدلية (لجنة من فقهاء الدولة العثمانية) مرتب على مواد متسلسلة
- شرح المجلة ، للأتاسى ط ١ حمص .
- شرح المجلة ، على حيدر ، ط . (مصورة) عن الأولى .
- شرح المجلة ، للمحاسنى ، ط . دمشق ١٩٢٧ .
- مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان ، للشيخ محمد قدرى (مرتب على مواد)
- شرح مرشد الحيران . للأبيانى وزملائه ط ١ دمشق .
- الوسيط ، شرح القانون المدنى ، للسنهورى ، ط . القاهرة ١٩٥٢ .
- شرح القانون المدنى السورى (عقد البيع) للشيخ مصطفى الزرقا ، ط . جامعة دمشق .
- مصادر الحق فى الفقه الاسلامى مقارنة بالقانون المدنى ، للسنهورى ، ط . القاهرة ١٩٥٤

المحتوى

رقم الصفحة

الجزء الأول

٥	تقديم
٧	البيان المقدم عند المناقشة
١٥	تقرير لجنة المناقشة
٢٥	الخيار وأثره فى العقود
٢٧	المقدمة
٢٧	موضوع الرسالة
٢٧	التقسيم التأليفي للفقہ
٢٩	أهمية موضوع الخيار
٣٢	أغراض هذه الرسالة
٣٣	طريقة البحث ومصادر استمداده
٣٦	خطة البحث ومعاله

الباب الأول

مباحث الخيار العامة

الفصل الأول

ماهية الخيار

٤٢	:	تعريف الخيار ومشروعيته	الفرع الأول
٤٢	:	تعريف الخيار بوجه عام	المبحث الأول
٤٣	:	مشروعية الخيار	المبحث الثاني
٤٤	:	تاريخ مشروعية الخيار	المبحث الثالث
٤٨	:	تقسيم الخيار	الفرع الثاني
٤٩	:	التقسيم بحسب طبيعة الخيار	المبحث الأول
٥١	:	مفهوم الارادة فى الخيارات الارادية	المبحث الثاني
٥٣	:	ضرورة الخيارات الحكمة	المبحث الثالث
٥٥	:	التقسيم بحسب غاية الخيار	المبحث الرابع
٥٩	:	فائدة الخيار (عموما)	الفرع الثالث
٥٩	:	حكمة تشريع الخيار	المبحث الأول
٦١	:	الخيار الحكمة مؤيد وجزاء	المبحث الثاني
٦٢	:	الخيار الارادى وصلته بالشورى	المبحث الثالث

الفصل الثانى

قاعدة الخيار وخصائصه

٦٦	:	منطلق فكرة الخيار (اللزوم)	الفرع الأول
٦٦	:	معنى اللزوم	المبحث الأول
٦٧	:	اللزوم فى تقسيم العقد	المبحث الثانى
٦٨	:	سلب اللزوم ، وموقع الخيار فيه	الفرع الثانى

المبحث الأول	: الخيار سالب اللزوم	٦٨
المبحث الثاني	: دور الخيار في سلب اللزوم	
المبحث الثالث	: منازل الخيارات في سلب اللزوم	٧٢
الفرع الثالث	: أصالة اللزوم ، واستثناء الخيار	٧٤
المبحث الأول	: أصالة اللزوم	٧٤
المبحث الثاني	: استثناء الخيار	٧٥

الفصل الثالث

الموقع الفقهي للخيار

الفرع الأول	: صلات الخيار بنظريات عامة	٨٠
المبحث الأول	: صلته بنظرية العقد	٨٠
المبحث الثاني	: صلته بنظرية الفسخ	٨٣
المبحث الثالث	: صلته بنظرية الشروط	٨٤
الفرع الثاني	: مخالفة الخيار لمبادئ عامة	٨٦
المبحث الأول	: مخالفة الخيار لمنع الغرر	٨٧
المبحث الثاني	: مخالفة الخيار لمنع الجهالة	٩٢
الفرع الثالث	: اعتبارات فقهية للخيار	٩٤
	- الخيار ونظرية القبض	٩٤
	: - الخيار ونظرية الغلط	٩٥
	- الخيار ونظرية الغبن	٩٧
	- الخيار هو مجال النهي عن (البيع على	
	البيع)	٩٨
	- مقابلة الخيار للثمن	١٠٠

الفصل الرابع

تمييز الخيار عن أشباهه

الفرع الأول	:	تمييز الخيار عن أشباهه فى المسمى	١٠٤.....
المبحث الأول	:	تمييز الخيار عن طبيعة عدم اللزوم	١٠٤.....
المبحث الثانى	:	تمييز الخيار عن الفسخ للفساد	١٠٦.....
المبحث الثالث	:	تمييز الخيار عن الفسخ للتوقف	١٠٨.....
المبحث الرابع	:	تمييز الخيار عن الفسخ فى الإقالة	١١٠.....
الفرع الثانى	:	تمييز الخيار عن أشباهه فى الاسم	١١٠.....
المبحث الأول	:	تمييز الخيار عن الهرض التخييرى	١١٠.....
المبحث الثانى	:	تمييز الخيار عن التخيير بين الفعل والترك	١١١.....
(الإباحة)			

المبحث الثالث	:	تمييز الخيار عن حالات التخيير الجزئية	١١١
---------------	---	---------------------------------------	-----

الباب الثانى

(زمرة) خيارات التروى

القصل الأول

خيار المجلس

الفرع الأول	:	تعريفه ، وتسميته ، وماهيته	١١٨.....
المبحث الأول	:	تعريف خيار المجلس	١١٨.....
المبحث الثانى	:	تسمية خيار المجلس	١١٩
المبحث الثالث	:	ماهية خيار المجلس	١١٩.....
الفرع الثانى	:	مذاهب الفقهاء فى خيار المجلس	١٢١.....
المبحث الأول	:	مشتو الخيار	١٢١.....
المبحث الثانى	:	نفاة الخيار	١٢١.....
الفرع الثالث	:	أدلة الاثبات والنفي	١٢٣.....

رقم الصفحة

المبحث الأول	: أدلة المثبتين	١٢٥
المبحث الثانى	: متمسك النفاة	١٢٨
الفروع الرابع	: مناقشة الأدلة	
المبحث الأول	: مناقشة أدلة الإثبات	١٣٠
المبحث الثانى	: مناقشة أدلة النفي	١٤٤
المبحث الثالث	: الترجيح بين الأدلة	١٤٦
الفروع الخامس	: زمن الخيار وأمه	١٤٩
المبحث الأول	: زمن ثبوت الخيار	١٤٩
المبحث الثانى	: أمد الخيار	١٤٩
الفروع السادس	: انتهاء الخيار	١٥١
المبحث الأول	: التفريق	١٥١
المبحث الثانى	: التخاير	١٥٩
المبحث الثالث	: التصرف	١٦٥
المبحث الرابع	: اسقاط الخيار ابتداء	١٦٧
الفروع السابع	: انتقال الخيار	١٧٠
المبحث الأول	: الموت	١٧١
المبحث الثانى	: الجنون ونحوه	١٧٣
الفروع الثامن	: آثار خيار المجلس	١٧٤
المبحث الأول	: الأثر الأصلى	١٧٤
المبحث الثانى	: الآثار الفرعية	١٧٤
الفروع التاسع	: خيار المجلس فى القانون ، وعند	
	القانونيين	١٧٨

الفصل الثانى

خيار الرجوع

- ١٨١ - نبذة عن خيار الرجوع
- ١٨٤ - انتهاء خيار الرجوع
- ١٨٤ - خيار الرجوع فى القانون

الفصل الثالث

خيار القبول

- ١٨٧ - نبذة عن خيار القبول
- ١٨٧ - انتهاء خيار القبول
- ١٨٧ - خيار القبول فى القانون

الفصل الرابع

خيار الشرط

- ١٨٩
- ١٩١ : تسمية خيار الشرط ، وتعريفه لغة وشرعا
- ١٩١ : تسمية خيار الشرط
- ١٩٢ : تعريف خيار الشرط لغة
- ١٩٤ : تعريف خيار الشرط شرعا
- الفرع الأول : مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط وأدلتها
- ١٩٦ : مناقشتها
- المبحث الأول : مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط
- ١٩٦ : أدلة الإثبات
- ١٩٨ : مناقشة الأدلة
- ٢٠٤ : طبيعة الخيار وصيغته
- ٢١٣ : طبيعة الخيار

٢١٣	: صيغة الخيار	المبحث الثانى
٢١٦	: شرائط قيام الخيار	الفرع الرابع
٢١٦	: شريطة المقارنة للعقد	المبحث الأول
٢١٩	: شريطة التوقيت (معلومية المدة)	المبحث الثانى
٢٣٦	: شريطة الاتصال والموالة	المبحث الثالث
٢٣٧	: شريطة تحديد محل الخيار	المبحث الرابع
٢٣٨	: شريطة تعيين مستحق الخيار	المبحث الخامس
٢٣٩	: مجال الخيار (ما يثبت فيه خيار الشرط)	الفرع الخامس
٢٤٠	: ضابط مجال خيار الشرط	المبحث الأول
٢٤٢	: تطبيق الضابط فى بعض العقود	المبحث الثانى
٢٤٧	: مناقشة دعوى تطور مجال الخيار	المبحث الثالث
٢٥٠	: صاحب الخيار	الفرع السادس
٢٥٠	: اشتراط الخيار للمتعاقدین	المبحث الأول
٢٥١	: اشتراط الخيار للأجنبى عن العقد	المبحث الثانى
٢٥٥	: شرط الاستئثار أو المشورة	المبحث الثالث
٢٥٧	: النيابة فى الخيار	المبحث الرابع
٢٥٨	: استعمال الخيار	الفرع السابع
٢٥٩	: تجربة محل الخيار	المبحث الأول
٢٦٠	: الاحتيال بالخيار للربا أو للرهن	المبحث الثانى
٢٦١	: الاختيسار	المبحث الثالث
٢٦٣	: أحكام الخيار (أو آثاره)	الفرع الثامن
٢٦٣	: أثر الخيار على حكم العقد	المبحث الأول
٢٦٧	: أثر الخيار على انتقال الملك	المبحث الثانى
٢٧٧	: أثر الخيار على ضمان المحل	المبحث الثالث

رقم الصفحة

٢٨٣	المبحث الرابع : أثر الخيار على زيادة المبيع وغلته ونفقته
٢٨٩	المبحث الخامس : أثر الخيار على تسليم البدلين
٢٩٥	الفرع التاسع : زوال الخيار
٢٩٦	المبحث الأول : إسقاط الخيار قبل قيامه
٢٩٧	المبحث الثاني : سقوط الخيار
٣٠١	المبحث الثالث : انتهاء الخيار
٣١٧	الفرع العاشر : انتقال خيار الشرط
٣١٧	المبحث الأول : انتقال الخيار بالموت
	المبحث الثاني : انتقال الخيار بالجنون وحالات الغيبوبة
	(نبذة للمقارنة) : خيار الشرط فى القانون

الفصل الخامس

خيار الحيوان

٣٣٥	- تعريفه . ومثبتوه . ومستنده
	- من أحكام خيار الحيوان : محاله -
٣٣٦	صاحبه - أمدده وسقوطه
٣٣٧	- تكييف هذا الخيار ومناقشته

الجزء الثانى

الباب الثالث

٣٣٩	(زمرة) خيارات النقيصة
-----	-----------------------

الفصل الأول

خيار العيب

٣٤٣	الفرع الأول
٣٤٥	المبحث الأول : تسمية خيار العيب وتعريفه لغو وشرعا
٣٤٥	المبحث الأول : تسمية خيار العيب
٣٤٦	المبحث الثانى : تعريف خيار العيب لغة وشرعا

٣٤٨	: مشروعية خيار العيب	الفرع الثاني
٣٤٨	: حقيقة الاتفاق على مشروعيته	المبحث الأول
٣٤٨	: أدلة مشروعية خيار العيب	المبحث الثاني
٣٥٣	: وجوب الإعلام بالعيب	الفرع الثالث
٣٥٣	: وجوبه على العاقد	المبحث الأول
٣٥٩	: وجوبه على غير العاقد	المبحث الثاني
٣٦٠	: مصدر خيار العيب وحكمته	الفرع الرابع
٣٦٠	: مصدر خيار العيب	المبحث الأول
٣٦١	: حكمة تشريع خيار العيب	المبحث الثاني
٣٦١	: شرائط قيام خيار العيب	الفرع الخامس
٣٦٤	: (الشريطة الأولى) ظهور عيب معتبر	المبحث الأول
٣٩٩	: (الشريطة الثانية) الجهل بالعيب	المبحث الثاني
٤٠٣	: (الشريطة الثالثة) عدم البراءة	المبحث الثالث
٤٠٧	: مجال خيار العيب ، وتوقيته	الفرع السادس
٤٠٧	: مجال خيار العيب	المبحث الأول
٤١١	: توقيت خيار العيب	المبحث الثاني
٤١٤	: آثار خيار العيب على العقد	الفرع السابع
٤١٤	: أثره على حكم العقد	المبحث الأول
٤١٥	: صفة حكم العقد مع خيار العيب	المبحث الثاني
٤١٧	: موجب الخيار ومقتضاه	الفرع الثامن
٤١٨	: المذاهب في موجب الخيار وأدلتها	المبحث الأول
٤٢٥	: الموجب الأصلي للخيار (الرد)	المبحث الثاني

المبحث الثالث :	الموجب الخلفي للخيار (الامساك مع الأرض)	٤٣٩
المبحث الرابع :	موانع الرد (أسباب الموجب الخلفي : الأرض)	٤٤٢
المبحث الخامس :	شرائط الموجب الخلفي (الأرض)	٤٥٠
الفرع التاسع :	سقوط الخيار وانتهائه	٤٥٤
المبحث الأول :	زوال العيب قبل الرد	٤٥٦
المبحث الثاني :	وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة	٤٥٧
المبحث الثالث :	إسقاط الخيار بصريح الإسقاط ، والابراء عنه	٤٥٨
المبحث الرابع :	الرضا بالعيب صراحة	٤٥٩
المبحث الخامس :	التصرفات الدالة على الرضا	٤٦٠
الفرع العاشر :	اثبات خيار العيب وانتقاله	٤٦١
المبحث الأول :	اثبات خيار العيب	٤٦٣
المبحث الثاني :	انتقال خيار العيب	
(نبذة للمقارنة) :	خيار العيب في القانون	٤٦٧

الفصل الثاني

خيارات تفرق الصفقة

تفرق الصفقة - الاستحقاق - الهلاك

الفرع الأول :	تفرق الصفقة بوجه عام	٤٧١
المبحث الأول :	تعريف تفرق الصفقة	٤٧١
المبحث الثاني :	تفرق الصفقة في المذاهب الفقهية	٤٧٢
المبحث الثالث :	التقسيم المختار لحالات تفرق الصفقة	٤٧٦
الفرع الثاني :	خيار الاستحقاق الجزئي	٤٧٨

رقم الصفحة

المبحث الأول	: خيار الاستحقاق عند الحنفية	٤٧٩
المبحث الثانى	: خيار الاستحقاق فى بقية المذاهب	٤٨١
المبحث الثالث	: أثر الاستحقاق على العقد	٤٨٤
الفرع الثالث	: خيار الهلاك الجزئى	٤٨٥
المبحث الأول	: محمل احكام الهلاك الجزئى وخياره .	٤٨٦
المبحث الثانى	: صورة انقطاع بعض المسلم فيه	٤٨٧

الباب الرابع

(زمرة) خيارات الجهالة

الرؤية - الكمية - كشف الحال - التعيين

الفصل الأول

خيار الرؤية

الفرع الأول	: تعريف خيار الرؤية وماهيته	٤٩٣
المبحث الأول	: تعريف خيار الرؤية لغة وشرعا	٤٩٣
المبحث الثانى	: ماهية خيار الرؤية	٤٩٤
الفرع الثانى	: مشروعية خيار الرؤية والمذاهب فيه	٤٩٥
المبحث الأول	: المذاهب فى خيار الرؤية	٤٩٥
المبحث الثانى	: أدلة مشروعية خيار الرؤية ومناقشتها	٥١٣
الفرع الثالث	: سبب ثبوت الخيار (عدم الرؤية عند العقد)	٥١٨
المبحث الأول	: أثر الرؤية السابقة فى انتفاء الخيار	٥١٩
المبحث الثانى	: الرؤية بوجه عام	٥٢١
المبحث الثالث	: صور خاصة من الرؤية	٥٢٧

رقم الصفحة

المبحث الرابع :	دور العرف فى تحديد الرؤية الجزئية	٥٣٠
الكافية		٥٣٠
الفرع الرابع :	شروط قيام خيار الرؤية	٥٣٤
الفرع الخامس :	صاحب خيار الرؤية	٥٣٨
المبحث الأول :	من يثبت له الخيار	٥٣٨
المبحث الثانى :	مناقشة الأدلة والترجيح	٥٣٩
الفرع السادس :	مجال خيار الرؤية	٥٤٠
الفرع السابع :	توقيت خيار الرؤية بدءا وغاية	٥٤٤
المبحث الأول :	وقت ثبوت الخيار	٥٤٤
المبحث الثانى :	أمد خيار الرؤية	٥٤٥
الفرع الثامن :	أثر الخيار على العقد	٥٤٧
المبحث الأول :	أثر الخيار فى صفة العقد	٥٤٧
المبحث الثانى :	أثر خيار الرؤية فى حكم العقد قبل الرؤية	٥٤٨
الفرع التاسع :	انتهاء خيار الرؤية وسقوطه	٥٥٠
المبحث الأول :	سقوط الخيار	٥٥٠
المبحث الثانى :	انتهاء الخيار	٥٥٣
الفرع العاشر :	انتقال خيار الرؤية	٥٥٧

الفصل الثانى

خيار الكمية (أو خيار معرفة قدر الثمن)	٥٥٩
المبحث الأول : تعريفه وتسميته وماهيته	٥٦١

رقم الصفحة

- المبحث الثاني : مشروعيته والمذاهب فيه ٥٦٢
المبحث الثالث : موقع خيار الكمية ، وأحكامه ٥٦٣

الفصل الثالث

- خيار الكشف (أو خيار معرفة مقياس المبيع) ٥٦٧
المبحث الأول : تعريفه وتسميته وماهيته ٥٦٩
المبحث الثاني : مشروعيته والمذاهب فيه ٥٧١
المبحث الثالث : شرائط صحة العقد مع خيار الكشف ٥٧٣

الفصل الرابع

- خيار التعيين ٥٧٧

- الفرع الأول : تعريف الخيار وطبيعته ٥٧٩
المبحث الأول : تعريفه لغة وشرعا ٥٧٩
المبحث الثاني : طبيعة خيار التعيين ٥٨٠
المبحث الثالث : تمييز خيار التعيين عن أشباهه ٥٨١
الفرع الثاني : مشروعية خيار التعيين ، والمذاهب فيه ٥٨٢
المبحث الأول : المذاهب في خيار التعيين ٥٨٢
المبحث الثاني : دليل مشروعية خيار التعيين ٥٨٥
المبحث الثالث : حكمة مشروعية خيار التعيين ٥٨٦
الفرع الثالث : شرائط قيام خيار التعيين ٥٨٧
المبحث الأول : الشرائط المتفق عليها ٥٨٧
المبحث الثاني : الشرائط المختلف فيها ٥٨٨
المبحث الثالث : من يشترط له الخيار (صاحب الخيار) ٥٩٠

رقم الصفحة

الفرع الرابع	: أثر خيار التعيين على العقد	٥٩١
الفرع الخامس	: توقيت خيار التعيين وسقوطه وانتقاله	٥٩٣
المبحث الأول	: توقيت خيار التعيين	٥٩٣
المبحث الثاني	: سقوط خيار التعيين	٥٩٤
المبحث الثالث	: انتقال خيار التعيين	٥٩٤

الباب الخامس

(زمرة) خيارات التفرير	٥٩٥
-------------------------	-----

الفصل الأول

٥٩٧	خيار التدليس (الفعلى) بالتصرية وغيرها
٥٩٧.....	المبحث الأول : تعريف خيار التدليس وتسميته
٦٠٠.....	المبحث الثاني : مشروعية خيار التدليس ، وعلته
٦٠٢.....	المبحث الثالث : ضابط خيار التدليس ، وأنواعه
٦٠٧.....	المبحث الرابع : شرائط خيار التدليس
٦٠٩.....	المبحث الخامس : موجب الخيار ، وتوقيته ، وسقوطه

الفصل الثانى

خيار التفرير القولى	٦١٥
---------------------	-----

المبحث الأول	: تعريف خيار التفرير ومشروعيته	٦١٧
المبحث الثانى	: التمييز بين التفرير والغرر	٦١٨
المبحث الثالث	: خيار التفرير فى المذاهب	٦١٩
المبحث الرابع	: شرائط خيار التفرير ، ومجاليه	٦٢٦
المبحث الخامس	: سقوط خيار التفرير ، وانتقاله	٦٢٧

الفصل الثالث

خيار النجش

٦٢٩

٦٣١	: تعريفه ومشروعيته	المبحث الأول
٦٣٤	: شرائط خيار النجش	المبحث الثانى
٦٣٥	: صاحب خيار النجش	المبحث الثالث

الفصل الرابع

خيار تلقى الركبان

٦٣٨

٦٣٩	- مفهوم تلقى الركبان
٦٤٠	- حكم التلقى شرعا
	- المذاهب فى خيار تلقى الركبان
٦٤١	وأحكامه

الباب السادس

(زمرة) خيارات الغبن

٦٤٣

الفصل الأول

الغبن (بوجه عام)

٦٤٥

٦٤٥	: تعريف الغبن لغة وشرعا	المبحث الأول
٦٤٦	: الخيارات المرتبطة بالغبن	المبحث الثانى
٦٤٨	: ضابط الغبن المعترف ، وشرطه	المبحث الثالث
٦٥٢	: موجب الخيار	المبحث الرابع

الفصل الثاني

٦٥٥ خيار غبن المساومة (المجرد عن التفرير)

- ٦٥٧ المذاهب المثبتة له : المبحث الأول
٦٥٩ المذاهب النافية لخيار غبن المساومة : المبحث الثاني
٦٦٥ صاحب الخيار . ومجاليه . وتوقيته : المبحث الثالث

الفصل الثالث

٦٦٧ خيار غبن المسترسل

- ٦٦٩ تعريف المسترسل -
٦٦٩ خيار غبن المسترسل عند المالكية -
٦٧٠ خيار غبن المسترسل عند الحنابلة -

الفصل الرابع

٦٧١ خيار غبن القاصر (وشبهه)

- ٦٧٣ مجاليه من حيث العقود -
٦٧٤ موجب خيار غبن القاصر -
٦٧٤ مسقطات خيار غبن القاصر -

الباب السابع

٦٧٧ (زمرة) خيارات الأمانة

٦٧٩ الفصل الأول

٦٧٩ بيع الأمانة وخياراتها

- ٦٨٠ : بيع الأمانة : المبحث الأول
٦٨٢ : تعريف تمييز خيارات بيع الأمانة : المبحث الثاني

- المبحث الثالث : ايهام رأس المال أو كتم صفاته ٦٨٤
المبحث الرابع : طبيعة خيارات الأمانة ٦٨٦
(نبذة للمقارنة) خيارات بيوع الأمانة فى القانون

الفصل الثانى

٦٨٧

خيار المراجعة

- المبحث الأول : تعريف المراجعة ٦٨٩
المبحث الثانى : مشروعية خيار المراجعة وأدلته ومناقشتها ٦٩٠
المبحث الثالث : موجب خيار المراجعة بحسب ظهور الكذب
والغش ٦٩٥
المبحث الرابع : سقوط خيار المراجعة ٧٠١

الفصل الثالث

٧٠٥

خيار التولية والاشراك

- الفرع الأول : خيار التولية ٧٠٧
- تعريف التولية لغة وشرعا ٧٠٧
- مفهوم التولية وأقسامها
- مشروعية التولية ٧٠٩
- حكم التولية وشروطها ٧١٠
الفرع الثانى : خيار الاشراك وحكمه ٧١١
تعريفه وصيغته ٧١١
- حكم الاشراك ٧١١

الفصل الرابع

- خيار المواضعة (أو خيار المحاطة) ٧١٣
- تعريف خيار المواضعة ٧١٥

٧١٥	- تسميته
٧١٥	- ماهية المواضعة
٧١٦	- حكم المواضعة
١	الباب الثامن

(زمرة) خيارات الخلف

الفصل الأول

٧١٩ خيار فوات الوصف المرغوب

٧١٩	المبحث الأول : تعريفه وتسميته
٧٢٠	المبحث الثاني : مشروعية اشتراط الوصف
٧٢١	المبحث الثالث : مشروعية خيار فوات الوصف . والمذاهب فيه
	المبحث الرابع : شرائط قيام خيار فوات الوصف
٧٣٠	المبحث الخامس : موجب خيار فوات الوصف
٧٣١	المبحث السادس : بقية أحكام خيار فوات الوصف
	(نبذة للمقارنة) : خيار فوات الوصف فى القانون

الفصل الثانى

٧٣٣ خيار فوات الشرط

٧٣٥	المبحث الأول : المذاهب الآخذة به (على نطاق ضيق)
٧٣٦	المبحث الثانى : المذاهب الآخذة به (على نطاق واسع)
٧٣٨	المبحث الثالث : من أحكام خيار فوات الشرط

الفصل الثالث

٧٤١ خيار اختلاف المقدار

٧٤٣	المبحث الأول : تعريف خيار المقدار ، ومشروعيته
-----	---

المبحث الثاني : صور اختلاف المقدار ، وموجب الخيار

فيها ٧٤٥

المبحث الثالث : أثر المسامحة في سقوط الخيار ٧٤٧

الباب التاسع

(زمرة) خيارات اختلال التنفيذ ٧٤٩

الفصل الأول

خيار التأخير (للثمن) ٧٥١

- المراد من خيار التأخير ٧٥١

- مشروعية خيار التأخير ٧٥١

- الغاية التشريعية منه ودليل مشروعيته ٧٥٣

- شرائطه ، ومدته ٧٥٣

- مسقطاته ٧٥٤

الفصل الثاني

خيارات الاحتباس لحق الغير

(ظهور المبيع مستأجرا ، أو مرهونا ، أو مزروعا) ٧٥٧

- موقع هذا الخيار ، ومفهومه ٧٥٩

- المذاهب فيه ٧٦٠

- صاحب الخيار ٧٦١

- شرائطه ٧٦٢

- سقوطه ٧٦٢

- موجب الخيار ٧٦٢

الباب العاشر

(زمرة) خيارات امتناع التسليم ٧٦٥

الفصل الأول

٧٦٧

خيار النقد

- المبحث الأول : تعريفه ، وصوره ، ومشروعيته ٧٦٧
- المبحث الثاني : صاحب الخيار ، ومدته ، وانتهاءه ٧٧٠
- المبحث الثالث : صورة مشاورة من خيار النقد (بيع الوفاء) ٧٧٣

٧٧٧

الفصل الثاني

- ٧٧٩ - صور منه متصلة بالقبض ٧٧٩
- ٧٨٠ - صور تعذر التسليم لضرر ٧٨٠
- ٧٨١ - موقف الامامية والزيدية منه ٧٨١

الفصل الثالث

٧٨٥

خيار تسارع الفساد

- ٧٨٥ - مفهومه ، ودليل مشروعيته (عند ٧٨٥
- ٧٨٥ - وقته ومجاليه ٧٨٥
- ٧٨٦ - موقف الحنفية والشافعية منه ٧٨٦

الفصل الرابع

٧٨٩

خيار التفليس

- ٧٩١ - موقع هذا الخيار ٧٩١
- ٧٩٢ - مشروعيته ٧٩٢
- ٧٩٣ - موقف المذاهب منه ٧٩٣
- شرائط قيام الخيار
- ٧٩٤ - موجب الخيار ووقته وسقوطه ٧٩٤

٧٩٥

خاتمة

أهم المراجع

My I pray to Allmighty Allah to accept any righteous action of which He lead us success, by His forgiving and clemency to shelter our erroneous acts appear thereof, besides giving us success over maintaining His Religion and observing His Divine Laws .

exorbitant price, or receiving the caravan dealers before arrival at the market location for the purpose of purchasing what they brought ridiculously cheap .

Chapter 6 :Covers a group of choices showing a realized injustice by the reason of unfair bargaining or by exceeding the ruling price and/or the market price, or by the reason of treating a minor unjustly .

Chapter 7 :Deals with the choices of sales based on confidence duly showing the principal price .

Chapter 8:Deals with the choices caused by the discrepancy of the contractual item, i.e., the violation of the desired description, the fraud of contract stipulations and quality violation.

Chapter 9:Comprises a group of choices indicating such cases whereby an implementation of contract is prejudiced and/or breached,i.e., the delay of price and/or the sale of the a leased or mortgaged property or cultivated land.

Chapter 10:(the last one) covers a similar group where delivery has become impossible due to lack of payment, failure of delivery and/or fast deterioration of the sold items. Then comes the clarification of the choice granted to the seller for restoration of his sold property if the buyer is declared bankrupt and the price has not been paid .

or sharing of function according to the apparent and the expressed opinion.

If this purpose is reached then the groups of choices shall be stated in independent chapters, one for each, where every single choice shall have separate section, thoroughly covering a considerable clarification of its issues and problems in branches, themes and requirements.

Chapter 2 : Covers a group of cautionsness which must be dealt with carefully i.e., the contract place, the recourse, the acceptance, and the relevant conditions together with any similar choice of a three day validity relating to a purchase of a live animal.

Chapter 3 : Deals with the choices of defects, the division and/or dispersion of the transactions, such as sold item being a property of a third person other than the contracting party, or in the event of damage and/or deterioration of any part thereof .

Chapter 4 : Comprises choices covering any negligence prevailing in some parts of the contract, i.e., the choice of inspection of the sold item, the total price, the state of measurement and the choice of identification .

Chapter 5 : Is held for the actual fraud and deception whether by means of statement and saying or through puffing , so as to secure an

The study covered thirty three choices with some comprising more than one dependent choice owing to rarity or weakness. The limitation of the choices to this number with excess or shortage was due to the disparity between the nature of choices, the disparity of reasoning and rules along with the attempt to make one choice accommodate as many choices with good reason away from the desire of multiplation and the passion for reparation or additon. They are thirty three choices according to the scientific enumeration in purpose and method. If we gave way to the unscientific motives, the result will be half this number more or less. The examination of the choices mentioned in doctrines and the qualities of their independence or integration will lead to the exclusion of many of them either for the lack of the spirit of choice or becuae it is a partial rule with the choice open between two things other than abrogation license, or because it is nothing but one of the elements of a wider choice but known enough to be considered as a choice by itself. Yet I can not claim to achieve all the listing I aspired at nor can I assume the correctness of all my endeavours. I am satisfied to be away from misdeed and to have the reward of 'Ejtihad' .

The framework of this study with respect to the chapters is as follows :

Chapter 1:(General) deals with (Research of General choices for the study of the nature of a choice, its division and legal effects, the investigation of the basis of the choice and the qualities acquired and its position in FIQH along with the related considerations and traits. The study did not move to other topics before the illuminative coverage of the choice under research to exclude any mixing due to the similarity

THE RESEARCH PLAN AND FEATURES :

I herewith submit the features of the plan adopted for my study with due linking to the above mentioned points with direct relation to the plan .

It is evident from the following frame work that I started with general rules laying much stress on the collection of miscellanies then I moved to exhibit the options for the study, discussion, presentation of rules and their practical application in everyday life and before courts. The choices were dealt with in groups instead of individual haphazard mention or according to importance or the scope of matter. I did not content myself with the simple classification of rules into legally established or of willful origin because it is of little value and easy to know since they are all legal with no need for the contractant except in few instances .

The subject covers all the choices tackled by authors either in separate chapters or scattered among the rules of sale (the largest and most important of contracts which attract its general rules).I excluded the choices pertaining to personal status (marriage, divorce, etc.,) i.e., those unrelated to money and material transactions, whether limited to the choices of (marriage) or known in (the chapter of money) such as the choice of defect but in application acquired another nature regarding the kind of defect and the open choices by separation and the like which is contrary to the choice based on execution or restitution upon the will of the person who has the power of choice . It is obvious that these excluded choices are mostly related to slavery and its enforcement(illegality) as it is internationally condemned and banned with no prospect for revival.

mercy to all people . Although the theories of FIQH still need illustration after being thwarted by the unawareness of followers and thus were deprived of practical application and remained imprisoned in the books (of tradition) as a result of neglecting their editing and the improvement of the style to make the Islamic FIQH , the embodiment of the Sharia , suitable to satisfy the requirements of all ages and responding to the needs of the generations accustomed to gain the fruits of sciences and arts with less effort .

In the representation of the rules and attitudes of various doctrines I did not resort to present differences as fragmented additions to doctrines but I tended to deduce tendencies and opinions around which the disagreement centered and made mention of the doctrines added to such attitudes wherever possible and practical to avoid repetition of mentioning issues and branches .

I also gave full attention to be magnanimous with arguments and proofs in the books of doctrines or the books of comparative FIQH and difference because the true FIQH is that supported with proofs and sources of deduction . Otherwise the mention of issues bare from arguments would mean a restriction of the intellect and the adoption of the heritage of our ancestors without considering the motives or the causes which made them adopt such doctrines. The lack of proof in FIQH references is not a justification to deprive a rule of mention and study specially when we know that the published classifications were mainly among those full of issues without proofs .

these two extremes , I chose a medium approach by giving attention to the tendencies of FIQH doctrines without being obliged to mention all details as the differences are manifest enough. This approach was stipulated by the repetition and similarity (specially between Shafee and Hanbali Doctrines, between the Hanafi and Zaidi Doctrines and between the Imami Doctrine and both Hanafi and Shafee Doctrines) to the extent that the first three doctrines would satisfy the researcher with respect to the origin of all doctrines.

There is another motive for the adoption of this medium approach , i.e., the obscurity of certain rules in a doctrine while these rules may be given due care in another doctrine and thus the researcher is saved the trouble of useless endeavors .

The reader of this treatise will trace the opinion of the four recorded doctrines which were adopted through the ages and covered all aspects and fields with almost the same origin and tendencies. These are (Hanafi, Maliki, Shafee and Hanbali) in addition to the other four doctrines which recorded and followed (the Imami, Zaidi, Abadhi and Zahiri) along with a choice of the guidance of the worthy ancestors whose doctrines did not gain full and authentic recording or their books and followers became extinct while their opinion remained scattered in the books of difference or the elaborations of recorded doctrines for the sake of comparative studies .

As regards these elaborations , it is now obvious that FIQH classifications (specially those of encyclopedic nature) have enriched the legal culture and helped to illustrate Sharia' with full manifestation of its suitability as a

The subjective evidences are derived only from the books of the doctrine whenever possible because the followers of a doctrine may quote weak opinions without referring to their weakness or limited ones without mention of the limits, details or differences mostly by omission and sometime deliberately to be able to debate with other doctrines .

I have reviewed texts of comparative FIQH and texts of difference with a view to limit the sides of the issue not to be contented with sectarian FIQH presented by these books . Yet, I found it appropriate to quote these books for the sake of comparison and to deduce the grounds for difference specially the opinion of Ibn Rushd (the grand son) at the beginig of 'Al-Mujtahed' . As for the books of the same doctrine, I have directed my efforts to the authentic references representing the predominance and FATWA with preference to the books abundant with evidence such as texts and analogy. I did my best to convey precepts precisely and honestly far from sectarian bigotry and to draw conclusions on the basis of sound reasoning only. As regards the variety of doctrines, I was attracted to two points :

1. All doctrines spring from the same ground. They are all means to the same end with mutual equivalence and integration .
2. The various doctrine may be of different origins but this did not give rise to difinitive disparity of ruling but the rules were similar in many cases in spite of different tendencies while the first point instigates the content with one or two doctrines, yet , the other calls for the investigations of them all though it may be a difficult undertaking . As a compromise between

Such themes under discussion are deemed to be an attempt for forming the general theory of choices or at least for the purpose of introducing an approach to the said theory the clarification of which may provide the minor choices with ramification and forms which were not taken into consideration by those who have adopted the choices in question .

Furthermore , the purpose of finding out a general theory of choice includes the possibility of creating new choices leading to the performance of functions carried out by the choices already named and known (10)•

Practically there are some cases of the choice categories . Although they are not called accordingly , the potential spirit of the entire choice existing therein is satisfactory as it reflects the thought of the will between the contract's revocation and performance , even though it is coupled with a substitute for such revocation or tandem for the performance .

METHODS , REFERENCES AND SOURCES OF RESEARCH :

For clarification of choices with regard to its legality , provisions and effects , I relied on the books of doctrine and schools of faith themselves . I have never referred to a book of a certain school as a reference for another, save transmitting the statment of its own faith, with the exception of the creed's books contents covering certain mentions and discussions which are under debate among certain schools of faith and doctrines .

(10)

The clarification of this point is not within the plan of this thesis (Dissertation) , but absolutely based on such free time-methods researches, duly comprising personal thoughts and views whenever fresh, and meanwhile subject to a wider scope of exchangeable opinions introduced in the form of booklets and/or essays .

account the viewpoint of choice-verifiers and provers when the choice is under different standpoint and/or controversial, for the purpose of quoting the choice and not confirming its legality which shall be established or non-established according to the preponderance of the relevant proof and evidence .

2. Computation of choices in equal categories of due resemblance in order to realize the similarity and likeness between them in cause and purpose , and whether they are identical and properly conforming with certain provisions. Most of the choice characteristics were taken into account for the said computation which is proved to be objective of an affect clearly shown in the relevant classification. Consequently it differs from classifying choices under one single characteristic, which indicates the statistical aspect where a choice can be diversified through more than one course of origin.
3. Concentrating on the idea of choice in general as separately independent from other choices, besides thoroughly examining and scrutinizing all jurisprudential researches and principles, some of which were included in certain parts of the choices details by the juristic and doctrinal references and such sources of citation, while the other part is generated from the topics and themes of contracts, particularly the 'Sale Contract', properly counting on spirit of generalization and inclusiveness and not the harmonizing computation for which nothing is difficult .

profoundity, ingenuity of profession, besides the relevant verification and investigation as choices are based on a combination of logical proof of intellect, transmission of information, prevailing customs and traditions, i.e., the doctrine, consideration and usage⁽⁸⁾.

Professor Mustafa Al-Zarqa after indicating the plurality of choices stated that modern jurisprudence is currently heading towards expanding the right of revoking the contracts that is necessary in the contingent cases, particularly in the event of breach of contract by either of the contracting parties regarding the implementation of his relevant obligations in time, which is conforming with the spirit of Islamic doctrine⁽⁹⁾.

THE OBJECTIVES OF THE STUDY :

Within my clarification of the important aspect of the subject hereof this particular study is clearly an attempt endeavouring to realize the following objectives:

1. To shed light upon choices in general, specially those left by most of the classifier-canonists or which were not considerably tackled by them. These choices which were thoroughly invaded by the eyesights of writers are not originated from one source, but each of the relevant faith-schools has a certain pertinent view proportionally taking into consideration, a factor which made the school of faith researches indicating choices to the limits established by their schools of faith. However, as for the study hereof it is indiscriminately inviting the question of all choices in general, duly taking into

(8) "General Theory of Revocation" by Dr. Hassan Ali Al-Zanoun, p., 126 .

(9) "General Jurisprudence Approach"(Introduction) by prof., Mustafa Ahmad AL-Zarqa , f/208 .

However, most of the Shari'a writers, i.e., the canonists who currently tackled the issue of choices had curtailedly concentrated on one of the classified three , besides joinder of the same with a few more added . This fact is proved by the Erudite-canonist Sheikh Ahmad Ibrahim Bey in his independent and duly epitomized writing on 'Contracts, Conditions and Choices'⁽⁷⁾ as well as shown in a number of the current writings on the contract theory .

However, under this point I curtailedly indicate the necessity of the choice subject, in general together with the other nominated choices, to an independent research to be published in this respect . As for the details of the positions of the school of faith and the doctrinal complications of choices regarding their consideration and importance, there is no room for the same in this general theory . Moreover, for the purpose of clarifying the importance of this subject , I hereby cite and quote certain extracts and paragraphs from the books and records of researches made by some canonists and jurists , of choices thereof . For example, Dr. Hassan Al-Zanon stated therein the Islamic canonists had indicated that the choice contract apart is one of the most important themes of sale . Consequently they believe it is their area of competition where they found a wider room for quite precise accuracy,

- (7) A research published by him in the magazine of "Law and Economics" in Egypt in the fourth year, Issue No.6, 1353 H, corresponding to 1934 AD. pp., T 712-722, duly conforming with what he wrote thereafter on choices in his book "Al-Mumalat Al-Shariyah Al-Maliya" he wrote on 1936 AD. properly defining the provisions of choices into two categories, taking into account that the three choices are valid within the 'the Condition, the Defect, and the Inspection View' as shown in the contract of sale and others etc. Vide Contract Section, p., 102 which he repeated once again in p., 116 under the title 'Sale', specifically followed by the choices of sale alone . Moreover, he adopted the same manner in his memorandum on "Obligation" .

In spite of the increasing importance of the 'choices' no writing thoroughly independent and comprehensive is published in this respect , nor the complication of its provisions has been aimed at the formation of a pertinent theory or introduction to such a theory on the other hand.

As for the complication of the provisions of the choice , those canonists who wrote on the subject did not go beyond a preamble based on minor researches introducing the wisdom of its legislation , with definition of the term 'choice' in general. Nevertheless, a few of them thoroughly stated in a single place the provisions of inheritance of the three classified choices i.e., 'the condition, the defect and the perceived view' with regard to inter-comparison (in comparison with each other). However, the comparison does mean counting on the general aspects of the issue, besides thoroughly searching the characteristics upon which the said provisions are grounded .

The absorption of choices in the study , particularly other than those three classified ones has not been satisfied even by means of enumeration as the canonists Bin Abdeen who counted out the same did not enumerate more than seventeen choices for the Hanifate School while he stated that they are totalling thirty⁽⁵⁾. Moreover, the writer of "Al-Azhar Book" had only mentioned thirteen choices of Zaidi. The same case is also applicable to the choices of Imamate (the leadership), where the writer of "Al-Lamah", curtailed a part of the Imamate choices and made them fourteen only , which include some opinions not considered by the four school canonists⁽⁶⁾.

(5) "Rad Al-Muhtar Book" 4/45-46 .

(6) "Al-Rawdah Al-Bahiya, Sharh Al-Lama' Al-Dimishqiah" 1/322 and "Al-Taj Al-Muzahab" 2/390, as well as " Al-Munttaza' Al-Mukhtar-Sharh'Al-Azhar" 3/85, and "Al-Bahr Al-Zakhar Al-Gami Limazaheb Olama Al-Amsar" by Al-Mahdi, 3/85-89 .

make the contracting party ,i.e., the party concluding the contract , slendering, hesitant and undecided to carry on the relevant exchange, unless he cautiously proceeds into the issue , thoroughly reviewing the same and consulting an honest advisor (in a manner seizing the opportunity made available), but this shall not be concluded and finalized , save upon choice where the period of contracting or chaffering and bargaining for the method confirming the fitness of the object with the relevant need or realizing the equilibrium point between the exchanged and the exchanging apart from what shall be discovered under the subsequent contracting contingencies that may rockingly shake the confidence and faith upon which the contract is grounded , affect the nature of the assumed safety or prejudice the stipulated desires . All such preclusive obstacles are neither in the interest of either party to strike at the very roots of the contract with a positive nullification nor to leave the contract quite sound for the defaulter to pleasantly apply what is beneficial to him while it is inevitable burden for the other contracting party. Therefore nothing is left , save describing the contract as unmandatory for the purpose of granting the party whose will is affected a 'choice', under which he may invoke or revoke the contract. However, this is the best solution for being free from many of the binding restrictions stipulated in other forms , such as nullification, invalidity or discontinuation .

Many flexible subject-materials are available in choices for restrictions of the contractual will, abundance of which (that grumbled over by some of the doctrine writers, i.e., canonists and jurists) are proved to be a fruitful soil for reviving its practical side in order to pave the way for generating new choices properly superseding the current alternatives of dealing forms which are not free of legal defects.

regarding its stiff nature , and for the purpose of stirring and shaking up its original purport which includes no importance of the contractual considerations and contingent circumstances.

In view of the Islamic doctrine schools , we may find out that they have preferred either of the two sides rather chosen to the extent of having their pertinent trends and branches almost characterized with the colour of the same. Nevertheless, the mean-trend is prospective ; and for the purpose of its realization , the legislative attempts , together with the stands of the preponderance and choice have all relinquished the open advocacy of either of the two controversial trends , and consequently concentrated on narrowing the point of dissension by a certain proportion taken from either of them so that the heat of this trend is affected by the hail of the other , under which the mean-trend would be realized , which is quite new , duly attracting every good of either side and meanwhile reducing the burden of their faults.

Consequently the new researches have been activated in various branches of the contract theory, such as the relevant terms, the revocation , the suspended contract and abrogation (cancellation) which are not of minor importance than the two kinds of choices,i.e., the administrative choice as duly established and confirmed under stipulation , and the constructive choice of which the legislator shall interfere to establish and confirm , while it is sufficient for the contractor just to be in possession of the requirements of its demand .

The development of means of living, together with the variation of commodities and their complication in form and contents , besides being exposed to such unknown potential defects, in addition to the diffusion of falsification and fraud , all of which would

of the contract in its general essence and purport concentrates on the positive side while aiming at increasing the obligatory power of the contract, save the contract's combination whether under a conditional or optional clause which will have effect on the prerogative state of the contract regarding its process in the course of binding and obligation , duly defined by the legislator in the event of prerogative state . But the type of reservation differs from conditions to choices , as the conditions in connection to choices , as the conditions in connection with the contract aim at amending its necessity and purport by creating a requirement of a further benefit to the contracting party , while the choices reservation denotes the question of restricting the contract's necessity , besides freezing its effectiveness for a reason originally created pursuant to contracting party's will concerning the existence of choice stipulation in the contract , or by reason of emergency in the event of anything appears in the contracted item necessitating the existence of a choice , as defined by the legislator , for the purpose of settling proper weakness affecting either side of the contracting parties.

To precisely indicate the importance of the choice theory in the area of dealings , we must refer to the fact that there are two juristic trends governing the contractual will- power which are as follows:

THE FIRST TREND denotes the dominant ruling of the contract which does not leave any extent for amending the effects of the contract or limiting its power , following the expression of the contracting parties with regarding the issue of affirmative - offer, acceptance and agreement on the creation of juristic action.

THE SECOND TREND permits the intervention for making the obduracy of the contract flexible

Choices shall shift the contract from irrevocably , i.e., (mandatory state in Islamic doctrine expression) to indecision, i.e., hesitancy (unmandatory or permissibility). The said shift of contract is sometimes made directly under the legislator's judgment and sometimes it requires a prior reservation of the contractor by including a condition whether precluding and denying the contract's irrevocability or securing more than its original requirement . In the event of a prerogative clause, it depends on the contractor's will who may conscientiously fear his immediate improvised opinion , then he may linger to review his opinion and hold consultation prior to conclusion of contract.

IMPORTANCE OF CHOICES SUBJECTS :

The cause of my inspiration to select this subject is its great importance in legislation and the serious pressing time-need necessitating the same due to its characteristics of intention (purpose) between the rigour (severity) and the tenderness , as well as the intermediation between the improvization and tarrying state (lingering) clearly identified under the fact that the financial dealings which are the sinews of the life and the axis of the economy are based on the contract-theory , which proved to be its vertebral column in the area of juristic (doctrine) and law studies. However, the importance secured by the same, together with adequate care and attention properly paved the way and spaciouly gave room to certain branches of the same to develop and surpass in a significant manner to the extent it is almost of more importance. For instance, the following subjects may justify this fact, i.e., "the power of will, the contractual stipulations , besides the suspended contract and the revocation issue (termination of contract) etc.,. Moreover, the scope of the issue is still open to further branches such as this subject ; but the theory

individuals for exchange purposes and for such similar objectives in order to secure the living needs of mankind within a peaceful social life .

The contracts such as those of sale, lease and / or partnership etc., are intent to have an immediate binding power which is deemed to be an implied undertaking to abide by the contract provisions and meet its obligations (4) pursuant to the following glorious and unique revelation (verse): " O ye who believe ! fulfil your undertakings " (Contracts) ; and the further revelation supporting the same, with clarification of the reward, i.e., " And keep the covenant. Lo ! of the covenant it will be asked The revelation which makes it as one of the elements of success: " And who are shepherds of their pledge and their covenant ". The purport and intendment of these revelations is that the contract is binding on the contractor (the contracting party), to the extent that he shall have no power to withdraw or be released therefrom . Even if it constitutes a burden and a real loss for him , he shall not revoke his covenants or breach their relevant provisions .

Here exists the place of choices which are considered to be a branch of the general contract theory . The choice means empowering the contractor in specific circumstances to revoke the contract or go back on his contractual obligations . In other words , it denotes certain cases , duly established by the relevant stipulation or by the authorization of the legislator which may make the contractor's will as a provision for the continuation of the contract or for the withdrawal therefrom . No other theory shall substitute the choice in realization of its virtues and characteristics as we shall observe this fact when comparing the same with such theories .

(4) Surahs of Al-Ma'idah /1, Al-Isra' /36 and Al-Muminun /8 .

secure a proper judgement and rendition of determination regarding any disputes and litigations arising among its individuals and groups (2) .

The branches of the said composed and harmonious division are as follows :

1. Worships .
2. Family provisions (Personal status) .
3. Financial dealings .
4. The provisions of greater Imamite (the greater leadership)i.e., the power provisions, which comprise the new term denoting the constitutional and administrative rights.
5. The provision of striving ,i.e., 'Al-Jihad' (Holy War), currently called international rights .
6. Penalties, comprehensively covering doctrinal limits, defamation and parity of punishment.
7. Pleadings and arguments thoroughly covering cases and actions at law, together with the methods of proof, litigation and courts in general⁽³⁾.

If we consider the said division as emerging base for the purpose of touching the ground of the said research, we could realize that it derives from the financial dealings group which is a sustaining element of all contracts, assignments and acts made by

(2) For the first objective : His word Almighty Allah is "Whosoever doth right , whether male or female , and is a believer, him verily we shall quicken with good life". And for the second objective: His word Almighty Allah is "But nay, by thy Lord , they will not believe (in truth) until they make thee judge of what is in dispute between them" . Al-Nahl/97 and Women/65 .

(3) The victorious selections in Islamic Doctrine History (Shari'a Islamiyyah), p.25, "General Approach of Islamic Canon Law" by prof., Mustafa Al-Zarqa p.,2 . "Encyclopedia of Islamic Canon Law", published by the Higher Council of Islamic Affairs, 1/42 .

**IN THE NAME OF ALLAH
THE BENEFICIENT, THE MERCIFUL .**

I N T R O D U C T I O N

**THESIS , ITS SIGNIFICANCE, OBJECTIVES, RESEARCH
METHODS AND PLAN :**

Praise be to almighty Allah indeed and peace be upon His Messenger Mohammad the Seal of His Prophets. Mercy and blessing be upon the members of the Prophet's House hold with contentment to his companions and those who followed them in good , and good reward to the deligent leaders of Islam.

TOPIC OF THE THESIS :

In order to be well acquainted with the concept of the thesis' topic and thoroughly understand its subject, we have to remind you of the composed and harmonious division of Islamic Canon Law, as known and identified by the canonists which was harmoniously divided⁽¹⁾ into seven categories after limitation of the provisions of the religion, and Islamic doctrine to the practical side alone, without taking into account the belief and moral sides. This division, as properly indicated hereunder shall comprise the entire practical affairs of life, thoroughly meeting the needs of mankind everywhere and assuring the validity of Islamic Canon Law to realize the ideal society first, then to

- (1) The purpose of the composed and harmonical division is to add every similar and equal counter-part item together , denotion of which hereof is the chapters of Islamic Canon Law (FIQH) and its ramified questions together with the reasons of abiding by the same are all due to the divisions of Islamic Canon Law in different terms and workings .

CHOICE AND ITS EFFECT ON CONTRACTS

**INTRODUCTION TO THE CHOICE THEORY
AND A JURISPRUDENCIAL STUDY**

COMPARING 33 CHOICE PROVISIONS

BY

DR. ABDUL SATTAR ABU GHUDDAH,

OPTIONS

**CHOICE AND ITS EFFECT ON CONTRACTS
INTRODUCTION TO THE CHOICE THEORY
AND A JURISPRUDENCIAL STUDY
COMPARING 33 CHOICE PROVISIONS**

BY

DR. ABDUL SATTAR ABU GHUDDAH

فهرس الجزاين (الاول والثاني) ييدا من صفحه (٨٠٩)