

خيار الشرط في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

إعداد

د/ علي أحمد مرعي (٠)

أتناول في هذا المبحث أهم المسائل المتعلقة بهذا الخيار، وأوجز هذا في ثمانية مطالب علة النحو التالي:

المطلب الأول: معنى خيار الشرط.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في مشروعية هذا الخيار.

المطلب الثالث: متى يعمل شرعاً بهذا الخيار.

المطلب الرابع: العقود التي يدخلها هذا الخيار.

المطلب الخامس: من يشب له هذا الخيار.

المطلب السادس: مدة هذا الخيار.

المطلب السابع: أهم ما ينتهي به هذا الخيار.

المطلب الثامن: أثر هذا الخيار.

المطلب الأول

معنى خيار الشرط:

الشرط سبب والخيار مسبب فهو من إضافة المسبب إلى السبب على حقيقة الإضافة (١).

ومن الفقهاء من يعبر عن (٢) ذلك بشرط الخيار كالنووي والرملي من الشافعية وصاحب المختصر من المالكية وصاحب المحيط البرهاني من الحنفية.

ويقصد بخيار الشرط أو شرط الخيار أن يشترط العاقدان أو أحدهما مدة يتروى فيها بين إمضاء العقد أو فسخه في أثناء هذه المدة.

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في مشروعية خيار الشرط:

اتفق الفقهاء على أن خيار الشرط يخالف القاعدة العامة لعقود المعاوضات لأن الأصل في هذه العقود هو اللزوم.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في مشروعية خيار الشرط على الوجه الآتي:

ذهب الجمهور ومنهم الأئمة الأربعة والشيعة الزيدية والإمامية إلى مشروعية خيار الشرط (٣).

(١) حاشية البيجرمي على شرح المنهج ج ٢ ص ٢٥٢، وفقح القدير ج ٥ ص ١١٠.

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٢ وما بعدها، الشرح الكبير على مختصر خليل ج ٣ ص ٩١، المحيط البرهاني كتاب البيع ص ٧٦٦.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨، والبحر الزخار ج ٣ ص ٣٤٧ المختصر النافع ص ١٤٥.

وذهب ابن حزم إلى أن من يقول حين يبيع أو يتباع لأخلاصة فله الخيار ثلاث لبال بما فيها من الأيام إن شاء رد البيع وإن شاء أمضاء فإن قال لفظاً غير لأخلاصة لم يثبت له الخيار المعمول لمن قالها ولو شرط الخيار العاقدين أو لأحدهما ولو ساعة بطل العقد (١).

وذهب الثوري وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر إلى أن خيار الشرط غير مشروع (٢).

أستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾

ووجه الدلالة من الآية ما سبق في خيار المجلس

وأما السنة فمنها ما وراه الشيخان بسندهما عن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - قال ذكر رجل لرسول الله - ﷺ - إنه يخدع في البيوع فقال له الرسول عليه السلام من باع فقل لا خلاصة أي لا غش ولا خديعة (٣).

والحديث وإن لم يصرح فيه بشرط الخيار إلا أن لفظ لا خلاص أشتهر في الشرع لاشتراط الخيار ثلاثة (٤):

وعن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - أن منقداً سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان إذا باع يخدع في البيوع فقال له رسول الله - ﷺ - بايع وقل لا خلاصة ثم أتت بالخيار ثلاثاً رواه الحميدي في مسنده فقال حدينا سفيان عن محمد ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر فذكر الحديث وأخرجه البخاري

(١) المحلي ج ٨ ص ٤٠٩، ١٤٠، ٤٧٠.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨.

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٨٢، ونقل أن الرجل حبان بن منقذ.

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٣، المجموع ج ٩ ص ٣٠٧.

في تاريخه والحاكم في مستدركه والحديث ظاهر في جواز البيع بشرط الخيار إلى ثلاث وفي هذا دليل على مشروعية خيار الشرط. وقد يقال إن في إسناده محمد ابن إسحاق ونقول ما قاله الإمام النووي «والأكثر وثقوه وإنما عابوا عليه التديس والمدلس إذا قال حدثني أو أخبرني وأسمنت ونحوها من الألفاظ المصروفة بالسمع احتج به عند الجماهير وهو مذهب البخاري ومسلم وسائر المحدثين» (١).

وقد روى الإمام النووي عن يونس بن بكير قال «حدثنا محمد بن إسحاق قال حدثني نافع عن ابن عمر قال سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلى رسول الله - ﷺ - أنه لا يزال يغيب في البيع فقال رسول الله - ﷺ - إذا بايعت فقل لا خلاص ثم أتت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإذا رضيت فأمسك وإن شئت فاردد» (٢).

وأما المعقول فلأن الخيار شرط تراضي عليه العاقدان في ثبوته مصلحة لهما ولم يرد بتحريمه فكان مشروعاً.

وقد نقل الإمام النووي الإجماع على مشروعية خيار الشروط ولعل هذا كان قبل وجود المحالف وعلى هذا فلا عبرة لمن خالف لأنه خلاف ما انعقد عليه الإجماع (٣).

واستدل ابن حزم (٤) على ثبوت الخيار لمن قال لا خلاص بقوله - ﷺ - لمنقذ بن حبان بع وقل لا خلاص ثم أتت بالخيار ثلاثاً من بيعك.

وجه الدلالة أن الرسول - ﷺ - أنبت الخيار للعاقد مرتباً

(١) المجموع ج ٩ ص ٢٠١.

(٢) المرجع السابق ج ٩ ص ٢٠٢.

(٣) المرجع السابق ج ٩ ص ٢٠٤.

(٤) المحطلي ص ٤٠٩.

على قول العاقد حين العقد لا خلاص وأستدل على عدم ثبوت الخيار إذا لم يقل العاقد لا خلاص بأن الرسول - ﷺ - إذا أمر في الديانة بأمر ونصر فيه بلفظ ما لم يجز تعدى هذا اللفظ إلى غيره ما دام المكلف قادراً عليه إلا بنص آخر لأنه - ﷺ - في هذا الحال يكون قد حد حداً فلا يحل تعديه.

وأستدل ابن حزم على بطلان البيع الذي شرط فيه خيار بأنه لم يقم دليلاً على صحة هذا البيع فيكون غير مشروع.

واستدل ابن حزم على ثبوت الخيار لمن قال لا خلاص مسلم ولكن نمنع خصوصية هذا اللفظ لثبوت الخيار بل يثبت بكل لفظ يدل عليه كما لو قال البائع للمشتري أعطيتك هذا الشيء بألف فيقول قبلت على هذا فإن العقد يصح ويكون بيعاً وإن لم يصرح فيه بلفظ البيع.

وأما عدم وجدان ابن حزم دليلاً على مشروعية البيع بشرط الخيار فليس دليلاً على عدم وجود دليل المشروعية، بل هو موجود وقد تقدم في أدلة المذهب الأول ما يثبت هذا.

واستدل (١) من قال ان خيار الشرط غير مشروع بالسنة والمعقول. أما السنة فما رواه مسلم بسنده عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الحضاة وعن بيع الغرر (٢).

وجه الدلالة أن الرسول نهى عن بيع الغرر والنهي حقيقة في التحريم حيث لا صارف وهو يدل على فساد المنهى عنه. والبيع بشرط الخيار يشتمل على الغرر لأن مصير العقد مجهول لا يدري

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨.

(٢) سبيل السلام ج ٢ ص ١٥.

أبوءول إلى اللزوم أم إلى الفسخ، وإذا كان ذلك كذلك كان البيع بشرط الخيار منهيًا عنه فاسداً. ويناقش هذا الاستدلال بأن شرط الخيار لا يشتمل على غرر ما دامت مدة الخيار معلومة ولو سلم فحديث النهي عن بيع الغرر مخصوص بحديث ثبوت الخيار.

وأما المعقول فلأن الأصل في البيع ونحوه من عقود المعاوضات هو اللزوم وشرط الخيار ينافي هذا الأصل فيكون غير مشروع (١).

ويناقش هذا بأنه لا خلاف في أن شرط الخيار على خلاف الأصل لكن قام الدليل على مشروعيته فيجب العمل بمقتضى الدليل.

حكمة مشروعية هذا الخيار:

ليس كل واحد يحسن البيع والشراء ونحوهما وقد يكون العقد غير مشتمل على غبن وخديعة ومع هذا تظهر رغبة العاقدين أو أحدهما في الرجوع عن العقد ولكي لا يلزم المرء بعقد هو عليه نادماً منح الشارع للعاقدين بموجب شرط الخيار وفي خلال المدة المشروطة فرصة للنزوي الحاجة إلى ذلك.

المطلب الثالث

متى يعمل بخيار الشرط:

لا يعمل بخيار الشرط إلا إذا شرطه العاقدان أو أحدهما لأنه لا يثبت إلا بالشرط ولا يخلو حال من شرط الخيار إما أن يشرطه قبل العقد أو في صلبه أو بعده.

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨.

وقد اتفق الفقهاء على أن خيار الشرط لا يثبت قبل العقد لعدم وجود ما تقضية كما اتفق القائلون بشروعية الخيار على أنه يثبت لمن شرطه إذا فص على شرطه في صلب (١) العقد واختلفوا فيما إذا وقع العقد على البت هل يجوز للعاقدين أو أحدهما أن يلحق بالعقد خيار الشرط بعد ذلك.

فذهب (٢) الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا وقع العقد على البت لم يجز للعاقدين أن يشرط خياراً بعد هذا.

وذهب الحنفية (٣) إلى جواز هذا ووافقهم القاسية وكذا المالكية (٤) بشرط أن ينقد المشتري الثمن للبائع عندهم.

استدل الشافعية ومن وافقهم بأن العقد قد انعقد صحيحاً لازماً بحكم الشرع فلا يصير جائزاً بعد ذلك بقول العاقدين أو أحدهما لما في هذا من التناهي (٥).

(١) ومثل هذا شرط الخيار في مجلس العقد خلافاً للشافعية في وجه مرجوع صححه المتولى منه ومقتضاه أن الخيار لا يثبت إلا إذا نص على شرطه في صلب العقد فإن شرط بعد ذلك ولو في مجلس العقد فلا يثبت راجع المجموع ج ٩ ص ٢٠٩ و ص ٤١٨.

(٢) حاشية البجيرمي على شرح النهج ج ٢ ص ٢٦٣، المغنى ج ٣ ص ٥٧٩.

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١١١، المحيط البرهاني كتاب البيع ص ٧٦٦، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٤٨.

(٤) والخيار عندهم في هذه الحالة بمنزلة بيع مستأنف البائع فيه هو المشتري في العقد الأول والمشتري هو البائع وعلى هذا يكون ضمان المبيع في مدة الخيار من البائع عنده وإنما اشترطوا نقد الثمن لأنه إذا وقع البيع على البت فقد تقرر الثمن على المشتري وبشرط الخيار يكون ضمان المبيع من المشتري في العقد السابق فلو لم ينقد البائع الثمن للمشتري لأدى هذا إلى فسخ ما في الذمة في معين يتأخر قبضه وهذا لا يجوز راجع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٩٣.

(٥) المغنى ج ٣ ص ٥٨٠.

واختلف الحنفية في الإبراء والوقف فرأى بعضهم إنه إذا قال قائل أبرأتك على أني بالخيار جاز وثبت الخيار ورأى آخرون أن الخيار في مثل هذا باطل.

أما الوقف فإن كان الموقوف مسجداً فلا يصح شرط الخيار فإن شرطه الواقف صح الوقف وبطل الخيار وإن كان غير مسجد فذهب أبو يوسف إلى أنه يصح شرط الخيار فيه وعند محمد لا يصح وبحث العلامة ابن عابدين ثبوت شرط الخيار للمرأة في الطلاق على مال لأنه معاوضة من جانبها فكان في معنى الخلع على مال.

ولا يصح شرط الخيار عند الحنفية في غير ما ذكر كالنكاح والصرف والسلم والهبة والوصية وغيرها (١).

وعند الشافعية يصح شرط الخيار في العقود اللازمة الواردة على العين التي لا يشترط فيها تسليم البدلين أو أحدهما في مجلس العقد.

فيصح شرطه في البيع وصلاح المعاوضة والقسمة إن كان فيها رد وإلا فإن كانت قسمه إجبار فلا خيار فيها خلافاً لما نقله النووي عن المتولى من صحة شرط الخيار فيها للطالب في أحد وجهين على القول بأنها بيع، وإن جرت القسمة بالتراضي فعلى القول بأنها إفراز لا يثبت فيها خيار الشرط وكذا على القول بأنها بيع في الأصح، ويصح شرط الخيار أيضاً في الإقالة على القول بأنها

(١) رد المحتار ج ٤ ص ٥٠. البحر الرائق ج ٦ ص ٤.

ومن الحنفية من قصر جواز الخيار على أربعة عقود لا غير هي البيع والإجارة والقسمة والصلح م دعوى المال على شيء بعينه، ومنهم من زادها إلى ثمانية الأربعة السابقة والكفالة والخلع والعق على مال والصلح عن مال بعينه راجع خزنة الفقه باب الخيار وجامع الفصولين ج ٢ ص ٣٢٩.

واستدل الحنفية (١) بقياس ما بعد العقد على وقت العقد فكما يجوز للعاقدة شرط الخيار في العقد يجوز له هذا بعد العقد لأن حقيقة الشرط في الحالين لا تختلف. ويناقش هذا بأنه قياس مع الفرق لأن العقد وقت التعاقد غير لازم فجاز فيه شرط الخيار بخلاف ما بعد العقد فإنه قد صار لازماً فلا ينقلب جائزاً.

المطلب الرابع

العقود التي يدخلها خيار الشرط:

اتفق الفقهاء الذاهبون إلى مشروعية خيار الشرط على أن هذا الخيار يدخل عقود المعاوضات اللازمة التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما في مجلس العقد على خلاف بين هؤلاء في الفروع.

ف عند الحنفية يصح شرط الخيار في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ وهي البيع والقسمة والصلح عن مال والكتابة والرهن إذا شرط الخيار فيه للراهن ولا يجوز شرطة للمرتهن لأن له تقض الرهن متى شاء بلا خيار فلا معنى لثبوت الخيار له. ويصح شرط الخيار أيضاً في الخلع والعنق على مال إذا شرط للمرأة أو العبد ولا يصح شرطه للزوج أو السيد لأن العقد بالنسبة لهما لا يحتل النسخ لكونه في معنى اليمين، ويصح شرط الخيار في الكفالة للمكفول له أو للكفيل وكذا الحوالة إن شرط للمحتال أو المحال عليه وفي تسليم الشفعة بعد الطليين وفي الإجارة والمزارعة والمساةة وفي الإقالة بناء على أنها بيع.

(١) المحيط البرهاني كتاب البيع ص ٧٦٦.

بيع ويصح شرط الخيار في الهبة بعوض في وجه لأنها بيع ومن الشافعية من يرى عدم ثبوت خيار الشرط في تلك الهبة لأنها وإن كانت عقد معاوضة إلا أنها ليست بيعاً والخيار إنما ورد في البيع وهذا هو الأوضح عندهم على ما حكاه المجموع.

أما العقود اللازمة الواردة على العين التي يشترط فيها قبض البدلين أو أحدهما في مجلس العقد فلا يجوز شرط الخيار فيها كالصرف وبيع الربوي بجنسه والسلم لأنه لو جاز لجاز تفرق العاقدين قبل تمام العقد وهذا لا يجوز في تلك العقود.

أما العقود اللازمة الواردة على المنفعة كالنكاح والإجارة وكذا المسافة والمسابقة على القول باللزوم فلا يثبت فيها خيار الشرط على المعتمد.

ولا يثبت هذا الخيار في غير ما ذكر كالعقود الجائزة من الطرفين من وكالة وشركة ووديعة وعارية وقراض وجعالة ونحوها وكذا العقود الجائزة في حق أحد الطرفين كالضمان والرهن والكتابة (١).

واستدل الشافعية على جواز الخيار فيما ذكروه بأنه بيع أو في معنى البيع.

واستدلوا على عدم الجواز فيما ذكروه بأنه ليس بيعاً ولا في معنى البيع ثم إنه إن كان التصرف جائزاً، ولو في حق العاقدين كان متمكناً من فسخه في أي وقت فلا معنى لثبوت الخيار.

(١) المجموع ٩ ج ٢٠٦، ص ١٨٦، ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٥، ٨٧ هذا وعندهم في الإجارة ثلاثة آراء. يثبت مطلقاً، لا يثبت مطلقاً، يثبت في إجارة الذمة ولا يثبت في إجارة العين، وصحح الأكثرون الثاني.

وعند الحنابلة يثبت خيار الشرط في العقود اللازمة التي يقصد منها المعاوضة بشرط ألا يتوقف صحتها على قبض البدلين أو أحدهما في مجلس العقد.

فيصح شرط الخيار في البيع والصلح بمعنى البيع والإجارة في الذمة والهبة بعوض في رواية وإجارة العين عند بعضهم والراجع عندهم أنه لا يثبت فيها خيار الشرط.

ولا يثبت خيار الشرط عند الحنابلة في غير ما ذكر من العقود كالشفعة لشبهها بالفسخ.

ولا يصح شرط الخيار فيما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم وبيع الطعام بالطعام ولا في العقود اللازمة التي لا يقصد بها العوض كالنكاح والخلع والوقف والهبة على القول بأنها لازمة ولا يجوز خيار الشرط أيضاً في العقود الجائزة من الطرفين أو أحدهما كالشركة والوكالة والقراض والجعالة والوصية والوديعة والرهن والضمان، والضمان ولا يجوز الخيار في العقود المترددة بين الجواز واللزوم كالمزارعة والمساناة على القول بالجواز فيهما أما على القول باللزوم ففي جواز الخيار وجهان وإن قلنا السبق والرمي جعالة فلا خيار وهو ظاهر المذهب وإن قلنا إجارة أخذ حكمها، ولا يثبت خيار الشرط أيضاً في العقود اللازمة التي يستقل بها أحد المتعاقدين كالحوالة والأخذ بالشفعة على المراجع لأن من لا يعتبر رضاه فلا خيار له وإذا لم يثبت الخيار لأحد المتعاقدين لم يثبت للآخر، ويحتمل أن يثبت الخيار

في الحوالة للمحيل وفي الشفعة للشفيع لوجود المعاوضة(١).

المطلب الخامس

من يثبت له خيار الشرط:

اتفق القائلون بمشروعية خيار الشرط على أنه يجوز شرط الخيار لكل واحد من العاقدين ويجوز شرطه لأحدهما دون الآخر ويجوز تفاوت العاقدين في مدة الخيار كأن بتراضياً على شرطة لأحدهما يوماً وللآخر يومين أو ثلاثة لأن الخيار شرع رفاء بالعاقدين فكان الحق فيه لهما(٢).

وأختلفوا في شرط الخيار لغير العاقدين كأن يشترطه العاقدان أو أحدهما لأجنبي عن العقد فذهب الأكثرون ومنهم أبو حنيفة وصاحبه ومالك وأحمد والعترة وكذا الشافعي في أظهر القولين إلى جواز هذا(٣).

وذهب زفر من الحنفية وهو القول الآخر للشافعي إلى أن ذلك لا يجوز.

استدل من ذهب إلى الجواز بأن الحاجة التي دعت إلى شرط الخيار للعاقد قد تدعوه إلى أن يشترط الخيار لغيره لكونه أعرف بالحال منه قال الإمام السرخسي مبنياً وجه وجواز ذلك «لأن جواز اشتراط الخيار هو دفع الغبن وقد يشتري الإنسان شيئاً الإنسان شيئاً وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون

(١) المغني ج ٣ ص ٥٩٤، ٥٩٥.

(٢) المبسوط ج ١٣ ص ٤٧، المجموع ج ٩ ص ٢١٠، المغني ج ٥ ص ٥٨٦.

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١٢٦، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١١، المجموع ج ٩ ص ٢١٠، المغني ج ٣ ص ٥٨٧ البحر الزخار ج ٣ ص ٣٤٨.

مهدياً فيه من قريب أو صديق حتى ينظر إليه(١).

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

ويناقش هذا بأن الأجنبي إن ثبت له الخيار فمن قبيل العاقد فكان ذلك بمثابة من شرط الخيار لنفسه ثم وكل غيره بالتصرف.

والراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه لأن خيار الشرط يعتمد على تراضي العاقدين في الحدود التي لا تتنافى مع ما يثبت من الشرع، ومتى كان المرء كامل الأهلية والولاية، روعى تصحيح تصرفه ما أمكن وهنا قد أمكن تصحيح الشرط فلا يجوز الإلغاء.

وعلى هذا لو شرط العاقدان: أحدهما: الخيار لأجنبي عن العقد جاز ذلك وثبت الخيار إعمالاً للشرط الصحيح.

وهل يثبت الخيار لكل واحد من الأجنبي والعاقد الذي شرط الخيار له أو يختص بثبوت الخيار بالأجنبي.

ذهب أبو حنيفة وصاحبه والحنابلة وكذا الشافعية في وجه نقل تصحيحه عن الروياني منهم إلى أنه إذا شرط العاقد الخيار لغيره ثبت الخيار لكل واحد منهما.

والأصح عند الشافعية أن الخيار في هذه الحالة يثبت للأجنبي دون العاقد.

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بأن شرط العاقد الخيار

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٤٧.

(٢) المهذب ج ٩ ص ٢١٠، شرح الجامع الصغير للعنابي ص ١٢٩.

للأجنبي في معنى شرط العاقد الخيار لنفسه لأنه يجعل الغير نائباً عنه في التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار للعاقد (١).

واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه من أن الخيار يثبت للأجنبي دون العاقد بأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط وهنا قد شرطه العاقد لا لنفسه بل للأجنبي فيثبت الخيار لمن شرط له (٢).

ويناقش هذا بأن شرط العاقد الخيار للأجنبي في معنى شرطه للعاقد.

والراجع ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه لأنه إذا ثبت الخيار للأجنبي من جهة العاقد فلأن يثبت للعاقد أولى (٣).

وعلى هذا إذا شرط العاقد الخيار لأجنبي ثبت الخيار لكل منهما فلكل واحد أن يفسخ العقد أو يميضه فإن أختار الاثنان إمضاء العقد سقط الخيار ولزم العقد وإن أختارا فسخ العقد أتفسخ وسقط الخيار وإن أختار أحدهما الفسخ واختار الآخر الاجازة قدم الفسخ سواء تقدم من يختاره أو تأخر عند الشافعية لأن الفسخ أولى من الاجازة على ما سيأتي في إنتهاء الخيار.

أما عند الحنفية (٤): فإن أختار أحدهما الفسخ والآخر الاجازة فإن كان ذلك على التعاقب أوجب أولهما لسبقه سواء

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٤٧، الفتاوي الهنوية ج ٣ ص ٥٣، شرح الجامع الضمير للعنابي ص ١٢٩.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢١١.

(٣) وعند الشافعية على القول بصحة الخيار للأجنبي وثبوته له دون العاقد إن مات الأجنبي في مدة الخيار فهل يثبت الخيار للعاقد الذي شرطه لأجنبي بموت هذا الأجنبي أو لا؟ اختلف في هذا الشافعية والمعتمد عندهم ثبوته للعاقد في هذه الحال أنظر المجموع ج ٩ ص ٢١٢.

(٤) المبسوط ج ١٣ ص ٤٨.

الفسخ أو الاجازة وإن كان ذلك في وقت واحد فرأيان أحدهما يعتبر تصرف العاقد سواء كان فسخاً أو اجازة لأن جانب العاقد أقوى لتصرفه عن ولاية الملك، والثاني يعتبر تصرف من أختار الفسخ سواء كان العاقد أو الأجنبي لأن الفسخ أقوى من الاجازة (١).

المطلب السادس

مدة الخيار:

اتفق القائلون (٢) بمشروعية خيار للشرط على أنه يصح شرطه إذا كانت المدة معلومة وكانت لا تزيد على ثلاثة أيام وكان البيع مما لا يتسارع إليه الفساد في تلك المدة. وأختلفوا فيما وراء هذا.

فإن كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد كبعض الأطعمة فإن كانت مدة الخيار لا يتطرق الفساد إلى المبيع في مثلها عادة صح شرط الخيار وثبت. وإن كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد في مدة الخيار فقد اختلف الفقهاء.

مذهب الحنفية وكذا الشافعية في وجه مرجوع إلى أن

(١) البدائع ج ٢ ص ٣٣١٢، الأصل ج ٦ ص ١٩ هذا وعند زفر والشافعية على القول بأنه لا يجوز أن يشترط العاقد الخيار لأجنبي إن وقع هذا فالشرط فاسد وهل يفسد العقد ذهب زفر وهو المعتمد عند الشافعية على القول بعدم جواز شرط الخيار لأجنبي إلى أن عقد يفسد ومن الشافعية من يرى أن العقد صحيح والشرط فاسد ويتفرع على هذا وجهان أحدهما يكون العقد لازماً أي لا يثبت الخيار لأنه قد شرط لأجنبي وقد فسد الشرط والثاني البيع صحيح ويثبت الخيار للعاقد لا لأجنبي لأن العاقد بشرطه الخيار قد ثبت له الحق فيه إلا أنه جعله إلى غير فإذا بطل خيار الغير عاد الخيار إلى العاقد.

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ١١٠، نهاية المحتاج ج ٣، المغني ج ٣ ص ٥٨٥، البحر الزمارة ج ٣ ص ٣٤٨، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨.

الشرط صحيح ويثبت الخيار لمن شرطه والأصح عند الشافعية فساد الشرط والعقد(١).

أستدل الحنفية ومن وافقهم بعموم الأدلة المثبتة لمشروعية خيار الشرط حيث أنها لم تفرق بين مبيع وآخر.

وأستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه من فساد الشرط والعقد بأنه إذا كان الفساد غالباً في مدة الخيار كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد فلا يصح ويفسد الشرط ويفسد العقد بفساد الشرط.

ويناقش هذا بأنه قد ثبت مشروعية الخيار فلا يكون مخالفاً، لمقتضى العقد.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من صحة الشرط وثبوت الخيار.

وقد اختلف الحنفية والشافعية على وجه صحة الشرط عندهم فذهب الحنفية إلى أن المشتري مخير بين أن يفسخ البيع أو يقبض المبيع ولا شيء عليه من ثمنه حتى يجيز البيع أو يفسد المبيع وذهب الشافعية على وجه صحة الشرط إلى أن المبيع يباع عند الإشراف على الفساد ويقام ثمنه مقامه.

وأستدل الحنفية بأن في تخيير المشتري بين ما ذكر دفعاً للضرر عن كل من العاقدين.

وأستدل الشافعية بأن في تخيير المشتري بين الفسخ وقبض المبيع في مدة الخيار إجباراً له على اختيار آخر الأمرين وهذا ينافي مقتضى الخيار.

ويناقش هذا بأنه وإن كان الأصل عدم الإيجاب في مدة

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٤٩، فتح القدير ج ٥ ص ١١٢، المجموع ج ٩ ص ٢٠٤.

الخيار إلا أنه جاز هنا للحاجة وهي دفع الضرر عن البائع فإنه إذا إنقرض المشتري بالخيار وفسد المبيع وقت الخيار في يد البائع تحمل البائع تبعه الهلاك عند الشافعية أنفسهم.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية لأن إشراف المبيع على الهلاك مما يقلل الرغبة فيه فينقص ثمنه وفي هذا ضرر بالبائع، وأيضاً، فإن البيع يتطلب إجراءات قد تطول حتى يفسد المبيع. هذا إن كان المبيع مما يظن فساده بسرعة.

أما إن كان لا يخاف عليه الفساد في مدة الخيار كالعقار والدواب والسيارات والحبوب ونحوها فقد اختلفت كلمة الفقهاء.

فذهب (١) أبو حنيفة وزفر وهو المعتمد عند الشافعية وبه قال بعض المالكية إذا كان الخيار للثروي في الثمن إلى أنه لا يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام.

والراجح عند المالكية أنه إذا كان المبيع عقاراً فمدة الخيار ستة وثلاثون يوماً وإن كان رقيقاً فمدة الخيار عشرة أيام وإن كان مثلياً أو عرضاً فمدة الخيار ثلاثة أيام وإن كان المبيع من الخضروات والفواكة ونحوها فإن الخيار فيه ما تدعوا الحاجة إليه مما لا يتغير معه المبيع عادة وإن كان المبيع دابة فقد اختلف المالكية والراجح عندهم أن مدة الخيار في بيع الدواب ثلاثة أيام فيجوز ابتياع الدابة بشرط الخيار ثلاثة أيام سواء اشترط الخيار لأختبار حال الدابة بركوب أو بغيره وسواء كان الركوب داخل البلد أو خارجها إلا أنه إذا شرط اختبار الدابة بالركوب في البلد لا يركبها إلا يوماً واحداً وإن شرط اختبارها بالركوب خارج

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١١٠، المجموع ج ٩ ص ٢٠٤، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٩١-٩٣.

مجهولة وسواء قصرت المدة المعلومة أو طالت وحكى هذا عن ابن شيرمة وأحمد في رواية ضعيفة ونقله ابن رشد قولاً لمالك في الخيار الطلق.

الأدلة:

أستدل أبو حنيفة ومن وافقه بالمنقول والمعقول.

أما المنقول فالحديث السابق في مشروعية الخيار ووجه دلالة الحديث على المدعي أن الرسول ﷺ قد بين مدة الخيار في الحديث وقدرها بالثلاث فلا يزداد عليها.

ويناقش هذا بأن الثلاث من ألفاظ العدد والمعتمد أنه لا حجية لمفهوم العدد كما في قوله تعالى لرسوله عليه السلام ﴿أستغفر لهم أولاً تستغفر لهم أن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم﴾.

ويجاب عن هذا بأن الأقتصار على الثلاث مستفاد هنا من القرينة وهي أن الرسول ﷺ قدر الثلاث للمغبون فلو جاز الأكثر منها لكان أولى بالذكر لأن اشتراطه أحوط في حق المغبون (١).

أما المعقول فلأن خيار الشرط ثبت على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما ورد به النص.

(١) حاشية الشبراملسي ج ٣ ص ٩٦، ٩٧.

البلد فليس له الركوب إلا بربداً (١) أو بربدين مع بقاء الخيار ثلاثة أيام وذهب بعض المالكية إلى أن أمد الخيار في بيع الدابة يختلف باختلاف ما يراد منها فإن كانت الدابة ليس شأنها الركوب فمدة الخيار ثلاثة أيام وإن كان شأنها الركوب فإن شرط الخيار لأجل اختبار الدابة بالركوب في البلد فمدة الخيار يوماً وإن كان الركوب خارج البلد فمدة الخيار ركوب الدابة بربداً أو بربدين.

وذهب (٢) أبو يوسف ومحمد من الحنفية والقاسمية وهو الراجح عند الحنابلة ووجه ضعيف للشافعية إلى أنه يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام ما دامت المدة معلومة.

وذهب بعض الفقهاء (٣) إلى أنه يجوز شرط الخيار سواء أطلق عن التأقت بمدة أو أقت وسواء كانت المدة معلومة أو

(١) البريد أربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال والمشهور أن الميل ألفاً ذراع والصحيح أنه ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، ويقدر البريد يسير نصف يوم بسير الإبل المثقلة بالأحمال على المعتاد ويعتبر اليوم من طلوع الشمس لانه المعتاد للسير غالباً راجع حاشية الدسوقي ج ١ ص ٣٣٢. وقد الذراع عندهم ست وثلاثون إصبعاً على الراجح، والأصبع يساوي ١٩٢٥ سنتي فيكون قدر الذراع = ١٩٢٥ × ٣٦ = ٦٩٣ سنتي، وطول الميل منبي على هذا فعلى القول بأنه ألفاً ذراع = ٢٠٠٠ × ٦٩٣ = ٢٤٢٥٥٠ سنتيمتر ومقدار البريد اثنا عشر ميلاً = ١٢ × ٢٤٢٥٥٠ = ٢٩١٠٦٠٠ سنتي متر ولا يخفي التقدير على القول بأن الميل خمسمائة ذراع وثلاثة آلاف والمعتمد عند الأئمة الثلاثة أن الذراع مقداره أربع وعشرون إصبعاً أي ٤٦٢ سنتيمتر على خلاف بينهم في مقدار الميل بالذراع، والراجح ستة آلاف وفي قول راجح أربعة آلاف ذراع.

انظر الميزان في ص ٦٣ وما بعدها، والخطط التوفيقية ص ١٦ وما بعدها. (٢) فتح القدير ج ٥ ص ١١١، مختصر الطحاوي ص ٧٥، المغني ج ٣ ص ٥٨٥ البحر الزخار ج ٣ ص ٣٤١.

(٣) المغني ج ٣ ص ٥٨٩، بداية المجتهد ج ٣ ص ٢٠٩، هذا وعلى ما ذكره ابن رشد من جواز الخيار المطلق فإن الحاكم يضرب للعاقدين مدة لاختبار المبيع فيها على جرت به العادة في مثل المبيع.

وأستدل المالكية بأن الخيار قد ثبت معللاً بعلة هي الحاجة إلى اختيار المبيع وهذه العلة تتفاوت بتفاوت المبيعات (١) ويناقش هذا بأن ما ذكر لا يصلح علة لأن من شرطها أن يكون وصفاً ظاهراً منضبطاً ولو سلم صحة ما ذكره للعلية فإن الحاجة إلى اختيار المبيع تندفع بمدة الثلاث.

وأستدل الحنابلة ومن وافقهم على أنه يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث ما دامت المدة معلومة بالمنقول والمعقول أما المعقول فما روى عنه - رضي الله عنه - أنه قال «المسلمون (٢) عند شروطهم». وجه الدلالة أن الحديث أفاد الوفاء بالشرط ويدخل في ذلك شرط الخيار سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة.

ويناقش هذا الإستدلال بأنه بعد التسليم بحجتيه فهو عام قد خص بحديث الثلاث.

ومن المنقول ما روى عن عمر - رضي الله تعالى عنه - أنه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين فلو كانت الزيادة على الثلاث ممنوعة ما فعلها عمر (٣).

ويناقش هذا بأنه لو ثبت فغايته أن عمر - رضي الله عنه - أجاز الخيار شهرين ولعل الخيار الذي أجازته عمر كان خيار عيب جمعاً بين ما فعله عمر وبين ما دل عليه الحديث الشريف الذي قدر مدة الخيار بالثلاث. ولو سلم أن الخيار الذي أجازته عمر كان خيار شرط فلعل الحديث لم يبلغ عمر - رضي الله عنه -.

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) المغني ج ٥ ص ٥٨٩ سبل السلام ج ٣ ص ٥٩.

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ٤١.

وأياً ما كان الأمر فغاية ما تقل عن عمر أنه قول صحابي قد عارضه حديث صحيح.

وأما المعقول فلأن شرط الخيار يثبت بتراضي المتعاقدين فيرجع إليهما في تقديره قياساً على تأجيل الثمن.

ويناقش هذا الشارع قد حدد للخيار مده فلا يجوز تعديها ولا يصح القياس على تأجيل القياس الثمن لوجود الفرق فإن البيع مع تأجيل الثمن لازم بخلاف البيع بشرط الخيار ومن المعقول أن ما زاد عن الثلاث في معنى الثلاث لأن حاجة العاقد إلى التروي ودفع الغين قد تقتضي الزيادة على ثلاثة أيام فيصح شرط الخيار في الزائد على لثلاثة كما صح فيها (١).

ويناقش هذا بأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من الثلاث غالباً لأن تلك المدة كافية للتأمل والتدبر في أمر العقد.

وأستدل من قال بصحة شرط الخيار مطلقاً بالحديث السابق في استدلال المذهب الثالث وقد تقدم مناقشة الإستدلال به ويرد على هؤلاء أن الجهل بالمدة يشتمل على عظيم الضرر وقد نهى - رضي الله عنه - عن بيع الضرر وأيضاً فإن المدة إذا كانت طويلة أو شرط الخيار على التأييد أقتضى هذا المنع من التصرف في المبيع في بعض الحالات وهذا ينافي المقصود من عقد البيع.

والراجع ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه لأن شرط الخيار ثبت على خلاف الأصل لأنه لا يخلو عن ضرر لكنه شرع بالنص فيقصر فيه على ما ورد به النص قال العلامة السرخسي في

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٤١، البدائع ج ٧ ص ٣٠٨٤، المجموع ج ٩ ص ٢٠٤ المغني ج ٣ ص ٥٨٦.

توجيه هذا «سبب إشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلاً وهو قياس يسنده الأثر لأنه - عليه السلام - نهى عن بيع الغرر إلا أنه تركنا القياس في مدة الثلاثة لورود الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر» (١).

وعلى هذا لا يصح أن يزيد مدة الخيار عن ثلاثة أيام بما فيها من الليالي فإن زادت عن تلك ولو لحظة كان شرطاً فاسداً وهل يفسد العقد بذلك أولاً.

ذهب (٢) الشافعية وهو طريقة العراقيين من الحنفية إلى أن العقد يفسد وعند الخراسانيين العقد موقوف فإن أجزى قبل مضي الثلاث كان صحيحاً وأن مضي جزء من اليوم الرابع من غير أسقاط للمفسد فسد العقد ولا ينقلب صحيحاً بعد ذلك.

وجه فساد العقد أن الشرط يقابله قسط من الثمن فإذا فسد الشرط وجب رد ما يقابله من الثمن وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد العقد.

وجه من قال أن العقد موقوف أن العقد متى استجمع الأركان والشروط المعتبرة لصحته روعى تصحيحه ما أمكن والتصحيح هنا ممكن بإزالة المفسد وهو الزيادة على الثلاثة فالقول بوقف العقد أولى من القول بفساده لما في الأول من تصحيح للعقد مع إمكانه.

ويناقش هذا بأن من شرط صحة العقد ألا يشترط فيه خيار

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٤١.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٠٤، البحر الرائق ج ٦ ص ٦، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩.

أكثر من ثلاثة أيام لما في ذلك من الجهالة والغرر. والراجح فساد العقد لاقترن المفسد به وعلى هذا إذا شرط في العقد خيار زائد عن ثلاثة أيام كان شرطاً فاسداً ويفسده العقد بفساد الشرط.

وإذا أسقطت الزيادة قبل مضي المدة المشروعة فهل ينقلب العقد صحيحاً أولاً ذهب الشافعية وزفر إلى أنه إذا زادت مدة الخيار على ثلاثة أيام فسد العقد ولا ينقلب صحيحاً بعد هذا (١).

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا أسقط المفسد (٢) قبل مضي الثلاث انقلب العقد صحيحاً.

استدل الشافعية ومن وافقهم بأن الشرط فاسد وقد اقرن بالعقد فيفسده ومتى وقع العقد فاسد ألا ينقلب صحيحاً لأن الباقى على وفق الثبوت فكان كمن تزوج خامسة وتحت أربع ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة النكاح الخامسة.

واستدل أبو حنيفة (٣) على ما ذهب إليه بأن الفساد ليس راجعاً إلى شرط الخيار وإنما الفساد راجع إلى اتصال الخيار بما زاد على الثلاث بها وذلك محتمل الفصل قبل مجيئة فإذا أسقطت الزيادة فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل وقوعه فيصح العقد ويناقش هنا بأن المفسد وهو الزيادة متصل بالعقد لاتصاله بشرط

(١) واستثنى الشافعية من هذا ما إذا أسقطت الزيادة في مجلس العقد على أحد وجهين لأن حكم المجلس حاله العقد والصحيح عندهم أن العقد وقع باطلاً فلا يثبت له خيار المجلس لأنه إنما يثبت للعقد الصحيح وإذا كان ذلك كذلك فلا معنى للاحاق حكم المجلس بحكم حالة العقد لأن حكم المجلس لم يثبت أصلاً راجع المجموع ج ٩ ص ٢٠٨.

(٢) الأصل ج ٦ ص ٣، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٨.

(٣) شرح الجامع الصغير للعتابي باب الخيار.

الخيار فيكون العقد فاسداً لاتصال المفسد به. والراجح ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم لأن البائع إنما رضى بخروج المبيع عن ملكه مقابل الثمن المسمى مع الخيار في استرجاع المبيع زمن الخيار والمشتري إنما رضى ببذل الثمن بشرط ثبوت الخيار له في المدة فلو صححنا العقد لأزلنا ملك كل واحد من العاقدين عن عوضة بغير رضاه وفي هذا إخلال بالرضا وعلى هذا. إذا شرط العاقدان أو أحدهما الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام كان شرطاً فاسداً وفسد به العقد ولا يتقلب صحيحاً بعد ذلك سواء أسقطت الزيادة أم لا.

أما إذا شرط الخيار مدة ثلاثة أيام أو أقل فإن الشرط صحيح ويثبت الخيار لمن شرطه باتفاق القائلين بمشروعية وتبدأ مدة الخيار من وقت انعقاد العقد عند الذين لا يقولون له بمشروعية وتبدأ مدة الخيار من وقت انعقاد العقد عند الذين لا يقولون له بمشروعية خيار المجلس كالحنفية والمالكية أما من ذهب إلى مشروعية خيار المجلس كالشافعية والحنابلة فإنهم اختلفوا في الوقت الذي تبدأ فيه مدة خيار الشرط، والأصح عند هؤلاء، أن مدة الخيار تبدأ من حين العقد (١).

والوجه الثاني أن المدة تبدأ من حين انقطاع خيار المجلس.

دليل الوجه الأول أن الشرط هو سبب ثبوت الخيار فوجب أن يتعقب حكمه لأن الأصل وقوع المسبب عقيب سببه.

ودليل الوجه الثاني أن الخيار ثابت في المجلس بحكم الشرع فلا حاجة إلى إثباته بالشرط.

(١) المجموع ج ٩ ص ٢١٣، المغنى ج ٣ ص ٥٨٨.

ويناقش هذا بأن الخيار الثابت بالمجلس غير الخيار الثابت بالشرط ولا تنافى بين الخيارين فيثبت كل منهما لوجود سببه. والراجح الوجه الأول لأنه لو ثبت خيار الشرط من حين انتهاء خيار المجلس لأدى هذا إلى جهالة المدة التي يثبت فيها خيار الشرط لأن الوقت الذي ينتهى فيه خيار المجلس غير معلوم وعلى هذا إذا شرط الخيار مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام صح الشرط وثبت الخيار وبدأت مدته من وقت انعقاد العقد (١).

وإذا لم تزد مدة الخيار عن ثلاثة أيام وكان مغياً بغاية معلومة كأن يتبايعا نهائياً بشرط الخيار إلى الليل أو إلى وقت غروب الشمس فالشرط صحيح باتفاق القائلين بمشروعية خيار الشرط وهو يدخل ما بعد الغاية فيما قبله في حكم ثبوت الخيار أولاً ذهب الأكثرون ومنهم الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أن ما بعد الغاية لا يدخل فيما قبلها.

وذهب أبو حنيفة إلى أن ما بعد الغاية يدخل فيما قبلها (٢). استدلل الأولون بأنه لو دخل ما بعد الغاية فيما قبلها ما كانت الغاية غاية وهذا باطل وبيان هذا أن الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو قال بعثك من هذه الأرض إلى هذا الحائط لا يدخل الحائط في البيع... إلخ في قوله تعالى ﴿... ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ (٣) فإن الليل غير داخل في الصيام.

(١) وإذا قيد شارط الخيار مدته بانتفاء التفرق من مجلس العقد فسد الشرط للجهالة على الصحيح عند الشافعية والحنابلة وفي وجه شاذ للشافعية ودرواية ضعيفة للحنابلة أن الشرك صحيح ويعمل به، المجموع ج ٩ ص ٢١٤، المغنى ج ٣ ص ٥٨٨.

(٢) المبسوط ج ٣ ص ٢٢.

(٣) سورة البقرة الآية ١٨٧.

الفرع الخامس: زيادة المبيع زمن الخيار.
الفرع السادس: هلاك المبيع في بعض الحالات.

الفرع الأول

١- الاختيار

فإن شرط الخيار لأحد العاقدين فلن له الخيار الحق في أن يفسخ العقد أو بحيزة خلال المدة المضروبة للخيار فإن أختار من له الخيار الفسخ أفسخ العقد وأنتهى الخيار وإن اختار الإجازة لزمت العقد وأنتهى الخيار وإن شرط الخيار لكل من العاقدين فلكل واحد منهما فسخ العقد وامتضاه فإن اختار معاً الفسخ أفسخ العقد وسقط الخيار وأن اختار الامضاء لزم العقد وسقط الخيار، وإن أختار احدهما الفسخ واختار الآخر تقرير العقد أجيب من اختار الفسخ سواء تقدم على صاحبه أو تأخر عنه لأن الفسخ أقوى من الإجازة إذ التصرف المجاز يحتمل الفسخ بخلاف المفسوخ لا تلحقه الإجازة ولأن الخيار قصد به التمكن من الفسخ (١).

وقد اتفق القائلون بمشروعية (٢) خيار الشرط على أن كلا من الفسخ والإجازة يحصل بما تدل عليه من قول كأن يقول من له الخيار أجزت العقد أو أمضيته أو رضيته أو أسقطت الخيار الذي كان لي ونحو هذا من الألفاظ الدالة على تقرير العقد أو يقول من له الخيار فسخت العقد أو رددته أو نقصته أو رجعت فيه أو لا أرضى به وما شابه هذا من الأقوال الدالة على الفسخ.

(١) تحفة الفقهاء ج ٢ ص ٩٣، البدائع ج ٧ ص ٢٣١١، المبسوط ج ٣ ص ٤٢، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٩.
(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٣١١، المجموع ج ٩ ص ٢١٦، البحر الزخار ج ٤ ص ٢٥٠.

واستدل أبو حنيفة بأنه لو خرج حكم ما بعد الغاية عن حكم ما قبلها لخرجت المرافق عن غسل الأيدي في الوضوء في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ (١).

ويناقد (٢) هذا بأن لفظة إلى موضوعة لانتها الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها وهذا هو المعنى الحقيقي لمن قد تستعمل في غير هذا عند وجود قرينة على طريق المجاز ومن ذلك الآية الكريمة.

والراجح ما ذهب إليه الأولون من أن ما بعد الغاية لا يدخل فيما قبلها لأن الأصل لزوم العقد فلا يثبت الخيار إلا في المتيقن ثبوته فيها أما عند الشك في ذلك فيرجع إلى الأصل وعلى هذا إذا تعاقدا نهاراً بشرط الخيار إلى الليل لم يدخل الليل في مدة الخيار وإن تعاقدا اليوم وشرطاً الخيار إلى الغد لا يدخل الغد في وقت الخيار.

المطلب السابع

أهم ما ينتهي به خيار الشرط:

ينتهي خيار الشرط بأشياء نبحت أهمها في سنة أفرع:

الفرع الأول: الاختيار

الفرع الثاني: انتهاء مدة الخيار.

الفرع الثالث: موت صاحب الخيار.

الفرع الرابع: جنون من له الخيار

(١) سورة المائدة الآية ٦.

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٨٩.

البائع ولا اجارة من المشتري ومن هؤلاء الشافعية والحنابلة في وجه مرجوح من المذهبيين.

استدل (١) أصحاب المذهب الأول بقياس الفعل على القول بجامع الدلالة على الفسخ أو الاجارة في كل منهما.

وأستدل (٢) أصحاب الرأي الثاني بأن خيار العيب لا يسقط بمثل ما ذكر من الأفعال فلا يسقط بها خيار الشرط قياساً على خيار العيب.

ويناقش هذا بأن المشتري في خيار العيب إما إن يتصرف في المبيع قبل علمه بالعيب أو بعده فإن كان الأول كان رضى بالعيب وسقط خياره فينبغي أن يكون الحال كذلك في خيار الشرط وان تصرف المشتري في المبيع المعيب غير عالم بالعيب. كان قياس خيار الشرط على خيار العيب قياساً لأن المشتري في خيار الشرط عالم بثبوت الخيار له بخلاف خيار العيب.

وأستدل (٣) أصحاب الرأي الثالث أن الملك قد انتقل من البائع إلى المشتري بالعقد الصحيح فتصرف البائع يكون تصرفاً في ملك غيره من غير إذن ولا ولاية فيكون فاسداً فلا حكم له.

ويناقش هذا بأن حق الفسخ للبائع بمقتضى الخيار وإذا ملك البائع حق الفسخ ملك إسترداد المبيع ولا يخرج الفعل عن كونه استرداداً ثم إنه كان الأمر كما ذكر هؤلاء ما كان لشرط الخيار فائدة بالنسبة للبائع.

وأستدل أصحاب الرأي الرابع بأن العقد قد انعقد بيقين

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٨٠.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢١٦.

(٣) المغنى ج ٣ ص ٥٧١.

وهل يحصل الفسخ والإجازة بفعل من الأفعال التي تشر بهما من غير تلفظ؟ إن كان المقصود من الفعل اختيار حال المبيع كأن يركب الدابة مرة لأختبار حالها في السير أو يلبس الثوب مرة لينظر حاله عليه لم يكن في هذا دليل على الاجازة ولا الفسخ لأن الأمر يحتاج إلى ذلك للتجربة والامتحان.

وإن كان الفعل الذي صدر من العاقد الذي يثبت له الخيار لا يصدر إلا من الملاك في العادة كالبيع والرهن فقد اختلف الفقهاء في وقوع الفسخ أو الاجازة بمثل هذا.

فذهب قوم إلى أن مثل هذا الفعل إن صدر من البائع كان فسحاً وإن صدر من المشتري كان إجازة ومن ذهب إلى هذا الحنفية والمالكية وهو الصحيح عند الشافعية والحنابلة (١).

وذهب البعض إلى أنه إن صدر عن البائع كان فسحاً وإن صدر من المشتري لم يكن اجازة ومن ذهب إلى هذا الشافعية في وجه مرجوح وذهب بعض ثالث إلى أن مثل هذا التصرف لا يعد فسحاً من البائع ويعتبر إمضاء إن وقع من المشتري وهذا رواية ضعيفة عن أحمد (٢).

وذهبت طائفة إلى أن مثل هذا الفعل لا يعتبر فسحاً من

(١) وفي طريقة ضعيفة للمالكية ووجه مرجوح عند الشافعية أن تصرف المشتري لا يدل على رضاه فلا ينتهي به خياره ونقل ابن رجب في تصرف البائع في المبيع زمن الخيار طرقت الأولى لا يكون فسحاً رواية واحدة والثانية أن في المسألة روايتين والثالثة أن تصرفه.

فسخ بغير خلاف الرابعة أن تصرفه بالوطء فسح بلا خلاف وبغيره في اختلاف رجب ابن رجب الطريقة الأولى: راجع المجموع ج ٩ ص ٢١٦ المغنى ج ٣ ص ٥٧٠ حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٠١، قواعد ابن رجب القاعدة ج ٥٥ ص ٩١، ٩٢، البحر الرائق ج ٦ ص ٢٠.

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٧١.

استدل الجمهور (١). بأن ثبوت الخيار حكم مؤقت بوقت معلوم فيفوت بفوات وقته قياساً على سائر المؤقتات.

الفرع الثالث

٣- موت من شرط له الخيار:

إذا مات من شرطه الخيار في مدته فهل ينقطع خياره بالموت أو يبقى ويخلفه وارثه؟
اختلف الفقهاء في هذا.

المالكية والشافعية (٢) إلى أن شرط الخيار للعاقدة لا يسقط بموته بل يخلف الميت وارثه في ذلك.

وذهب الحنفية والحنابلة وهو المذهب عند الزيدية إلى أن الخيار يسقط بموت من هو له.

أستدل المالكية ومن وافقهم بأن الخيار حق مالي فيورث قياساً على سائر الحقوق المالية.

واستدل الحنفية ومن وافقهم بأن الخيار حق شخصي لأنه إرادة ومشيئة فلا يحتمل الانتقال من الميت إلى غيره فلا يورث كالنكاح (٣).

ويناقد هذا بأن الخيار (٤) صفة للعقد وهو عقد مالي فيكون الخيار حقاً مالياً ثم إن الخيار ثبت لإصلاح المال فيكون

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٩١.

(٢) وحكى النووي وجها بسقوط الخيار بالموت ثم قال وهو ضعيف مردود المجموع ج ٩ ص ٢٢٢.

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ٤٣، الأصل ج ٦ ص ٢٨.

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١١.

فلا يرتفع إلا بيقين وذلك إنما يكون بالقول الصريح. ويناقد هذا بأنه موجود في جانب الفعل.

والراجح أن الفسخ والإجازة يحصل كل منهما بالفعل المشعر بهما سواء صدر الفعل من البائع أو من المشتري لأن الفعل يشعر بقصد فاعله وهذا يتضمن الدلالة على الفسخ كما يتضمن الدلالة على الإجازة.

الفرع الثاني

٢- انتهاء مدة الخيار:

إذا مضت المدة المشروطة للخيار ولم يقع ممن شرط له الخيار رد ولا إجازة في أثناء المدة انتهى الخيار ولزم العقد عند أكثر القائلين بمشروعية خيار الشرط (١) ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة سواء كان المبيع بيد البائع أو كان بيد المشتري.

وذهب المالكية إلى أنه إذا مضت المدة من غير فسخ ولا إجازة فإن كان المبيع بيد المشتري انتهى الخيار ولزم العقد وإن كان المبيع بيد البائع انتهى الخيار ولزم البائع أن يرد العقد ومع هذا يفتقر المالكية المدة اليسيرة كالיום واليومين فيجيزون لمن بيده المبيع أن يرده بعد انقضاء زمن الخيار بيوم أو يومين (٢).

(١) البحر الرائق ج ٦ ص ١٩، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٢٩.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٩٥.

مالياً.

والراجع ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم لأن الأصل أن تورث الأموال والحقوق إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق للمال ثم إن في ثبوت الخيار مصلحة للوارث والمورث فإن الضرر والضيق يندفع به.

وعلى هذا إن مات من شرط له الخيار بقي الخيار وقام الوارث مقام المورث فإن كان الوارث واحداً أو أكثر واتقوا على الفسخ أو على الاجازة فالأمر ظاهر وإن تعدد الورثة واختار بعضهم إمضاء عقد مورثهم واختار الآخرون الفسخ فالمعتمد عند القائلين بتوريث خيار الشرط (١).

أنه يغلب جانب الفسخ لأن في تبعيضه ضرراً بالعاقد الآخر لما في هذا من تبعيض الصفقة عليه.

هذا والخيار ينتقل إلى الوارث بطريق الميراث فيقوم الوارث مقام المرث فيما ثبت له من الخيار فإذا مات العاقد الذي شرط له الخيار بعد مضي بعض المدة خلفه الوارث فيما بقي من مدة الخيار إذا علم بالموت قبل انقضاء المدة أما إذا لم يعلم بمورث مورثة (٢) إلا بعد انقضاء مدة الخيار.

فهل يبقى الخيار لأن الوارث معذور بسبب عدم علمه بموت مورثة أو ينتهي الخيار ويلزم بمجرد انقضاء المدة لأن الخيار يثبت بالشرط فثبوته بعد المدة فيه تخلف للمشروط عن شرطه وجهان

(١) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩١، الشرح الكبير للدريدر ج ٣ ص ١٠٣.
(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٢٢.

للشافعية (١).

هذا إذا كان الوارث واحداً أو أكثر ولم يعلم الجميع بالموت أما إذا تعدد الورثة وعلم بعضهم ولم يعلم البعض الآخر ثبت الخيار ان علم فإن فسخ العقد انقسخ وإن أجاز توقف أمر العق إلى أن يعلم الآخرون فإن علموا في أثناء مدة الخيار ووافقوا على الاجازة انتهى الخيار ولزم العقد بالنسبة لهم، وإن رد بعضهم أنقسخ العقد في حق الجميع على المعتمد دفعا للضرر كما تقدم. وإذا انقضت مدة الخيار من غير أن يعلم الباقون بالموت فقيه ما تقدم من الخلاف.

الفرع الرابع

جنون من له الخيار:

إذا جن من شرط له الخيار فهل ينتهي خياره بذلك أولاً ذهب المالكية (٢) والشافعية والحنابلة إلى أن الخيار لا يسقط

(١) وضعف النووي الزجه الثاني وقال أنه شاذ مردود وإن جرينا على الرأي الأول وهو بقاء الخيار فهل يكون خيار الوارث على الفور بحيث لو لم يفسخ بعد مضي مدة يتمكن فيها من الفسخ بعد علمه بالموت سقط الخيار ولزم العقد قياساً على خيار العيب أو يثبت الخيار للوارث في القدر الذي كان قد بقي من المدة بعد الموت لأنه يلزم من انتقال الخيار من المورث إلى الوارث بالموت انتقاله من الزمن الذي شرط فيه إلى غيره فإن كانت مدة الخيار ثلاثة أيام ومات العاقد بعد يوم من ابتداء المدة ولم يعلم الوارث إلا بعد خمسة أيام مثلاً كان للوارث الخيار مدة يومين من وقت العلم بالموت. أو يثبت الخيار للوارث ويبقه ما دام المجلس الذي بلغه فيه الخير أو جه للشافعية أصحابها الأول ونى ترجيح انتهاء الخيار بانتها المدة وإلا ثبت المشروط بدون الشرط راجع المجموع ج ٩ ص ٢٢٣.

(٢) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٠٣، المجموع ج ٩ ص ٢٢١ وما بعدها المعنى ج ٣ ص ٥٦٦.

بالجنون وذهب الحنفية (١) إلى أن الخيار ينتهى بذلك إذا اتصل بالموت.

استدل المالكية ومن وافقهم بأن في اسقاط الخيار بالجنون ضرراً بالعاقد الذى جن لأن المصلحة قد تكون في بقاء الخيار والضرر منهى عنه.

واستدل الحنفية (٢) بأن الخيار مؤقت والمؤقت لا يبقى بعد مضي وقته فإذا استمر الجنون حتى انقضت مدة الخيار انتهى الخيار ولزم العقد.

ويناقش هذا بأنه يرد لو قلنا إن الخيار يبقى بعد فوات المدة لكننا نقول بانتقال الخيار إلى ولى المجنون أو الحاكم في المدة التي كانت باقية.

والراجع أن الخيار لا يسقط بالجنون لأن مال الجنون باق على ملكه وحقوق العقد ترجع إليه، وفي بقاء الخيار مصلحة له. وعلى هذا إذا جن العاقد الذى شرط له الخيار بقى

(١) ويبدو أن المسألة قد اختلف فيها الأحناف. فقد ذكر السمرقندى في التحفة أنه إن أفاق المجنون في مدة الخيار كان على خياره لا مكان الفسخ.

وذكر ابن نجيم في البحر أن التحقيق أن الاعتماد والجنون لا يسقطان الخيار، وإنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار وقال صاحب المحيط البرهاني حاكياً عن غيره أنه أن سكر من له الخيار من بنج بطل خياره. ثم قال صاحب المحيط والصحيح أنه لا يبطل.

وحكى في الفتاوى الهندية بطلان الخيار عن البعض وبقاء الخيار عن سمش الأئمة الحلواني ثم قال وهو الأصح راجع التحفة للسمرقندى ص ٤٩ والبحر الرائق ج ٦ ص ٢٠ والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤٣ والمحيط البرهاني ج ٢ قسم ٧٦٩.

وقد نقل النووي وجهها للشافعية بانقطاع الخيار بالجنون قياساً على الموت ثم قال: قال الروياني ليس بشيء المجموع ج ٩ ص ١٢٥.

(٢) المبسوط ج ١٣ ص ٤٥.

الخيار، وهل يقوم ولى المجنون مقامة سواء كان الولى أبا أو غيره طال الجنون أو قصر أو لآ؟.

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الولى يقوم مقام المجنون (١).

وذهب المالكية (٢) إلى أنه إن علم الجنون يطول بعد زمن الخيار بمدة يتضرر بمثلها العاقد الآخر في العادة نظر السلطان في فعل الأصلح للمجنون وإن علم أن الجنون يزول في مدة الخيار أو بعدها بزمن يسير لا يتضرر بمثله عادة انتظرت إفاقة المجنون.

استدل الشافعية ومن وافقهم بأن في اقامة الولى مقام المجنون رعاية لحق كل من العاقدين ورعاية الحقبن واجبة بغدر الأمكان.

وأستدل المالكية بأن الخيار للعاقد فلا ينتقل إلى غيره ما دامت إفاقته متوقعة.

ويناقش هذا بأن فيه إثباتاً للخيار في غير الوقت الذى شرط فيه وهذا لا يجوز.

والراجع ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم لما فيه من دفع الضرر وجلب المصلحة بالنسبة إلى كل من العاقدين وعلى هذا يقوم الولى مقام العاقد الذى جن فيفعل الاحظ له.

(١) المجموع ج ٩ ص ١٢٥ المغنى ج ٣ ص ٥٩٦.

(٢) الشرح الكبير ج ٣ / ١٠٣.

الفرع الخامس

زيادة المبيع في زمن الخيار:

اتفق القائلون بمشروعية خيار الشرط على أنه إن زاد المبيع في مدة الخيار زيادة منفصلة غير متولدة عنه ولا هي يدل عن جزء فائت أو ما هو في معناه فإن تلك الزيادة لا يسقط بها الخيار ومثال تلك الزيادة الكسب.

واختلفوا بعد هذا فيمن يملك هذه الزيادة.

فذهب الحنابلة (١) والصاحبان من الحنفية إلى أن الزيادة تكون للمشتري سواء تم العقد أو فسخ ووافقهم أبو حنيفة إذا تم البيع أما إن فسخ فالزيادة تكون للبائع.

وذهب المالكية (٢) إلى أنها تكون للبائع ثم البيع أو فسخ.

وذهب الشافعية (٣) إلى التفصيل.

وحاصل مذهبهم أنه إن تم البيع وقلنا الملك للمشتري أو موقوف كانت الزيادة للمشتري وإن تم البيع وقلنا إن الملك في المبيع في مدة الخيار للبائع فوجهان أصحهما أن الزيادة تكون للبائع والثاني تكون للمشتري وإن فسخ البيع فعلى القول بأن الملك في المبيع زمن الخيار للبائع أو موقوف فالزيادة للبائع وعلى القول بأن الملك للمشتري فوجهان أصحهما أن الزيادة تكون للمشتري والثاني للبائع.

أستدل الحنابلة بقوله -عليه السلام- الخراج بالضمان ووجه الدلالة أن المبيع قد دخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح فيكون

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٧٢ البدائع ج ٧ ص ٣٣٩.

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠٣.

(٣) المجموع ج ٩ ص ٢٣١.

الخراج له.

ويناقش هذا بأن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالعقد الصحيح اللازم أما إن كان في العقد خيار فإن المبيع يبقى على ملك البائع لأن الملك لا ينتقل إلا بالرضى وثبوت الخيار ينافيه.

ويجاب عن هذا بأن الأصل وقوع المسبب عقب سببه ولا شك أن العقد سبب الملك فمتى وقع صحيحاً ترتب عليه أثره وهو ثبوت الملك والا تخلف المسبب عن سببه.

وأستدل أبو حنيفة على ما خالف (١) فيه وهو أن الزيادة تكون للبائع إذا لم يتم العقد بأنة بالنسخ يتبين أن المبيع لم يدخل في ملك المشتري لأن المبيع يعود بالنسخ إلى قديم ملك البائع.

ويناقش هذا بأنه مبني على أن حكم العقد موقوف وهو غير صحيح لما تقدم من أن العقد متى دفع صحيحاً ترتب عليه أثره.

وأستدل المالكية (٢) بأن بيع الخيار متجل لأن العقد لا يتم إلا بالرضا ولا يتم الرضا ثبوت الخيار وإذا كان ذلك كذلك بقي المبيع على ملك بائعه.

ويناقش هذا بأنه لو كان الأمر كما ذكر لوجب على العاقدين استئناف العقد إذ اختاروا لزوم البيع ولم يقل المالكية ولا غيرهم ممن ذهب إلى مشروعية خيار الشرط بالاستئناف.

وأستدل الشافعية بأنه لو تم البيع وقلنا الملك للمشتري كانت الزيادة للمشتري لأنها حدثت على ملكه. وإن قلنا الملك

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٢.

(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٣٠٩.

البائع كانت له في الأصح لحدوثها على ملكه وفي وجه آخر تكون للمشتري لأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة فلم يجعل لها حكم وكانت تابعة للمبيع فتكون لمن استقر الملك له. وإن فسخ البيع وقلنا الملك للبائع أو موقوف كان الزيادة للبائع لأنها حصلت على ملكة ولهذا كانت للمشتري على الأصح أن قلنا أن الملك له وفي وجه آخر تكون للبائع تبعاً للأصل. ويناقش هذا بأنه مبني على ملكية المبيع زمن الخيار لمن تكون وقد تقدم أن الملك ينتقل بالعقد الصحيح وعلى هذا تكون الزيادة للمشتري وهو الراجح.

هذا إن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة عن المبيع وليست بدلاً عن جزء فائت أو ملهه في معناه.

أما إن كانت الزيادة بسبب فعل من العاقد الذي شرط له الخيار كالبنا والزرع كان حكمها حكم دلالة الفعل على الفسخ أو الاجازة وقد تقدم ذلك.

واختلف الفقهاء في سوى ما ذكر من الزيادة وهي:

١- الزيادة المتصلة بالمبيع المتولدة عنه كالجمال والشفاء من مرض ونحو هذا.

٢- الزيادة المنفصلة التي هي يدل عن جزء فائت كالارش أو بدل ما هو في معنى الجزء الفائت كالمقر(١).

ذهب الأكثرون ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه الزيادة لا يسقط بها الخيار ووافقهم محمد بن الحسن من الحنفية في الزيادة المتصلة المتولدة عن المبيع.

وذهب الشيخان من الحنفية إلى أن هذه الزيادة يسقط بها

(١) العقر ما يجب للمرأة مقابل ملامستها.

الخيار ووافقهما محمد فيما سوى الزيادة المتصلة المتولدة من البيع. أستدل الجمهور بأن المعنى الذي من أجله شرع الخيار باق بعد الزيادة فيبقى الخيار بعدها كما ثبت قبلها لوجود مقنضاه.

وأستدل من ذهب إلى سقوط الخيار بأنه شرع للتمكن من الفسخ وذلك إنما يكون عند احتمال رد المبيع وبالزيادة يمتنع الرد فيمتنع الفسخ فيخلو الخيار عن الفائدة فلا يبقى(١).

ويناقش هذا بأن الزيادة لا تمنع من رد المبيع على البائع ولو سلم فإن بدل المبيع يقوم مقامه في الرد إن امتنع رد الأصل.

والراجح بقاء الخيار لعدم منافاة الزيادة له وقد اختلف من ذهب إلى هذا فيمن يملك الزيادة فذهب الحنابلة إلى أن الزيادة تكون للمشتري مطلقاً وذهب المالكية(٢) إلى أنها تكون للبائع ماعدا الولد والصوف فإنه يكون للمشتري إن تم البيع ذلك بمنزلة الجزء من المبيع وكذا الثمرة المؤبرة أن شرطها المشتري.

وذهب الشافعية إلى التفصيل السابق في الزيادة المنفصلة التي لم تتولد من المبيع على تفصيل عندهم في الحمل(٣).

هذا وأدلة كل مذهب تعلم مما سبق في الزيادة المنفصلة التي لم تتولد عن المبيع.

والراجح ما ذهب إليه الحنابلة وهي أن الزيادة تكون

(١) البدائع ج ٧ ص ٢٣٠٧.

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠٤.

(٣) حاصلة أنه إن حدث الحمل والفصل في مدة الخيار فهو كالكسب وقد تقدم حكمة وإن كان الحمل موجوداً وقت العقد وتم انفصاله في مدة الخيار فقولان: أظهرهما أنه إن تم البيع كان للمشتري وإن فسخ كان للبائع والثاني أنه كالكسب وجه الأول أن الحمل له حكم فيأخذ قسطاً من الثمن كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم فيكون الحمل مع أمة كعيينين ببيعاً معاً ووجه الثاني أن الحمل لا حكم له فلا يقابله قسط من الثمن المجموع ج ٩ ص ٢٣٢.

للمشتري لما تقدم هناك.

الفرع السادس

هلاك المبيع أو تعيبه:

في بعض الحالات عند بعض الفقهاء كأن يتلف المبيع كله قبل القبض عند الحنفية والشافعية سواء الخيار للعاقدين أو أحدهما أيهما كان أو أن يكون الخيار للمشتري ويهلك المبيع أو يتعيب في يده عند الحنفية وسيأتي بحث في أثر الخيار فلا نظيل بتكرار (١).

المطلب الثامن

أثر خيار الشرط

لخيار الشرط آثار كبيرة - لضيق المقام - تقتصر على أهم هذه الآثار وقد اتخذت البيع أصلاً لغيره من العقود التي يدخلها خيار الشرط؛ لأن ما سوى البيع، من هذه العقود، راجع إلى البيع، أو في حكمة، في الأعم الأغلب.

وعلى هذا نوجز أثر خيار الشرط في:

الفرع الأول: القاعدة العامة في أثر خيار الشرط.

الفرع الثاني: أثر خيار الشرط في ملك المبيع.

الفرع الثالث: أثر خيار الشرط في ضمان المبيع.

الفرع الرابع: أثر خيار الشرط في اتلاف المبيع أو تلفه

"تحمل التبعة".

الفرع الأول

القاعدة العامة في أثر خيار الشرط:

اتفق القائلون بمشروعية خيار الشرط على أن من آثاره ثبوت الحق في فسخ العقد لمن شرط له الخيار وله أن يستعمل هذا الحق في أي وقت شاء ما دام الخيار باقياً لم يسقط بأحد الأمور التي تقدم بحثها وإذا فسخ العقد أحد العاقدين بناء على شرط الخيار فإن كان ذلك بمحض من العاقد الآخر أو بعلمه أو كان الفسخ بفعل من الأفعال (١) المشعرة به فقد اتفق القائلون بخيار الشرط على أن الفسخ يصح ويقع نافذاً.

أما إذا فسخ العقد بالقول ممن شرط له الخيار في غيبه العاقد الآخر دون أن يعلم بذلك فقد اختلف الفقهاء.

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة وهو الأخير من قولي أبي يوسف إلى أن الفسخ يقع صحيحاً نافذاً دون توقف على علم الآخر.

وذهب الطرفان من الحنفية إلى أن الفسخ في هذه الحال موقوف إن علم به العاقد الآخر في مدة الخيار تقذ الفسخ وإن لم يعلم حتى مضت المدة لغا الفسخ ولزم العقد.

استدل الشافعية ومن نحا نحوهم بالسنة والمعقول.

أما السنة فالحديث السابق في مشروعية الخيار ووجه

الدلالة الحديث على المدعى (١) أن الرسول -ﷺ- قد أطلق لصاحب الخيار الحق في الفسخ من غير أن يقيده باعلان الطرف الآخر فدل هذا على أن علم العاقد الآخر بالفسخ لا يشترط.

وأما المعقول (٢) فلأن الخيار حق خالص لمن شرط له فإذا تصرف بمقتضى هذا الحق وفسخ العقد كان تصرفاً في خالص ملكه فيقع صحيحاً نافذاً كما لو طلق الزوج فإن الطلاق يقع صحيحاً علمت به المرأة أو لم تعلم.

وأستدل أبو حنيفة ومن معه بأنه لو نفذ الفسخ من غير أن يعلم به العاقد الآخر للحقة الضرر بسبب الفسخ والضرر منهى عنه (٣).

ووجه الضرر أنه لو كان الخيار للمشتري وفسخ دون أن يعلم البائع فإن البائع لا يطلب مشترياً آخر لسلعة ركوناً إلى أن البيع قد تم فلو الزمناء بحكم الفسخ لكان في هذا ضرر ظاهر به وإن كان الخيار للمشتري وفسخ البائع من غير أن يعلم المشتري بالفسخ فإنه قد يتصرف في المبيع أستناداً إلى أن البيع قد تم فلو قلنا بالفسخ لحق الضرر بالمشتري لما يترتب عليه من نقض تصرفاته.

وأيضاً فإنه لو نفذ الفسخ على العاقد الآخر من غير أن يعلم به لكان في هذا إلزام للغير بما لم يعلمه وهو لا يجوز كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم العزل في حق الوكيل ما لم يعلم به.

ويناقش هذا بأن العاقدين بتراضيهما على شرط الخيار

(١) المجموع ج ٩ ص ١٥٧.

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٩١.

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ٤٥.

أصبح العقد غير لازم في حق من شرط له الخيار وأصبح هذا مسلطاً على الفسخ من جهة صاحبة فلا يتوقف تصرفه على علم الآخر ولا ضرر في هذا على البائع لأن البيع بشرط الخيار لا يمنع البائع من البحث عن مشتر آخر على فرض فسخ البيع.

ثم إن مدة الخيار يسيرة:

والمشتري إذا تصرف في المبيع في مدة خيار البائع كان مقصراً في عدم بحثه عن حال العقد من البائع وما عليه لو إستأذن البائع أو أستخبره قبل أن يقدم على التصرف.

والقياس على عزل الوكيل لا يفيد لانا نقول أن الوكيل ينعزل إذا عزله الموكل على الوكيل بخبر العزل أو لم يعلم فلم يسلم حكم الأصل المقيس عليه فكيف يثبت مثله في الفرع المقيس.

والراجح ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم لأن الخيار شرع لدفع الضرر والغبن عن شرط له فلو لم يكن متمكناً من الفسخ بغير علم من العاقد الآخر لفات المقصود من الخيار لأن هذا الأخير قد يتمكن من إخفاء نفسه حتى تمضي مدة الخيار فيلزم العقد ويسقط الخيار.

وهل هذا يترتب على الفسخ من وقت وقوعه صحيحاً أو يستند إلى وقت انعقاد العقد؟

اختلفت كلمة الفقهاء في هذا والمشهور مذهبنا (١):

١- فمنهم من يرى أن الفسخ نقض للعقد من حين وقوع الفسخ. ومن ذهب إلى هذا الشافعية والحنابلة على الراجح في المذهبين.

(١) هذا كقاعدة عامة عند الشافعي والحنابلة والحنفية وفي كل مذهب استثناءات راجع أشباه السيوطي ص ٢٩٢، البحر الرائق ٥٤/٦.

٢- ومن الفقهاء من يرى أن الفسخ نقض للعقد من أصله ومن هؤلاء الحنفية ورأى مرجوع للشافعية ورواية للحنابلة.

استدل الشافعية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من أن الفسخ نقض للعقد من حين الفسخ بأن العقد لا يتعلق أثره على الزمان السابق فكذلك الفسخ.

ويناقش هذا بأنه يفترق في الفسخ ما لا يفترق في العقد ومن أجل هذا لم يحتج الفسخ إلى قبول بخلاف العقد فقياس الفسخ على العقد غير سديد لوجود الفرق بينهما.

ويجاب عن هذا بأن الفرق غير مؤثر لأن الكلام لم ليس في شرائط الفسخ وما يعتبره الشارع لتحقيق مل منهما بل في الأثر الناشئ عن كل من العقد والفسخ فهذا الأثر لا يستند إلى الزمان الماضي في العقد فكذلك في الفسخ.

واستدل الحنفية (١) ومن وافقهم بأنه لو كان المبيع مما يثبت فيه حق الشافعية ثم فسخ عقد البيع فلو قلنا أن الفسخ نقض للبيع من حين الفسخ لزم وجوب الشفعة لأنه بالفسخ ينتقل الملك في المبيع من المشتري إلى البائع واللازم باطل.

ويناقش (٢) هذا بأن من شرط ثبوت الشفعة أن يكون المشفوع قد ملك بمعاوضة ملكاً لازماً وبالفسخ يتبين أن ملك المشتري ملكاً لازماً فعدم ثبوت الشفعة راجع إلى تخلف الشرط.

والراجح المذهب الأول وهو أن الفسخ نقض للعقد من وقت حصول الفسخ لأن العقد قد تم صحيحاً فترتب عليه أثره الشرعي إذ العقد سبب والأثر الناشئ عنه مسبب وإذا كان ذلك

(١) البحر الرائق ٦/٦٠.

(٢) نهاية المحتاج ٤/١٤٦ والمجموع ج ١٢ ص ٢٠٤.

اقتصر أثر الفسخ على الزمان اللاحق له لأن آثار العقد من وقت انعقاده صحيحاً إلى حين فسخه قد ترتبت عليه شرعاً فهي واقعة والواقع لا يقبل الرفع ثم إن ارتفاع الآثار الناشئة عن العقد مسبب والفسخ سبب لارتفاع تلك الآثار، فلو كان الفسخ نقضاً للعقد من أصله لزم تقدم المسبب على سببه وهذا باطل ولا يقال أنه بالفسخ يتبين أن الآثار الناشئة عن العقد لم ترتب عليه فالفسخ مظهر لارتفاع آثار العقد لامشئ لهذا الارتفاع لانا نقول لو كان ذلك كذلك لزم أن يكون العقد قد وجد صحيحاً ولم يترتب عليه أثره وهذا باطل لأن المسبب لا يتخلف عن سببه شرعاً.

ولذا تجد بعض الحنفية يرون أن الفسخ لا ينعطف أثره إلى الماضي للتناقض قال ابن نجيم في البحر نقلاً عن شيخ الإسلام في بيان وجه التناقض لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكون لأن الفسخ بدون العقد لا يتصور فإذا انعدم العقد من أصله انعدم الفسخ من من الأصل وإذا انعدم الفسخ من الأصل عاد العقد لانعدام ماينافية (١).

وقال ابن نجيم بعد ذلك نقلاً عن المعراج مستدلاً على أن أثر الفسخ إنما يكون فيما يستقبل لافياً مضي «والدليل على أن الفسخ إنما هو في المستقبل لأن زوائد المبيع للمشتري ولا يرد هاهنا الأصل ولو وهب مالا قبل تمام الحول الواهب بعد الحول لاتجب الزكاة عليه فيما مضى» أي لو كان الفسخ نقضاً للعقد من الأصل لكانت زوائد المبيع للبائع إذا فسخ عقد البيع ولوجب على الواهب زكاة المال في الصورة التي ذكرها صاحب المعراج لأن الموهوب قد عاد إلى قديم ملك الواهب وقد مضى عليه

(١) البحر ٦/٦٠.

الحول، وقد أجب العلامة الكمال في الفتح عن دفع التناقض المشار إليه وعن عدم وجوب الزكاة على الواهب وجاصل الجواب (١) أن الفسخ برفع القعد من أصله ويجعله كأن لم يكن بالنسبة إلى ما يستقبل دون ما مضى قال «أجيب بيان المراد وهو أن محمداً ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لافيا مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة إلى رجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائداً إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة ماضى.

ويناقش ما ذكره العلامة الكمال بأنه لو كان المراد ما ذكره لما ثبت رد الزيادة على البائع إذا اختار المشتري رد المبيع لظهور عيب به قبل القبض وكان قد زاد زيادة منفصلة متولدة عنه كالولد لأنه قبل الفسخ كان ملك المبيع ثابتاً للمشتري وقد حدثت الزيادة على ملكه فتكون مملوكة له فلو قلنا أن الفسخ جعل العقد كأن لم يكن فيما يستقبل لافيا مضى كما أوجب الكمال لزم أن تكون الزيادة للمشتري لأن ملكه لها سابق على الفسخ الحنفية لا يقولن بهذا بل عندهم إن شاء المشتري رد الأصل والزيادة جميعاً وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن (٢).

وإن سلم ما قاله صاحب الفتح فما الفرق بين ما ذهب إليه الأحناف وما ذهب إليه أصحاب المذاهب الأخرى؟

(١) فتح القدير ٢٦٧/٥.

(٢) البدائع ٣٢٤٤/٧. ولو سلم ما قاله صاحب الفتح فما الفرق بين مذاهب إليه الحنفية ومذاهب إليه أصحاب المذهب الآخر؟

الفرع الثاني

أثر خيار المجلس في ملك المبيع
الملك بكسر الفاء وسكون العين اسم مصدر أو مصدر (١)
يقال لك فلان كذا يملكه ملكاً بثلاث الفاء ومعناه في اللغة القدرة على احتواء الشيء والاستبداد به.

والملك في إصلاح الفقهاء (٢) عبارة عن حكم شرعى يقدر في عين أو منفعة يقتضى تمكن من ينسب إليه من الانتفاع والتصرف من حيث هو:

هذا عن معنى الملك لغة وشرعاً.

أما عن ملك المبيع فالأصل عند عامة الفقهاء (٣) أن ملك المبيع ينتقل من البائع إلى المشتري بالعقد الصحيح إذا وقع على البت.

(١) القاموس المحيط والمصباح المنير مادة ملك، هذا والمراد بالفاء الحرف الأول من أصول الكلمة والعين الحرف الثانى واللام والحرف الثالث.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٦ وما بعدها الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ رد المحتار ج ٤ ص ٣ هذا والحكم الشرعى جنس في التعريف وإنما كان الملك حكماً شرعياً لأنه يترتب على الأسباب التى تفيده شرعاً، ولما كان يرجع إلى تعلق إذن الشارع بقيد يكونه مقدر، والملك قد يرد على العين كالبيع وقد يرد على المنفعة كالإجارة، وتقبيداً لملك يكونه مفيداً للانتفاع ليخرج به تصرف الغير في حق غيره بإذن شرعى فإنه لا يفيد الملك كتصرف الولى وإن كان يفيد انتفاع من وقع له التصرف، وتقبيد ذلك يكونه من حيث هو ليخرج بعض الحالات التى قد يتخلف فيها مقتضى الملك لمانع طارئ كالحجر فإن المحجور عليه قد يثبت له الملك ولا يتمكن من التصرف شرعاً.

(٣) وأن اختلفوا في طبيعة هذا الملك هل هو ملك مستقر قوى كما يرى أهل الظاهر وهو الأصل عند المالكية والمعتمد عند الحنابلة أو ملك على خطر الزوال لأن المبيع قد يتلف قبل قبضة فيفسخ العقد ويؤول ما ترتب عليه كما يرى الحنفية والشافعية راجع المحلى ج ٨ ص ٣٧٩، الشرح الصغير ج ٢ ص ١٤٩، المغنى ج ٣ ص ٥٧٢، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٠.

أما بيع الخيار فقد اختلفت كلمة الفقهاء في الوقت الذي يدخل فيه المبيع في ملك المشتري ولا يخلو الحال أما أن يكون الخيار للعاقدين معاً أو يكون لأحدهما دون الآخر.

فإن كان الخيار للعاقدين معاً فذهب (١) الحنابلة في ظاهر المذهب وهو الراجح عند الإمامية وقول مرجوح للمالكية وللشافعية إلى أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد.

وذهب الحنفية والمالكية على الصحيح والشافعية في قول مرجوح وأحمد في رواية ضعيفة إلى أن الملك في المبيع باق للبائع وذهب الشافعية في أظهر أقواله إلى أنه موقوف فإن تم العقد تبين أن المشتري قد ملك المبيع بالعقد وأن فسخ تبين أنه لم يملك.

أستدل الحنابلة (٢) ومن وافقهم بالنسبة والمعقول.

أما السنة فما رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر - رضی الله تعالی عنهما - عن النبي - ﷺ - أنه قال من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن بشرط المبتاع.

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول - ﷺ - أخبر أن الثمرة تكون للبائع إذا أبرت وهذا يقتضي أن الثمرة قبل التأثير تكون للمشتري، وقوله إلا أن بشرط المبتاع يفيد أن الثمرة تكون للمشتري إذا شرطها وفي كل هذا لم يقيد الرسول - ﷺ - ملكية المشتري باتقضاء خيار ولا غيره فدل على أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالعقد متى كان صحيحاً.

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٧١ المختصر النافع ص ١٤٦، شرح المنهاج للمطلى ج ٢ ص ١٩٥، فتح القدير ج ٥ ص ١١٥، ١١٦، الخرشى ج ٤ ص ٦٠.

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٧٢، سبل السلام ج ٣ ص ٤٨ هذا والتأثير التشقيق والتلقيح أى شق طلع النخلة الأنتى ليذر فيه شيء من طلع النخلة الذكر.

ويناقش هذا الاستدلال بأن دلالة الحديث على ملك المشتري للثمرة ثبت بطريق المفهوم المخالف وهذا محل خلاف بين الفقهاء ولو سلم أن المفهوم المخالف حجة فالحديث محمول على البيع البات جمعاً بين الأدلة.

ويجيب عن هذا بأنه لو سلم ما ذكر فإن الحديث يدل على المدعى من وجه آخر وهو أن الرسول - ﷺ - أخبر عن ملكية المشتري للثمرة بالشرط سواء كان هناك خيار أولاً والشرط بمنزلة العقد بجامع الالتزام والالتزام في كل.

وأما المعقول فقياس البيع مع الخيار على البيع البات بجامع صحة العقد في كل والخيار لا يصح فرقاً لأنه يمنع من صحة العقد.

واستدل الحنفية ومن وافقهم (١) بأن العقد لا يتم إلا بالرضا وثبوت الخيار ينفيه وإذا لم يتم الرضا لم يتم العقد فيبقى كل من البديلين على ملك صاحبه.

ويناقش هذا بأنه لا يلزم من ثبوت الخيار انتفاء الرضا إذ لو كان الأمر كذلك لفسد العقد.

وأستدل هؤلاء ثانياً بأن (٢). المشتري لو ملك المبيع بمجرد العقد لملك التصرف فيه لأن ثمره الملك القدرة على التصرف والمشتري لا يملك التصرف قبل انتهاء الخيار فدل هذا على أن البيع لم يدخل في ملكه بمجرد العقد.

ويناقش هذا بمنع أن المشتري لا يملك التصرف قبل انقضاء الخيار بل يملك ذلك ويكون تصرفه أجازة للبيع، ولو سلم فإن

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٩٦، الخرشى ج ٤ ص ٣٠.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٢٨.

المنع من التصرف إنما هو لأمر طارئ هو رعاية حق للغير ولا يلزم
من هذا عدم الملك كتصرف الراهن في الشيء المرهون.
واستدل الشافعية (١) على ما ذهبوا إليه من أن الملك
موقوف بأنه يلزم من ثبوت الملك لأحد العاقدين دون الآخر
الترجيح بلا مرجح لاستواء العاقدين.
ويناقش هذا بمنع تساوى العاقدين بل يرجع جانب
المشتري لأن عقد البيع قد اعتبره الشارع لإفادة الملك.
والراجح ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم لأن العقد متى
وقع صحيحاً ترتب عليه أثره الذي اعتبره الشارع، وقد شرع الله
البيع لإفادة الملك فيستتبع العقد أثره بمقتضى وقوعه صحيحاً.
هذا وإن كان الخيار للعاقدين:

أما إن كان الخيار لأحد العاقدين دون الآخر فإما أن يكون
للبيع وحده أو للمشتري وحده.
فإن اتفرد البائع بالخيار فذهب الحنابلة إلى أن الملك
ينتقل إلى المشتري بالعقد وهو قول مرجوح لشافعي والإمامية
وذهب أكثر الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعي في أظهر
أقواله وأحمد في رواية ضعيفة إلى أن المبيع يبقى على ملك
البائع حتى ينتهي الخيار فينتقل إلى ملك المشتري.
واستدل الحنابلة ومن وافقهم بما تقدم فيما إذا كان الخيار
للعاقدين معاً.

واستدل من قال ببقاء المبيع على ملك البائع بأنه البائع

(١) المجموع ج ٩ ص ٢٢٨

بملك التصرف في المبيع بمقتضى اتفاقية بالخيار فكان هذا (١)
دليلاً على ملكية البائع.
ويناقش هذا بأن دلالة التصرف على الملك ليست مطردة فإن
القاضي والولي يملكان التصرف في حق غيرهما في بعض الحالات
فكان مقتضى هذا أنهما يملكان محل التصرف.
ولو سلم فإن البائع ملك التصرف بمقتضى خياره وهذا
لا ينافي خروج المبيع عن ملكه لأن البيع خرج عن ملك البائع
بالعقد ويعود إليه بالتصرف باعتباره نقضاً للعقد.
والراجح ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم لما تقدم فيما
إذا كان الخيار للعاقدين معاً.

وإن اتفرد المشتري بالخيار، فذهب أكثر الفقهاء إلى أن
المبيع يخرج عن ملك البائع ومن ذهب إلى هذا الحنفية (٢)
والشافعي في أظهر أقواله وهو العتمد عند الحنابلة والإمامية
وذهب المالكية وكذا الشافعية والحنابلة والإمامية في رأى مرجوح
من المذاهب الثلاثة إلى أن المبيع يبقى على ملك البائع حتى
يقضى الخيار.

استدل الأولون بأن العقد لازم في حق البائع وهذا يقتضى
خروج المبيع عن ملكه.

(١) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٧، ٩٨.

(٢) واختلف الذاهبون إلى هذا في دخول المبيع في ملك المشتري الأكثرين إلى
أن المبيع يدخل في ملك المشتري وخالف أبو حنيفة فقال يخرج المبيع عن
ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، استدل من قال بدخول المبيع في ملك
المشتري بأنه لو لم يدخل لزال ملكه لا إلى مالك وهذا غير معهود شرعاً
واستدل أبو حنيفة بأن الثمن باق على ملك المشتري لثبوت الخيار له فلو
دخل المبيع في ملكه أيضاً لزم اجتماع البدلين في ملك المشتري وهذا يتنافى
مع ما يقتضيه عقد المعاوضة من المساواة بين العاقدين.

(١) وأستدل المالكية (١) بأن المبيع مع الخيار منحل لعدم تحقق الرضا وإذا كان العقد منحلًا لم يترتب عليه أثره من انتقال الملك ونحوه.

ويناقش بأن العقد لو كان منحلًا لوجب استثنائه ولم يقل بذلك أحد ممن ذهب إلى مشروعية بيع الخيار.

والراجع أن الملك ينتقل إلى المشتري بالعقد الصحيح سواء كان العقد على البت أو الخيار لأن البيع من عقود المعاوضات فيترتب عليه أثره بمجرد العقد قياساً على النكاح وعلى هذا يملك المشتري المبيع بالعقد الصحيح وينبى على هذا اكساب المبيع وفوائده فإنها تكون للمشتري لأنها حدثت على ملكة.

الفرع الثالث

أثر خيار الشرط في ضمان المبيع

الضمان مصدر ضمني (٢) يضمن يقال ضمن فلان الشيء به ضماناً وضماً ومعناه في اللغة الالتزام.

والمراد من الضمان (٣) هنا مسؤولية العاقد عن المعقود عليه

(١) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٠٣.

(٢) القاموس المحيط مادة ضمن.

(٣) وللضمان عند الفقهاء أنواع أشهرها ثلاثة: ضمان العقد وضمان اليد وضمان الاتلاف فالأول كضمان البائع للمبيع والثاني كضمان الغاصب للمنصوب والثالث كضمان المرء لما يتلفه من مال غيره والأصل في ضمان العقد الرجوع إلى ما تراضى عليه المتعاقدان في العقد. والأصل في النوعين الآخرين الرجوع إلى مثل المضمون إن كان من نوات الأمثال والقيمة إن لم يكن كذلك وهذا عند فوات المضمون والفرق بين ضمان اليد وضمان الاتلاف أن الضامن في ضمان اليد يكون ملزماً ببديل المضمون إذا فاتت يده سواء كان بفعل منه أولاً والضامن في ضمان الاتلاف بغرم بدل ما اتلفه سواء تلفت يده أو لا راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦١ وما بعدها، حاشية البيجرمي على شرح المنهج ج ٢ ص ٢٩٢.

وأثر هذا على عقد البيع إذا تلف المبيع أو تغير عن الحالة التي كان عليها وقت التعاقد.

وقد ذهب عامة الفقهاء إلى أنه إذا تعلق بالمبيع حق توفية بأن كان من المكبلات أو الموزونات أو المعدودات وما جرى (١) مجرى هذا وبيع على الكيل أو الوزن أو المعد فإن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض واختلفوا فيما وراء هذا.

فذهب الإمامية وهو المعتمد (٢) من مذهب الحنابلة إلى أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح سواء كان البيع على البت أولاً سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما.

والأصل عند (٣) المالكية أن المبيع يدخل في ضمان

(١) المغنى ج ٤ ص ١٠٧، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦.

(٢) المختصر النافع ١٤٦ المغنى ج ٤ ص ١١٠ ج ٣ ص ٥٦٩.

(٣) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦. هذا وقد استثنى المالكية من هذا الأصل صوراً أهمها مايلي:

الصورة الأولى: المبيع على العهدة ويقصدون بالعهدة تعلق المبيع بضمان البائع مدة معينة فلا يدخل المبيع في ضمان المشتري إلا بانقضاء زمن العهدة.

الصورة الثانية: السعلة التي حيسها بائعها لأتبان المشتري بالثمن الحال أو للأشهاد على تسليمها للمشتري فإن كانت مما لا يغاب عليه فلا ضمان على البائع إذا ادعى التلف إلا أن يظهر كذبة فتكون من ضمانه إلا أن يقيم بيته على التلف بغير سبب منه.

الصورة الثالثة: إذا بيعت الثمار بيعاً صحيحاً على أصولها بعد الطيب فضمانها من البائع إلى وقت أمن الجائحة بأن يتناهى طيب الثمار وضمان البائع هنا بالنسبة إلى الجائحة فقط.

الصورة الرابعة: بيع الخيار والعمد عندهم أن الضمان من البائع إلى إمضاء العقد سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما وسواء كان المبيع مما يغاب عليه أولاً إذا كان بيد البائع. أما إذا قبضه المشتري فإن مما يغاب عليه وظهر هلاكة من غير سبب من المشتري أو قامت بينه على ذلك أو خفى الهلاك وادعى المشتري أنه لم يهلك بفعل منه ولم يقم دليل على كذبة فالضمان من البائع ويستظهر عليه في الأخيرة باليمين منهما كان المشتري أم لا ويحلف المتهم لقد ضاع أو تلف وما فرطت ويكفى غيره أن يقول والله=

المشترى بالعقد الصحيح إن كان بائناً أما يبيع فيبقى المبيع فيه من ضمان البائع ولا يدخل في ضمان المشتري إلا بامضاء العقد على الصحيح.

وذهب الحنفية (١) والشافعية وبعض الزيدية إلى أن المبيع قبل القبض يكون من ضمان البائع ولا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض على جهة البيع سواء وقع العقد على البت أو على الخيار وسواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما (٢) وإلى هذا ذهب الحنابلة في رواية ضعيفة والمالكية في قول مرجوح.

واستدل الحنابلة ومن وافقهم بالمنقول والمعقول.

أما المنقول فما رواه مسلم بسنده (٣) عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال «من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتب له» (٤).

وجه (٥) الدلالة أن النبي قد نهى عن بيع الطعام قبل قبضه

= ما فرطت. وأن لكل المشتري من اليمين أو ظهر كذبة فالضمان منه وكذلك إذا كان المبيع مما يغاب عليه إلا أن تقوم بيعة على هلاك فالمبيع بغير سبب من المشتري. راجع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤١، ١٤٦، ١٥٤.

(١) الأصل ج ٦ ص ١٢ وما بعدها، مختصر الطحاوي ص ٧٥، البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٥ وما بعدها، ٣٢١٣.

(٢) شرح المنهاج للمطلى ج ٢ ص ٢١٠، حاشية البيجرمي على شرح المنهج ج ٢ ص ٢٩٢ فتح القدير ج ٥ ص ٢٦٤ وما بعدها هذا وقد استثنى الشافعية، إذا انفرد البائع بالخيار فإن الضمان يكون منه مطلقاً قبل القبض وبعده لأن البائع لا يلزم بالتسليم فإن سلمه كان متبرعاً وكان أمانة في يد المشتري، وأستثنى الشيخان من الحنفية ما لا ينقل ولا يحول كالعقار فإنه يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح سواء قبضه أولاً.

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ١٥.

(٤) سبل السلام ج ٢ ص ١٥.

(٥) المغنى ج ٤ ص ١١١.

والنهي حقيقة في التحريم وهو يدل على فساد المنهى عنه شرعاً وهذا يدل على أن الطعام لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض فيكون ما سوى الطعام مخالفاً له في هذا فيدخل في ضمان المشتري قبل القبض متى كان العقد صحيحاً.

ويناقش هذا الاستدلال بأن مفهوم المخالفة ليس حجة شرعية فيكون ما سوى الطعام مسكوتاً عنه، ولو سلم الاحتجاج بمفهوم المخالفة فإن شرط العمل به عند من قال بحجيته إن لا يعارضه منطوق، وقد تخلف هذا الشرط لأن المنطوق دل على خلاف ما دل عليه المفهوم والمنطوق هنا ما رواه أحمد بسنده عن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله إنى أشتري ببيعاً فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه».

ومن المنقول أيضاً ما رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم أن النبي - ﷺ - قال «الخراج بالضمان».

وجه الدلالة (١) أن خراج المبيع أي غلاته وفوائده تكون للمشتري بعد عقد البيع لأن المبيع قد دخل في ملكه بالعقد الصحيح وقد أخبر أن الضمان يكون عن الخراج له.

والمالكية يوافقون الحنابلة ومن معهم في البيع البات أما بيع الخيار فقد استدلووا على أن الضمان يبقى من البائع إلى أن يتقرر العقد (٢) بأن العقد مع الخيار منحل وملك المبيع يكون للبائع فيبقى الضمان منه أيضاً.

ويناقش هذا بمنع أن البيع منحل لما تقدم في ملك المبيع. وأستدل الحنفية ومن معهم بما رواه أحمد والدارقطني

(١) المرجع السابق.

(٢) الخرشى ج ٤ ص ٣٠.

وأبو داود عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ - نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحووها التجار إلى رحالهم (١).

ووجه الدلالة من الحديث أن النهى عن بيع السلع قبل حوزها يدل على أنها لم تدخل في ضمان المشتري فدل هذا على أن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض وقد أخرج هذا الحديث وصححه أكثر من واحد من ذوى الدراية بعلم الحديث منهم الحاكم وابن حبان فلا وجه لما قد يرد على إسناد الحديث من مقال.

ويناقش هذا الاستدلال بأن النهى (٢) عن بيع المبيع قبل قبضه لا يلزم منه أنه لم يدخل في ضمان المشتري بل النهى لوجه آخر هو أن ذلك قد يؤدي إلى معنى الربا لأن المشتري إذا باع المبيع قبل أن يقبضه فكأنه باع شيئاً بشيء من جنسه متفاضلاً فلو اشترى سلعة بعشرين جنيهاً مثلاً وباعها قبل أن يقبضها بثلاثين كأن بائعاً لعشرين بثلاثين.

والراجح ما ذهب إليه الحنابلة ومن رأى رأيهم لأن المبيع دخل في ملك المشتري بمقتضى العقد الصحيح فيكون الضمان من المشتري قبض المبيع أم لا قياساً على المملوك بطريق الإرث. والله تعالى أعلم.

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٧، فتح القدير ج ٥ ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٠.

الفرع الرابع

أثر خيار الشرط في هلاك المعقود عليه «تحمل التبعة»

الهلاك قد يكون بأفة أو ما في حكمها، وقد يكون بفعل أو سبب من غير العاقدين أو من أحدهما وعلى هذا يشتمل هذا الفرع على أربع مسائل:

المسألة الأولى: التلف بأفة أو ما في حكمها.

المسألة الثانية: الاتلاف بفعل أو بسبب من غير العاقدين.

المسألة الثالثة: الاتلاف بفعل أو بسبب من البائع.

المسألة الرابعة: في الاتلاف بفعل أو بسبب من المشتري.

وأتناول كل مسألة بإيجاز فيما يلي.

المسألة الأولى

في التلف بأفة

الأفة في اللغة (١) العاهة وهي عرض يصيب شيئاً ما فيفقدته.

والمراد من الهلاك (٢) بأفة عند الفقهاء الهلاك الذي لم

ينشأ عن فعل مضمن سواء كان هذا الفعل لم يتسبب فيه أحد من

الخلق كغرق وانتقالات طير أو نسبب فيه ما ليس أهلاً للتضمين كأن

يقتل حيوان نفسه أو غيره من غير تحريض من أحد (٣).

(١) القاموس المحيط والمصباح المنير مادة أوف.

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ١٥، الخرشى ج ٤ ص ٦٩، الشرح الكبير للدردير

ج ٣ ص ١٤٧، حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٤،

حاشية القليوبي على الجلال المحلى ج ٢ ص ٢١١.

(٣) ومن الفقهاء من يلحق بهذا الهلاك بفعل ممن هو أهل للتضمين في الأصل

ولكن لم يجب عليه في البديل لسبب آخر كاتلاف البائع للمبيع قبل القبض

عند بعض الفقهاء.

وكثيراً ما يطلق الفقهاء على هذه الآفة السماوية أو الأسماء السماوية لأن الأصل والغالب وقوع الهلاك في مثل هذا بآفة السموات والحر والصواعق، والسيل ونحوها.

وقد ذهب عامة الفقهاء (١) إلى أنه إذا كان في المبيع توفية وهلك بآفة قبل أن يقبضه المشتري إنقسخ العقد وكانت توفية الهلاك على البائع فيرد الثمن إلى المشتري إن كان قد أخذه وإلا يطالب به إن كان لم يأخذه لسقوطه بإنقساخ العقد. ويستوى في هذا الحكم البيع البات وبيع الخيار، لأن المبيع هنا هلك إلى غير بدل لانتفاء ضمان الإتلاف.

والمراد بالبيع الذي فيه حق توفية، المكمل والمورون إذ يبيع على الكيل أو الوزن، وادخل في حكمه كثيرون المدرج والمعدود غير المتفاوت إذا بيع على الذرع أو الحد.

وذهب عامة الفقهاء أيضاً إلى أنه إذا تلف المبيع بآفة بعد القبض وكان العقد (٢) باتاً فلا تأثير لهذا التلف على العقد لأنه قد تقرر واستقر المبيع في ملك المشتري فيلزمه أن يدفع الثمن إلى البائع ولا يرجع على أحد بشيء.

واختلف فقهاء المذاهب فيما سوى ما ذكرناه. فذهب بعض الفقهاء إلى أنه متى كان العقد صحيحاً فلا

تأثير للهلاك على العقد فلا ينفسخ بل ولا يكون قابلاً للفسخ بسبب الهلاك سواء أكان العقد باتاً أم على الخيار وسواء كان الهلاك قبل القبض أو بعده ومن ذهب إلى هذا الحنابلة (١) على المعتمد عندهم، لأن الهلاك قد حدث على ملك المشتري إذ أن المبيع قد دخل في ملكه بالعقد الصحيح.

وذهب فريق آخر إلى التفصيل ومن هؤلاء المالكية والحنفية والشافعية.

أما المالكية (٢) فقد ذهبوا إلى أنه إذا ثبت هلاك المبيع بآفة فإن كان من ضمان البائع انقسخ العقد سواء كان الهلاك قبل القبض أو بعده وسواء كان العقد على البت أو على الخيار لأن الهلاك حدث على ملك البائع فيكون مصيبة حلت به.

وإن كان البيع عن ضمان المشتري فلا تأثير الهلاك على القوة الملزمة للعقد إن وقع على البت وتكون تبعة الهلاك على المشتري ويلزمه الثمن لحدوث الهلاك على مال من أمواله.

وإن كان العقد مع الخيار فإن إنقرد به بالبائع بقى على خياره لوجود مقتضاه فإن شاء أمضى العقد وطالب المشتري بالثمن وإن شاء فسخ وطالب ببطلان البيع وكذلك الحكم إذا كان الخيار للعاقدين معاً تغليباً لجانب البائع لأن الملك له وإن إنقرد

(١) المغنى ج ٤ ص ١٠٧، ص ١١١، ج ٣ ص ٥٦٩.

(٢) الخرشي ج ٤ ص ٦٩، ٧٠، ٣٠، ٣١، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧، ١٠٤ هذا إن ثبت الهلاك وإلا ففي العقد اللزوم إن كان المبيع من ضمان البائع خير المشتري ما بين الفسخ ويسقط عنه الثمن وبين الإمضاء ويطالب بالبدل من مثلي أو قيمة وإن كان المبيع من ضمان المشتري رجع على البائع بالبدل وإن وقع العقد مع الخيار فإن كان البيع من ضمان البائع انقسخ العقد مطلقاً وإن كان من ضمان المشتري فإن إنقرد بالخيار لزمه الثمن وإلا فعليه الأكثر من الثمن أو البدل.

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٦٩، ج ٤ ص ١٠٧، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧ وهذا والحق المالكية بالبيع المذكور المبيع الذي يكون من ضمان البائع إذا تلف بآفة أو ما في حكمها فإن العقد ينفسخ إذا ثبت الهلاك والآخر المشتري بين الفسخ ويسقط عنه الثمن أو الإمضاء ويرجع على البائع ببطلان المبيع من مثل في المثلي أو قيمة في غيره.

(٢) واستثنى المالكية من هذا ما إذا كان المبيع من ضمان البائع فإن الحكم في بعد القبض كالحكم قبل القبض - راجع الخرشي ج ٤ ص ٦٩.

المشتري بالخيار تقرر العقد ولزمه الثمن للبائع.
وأما الحنفية والشافعية فقد اتفقوا على أنه إن وقع الهلاك قبل القبض انفسخ العقد سواء كان على البت أو على الخيار لأنه (١) لا فائدة ترجى من بقاء العقد لتعذر تنفيذه لعجز البائع من تسليم المبيع. ومتى انفسخ العقد سقط الثمن عن المشتري. وكذلك يفسخ العقد ويسقط الثمن عن المشتري إذا هلك المبيع بأفة بعد القبض حيث إنفرد البائع بالخيار على المعتمد من (٢) المذهبين وعلى المشتري بدل المبيع من مثل أو قيمة للبائع. أما إنفساخ العقد فلأن الهلاك قد حدث على ملك البائع لأن خياره يمنع من خروج المبيع عن ملكه فكان كما لو هلك قبل القبض.

وأما وجوب البديل على لمشتري فلأن المبيع قد دخل في ضمانته بالقبض على وجه البيع.
أما إذا لم ينفرد البائع بالخيار بأن كان لكل من العاقدين أو إنفرد به المشتري فعند الأحناف (٣) يسقط الخيار ويلزم العقد وعلى المشتري الثمن للبائع.
أما سقوط الخيار فلتعذر الرد بقوات البيع وإذا سقط الخيار رجع العقد إلى أصله وهو الزوم فيلزم المشتري الوفاء بمقتضاه.

وقد يقال إن كان الخيار للعاقدين فلا وجه لسقوط خيار (١) البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٥، البحر الرائق ج ٦ ص ١٥، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤٢.
(٢) وحكى شارح الكنز عن الشيخين أنه يجب على المشتري الثمن المسمى ومقتضى هذا أن العقد تقرر.
(٣) الأصل ج ٦ ص ٨، المبسوط ج ٣ ص ٤٤.

البائع فينبغي أن يبقى على خياره إن شاء أمضى العقد وطالب المشتري بالثمن وإن شاء فسخ وطالب بالبديل.

ويجاب (١) عن هذا بأن الفسخ لا يتم إلا برد المبيع على البائع، كما أن البيع لا يتم إلا بقبض المشتري للمبيع وبالهلاك يتعذر رد المبيع فلا يتم الفسخ، كما إذا هلك المبيع قبل القبض لم يتم العقد.

والمعتمد (٢) عند الشافعية أنه إن كان الخيار للعاقدين معاً

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٤٩.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٢٧، ٢٣٨، حاشية الشيرازي ج ٢ ص ١٤٣ هذا وقد حكى الإمام على بن عبد الكافي السبكي خمسة طرق للشافعية في تلف المبيع بعد القبض إحداهما أن العقد يفسخ بناء على أن ملك المبيع زمن الخيار للبائع فيستوى التلف بعد القبض وقبل القبض. وعلى القول بأن الملك للمشتري أو موقوف فهل يفسخ العقد لعدم استقراره.

أولاً: يفسخ لتحقق القبض؟ وجهان أصحهما الثاني وعليه إن تم العقد لزوم المشتري الثمن وإن فسخ فعلى المشتري البديل.

الطريقة الثانية: القطع بعدم الانفساخ سواء قلنا الملك للبائع أو للمشتري أو موقوف لأن المبيع يهلك إلى بدل لكونه مضموناً على المشتري بالقبض وعلى هذه إن تم العقد فعلى المشتري الثمن وإلا فعليه بدل المبيع من مثل أو قيمة.

الطريقة الثالثة: القطع بعدم الانفساخ أيضاً إلا أنه إن قلنا الملك للبائع ولم يفسخ العقد فعلى المشتري قيمة المبيع.

الطريقة الرابعة: إن تلف المبيع بعد القبض زمن خيار المجلس إنفسخ العقد مطلقاً وكذا في زمن خيار الشرط إذا لم ينفرد المشتري بالخيار فإن إنفرد به فعلى القول بأن المشتري يملك المبيع بإنقضاء الخيار يضمن المبيع بالقيمة وعلى القول بأن المشتري يملك المبيع بنفس العقد فوجهان أحدهما يلزم المشتري الثمن والثاني يلزمه القيمة.

الطريقة الخامسة: إذا لم ينفرد المشتري بالخيار إنفسخ العقد قولاً واحداً، وإن انفرد المشتري بالخيار فعلى القول بأن الملك للمشتري فوجهان وعلى القول بأن الملك للبائع أو موقوف لم يفسخ العقد.

وحيث حكم بالانفساخ سقط على المشتري الثمن لارتفاع العقد وعليه بدل =

أو إنقرده به المشتري وهلك المبيع بأفة بعد القبض بقي الخيار لمن كان له لوجود الحاجة الداعية إليه ثم إن اختار من له الخيار إمضاء العقد لزم المشتري الثمن وإن اختار الفسخ لزم المشتري البديل من مثل أو قيمة لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض. هذا إن أتت الأفة على كل المبيع.

أما إن اتلفت بعضه وبقي البعض الآخر فقد اتفق فقهاء المذاهب على أنه إن كان في المبيع حتى توفية وهلك بعضه بأفة قبل أن يقبضه المشتري ثبت الخيار (١) له إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه.

واتفق فقهاء المذاهب أيضاً على أنه إن هلك البعض بأفة بعد القبض وكان العقد على البت بقي (٢) العقد على جاله وتحمل

= المبيع لدخوله في ضمانه بالقبض وحيث حكم بعدم الإنفساخ فإن تم البيع لزم المشتري الثمن وإن فسخ لزمه البديل، راجع تكملة المجموع ج ١٢ ص ١٢١، ١٢٢.

(١) فإن اختار المشتري الفسخ فالأمر ظاهر وإن أجاز العقد فهل يلزمه جمع الثمن أو يسقط عنه قسط التالف من الثمن، ذهب إلى الأول الشافعية والحنابلة لأن في سقوط قدر التالف تبعيضاً للصفقة على البائع وفي هذا إضرار به أما المشتري فلا ضرر عليه في دفع كل الثمن لتمكنه من الفسخ وهذا كاف في رفع الضرر عنه، وذهب الحنفية إلى سقوط حصة التالف من الثمن لإنفساخ العقد فيه لأن كل قدر من المبيع معقود عليه وإذا هلك الكل إنفسخ العقد في الكل فكذا البعض وفصل المالكية وحاصل مذهبه أنه إن بقي الثلثان فأقل خير المشتري إن شاء فسخ وسقط عنه الثمن وإن شاء أجاز البيع في الباقي بحصته من الثمن، وإن بقي أكثر من الثلثين لزم العقد المشتري وسقط عنه حصة التالف من الثمن وهذا راجع إلى أن ضمان المبيع المذكور قبل القبض من البائع فتكون تبعة الهلاك على البائع راجع الخرشى مع حاشية العدوى ج ٤ ص ٧٠، البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٨، شرح المنهاج للمحلى ج ٢ ص ٢١٢، المغنى ج ٤ ص ١٠٩.

(٢) واستثنى المالكية من هذا ما إذا كان المبيع من ضمان البائع فإن الحكم فيه بعد القبض كالحكم قبله.

المشتري تبعة الهلاك.

واختلف الفقهاء فيما عدا هذا، ولا يخرج الخلاف عن الآراء الآتية:

الأول: يتعين الإبقاء على العقد فلا يفسخ ولا يحتمل الفسخ ويلزم المشتري الثمن كاملاً سواء قبل القبض أو بعد لأن المبيع قد دخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح فيكون التلف قد حصل على خالص ملكه، ومن ذهب إلى هذا ابن حزم (١) وهو المتعمد عند الحنابلة وكذا المالكية حيث كان المبيع من ضمان المشتري.

الثاني: يتعين الأبقاء على العقد لكن يلزم المشتري حصة الباقي من الثمن ومن ذهب إلى هذا المالكية حيث كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر وكان المبيع من ضمان البائع وكان مثلياً أو مقوماً متعدداً، وجه الأبقاء على العقد أن الباقي معظم الصفقة فيأخذ حكم الكل: ووجه سقوط حصة التالف من الثمن أن الهلاك حصل والمبيع من ضمان البائع فيكون تبعة الهلاك عليه.

الثالث: يتخير المشتري أن شاء أمضى العقد ولزمه جميع الثمن وأن شاء فسخ وسقط عنه ومن ذهب (٢) إلى هذا الحنفية والمالكية فيما إذا تعيب المبيع بقوات بعض أوصافه وقيد الحنفية هذا بما إذ وقع قبل القبض وقيد المالكية بما إذا كان للمبيع من ضمان البائع وكان مثلياً وكان الباقي أقل من النصف وهذا هو الحكم عندهم أيضاً إذا كان المبيع مقوماً متعدداً وكان المعيب

(١) المحلى ج ٨ ص ٣٧٩، المغنى ج ٤ ص ١١٠، خرشى ج ٤ ص ٦٨.

(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٨، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٣، ١٤٩ نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤٦.

وجه الصفة.

ومن ذهب إلى التخيير المذكور الشافعية أن كان التألف غير مستقل بحيث لا يصح أن يرد عليه العقد منفرداً وحصل التلف قبل القبض، والوجه في تخيير المشتري أن المبيع تغيير وهو من ضمان البائع ولتتمكن المشتري من الفسخ لم يحط عنه شيء من الثمن.

الرابع: يتخير المشتري بين الإمضاء ويسقط عنه حصة التألف من الثمن وبين الفسخ ويسقط عنه كل الثمن ومن (١) ذهب إلى هذا المالكية إن كان المبيع من ضمان البائع وكان مقوماً متحداً كدابة ودار وكان الباقي بعد التلف النصف فأكثر، وكذا إن كان الباقي أقل من النصف أن كان المبيع مثلياً، وإلى هذا ذهب الشافعية على المعتمد من مذهبيهم أن كان الباقي بعد التلف مستقلاً يمكن افراده بإيراد العقد عليه كتلف أحد ثوبين قبل القبض وتقدم أن هذا مذهب الحنفية إذا كان المبيع مكبلاً أو موزوناً أو ما جرى مجراه.

ووجه التخيير ما تقدم في الرأي الثالث، والوجه في سقوط حصة التألف من الثمن وقوع التلف في زمن ضمان البائع.

الخامس: يجب فسخ العقد ويحرم التمسك به ومن ذهب إلى هذا (٢) المالكية أن كان المبيع من ضمان البائع وكان الباقي بعد التلف أقل من النصف ولم يكن المبيع مثلياً ووجههم أن التمسك بالباقي يتضمن إنشاء عقد بثمن مجهول وهذا لا يجوز.

(١) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٨، شرح المنهاج للمطلى ج ٢ ص ١٤٣،
١٤٩، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤٦.
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٧.

هذا أن تلف البعض بأفة وكان العقد على البت:
أما بيع الخيار فلا يخلو أما أن يكون الخيار لأحد العاقدين أو لهما معا وان كان لأحدهما فأما أن يكون للبائع أو للمشتري.

فإن كان الخيار للبائع (١) وحده بقي على خياره لأن الهلاك لم يحصل بسبب من قبله فإن اختار فسخ العقد رد الثمن للمشتري إن كان قد أخذه ولا يطالب إن كان لم يأخذه لسقوطه بالفسخ ثم إن وقع التلف والمبيع من ضمان البائع لم يرجع على أحد بشيء وإن كان من ضمان المشتري فعليه أرش للتالف للبائع، وإن اختار البائع إمضاء العقد ثبت الخيار للمشتري عند الحنفية (٢) والمالكية والشافعية لتغير المبيع من غير سبب من قبل المشتري.

وعلى هذا إن اختار المشتري الإمضاء لزمه جميع الثمن وإن اختار الفسخ سقط عنه الثمن، وإلى هذا ذهب الحنابلة أيضاً إذا كان المبيع مكبلاً أو موزوناً أو ما جرى مجرى هذا ووقع التلف قبل القبض أما إن وقع التلف بعد القبض أو كان المبيع غير ما ذكر سواء حصل التلف قبل القبض أو بعده فإن اختار البائع الأمضاء لزم العقد من قبل المشتري لحصول التلف على ملكه عندهم.

وإن إنفرد المشتري بالخيار بقي على خياره إن كان المبيع

(١) بدائع ج ٧ ص ٣٣١٥، حاشية البجيرمي على شرح المنهاج ج ٢ ص ٤٩٢ -
المغنى ج ٣ ص ٥٥٦٩ ج ٤ ص ١٠٩ وما بعدها.

(٢) واستثنى الحنفية من هذا ما إذا تلف البعض بعد القبض فإن اختار البائع إمضاء العقد لزم المشتري وعليه جميع الثمن ولا يثبت له خيار لحدوث التلف والمبيع في ضمان المشتري راجع البدائع ج ٧ ص ٢٣١٥، المبسوط ج ١٣ ص ٦٤.

المسألة الثانية

في إتلاف أجنبي للمعقود عليه

المراد بالأجنبي هنا غير من وقع له العقد.

وقد اتفق فقهاء المذاهب على أنه يجب على الجاني ضمان ما اتلفه لأنه أهلك ما لا مملوكاً لغيره فيلزمه أن يفرم مثل ما اتلفه إن كان مثلها وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال.

ولا خلاف بين الفقهاء أيضاً في أنه إذا وقع الهلاك بعد قبض المشتري للمبيع على جهة المبيع فلا أثر للإتلاف على إمضاء العقد وعلى المشتري الثمن كاملاً للبائع ويرجع المشتري على الجاني ببديل ما اتلفه.

واختلفت كلمة الفقهاء فيما إذا وقع الإتلاف قبل القبض على المذاهب التالية:-

المذهب الأول: لا أثر للهلاك على العقد وليس للمشتري إلا الرجوع على الجاني ببديل ما اتلفه وللبيع على المشتري الثمن كاملاً.

ومن ذهب إلى هذا ابن حزم وكذا المالكية والحنابلة (١) على المعتمد عندهم.

المذهب الثاني: يثبت الخيار للمشتري إن شاء أمضى العقد ولزمه الثمن ورجع على الجاني بالبديل وإن شاء فسخ العقد وسقط

(١) الخرشي مع حاشية العدوي ج ٤ ص ٧٣ هذا واستثنى الحنابلة من هذا ما إذا كان في المبيع حق توفيه وتلف كلا أو بعضاً بفعل الأجنبي قبل القبض فالمشتري الخيار إن شاء فسخ وسقط عنه الثمن وإن شاء أمضى ولزمه الثمن ورجع على التالف بالبديل راجع المغني ج ٤ ص ١٠٧ - ١٠٢.

من ضمان (١) البائع فإن اختار الفسخ فالأمر ظاهر حيث يسقط عن الثمن وتكون تبعة الهلاك على البائع وإن كان المبيع (٢) من ضمان المشتري بقي على خياره أيضاً عند بعض الفقهاء منهم (٣) المالكية والشافعية لوجود الحاجة التي دعت إلى الخيار وعلى هذا إذا اختار الإمضاء لزمه جميع الثمن وإن اختار الفسخ سقط عنه الثمن وعليه البائع أرش التالف لوقوع التالف في ضمانه.

ومن الفقهاء من يرى أن التالف هنا يسقط به خيار المشتري لتعذر رد المبيع على البائع إذ من شرط الرد أن يكون المبيع على الحالة التي أخذه عليها المشتري.

وعلى هذا يتقرر العقد ويلزم المشتري جميع الثمن وممن ذهب إلى هذا الحنفية (٤) والحنابلة.

وإذا كان الخيار للمعاقد (٥) معاً فمن الفقهاء من يغلب جانب البائع كالمالكية لبقاء الملك في المبيع زمن الخيار للبائع ومن الفقهاء من يغلب جانب المشتري كالشافعية لأن الخيار مشروع وفقاً به، والله تعالى أعلم.

(١) كان يتلف البعض قبل القبض عند الحنفية والشافعية أو يكون في المبيع حتى توفيه عند المالكية والحنابلة.

(٢) كان يتلف البعض قد القبض عند الحنفية والشافعية على ما تقدم في الضمان راجع ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٣) الخرشي ج ٤ ص ٣٠، ٣١ حاشية البيجرمي ج ٢ ص ٢٩٢ وما بعدها نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي ج ٣ ص ١٤٣.

(٤) البدائع ج ٧ ص ٧ - ٣٣، البحر الرائق ج ٦ ص ١٥، المغني ج ٣ ص ٥٦٩.

(٥) الخرشي مع حاشية العدوي ج ٤ ص ٣١، حاشية البيجرمي على شرح المنهوج ج ٢ ص ٢٩٢ وما بعدها.

عنه الثمن ويرجع البائع على الجاني بالبدل ومن ذهب إلى (١)
هذا الحنفية وهو الأظهر من قول الشافعي.

المذهب الثالث: ينسخ العقد ويسقط الثمن عن المشتري
ويرجع البائع على الأجنبي بالبدل وإلى هذا ذهب الشافعي في
قول مرجوح إذا أنت جناية الأجنبي على المبيع جميعه.

أستدل أصحاب المذهب الأول بأن العلة بين البائع
والمبيع قد انقطعت لدخوله في ملك المشتري بالعقد الصحيح.

واستدل أصحاب المذهب الثاني على عدم الانقاسخ بأن
المبيع هلك إلى بدل فيقوم ماثم المبيع واستدلوا على ثبوت
الخيار للمشتري بأنه بالهلاك قد فاتت عين المبيع وقد يكون
المبيع مقصوداً للمشتري لميته فثبت له الخيار.

ويناقش هذا بما تقدم في دليل المذهب الأول.
واستدل من ذهب إلى الانقاسخ بالقياس (٢) على تلف
المبيع بأفة قبل القبض لتعذر التسليم.

ويناقش هذا بمنع الحكم في الأصل ولو سلم فقياس مع
الفرق لأن الهلاك بالأفة إلى غير بدل بخلاف الهلاك بفعل الأجنبي.

والراجع أن العقد لا يفسخ ولا يتطرق إليه الفسخ بسبب
جناية أجنبي على المبيع لأنه صار أجنبياً من البائع لخروجه عن
ملكه بالعقد الصحيح.

هذا في البيع على البت:

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٧، شرح المنهاج للمحلى ج ٢ ص ٢١٢، رد المحتار ج ٤
ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) المهذب ج ١ ص ٢٩٦.

أما بيع الخيار فيبقى الخيار لصاحب الحق فيه لوجود (١)
مقتضاه ثم أن تم البيع لزم المشتري الثمن ورجع على الجاني
بالبدل (٢)، وأن فسخ سقط عنه الثمن ورجع البائع على الجاني
بالبدل.

المسألة الثالثة

في إتلاف البائع للمبيع

اتفقت كلمة الفقهاء على أنه إذا هلك المبيع بحناية من
البائع وكان ذلك (٣) بعد القبض فإن العقد يبقى على حاله لا
ينفسخ ولا تطرق إليه الفسخ بسبب هذا الهلاك فيلزم المشتري أن
يدفع الثمن كاملاً للبائع ويضمن هذا للمشتري بدل ما اتلفه،
ويستوى في هذا أن تكون الجناية على كل المبيع أو على بعضه.

أما إذا حصلت جناية البائع على المبيع قبل قبض
المشتري له على جهة البيع فقد اختلفت كلمة الفقهاء على الوجه
التالي:-

(١) واستثنى الحنفية من ذلك ما إذا وقعت الجناية بعد القبض فيسقط الخيار
لقوات شرط الرد وهو أن يرد المشتري المبيع على الحالة التي قبضه عليها
وإذا سقط الخيار لزم العقد وعلى المشتري الثمن كاملاً للبائع ورجع على
الجاني بالبدل راجع لبدائع ج ٧ ص ٧ - ٢٣ مجموع ٩ ص ٢٣٧.

(٢) واستثنى المالكية من ذلك ما إذا تلف بعض المبيع بجناية الأجنبي فإن
الأثر يكون للبائع لحصول الجناية على ملكه والمشتري الخيار إن شاء أخذ
المبيع ناقصاً بجميع الثمن وإن شاء فسخ وسقط منه الثمن - راجع الخرشى
ج ٤ ص ٣٠.

(٣) واستثنى الحنفية والشافعية من هذا ما إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن
من البائع في القبض أو قبضه لا على وجه البيع فإنه لا حكم لهذا القبض
ويعتبر الهلاك في حكم ما قبل القبض - راجع البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٨،
٣٢٤٣، البحر الرائق ج ٦ ص ٦.

الرأى الأول: يبقى العقد قائماً فلا يفسخ ولا يثبت للعاقده الخيار في فسخه بسبب الهلاك وما دام العقد قائماً لزم العاقدين الوفاء بمقتضاء فعلى المشتري الثمن كاملاً للبائع وعليه بدل ما اتلفه للمشتري، ومن ذهب إلى هذا (١) المالكية وابن حزم سواء كان المبيع من ضمان المشتري أو من ضمان للبائع وسواء أتت الجناية على كل المبيع أو على بعضه، وهذا هو الراجح عند الحنابلة إذا كان المبيع من ضمان المشتري بأن لم يكن فيه حق توفيه أي ليس مكبلاً ولا موروناً ولا جرى هذا.

الرأى الثانى: يتخير المشتري إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه ومن ذهب (٢) إلى هذا الحنابلة أن وقعت الجناية والمبيع من ضمان البائع سواء الكل أو البعض وهو رأى مرجوح للشافعية أن هلك كل المبيع وإلى هذا ذهب الحنفية وهو الراجح عند الشافعية أن هلك بعض المبيع بجناية البائع.

الرأى الثالث: يفسخ العقد ويسقط الثمن عن المشتري فلا يطالب به أن كان لم يدفعه ويسترده أن كان قد دفعه، ومن ذهب

(١) الخرشى مع حاشية العدوى ج ٤ ص ٧٢ - المغنى ج ٤ ص ١١٠.

(٢) واختلفت الذاهيون إلى هذا في حال الإمضاء هل يلزم المشتري جميع الثمن أو يسقط عنه حصة التالف ذهب إلى الأول الشافعية والحنابلة لأن العقد لا يتجزأ ولا ضرر في هذا على المشتري تمكنه من الفسخ وعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالبدل إذا أهلك الكل عند الحنابلة، وهل يرجع بأرش ما نقص أن هلك البعض ذهب إلى هذا الحنابلة قياساً لإتلاف البائع على إتلاف الأجنبى وهو رأى مرجوح للشافعية والأرجح عندهم عدم الرجوع قياساً على تلف البعض بأفة أما الحنفية فيرون أن المشتري أن اختار الإمضاء لزمه الباقي بحصته من الثمن لإفساخ العقد في القدر التالف، راجع البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٩، البحر الرائق ج ٦ ص ١٦، شرح المنهاج للمحلى ج ٢ ص ٢١٢، المغنى ج ٤ ص ١٠٩.

إلى هذا الحنفية (١) وهو الراجح من مذهب الشافعية إذا هلك كل المبيع بجناية البائع.

استدل أصحاب الرأى الأول بأن المبيع صار ملكاً للمشتري بالعقد الصحيح فلا يفسخ العقد بإتلاف البائع للمبيع كما لو اتلفه بعد القبض وليس للمشتري إلا الرجوع على الجانى ويستوى في هذا البائع وغيره ممن هو أهل للتضمن.

واستدل أصحاب الرأى الثانى على ثبوت التخيير بهلاك الكل بقياس إتلاف البائع على إتلاف الأجنبى لوجوب الضمان في كل.

واستدل من خص التخيير بإتلاف البعض بأن المبيع قد تغير وهو بيد البائع فيثبت للمشتري الخيار كما لو تلف بعض المبيع بأفة قبل القبض.

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفرق لأنه في حال التلف بأفة لم يوجد مقتضى للضمان بخلاف إتلاف البائع.

واستدل أصحاب الرأى الثالث بأن المبيع في يد البائع مضمون عليه بالثمن لأنه لو تلف في يده بأفة سقط الثمن عن المشتري، وإذا كان المبيع مضموناً بالثمن فلا يكون مضموناً بضمان آخر لأن المحل الواحد لا يقبل ضمانين مختلفين في وقت واحد.

ويناقش هذا بأن المبيع في يد البائع مضمون بنفسه لخروجه عن ملك البائع بالعقد الصحيح فيكون مضموناً بالمثل في المثليات والقيمة في غيرها.

(١) البدائع ج ٧ ص ٣١٣٥، البحر الرائق ج ٦ ص ١٥، شرح المنهاج للمحلى ج ٢ ص ٢١١.

والراجع القول بعدم تأثير الإلتلاف هذا على العقد لأن
البائع في حكم الأجنبي هذا في البيع البات.
أما بيع الخيار فإن انقرد به البائع فمن الفقهاء من يرى أن
العقد يفسخ سواء وتمت جناية البائع قبل القبض أو بعده وسواء
أنت على كل المبيع أو بعضه، وممن ذهب إلى هذا الحنفية (١)
والمالكية وهو الراجح من مذهب الشافعية.
ومن الفقهاء من يرى أن العقد لا يفسخ بل يبقى ويكون
للبيع الخيار إن شاء فسخ ولا يلزم الثمن المشتري وإن شاء
البائع أمضى العقد ويكون المشتري بالخيار وإلى هذا ذهب
الشافعية في رأى إن كان الإلتلاف جزئياً.

أستدل الأولون بأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع لثبوت
الخيار له فتكون الجناية حصلت من البائع على ملكه فيفسخ العقد
لتعذر استقرار المبيع في ملك المشتري.
ويناقش هذا بان المبيع قد خرج عن ملك البائع بالعقد
الصحيح كما تقدم في الملك ولا اثر للخيار على نقل الملك وإنما

(١) وذكر ابن بختيم في البحر أن البائع إذا ألتف بعض المبيع في زمن خياره
فإن البيع ينتقص بقدر ما تلف لأن ما يحدث بفعل البائع يكون مضموماً عليه
وتسقط به حصته من الثمن، وذكر للكاساني في البدائع أن البيع يبطل في
هذه الحالة لما يلزم على أمضائه من تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام.
واستثنى المالكية ما إذا ألتف البائع بعض المبيع غير متعمد فإن البيع لا
ينفسخ لعدم دلالة الإلتلاف على إختبار الفسخ لإلتقاء القصد ويبقى البائع
على خياره فإن فسخ فالأمر ظاهر وإن أجاز ثبت الخيار للمشتري إن شاء
أمضى البيع وعليه الثمن كاملاً وإن شاء فسخ ولا شئ عليه.

وهذا هو الراجح عند الشافعية أن كان الإلتلاف جزئياً سواء كان الإلتلاف
عمداً أو خطأ - راجع البدائع ج ٧ ص ٢٢٣٦، ٣٣١٣، ٣٢١٥، البحر الرائق
ج ٦ ص ١٠ - الخرشي مع حاشية العدوى ج ٤ ص ٣١، نهاية المحتاج ج ٣ ص
١٤٧، المجموع ج ٩ ص ٢٣٨.

أثره في لزوم العقد وتقدم لزومه وما دام ذلك كذلك تكون جناية
البائع وقعت على مال مملوك لغيره فتكون مضمونة عليه.
واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه بأنه في حال إلتلاف
البعض لا يتعذر إمضاء العقد لبقاء المحل في الجملة، ووجه خيار
المشتري أن الإلتلاف هنا إلى غير بدل لأن الصحيح عندهم أن
إلتلاف البائع كالتلف بأفة وعلى هذا فلو ألزمت المشتري بالعقد
لحقه الضرر لموات بعض المبيع إلى غير بدل.
ويناقش هذا بأن إلتلاف البائع لا يصح قياسه على التلف
بأفة والفرق ظاهر.

والراجع أن خيار البائع يسقط لدلالة فعله على اختيار
الفسخ فكان البائع باتلافه للمبيع كلا أو بعضا قد اختار فسخ
المبيع فيفسخ العقد بناء على هذا.

وإن كان الخيار للمشتري فقد اختلفت كلمة الفقهاء على
المذاهب التالية: المذهب الأول يبقى المشتري على خياره أن شاء
فسخ العقد وسقط عنه الثمن وإن شاء أمضى وعليه الثمن كاملاً
ويرجع على البائع بضمان ما ألتفه، وممن ذهب إلى هذا
المالكية (١) إذا كانت جناية البائع عمداً وإلى هذا ذهب الشافعية
على الراجح إذا وقعت الجناية بعد القبض سواء كانت عمداً أو
خطأً.

المذهب الثاني: يبقى المشتري على خياره أيضاً لكن أن

(١) واستثنى المالكية من هذا ما وابقوا فيه أصحاب المذهب الثاني راجع
الخرشي ج ٤ ص ٣١ - المجموع ج ٩ ص ٢٢٧.

اجاز لزمه الثمن كاملا ولا يرجع على البائع بشئ، ومن ذهب (١) إلى هذا الحنفية إذا كان الاتلاف جزئيا حصل قبل القبض وواقفهم الشافعية في هذا على الراجح من مذهبهم وبهذا قال المالكية إذا كان إتلاف البعض وقع من للبائع على سبيل الخطا سواء كان قبل القبض أو بعده.

المذهب الثالث: يسقط خيار المشتري ويلزم العقد وعلى المشتري الثمن كاملا ويرجع على الجاني بضمان ما جنى عليه ومن ذهب إلى هذا (٢) الحنفية إذا وقعت جنابة البائع بعد القبض سواء أتت على كل المبيع أو على أو بعضه.

المذهب الرابع: يسقط الخيار وينفسخ العقد وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية إذا أتت جنابة البائع على جميع المبيع قبل القبض.

استدل أصحاب المذهب الأول بأن خيار المشتري باق لوجود ما يقتضيه والجنابة هنا لا تصلح مسقطا للخيار لعدم إشعارها بقصد المشتري على الاختيار ثم الاتلاف هنا إلى بدل لوقوعه من شخص على مال مملوك للغير ولذلك يرجع المشتري أن اجاز البيع ببدل التالف على المتلف.

واستدل أصحاب المذهب الثاني على بقاء الخيار بما تقدم واستدلوا على أن المشتري لا يرجع على البائع بالرغم إن اجاز

(١) رد المختار ج٤ ص٤٧، المجموع ج٦ ص٢٣٧، ٢٣٨، الخرشي ج٤ ص٣١.
(٢) البحر الرائق ج٦ ص١٥، البدائع ج٧ ص٢٣٠٧، هذا وقد حكى ابن بحيم في البحر والکاساني في البدائع والکمال في المتح عن بعض الحنفية أن المبيع إذا تعيب بفعل البائع في يد المشتري زمن خياره بقي المشتري على خياره إن شاء أمضى العقد ورجع على البائع بضمان ما اتلفه وإن شاء فسخ راجع البحر الرائق ج٦ ص١٥ والبدائع ج٧ ص٢٠٨ - فتح القدير ج٥ ص١١٨.

البيع بأن إتلاف البائع في هذا الحالة كالتلف بأمر رصاوى وهذا مردود بما تقدم من أن الجنابة وقعت من البائع على غير ما يملكه. واستدل أصحاب المذهب الثالث بأن المبيع في هذه الحالة يمنع رده لأن من شرط الرد بقاء المبيع على حالة وإذا امتنع الرد سقط خياره المشتري لعدم الفائدة من بقاءه وإذا سقط الخيار لزم العقد لأن الأصل في البيع اللزوم.

واستدل أصحاب المذهب الرابع بأنه إذا هلك المبيع قبل القبض لعذر تسليمه إلى المشتري وهو مستحق بالعقد فيتعذر إمضاء العقد فيفسخ.

ويناقش هذا بأن التسليم غير متعذر لأن بدل التالف يقوم مقامه.

والراجح ما ذهب إليه المالكية ومن واقفهم لأنه لا وجه لسقوط خيار المشتري لأن مقتضى قبوت الخيار له ثبوت حق الاختيار بين الفسخ والاجازة ولم يصدر منه ما يشعر بواحد منهما وعلى هذا فمن حق المشتري أن يحيز البيع ويطالب البائع بالبدل ومن حقه أن يفسخ ويطالب بالثمن إن كان قد دفعه ويسقط عنه إن لم يكن دفعه.

والله تعالى أعلم.

المسألة الرابعة

في ائلاف المشتري للمبيع

لا خلاف بين الفقهاء في أن تبعة الهلاك هنا تكون على المشتري لوقوع الائلاف منه ثم إن كان البيع باتا اعتبر المشتري قابضا (١) لما أتلفه وعليه الثمن المسمى للبائع. وكذلك الحكم أن وقع العقد على الخيار وكان للمشتري لأنه بالائلاف يكون متصرفا في المبيع بما (٢) يشعر بالرضا. وإن كان الخيار للبائع فقد اختلفت كلمة الفقهاء ويمكن جمع الآراء في مذهبين:

الأول: يبقى البائع على خياره فإن شاء أمضى العقد وله الثمن على المشتري، وإن شاء فسخ فيسقط الثمن عن المشتري ويغرم لبائع بدل ما أتلفه. ومن ذهب إلى هذا المالكية (٣) سواء كان الائلاف كليا أو

(١) وحكى عن الشافعي قول مرجوح فيما إذا أتلف المشتري المبيع وهو غير عالم بأنه المبيع فاتلافه في هذه الحال لا يعتبر قبضا ومقتضى هذا أن العقد يفسخ راجع نهاية المحتاج للمرمل ج ٣ ص ١٤٣.
(٢) راجع البدائع ج ٧ ص ٢٢٢٦، ٣٣١٤، الخرشي مع حاشية العدوي ج ٤ ص ٣٢، ٧٢، حاشية البيجري على شرح المنهج ج ٢ ص ٢٩٤ - المغنى ج ٤ ص ١٠٩، ٣ - ٥٦٩.

هذا وقد استثنى المالكية من هذا ما إذا أتلف المشتري بعض المبيع على سبيل الخطأ فإنه يبقى على خياره لأنه لم يصدر منه ما يدل على الرضا فان شاء أمضى العقد ولزمه الثمن وإن شاء فسخ وغرم لبائع أوش الجناية ومن المالكية من يرى أن على المشتري للبائع نقص ما أتلفته جنائته سواء تم العقد أو فسخ فإن تم لزم المشتري للبائع الثمن وضمان للتالف وإن فسخ العقد فعلى المشتري ضمان التالف، وإنما ضمن المشتري ما أتلفه لأن المبيع زمن الخيار على ملك البائع عند المالكية راجع حاشية الدسوقي ج ٢ - ١٠٥.

(٣) الخرشي ج ٤ ص ٣٢، المغنى ج ٣ ص ٥٦٩، البدائع ج ٧ ص ٣٢١٥.

جزئياً ووافقهم الجناية في رواية وبه قال الحنفية إذا كان الائلاف جزئياً وهو للراجع عند الشافعية.

الثاني: يسقط الخيار وقد اختلف المذاهبون إلى هذا فمنهم من يرى أن العقد يلزم ويستقر الثمن للبائع على المشتري ومن هؤلاء الحنابلة في رواية، ومن ذهب إلى سقوط الخيار من يرى أن العقد يفسخ فيسقط الثمن عن المشتري ويلزم للبائع البديل ومن هؤلاء الحنفية إن كان الائلاف كليا وهو الراجع عند الشافعية. استدل من ذهب (١) إلى بقاء الخيار بأن السبب الذي اقتضاه موجود فيبقى الخيار بقاء الداعي إليه.

واستدل من ذهب إلى سقوط الخيار ولزوم العقد بالقياس (٢) على ما لو وجد المشتري بالمبيع عيباً ثم تلف في يده فإنه يلزم العقد ولا يجوز للمشتري للفسخ.

ويناقش هذا بابداء الفرق لأن الخيار في المقبس عليه كان ثابتاً للمشتري بخلاف ما نحن فيه فإن الفرض أن الخيار للبائع:

واستدل من ذهب إلى سقوط الخيار وانقضاء العقد (٣) بأن المبيع بالهلاك قد وصل إلى حالة لا يمكن إنشاء العقد عليه فيها فيفسخ العقد.

ويناقش هذا بأن الإجازة ليست للعقد إذ لو كذلك لوجب استئناف العقد ولم يقل بذلك أحد وإذا لم تكن الإجازة إنشاء فلا يشترط لها ما يشترط للإنشاء، ولو سلم فإن المبيع هلك إلى بدل فيكون قائماً في المعنى لقيام البديل مقامه وإذا كان ذلك كذلك

(١) المجموع ج ٩ ص ٢٢٧.

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٦٩.

(٣) البدائع ج ٧ ص ٣٣١٣.

الحق في الخيار فإن فعله هذا يعتبر مشعراً بالاختيار فمثلاً إن كان الخيار للمشتري وجنى على المبيع أشعر هذا باختياره لإمضاء العقد وإن كان الخيار للبائع وجنى على المبيع كان هذا إشعاراً باختياره للفسخ.

والله تعالى أعلم

يمكن إيراد العقد عليه. والراجع القول ببقاء الخيار إذا لا وجه لسقوطه وإذا بقي الخيار فمقتضاة تخيير البائع بين الإمضاء والفسخ.

هذه آراء الفقهاء في تلف المبيع أو اتلافه ويظهر مما قدمناه أن الأصل عدم تأثير على العقد فلا يفسخ بذلك ولا يكون محتملاً للفسخ إذا وقع التلف أو الاتلاف والمبيع من ضمان المشتري وليس للمشتري إلا أن يرجع على الجاني.

وإذا كان في العقد خيار والحالة هذه فقد يكون محتملاً للفسخ بناء على الخيار. وإن وقع التلف أو الاتلاف والمبيع من ضمان البائع انفسخ العقد إن كان التلف أو الاتلاف كلياً أما إن فات بعض المبيع فإن العقد يكون محتملاً للفسخ.

وواضح من هذا أن الخلاف في هذا راجع إلى اختلاف الفقهاء في الملك والضمان متى وبم ينتقلان.

وقد تبين في المطلب الأول أن الراجع انتقال الملك والضمان إلى المشتري بالعقد الصحيح إذا لم يكن في المبيع حتى توفية سواء كان العقد على البت أو على الخيار وعلى هذا فالراجع أن العقد لا يفسخ ولا يحتمل الفسخ بسبب التلف أو الاتلاف سواء كان هذا جزئياً أو كلياً متى وقع بعد العقد الصحيح ولم يكن في المبيع حتى توفية، فإن كان فيه حق توفية وحصل الفوات بعد القبض فكذلك الحكم وإن وقع القبض انفسخ العقد إن كان الفوات كلياً لا إلى بدل وكان محتملاً للفسخ من قبل المشتري إن كان الفوات جزئياً.

والراجع أن الخيار لا يسقط بالتلف ولا الاتلاف لعدم اشعار هذا باسقاط الخيار إلا إذا وقع الاتلاف بفعل من قبل صاحب