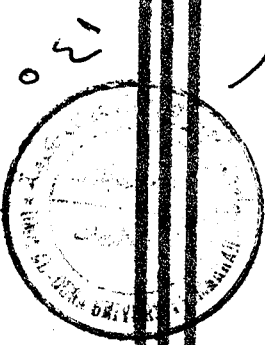


المملكة العربية السعودية
جامعة دار العلوم والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فروع الفقه والأصول
مكة المكرمة



خيار الرهن والعين وأثرهما في العقود

رسالة مقدمة لنيابة دار حجة الإمامية



إعداد
د. محمد رفعة
٢٥٤٦ ر.

إشراف
فضيلة الأستاذ
الدكتور يوسف سليمان السنهوري

التم الجامعي
١٤٠٢ - ١٤٠٣ هـ
١٩٨٢ - ١٩٨٣ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَبِهِ نَسْتَعِينُ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين
وعلى آله وأصحابه أجمعين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .
أما بعد :

فان الاسلام قد اهتم بتنظيم العلاقات البشرية في البيع والشراء والامارة
والفكاح وغيرها من المعاملات فحرم الغش والتغريب والتدليس وغيرها مما يؤدي
الى انعدام رضا العاقدين ، وأمرها بالصدق ، يذكر ما في الثمن والعشرون
من العيوب ، وان كذبا وعدها ينزع البركة من بيعها .

واعتبر الكسب بغير التراضي اكل المال بالباطل فيها . لان الرضا
اساس في التعاقد فاذا انعدم او اختلف ذلك جعل الشارع للعاقد خيارا فسخ
فسخ العقد لتدارك الضرر المحتمل في هذا العقد . لانه القزم عالم يرضيه .
ومن هذه الخيارات التي ثبتت لاجل ذلك : خيار الرؤية والسبب
وقد اخترتها موضوع لهذه الرسالة لكثرة وقوعها في الحياة الاجتماعية .

أما المنهج الذي اتبعته في هذا البحث فانه ذكرت أولا آراء الفقهاء
في المسألة ثم عرضت أدلتهم فناقشتها من الجانبين ، ثم ذكرت ما ترجح
لدى من الآراء ، وان لم يظهر لي وجه الترجيح سكت عنه .

— الاعتذار :

١ — لقد حاولت أن أذكر في كل مسألة رأي كل مذهب من المذاهب الأربعة
الا أنه لم يتمكن لي ذلك — كما شئت — في الباب الاول في خيار الرؤية .
والسبب في ذلك أن أصل هذا الخيار — وهو بيع الغائب — لم يصح عند
بعض المذاهب كما هو في مذهب الشافعي وأحد رحمته الله . ولهذا
لم يتعرضوا لتفصيل مسائل خيار الرؤية .

والبعض الآخر تمسك بتفاصيل بيع الفائب بالصفة دون تعرض لمسائل خيار الرؤية كما فعله المالكية .

أما الحنفية فانهم فقط جعلوا بابا خاصا لهذا الخيار وتوسعوا في ذكر مسائله . ولذلك تجد ان آراء الحنفية في مسائل خيار الرؤية أكثر من غيرهم .

٢- أما التناسب بين أحجام الفصول فان الفقهاء ذكروا مسائل هذين الخيارين بالتفصيل في البيع . اما في غيره من عقود المعاوضات كالأجارة والقسمة فقد انصرفوا عن إعادة تفصيلها اكتفاً بالاشارة الى ما سبق في البيع . ولذلك اختلف حجم الفصول من فصل الى آخر .

أما خطة الرسالة :

فانها تكونت من التصهيد والباين :

أما التصهيد فهو عبارة عن تعريف العقد واقسامه والخيارات التي تثبت في العقود ، والحكمة في ثبوت الخيار في العقود ، والعقود التي يثبت فيها خيار الرؤية والعيب .

أما الباب الاول فهو خيار الرؤية يتألف من فصلين والمباحث . الفصل الاول ذكرت فيه مسائل خيار الرؤية في البيع في خمسة مباحث تكلمت في المبحث الاول عن معنى الخيار والرؤية وشأن العقد مع وجود هذا الخيار . وفي المبحث الثاني أتيت بآراء الفقهاء في بيع الفائب وادلتهم في ذلك . وفي المبحث الثالث استعرضت فيه لما يقصد من الرؤية في مختلف الصور وفصلت فيه آراء الفقهاء في بيع الاعى وشراؤه حيث لا توجد منه الرؤية . وفي المبحث الرابع تكلمت فيه من وقت ثبوت خيار الرؤية ومدى هذا الوقت .

وفي المبحث الاخير من هذا الفصل جاء فيه ما يسقط به الخيار ما يدل على
الرضا صريحا أو دلالة ●

أما الفصل الثاني ذكرت فيه موجزا ما يثبت فيه هذا الخيار من سائر
المعقود من الاجارة والقسم والصلح عن المال .

أما الباب الثاني فهو في خيار العيب . ففصلته الى اربعة فصول :
الفصل الاول : ذكرت فيه خيار العيب في البيع في سبعة مواضع . بينت
في المبحث الاول عن معنى العيب الميث للخيار وعن مشروعيتها ، وعن حكم
البيع مع وجود هذا الخيار ، وفي المبحث الثاني أوردت الشروط اللازمة
لثبوت هذا الخيار ، وفي الثالث الحالات التي يمتنع الرد فيها ، وفي الرابع
تكلت عن الخصومات التي تقع بين المتعاقدين في سائل خيار العيب
وطريق حلها ، وفي المبحث الخامس عما يتعلق بالرد من الرد أو الاستسكان
ومؤنة الرد وغيرها . وفي السادس أثر البراءة من العيوب عند المقدم في هذا
الخيار . وفي المبحث الاخير تحدثت فيه عما يسقط به خيار العيب .

أما الفصل الثاني فهو في سائل خيار الرد بصيب التصرية : معناها
ومشروعية الرد بها ، اختلاف الفقهاء في الاخذ بحديث المصراة ومنشأ الخلاف
في ذلك ، كيف ترد المصراة على بائعها وما الى ذلك مما يتعلق بها من
الاحكام .

أما الفصل الثالث في خيار العيب ^{في النكاح} يتكون من اربعة مواضع . ذكرت في
المبحث الاول أسماء العيوب الواردة في الكتب وشرحتها ثم اوردت آراء الفقهاء
في ثبوت خيار العيب في النكاح وادلتهم مع مناقشتها . وفي الثاني بينت احكام
التفريق بهذه العيوب ، وفي المبحث الثالث حققت فيه ان هذه العيوب هل
هي جاءت على سبيل الحصر او يجوز القياس عليها . وفي المبحث الاخير

من هذا الفصل تجد مسائل ما يترتب على هذا التفريق من طلب الفرقة وكيفيتها
وحكم الصداق بحد الفرقة ، وكذا العدة والنفقة والسكنى .

وأما الفصل الرابع والاخير فتكلمت فيه موجزا عن ثبوت خيار العيب في
سائر العقود .

وختمت البحث بكلمة موجزة عن هذين الخيارين .
ثم ذيلته بذكر قائمة المصادر على حسب موضوعاتها مع مراعاة الترتيب
الابجدي في كل موضوع .

وهي . . .

فان هذا هو ما تيسر لي في بحثه من خيار الروية والعيب ، وأضعه
بين يدي المناقشين الفاضلين ليتبين طافيه من الخطأ والصواب .
وأخيرا . . .

فاني أشكر الله العلي القدير على نعمه التي لا تحصى . ثم أقدم شكري
وتقديري للاستاذ الفاضل يونس سليمان السنهوري لاشرافه على هـذا
الرسالة بهذا جهدا فوق طاقته . وأشكر ايضا للاستاذين المناقشين لقبولهما
مناقشة هذه الرسالة .

ثم أقدم شكري للمسؤولين في كلية الشريعة والدراسات الاسلامية
لما منحوني هذه الفرصة الطيبة .

وأسال الله أن يحفظنا من الزلل وأن يرشدنا الى الصواب ويهدينا
الى الصراط المستقيم .

وأخرد هوانا أن الحمد لله رب العالمين .

التمهيد

- تعريف العقد وأقسامه ،
- الخيارات الثابتة في العقود ،
- العقود التي ينبت فيها خيار الرؤية والعيب .

١- تعريف العقد وأقسامه :

أولا : تعريف العقد :

العقد في اللغة الشدّ والتوثيق والاحكام ، يقال : عقد طرفي الحبل ونحوه أي وصل أحدهما بالآخر بعقدة تسكهما فأحكسهما وصلهما ، وعقد البيع أي شدّه وأكده (١) .

وفي الاصطلاح :

عرفه صاحب البحر الرائق بأنه ربط أجزاء التصرف ، أي الأيجاب والقبول شرطا (٢) .

وأريد بالربط هنا الحاصل بالمصدر وهو الارتباط (٣) .

والرضا أساس في التعاقد لقوله تعالى : " يا أيها الذين

آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم " (٤) .

(١) المعجم الوسيط ، ترتيب القاموس المحيط ، مقاييس اللغة

• ٨٦/٤

(٢) البحر الرائق / ٥ / ٢٨٣ . انظر : مجلة الاحكام ، مادة : ١٠٣ ،

١٠٤ ، مرشد الحيران ، مادة : ٢٦٢ .

(٣) البحر الرائق / ٥ / ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٤) سورة النساء / آية ٢٩ .

وهو عبارة عن توافق الارادتين ، ولما كانتا خفيتين فطريق اظهارهما مستحيل
التعبير عنهما بكل ما يدل عليهما من قول أو فعل . وبسبب هذا التفسير
الصالح من العاقدين بالايجاب والقبول (١) .

الايجاب لفة ، الالتزام والاثبات ، وفي اصطلاح الفقهاء : ما يذكر
أولا من كلام المتعاقدين الدال على الرضى به ، سواء وقع ذلك من البائع
كبعث أو من المشتري ، كاشترى ، سعى بذلك لانه يثبت خيار القبول
للاخر .

والقبول : هو اللفظ الصالح لثانيا ، الواقع جوابا للأول (٢) .
والذى يربط بين الايجاب والقبول يسمى عقدا (٣) .

ثانيا : أقسام العقد :

ينقسم العقد الى تقسيمات مختلفة لاعتبارات مختلفة :
فينقسم أولا من حيث توافر أركانه وشروطه الى صحيح وباطل ~~عقود~~
الجمهور والى صحيح وفاسد وباطل عند الحنفية .
وينقسم ثانيا من حيث الوقت الذى تترتب فيه آثاره الى عقد نافذ
وموقوف .

(١) المدخل الفقهي العام / ١ / ٢٩٣ .

(٢) البحر الرائق / ٥ / ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٣) المدخل الفقهي العام / مصطفى زرقا / ١ / ٢٩٣ .

وينقسم ثالثا من حيث امكان التحلل من آثاره بعد ترتيبها السو لازم
وغير لازم أى جائز (١) .

والذى يهنا منها فى هذا البحث هو تقسيه من حيث اللزوم وغير
اللزوم لارتباطهما بالخيارات .

العقد اللازم والجائز

تعريفهما :

العقد اللازم هو كما عرفه الشيخ طى الخفيف : ما لا يستقل بفسخه
أحد طرفيه اذا كان خاليا عن الخيارات (٢) . وهذا المعنى جا فى
مجلة الاحكام : " البيع اللازم هو البيع النافذ العارى عن الخيارات " (٣) ،
وذلك كالبيع والاجارة كما يأتى .
والعقد الجائز هو ما يستقل أحد طرفيه بفسخه كالشركة والوكالة (٤) ،
وفى مجلة الاحكام : " البيع غير اللازم : هو البيع النافذ الذى فيه أحد
الخيارات " (٥) .

(١) المدخل ، حسين حامد / ٤٢٩ ، المدخل / عبد الكريم زيدان /

٠٣٦٥

(٢) مختصر أحكام المعاملات / طى الخفيف / ١١٦ .

(٣) مجلة الاحكام ، مادة : ١١٤ .

(٤) البحر الرائق / ٥ / ٢٨٢ .

(٥) مجلة الاحكام / مادة : ١١٥ .

— تقسيمها عند الفتحاء :

وقد تعرض الزهوي في شرح المجموع لتقسيم العقود الى اللازم والجائز في صدر بيان العقود التي يثبت فيها خيار المجلس فقال :

العقود ضربان : جائزة ولازمة ،
والجائزة اما أن تكون جائزة من الطرفين كالشركة والوديعة والعارضة
والدين والقراض والجمالة ،
واما جائزة من أحد الطرفين كالضمان والرهن والكتابة .
فلا خيار في هذه العقود كلها لأن العاقد يتمكن من الفسخ متى شاء .
أما اللازمة فهي اما واردة على العين كالبيع والصرف والسلم والتولية
والتشريك وصلاح المعارضة ، فيثبت فيها خيار المجلس . واما واردة على
المنفعة كالنكاح والاجارة (١) .

أما صاحب المغنى فقسم العقود الى ستة أقسام :

أحدها : عقد لازم يقصد منه العوض كالبيع وما في معناه . وهو زوجان :
النوع الاول : يثبت فيه خيار المجلس والشرط وهو البيع
والصلح والهبة بعوض والاجارة في الذمة .
والنوع الثاني : وهو كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه
ولا يثبت فيها خيار الشرط وفي خيار المجلس
روايتان .

ثانيها : عقد لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيها خيار .
ثالثها : عقد لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن ، لازم في حق
الراهن جائز في حق المرتهن ، فلا يثبت فيه خيار ، وكذلك
الضمان والكفالة .

رابعها : عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة
والوديعة والوصية ، فلا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها .
خامسها : ما يتردد بين الجواز واللزوم كالساقاة والمزارعة .
سادسها : عقد لازم يستقل بالفسخ فيه أخذ المتعاقدين كالحوالاة
والأخذ بالشفعة فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار
له (١) .

ويمكن ارجاع هذه الاقسام الستة الى ثلاثة أقسام : لازم وجائز
وما يتردد بينهما .

فتبين ما سبق أن العقد الجائز لا حاجة فيه الى خيار لأن من كان
العقد بالنسبة له جائزا فله أن يفسخه متى شاء أصلا ، سواء كان جائزا
من الطرفين أو من أحدهما .

أما العقد اللازم فلا بد من خيار فيه شرطا أو شرطا أو دلالة لثلا
يكون الزاما على المتعاقدين في قبوله بدون رضاه به . فإذا ثبت في العقد
اللازم خيار أصبح جائزا بالنسبة لمن له هذا الحق . الا اذا كان العقد
ما لا يحتل الفسخ فلا يثبت فيه الخيار كالخلع .

أسباب لزوم العقد :

لزوم العقد يرجع الى سببين :

أولها : خلوه من الخيارات . وبهذا المعنى جاء في الهدائع " وأما شرائط لزوم البيع بعمد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد : وهو أن يكون خاليا عن خيارات أربعة : خيار التعمين وخيار الشرط وخيار المصيب وخيار الرؤية " (١) وخيار المجلس عند من يقول به .
والثاني : أن يكون العمد ما لا يحتل الفسخ على أية حال كالخلع (٢) .

الحكمة في وجود الخيارات في العقود اللازمة :

" هي التأكد من رضی الماقدین فی انشاء العقد وامثاله .
ولأن الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان الى هذه الخيارات ، فالإنسان قد يشتري مثلا ، سلعة ، ويخفى عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ، ثم يطلع عليه فيما بعمد ، فمن العدل أن يعطى هذا المشتري الخيار في فسخ العقد أو ابقائه " (٣) .

...

-
- (١) بدائع الصنائع / ٢٢٨ / ٥ ، انظر : البحر الرائق / ٥ / ٢٨٢ .
(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية / على الخفيف / ١١٦ .
(٣) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية / عبدالكريم زيدان / ٣٧٧ .

٢- الخيارات الثابتة في العقود :

عدد هذه الخيارات تختلف من مذهب الى آخر؛
 فعند المالكية أن الخيار ينقسم الى خيار ترو وخيار نقيصة . أما
 خيار الترو فيثبت بالشرط لا بالمجلس . وأما خيار النقيصة فينقسم الى
 ماوجب لفقد شرط والى ماوجب لظهور عيب في المبيع (١) فصار عدد
 الخيارات عندهم ثلاثة : خيار الشرط ، وخيار الخلف في الصفة ،
 وخيار العيب . وليس عندهم خيار المجلس .

وعند الشافعية الخيار ضربان : خيار نقص وخيار شهوة . والاول
 هو خيار العيب . ولثبوت خيار الشهوة سهبان : المجلس والشرط وهما
 خيار المجلس وخيار الشرط . ويقا ف عليها خيار الرؤية ان قيل بصحة
 بيع الغائب (٢) .

أما عند الحنابلة فان الخيار على حسب أسبابه سبعة عندهم
 خيار المجلس وخيار الشرط وخيار الفمن وخيار التدليس وخيار العيب ،
 وخيار يثبت في التولية ، وخيار يثبت لا اختلاف المتبايعين (٣) .
 وأما عند الحنفية فالخيارات المشهورة أربعة عندهم : خيار الشرط
 وخيار التميمين وخيار الرؤية ، وخيار العيب (٤) ويزاد عليها خيار الكمية

(١) الشرح الصغير / ٣ / ١٣٣ .

(٢) المجموع / ٩ / ١٨٦ .

(٣) كشف القناع / ٣ / ١٩٨ وبعده .

(٤) بدائع الصنائع / ٥ / ٢٢٨ .

وخيار الغبن وخيار استحقاق بعض المبيع القيس مطلقا ، وخيار الخيانة في المراجعة ، وخيار نقد الثمن وخيار فوات وصف مرغوب فيه ، وخيار اجسازة بيع الفضولي وخيار هلاك بعض المبيع وخيار كشف الحال (١) فكلها ثلاثة عشر خيارا .

أما شارح مجلة الاحكام على حيدر أفندي فأبلغها الى اثنين وعشرين خيارا (٢) .

والذي يهمنا من هذه الخيارات هتسو خيار الرؤية والمعيب لانهمسا موضوع البحث في هذه الرسالة ان شاء الله .

٣ - المقود التي يثبت فيها خيار الرؤية والمعيب :

أولا : خيار الرؤية :

خيار الرؤية يثبت في كل عقد يحتل الفسخ ويكون فيه محل العقد معينا بالتميين . والاساس في ذلك كما قال في الهدائع " كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ومالا ، فلا " (٣) . وطقن هذا الاساس يثبت في المقود التالية :

-
- (١) البحر الرائق / ٥ / ٢٨٢ ، معنى خيار كشف الحال : اي يشتري شيئا جزافا فهو بالخيار عند ما عرف مقدار المبيع الحقيقي بالوزن او بالكيل بين فسخ العقد وامضائه .
- (٢) درر الحكام شرح مجلة الاحكام / ١ / ٢٤٢ .
- (٣) بدائع الصنائع / ٥ / ٢٩٢ ، انظر: البحر الرائق / ٦ / ٢٨ ، جامع الفصولين / ١ / ٣٣٤ ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام / ١ / ٢٦٨ .

- أ - في البيع اذا كان المبيع عينا مشخصة فيثبت فيه خيار الرؤية للمشتري وكذا يثبت للبائع اذا كان الثمن عينا كما لو باع دارا بأرض ، يثبت الخيار للبائع والمشتري .
- ب - في الاجارة ، كما لو استأجر عينا لم يرها فهو بالخيار عند رؤيتها بين امضاء الاجارة وبين فسخها وكذلك يثبت للمؤجر اذا كانت الاجرة عينا كما لو استأجر دارا لمدة سنة بحيوان معين .
- ج - قسمة الاعيان القيمة ، فاذا قسمت بين أصحابها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار اذا رآه .
- د - الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصلح ، فاذا رآها كان له الخيار لان هذا الصلح بمعنى البيع ، اذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى به والبدل المصلح عليه . (١) ولا يثبت فسخ عقود لا تحتل الفسخ كخلع ونكاح و صلح عن القود ونحوها من العقود التي يكون المردود فيها مضمونا بنفسه لا بما يقابله فلا يثبت خيار الرؤية فيها (٢) .

ثانيا : خيار الميب :

خيار الميب يثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال لان المقصود منها المعاوضات فيثبت فيها خيار الميب (٣) .

-
- (١) درر الحكام شرح مجلة الاحكام / ١ / ٣٦٩ و مختصر احكام المعاملات / ١٢٨ .
- (٢) جامع الفصولين ٧ / ٣٣٤ .
- (٣) بداية المجتهد / ٢ / ١٧٢ .

هذا ان كان محل العقد معيناً بشخصه ، فان كان معيناً بأوصافه
كما في السلم فلا يثبت فيه خيار لان تحققه يكون بتحقيق اوصافه ، فاذا لم
تتحقق لم يكن محلاً للعقد (١) .

وكذلك يثبت في النكاح عند بعض المذاهب بمعنى الفسخ .

ويثبت في بدل الخلع للزوج وفي الصداق للزوجة .

الا أن الرد بالعيب في الخلع وفي المهر يختلف عن غيرهما لأن
الرد به في غيرهما يؤدي الى رفع العقد بخلاف ما فيهما لانهما لا يهتمان
الفسخ أصلاً . وانما يرجع صاحب الحق على الآخر بمثل البديل أو بقيمته
او بمهر المثل كما يأتي مفصلاً ان شاء الله .

والحاصل أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان الا في العقود

التي يفيد الفسخ فيها والا فلا معنى في ثبوت الخيار .

وخيار الرؤية مقدم في الذكر على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم

وخيار العيب يمنع لزومه . واللزوم بعد التمام . ولذلك نبدأ بذكر مسائل
خيار الرؤية .

...

(١) مختصر أحكام المعاملات / على الخفيف / ١٣١ وما بعده .

الباب الاول

فى

خيار الرؤية

وفيه فصلان :

- الفصل الاول : خيار الرؤية فى البيع .
- الفصل الثانى : خيار الرؤية فى سائر العقود .

((الفصل الاول))

خيار الرؤية في البيع

وفيه خمسة مباحث :

- البحث الاول : في تعريف خيار الرؤية وماهيته .
- البحث الثاني : في مشروعية خيار الرؤية .
- البحث الثالث : في شروط خيار الرؤية .
- البحث الرابع : في وقت ثبوت خيار الرؤية وكيفيته .
- البحث الخامس : فيما يسقط به خيار الرؤية .

المبحث الاول
تعريف خيار الرؤية وماهيته

أ - تعريفه :

" خيار الرؤية " مركب اضافي يتكون من كلمتين : " خيار " وهي المضاف " والرؤية " وهي المضاف اليه ، ولا يعرف معنى المركب الا بمعرفة ما يتركب منه .

أولا : معنى الخيار :

الخيار اسم من الاختيار وهو مصدر من اختبار ، يختار اختيارا ، وهو الاصطفا^(١) والخيار والاختيار بمعنى واحد^(٢) يقال : هو بالخيار اي يختار ما يشاء^(٣) . ومنه قوله تعالى : " وربك يخلق ما يشاء " ويختار^(٤) .

وفى الاصطلاح :

طلب خير الامرين في امضاء البيع أو فسخه^(٥) . وهذا المعنى مأخوذ من المعنى اللغوي ، لان العاقد بعد أن ينظر الى البيع يختار ما يصلح له من فسخ العقد أو امضائه .

ثانيا : معنى الرؤية :

وهي مصدر من رأى وهي النظر بالعين والقلب^(٦) ومنه الحديث :

(١) لسان العرب / ٤ / ٢٦٥ ، الصحاح للجوهري / ٢ / ٦٥١ .

(٢) اللسان / ٤ / ٢٦٥ .

(٣) المعجم الوسيط .

(٤) القصص / ٦٨ .

(٥) مطالب أولي النهى / ٣ / ٨٣ ، فتح الجواد / ١ / ٤٠٠ ، كشف القناع /

٣ / ١٩٨ .

(٦) اللسان / ٤ / ٣٦٥ ، الصحاح للجوهري / ٢ / ٦٥١ .

" صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته (١) ، أى الرؤية بالعين . وقوله تعالى :
 " انهم يرونه بعيدا ونراه قريباً " (٢) أى يعتقدون بعده .

وكل منهما مقصود فى خيار الرؤية ، لان المعرفة بالمبيع اما ان تحصل
 بالمشاهدة واما بغيرها من الحواس الظاهرة كاللمس والذوق والشم والسمع .
 فالمسك لا يعرف وصفه الا بالشم وان لم يره ، والمسل بالذوق . ولذلك
 قيل : انه لو اشترى عسلا فى الظلام بعد ان ذاقه فلا خيار له عند الرؤية
 بالعين لان المقصود منها حصول المعرفة بالمبيع وقد حصل بالذوق (٣) ومن
 هنا صار العمير بالرؤية عن العلم بالمقصود من عموم المجاز ، والرؤية فردا
 من أفراد المعنى المجازى (٤) .

فى هذا التركيب هل " خيار " مضاف الى شرطه أو الى سببه ؟ فيه
 رأيان عند الحنفية :

قيل : انه من قبيل اضافة الشئ الى شرطه ، لان الرؤية شرط لثبوت
 الخيار وعدم الرؤية سبب لثبوته عند الرؤية (٥) .

وقيل : انه من قبيل اضافة السبب الى السبب لا من اضافة الشئ
 الى شرطه لأن الشئ لا يثبت قبل وجود شرطه (٦) والخيار يثبت قبل الرؤية
 لان المشتري له الرد قبلها (٧) .

-
- (١) رواه البخارى / كتاب الصوم / باب : ١١ ، ومسلم / الصيام / باب : ٥٢ .
 (٢) المعارج / ٦ ، ٧٠ .
 (٣) البحر الرائق / ٦ / ٣٩٠ .
 (٤) فتح القدير / ٦ / ٣٣٧ .
 (٥) فتح القدير / ٦ / ٣٣٥ ، البحر الرائق / ٦ / ٢٨ .
 (٦) حاشية ابن عابدين / ٤ / ٥٩٢ ، اللباب / ٢ / ١٥ .
 (٧) درالمنتقى / ٢ / ٣٤ (بها مش جمع الانهر) .

والصحيح هو القول الثاني . وما قيل من اضافة الشئ الى شرطه غير ظاهر لان المشتري له ان يردده قبل تحقق هذا الشرط وهو الرؤية (١) .
 أما خيار الرؤية بعمد ان صار طما ، فقد عرفه الشيخ على الخفيف بأنه ما ثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو امضائه بسبب عدم رؤية محله عند انشاء العقد أو قبله (٢) .

— شرح التعريف :

وقال في التمرير " ل أحد العاقدين ، ولم يقل " للمشتري " ليتناول البائع أيضا لان خيار الرؤية يثبت للبائع أيضا عند بعض الفقهاء ، فيما باعه دون أن يراه .

وكذلك فيه اشارة الى أن الثمن اذا كان عينا يثبت الخيار للبائع ، وقوله " عند رؤية محل العقد " اشارة الى وقت ثبوت هذا الخيار وهو رؤية المبيع فلا يثبت قبلها .

وقوله " بسبب عدم رؤية محله " أى أن سبب ثبوت هذا الخيار هو عدم الرؤية وقوله " عند انشاء العقد " أو قبله " احتراز عما اذا كان المشتري لوراه عند العقد أو قبله يسقط خياره .

(١) درالمنتقى / ٢ / ٣٤٠

(٢) مختصر احكام المعاملات الشرعية — العقد / ١٢٦ .

ب - ماهيته :

خيار الرؤية يثبت شرعا لا شرطا ، ولذلك ليس لصاحب الخيار أن يسقطه قبل ثبوته . ووجود خيار الرؤية يجعل العقد غير لازم فلن يثبت له ذلك الحق أن يفسخ العقد ويمضيه عند رؤية محله بغير حاجة الى رضا المتعاقد الاخر ، فينفسخ بمجرد ابداء رغبته في الفسخ .

وهل يشترط علم التعاقد الاخر ؟ فيه قولان :

وجاء في البحر الرائق : " والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا رضا البائع ، وينفسخ بقوله : رددت الا أنه لا يصلح الا بعلم البائع عندهما خلافا لابي يوسف " (١) .

ووجود خيار الرؤية لا يمنع ترتب آثار العقد عليه فينتقل ملك المبيع الى المشتري وملك الثمن الى البائع كما أفاده في البدائع : " وأما حكمه فهو حكم البيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال ، لان ركن البيع صدر مطلقا عن شرط كان ينفسى أن يلزم الا انه ثبت الخيار شرطا لا شرطا " (٢) .

وجاء في كشف الاسرار :

" وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم دون أصله حتى لا يمنع ثبوت الطاك ولكن لا تتم الصفقة بالقبض معه ، ويمكن من له الخيار من الفسخ بدون قضاء ولا رضا لعدم التمام " (٣) .

...

(١) البحر الرائق / ٦ / ٢٨٠ .

(٢) بدائع الصنائع / ٥ / ٢٩٢ .

(٣) كشف الاسرار / ٤ / ٣٦ .

((المبحث الثاني))

في مشروعية خيار الرؤية

وفيه مطلبان :

- المطلب الاول : مشروعيته والاصل فيه .
- المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها .

...

المطلب الاولمشروعيته والاصل فيهاولا : مشروعيته :

أما سبب مشروعية هذا الخيار فهو عدم رؤية المشتري للمبيع
 لا عند العقد ولا قبله . وذلك اما لانه كان غائبا عن مجلس العقد واما لانه
 كان حاضرا لكن في رؤيته مشقة . وفي كلتا الحالتين فانه اشترى مالم يسهره ،
 فهذا النوع من البيع يسمى ببيع الغائب .

ولما كانت العقود قائمة على الرضا بين العاقدين او كان ذلك يستلزم
 رؤية المشتري للمبيع فقد شرع خيار الرؤية الذي يثبت للمشتري حق الفسخ
 أو الاضياء عند رؤية المبيع لدفع الضرر المحتمل ، ولذلك فان كل من قال
 من الفقهاء بصحة بيع الغائب قال بخيار الرؤية ضرورة ، فظهر ان بيع
 الغائب اصل وخيار الرؤية فرع ، والفرع تابع للاصل في الصحة والبطالان .
 ومن هنا كان البحث في بيع الغائب ومشروعيته بحثا في خيار الرؤية
 ومشروعيته .

ثانيا : الأصل فيه : بيع الغائب :

بيع الغائب هو بيع مالم يره العاقدان او احدهما وان كان حاضرا
 في مجلس العقد .

وفي صحة بيع الغائب قولان عن الفقهاء على العموم :

أحدهما : أن البيع صحيح وللمشتري الخيار . وهو مذهب ابن حنيفة
 ومالك . وهو رواية عن الشافعي وأحمد رحمهم الله .

والثاني : أن البيع لا يصح وهو الاصح من مذهب الشافعي وأحمد وتذكر
رأى كل مذهب بالتفصيل :

بيان آراء الفقهاء :

١ - مذهب أبي حنيفة رحمه الله :

ذهب الحنفية الى أن من اشترى شيئاً لم يره من قبل لا عند العقد ولا قبله يصح البيع والمشتري يخير عند رؤية البيع: ان شاء امضى العقد وان شاء فسخه . وهذا ما يسمى بخيار الرؤية . الا ان ذلك ليس على اطلاقه بل يشترط لصحة بيع الغائب ان يشير البائع الى المبيع كأن يقول : بعثك هذا ، او الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم كأن يقول بعثك الحنطة التي في مكان كذا ، والا لم يصح البيع بالاجماع لما فيه من الجهالة العامة بالمبيع كما أفاده صاحب فتح القدير (١) نقلاً عن المسوط : ٣ الاشارة الى مكانه أو اليه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع * (٦) .

الا أن عبارة القدير (٢) عبارات المتون جاءت مطابقة عن هذا القيد . حيث قال القدير : " من اشترى شيئاً لم يره فالباع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء رده * (٤) .

-
- (١) هو محمد بن عبد الواحد السيواسي ، كمال الدين المعروف بابن الهمام المتوفى ٨٦١ هـ . امام من علماء الحنفية من مؤلفاته : فتح القدير التحرير المسابير في العقائد المنجية (الجواهر المضية / ٢ / ٨٦) .
(٦) فتح القدير / ٦ / ٣٣٥ . انظر : البحر الرائق / ٦ / ٢٨ ، حاشية الشمرنيلالي / ٢ / ١٥٦ .
(٢) فقيه حنفي توفى سنة ٤٢٨ هـ ببغداد ، انتهت رئاسة الحنفية اليه في عهده بالعراق (الاعلام / ١ / ٢٠٦) .
(٤) متن القدير / ٣٥ .

فهذا الاطلاق يقتضى جواز بيع الغائب سواء أشار الى المبيع او الى
مكانه ام لا ، وسواء سمي جنسه ام لا ، كقوله : بعتك مافى كفى يجوز البيع ،
بل عامة المشايخ قالوا : " اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده " (١) .

ومن أخذ هذا القول على اطلاقه الطحطاوى (٢) حيث نقل بمعنى
السائل من الخلاصة والمنتقى والمحيط التى فيها اشارة الى جواز بيع الغائب
على الاطلاق ثم قال : " فهذه النقولات تدل على جواز البيع وان لم يكسب
حاضرا ولا مشارا اليه وكذلك اطلاق المتون المذهب ومعنى الشرح . وكذا
اطلاق القدورى " (٣) . الا أن ابن الهمام ذهب الى ان بيع الغائب على
الاطلاق لا يصح ، فلا بد من حمل اطلاق القدورى والمتون على ما اذا أشار
الى المبيع او الى مكانه والا فلا يصح للجهالة الفاحشة حيث قال فى هذا
الصدر : " والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب
الاسرار والذخيرة ، لعمد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كأن يقول : بعتك
شيئا بعشرة " (٤) .

وكذا اشار ابن عابدين الى لزوم ذلك التقييد بقوله : " ولا يخفى أن
حاصله تقييد اطلاق الجواب بما قاله المبسوط وغيره كما مر عن فتح . وهو محمل

-
- (١) فتح القدير / ٦ / ٣٣٥ .
(٢) وهو أحمد بن محمد الطحطاوى او الطهطاوى المتوفى ١٢٣١ هـ اشتهر
بكتابه حاشية الدر المختار . ومن تصانيفه ايضا حاشية على شرح
مراقى الفلاح . (الاعلام / ١ / ٢٣٢) .
(٣) حاشية الطحطاوى / ٣ / ٤١ : .
(٤) فتح القدير / ٦ / ٣٣٥ .

اطلاق المتون كمبارقالقدورى المذكورة^(١) .

وقال بمضهم : اذا اطلق لم يجز البيع لجهالة المبيع من كل وجه (٢) .
ويبدو أن للحنفية قولين فى صحة بيع الفائت احدهما : انه جائز
مطلقا . والثانى : انه جائز بشرط الاشارة الى المبيع او الى مكانه .

٢- مذهب الشافعى رحمه الله فى بيع الفائت :

بيع الاعيان على ثلاثة اقسام عند الشافعية :

— القسم الاول : بيع العين الحاضرة ، وهى العين المرثية
عند العقد . والرؤية هى الاصل لصحة هذا البيع .
— والقسم الثانى : بيع العين الفائتة وهى العين غير المرثية
حال العقد سواء كانت فائتة عن مجلس العقد او كانت حاضرة ولكن فى رؤيتها
مشقة .

— والقسم الثالث : بيع ما فى الذمة (٣) بأن يذكر جنس المبيع وقدره
ووصفه . والبيع صحيح لانه اعتمد على الصفات الطرزمة فى الذمة (٤) .

والذى يتصل ببحثنا من هذه الاقسام الثلاثة هو بيع العين الفائتة .

(١) حاشيتابن عابد بن / ٤ / ٥٩٤ .

(٢) فتح القدير / ٦ / ٣٣٥ .

(٣) حاشية الشرقاوى / ٢ / ١٥ .

(٤) اعنقالطالبين / ٣ / ١٠ .

واليمين الفائئة : وهي كما مر المين غير المرثية اما لكونها غير موجودة في مجلس المقد واما لكونها حاضرة لكنها مستورة او مظلوفة ، وفي رؤيتها مشقة او ضرر للبائع ولذلك لم يرها المشتري حال المقد . فكلاهما من جملته بيع الغائب لعدم الرؤية .

وفي صحة بيع المين الفائئة قولان مشهوران عند الشافعية : احدهما : وهو قول الشافعي فسي القديم ان البيع صحيح شريطة أن يوصفه المبيع وصفا كاملا بذكر جنسه ووصفه كأن يقول : بعثك داري بجان كذا وبأوصاف كذا . أو كان المبيع ثوبا مطويا والمشتري رأى ظاهره والبائع يذكر له اوصافه . يصح هذا البيع اعتمادا على وصفه وان لم يره المشتري ولله الخيار اذا وجده خلاف ما وصفه (١) .

أما اذا كان جنس المبيع ونوعه مجهولا فلا يصح البيع لما فيه من الضرر المنهي عنه (٢) .

والثاني : وهو قوله الجديد أن البيع لا يصح بدون رؤيته للمشتري المبيع ولو كان حاضرا في مجلس المقد ولم يره المشتري أو بالغ البائع في وصفه أو سمع شأنه من الناس أو رآه في ضوء يغير حقيقة لون المبيع . فلا يصح البيع لان غير الرؤية لا يفيد ما أفادته الرؤية من التعرف على المبيع (٣) .

(١) مفتح المحتاج ١٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٣ .

(٢) المهذب ٣٧٠/١ .

(٣) نهاية المحتاج ٤١٦/٣ .

— القول الاصح عند الشافعية في بيع الفائب :

اختلفوا في أصحهما :

فقال البهوي (١) والرويانى (٢) ان الاصح هو القول القديم لانه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح (٣). الا ان اكثر الشافعية قالوا : ان الاصح هو قوله الجديد . منهم المزنى (٤) والبويطى (٥) والريبع (٦) . وحكى ذلك عنهم الماوردى (٧) وصححه (٨) . وقال النووى فى المجموع : " وهو الاصح (اى قوله الجديد) وعليه فتوى الجمهور من الاصحاب وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضوع . ويتمين هذا القول لانه الاخر من نص الشافعى

-
- (١) هو على بن عبد العزيز المرزبان البهوى . من علماء الشافعية ومن حفاظ الحديث توفى : ٢٨٦ هـ (الاعلام ١١٣/٥) .
(٢) هو فقيه شافعى بلغ من تمكنه فى الفقه ، أن قال : لو احترقت كتب الشافعى رحمه الله لا مليتها من حفظى . ولد : ٤١٥ هـ ، توفى : ٥٠٢ هـ (الاعلام ٣٢٤/٤) .
(٣) المهذب / ١ / ٢٧٠ .
(٤) هو اسماعيل بن يحيى المزنى ، صاحب الاطام الشافعى ، كان زاهدا مجتهدا وقوى الحجة . مات بمصر : ٢٦٤ هـ (طبقات الفقهاء / ٩٧) .
(٥) هو يوسف بن يحيى البويطى . مات ببغداد فى السجن ، والقيد فى رجليه بسبب خلق القرآن . توفى : ٢٣١ هـ (طبقات الفقهاء / ٩٨) .
(٦) وهو الذى يروى كتب الشافعى . وقال الشافعى : الربيع روايتى ، مات بمصر : ٢٦٠ هـ . (طبقات الفقهاء / ٩٨) .
(٧) هو ابوالحسن الماوردى ، صاحب كتاب الاحكام السلطانية ، ولد : ٣٦٤ هـ ، توفى : ٤٥٠ هـ . (الوفيات / ٢٦٦) .
(٨) المجموع / ٩ / ٣١٧ .

رحمه الله فهو ناسخ لما قبله " (١) . وقال النووي في موضع آخر: " ان اصح القولين في مذهبننا بطلانه " (٢) . اي بطلان بيع الفائب .

— سبب الخلاف بين الحنفية والشافعية :

وقد بين صاحب البدائع سبب الخلاف بين الحنفية والشافعية في جواز بيع الفائب وعده بأن العلم بأوصاف المبيع والتمن بعد العلم بالذات ليس بشرط الصحة عند الحنفية وانما هو شرط اللزوم ، والجهل بها لا يمنع من صحة البيع لكنه يمنع من لزومه ، ولهذا يصح بيع مالم يره المشتري لكنه لا يلزم .

أما عند الشافعي رحمه الله فكون المبيع معلوم الذات والصفة معا من شرائط الصحة ، ولذلك لا يجوز بيع مالم يره المشتري عنده (٣) .

٣ — مذهب الحنابلة في بيع الفائب :

لا خلاف في المذهب أن المبيع اذا لم يذكر جنسه لا يصح بيعه قولا واحدا للجهالة الفاحشة (٤) . أما اذا ذكر جنسه لكنه لم يوصف ولم تتقدم رؤيته هل يصح البيع أم لا ؟

فيه روايتان عن أحمد : أصحهما أنه لا يصح . وبه قال الشعبي (٥) والنخعي (٦) والاوزاعي (٧) واسحاق (٨) لانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل

(١) المجموع/٩/٣١٧ .

(٢) المجموع/٩/٣٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع/٥/١٦٣ انظر لرأي الشافعية: المجموع/٩/٣٣٠ .

(٤) الانصاف/٤/٢٩٦ .

(٥) هو ابو عمرو طبرين شراحيل عبد الشعبي . توفي : ١٠٤ ، او ١٠٧ .

(طبقات الفقهاء/٨١) .

(٦) اسمه : ابراهيم بن يزيد بن الاسود ، كنيته : ابو عمران . ولد : ٤٦ هـ ،

توفي ٩٥ هـ . قالت عائشه : ما بالمعراق رجل اكرم علي من الاسود (الوفيات

٧٩/٠) .

(٧) ابو عمرو ، عبد الرحمن بن عمر بن محمد الاوزاعي من فقهاء الشام (٨٨-١٥٧) .

(طبقات الفقهاء/٧٦) .

(٨) هو المعروف باسحاق بن راهويه (١٦١-٢٣٨ هـ) (طبقات الفقهاء/٩٤) .

بصفة المبيع كالسلم (١) . وجاء في المحرر : " ولا يصح البيع الا بشرط معرفة
المبيع برؤيته وقت العقد او قبله بزمان لا يتغير فيه غالبا ، او بصفة تكفي في
صحة السلم (٢) . ومتى وجد بخلاف الصفة او الرواية السابقة فله الفسخ (٣) .

والثانية : انه يصح لانه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المحقود
عليه كالنكاح . فاذا ثبت ذلك فهل الخيار عند رؤية المبيع ؟ في أشهر
الروايتين عن احمد : له ذلك (٣) .

واذا ذكر وصف المبيع الغائب هل يجوز بيعه بغير رؤية أم لا ؟

والاصل في ذلك هو السلم :

ان كان الوصف يكفي لصحة السلم صح البيع على الغائب في ظاهر
المذهب لان الوصف يقوم مقام الرؤية في السلم .
وعنه في رواية : لا يصح ما لم ير المبيع لان الصفة لا تحصل بها المعرفة
في البيع فلم يصح .

وان قيل بصحة هذا البيع ، فاذا وجد المشتري على ما وصف له فليس
له فسخ البيع وبه قال ابن سيرين (٤) ، وأبو ثور (٥) وابن المنذر ، أما اذا
وجد على خلافه فهو مخير : ان شاء أمضى وان شاء فسخه . فهنا
ما يسمى بخيار الخلف في الصفة عند الحنابلة .

(١) المغنى ٣/٤٩٦ .

(٢) المحرر في الفقه ٢/٢٩١ .

(٣) المغنى ٣/٤٩٦ .

(٤) هو أبو بكر بن محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك . توفي : ١١٠ هـ ،

(طبقات الفقهاء ٨٨/٠) .

(٥) هو إبراهيم بن خالد بن ابواليمان الكلبى اخذ الفقه عن الشافعى

توفي : ٢٤٠ هـ . (طبقات الفقهاء ٩٢/٠) .

(٦) هو أبو حاتم الرازى . نقل عن احمد مسائل مشبعة ، توفي : ٢٧٧ هـ ،

(طبقات الحنابلة ١/٢٨٤) .

أما ان كان الوصف لم يكف لصحة السلم لم يصح بيع الفائب به—ذا
الوصف—لأنه لا يمكن ضبطه ومعرفته .
وعنه في رواية : يصح للمشتري الخيار عند الرؤية (١) .
فالاصل عند الحنابلة في ضبط مقدار الوصف لصحة بيع الفائب
بالوصف هو السلم : ان وصف للمشتري بقدر ما يكفي لصحة السلم يصح بيع
الفائب بالوصف والا فلا .

ولذلك قال في نيل المآرب : " البيع بالوصف مخصوص بما يجوز السلم
فيه " (٢) .

وضابط الوصف الذي يصح به السلم عند الحنابلة : وهو ما يختلف
به الثمن اختلافا ظاهرا (٣) أما الاوصاف التي لا تؤثر في الثمن ، فعدم ذكرها
لا يمنع من صحة بيع الفائب بالوصف .

المذهب الرابع : مذهب مالك رحمه الله

وقد اتفق المالكية على جواز بيع الفائب . الا أنهم اختلفوا هل هو
جائز مطلقا أم يشترط ذكر الاوصاف ؟ على قولين :

أحدهما : ذهب بعض المالكية الى جواز بيع الفائب مطلقا
بغير حاجة الى ذكر وصف الجبيع ان كان البيع بشرط الخيار عند الرؤية (٤) ،

(١) المغني / ٣ / ٤٩٤ - ٤٩٧ ، الانصاف / ٤ / ٣٩٥ - ٣٩٩ .

(٢) نيل المآرب / ١ / ١٢١ .

(٣) كشاف القناع / ٣ / ٢٩٢ .

(٤) بداية المجتهد / ٢ / ١٥٤ ، شرح الغطاب / ٤ / ٢٩٦ .

كما أفاد ذلك متن مختصر الخليل حيث قال : " وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية " (١) .

وقال الخرشي في شرح هذا القول : اي وكذلك يجوز بيع الشيء الغائب ولو لم يوصف للمشتري نومه ولا جنسه . لكن يشترط أن يجعل له الخيار اذا رأى المبيع ليخلف غرضه . وأما على اللزوم أو على السكت فيفسد البيع (٢) . وعلى هذا القول : بيع الغائب جائز مطلقا ان كان على الخيار عند الرؤية .

والقول الثاني :

ذهب مالك وأكثر أهل المدينة الى أن البيع بالصفة جائز ما لم يكن المبيع بعيدا جدا لأنه اذا كان بعيدا قد يتغير قبل وقت التسليم (٣) .

— القول الأصح :

والاصح في المذهب عند المالكية هو القول الثاني وهو ان بيع الغائب بالصفة صحيح ما لم يكن بعيدا جدا . لان القول الاول مخالف لاصولهم كما اشار اليه ابن رشد الحفيد (٤) حيث قال : " وقع ذلك فسي المدونة وانكره عبد الوهاب (٥) وقال : هو مخالف لاصولنا (٦) لان الاصل

(١) مختصر خليل / ١٥٦ .

(٢) الخرشي / ٣٤ / ٥ ، انظر : شرح الحطاب / ٤ / ٢٩٦ .

(٣) بداية المجتهد / ٢ / ١٥٤ .

(٤) هو أبو العباس أحمد بن أبي الوليد بن رشد المتوفى ٥٦٣ هـ صاحب

بداية المجتهد ونهاية المقتصد وله شرح على سنن النسائي (شجرة

النور الزكية / ١٤٦) .

(٥) هو أبو محمد عبد الوهاب بن علي المتوفى ٤٢٢ هـ (شجرة النور الزكية

١٠٣) .

(٦) بداية المجتهد / ٢ / ١٥٤ .

أن يكون المبيع معلوما (١) والذي لم يذكر وصفه يكون مجهولا تاما لدى المشتري . والذي جاء في المقدمات يمين القول الصحيح ان قال : "والصحيح ما ذهب اليه مالك وجميع أصحابه من ان شراء الفائب على الصفة جائز" (٢) ، وقال ابن عرفة : " انه المعروف من المذهب (٣) . ويؤيد صحة هذا القول ما قاله بعض كبار اصحاب مالك ، فانهم وضعوا ضابطا للبيع الصحيح فأى بيع يخالف ذلك فلا يصح وهو ان البيع الصحيح لا ينمقد الا على احد الامرين : اما على وصف مع ثبوت الخيار عند الرؤية واما على رؤية . ثم قالوا : " فكل بيع ينمقد في سلعة بجهينها غائبة على غير ما وصفناه فهو منتقض " (٤) فبيع الفائب على الاطلاق خارج عما وصفوه فلا يصح .

— شروط صحة البيع على الصفة :

وقد اشترط المالكية لصحة بيع الفائب بالصفة خمسة شروط :

- ١- أن لا يكون بعيدا جدا لاحتمال تغير وصفه قبل التسليم (٥) هذا اذا كان البيع على اللزوم واما اذا كان على الخيار فجائز اطلاقا لعدم الضرر للمشتري (٦) .

-
- (١) القوانين الفقهية / ٢٧٢ .
 - (٢) المقدمات / ٥٥١ .
 - (٣) شرح الحطاب / ٤ / ٢٩٦ ، جواهر الاكليل / ٢ / ٩ ، ابن عرفة : هو محمد بن عرفة الدرغى التونسى المتوفى ٨٠٣ هـ (شجرة النور الزكية / ٢٢٧) .
 - (٤) شرح الحطاب / ٤ / ٢٩٦ .
 - (٥) شرح الحطاب / ٤ / ٤٩٧ ، الفروق / ٣ / ٢٤٧ ، القوانين الفقهية / ٢٢٠ .
 - (٦) الخرشي / ٥ / ٣٥ ، حاشية العدوى / ٢ / ١٣٩ .

- ٢- ان لا يكون قريبا جدا كالحاضر في البلد ، فان كان قريبا فلا يصح البيع على الصفة لا مكان رؤية المشتري . أما ان كان في رؤيته مشقة أو فساد للمبيع فيصح البيع (١) .
- ٣- أن يصفه غير بائعه ، ولا يوثق بوصف البائع لانه قد يباليخ فيه ليزيد الثمن (٢) .
- ٤- أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له (٣) لان الذي لا يعرف المبيع أصلا لم يفهم من الوصف شيئا .
- ٥- وان تذكر الاوصاف المقصودة كلها . (٤) .
- ٦- الا يشترط نقد الثمن عند المقدم في غير المعقارات ، أما في المعقارات فجائز لكونها مأمونة غالبا من التغير (٥) .

— البيع على البرنامج :

فانما صح البيع بالصفة على المذهب تفرع عليه جواز البيع على البرنامج ، وهو الدفتر المكتوب فيه أوصاف المبيع الذي في المعدل . والاصل منع ذلك الا انه أجاز لدفع الحرج والمشقة في فك الاعمال وشدها .

-
- (١) شرح الخطاب ٤/٤٩٧ ، القوانين الفقهية / ٢٢٠ ، الخرشي ٣٥/٥
- (٢) الخرشي ٣٥/٥ ، القوانين / ٢٢٠ .
- (٣) كفاية الطالب / ٣/٢١ .
- (٤) القوانين الفقهية / ٢٢٠ .
- (٥) حاشية العدوي / ٢/١٣٩ .

ومن ناحية أخرى ان المشتري قد يتعمد الضرر فيأمر بنشر الاعدال
ثم يدع البيع فيتضرر البائع لان مؤنة شد الاعدال وما يتصل به تكسون
على البائع . ولذلك أجاز هذا البيع وأقيمت الصفة المكتوبة مقام الرؤية
فإذا وجدته على ما وصف في الدفتر لزم البيع والا فهو مخير بين فسخ العقد
وامضائه (١) .

...

(١) الخرشى / ٣٣ / ٥ ، شرح الحطاب / ٢٩٤ / ٤ ، التاج والاكليل / ٢٩٤ / ٤ .

المطلب الثاني

الأدلة ومناقشتهم

رأينا أن الحنفية والمالكية قالوا بصحة بيع الغائب مع القيود والشروط .
أما الشافعية والحنابلة فالأصح في مذهبهما عدم صحة هذا البيع ، ولذلك
ليس عندهم تفصيل في مسائل خيار الرؤية كما كان عند المالكية وخصوصا
عند الحنفية .

وبناءً على هذين الرأيين الأساسيين نذكر الأدلة في مجموعتين :
أدلة القائلين وأدلة النافين . لا على حسب المذاهب .

أ - أدلة القائلين بصحة بيع الغائب :

استدل القائلون بصحة بيع الغائب وبالتالي بثبوت خيار الرؤية
بالكتاب والسنة والجماع والقياس .
— أما الكتاب :

فقوله تعالى : " وأحل الله البيع " (١) ، لفظ " البيع " جاء على العموم
فإن الألف واللام للجنس (٢) فتناول كل أنواع البيع سواء كان حاضرا أو غائبا ،
فتقييده بزيادة اشتراط الرؤية كالنسخ فهو لا يجوز ، فبقيت الآية دالة
على جواز بيع الغائب لعدم ورود نص صريح من الكتاب أو من السنة
يمنع ذلك .

(١) البقرة الآية / ٢٧٥ .

(٢) تفسير القرطبي ٣ / ٣٥٦ .

(٣) درر الحكام / صلاح خسرو / ٢ / ١٥٢ .

وأما السنة :

١- فما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه انه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ، وزاد فسئى رواية : ان شاء أخذه وان شاء تركه (١) ، وهذا الحديث أقوى وأوضح دليل يدل على صحة بيع الغائب .

وجه الاستدلال :

ان الحديث صريح فى ثبوت خيار الرؤية للمشتري فيما اشترى مالم يره ، فتصريح الحديث باثبات خيار الرؤية له تنصيص على جواز شرائه (٢) لأن الخيار لا يثبت الا فى بيع صحيح (٣) .

٢- وكذا استدلوا بقصة عثمان وطالحة رضى الله عنهما وهى ان عثمان باع ارضا بالبصرة من طالحة رضى الله عنه ، فقيل لطالحة : انك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لانى اشتريت مالم أره . وقيل لمثمان : انك قد غبنت فقال : لى الخيار لانى بيعت مالم أره . فتحاكما الى جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطالحة (٤) .

(١) روى هذا الحديث مسنداً ومرسلاً :

فالمسند : أخرجه الدارقطنى باسناده الى ابي هريرة رضى الله عنه (٤/٣) . واما المرسل : رواه ابن ابي شيبه فى مصنفه (٧/٦) والدارقطنى (٤/٣) ثم البيهقى (٣٦٨/٥) فى سننهما كلهم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم . (نصب الراية ٩/٤) .

(٢) المسوط / ١٣ / ٦٩ .

(٣) بدائع الصنائع ١٦٣/٥ ، شرح معانى الآثار / الطحاوى / ٩/٤ ، حاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤ .

(٤) أخرجه الطحاوى فى شرح الآثار فى باب تلقى الجلب ٢٠١/٢ ، والبيهقى / البيوع / ٢٦٨/٥ (نصب الراية ١٠/٤) .

وجه الاستدلال :

أن جبير بن مطعم قضى بالخيار للمشتري دون ان يتعرض لصحة البيع أو بطلانه ، فهذا يدل على صحة البيع لان الخيار يأتي بعد صحة العقد .

وجاء في المبنى بعد هذه القصة : " وهذا اتفاق منهم على صحة البيع " (١) .

— وأما الاجماع :

فان قصة عثمان وطلحة رضى الله عنهما قد جرت بين صحابييين جليلين ، وتحاكما الى صحابي آخر فقضى بالخيار للمشتري ، فالغالب على الظن انتشار هذا الخبر بين الصحابة ، ولم يرو أن أحدا منهم خالفه في ذلك فكان اجماعا سكوتيا ظاهرا على جواز بيع الفائب وثبوت خيار الرؤية فيه للمشتري (٢) .

— وأما القياس :

فان الظالمين بجواز بيع الفائب كما سوا المعقود عليه في هذا البيع على المعقود عليه في النكاح ، فان رؤية المعقود عليه في النكاح ليس بشروط لصحته ، فكذا هنا يجوز مع عدم رؤية المبيع (٣) .

(١) المبنى ٣ / ٤٩٥ .

(٢) فتح القدير ٦ / ٣٤٠ ، تبين الحقائق / ٤ / ٢٥ .

(٣) المبنى ٣ / ٤٩٥ ، الشرح الكبير / ابن قدامة ٤ / ٢٥ .

وقاسوا أيضا على صحة بيع الجوز واللوز ونحوهما في قشرة واحدة مع أن المعقود عليه أصلا مستترا لمرئى ، وكذا الامر في بيع الفائب (١)

هذه هي الأدلة الدالة على بيع الفائب مطلقا وثبوت الخيار فيه .
 أما المشترطون للشروط التي سبق ذكرها كاشتراط الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه فقد ظلوا اشتراطهم هذا بدفع الضرر والفرع عن المشتري ففى هذا البيع بإزالة الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع فإذا وجدت تلك الإشارة فهي كافية لصحة البيع لحصول المعرفة في المبيع لان العلم لا يحصل إلا بالإشارة لان التعمين لا يحصل إلا بها . فهي مجاز عند الحنفية عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه ووصفه وقدره (٢) .

وان لم توجد الإشارة فالتسمية تقوم مقامها لصحة بيع الفائب ، لان الاصل تخصيص المبيع عن امثاله وذلك اما بالإشارة واما ببيان مقداره مع بيان وصفه واما ببيان مكانه واما ببيان حدوده واما بالاضافة كسيارتى أو دارى واما بغيره مما يميز المبيع عن أمثاله (٣) " ففي كل ذلك تنتفى الجهالة الفاحشة عن المبيع وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافى صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية فان خيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته " (٤) .

(١) المسوط ٧٠ / ١٣

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ١٦٤

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٣٠

(٤) حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٣٠

فتبين من خلال ذكر الأدلة أن العقد على المبيع الغائب دون الرؤية صحيح ان انتقت الجهالة الفاحشة في المبيع بأي طريق كان .

ب - أدلة القائلين بعدم جواز بيع الغائب :

وقد استدل المانعون لصحة بيع الغائب بالمنقول والمعقول :

أما المنقول :

١- فما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال :

" نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (١) والغرر هو ما طوى عنك علمه وخفى عليك باطنه وسره (٢) أو بمعبارة أخرى هو ما دخل في المقصود منه الجهل وكل بيع كان المقصود منه مجهولا أو تمسك بذر تسليمه فهو غرر (٣) . وهذا متحقق في بيع الممين الغائبة فلا يصح فصار كبيع الممدوم الموصوف كحبل الحبله وغيره (٤) .

٢- وما روى عن حكيم بن حزام انه قال قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم : " لا تبع ما ليس عندك " (٥) والذي ليس عند الانسان فهو غائب عنه والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ^{بيع} الشيء الغائب عنه .

(١) رواه الجماعة الا البخارى (نيل الاوطار ٥ / ١٦٦) وقال الترمذى حديث ابي هريرة حديث حسن (البيوع / ١٧) رواه مسلم / باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر : ٤ ، ابوداود / البيوع / ٢٤ ، الترمذى / بيوع / باب ١٧ ، النسائى / بيوع / ٢٧ ، ابن ماجه تجارات / ٢٣ .

(٢) اعانة الطالبين / ٣ / ١٠ ، فتح الجواد / ١ / ٣٨٢ .

(٣) معالم السنن / الخطابى / ٥ / ٤٧ .

(٤) المهذب / ١ / ٢٧٠ ، المفنى / ٣ / ٤٩٥ .

(٥) رواه الخمسة (نيل الاوطار ٥ / ١٦٤) وقال الترمذى هذا حديث حسن

(البيوع / ١٩) .

وأما المعقول :

فاستدلوا ايضا بقياس بيع الغائب على بيع النوى في التمر فان يبيع النوى فقط في التمر لا يجوز لان المقصود مستور كذا الامر في بيع الغائب (١) .

واستدلوا ايضا بقياسه على السلم فان السلم لا يصح اذا جهل صفقة المسلم فيه فكذا هنا لا يصح مع الجهل بصفة الصبي (٢) .

مناقشة الادلية :

أ - نوقشت ادلة القائلين بجواز بيع الغائب وثبوت خيار الرؤية فيه بما يلي :

- أولا : أما الاستدلال بقوله تعالى " وأهل البيع " فانه وان كان يتناول بيع الغائب لعمومه لكنه مخصوص بحديث النهي عن بيع الخمر (٣) .

- ثانيا : وأما حديث من اشترى شيئا لم يره فقد روى عن مكحول

وعن ابي هريرة رضي الله عنه ولا يحتج بحديث مكحول من وجهين :

أحدهما : انه مرسل لان مكحولا رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام وهو تابعي توفي سنة ١١٣ هـ (٤) . وقال الذهبي : انه يرسل كثيرا (٥) .

والثاني : ان الذي يرويه عن مكحول هو ابوبكر بن ابي مریم وهو ضعيف (٦) ،

كما قال الدارقطني : " هذا مرسل وابوبكر بن ابي مریم ضعيف " (٧) .

(١) المجموع / ٩ / ٣٣٠ ، المغني / ٣ / ٤٩٥ ، الشرح الكبير / ٤ / ٢٥٠ .

(٢) المغني / ٣ / ٤٩٥ .

(٣) المغني / ٣ / ٤٩٥ ، المجموع / ٩ / ٣٣١ .

(٤) تذكرة الحفاظ / ١ / ١٠٧ .

(٥) تذكرة الحفاظ / ١ / ١٠٧ .

(٦) المجموع / ٩ / ٣٣١ .

(٧) الدارقطني / ٣ / ٤٠ .

وكذا لا يحتج بحديث ابن هريرة رضى الله عنه لان احد رواه عمر بن
ابراهيم بن خالد ضعيف (١) كما قال الدارقطني : " عمر بن ابراهيم يقال
له الكردى يضع الاحاديث ، وهذا باطل لا يصح ولم يروه غيره وانما يروى عن
ابن سيرين من قوله " (٢) .

ولو صح ، ولا يتعين ان المراد بالخيار هو خيار بين امضاء المقصد
او فسخه عند رؤية المعقود عليه بل يحتمل انه خيار بين العقد وتركه على ما
لم يره (٣) .

ثالثا : وأما قصة عثمان وطلحة فهو قول صحابي لم ينتشر بين
الصحابة فلا يحتج به كما افاده النووي حيث قال : " والصحيح عندنا ان قول
الصحابة ليس بحجة الا ان ينتشر من غير مخالفة " (٤) .

وهنا مخالفة عثمان واضعة ، وقال في المبنى " انه قول صحابي
وفى كونه حجة خلاف " (٥) .

رابعا : ونوقش دليل الاجماع بانه غير منعقد لان عثمان رضى
الله عنه خالفهم في هذا الحكم فلا اجماع بمخالفة معروفة (٦) .

-
- | | |
|-----|-----------------|
| (١) | المجموع ٣٣١/٩ . |
| (٢) | الدارقطني ٥/٣ . |
| (٣) | المبنى ٤٩٥/٣ . |
| (٤) | المجموع ٣٣١/٩ . |
| (٥) | المبنى ٤٩٥/٣ . |
| (٦) | المبنى ٤٩٦/٣ . |

— خامسا : واما قياس بيع الغائب على النكاح فغير صحيح ، لان المعقود عليه في النكاح هو الاستمتاع ولا يمكن رؤية محله بخلاف البيع فان رؤية المعقود عليه فيه ليس بمتمذرا اصلا (١) .

ثم هذا القياس دليل عليهم كما قال القرافي في الفروق ، ان قال (٢) : * انا نقله عليهم فنقول (ان البيع) عقد معاوضة فلا يثبت فيه خيار الرؤية كالنكاح * (٣) اي كما لا يثبت في النكاح .

ومن جهة اخرى فان الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع (٤) .

— سادسا : اما الجواب عن قياس بيع الغائب على بيع الجوز واللوز فانه غير صحيح لان ظاهر مثل هذه الاشياء يقوم مقام باطنها في الرؤية كما ان المشتري لو رأى ظاهر الصبرة فانه كاف لصحة البيع بخلاف ما فـسـسـى ببيع الغائب لانه ليس فيه شيء يقوم مقام الرؤية . ثم بقاء لب الجوز واللوز في قشرها ضروري لحفظه فيها بخلاف بيع الغائب وليس في غيابه ضرورة (٥)

-
- (١) المجموع ٣٣١ / ٩ .
 (٢) هو احمد بن ادريس القرافي الصنهاجي (٦٢٥ - ٧٠٢ هـ) شجرة النور الزكية / ١٨٨ .
 (٣) الفروق ٢٤٩ / ٣ .
 (٤) المغنى ٤٩٥ / ٣ .
 (٥) المجموع ٣٣١ / ٩ .

ب - مناقشة ادلة المانعين :

نوقشت ادلة المانعين :

اولا : بالجواب عن حديث النهي عن بيع الفرر بان هذا الحديث صحيح ايضا لدى القائلين بجواز بيع الغائب . الا انهم لا يرون الضرر في هذا البيع لان معنى الفرر هو ان يظهر البائع للمشتري ماليس فسي الواقع فيمقد عليه . ثم اذا ظهر خلافه يتضرره . هذا هو المعنى المراد في الحديث . وهذا الفرر لا يوجد في بيع الغائب لان المشتري بالخيار عند رؤية المعقود عليه ان شاء امضى العقد وان شاء فسخه فلا يتضرره . بل الضرر في منع هذا البيع لانه لو اشترطت رؤية المعقود عليه عند البيع ربما تفوته الفرصة بان يذهب آخر ويشتره . ولذلك في جواز هذا البيع مع الخيار للمشتري محض مصلحة للجانبين فالاحكام لم تشرع الا لمصلحة العباد قطعا ، فكان هذا البيع مع الخيار مشروعا قطعا .

وطى هذا يجب ان يحمل حديث النهي عن بيع الفرر على البيع الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يتضرره المشتري ، والنهي قطعا ليس الا لذلك . (١)

ثانيا : والجواب عن حديث لا تبع ماليس عندك :

أن المراد به النهي عن بيع ماليس في ملكه كما دل عليه سبب وروده فان حكيم بن حزام جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله ان الرجل يطلب منى سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فأستجدها واشترىها فأسلمها له ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : لا تبع ماليس

(١) فتح القدير / ٣٣٦ .

عندك . ولانه لا خلاف انه لو باع عينا مرثية لم يملكها ثم ملكها لم يجز . فهذا دليل واضح على ان المراد به ماليس في ملكه لا ماليس عنده (١) .

وقال صاحب فتح القدير بعد هذين الجوابين :

" فظمهران كلا من الحديثين لم ينف ما أجزأه فكان نفيه قولا بلا دليل . وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا " (٢) .

— ثالثا : والرد على من ضعف حديث من اشترى شيئا لم يره . . بما يلي :

١ — قيل : ان هذا الحديث مرسل لا يحتج به ، واجيب بان المرسل حجة عند اكثر اهل العلم (٣) .

٢ — وقيل : ان احد رواته مجروح بالضعف وهو ابو بكر بن ابي مریم . واجيب : " بأن تضعيف ابن ابي مریم بجهالة عدالته لا ينفي علم غيـر المضعفين بها ، لان هذا الحديث رواه ايضا الحسن البصرى ، وسلمة ابن المحقق ، وابن سيرين ، وهو رأى ابن سيرين ايضا . وعمل بذلك مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن ابي مریم " (٤) فقبول العلماء دل على ثبوت هذا الحديث (٥) .

والذى أرسل الحديث ارسله لشهرته ، وجاء في المبسوط : ان السدى رواه مرسلا رواه لشهرته . ثم قال : " وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس وعطاء والحسن البصرى ، وسلمة بن العجر مرسلا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته " (٦) .

(١) المبسوط ٧٠/١٣ والفناية ٦/٣٣٦ .

(٢) فتح القدير ٦/٣٣٦ .

(٣) فتح القدير ٦/٣٣٧ ، التلويح على التوضيح ٧/٣ واما المرسل فهو حجة مطلقا بمرتب المسند عند ابن حنيفة ومالك ولم ياخذ احمد الا اذا لم يكن ثمة في الموضوع حديث والا امام الشافعى ياخذه ببعض الشروط (اصول

الفقه / ابو زهرة / (١١١) .

(٤) ميزان الاعتدال ٤/٤٩٨ .

(٥) فتح القدير ٦/٣٣٧ .

(٦) المبسوط ٦٩/١٣ .

والحقيقة ان المرسل من الثقة صحيح يحتج به في مذهب ابي حنيفة
ومالك واحمد رحمهم الله لان الراوى الثقة لا يرسل الا اذا كان من سمعه
منه ثقة (١) .

٣ - وقد روى الحديث ايضا مرفوعا ، رواه ابو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن
سيرين عن ابي هريرة رضى الله عنه (٢) .

وأخيرا . . .

قال الطحاوى : " والاثار في ذلك قد جاءت متواترة . وان كان اكثرها
منقطعا فانه منقطع لم يضا ده متصل " (٣) .

— بيان القول الراجح :

بعد ذكر الادلة ومناقشتها في بيع الغائب اتضح لى ان قول القائل
بصحة بيع الغائب وثبوت خيار الرؤية فيه هو الاصح لوضوح الادلة في ذلك .
ثم ان شرط الرؤية لصحة البيع يؤدى الى الحرج والمشقة لان التجارة
اليوم تعتمد على المواصفات المكتوبة او المصورة في معظم البضائع ، فهذه
البيع ليست الا عقدا على الغائب بناء على الوصف . وليس من السهل ان
المستورد يسافر كل مرالى محل البيع ليرى مشترياته حتى يصح عقده عليه .
ولذلك فان الواقع يجبرنا الى الاخذ بالقول بصحة بيع الغائب لكنه ليس
على اطلاقه وانما بشرطين :

-
- (١) منهج النقد في علوم الحديث / ٣٧٢ . وشرح الكوكب المنير ٢ / ٥٧٢ .
 - (٢) الدارقطني ٤ / ٣ .
 - (٣) شرح معاني الاثار ٤ / ١٠ . الطحاوى هو احمد بن محمد بن سلامه
الاودى الطحاوى المتوفى ٣٣١ هـ فقيه حنفى انتهت اليه رياسة
الحنفية بمصر . من تصانيفه : شرح معاني الاثار ، مشكل الاثار والمختصر
(الاعلام ١ / ١٩٧) .

احدهما : بازالة الجهالة المفضية الى النزاع باى اريق كان بالوصف
او بالصورة او ببيان الحدود والابعاد والاوزان ونحوها .
والثانى : اثبات الخيار للمشتري عند رؤيته المبيع حتى يمكن له فسخ
العقد ان لم يعجبه .

...

فهذا حكم بيع مالم يره المشتري ، واما حكم بيع مالم يره البائع فكما يلى :

— حكم بيع مالم يره البائع :

فلو باع شيئا قبل أن يراه بأن ورثه فى بلدة أخرى فباعه قبل ان يراه فهل
هذا البيع صحيح أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الاول : ذهب الحنفية الى انه جائز (١) وقال فى الدرر: " جاز

البيع والشراء لما لم يراه اى البائع والمشتري . يعنى : يجوز ان يبيع رجل
شيئا يملكه ولم يره كما اذا ورثه . وكذا يجوز ان يشتري رجل شيئا لم يره " (٢) وبه
قال أحمد فى رواية عنه " (٣) .

والقول الثانى : ذهب الشافعى رحمه الله الى أن بيع مالم يره البائع
باطل . وجاء فى المجموع : " فان لم ير البائع المبيع فباطل قطعا لانه يقتضى
الخيار والخيار فى جانب البائع تميد " (٤) .
وهو القول الاظهر عند الحنابلة (٥) .

(١) المسوط / ١٣ / ٧٠ ، العناية / ٦ / ٣٣٩ .

(٢) الدرر / ٣ / ١٥٦ .

(٣) المغنى / ٣ / ٤٩٥ .

(٤) المجموع / ٩ / ٣١٨ .

(٥) المغنى / ٣ / ٤٩٤ .

أما الأدلة :

أ - أدلة القول الاول :

استدل القائلون بصحة البيع فيما لم يره البائع بقصة طلحة وعثمان رضي الله عنهما فان عثمان رضي الله عنه باع ارضا لم يرها . وجبير بن مطعم لم يحكم ببطلان العقد بل حكم بالخيار للمشتري والخيار لا يثبت الا بمقصد صحيح . وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكره احد فكان اجماعا . واوجب بانه قول صحابي لم ينتشر وفي كونه حجة خلاف (١) .

ب - أدلة القول الثاني :

استدل المانعون لصحة بيع البائع فيما لم يره به حديث : " لا تبع ما ليس عندك " (٢) ومعروف ان الغائب لا يكون عند الانسان ولا يراه فلا يجوز بيعه للحديث .

وأوجب بأن قصة الحديث - كما سبقت - دليل على انه ورد لمنوع البيع عما ليس بملكه ، وقد يكون البائع لم ير المبيع لكنه قد دخل بملكه (٣) .

ولعل القول الاول هو الاصح لان دليله اوضح من الثاني .

وعلى القول بالصحة هل يثبت له الخيار عند رؤيته المبيع كالمشتري ؟

فيه قولان :

أحدهما :

لا يثبت له الخيار . وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، وكان يقول أولا :

له الخيار فلما بلغته قصة عثمان وطلحة رجع عنه وقال : لا خيار للبائع (٤) .

(١) المغني ٣/٤٩٥ ، المجموع ٩/٣٣١ .

(٢) المجموع ٩/٣٣٠ .

(٣) المسوط ١٣/٧٠ .

(٤) المسوط ١٣/٧٠ .

وان لم يرش بالمقد ، لان تمام رضا العاقد يعتبر بما يدخل في ملكه
لا بما يخرج عنه ، والمبيع يخرج عن ملكه ، والذي يدخل هو الثمن وطريق
اعلامه هو التسمية دون الرؤية (١) .

ثم ان حديث " من اشترى شيئا . . . يدل ايضا على عدم الخيار
له لانه طقه بالشراء فلا يثبت دونه (٢) .

الا ان هذا الاستدلال اعترض عليه بانه استدلال بالمفهوم وهو لا يقـول
به العنفية . وقال صاحب فتح القدير : " ولا يخفى انه نفى للحكم بمفهوم
الشرط . ان حاصله انتفاء الحكم لانتهاء الشرط " (٣) .

— والقول التالي :

ان البائع كالمشتري يثبت له الخيار عند الرؤية وهو قول لاحد بسن
حنبل لانه جاهل بصفة المعقود عليه . واستدل بحديث عثمان وطلحة
وقال : فاما الخبر فهو قول جبير وقد خالفهما عثمان . وقوله أولى (٤) .

— الترجيح :

على ما اتضح لي انه لا خيار للبائع لانه لو رده لرد باعتبار ان المبيع
راه ازيد واحسن بما ظنه . فالزيادة لا توجب الرد كما لو باع عبدا بشرط انسه
معيب فانا هو صحيح لم يثبت له الخيار . ولا يقاس على المشتري لاننا نارد فانه
رد لغوات الوصف المرغوب فيه بخلاف البائع .

-
- (١) المسوط ١٣ / ٧٠ .
(٢) الهداية ٣ / ٣٣ .
(٣) فتح القدير ٦ / ٣٣٩ .
(٤) المغنى ٣ / ٤٩٦ .

هذا كله اذا كان الثمن غير عين ، اما ان كان عينا ولم يركل منهما
ما يحصل له من الموض كان لكل منهما الخيار لان كل واحد منهما مشتر من
وجه . وجاء في جامع الفصولين : " يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينيا ،
والكيل والوزن اذا كانا عينا فهما كسائر الاعيان وكذا التبر من الذهب
والفضة والاواني " (١) .

...

(١) جامع الفصولين ١ / ٣٣٥ .

((المبحث الثالث))

في الرؤية

- وفيه ستة مطالب :
- المطلب الاول : المراد بالرؤية .
 - المطلب الثاني : الرؤية السابقة .
 - المطلب الثالث : رؤية الوكيل والرسول .
 - المطلب الرابع : رؤية ما يصون المبيع .
 - المطلب الخامس : رؤية بعض المبيع .
 - المطلب السادس : الرؤية في شراء الاعس وبيعه .

— التمهيدي :

اذا كان عدم الرؤية هو السبب لثبوت هذا الخيار (١) وجب
ان نعريف : ما المراد بالرؤية ، وما هي اثار الرؤية السابقة ،
ورؤية الصوان ورؤية بعض المبيع ، ورؤية الوكيل والرسول في سقوط
هذا الخيار ، وما هو معنى الرؤية في بيع الاعس وشرائه ، نذكرها
في المطالب التاليان شاء الله .

...

(١) فتح القدير ٣٣٥/٦ ، البحر الرائق ٢٨/٦ .

المطلب الاولالمراد بالرؤية

هل المراد برؤية المبيع هو النظر بالعين او حصول العلم به بأي طريق كان ؟

ذهب الحنفية الى أن المراد بها هو حصول العلم بالمقصود وليس الابصار بالعين فقط سواء حصل ذلك العلم بالنظر او بالشم او باللمس او بالذوق ، او بالسمع ، وذلك يختلف باختلاف المبيع ، فالعسل لا يعرف ريحة وجميده الا بالذوق ، وسمن الشاة لا يعرف الا بالجم باليد ، والسيارة لا تعرف الا بالتشغيل والركوب عليها ونحو ذلك .

والحاصل ان كل مبيع له طريق لحصول العلم به ، فاذا لم يحصل ذلك لدى المشتري يخير عند الرؤية بين فسخ العقد وامضائه (١) .
وسه قال المتأمله . حيث قال في الانصاف وفي كشف القناع : " وما عرف مما يباع بلمسه او شمه او ذوقه فكرؤيته لحصول المعرفة " (٢)
وهو قول المالكية . ولذلك أجازوا البيع على البرنامج ، وهو البيع بناء على ما هو مكتوب في دفتر من اوصاف المبيع الموجود في الاعمال . وكذا أجازوا بيع الاعلى بناء على هذا الاساس (٣) .

ويؤيده ما ورد في الكتب من المسائل ان الاصل هو حصول العلم بالمبيع لا مجرد الرؤية : فلواشترى شاة من اللحم فلا بد من الجم وهو اللمس باليد

(١) فتح القدير ٣٣٢/٦ .

(٢) الانصاف ٢٩٥/٤ ، كشف القناع ١٦٣/٣ .

(٣) الخرشى ٣٣/٥ .

لان المقصود منه اللحم فلا يعرف انها سمينة ام لا ، الا بالجنس ومجرد الرؤية بالعين لا يؤدى الى ذلك (١) .

وجاء في التبيين : وفيما يطعم لابد من الذوق وفيما يشم لابد من الشم وفي دوف الفازى لابد من سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال الالوان رآه فلا يسقط خياره حتى يدركه (٢) . ومن هذا القبيل : الراديبو والتلفاز والمكيف والثلاجة ونحوها فلا بد من حصول العلم بها على حسب ما يليق به والا فللمشترى الخيار .

وفي البحر الرائق : اشترى ما مذاق فذاقه ليلا فلا خيار له (٣) مع انه لم يره . والقيد بـ " ليلا " لا للاحتراز عن النهار وانما ليفيد ان مجرد الذوق فيما يصرف بالذوق كاف لحصول المعرفة وان لم توجد الرؤية (٤) .

أما الشا فعية فانهم ذهبوا الى ان الرؤية بالعين كافية لسقوط الخيار على الاصح ولا يشترط الشم فيما لا يعرف الا بالشم ولا الذوق فيما لا يعرف الا بالذوق ، كما نص عليه في المجموع بقوله : " هل يشترط الذوق في الخسل ونحوه على قولنا باشتراط الرؤية وكذا الشم في المسك ونحوه واللبس في الثياب ونحوها ؟ " .

فيه طريقان : اصحهما وبه قطع الاكثرون ، واقتضاه كلام الجمهور : انه لا يشترط .

-
- | | |
|-----|-------------------------------------|
| (١) | فتح القدير ٦/٣٤٤ . |
| (٢) | تبيين الحقائق ٤/٢٧ . |
| (٣) | البحر الرائق ٦/٣٩ . |
| (٤) | منحة الخالق على البحر الرائق ٦/٣٩ . |

قال الرافعي^(١): هو الصحيح المعروف.
والثاني : حكاية المتولى^(٢) ، فيه وجهان : اصحهما هذا (اي لا
يشترط) لان معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها .
والوجه الثاني : يشترط لانه يقع في هذا النوع اختلاف^(٣) .

...

والاولى في حصول المعرفة السليمة بالجميع هو الجمع بين الرؤية وبين
غيرها من اللبس او الذوق او الشم حيث يمكن الجمع ، لان الرؤية فقط
او غيرها من الحواس الظاهرة بانفراده قد لا يؤدي الى معرفة تامة لان كلا
منها يتم الاخر.

...

-
- (١) هو عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني فقيه من كبار الشافعية
صاحب فتح الميزطي شرح الوجيز ، نسبه الى رافع بن خديج
الصحابي (٥٥٧ - ٦٢٣ م) (الاعلام ٤ / ١٧٩) .
- (٢) هو عبد الرحمن بن مامون النيسابوري ، فقيه مناظر (٤٢٦ - ٤٧٨ هـ)
(الاعلام ٤ / ٩٨) .
- (٣) المجموع ٩ / ٣٢٣ ، روضة الطالبين ٣ / ٣٧٥ .

المطلب الثانيالرؤية السابقة

والمراد بها الرؤية المتقدمة على العقد بان يكون المشتري قد رأى المبيع ، وبعد مدة اشتراه بخير ان رآه ثانية . فهل يسقط خياره لرويته سابقا ام لا ، والكلام فيه يجرى في ثلاثة مواضع :

— الموضع الاول : حكم العقد مع الرؤية السابقة :

فلو اشترى سلعة قد رآها قبل مدة فالمبيع لا يخلو اما ان يكون ممسوكا لا يتخير غالبا ، واما ان يتغير غالبا واما ان يحتمل التغير :

أولا : فان كان ما لا يتغير غالبا في تلك المدة التي مضت بين الرؤية والعقد كالحديد والارض والنحاس ونحوها فهل يصح العقد عليه ام لا ؟ للفقهاء قولان في ذلك :

القول الاول : ان هذا البيع صحيح . وبه قال الشافعية مع ان بيع الغائب باطل على الاصح عندهم ، فهذا بيع الغائب . فجازوه هنا اكتفاء برؤية سابقة لان المشتري قد عرف المبيع سابقا والغالب بقاؤه على وصفه شاهده عليه (١) .

شروط صحته عند الشافعية :

وقد اشترط الطوردي لصحة البيع على الرؤية السابقة ان يكون المشتري ذا كرا او صاف المبيع عند العقد ، فاذا نسيها حيث لا يذكر شيئا لا تكفي هذه الرؤية لصحة العقد (٢) وبه جزم الروياني وابن الرفعة (٣) وأقره المتأخرون

(١) مغنبي المحتاج ١٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٧/٣ .

(٢) مغنبي المحتاج ١٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٧/٣ .

(٣) فقيه شافعي سئل ابن تيمية عنه فقال : رأيت شيئا يتقاربه الشافعية

من لحيته ٦٤٥ - ٧١٠ هـ (الاعلام ١/٢١٣) .

كالسبكي والاذرعى (١) وقالوا : ان هذا تقييد لما اطلق بصحته (٢) .

وعند المالكية :

وكذا عندهم ان البيع برؤية سابقة جائز اذا تيقن المشتري انه لم يتخير
بتلك المدة (٣) سواء كان البيع على الخيار او على اللزوم ، وسواء كان المبيع
حاضرا فى مجلس العقد او غائبا يجوز البيع بناء على رؤية سابقة فلا تشتت شرط
ثانية (٤) . وجاء قيد فى المدونة بانه لا بد من ان تكون المدة قريبة والا فلا يصح (٥)
ولم يذكر فيها ما هو الحد لهذه المدة . الا أن ابن القاسم (٦) تركه السبكي
اقتناع المشتري حيث قال : " اذا علم ان المبيع لا يبلغ الى ذلك الوقت سالما
من يوم أن رآه فلا يصح العقد عليه الا على المواصفة او على النظر اليه (٧) .

أما عند الحنابلة :

فالمذهب عندهم ان البيع صحيح برؤية سابقة ، وهو احد قولى أحمد (٨)
لان الشرط لصحة العقد هو العلم باوصاف المبيع وقد حصل ذلك برؤية بسيطة
متقدمة (٩) فاصح المبيع معلوما عند المتعاقدين كما لو شاهدها عند العقد (١٠)

-
- (١) هو احمد بن حمدان الازرعى ، فقيه شافعى . ومن مؤلفاته : غنيمة
المحتاج ، وقوت المحتاج ، وكل منهما ماليس فى الاخر ٧٠٨-٧٨٣ هـ
(الاعلام ١/١١٢) .
- (٢) نهضاية المحتاج ٤١٢/٣ ، حاشية الجمل شرح المنهج ٤٠/٣ .
- (٣) حاشية الدسوقى ٢٤/٣ .
- (٤) الفواكه الدوانى ١٤١/٣ ، شرح منح الجليل ٥٠١/٣ .
- (٥) المدونة ٢٠٢/٤ .
- (٦) تفقه بمالك وهو اثبت الناس عنه ١٣٣-١٩١ هـ (شجرة النور الزكية
٥٨/ .
- (٧) المدونة ٢٠٢/٤ .
- (٨) المغنى ٤٩٧/٣ .
- (٩) كشاف القناع ١٦٤/٣ .
- (١٠) المغنى ٤٩٧/٣ .

والقول الثاني :

ما ذهب اليه بعض العلماء من ان الرؤية السابقة لا تكفي لصحة العقد بل لابد من رؤيته عنده وهو قول ثان ل احمد ، وحكى ذلك عن الحكم (١) ، وحماد (٢) لان ما كان شرطاً لصحة العقد فهو شرط عند العقد كالشهادة في النكاح (٣) واليه ذهب الانطاقي (٤) من الشافعية ، الا ان صاحب الروضة قال : انه شان مردود (٥) فالاصح عندهم جوازه برؤية سابقكما سبق .

وقاسه بعض الشافعية على انه لو رأى الثمرة قبل بدو صلاحها ثم اشتراها بعد مدة من غير تجديد الرؤية لم يصح ولو كانت المدة قريبة لان الذي عقد عليه غير الذي رأى لتغيره دوماً (٦) .

واجيب بان قولكم " ما كان شرطاً لصحة العقد فهو شرط عند العقد " غير صحيح لانه لو رأيا داراً ووقفاً في بيت منها او ارضاً ووقفاً في طريقها وتبايعا صح البيع بلا خلاف مع انهما لم يشاهدا الكل عند العقد ، وهنا كذلك لانه لو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لا شترطت رؤية جميع الارض او الدار (٧) .

-
- (١) هو الحكم بن عيينة ، تفقه على ابراهيم النخعي توفي : ١١٥ هـ (طبقات الفقهاء / ٨٢) .
- (٢) حماد بن ابي سليمان ، مولى ابي موسى الاشعري . توفي : ١٣٠ هـ (طبقات الفقهاء / ٨٣) .
- (٣) المغنى ٣ / ٤٩٧ .
- (٤) هو ابو القاسم عثمان بن سعيد الانطاقي ، اخذ الفقه عن الربيع والمزني ، توفي : ٢٨٨ هـ . (طبقات الفقهاء / ١٠٤) .
- (٥) روضة الطالبين ٣ / ٣٦٩ .
- (٦) نهاية المحتاج ٣ / ٤١٧ .
- (٧) المغنى ٣ / ٤٩٧ .

وكذا القياس على رؤية النثرة قبل بدو صلاحها غير صحيح لان الثمر
يتخبر بالاستمرار في لونه وكبره بخلاف المبيع فيما نحن فيه (١) .

...

الترجيح :

ومن هذا نرى ان الاصح هو جواز المبيع بناء على رؤية سابقة لان المشتري
اذا أقدم على شراء ما رآه سابقا ما لا يتغير غالبا يدل على انه راض به طالما
يجده متغيرا ، والرضا هو الاصل لصحة العقد وقد وجد .

ثانيا : اذا كان المبيع ما يتغير غالبا بتلك المدة :

بأن كان المبيع ما يسرع اليه الفساد كالفواكه واشتراه بعد مدة مسن
رؤيته يتغير فيها غالبا :

فقال الشافعية لم يصح العقد برؤية سابقة (٢) وبه قال الحنابلة ولو
وجده انه لم يتغير فلا يصح العقد لانه ورد على مجهول (٣) هذا هو الاصح
عند المالكية (٤) ان كان المبيع على اللزوم ، اما ان كان على الخيار عند الرؤية
او على المواصفة حاز المبيع لا مكان دفع الضررته بالخيار (٥) .

وفي قول مذهب المالكية : ان شرط النقد فسد ، والا جاز ، والاول هو مذهب
المدونة (٦) .

-
- (١) نهاية المحتاج ٤١٧/٣ .
 - (٢) المجموع ٣٢٥/٩ ، روضة الطالبين ٣٧٠/٣ ، كفاية لا خيار ٢٤١/١ .
 - (٣) المغنى ٤٩٧/٣ ، الانصاف ٢٩٧/٤ .
 - (٤) شرح الخطاب ٢٩٤/٤ .
 - (٥) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٤/٣ ، شرح الخطاب ٢٩٤/٤ ،
شرح منج الجليل ٥٠١/٢ .

ثالثا : اذا كان المبيع ما يحتمل التغير وعدمه في تلك الحدة فهل يصح
العقد بناء على الرؤية السابقة ام لا ؟

فيه قولان عند الشافعية والحنابلة :

القول الاول : ان البيع صحيح وهو الاصح عند جمهور الشافعية (١) ،
وهو قول عند الحنابلة وبه جزم في المبنى (٢) والشرح الكبير (٣) والكافي (٤) ،
لا احتمال بقاءه على ما كان .

أما الحنفية فان البيع في ذلك كله صحيح سواء كان ما يتغير غالبا
او لا يتغير لانهم اجازوا بيع الغائب ، فبرؤية سابقة أولى .

الموضع الثاني : الخيار في هذا البيع

واذا اشترى على رؤية سابقة فهل له الخيار عند رؤى بالمبيع بمسند
العقد ام لا ؟

والمبيع هنا لا يخلو ، اما انه قد تغير عن حاله الذي رآه عليه واما لم
يتغير : فان كان قد تغير عن حاله : قال الحنفية والشافعية غير الغمزالي
له الخيار ان شاء امضى العقد وان شاء فسخه لانه بالتفكير صار شيئا اخر
فصار كأنه قد اشترى شيئا ولم يره (٥) ولان ذلك كحدوث العيب قبل التسليم
قله الفسخ (٦) .

-
- (١) المجموع ٣٢٥/٩
(٢) المبنى ٤٩٧/٣
(٣) الشرح الكبير ٢٧/٤
(٤) الكافي ١٣/٢
(٥) بدائع الصنائع ٢٩٢/٥ ، الهداية ٣٥/٣ ، مجمع الانهر ٣٩/٢ ،
درر الحكام ١٥٩/٢ ، مبنى المحتاج ١٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٧/٣
المجموع ٣٢٥/٩ ، روضا لطالبين ٣٦٩/٣
(٦) المبنى ٤٩٧/٣

وحكى الغزالي في الوسيط ان البيع باطل لان نفاذ المعرفة عند العقد (١) ، الا أن الاصح عند الشافعية : ان البيع صحيح وله الخيار (٢) .

وأما ان وجده لم يتغير فلا خيار له لان العلم باوصاف المبيع قد حصل برؤية سابقة وجاء المبيع كما رآه فلزم البيع عند الجميع (٣) .

الا ان الحنفية اشترطوا هنا شرطين للزوم البيع :

الشرط الاول : أن يعلم المشتري جزئا من هذا المبيع هو الذي رآه

سابقا وان لم يتيقن لم يلزم البيع بل له الخيار لعدم الرضا به (٤) .

والشرط الثاني : ان تكون تلك الرؤية لقصد الشراء ، والا له ان

يفسخ العقد لانه اذا رآه لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم تقع معرفته (٥) .

الموضع الثالث : اختلاف العاقدين :

لا يخلو اختلافهما من ان يكون اختلافهما في التفسير او اختلافهما في الرؤية .

— اختلافهما في التفسير :

ولو اختلفا في التفسير بان ادعى المشتري ان المبيع قد تغير وليس طمس

ما رآه سابقا ، وأنكره البائع وليس لاحدهما بينة ، فنأيهما يصدق ؟

-
- (١) روضة الطالبين ٣/٣٦٩ ، المجموع ٩/٣٢٥ .
 - (٢) روضة الطالبين ٣/٣٦٩ ، المجموع ٩/٣٢٥ .
 - (٣) الهداية ٣/٣٥ ، تبين الحقائق ٤/٣٠ ، المجموع ٩/٣٢٥ .
 - (٤) روضة الطالبين ٣/٣٦٩ ، المغنى ٣/٤٩٧ .
 - (٥) الهداية ٣/٣٥ ، شرح العناية ٥/٣٥٢ ، مجمع الانهر ٢/٣٩ .

قال الحنابلة ان القول قول المشتري مع يمينه في هذا الاختلاف (١) وهو قول جمهور الشافعية ، حيث جاء في المجموع : " الصحيح المنصوص ، وبه قطع المصنف (اي صاحب المذهب) وكثيرون ان القول للمشتري بيمينه (٢) لان مفاد دعوى البائع ان المشتري كان يعلم على هذا الوصف . والاصل عدم العلم به (٣) ولان البائع يدعي لزوم الثمن على المشتري والاصل براءة ذمته من الثمن (٤) .

وهو عن صاحب التصريف من الشافعية : " القول قول البائع مع يمينه لان الاصل عدم التغير (٥) فهذا خلاف الواقع لان الاصل في الاشياء التغير والهلاك لا البقاء .

اما الحنفية والمالكية فالامر عندهم بالتفصيل بناء على كون المدة قريبة او بعيدة : ان كانت المدة بين الرؤى يقال السابقة وبين العقد قريبة والحيث مما لا يتخير غالبا فالقول قول البائع مع يمينه (٦) لان الاصل عدم التغير بتلك المدة فكان البائع متمسكا بالاصل . لان المشتري بدعوى التغير يدعي حقوق الرد والبائع يفكره فكان القول قول المنكر (٧) ، ثم ان دعوى المشتري جاءت بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو الرؤية فلا يقبل دعواه الا ببينة (٨) وقول البائع لا يقبل الا مع اليمين لاحتمال صدق المشتري .

-
- (١) المغنى ٤٩٧/٣ ، كشف القناع ١٦٥/٣ .
 (٢) المجموع ٣٢٥/٩ .
 (٣) مغنى المحتاج ١٩/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٨/٣ ، اطانة الطالبين ١٠/٣ ، روضة الطالبين ٣٢٠/٣ .
 (٤) كشف القناع ١٦٥/٣ .
 (٥) المجموع ٣٢٥/٩ .
 (٦) فتح القدير ٣٥٢/٦ ، الخرشى ٣٤/٥ ، شرح المعنانية ٣٥٢/٦ ، بدائع ٢٩٣/٥ .
 (٧) بدائع الصنائع ٢٩٣/٥ .
 (٨) فتح القدير ٣٥٢/٦ .

وان كانت تلك المدة طويلة فالقول قول المشتري ، لان الظاهر يشهد له فان الشئ يتغير بطول الزمن فالقول قول من يشهد له الظاهر (١) وقال السرخسي : " رأيت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة فزعم البائع انها لم تتغير أكان يصدق على ذلك وهذا مما يفرقه كل عاقل فالظاهر يشهد فيه للمشتري فالقول قوله " (٢) .

— ما المراد بالتفسير ؟

وليس المراد به حدوث العيب في المبيع بتلك المدة بل هو التغيير لبقصان بعض الصفات ، وجاء في المجموع نقلا عن الجويني : " وليس المراد بتغييره حدوث عيب فان خيار العيب لا يختص بهذه الصورة ، بل الرؤية بمنزلة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية . فكل ما فات منها فهو كتيبسن الخلف في الشرط فيثبت الخيار " (٣) .

وفي حاشية ابن عابدين : " المراد التغيير ببقصان بعض الصفات كتنقص الحسن او القوة " (٤) .

ماهي المدة المعتبرة في التفسير ؟

وقد سبق ان كون المدة بعيدة او قريبة تؤثر في صحة العقد برؤية سابقة . ويؤثر ايضا في ثبوت الخيار للمشتري او عدمه ، فماهي هذه المدة ؟

ولم يرد في ذلك حد معين ، لا اختلافه باختلاف المبيع ، الا ان صاحب

-
- | | |
|-----|------------------------|
| (١) | شرح المنهاية ٣٥٣/٦ |
| (٢) | المبسوط ٧٣/١٣ |
| (٣) | المجموع ٣٢٥/٩ |
| (٤) | حاشية ابن عابدين ٦٠٢/٤ |

البحر الرائق نقل عن الظهيرية ان الشهر طويل ومادونه طويل . وقسال :
 " لو رأى شيئاً ثم اشتراه فلا خيار له ، الا ان تطول ، والشهر طويل ومادونه
 طويل " (١) . وغصه صاحب الفتح بالدابة والملوك حيث قال : " لو رأى دابة
 او ملوكا فاشتراه بعد شهر وقال : تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله
 طويل " (٢) .

— القول الاصح :

والذي تقتضيه المصلحة ترك الامر الى العادة والى الظن الخالص
 لان الاشياء تختلف في سرعة التغيير والبقاء . فلاحسن ان يعتبر كل نوع
 بحسبه كما قال صاحب كشاف القناع " والمبيع : منه ما يسرع فساد كالفاكهة ،
 وما يتوسط كالحيوان ، ومنه ما يتباعد كالمقارن فيعتبر كل نوع بحسبه " (٣) .
 فالمرجع في تحديد وقت فساد لكل مبيع العادة وأهل الخبرة .

— اختلافها في الرؤية :

اذا اختلفا في الرؤية بأن ادعى البائع ان المشتري قد رآه عند
 العقد فأنكره المشتري وادعى ان له حق الرد فالقول قول المشتري عند
 الحنفية لان الاصل عدم الرؤية فالقول لمن يتمسك بالاصل ، والبائع بدعوى
 الرؤية يدعى لزوم العقد والمشتري ينكر فالقول قول المنكر (٤) .

الا ان ابن الهمام يميل الى ان يكون القول قول البائع هنا لان الغالب
 في المبيعات في الاسواق كون المشتري راوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري

(١) البحر الرائق ٢٧/٦ .

(٢) فتح القدير ٣٥٣/٦ .

(٣) كشاف القناع ١٦٤/٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٩٣/٥ ، الهداية ٣٥/٣ ، فتح القدير ٣٥٢/٤ .

تبيين الحقائق ٣٠/٤ .

تمسك بالظاهر ، لان الغالب هو الظاهر ، والمذهب ان القول لمن يتمسك
بالظاهر لا بالأصل الا ان يمارضه ظاهر آخر (١) .

الا أن صاحب البحر الرائق طارضه فقال : " (وهو) مدفوع بما ذكرناه
في قاعدة : " ان الأصل العدم " (٢) .

...

ولعل قول ابن الهمام اصح لمطابقته للواقع .
أما الشافعية فلم يفرق في هذه المسألة وجهان بناه على قولين عندهم فسوى
اشتراط الرؤية لصحة البيع :

الوجه الاول : اذا لم تكن الرؤية شرطا لصحة البيع وفقى اختلافهما
في الرؤية : قولان :

قيل : ان القول قول المشتري مع يمينه ، وقيل : القول قول البائع مع
يمينه ، لان كلا منهما مدع ومنكر فالقول قول الخبير مع اليمين .

الوجه الثاني : ان كانت الرؤية ليست بشرط لصحة البيع :
قال الخزالي : يصدق البائع لان اقدام المشتري على العقد اعتراف
بصحته (٣) .

...

-
- (١) فتح القدير ٣٥٢/٦ .
(٢) البحر الرائق ٣٢٢/٦ .
(٣) المجموع ٣٢٢/٩ ، روضة الطالبين ٣٢٧٦/٢ .

المطلب الثالثرؤية الوكيل والرسول

الوكيل هو من وكل اليه الامر (١) وهو فعيل بمعنى مفعول لانه موكل اليه الامراى مفوض اليه (٢) .

أما التوكيل فهو عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم (٣) ويجوز التوكيل بلفظ " وكت " واشباهه . فروى بشر (٤) عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره : أجهيت ان تبع عدى هذا او هويت او رضيت او شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع (٥) .

أما الرسول فهو الذى أمره المرسل بأداء الرسالة بالتسليم او القبض (٦) ، والارسال يكون بألفاظ الرسالة ونحوها كقوله : كن رسولا عنى فى قبض كذا أو أمرتك بقبضه أو قل لفلان ان يدفع الصبيح اليك (٧) .

والفرق بين الرسالة والنوالة :

الرسالة هى تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له فى التصرف (٨) بخلاف الوكيل فان له دخلا فى التصرف فيما وكل اليه .

-
- (١) دليلة الطلبة ١٣٧ .
 (٢) شرح المعناية ٤٩٩/٧ ، انظر: فتح القدير ٤٩٩/٧ - ٥٠٠ .
 (٣) شرح المعناية ٤٩٩/٧ .
 (٤) هو بشر بن غياث الميرسى ، المتوفى ٢٢٨ هـ . اخذ الفقه عن ابي يوسف وله تصانيف وروايات كثيرة واقوال شاذة كجواز اكل لحم الحمار ووجوب الترتيب فى جميع العمر . (الجواهر المضية ١/١٦٤) .
 (٥) شرح المعناية ٤٩٩/٧ .
 (٦) التعريفات / ١١٥ .
 (٧) البحر الرائق ٦/٣٤ .
 (٨) حاشية سمعى جلى على شرح المعناية ٤٩٩/٧ .

— حكم رؤيتهما في البيع :

ولو اشترى مالا لم يره ووكل رجلا أو أرسل رسولا ليقبضه فقبضه بعد
ان رآه فهل رؤيتهما تسقط خيار الموكل والمرسل أم لا ؟

اتفق الحنفية على ان الرسول اذا قبض بعد ان رأى المبيع لم يسقط
خيار المرسل ، وله ان يرده عندما رآه (١) سواء كان ذلك رسولا بالقبض او بالشراء^(٢)
لان المقصود من الرؤية حصول العلم باوصاف المبيع ليتم رضا المشتري ولم
يتحقق ذلك برؤية الرسول فصار كأنه قبضه بغير رؤية فلم يسقط حقه (٣) .

أما رؤية الوكيل :

وهنا فرقوا بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالقبض :
فان كان الوكيل وكيلا بالشراء فقبض المبيع بعد ان رآه سقط خياره
بالاتفاق . وقال في الهداية : " فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار
بالاجماع " (٤) . لان حقوق المقدم ترجع اليه (٥) .

أما ان كان الوكيل وكيلا بالقبض اختلفوا في ذلك :

فقال أبوحنيفة رحمه الله : سقط خيار الموكل لان التوكيل بالقبض توكيل
باتمام ذلك القبض والقبض لا يتم مع بقاء الخيار فوجب ان يتضمن التوكيل بالقبض
انابة الوكيل مناب نفسه في الرؤية (٦) .

-
- (١) المسوط ٧٣ / ١٣ .
(٢) تبين الحقائق ٢٨ / ٤ .
(٣) المسوط ٧٣ / ١٣ .
(٤) الهداية ٣٤ / ٣ .
(٥) بدائع الصنائع ٢٩٥ / ٥ ، فتح القدير وشرح الفناية ٣٤٦ / ٦ .
(٦) المسوط ٧٣ / ١٣ .

والقبض عنده نوعان : تام وناقص . والتام : هو قبض المبيع بعد رؤيته والناقص : قبضه دون أن يراه (١) . فاذا اطلق التوكيل بالقبض يراد به التام لا الناقص كما اشار اليه صاحب البدائع بقوله : * ولا يبي حنيقة انه وكيل بالقبض ، لكن يقبض تام لان الوكيل بالشئ * وكيل باتمام ذلك الشئ * ، ولهم هذا كان الوكيل بالخصومة وكذا بالقبض وتام القبض باسقاط الخيار لان خيار الرؤية يمنع تمام القبض * (٢) .

وقال ابو يوسف ومحمد ان رؤية الوكيل بالقبض لا تسقط حق الموكل ، لأن الوكيل بالقبض كالرسول فانه برؤيته لا يحصل العلم في المبيع لدى الموكل . والجامع بينهما ان كلا منهما مأور بقبض العين وينظرها الى ضمان المشتري لا أكثر (٣) .

ثم ان خيار الرؤية هنا كخيار العيب لا يسقط بقبض الوكيل (٤) وكذا خيار الشوط (٥) لان الوكيل وكيل بالقبض دون الاسقاط ، ولا يطك التصرف فيما لم يوكل به (٦) . وقال في البدائع تعليلا لقولهما : ان الوكيل يتصرف بحكم الأمر ، والمتصرف بحكم الأمر لا يتعدى الى مورد الأمر ، والوكيل بالقبض انما مأور به دون اسقاط الخيار (٧) .

-
- (١) فتح القدير وشرح العناية ٣٤٦/٦ .
 (٢) بدائع الصنائع ٢٩٦/٦ .
 (٣) الخانية ١٨٨/٢ ، جامع الفصولين ٣٣٥/١ .
 (٤) المرجعان السابقان .
 (٥) المبسوط ٧٣/١٣ .
 (٦) شرح العناية ٣٤٦/٦ .
 (٧) بدائع الصنائع ٢٩٦/٥ .

يظهر أن قول الصاحبين أقرب إلى ما يتعامل الناس عليه . وذلك
فإن احداً يحقده عقداً على ما لم يره ثم يقول لفلان : اذهب وائت به فإذا
رآه ولم يعجبه رده على البائع سواء كان اسم هذا رسولا أو وكيلًا .

...

المطلب الرابعرؤية ما يصون المبيع

ان بعض المأكولات يكون مستورا بالشئ * خلقه ، ولا يرى المقصود الاصلى منه عند البيع كما في الجوز واللوز والرمان والبندق والبطيخ والباقلا* وكل ما يخلق في القشر ويباع فيه عادة .

في مثل هذه الاشياء هل تشترط رؤية المبيع لصحة البيع أم يكفي برؤية ما يصونه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الاول :

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى ان بيع هذه الاشياء جائز في قشره اكتفا برؤية ما يصونه ولا يشترط نزهه وكسره ، سوا كان رطبا أو يابساً لان بقاءه في قشره لصلاحه فاذا أخرج منه يتعرض للفساد والضياع كما نصوا عليه في كتبهم .

فقد جاء في الهداية :

" ويجوز بيع الحنطة فوسنيلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم . وقال الشافعي رحمه الله " لا يجوز بيع الباقلا الا خضر ، وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده . . . وعندنا يجوز ذلك كله . . ." (١)

وكما جاء في شرح منج الجليل :

" وجاز البيع برؤية الصوان كقشر رمان ومبيخ وبيخ وجوز ولوز وبندق وان لم يكسر شئ منه ليرى ما بداخله " (٢) +

(١) الهداية ٢٦/٣ .

(٢) شرح منج الجليل ٥٠٠/٢ ، انظر : الخرشى ٣٣/٥ .

وقال صاحب كشف القناع الحنبلى :

" ويصح بيع ما مأكوله فى جوفه كرمان وبيض وجوز ونحوها من لوز ويندى " (١)
فقد دلت هذه النصوص على ان رؤية الصوان كافية لصحة بيع ما فيه عند
الجمهور .

القول الثانى :

والاصل عند الشافعية فى بيع مثل هذه الاشياء : ان القشران كان
بقاؤه ضروريا لصلاح ما فيه يجوز بيعه فى القشر والا فلا . ولذلك فرقوا بين ماله
قشرة وماله قشرتاه :

الاولى : وهى كالبطيخ والبيض والرمان والجوز فى القشر السفلى فيجوز
بيعه بخير رؤية المعقود عليه اصلا ضرورة وان لم يدل رؤية القشر على ما فيه (٢) مع
ان ذلك مخالف لاصولهم وهو بطلان بيع الغائب فى المذهب الا انهم اجازوه
هنا للضرورة .

والثانية : وهى كالجوز واللوز والرانج (٣) فى قشرتيهما فلا يجوز بيعه
لان القشرة العليا بقاؤها ليس بضرورى لصلاح اللب كما نص عليه الشافعى
رحمه الله فى الأم حيث قال :

" ويجوز بيع الجوز واللوز والرانج وكل ذى قشرة يدغره الناس بقشرتيه
ما اذا طرحت القشرة زهبت رطوبته وتغير طعمه ويسرع الفساد اليه
مثل البيض والحوز فى قشوره " (٤) .

-
- (١) كشف القناع ١٧٢/٣ ، الانصاف ٣٠٩/٤ .
(٢) منغى المحتاج ١٩/٢ ، فتح المعين ١٠/٣ ، (بهامش اعانسة
الالبين) .
(٣) الرانج بكسر النون - تمرأطس (ترتيب القاموس المحيط ٣٩٦/٢) .
(٤) الأم ٥٢/٣ .

وجاء في المجموع :

" واما ماله كما مان يزال احدهما ويبقى الاخر الى وقت الاكل كالجوز واللوز والرابع فيجوز بيته في القشر الاسفل بلا خلاف ولا يجوز في القشر الاعلى لا على الارض ولا على الشجر لا رطبا ولا يابسا " (١) .

فروع :

وفرعوا على هذا الاصل مسائل كثيرة :

منها : بيع الباقلاء الاخضر .

قيل : لا يجوز ، وهذا المنصوص في الام لان الحب قد يكون صفارا وقد يكون كبارا وقد يكون في بيوته مالا شي فيه وذلك غرر من غير حاجة اليه فلم يجوز . وهذا هو الاصح عند البهوي والآخرين .

وقال ابوسعيد الاصطخري : يجوز لانه يباع في جميع البلدان من غير انكاره هو الاصح عند الجويني والغزالي لان الشافعي رحمه الله امر ان يشتري له الباقلاء الرطب (٢) .

ومنها : بيع المسك في النافجة .

النافجة هي جلدة يكون فيها المسك . وأصله دم يجتمع في كيس فوس سرية الطيبة ثم يتقور ويسقط وقد ييس الدم (٣) .

قيل : لا يجوز بيع المسك وهو فيها لانه مجهول القدر والصفة ، وقيل : يجوز لان بقاءه فيها من مصلحته (٤) .

(١) المجموع ٣٣٨/٩ .

(٢) المهذب ٢٧١/١ .

(٣) النظم المستمذب ٢٧١/١ (مع المهذب) .

(٤) المهذب ٢٧١/١ ، المجموع ٣٣٥/٩ .

— الأدلة : —

استدل الجمهور على ما ذهبوا اليه بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما
انه قال : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهسو
وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري (١) .

وجه الاستدلال :

ان المقصود من النسل هو ما يحفظ فيه حبوب القمح والشعير ونحوهما
خلقة . والحبوب التي يقصد بها البيع مستورة وغائبه عن الابصار . ويقسم
الحب في سنبله من صلاحه كما أرشد اليه قوله تعالى : " فذروه في سنبله " (٢) .
قال القرطبي في تفسيره هذه الآية : " قيل لثلا يسوس وليكون ابقي . وهكذا
الامر في ديار مصر " (٣) .

وقال في كشف القناع : " يجوز بيع الحب في سنبله مقطوعا في شجره
لان النهى صلى الله عليه وسلم جعل الاشتداد غاية للبيع وما بعد الغايمة
مخالف ما قبلها فوجب زوال المنع " (٤) . وقال ابن قيم الجوزية : " فان ظاهره
يوجب جواز بيع الحب في سنبله اذا اشتد وابيض لانه حره الى غايمة .
فحكاه بعد بلوغ الغاية بخلاف حكاه قبلها " (٥) .

فانما صح بيع الحب في سنبله اذا اشتد وهو مستور بقشره صح ببيع
الجوز واللوز ونحوهما في القشر لان بقا اللب فيه ضروري لثلا يتعرض للفساد .

-
- (١) رواه مسلم / البيوع / ٥٠ / والترمذي / البيوع / ١٥ ، وقال حديث حسن صحيح .
(٢) سورة يوسف / ٤٧ .
(٣) تفسير القرطبي ٩ / ٢٠٣ .
(٤) كشف القناع / ٣ / ١٧٢ .
(٥) تهذيب سنن أبي داود ٥ / ٤١ .

وكذا استدلال به الحنفية ، ووجه الاستدلال ، وهو مفهوم الغايية
 كما افاده في شرح العناية حيث قال بعد ذكر هذا الحديث : " وحكم ما بعد
 الغاية خلاف حكم ما قبلها " (١) ، الا انه استدلال بالمفهوم ، والحنفية لم
 يقولوا به ، ولذلك قال صاحب شرح العناية : " وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم
 الغاية " ثم قال : والاولى ان يستدل بقوله " نهى " فان النهى يقتضى
 المشروعية كما عرف (٢) .

ولعل الالوجه في هذا المقام هو ما جاء في الدرر حيث قال : " الصواب
 ان يقال : ان الاستدلال به مبنى على ما قال صاحب الجمع في البدائع :
 ان الغاية عندنا من قبيل الاشارة لا المفهوم او على ما قال صاحب التوضيح
 في بحث المعارضة والترجيح : ان مفهوم الغاية متفق عليه " (٣) .

أما رأى الشافعية في بيع الحب في سنبله :
 ان كان السنبل ما ترى حباته كالشعير والذرة وما اشبه ذلك جاز بيئته
 وان كان ما تستر حباته بالقشور التي تزال بالدياس ففيه قولان :
 في القديم : يصح . وفي الجديد : لا يصح لانه لا يعلم قدر الحساب
 وصفته . وذلك غرر (٤) . وقال النووي : " وهو اصح قوليه " (٥) .

ملاحظة :

بيع المحللات الغذائية ونحوها اليوم جائز مع ان المعتقد عليه غير موثوق
 فيها اصلا لانها اذا فتحت يسرع اليها الفساد اكثر مما في الجوز واللوز ونحوهما .

-
- (١) شرح العناية ٢٩٤/٦ .
 (٢) شرح العناية ٢٩٤/٦ .
 (٣) الدرر ١٥١/٢ .
 (٤) المهذب ٢٧١/١ ، شرح مسلم للنووي ١٠/١٨٢ ، باب من يخدع في
 البيع .
 (٥) شرح مسلم ١٠/١٨٢ .

أما خيار الرؤية في هذه الاشياء :

فقد جاء في فتح القدير :

" واعلم ان الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك

كله لانه لم يره " (١)

...

الترجيح :

والراجح هو ما ذهب اليه الجمهور ، وهو جواز بيع مثل هذه الاشياء في قشرها اكتفاء برؤية ظاهرها لما دل عليه الحديث ، ولان المسلمين قد تعارفوا على ذلك من غير تكبير ، وما أدى اليه من الضرر القليل فهو مفتقرة .
واما الكثير : فللمشتري الخيار عند رؤية المقصود الاصلى ان شاء امضى العقد وان شاء فسخه .

...

(١) فتح القدير ٦/٢٩٥ .

المطلب الخامسرؤية بعض المبيع

لو رأى بعض المبيع قبل العقد أو عنده فهل له أن يفسخ العقد بمجرد ما رأى كله أم سقط خياره برؤية البعض ولزم البيع ؟ فيه صور :

— الصورة الأولى :

إذا كان المبيع شيئاً واحداً كثوب ودار وسيارة ونحوها ورأى بعضه دون البعض ، والأصل فيه عند الحنفية :

أنه إذا كان المرثى أصلاً مقصوداً وغير المرثى تبعاً له فلا خيار للمشتري سواءً أكانت رؤية الأصل تفيد العلم بحال التبع أو لا تفيد ، لأن حكم التبع حكم الأصل فكانت رؤية الأصل المقصود رؤية التبع .

وان كان المرثى وغير المرثى كلاهما أصلاً مقصوداً من المبيع :

ان كانت رؤية المرثى تفيد العلم بحال الباقي فلا خيار له ، لأن المقصود هو العلم بحال الباقي وقد حصل فلا خيار له كما لو رأى الكل .
وان لم تغد ذلك فله الخيار لأن المقصود لم يحصل فصار كأنه لم ير منه شيئاً أصلاً (١) .

والأصل عند الشافعية والحنابلة في ذلك : ان كان المبيع مما يستدل برؤية بعضه على الباقي تكفي هذه الرؤية فيصبح البيع (٢) ، والأصل يصح لعدم حصول المعرفة به (٢) .

ويتخرج على ذلك بعض المسائل :

(١) تحفة الفقهاء ١١٩/٢ ، بدائع الصنائع ٢٩٣/٥ ، الهندية ٣/٦٢ .

(٢) المجموع ٣٢٦/٩ ، كشاف القناع ٣/١٦٣ .

١- الرؤية في شراء الدور والبيوت :

لو اشترى رجل دارا او بيتا فرآها من الخارج دون الداخل فهل له ان يفسخ العقد عندما رآها من الداخل ام ليس له ذلك ؟
فيه قولان عند الحنفية :

القول الاول : ذهب ابوحنيفة وصاحباها الى أن الرؤية من الخارج كافية لسقوط الخيار للمشتري ولا تشترط الرؤية من الداخل لان الدور كليها على نمط واحد وطى هيئة واحدة لا تتفاوت الا يسيرا وهو مختفر عادة فكانت رؤية البعض رؤية للكل . كذا في ظاهر الرواية .

القول الثانى : قال زفر ، لا بد من رؤيتها من الداخل والا فلا يسقط خياره فله الفسخ عند رؤية كليها لان الدور والبيوت متفاوتة (١) واليه ذهب اصحاب الشافعى حيث قالوا : فى شراء الدور تشترط رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلا وخارجا (٢) .

— منشأ الخلاف :

والخلاف بين زفر وبين الائمة الثلاثة الحنفية هل هو ناشى من اختلاف زمان ومكان او من اختلاف حجة وبرهان ؟
قال الكرخى (٣) انه من اختلاف زمان ومكان . فكانت الدور فى زمن الامام فى الكوفة لا تخطف فى البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة وانما كانت تختلف فى الصخر والكبر ، وبرؤيتها من الخارج كان العلم يحصل بهما فأفتى الامام على عادتهم . وأما الان فلا بد من رؤية داخلها لاختلاف الابنية

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٩٤ ، فتح القدير ٦/٣٤٤ ، البحر الرائق

٠ ٣٢/٦

(٢) المجموع ٩/٣١٩

(٣) هو عميد الله بن الحسين الكرخى واليه انتهت رئاسة اصحاب ابوحنيفة

توفى سنة : ٣٤٠ هـ (طبقات الفقهاء ١٤٢/٠)

اختلافا فاعشا ، فرؤية الخارج لا تفيد (١) .

والظاهر أن الكرخي يرى أن سبب الخلاف هو اختلاف المعاداة والتقاليد
بأختلاف العصر والزمان .

وقد اعترض ابن عابدين على تعليل الكرخي وقال : " أن هذا الخلاف
ليس لأختلاف عصر وزمان بل لأختلاف حجة وبرهان فان زفر كان في زمنهم
وقد خالفهم فعلم أنه قائل باشتراط رؤية داخل الدور وان لم تتفاوت " (٢) .

— والقول الراجح :

والفتوى على قول زفر لتفاوت الدور (٣) ومن هنا ذهب بمسألة
الحنفية إلى اشتراط رؤية الدور والبيوت على الوجه الكامل كرؤية العلو
والمطبخ والمزبلة ونحوها وإلا فله الخيار لان رؤية بعضها غير كافية لزالمة
الجهالة (٤) .

وقال ابن الهمام : " هذا هو الاظهر والاشبه وهو المعتبر في
ديار مصر والشام والعراق (٥) " .
وبه قال الشافعي رحمه الله حتى اشترط رؤية الطريق على الاصح
لأختلاف الفرض به (٦) .

-
- | | |
|-----|---------------------------------------|
| (١) | بدائع الصنائع ٥/٢٩٤ . |
| (٢) | بدائع الصنائع ٥/٢٩٤ . |
| (٣) | فتح القدير ٦/٣٤٤ ، مجمع الانهر ٢/٣٦ . |
| (٤) | البحر الرائق ٦/٣٢٢ . |
| (٥) | فتح القدير ٦/٣٤٤ . |
| (٦) | المجموع ٩/٣١٩ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠ . |

٢- الرؤية في شراء الدواب ؛

لو رأى بعض أعضاء الفرس أو البغل أو الحمار أو نحوه واشتراه ، فهل له أن يفسخ العقد عند رؤية كاملها أم يسقط خياره برؤية بعضها ؟
قال محمد رحمه الله : رؤية وجه الدابة تكفي لسقوط الخيار قياسا على شراء العبد .

وقال أبو يوسف : لا بد من رؤية كفلها مع وجهها لانه موضع مقصود كالوجه .
واشترط بعضهم رؤية القوائم أيضا .

وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه تكفي رؤية أى عضو منها الا حوافرها وناصيتها ونهبها (١) .

وفي رواية عنه انه يعتبر في الدواب عرف التجار (٢) فان قالوا : رؤية القوائم او الوجه او الكفل أو أى عضو منها شرط ، كان شرطا لسقوط الخيار والا فله الفسخ عند رؤيتها . هذه الرواية هي الاساس لتحديد ما تشترط رؤيته في شراء الدواب وغيرها .

وقد اشترط الشافعية رؤية كل اعضائها : مقدمها ومؤخرها وقوائمها وظميرها حتى شعرها سوى الاسنان واللسان لانهم لا يجيزون بيع الغائب ولذلك اشترطوا رؤية كل اعضائها ليصح البيع . وهل يشترط ان تجرى الفرس ليرى سيره ؟ والاصح لا يشترط (٣) .

والصحيح هو اشتراط جري الفرس ليرى سيره لان السرعة في سير الفرس هو اهم ما يقصد منه في شرائه فلا بد من معرفته والا فله الرد .

-
- (١) بدائع الصنائع ٥/٢٩٣ ، فتح القدير ٦/٣٤٢ ، البحر الرائق ٦/٣٢٢
مجمع الانهر ٢/٣٦ .
(٢) فتح القدير ٦/٢٤٢ .
(٣) المجموع ٩/٣١١ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠ ، اعانة الطالبين ٣/١٠ .

٣ - الرؤية في شراء الغنم :

ان كان قصد المشتري لحمها فلا بد من الجس باليد لان كثرة اللحم وقلته لا تعرف الا بالجس .
وان اشتراها للقنية وهي التي تحبس في البيت لاجل النتاج (١) فلا بد من رؤية ضرعها لانه هو المقصود منها .
وطى هذا لو رآها من بعيد فاشتراها لا يسقط خياره لان الرؤية مسن بحمد لا تفيد العلم بهذين المقصودين (٢) .

٤ - الرؤية في شراء الثوب ونحوه :

لو رأى ثوبا مطويا ولم ينشره فاشتراه على ذلك :
ان كان سادجا ليس بمنقش ولا بذى علم فلا خيار له لان في الثوب الواحد رؤية طرف منه كافية لانه برؤية بعضها يحصل العلم بحال غير المرئي .
لان اطراف الثوب الواحد لا تتفاوت الا يسيرا وذلك مغتفر عادة .
وان كان منقشا او معلما ولم ير المشتري ذلك المقصود منه فلا يسقط خياره لان الثمن يتفاوت بحسب علمه ونقشه فان النقش في الثوب المنقش والمعلم في الثوب المعلم مقصود وهو لم يره . وطى هذا : لو رأى كل اطرافه الا المعلم والنقش فله الخيار . وكذا لو رأى المعلم والنقش ولم ير غيرها فلا خيار له (٣) لانه رأى المقصود منه . هذا اذا لم يخالف الباطن الظاهر والا فلا بد من رؤية باطنه .

-
- (١) درالمنتقى ٣٦/٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٢٩٣/٥ ، فتح القدير ٣٤٤/٦ ، شرح الغناية ٣٤٣/٦ .
(٣) المسوط ٧٢/١٣ ، ٧٣ ، فتح القدير ٣٤٤/٦ ، مجمع الانهر ٣٦/٢ ، كشف القناع ١٦٣/٣ .

وقال زفر : لا بد من رؤية باطن الثوب سواء خالف ام لم يخالف لانسه
استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب (١) ورجحه في المبسوط (٢) . وكلها
مقصودة فلا بد من رؤية ذلك كله والا فله الخيار .

وعند الشافعية يشترط في الثوب المطوى نشره مطلقا . وقال الجويني
ان كان مما لا يشترط النشر اصلا الا عند المقد لا ينشر لما فيه من النقص
والضرر .

وفي البساط يشترط رؤية وجهيه (٣) .

لو رأى بعض الثوب وبعضه الاخر في صندوق ان قيل بصحة بيع الغائب
تكفي هذه الرؤية وان قيل ببطلانه كما هو المذهب عندهم لا تكفي ولا يصح
البيع .

وقيل : البيع باطل قطعا لان ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار
والجمع بين الخيار وعدمه في عين واحدة ممتنع (٤) .

...

والاولى عندي أن يرى المشتري كل اطراف الثوب ظاهره وباطنه لان
في الثوب ، النوع والمقياس واللون كلها مقصودة فلا بد من رؤية ذلك كله
والا فله الخيار .

...

-
- (١) فتح القدير ٣٤٤/٦
(٢) فتح القدير ٣٤٤/٦ ، درالمنتقى ٣٦/٢ (بها من مجمع الانهر) .
(٣) المجموع ٣١٩/٩
(٤) المجموع ٢٢٤/٩

الصورة الثانية : ان كان المبيع أشياء :

ان كان المبيع مكونا من الاحاد كما في المكيلات والموزونات والمعدودات
فرأى المشتري بعضها فهل بهذا تحققت الرؤية فسقط خياره أم لا ؟ فيه تفصيل :

١- الرؤية في المكيلات والموزونات :

ان كان المبيع من المكيلات والموزونات كالقمح والشعير والتمر فرأى
بعضه وقت الشراء : ان كان في وعاء واحد فلا خيار له في الكل لان برؤية
البعض في مثل ذلك يعرف حال الباقي فكأنه رأى الكل الا اذا ظهر غير المرئى
أردأ مما رآه فله الخيار ، لكنه خيار العيب لا خيار الرؤية .

وان كان في وعائين :

فان كان من جنس واحد وعلو صفة واحدة : قال مشايخ بلخ له الخيار
لان اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين .

وقال مشايخ المراق لا خيار له ، وهو الصحيح لان الرؤية للبعض من
جنس واحد تفيد العلم بحال الباقي ، وكونه في وعاء اوفى وعاءين لا أثر له فيه
بعد ان كان المبيع كله من جنس واحد على صفة واحدة .

فان كان من جنسين او من جنس واحد لكن على صفتين فله الخيار اتفاقا
لان رؤية البعض من جنس وعلو وصف لا تفيد العلم بجنس آخر وعلو وصف آخر (١) .

وأما عند المالكية فان البيع يجوز برؤية بعض المثل من مكيل وموزون
كتقطن وكتان بغلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه كتوب من أثواب (٢) .

(١) تحفة الفقهاء ١٢٣/٢ ، بدائع الصنائع ٢٩٤/٥ .

(٢) الشرح الصغير ٤٠/٣ .

٢- الرؤية في العدييات :

وما يباع بالمدد لا يخلو من أن يكون آحاده متفاوتة او متقاربة :
فان كانت متفاوتة :

كالثياب والدواب والانعام واشترى مجموعة منها فرأى بعضها فلسه
الخيار عند رؤية الباقي لان برؤية البعض لا يستدل على حال الباقي للتفاوت
في آحادها . وعلى هذا فلورأى قطيع غنم الا واحدا فله الخيار (١) .

وفي العدييات المتفاوتة اذا رد المشتري المبيع رده كله ، أو أمسك
كله وليس له ان يرد البعض ويمسك البعض لما فيه من تفریق الصفة على البائع
قبل تمامها فانها لا تتم مع الخيار (٢) وتفریق الصفة قبل تمامها ممتنع (٣) .

وان كانت الاحاد متقاربة :

كالجوز والبيض فرأى بعضها ، قال الكرخى لا يسقط الخيار لان الجوز
واللوز والبيض آحادها تتفاوت في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان فلا يستدل
برؤية بعضه على حال الباقي فكان له الخيار لعدم رؤيته الباقي .

وقال الاسبيجاني (٤) لا خيار له . وصححه الكاساني لان التفاوت بين
صغر بيضة وكبرها قليل فيلحق بالمعدوم عرفا وعادة وشرطا (٥) وهو اختيار صاحب
الهداية حيث قال : " وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٩٤/٥ ، فتح القدير ٣٤٣/٦ ، الاختيار ٢٣/٢ ،
الاختيار ٢٣/٢ ، الشرح الصغير ٤٠/٣ .
(٢) شرح العناية ٣٤٤/٦ ، تبين الحقائق ٢٦/٤ .
(٣) شرح العناية ٣٤٧/٦ .
(٤) هو على بن محمد بن اسماعيل الاسبيجاني السمرقندي لم يكن أحمد
بما وراء النهر في زمانه يحفظ مذهب ابي حنيفة ويعرفه مثله ، و : ٤٥٤ ،
ت : ٥٣٥ هـ (الجواهر المضية ٢/٥٩١) .
(٥) بدائع الصنائع ٢٩٤/٥ .

مقاربة" (١) . وبه صرح في المحيط (٢) . ولذلك الحق بالعدم في السلم فجاز السلم عددا عند ابي حنيفة وصاحبيه خلافا لزفر (٣) . فعلى هذا لو نظر السبي وجه صبرة الطعام يسقط خياره لان المرثى يدل على حال الباقي فان احادها لا تختلف غالبا الا اذا ظهر الباقي أردأ فله الخيار .

وقد تبين ان الصحيح في الاحاد المقاربة : رؤية البعض كروية الكل يسقط الخيار برؤية بعضها .

٣- الرؤية في الصبرة :

الصبرة بضم الصاد وسكون الباء وفتح الراء وهي اسم لما جموع من الطعام بلا كيل ولا وزن . فاذا نظر المشتري وجه الصبرة انتفى خياره ويعتبر رؤية وجهها رؤية لباطنها لان رؤية جميع الاجزاء متعذرة فيكتفى برؤية وجهها ، فسقط خياره الا اذا وجد باطنه أردأ فله خيار العيب (٤) وبه قال الشافعية (٥) والحنابلة (٦) .

وكذا تكفي رؤية المائعات من اعلاها في انائها كالزيت والسمن والخمير ونحوها لان كل واحد منها جنس واحد ولا يتفاوت اعلاها عن أسفلها (٧) .

-
- (١) الهداية ٣/٣٣ .
 (٢) فتح القدير ٦/٣٤٣ .
 (٣) بدائع الصنائع ٥/٢٩٤ ، فتح القدير ٦/٣٤٢ .
 (٤) فتح القدير ٦/٣٤٢ .
 (٥) المجموع ٩/٣٢٦ .
 (٦) كشاف القناع ٣/١٦٣ ، الانصاف ٤/٢٩٥ ، الكافي ٢/١٤ .
 (٧) المسوط ١٣/٧٢ ، المجموع ٩/٣٢٦ .

— الفارق بين المتفاوتة والمتقاربة :

والضابط فيه كما جاء في التبيين انه ان كان يعرض على المبيع بالنموذج عادة فهو من المتقاربات الاحاد والا من المتفاوتات حيث قال فيه :

" لو كان المبيع اشياء لا تتفاوت احاده كالحكيل والموزون ، وعامته — أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكثاف بالبعض فلو الجنس الواحد ، ولو وقع العلم فيه بالباقي الا اذا كان الباقي أردأ فيكون له الخيار ^{فيه} وتوقيفا رأى . . . وان كانت آحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد من افراده لانه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت " (١)

ويتخرج على تحليل التبيين ان كل شئ يباع بالنموذج عادة يكتفى برؤية البعض ويسقط خيار المشتري في الباقي . كالثياب والاغذية والسيارات ونحوها لانها أصبحت اليوم تعرض على الاسواق بالنماذج . وطى هذا : لسو رأى المشتري بعضا من هذه الانواع سقط خياره ، لان الثياب مثلا اذا كانت من قماش واحد وطى مقياس واحد وطى نمط واحد لا تختلف الا يسيرا . وهو مشتفر . وكذلك غيره ان كان من نوع واحد (٢) .

— الصورة الثالثة : رؤية النموذج :

البيع بالنماذج وهو أن يحمل السمسار شيئا قليلا من المبيع الى المشتري ويريه فان أعجبه يساوم في جنس النموذج على مقدار ما يحتاج اليه .

(١) تبين الحقائق ٤ / ٢٦ .

(٢) حاشية ابن عابد بن ٤ / ٥٩٨ .

— حكم البيع بهذه الصورة :

وقد سبق أن البيع بالنموذج جائز عند الحنفية ان كان المبيع من الاحاد المتقاربة كالكيلى والوزنى .

وبه قال الشافعية فى المتاثلات كالحبوب ونحوها ولا يجوز فى غيرها لعدم حصول المحرقة برؤية البعض بحال الباقي لتفاوت الاحاد . وفيه تفصيل عند الشافعية :

ان كان المبيع غير معين فالبيع بالنموذج باطل بأن يرى السمسار نموذجاً من المبيع ويقول بملك من هذا النوع بكذا فالبيع باطل لأنه لم يعين مالا بالاشارة اليه اوالى مكانه . ولم يراع شروط السلم لأنه يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم على الصحيح . أما اذا عين المبيع بان يقول : بملك الحنطة التى فى هذا البيت وهذا نموذج منها صح البيع ان ادخل النموذج فيها على الاصح . وان لم يدخله فيها فوجهان :

اصحهما : لا يصح البيع لان المبيع غير مرئى . وقيل : يصح .

واشترطوا ادخال النموذج فيه لدفع الغرر لانه قد يريه شيئاً ويبيع شيئاً اخر غيره من نوعه (١) .

فظهر ان الشافعية اشترطوا شرطين لصحة البيع بالنموذج : احدهما تعيين المبيع . والثانى : ادخال النموذج فيه .

أما الحنابلة فهذا البيع لا يجوز عندهم على الصحيح من المذهب لجهالة المبيع (٢)

(١) المجموع ٣٢٧/٩ ، روضة لطالبين ٣٧١/١ ، مغنى المحتاج ١٩/٢ .

(٢) كشاف القناع ١٦٣/٣ ، الانصاف ٢٩٥/٤ .

والقول الاصح هو جواز البيع بالنموذج لما جرت عليه العادة بشرط
أن يكون للمشتري خيار عند رؤية المبيع .

— الصورة الرابعة : رؤية بعض المبيع المصيب في الارض :

وقد يكون بعض المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل
وبصل الزعفران ونحوها . فاذا طع البائع بعضها وراه المشتري فأعجبه واشتراه
وبعد ما طع الكل وراه هل له أن يفسخ العقد أم لا ؟

والكلام هنا عن أمرين : احدهما : حكم هذا البيع . والثاني : خيار
الرؤية فيه .

— حكم البيع :

وقد أجازہ الامام مالك رحمه الله شراء الفجل والجزر ونحوهما
وهو مغيب في الارض ببعض الشروط : وهو ان ينظر الى بعضه المظنوع ، وكان
قد استقل ورقة ، وأمنت المعاهدة فيه وذاق منه (١) . ودليله في ذلك قول
النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبمعوا الحب في سنبله حتى يبيض في اكمامه (٢) .
وجه الاستدلال انه اذا جاز البيع في الاكمام على صفة وهو غير مرئي جاز
ان يشتري على صفة وهو غائب ان لا فرق بين أن يبينه على الصفة او على مشال
يريه اياه بعد ان كان غائبا (٣) .

(١) كتاب الكافي ٢ / ٦٨٠ .

(٢) وقد سبق تخريج الحديث في مطلب : رؤية ما يصون المبيع .

(٣) مقدمات ابن رشد / ٥٥٢ .

وكذا قال الحنفية بصحة هذا البيع بشرط ان يبيعه بعدما نسبت نباتا يعرف به وجوده تحت الارض والا فلا يصح البيع (١) وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم (٢) . وفي الجديد لا يصح لتمذرو وصفه (٣) .

أما الحنابلة فهذا البيع غير صحيح عندهم لما فيه من الجهالة في المبيع اما اذا ظنه وشاهده المشتري يصح بيعه . وكذا يصح بيع الاوراق الظاهرة لانها ينتفع بها وحدها (٤) .

...

ولا يخفى ان الاصح هو ما قاله الحنابلة لان المبيع في هذه الحالة مقداره ووصفه مجهول جهالة تامة . فهذا بعد القطع يؤدي الى النزاع لانعدام رضا المشتري وهو اساس في التعاقد .

هذا اذا كان العقد على اللزوم اما ان كان على الخيار فيصح البيع لان يمكن دفع الضرر والضرر عن المشتري .

— أما خيار الرؤية :

فلو اشترى ما كان مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل فطلب بعضه ورضى به سقط خياره في المقروع اتفاقا لرضاه به .
واما في الباقي فهل له ان يفسخ العقد بعدما رآه أم لا ؟
اختلف الحنفية في ذلك على قولين :

(١) فتح القدير ٦/٣٤٥ ، الهندية ٣/٦٤ .

(٢) (٣) المجموع ٩/٣٢٩ ، ٣٣٨ .

(٤) المغني ٤/٧٠ ، كشاف القناع ٣/١٦٦ .

احدهما : قال ابوحنيفة رحمه الله ان المشتري مخير بعد طبع الكيل ان شاء أمسك الكيل وان شاء رد الكيل (١) وبه قال الكرخي (٢) لان هذه الاشياء ما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا ، فرؤية البعض لا تفيد العلم بحال الباقي كالثياب وسائر المدديات المتفاوتة (٣) .

والثاني : ذهب الصحابان اليه ان اذا طبع شيئا منها بقدر ما يستدل به على حال الباقي في صغره وكبره فرضى به فالبيع لازم ولا خيار له لانه بطبع ما يستدل به على الباقي حصل العلم به فصار كأنه رأى الكيل ورضى به لان رؤية البعض فيما يستدل به على البعض الاخر كروية الكيل كما لو اشترى صبورة فرأى ظاهرها (٤) .

سبب الخلاف :

وسبب الخلاف هو ان ابا حنيفة يعتبر ان هذه الاشياء متفاوتة الاحكام متفاوتا فاعشا اما صحابه فيقولان : انها من الاحاد المتقاربة في الصغر والكبر (٥) .

...

والراجع : والفتوى في هذه المسائل على قول ابي يوسف ومحمد (٦) .

-
- (١) بدائع ٢٩٧/٥ ، الهندية ٢/٩٤ .
 - (٢) تحفة الفقهاء ٢/١٢٦ .
 - (٣) بدائع ٥/٢٩٨ .
 - (٤) بدائع ٥/٢٩٨ .
 - (٥) تحفة الفقهاء ٢/١٢٦ .
 - (٦) الهندية ٣/٦٤ ، طاضيخان ٢/١٩١ .

المطلب السادسالرؤية في شراء الاعى وبيعه

والاصل في البيع لحصول المعرفة التامة بالمبيع هو الرؤية . وهذا لمن كان بصيرا . اما ان كان اعى فكيف يتحقق معنى الرؤية في بيعه وشراؤه ؟
وهنا نتكلم اولاً عن حكم بيعه وشراؤه عند الفقهاء وثانياً عن معنى الرؤية بالنسبة له .

اولاً : حكم بيع الاعى وشراؤه :
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :
القول الاول : ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى ان بيع الاعى وشراؤه وسائر عقوده وتصرفاته صحيح (١) وقد نصوا على ذلك في كتبهم :
وجاء في الهداية : " بيع الاعى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره " (٢) . كما افاد ذلك صاحب التاج والاكليل : " قال ابن عرفة أجاز القاضي ان يبيع الاعى وأن يبتاعه . وجعله ابن رشد المذهب " (٣) . كما صح به الحنابلة حيث قال في النكت والفوائد السنية : " وقال القاضي (٤) وغيره : شراء الاعى وبيعه جائز على قياس المذهب وأن الرؤية ليست بشروط في عقد البيع ، وانما الاعتبار بالصفة ، وهذا يمكن في حق الاعى " (٥) ، الا أن

-
- (١) الهداية ٣٤/٣ ، فتح القدير والمنهاية ٦/٣٤٨ ، مختصر الطحاوى ٨٣ ، الخرشي ٣٣/٥ ، حاشية الدسوقي ٣/٢١ ، شرح منح الجليل ٢/٢٠١ ، كشاف القناع ٣/١٦٥ ، المقنع ٢/١١ ، الكافي ٢/١٤ ، الانصاف ٤/٢٩٧ .
- (٢) الهداية ٣/٣٤ .
- (٣) التاج والاكليل / التاج والاكليل (بهامش شرح الخطاب) ٤/٢٩٤ .
- (٤) هو القاضي ابو يعلى (٣٨٠-٤٥٨) انظر (طبقات الحنابلة ٢/١٩٣) .
- (٥) النكت والفوائد السنية (بهامش المحرر في الفقه) ١/٢٩٢ .

المالكية استثنوا منه ما اذا كان المبيع مما لا يعرف الا بحاسة البصر فلا يصح بيعه كبيع الجزاف لان المعتبر فيه الرؤية وذلك مستحيل منه (١) .

وقد استدلل الحنفية على ذلك بالعرف . فان الناس قد تعارفوا معاملة الصبيان من غير تكبير مكرر . وتعامل الناس من غير تكبير منكر اصل في الشرع (٢) بمنزلة اجماع المسلمين (٣) . وكذلك الضرورة تدعو الى ذلك لان الاعى مكلف فيحتاج الى البيع والشراء وغيرهما من العقود والتصرفات فصار كالبصير ففى المعاملات (٤) .

والحنابلة اجازوه بالقياس على صحة بيع الغائب بالصفة ، وكما سبق ان فيه روايتين منصوصتين عن أحمد (٥) .

— القول الثاني :

ذهب الشافعية الى عدم جواز بيع الاعى وشراؤه لعدم وجود الرؤية منه وذلك فان جواز بيع الاعى وشراؤه او عدم جوازه مبنى على حكم بيع الغائب وكما تقدم ان فيه قولين من الشافعى رحمه الله . فان قيل بعدم صحة بيع الغائب وشراؤه من البصير لم يصح بيع الاعى وشراؤه . وان قيل بصحته ففى صحة بيع الاعى وشراؤه وجهان :

- احدهما : انه يصح كما يصح من البصير فيقوم وصف غيره له مقام رؤيته .
والثاني : لا يصح لان البيع لا يتم الا برؤية المبيع فلا يوجد منه (٦) .

-
- (١) حاشية الدسوقي ٢١/٣ ، شرح منح الجليل ٥٠١/٢ .
(٢) المسوط ٧٧/١٣ .
(٣) فتح القدير ٣٤٨/٦ .
(٤) شرح العناية ٣٤٨/٦ .
(٥) النكت والفوائد السنية ٢٩٢/١ .
(٦) المهذب ٢٧١/١ ، المجموع ٣٣٢/٩ ، روضة الطالبين ٣٦٨/٣ .

ما هو الاصح في المذهب ؟

ما كان الاصح في بيع الغائب فهو الاصح في بيع الاعى . وقال النووي

في المجموع : " قال اصحابنا : المذهب بطلان بيع الاعى وشراؤه " (١) .

فهل تصح سائر عقودة ؟

والضابط عندهم في ذلك ان كل عقد اشترطت فيه الرؤية لا يصح

من الاعى (٢) . اما اذا كان المقدم لا يشترط فيه الرؤية كالسلم ، فيسه

تفصيل :

ان كان قد عسى بعمد التمييز صح السلم منه بلا خلاف لان السلم يعتمد

على الوصف لا على الرؤية (٣) وهو قد عرف الاوصاف .

وان كان قد ولد اعى او عسى قبل التمييز :

قيل : لا يصح وهو الاصح عند المتولى لانه ما عرف الالوان والاوصاف .

وقيل : يصح السلم ، وهو الاصح في المذهب لانه يحرف بالسماح (٤) .

ويتفرع على عدم جواز بيعه عدم صحة اجارته ورهنه وهبته ومساقاته على

ما في الاصح (٥) .

ولكن هل له ان يوكل غيره في بيعه وشراؤه وسائر عقودة ؟

ذهب ابواسحاق الشيرازي في التنبيه وفي المذهب الى ان من لا يطسك

التصرف في حق نفسه لنقص لا يطسك ان يوكل غيره (٦) ويتخرج على ذلك انه ليس

للاعى ان يوكل غيره في بيعه وشراؤه .

(١) المجموع ٣٣٣/٩ .

(٢) تحفة المحتاج ٢٧٠/٤ ، حاشية ابن قاسم على البهجة ٤٤٢/٢ .

(٣) تحفة المحتاج ٢٧٠/٤ .

(٤) المجموع ٣٣٢/٩ .

(٥) المجموع ٣٣٣/٩ .

(٦) المذهب ٣٥٦/١ ، التنبيه ٧٦/٠ .

واستخربه السرخسى وقال : " فاذا احتاج الاعى الى مأكول ولا يتمكن من ان يشتري او يسوكل به مات جوعا . وفيه من القبح ما لا يخفى " (١) .

الا أن رأى الشيخى ~~سرخسى~~ مرود فى المذهب كما جاء فى شرح المذهب للنووى : " قال اصحابنا : وكل ما لا يصح من الاعى من التصرفات فطريقه ان يوكل ، وتحتل صحة وكالته للضرورة . وهذه المسألة ما ينكر على المصنف فى باب الوكالة من المذهب والتنبيه حيث قال : من لا يجوز تصرفه فيما يوكل فيه لا يجوز توكيله . فالاعى لا يصح بيعة وشراؤه ونحوهما على المذهب ، ويجوز توكيله فى ذلك بلا خلاف " (٢) .

وجاء فى اعانة الطالبين : " ويستثنى من ذلك (الاصل) الاعى فيصح توكيله فى نحو بيع وشراء وهبة وان لم يصح مباشرته له للضرورة " (٣) .

...

والراجع :

فى حكم تصرفات الاعى هو قول الجمهور لانه لم يرد اى اثر فى ذلك لامن الرسول عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة مع وجود العميان فى عهدهم ولانه مكلف كالبصير نحو من يعوله فكيف يقوم حاجاته اذا منع من التصرف بنفسه ومن التوكيل .

أما تحقق معنى الرؤية له :

فاذا كانت الرؤية متعذرة منه فها هو معنى ثبوت خيار الرؤية له وكيف

يتحقق ذلك ؟

-
- (١) المسوط ٧٧/١٣ .
 (٢) المجموع ٣٣٢/٩ ، انظر : معنى المحتاج ٢/٢١ ، حاشية الشرقاوى ٩/٢ .
 (٣) اعانة الطالبين ٨٤/٣ ، حاشية الشرقاوى ١٠٦/٢ ، روضة الطالبين ٣٦٩/٣ .

ان كان ما اشتراه ما يعرف وصفه وقدره بغير حاسة البصر كاللمس
والشم والذوق والسمع ونحوها فسه وشبه وذوقه وما الى ذلك يقوم منه مقام
الرؤية من البصير فيسقط خياره لحصول العلم عنده بالمبصير (١) .

وان كان مما لا يمكن معرفته بذلك كالعقار والارض والثمار على الاشجار
ونحوها : فالصحيح من المذهب عند الحنفية (٢) ان المبصير يوصف له بأبلغ
ما يمكن فاذا قال رضيت به سقط خياره لان ذكر الوصف يقوم مقام الرؤية ، وهذا
لان الشارع اعتبر صحة العقد على الوصف في موضع من المواضع كما في السلم (٣)
وكذا محتمر هنا كما افاده صاحب الهداية بقوله :

" ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية
في السلم " (٤) .

وروى عن ابي يوسف ان الوصف لا يكفي في العقار وغيره لسقوط خياره
بل ان الاعى يقاد الى موضع من العقار بحيث انه لو كان بصيرا لراه . فبان
قال : رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع المجزأ كما يقوم
تحريك الشفتين للاخرس مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لان الممكن
ذلك القدر (٥) وكما ان اجراء الموسيقى يقوم مقام الحلق في حق من لا شعر له
في الحج (٦) .

(١) فتح القدير ٦/٣٤٨ .

(٢) الهندية ٣/٦٥ .

(٣) المسوط ١٣/٧٧ .

(٤) الهداية ٣/٣٤ .

(٥) المسوط ١٣/٧٧ ، الهداية ٣/٣٤ .

(٦) الهداية ٣/٣٥ .

الا أن الكرخي اعترض على رأى ابى يوسف بان ايقافه فى ذلك الموضع وغيره سواً فى انه لا يستفيد به طمًا (١) .

وقياسه الاعى على الاخرس وطى من لاشعرله غير صحيح ، كما رد عليه صاحب الفتح فقال : " ولا يخفى ضعفه ، لان العجز لا يتحقق الا بتحقيق المجز عن الوصف فان القائم مقام الشىء بمنزلته وقد ثبت شرطا اعتباره بمنزلته فى السلم . ووجوب اجراء موسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للاخرس " (٢) .

ويبدو ان صاحب الفتح يرى ان الوصف كاف فى ذلك .

وعن ابى يوسف انه اعتبر الوصف فى غير العقار ايضا لان الوصف يقوم مقام

الرؤية (٣) .

وروى عن محمد ان الوصف لا يكفى وحده فيما يمكن زوجه أو لسه أو شمه

بل لابد من جمع بينهما لان التعريف الكامل فى حقه يثبت بهذا . اما فيما

لا يمكن جسده كالشمر على رؤوس الشجر فيعتبر فيه الوصف فقط لا غير فى أشهر

الروايات . (٤)

وقال مشايخ بلخ يمسر الحيطان والاشجار مع الوصف (٥) فاذا رضى به سقط

خياره ، لان الاعى ان كان نكيا يقف على مقصوده بذلك (٦) وهنا ذكر السرخسى

(١) فتح القدير ٣٤٩/٦ .

(٢) فتح القدير ٣٤٩/٦ .

(٣) فتح القدير ٣٤٩/٦ .

(٤) فتح القدير ٣٤٩/٦ .

(٥) تبين الحقائق ٢٨/٤ .

(٦) المسوط / ٧٧/١٣ ، فتح القدير ٣٤٩/٦ .

قصة لتأييد هذا القول أن أعمى اشترى ارضا وقال : قيدوني اليها ، فقادوه
فجعل يمس الارض حتى انتهى الى موضع منها فقال : أوضع كدس هذا ؟
فقالوا : لا . فقال هذه الارض لا تصلح لى لانها لا تكسو نفسها فكيف تكسونى
فكان كما قال (١) .

وفى ذلك كله فاذا ظهر المبيع على خلاف ما وصف له فلا يسقط غيبساره
بل له ان يرده (٢) .

وقال الحنابلة ان امكن معرفة المبيع بالشم او الذوق ونحوهما صحح
بيعه وشراؤه ولزم البيع وان لم يكن ذلك كما فى العقار والارض صح عقده ايضا
وله الخيار ولكنه خيار الخلف فى الصفة (٣) .

وعند الشافعية انه يوكل البصير فى بيعه وهرائه وقبضه على ما هو فى المذهب
فرؤيته رؤىة الاعى (٤) .

وكذا عند المالكية انه يوكل غيره فى كل ما تشترط فيه الرؤىة (٥) فرؤىة
وكيله رؤىة .

...

ولعل الاقرب الى تحقيق مصلحته هو الجمع بين الوصف التام له وغيره من
اللس ونحوه فى كل ما اشتراه ان امكن لان المعرفة التامة لا تحصل عنده الا
بالجمع بينهما والا فله ان يرده ما لم يوجد منه مانع من الرد .

...

-
- (١) المسوط ٧٨/١٣ .
 - (٢) درر الحكام شرح مجلة الاحكام ٢٧٦/١ .
 - (٣) الشرح الكبير (ابن قدامة) ٢٨/٤ .
 - (٤) المجموع ٣٣٣/٩ .
 - (٥) أسهل المدارك ٢٨١/٢ .

المبحث الرابع

وقت ثبوت خيار الرؤية ومدته

فيه مطلبان :

- المطلب الاول : وقت ثبوت خيار الرؤية .
 - المطلب الثاني : مدة خيار الرؤية .
-

المطلب الاولوقت ثبوت خيار الرؤية

وقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها (١) لان الشارع اثبتته عندها
حيث قال : فهو بالخيار اذا رآه .

فاذا ثبت ذلك الاصل تفرعت عليه مسألتان : اجازة البيع قبل الرؤية
أو فسخه .

المسألة الاولى :

فاذا اجاز المشتري البيع قبل رؤية المبيع بأن قال : رضيت به أو اجزته
أو اسقطت خيارى او نحوه من الالفاظ التى يسقط الخيار بها فهل له ان يرد
بعد الرؤية ام سقط حقه للووم البيع ؟

لا خلاف بين الحنفية ان المشتري اذا اسقط الخيار باجازة العقد
بالقول قبل رؤيته للمبيع فلا يسقط خياره لان النبى صلى الله عليه وسلم أثبتته
عند الرؤية : فهو بالخيار اذا رآه (٢) والشىء لا يسقط قبل ثبوته وكذلك
فان النص علق ثبوت الخيار بالشرط وهو الرؤية ، والمعلق بالشرط عدم قبيل
وجوده . والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت (٣) . ثم ان المبيع قبل الرؤية

- (١) تحفة الفقهاء ١١٨/٤ ، والبدائع ٢٩٥/٥ .
(٢) البدائع ٢٩٥/٥ . وقد اعترض صاحب الكررى على هذا الاستدلال بانسه
استدلال بمفهوم لشرط ونحن لانقول به . ثم اجاب : " فالوجوه
ان يقال : لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها
وهو ثابت بالنص فما يوردى الى بطلانه كان باطلا (الكررى ١٥٧/٢) .
اما ابن طابدين اعترض على صاحب الكررى فاجاب بان الاصل فى العقد
اللزوم فلا يثبت الخيار الا بدليله . والنص انما اثبتته عند الرؤية فيبقى
ما وراءها على الاصل فالحكم ثابت بدليل الاصل لا بمفهوم هـذا
الشرط (حاشيتا بن طابدين ٥٩٤/٤) .
(٣) فتح القدير ٣٣٧/٦ .

مجهول الوصف ، والرضا بالشئ ، قبل العلم به وبوجود سببه متعذر فكان ملحقا
بالعدم (١) .

والعاصل أن اجازة العقد قبل الرؤية لا يسقط الخيار .
وهذا اجازة العقد بالقول .

اما اذا صدر من المشتري فعل يدل على اسقاط خياره كبيعه واجارته
فلارد له بعد الرؤية . كما نص عليه الشرنبلالي بقوله : " ان اجازة بالقول قبل
الرؤية لا يزول خياره وان اجازة بالفعل بان تصرف فيه يزول " (٢) .

المسألة الثانية :

فسخ العقد قبل الرؤية وذلك فان المشتري اذا اراد ان يفسخ العقد
قبل الرؤية فهل يملك ذلك ام لا ؟

لا رواية في ذلك عن الامام ابى حنيفة وصاحبيه (٣) ومشايخ الحنفية
اختلفوا في ذلك : فقال بعضهم :

لا يجوز ذلك كما لا يلزم باجازته قبل الرؤية ، وعلى هذا اذا فسخ العقد
قبل الرؤية لا يفسخ لان احد طرفي الخيار هنا الفسخ وهو لم يثبت بعد وذلك
لان معنى الخيار يتناول الفسخ والامضاء فكلاهما معلق بالشرط وهو الرؤية (٤) .

(١) بدائع الصنائع / ٥ / ٢٩٥ .

(٢) حاشية الشرنبلالي ٢ / ١٥٧ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢ / ١١٨ .

(٤) تحفة الفقهاء ٢ / ١١٨ وبدائع الصنائع / ٥ / ٢٩٥ .

وقال بعضهم :

اذا فسخ المشتري العقد قبل الرؤية يجوز وينفسخ . وقال صاحب البدائع : " وهو الصحيح لانه عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالمقعد الذي فيه خيار العيب وعقد الاطارة والايديع (١) . يعنى ان جواز الفسخ قبل الرؤية لالسبب الخيار لانه لم يثبت بعد وانما لكون العقد غير لازم لان اللزوم يكون بتمام الرضا وهو غير موجود لعدم الرؤية . فكل عقد ليس يلزم يجوز فسخه كالعارية والوديعة (٢) .

وجاء في البحر بعد ان قال : وهو الاصح : " وحاصله : انه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع واذا رآه حدث له سبب اخر لعدم لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الاسباب على سبب واحد " (٣) .

والحاصل ان الاجازة بالقول قبل الرؤية لا تسقط الخيار بخلاف الاجازة بالفعل . اما الفسخ : فقول انه نافذ لعدم لزوم العقد للسبب الخيار ، وقيل : ليس بنافذ لان حق الفسخ يثبت بالرؤية وهي غير موجودة فالتصرف في حق قبل ثبوته لا ينفذ .

ما هو الفرق بين الاجازة والفسخ :

وذلك ان المشتري اذا اجاز العقد قبل رؤية المبيع لا يلزم واذا فسخه يلزم مع ان كلا منهما ثبوته مطلق بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق بالشرط قبل وجوده .

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٩٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ٢ / ١١٨ ، المسوط ١٣ / ٧١ .

(٣) البحر الرائق ٦ / ٢٩ .

والفرق بينهما مع وجهين :

الوجه الاول :

ان الاجازة قبل الرؤية ابطال حكم ثابت بالنسبة بخلاف الفسخ . وذلك فان المشتري اذا امضى العقد قبل الرؤية ابطال حكما ثابتا وهو الخيار للمشتري عند رؤية المبيع . واما في الفسخ فليس هناك ابطال اي حكم ثابت بالنسبة لانه فسخ العقد قبل ان يثبت الحكم (١) ولذلك يجوز الفسخ قبل الرؤية دون الاجازة .

الوجه الثاني :

ان الامضاء او الفسخ كلاهما معلق بالشرط في الحديث لان معنى الخيار يتناول الفسخ والاجازة معا . الا ان الامضاء لم يثبت بسبب اخر قبل وجود الشرط فيبقى على العدم . اما الفسخ فهو ثبت بسبب اخر وهو عدم لزوم هذا العقد . وجاء في الفسخ : " وحاصل الجواب : أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت باسباب كثيرة . فالحديث لاطلاق الخيار بالرؤية ثبت به تمليق كل من الاجازة والفسخ بها لأن معنى الخيار : انه له ان يجيز وان يفسخ . ثم لم يثبت الاجازة بسبب آخر فيبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية .

واما الفسخ فثبت له سبب اخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري . وما كان غير لازم عليه ، له أن يفسخه بالضرورة كالمارية والوديمة والافهسو لازم (٢) .

(١) المحسوط ١٣ / ٧١ .

(٢) فتح القدير ٦ / ٣٣٨ .

المطلب الثانيمدة خيار الرؤية

والمراد به ان حق الفسخ او الاضاءة اذا ثبت بالرؤية بعد العقد فهل يجب على من له هذا الحق ان يبادر في استعماله ام له وسعة في ذلك ؟ وبعبارة اخرى هل خيار الرؤية على الفور او على التراخي ؟ جاء في ذلك اربعة اقوال :

القول الاول :

ان الخيار يثبت على الفور فاذا اراد المشتري ان يرد المبيع فعليته رده فورا والا لزمه البيع لان هذا الحق معلق بالرؤية كما ورد في الحديث فيجب ان يستعمله عندها . هذا قول عند الشافعية (١) والحنابلة والرواية عن احمد (٢) والمراد بالفور هو ما يمد فورا في العادة وليس المدو والجرى كما فصلوا في خيار العيب .

القول الثاني :

ان مدة الخيار تتقيد بالمجلس الذي اطلع فيه على العيب ، وتمتد بامتداده . وانما لم يفسخ فيه سقط خياره لانه ثبت بمقتضى العقد من غير اشتراط فتيقيد بالمجلس كخيار المجلس (٣) . وهذا هو القول الاصح عند الشافعية (٤) وقول عند الحنابلة .

-
- (١) المهذب ٢٧١/١ ، روضة الطالبين ٣/٣٧٥ .
 (٢) الحنفى ٣/٤٩٥ ، الكافي ٢/١٢٠ .
 (٣) الحنفى ٣/٤٩٥ ، الكافي ٢/١٢٠ ، الانصاف ٤/٢٩٦ ، المهذب ٢٧١/١ .
 (٤) المجموع ٩/٣٢٢ ، روضة الطالبين ٣/٣٧٥ .

القول الثالث :

ان الخيار موقت بوقت امكن الفسخ بعمد الرؤية وطى هذا اذا تمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره وان لم يوجد منه ما يبطئه من الاجازة والرضا لا صريحا ولا دلالة لان الامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل على الرضا به فلزم البيع وهو قول عهد الحنفية (١) .

القول الرابع :

ان هذا الخيار ثبت بالنص مطلقا ولا يتوقف بوقت بل هو يمتد الى ان يوجد ما يبطئه من سقطات الخيار (٢) لان حديث من اشترى شيئا لم يره ورد مطلقا فالتوقيت فيه زياد على النص (٣) وهذا هو القول المختار عند الحنفية (٤) واختاره الكرخي لان سبب ثبوت الخيار اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقى سبب (٥) . وقال في شرح العناية : " والاصح عندنا انه باق طالما يوجد ما يبطئه لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطئه لعدم الرضا " (٦) .

...

ما هو الراجع :

والذي ظهر لي ان الراجع من هذه الاقوال هو كون الخيار طى الفور كما هو الاصح عند الشافعية لان في تاخير الرد - بعد العزم عليه - الى مالا حد له ضررا بالبايع فان بعض المبيعات لها وقت الرغبة فيها فانها فات ذلك يقل الطالب وترخص الأسمار .

-
- (١) بدائع الصنائع ٥/٢٩٥ .
 (٢) بدائع ٥/٢٩٥ .
 (٣) المسوط ١٣/٧١ .
 (٤) فتح القدير ٦/٣٤٠ .
 (٥) بدائع ٥/٢٩٥ .
 (٦) شرح العناية ٦/٣٤٠ .

ثم ان المشتري اذا علم انه على التراخي قد يعتمد في تاخير السرد
للاضرار بالبائع والضرر يزال ما أمكن .

وفي تقييده بالمجلس خرج ومشقة فان البائع قد لا يوجد فيه فكيف يبرده ؟
وهينئذ يجب عليه ان يشهد انه ليس براغي يسه . فكل ذلك مشقة .

اما ترك الامر الى امكان الفسخ فغير منضبط لان ما يعمد امكانا عند أحد
يعمد تمذرا عند الاخر . وفي الحقيقة ان هذا القول مندرج في القول الاصح
فان المراد من الفور ليس الحدو بل وانما هو ما يعمد فورا ومبادرة في العادة .

...

المبحث الخامس

ما ينشأ به خيار الرؤية

المبحث الخاصما يسقط به خيار الرؤية

ما يسقط به هذا الخيار نوعان :

النوع الاول :

ما يسقط مطلقا سواء وجد قبل الرؤية او بعدها . وذلك يظهر في الصور

الاتية :

١- تصرف المشتري في البيع تصرفا يثبت به حق للغير . وطى هذا

الاساس يتفرع المسائل الاتية :

لرباع المشتري البيع بيحا مطلقا سقط خياره . سواء كان قبل الرؤية

او بعدها . والمراد به المطلق من شرط الخيار لانه بالبيع المطلق يخرج عن

ملكه ودخل في ملك غيره فتمنذر الفسخ لتعلق حق الغير به (١) .

أما اذا باع بشرط الخيار وذلك اما ان يكون لنفسه واما للمشتري .

فان باعه بشرط الخيار للمشتري سقط خياره لانه لما لزم البيع من

قبله تمنذر الفسخ فبطل الخيار (٢) .

وان باع بشرط الخيار لنفسه فخيار الرؤية لا يسقط في رواية ، ونفى

رواية يسقط . وقال صاحب البدائع : " وهي الصحيحة لان البيع بشرط الخيار

لا يكون ادنى من العرض على البيع بل فوته . فالعرض على البيع يسقط

الخيار . فهذا أولى (٣) .

(١) فتح القدير ٦/٣٤١ .

(٢) البحر الرائق ٦/٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٩٦ .

وكذا رهنه واجارته وهبته مع التسليم يسقط خيار الرؤية ،سواء وجد قبل الرؤية او بعدها لان هذه كلها مانعة من الفسخ لتعلق حق الفيرر بالبيع فالفسخ اذا امتنع شرط بطل الخيار (١) .

ولان المشتري بهذه التصرفات اثبت حقا لازما لغيره فمن ضروره لـ لزوم الطك له . فلا يلزم الطك مع وجود الخيار فبطل ضرورة (٢) .

وبعد هذه التصرفات لو عاد طك المبيع اليه بان يرد المشتري طيبه بميب بقضا القاضى وبفك الرهن او بضى مدة الاجارة قبل الرؤية فهسل يعود له خيار الرؤية ام لا ؟

قيل : انه لا يعود لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد . وفي رواية عن ابي يوسف يعود (٣) لان الطاع كان تعلق حق للفيرر وقد زال . فاذا زال الطاع عاد المنوع .

٢- تميب المبيع او هلاكه :

وانا حد شعيب في المبيع او هلك بضمه بفعل المشتري او باقاة سماوية او بفعل اجنبي او بفعل البائع عند ابي حنيفة خلافا لهما او حصلت زيادة فيه في يد المشتري زيادة متصلة او منفصلة متولدة او غير متولدة سقط خياره لان البائع قد سلمه اليه سالما فليس للمشتري ان يرده معها (٤) .

(١) فتح القدير ٣٤٢/٦ . شرح المعناية ٣٤٢/٦ .

(٢) تحفة الفقهاء ١٢٩/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٩٧/٥ . فتح القدير ٣٤١/٦ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٩٦/٥ .

٣- موت من له الخيار :

لومات من له خيار الرؤية فهل يسقط حقه بالموت او ينتقل الوارث ؟

وارثه ؟

ان المذاهب الثلاثة غير الحنفية لم يتكلموا في ذلك .

أما الحنفية فانهم قالوا : ان خيار الرؤية لا ينتقل بالوراثة . فاذا مات الرجل سقط حقه في الرد كما نص عليه السرخسي : " وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط " (١) لانه ليس الا مشيئته و ارادة ومثله لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال وهو الاعيان بخلاف خيار العيب كما يأتي في محله لان المورث استحق المبيع سالما فكذا الوارث . فأما نفس الخيار فلا يورث (٢) .

النوع الثاني :

ما يسقط به الخيار بعد الرؤية خاصة :

والنوع الثاني من مسقطات خيار الرؤية هو بعض التصرفات في المبيع

التي لا يسقط بها الا اذا وجدت بعد الرؤية . اما اذا وجدت قبلها فلا يسقط :

١- الاسقاط بالقول :

وهو ان يقول المشتري بعد ان رأى المبيع رضيت بالمبيع او اجزته او اسقطت

خيارى ونحو ذلك . فهذه كلها الفاظ صريحة في الاسقاط سواء علم البائع بالاجازة لزوم البيع او لم يعلم . لان الاصل في البيع المطلق عن شرط الخيار اللزوم فلا يتخلف ذلك الا بخلل في الرضا . فاذا صرح المشتري برضاه لزم البيع لعدم وجود المانع (٣) بخلاف ما لو اسقطه بصريح الرضا قبل الرؤية فإنه لا يسقط به كما سبق .

(١) المسبوط ١٣/٢٢٠

(٢) الهداية ٣/٣٠٠

(٣) بدائع ٥/٢٩٥

٢- الاستطاب بتصرفات كتصرف المالك :

فإذا تصرف المشتري في المبيع بعد الرؤية تصرفا كالمالك يسقط خياره كعرضه على المبيع ، باع ام لم يبع فاذا عرضه على المبيع يسقط خياره لانه به قصد اثبات الملك اللازم للمشتري . وهذا يقتضى لزوم الملك لنفسه حتى يمكن اثباته لغيره . اما لو عرض بمضه دون المبيع فهل يسقط خياره ؟

عند ابن يوسف يسقط وعند محمد لا يسقط . والصحيح هو قول ابن يوسف كما صححه الكاساني لان سقوط الخيار ولزوم المبيع بالعرض لكون العرض دلالة الاجازة والرضا . ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ، فاذا صرح بالاجازة في بعض المبيع لم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التصام فلان لا يسقط بدلالة الاجازة أولى (١) .

وكذا لو قبض المبيع بعد الرؤية سرا* قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض عند ابن عنيفة خلافا لهط لان رؤية الوكيل بالقبض رؤية الموكل عنده كما سبق فسي رؤية الوكيل والرسول* (٢) .

٣- طلب الاخذ بالشفعة بسببه :

وهو أنه لو اشترى دارا لم يرها وبيعت دار اخرى بجانبها فطلب المشتري اخذه بالشفعة بعد رؤيته الدار التي اشتراها سقط خياره لان طلب الشفعة دليل على انه رضى بالمبيع . اما اذا طلبه قبل الرؤية فلا يسقط. (٣)

...

-
- (١) بدائع الصنائع ٥/٢٩٦ .
 (٢) بدائع الصنائع ٥/٢٩٥ .
 (٣) درر الحكام شرح مجلة الاحكام ١/٢٨٠ .

((الفصل الثاني))

خيار الرؤية في سائر العقود

١- خيار الرؤية في القسمة :

القسمة هي افراز النصيبين او الانصبا في الاعيان المشتركة وذلك بأن اشترى اثنان او اكثر ارضا او دارا ونحوها ما يجوز التقسيم فيه فلا يمكن الانتفاع به لكل من الشركاء الا بعد تمييز نصيب كل منهم . فهذا يسمى بالقسمة .

والتقسيم اما يتولى القاضى او نائبه واما يقوم به الشركاء أنفسهم . فالقاضى لا يتولى ذلك الا اذا كانت المين ما لا يضره التقسيم فى الانتفاع به كالأرض والدار ولا يتولى تقسيم البئر مثلا لانه بعد التقسيم يصبح غير ممكن الانتفاع به .

والقاضى لا ينصب الا لأقامة المصالح ودفع المضار . واشتخاله بما لا يفيد لا يجوز كتقسيم بئر وشجرة ومع ذلك ان قسم الشركاء بتراضيهما جاز لان الحق لهم وهم راضون به .

وخيار الرؤية يثبت فيما يقسم الشريكان بتراضيهما لان قسمة الرضا فيها معنى الصادلة لوجود الرضا من الجانبين فيثبت فيها خيار الرؤية كالبيع . ولا يثبت فيما يقسمه القاضى لعدم الفائدة فيه لانه لو ردها بخيار الرؤية لا جبره القاضى ثانية لان القاضى له ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا يفيد الرد .

وطى هذا اذا اتفق الشريكان بتراضيهما عقارا او حيوانا او متاعا دون ان يرى احدهما نصيبه الذى وقع فى حقه فهو بالخيار ان شاء رده وان شاء أمضاه (١) .

(١) المحسوط ٣٩/١٥ ، بدائع الصنائع ٢٨/٧ .

٢- خيار الرؤية في الاجارة :

ويثبت خيار الرؤية في الاجارة لانه بيع المنفعة فيثبت فيها
كالبيع فاذا استاجر دكرا قبل ان يراها فهو مخير عندما رآها ولم يرض بها
ان شاء فسخ العقد وان شاء أمضاه (١) .

٣- خيار الرؤية في الصلح :

وانا تصالح المدعى عليه مع المدعى على مال قبل ان يراه المدعى
فهو بالخيار اذا رآه لان بمنزلة البيع لان طوق عليه الصلح من المين مبيع (٢) .

ثم خيار الرؤية

ويليه خيار العيب .

...

(١) بدائع الصنائع ٤/١٩٥ ، مختصر الطحاوي /٢٩٩، الاختيار ٢/٥١ ،
الهندية ٤/٤١٩ .
(٢) المسوط ٢١/٣٤ .

((الباب الثاني))

في خيار الميب

وفيه أربعة فصول :

- الفصل الأول : خيار الميب في البيع .
- الفصل الثاني : خيار الرد بعيب التصريفة .
- الفصل الثالث : خيار الميب في النكاح .
- الفصل الرابع : خيار الميب في سائر العقود .

—•—

الفصل الاول

خيار العيب في البيع

وفيه سبعة محاضرات :

- البحث الاول : تعريف خيار العيب ، مشروعيته وماهيته .
- البحث الثاني : شروط ثبوت خيار العيب .
- البحث الثالث : ما يمنع به الرد بالعيب .
- البحث الرابع : الخصومة في خيار العيب .
- البحث الخامس : الرد وموجباته .
- البحث السادس : المرافعة في العيوب .
- البحث السابع : ما يسقط به خيار العيب .

المبحث الاول

تعريف خيار المصيب ومشروعيته وماهيته

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الاول : تعريف خيار المصيب .
- المطلب الثاني : مشروعيته .
- المطلب الثالث : ماهيته .

—•—

المطلب الاولتعريف خيار العيب

وقد سبق تعريف الخيار . اما تعريف العيب :
اولا : العيب في اللغة :

العيب والعاب والميبة والعباب والصباية كلها بمعنى واحد وهو الرذالة
 في السلعة (١) والجمع أعياب وعيوب .

والميبة : ما يجعل فيه الثياب . ومنه قوله عليه الصلاة والسلام :
 الانتصار كوشى وعهتى (٢) أى خاصتى وموضع سرى .

والفعل يتعدى ولا يتعدى . تقول : طاب المتاع - بالرفع - أى صار
 ذاعيب - وبالنصب - أى جملة ذاعيب . ومنه قوله تعالى : " فأردت أن
 أعيبها " (٣) أى أردت أن اجعلها ذات عيب بمعنى السفينة .

ومن هنا صار للعيب معنيان :

أحدهما : بمعنى الامر الذى يصير به الشئ * مقرا للنقص (٤) .
 والثانى : ما يستتر به الشئ * .

ثانيا : معنى العيب في الاصطلاح الفقهي :

عرفه الفقهاء بتعاريف عديدة :

١- تعريف الحنفية :

العيب الموجب للرد في عقد البيع * هو كل ما اوجب نقصان الثمن فسي

(١) الصحاح / ١ / ١٩٠ .

(٢) رواه البخارى / مناقب الانتصار / ١١ .

(٣) اللسان / ابن المشهور / ١ / ٦٣٣ ، الصحاح / الجوهري / ١ / ١٩٠ ، الآية :

سورة الكهف / ٧٩ .

(٤) المفردات / مادة طاب .

عادة التجار " (١) .

شرح التعريف :

وأراد بقوله " نقصان الثمن " أى نقصان القيمة (٢) ، واحتزبه عما يزيد القيمة وهو لا يوجب الرد لعدم الضرر طس المشتري كما لو اشترى مالا طس طده انه معيب فظهر سلبيا فلا خيار له .

اما اذا نقص القيمة فانه يوجب الرد سوا كان قليلا او كثيرا ولذلك زاد فى البدائع " نقصانا فاحشا او يسيرا " (٣) .

وقوله " فى عادة التجار " أى : ليس كل ما ادعاه المشتري عيبا فهو عيب ، يوجب الرد ، بل لابد من كونه عيبا عند اهله وهم ارباب الصناعة والتجارة وهم مرجع فى حل الخلافات بين العاقدين فى وجوب العيب ، وفى قدمه وحدوثه وفى كونه قليلا أو كثيرا وفى تقويم الارش ونحوه .

٢- تعريف الشافعية :

وعرفه الشافعية بانه : " كل ما ينقص العين او القيمة نقضا يفتوت به غرض صحيح اذا ظب فى جنس المبيع عدده " (٤) .

وفى التعريف اربعة عناصر :

-
- (١) الهداية ٣/٣٦ .
 - (٢) منحة الخالق ٤٣/٦ (بهامش البحر الرائق) .
 - (٣) بدائع الصنائع ٥/٢٢٤ .
 - (٤) المنهاج (مع غنى المحتاج) ٥١/٢ ، روضة الالبين ٣/٤٦٣ .

أولا : ما ينقص العين وان لم ينقص القيمة يوجب الرد كالشاة مقطوعة
الاذنين فانه نقص في العين لكنه ليس بعيب لمن لا يريد بها الاضحية .

ثانيا : ما ينقص القيمة وان لم ينقص العين يوجب الرد أيضا كما
اذا اشترى ارضا فوجد بقرها غنازير تفسد الزرع أو دارا فوجد بقرها قصارين
يؤذون بصوت الدق فله الرد بخيار العيب مع أنه لا ينقص شيئا من عين
المبيع (١) .

ثالثا : فوت عرض صحيح : والمراد بالصحيح هو استعمال المبيع
لما خلق او صنع له كما ان الثور خلق لمثير الارض فعدم صلاحه للسباقه ليس
بعيب .

وكذا ليس المقصود بالفوت فوت عرض المشتري فقط بل الاعتبار فوته عند
اكثر الناس عادة في محل العقد (٢) .

رابعا : " عدمه غالبا في جنس المبيع " فالشويه في الاماء هو الغالب ،
ولذلك فاذا وجدها ثيبا فلا رد له إلا اذا اشترط عدما عند العقد .

ومحل الكلام في ذلك كله فيما اذا لم ينص العاقدان على كونه عيبا والا ،
فلا عبرة بعرف عند وجود النص من العاقدين . (٣)

(١) روضة الطالبين ٣ / ٤٦٠ .

(٢) حاشية الشرقاوي ٤٣ / ٢ ، نهاية المحتاج ٣٤ / ٤ .

(٣) حاشية الشرقاوي ٤٣ / ٢ ، نهاية المحتاج ٣٤ / ٤ .

٣- تعريف المالكية :

وعرفه المالكية بأنه " كل مال العام فالسلامة منه ما ينقص الثمن
او المبيع او التصرف أو يخاف عاقبته " (١) .

فقد زاد المالك على ما ينقص المين او القيمة عاد كما ينقص التصرف
وارادوا به العبد الذي يعمل بشماله ، اعتبروه نقضا يؤثر في عمله وتصرفه
وزادوا ايضا " ما يخاف عاقبته " والمراد به وجود مرض وراثي في احد أبوين
العبد ، فهو عيب لانه يحتمل انه يظهر في نسله . فاذا ظهر ان ابا العبد
مصاب به يرد العبد على البائع .

٤- تعريف الحنابلة :

وأما الحنابلة فانهم عرفوا العيب : " بأنه ما ينقص قيمة المبيع
عادة " على الصحيح من المذهب .
وقال في الترغيب وغيره : " هو ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضى العرف
سلامة المبيع عنها غالبا " (٢) .

سبب اختلاف التماريف :

وقد بين ابن رشد سبب اختلاف الفقهاء في ذلك وقال :
" وذلك يختلف بحسب اختلاف الا زمان والموائد والاشخاص ، فربما كان
النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كان خفا في الاما والغتان في العبيد . ولتقارب
هذه المعاني في شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء " (٣) .

(١) الشرح الكبير / الدرر / بها من الدسوق / ١ / ٣ / ٩٧ .

(٢) الانصاف / ٤ / ٤٠٥ .

(٣) بداية المجتهد / ٢ / ١٧٣ .

— موازنة بين هذه التعاريف والترجيح :

بالنظر الى التعاريف السابقة نجد ان الفقهاء اتفقوا في تعريف

الغيب المسوغ للرد على ثلاثة اشياء :

١ — ما ينقص المين .

٢ — ما ينقص القيمة .

٣ — المرجع في معرفة الغيب وفي تقويمه .

وزاد المالكي على ذلك ما يؤدي الى النقص في التصرف، وما يتوهم فيما بعد

وزاد الشافعية زيادة هامة لم يصرح بها غيرهم وهي :

فوت غرض صحيح وعدم وجوده في جنسه غالبا .

ولاشك ان التصريح بهذين القيدتين في التعريف يجعله اوضح من

غيره لان الشيء لا يشتري الا لغرض الانتفاع به على الوجه الكامل فاذا فات

ذلك فات الرضا بالمبيع الذي هو اساس في التعاقد كمن اشترى شاة للاضحية

فوجدها غير سالمة لذلك لما فيها من نقص شرعي فله ردها مع ان هذا النقص

لا يمد عينا عادة لغير غرض الاضحية . وكذا لو اشترى جارية فوجدها ثيبا

فلارد له لان الثبوبة هي الغالب فيهن الا اذا اشترط عدنها فله الرد .

ولاشك ان ملاحظه الشافعية بهذين القيدتين ملحوظ عند غير الشافعية

وان لم ينصوا على ذلك في تعريفهم . كما اشار اليه صاحب البحر الرائق

حيث ذكر ضابط الشافعية ونه على لزوم ذلك ثم قال : " وقواعدنا لا تنأه

للمتأمل " (١) .

واتى ابن عابد بن بفروع عديدة من الخانية والبرازية لكن يثبت ان ما اشار

اليه صاحب البحر الرائق ملحوظ عند الحنفية وان لم ينصوا عليه في التعريف .

(١) البحر الرائق ٦ / ٤٢٠ .

وذلك انه لو اشترى شاة للاضحية فوجدها مقطوعة الاذن له الرد ، وكذا كل ما يمنع من جواز الاضحية وان كانت لغيرها فلا رد له ما لم يحده الناس عيا . (١) .

وكذا لو اشترى شجرة ليتخذ منها بابا فوجدها بعد القطع لا تصلح لغرضه فله الخيار وان كانت سالحة لغيره . لكنه يرجع بالارضى لان القطع عيب حادث ، مانع من الرد (٢) ثم قال ابن عابدين تعليقا عليه : " فقد اعتبر عدم غرض المشتري موجبا للرد " (٣) .

وكذا لو اشترى ظنوسة او خفا وثوبا فوجدته صغيرا له فله الرد (٤) لانه لا يصلح لغرضه مع انه ليس بعيب عند من يلبس صغيرا .

وكذلك القيد الثانى " الغالب عدته فى جنسه " مراعى عند الحنفية فى الفروع فجا فى البزازية : " لو اشترى دابة فوجدها بطيئة السير فلا رد لسه الا اذا شرط انها عجول فله ذلك (٥) لان بطء السير ليس الغالب عدته فى الدواب (٦) وكذا الثوبه فى الأمة (٧) .

ثم أشار ابن عابدين بضرورة ذكر هذين القيدين فى تعريف العيب والافعال ولا فيكون التصريف غير جامع وغير مانع . حيث قال :
 " وما ذكرنا من الفروع ان قولهم (اى قول الحنفية) فى ضابط العيب " ما ينقص الثمن عند التجار " مبنى على الغالب والا فهو غير جامع وغير مانع .

-
- (١) الخانية ٢٠٤/٢ .
 (٢) البزازية ٤٦٥/٤ .
 (٣) حاشية ابن عابدين ٤/٥ .
 (٤) البزازية ٤٦٣/٤ .
 (٥) البزازية ٤٣٩/٤ (بها مش البهنية) .
 (٦) حاشية ابن عابدين ٤/٥ .
 (٧) المصدر السابق ٤/٥ .

أما الأول : فلأنه يشمل مسألة الشجرة والثوب والخف والقلنسوة
وشاة الاضحية لان ذلك وان لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره فلا ينقص
الثمن مطلقا .

وأما الثاني : فلأنه يدخل فيه مسألة الدابة والامة الشيب . فان ذلك
ينقص الثمن مع أنه ليس عيب .

فعلم انه لا بد من قيد الضابط بما ذكره الشافعية .

والأحرانهم (الحنفية) لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر (من
التعريف) لان عبارة الامة والكنز " وما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب"
فان هذه العبارة لا تدل على ان غير ذلك لا يسمى عيبا . فاعتنم هذا التحرير (١).

أما ما أورده المالكية من النقص في التصرف كمن يحمل بشطاله فذلك
لا يوجد الا في الرقيق فلا يجوز ادخاله في تعريف وضع للعيب في البيعات
عامة .

وأما قولهم " وما يخاف عاقبته " كمرغى ورائى في أحد أبوي العبد . والذي
يجب على البائع ان يسلم الجميع سالما عن العيوب لا غير . وأما ما يحصل بمعد
القض فهو من المشتري لا يبرف هل هو بسبب ما كان قبل العقد او حدث
بعده .

وبهذا تبين ان تعريف الشافعية هو الاصح والانصب ، لكونه أجمع
من غيره .

(١) حاشية ابن طبرين ٤/٥ .

ثالثا : معنى خيار الميب باعتبار كونه مركبا اضافيا :

وردت عدة تعاريف له •

١ - وعرفه الشافعية بأنه خيار الرد المطلق بفوات وصف مقصود مظهرين
نشأ الظن فيه من (عد) التزام شرطى او تخرير فعلن او قضا عرفى (١) .

شرح التعريف :

قوله : " فوات وصف مقصود " قيد فى التعريف ، خرج به فوات وصف
غير مقصود ، والمراد بالوصف المقصود ما اشتراه المشتري لاجله ، وهذا
ما يبنى عند المالكية بوجه الصفقة .

وما يفوت به وصف مقصود ثلاثة :

احدها : عدم التزام شرطى ، فاذا اشترط المشتري شيئا عند العقد
فوجد ان البائع خالفه ثبت له الخيار .

والثانى : تخرير فعلن : كالتصيرية كما سيأتى . فهذا ايضا يوجب
الخيار .

والثالث : القضا المرفى : وهو ما يحد عيبا فى العرف الذى ينقص عيبين
الصحيح او قيمته (٢) .

٢ - وعرفه الحنابلة من المالكية بأنه " ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزمه
البائع شرطا او عرفا فى زمان ضمانه " (٣) .

-
- (١) معنى المحتاج ٥٠/٢ ، تحفة المحتاج ٣٥٧٤ (مع حوشبها) .
(٢) اطنة الطالبين ٣٠/٣ - حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ٣٥١/٤ .
(٣) شرح الخطاب ٤٢٧/٤ .

وقوله " شرطا " اى مخالفة البائع لما اشترطه المشتري عند العقد .
وقوله " عرفا " اى ما يحد عيبا في الصرف ولولم يشترط عند العقد .
والمراد بقوله " في زمان ضمانه " اى في زمان ضمان البائع له بأن
حدث عيب قبل القبض بغير فعل المشتري فهو يوجب الرد . اما ما حدث
بعدها من ذلك الصلح في ضمان المشتري فلا يوجب الرد خلا الرقيق ففسس
العهدتين عند المالكية .
والمالكية والشا فعنة يسمون خيار العيب بخيار النقيصة .

٣ - وعرفه الشيخ على الخفيف بانه " ما يكون للمتملك من حق ففسس
فسخ العقد او امضاه بسبب عيب يجده فيما تملك " (١) .
وهذه التعاريف مع اختلاف الفاظها تفيد شيئا واحدا وهو ان خيار
العيب : ثابت للمشتري من فسخ العقد او امضاه بسبب عيب في الصلح .

...

(١) مختصر احكام المعاملات الشرعية : العقد / ١٣١ .

المطلب الثاني

مشروعية خيار العيب

ان الاساس الذي تقوم عليه العقود هو التراضي لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم" (١) ولا يتحقق ذلك بالنسبة للعاقدين الا اذا خلا محل العقد عن العيب الذي يسبب وجوده شائبة في صحة الرضا . من اجل ذلك حرم الشارع على العاقدين كتمان العيب الذي يعلمه وواجب عليه بيانه . فتروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: " المسلم اخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب الا بينه له " (٢) . وقال عليه الصلاة والسلام: " لا يحل لامرئ مسلم ان يخيب ما بسلعته عن أخيه . ان علم بها تركها " (٣) .

وقال ايضا + " اليمين بالخيار مالم يتفرقا فان صدقا وبيننا بمسورك لهما في بيعهما وان كذبا وكنتما صحت بركة بيعهما " (٤) اي صدق البائع في اخبار المشتري وبين العيب ان كان في السلعة وصدق المشتري في قدر الثمن وبين العيب ان كان في الثمن (٥) . حصول البركة لهما طقة الشارع بمدقهما ببيان العيب الموجود في الثمن والمثمن والا فلا بركة في بيعهما .

-
- (١) سورة النساء / ٢٩ .
(٢) رواه ابن ماجه / التجارات / ٤٥ . أخرجه ايضا احمد والدارقطني والحاكم من حديث أبي شماسه عنه . ومداره على يحيى بن ايوب وتابعه ابن لهيعة . قال في الفتح : واسناده حسن (نيل الاوطار ٥ / ٢٣٩)
(٣) رواه احمد بن حنبل ٣ / ٤٢٣ .
(٤) رواه البخاري / البيوع / ١٥ / مسلم / البيوع / ١١ رقم الحديث : ٤٧ .
(٥) نيل الاوطار ٥ / ٢١١ .

وروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على صبرة
طعام فأدخل يده فقالت أصابعه بلالا فقال : يا صاحب الطعام ما هذا ؟ فقال :
أصابته السماء يا رسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس .
ثم قال : من غش فليس منا * (١) .

الأدلة على مشروعية الرد بالعيب :

وقد استدل الفقهاء على مشروعية خيار الرد بالعيب بالمنقول والمقول :
فأما المنقول :

فما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا ابتاع ظلاما . فأقام عنده ماشيا
الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه .
فقال الرجل : يا رسول الله استغل غلامي . فقال عليه الصلاة والسلام : " الخراج
بالضمان " (٢) .

والحديث صريح في أنه عليه الصلاة والسلام رد الغلام على الهاتع بسبب
عيب .

وأما المقول :

فإن المقول المطلق يقتضي سلامة المقبول عليه من العيوب . فإذا وجدته
معيبا انعدم رضاه . والرضا هو أساس في التعاقد لأنه اشتراه لينتفع به
على الوجه التام فالعيب يمنعه من ذلك فيتضرر به . وانعدام الرضا يفسد
صحة البيع واغتاله بوجوب الخيار (٣) .

(١) رواه مسلم / الأيمان / ٤٣ ، أبوداود / البيع / ٥٢ ، ابن ماجه / التجارات /

٣٦ / أحمد / ٢ / ٢٤٦ .

(٢) رواه الترمذي / البيوع / ٥٣ ، وقال : حديث حسن . أبوداود / البيع /

٧١ . ابن ماجه / التجارات / ٤٣ ، النسائي / البيوع / ١٥ ، أحمد /

٤٩ / ٦ .

(٣) الهداية / ٣ / ٣٥ ، فتح القدير / ٦ / ٣٥٦ ، تبيين الحقائق / ٤ / ٣١ .

وجاء في كشف الاسرار : " خيار المصيب يثبت هنا على ثبوت حـق المطالبة له (أي للمشتري) بتسليم الجزء الفائت لا على فوات الرضا . لان العلم بالاصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذي اقتضاه الحق وهو صفة السلامة . لكن لما اطلع على عيب ثبت له حق المطالبة بتسليم ما فات . فاذا عجز عن تسليمه ولا يمكن اسقاط بعض الثمن بمقابلته لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ثبت له ولاية الرد والفسخ وفعال للضرر " (١) .

كون الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فهو عند الحنفية اما عند بعض المذاهب كالحنابلة فالاصاف يقابلها جزء من الثمن كما يأتي بالتفصيل .

...

(١) كشف الاسرار ٣٦/٤ .

المطلب الثالث

ماهية

خيار العيب يشترط بالشرط دلالة :

وجود العيب في المعقود عليه لا يمنع ثبوت الملك فيه للمشتري للحعمال
لان ركن البيع مطلق عن الشرط . والثابت بدلالة النص الذي نهى عن
اخفاء العيب والغش والله ليس هو شرط سلامة المعقود عليه من العيوب لا بشرط
السبب ولا شرط الحكم ، وأثر خيار العيب في منع اللزوم لا في منع اصل الحكم
ولذلك المقدم ينصق **لكنه** لا يلزم مع وجود هذا الخيار . فيكون الملك فاسق
هذا البيع ملك غير لازم لان السلامة شرط في العقد دلالة ، فإلم يسلم البيع
لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه (١) .

...

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٧٣ ، ٢٧٤ .

((المبحث الثاني))

شروط ثبوت خيار العيب

المبحث الثاني

شروط ثبوت خيار العيب

ولا بد من تحقق بعض الشروط لثبوت خيار العيب للمشتري :

الشرط الاول : اتفاق الفقهاء على انه اذا ثبت ان المشتري كان طالبا بالعيب ضد العقد او عند القبض فلا يثبت له الخيار ، لان اقدامه على شرائه مع علمه بانه معيب دليل على رضاه والرضا يسقط الخيار (١) الا انهم اختلفوا فيما اذا كان طالبا بالعيب لكنه لم يعلم هل هو بقدر ما يثبت الخيار ام لا ؟

قال النجاشي من الشافعية : لم يثبت له الخيار لانه كان من الممكن ان يسأل عنه قبل اتمام العقد . ثم ان استحقاق الرد حكم ، والجهل بالاحكام لا يسقطها (٢)

وقال الحنفية (٣) والمالكية (٤) ان كان العيب ظاهرا لا يخفى مثله لم يثبت له الخيار والا فله الرد ، لان الاصل روه بته هذا العيب الظاهر .

(١) بدائع الصنائع / ٢٧٥/٥ ، الهمدية ٦٦/٣ ، المجموع ١١٥/١٢ ، مخني المحتاج ٥٢/٢ ، الشرح الكبير / ابن قدامة ٢٣٨/٤ ، كشاف القناع ٢١٨/٣ ، شرح منتهى الارادات ١٧٦/٢ ، الانصاف ٤١٠/٤ ، كتاب الكافي / ابن عبد البر ٧١٦/٢ ، القوانين الفقهية ٢٩١

(٢) المجموع ١١٦/١٢

(٣) مجمع الانهر ٤٠/٢ ، حاشية ابن عابد بن ٥/٥

(٤) القوانين الفقهية / ٢٩١

ولو قال : كنت طالما بصيبه لكني ظننت انه قد زال فلا اعتبار به—هذا القول لان الاصل بقاء الصيب ما لم يثبت زواله (١) .

اما جهل البائع :

لو ادعى انه لم يكن طالما بصيب في الصبيح . فهل يمنع . ذلك من الرد ؟ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة الى ان جهل البائع لا يؤثر في الرد . بل للمشتري ان يرد الصبيح سواء كان البائع طالما به او جاهلا (٢) .

وقال المالكية : ان كان العيب ما يستوي البائع والمشتري في جهله كالسوس في داخل الخشب فلارد للمشتري على ما هو المشهور في المذهب (٣)

وقيل : ان كانت المادة جرت على أن الصبيح يرد به فله الرد لان المادة كالشرط (٤) .

...

والاصح هو قول الجمهور لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فجهل البائع لا يدفع ذلك . ثم ان العيب لا يعترف احد بملئه فاذا اعتبرنا بدعسواه في ذلك يتضرر المشتري والضرر يزال .

-
- (١) المجموع / ١٢ / ١١٦ .
(٢) الشرح الكبير / ٢٣٨ / ٤ . كشاف القناع / ٣ / ٢١٨ .
(٣) الفرسى / ٥ / ١٣٠ .
(٤) المصدر السابق / ٥ / ١٤٠ .

الشرط الثالث : عدم زوال العيب :

ثبوت العيب عند البائع لا يكفي للرد بل لابد من وجوده عند المشتري
لانه يحتمل ان يزول تماما بعد القبض (١) .

الا أن المالكية إلا ان كان العيب ما يخاف عوده كمرض وراثي كما سبق ،
فلمشتري ان يرده مع لزوم العيب بعد القبض (٢) .

الشرط الرابع :

ان لا يتمكن المشتري من ازالته بغير مشقة ، وان امكنه ذلك فلا حاجة للرد ،
كما لو اشترى ثوبا فوجد فيه دما او دهنا او زيتا . فان كان الغسل ينقش
الثوب كان عيبا فله الرد إلا فلا (٣) .

الشرط الخامس : ان يكون العيب قديما :

وذلك بان يكون العيب قد حدث في البيع قبل العقد وقبل القبض ، فبان
حدث بعد القبض فلا رد به لان هذا الخيار ثبت لغوات وصف السلامة المشروطة
دلالة فالسلمة هنا وقعت بيد المشتري سالمة فلا يثبت بعيب حدث بعد
القبض (٤) .

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٧٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ٥/٥ ، القوانين الفقهية
٢٩٢ ، كتاب الكافي ٧١٢/٢ ، الشرح الصغير ١٤٢/٣ ، جواهر
الاكلي ٤٣/٢ ، المجموع ١٢٢/١٢ .
(٢) القوانين الفقهية ٢٩٢/٢ ، جواهر الاكلي ٤٣/٢ .
(٣) البحر الرائق ٣٩/٦ ، ابن عابدين ٥/٥ .
(٤) بدائع الصنائع ٢٧٥/٥ ، البحر الرائق ٣٩/٦ ، بداية المجتهد
١٧٥/٢ ، مغني المحتاج ٥٠٠/٢ .

الا أن هناك بعض الصور عند بعض المذاهب يثبت الخيار مع ظهور
العيب بعد القهض منها : أن يكون سبب العيب مستندا الى ما قبل القهض
فللمشتري ان يردده على الاصح عند الشافعية كقطع يد المصد بسرقة سابقة (١) .

ومنها : ان حدث العيب في الصهدتين .

: .

— مسائل الصهدة : —

وقد انفرد الامام مالك رحمه الله بالقول بالصهدة في البيع مسن
بين المذاهب الاربعة ، وكذا كان يقول بها فقهاء اهل المدينة . ولم يقل
بذلك غيرهم من فقهاء الامصار (٢) .

١— معنى الصهدة :

والصهدة في اللغة اسم لكتاب الشراء ، يقال : عهدته على فلان .
اي : ما ادرك فيها من آفات فهي على البائع (٣) .

وفي الاصطلاح : تعلق ضمان المبيع من كل حادث او من حادث مخصوص
في زمن محدود (٤) أي ان كل ما حدث في الرقيق من العيوب في عهدة الثلاث
او ما حدث من الجذام والبرص والجنون في عهدة السنة فكله على عهدة البائع
فللمشتري أن يردده .

(١) المهذب ٢٨٤/١ ، معنى المحتاج ٥٢/١ .

(٢) بداية المجتهد ١٧٥/٢ .

(٣) الصحاح للجوهري ٥١٥/٢ .

(٤) الفواكه الدواني ١٤٢/٢ .

٢- محل العهدة :

لا تجوز العهدة الا في الرقيق كما نص عليه مالك رحمه الله فيسبى الموطأ حيث قال : " ولا عهد عندنا الا في الرقيق (١) لانه هو فقط يقدر ان يخفى الامراض فيدكتسب المولى والمشتري .

٣- أقسام العهدة :

فالعهد عند القاطنين بها عهدتان : عهدة الثلاث وعهدة السنة .

أ- عهدة الثلاثة الأيام :

وأرادوا بها ان اذا اشترى رقياً بغير اشتراط المراءة مسين العيب كل ما اصاب به من الافات المارضة والنازلة خلال ثلاثة ايام فهو مسين البائع . وللمشتري ان يرده كما نص عليه في المدونة بان كل شئ " يعتسر عيباً في الرقيق عند اهل المعرفة فهو من البائع في الايام الثلاث (٢) . وذلك بنا " على فرض بان سبب العيب كان به قبل العقد فظهر بعده عند المشتري فذهب من البائع .

بداية عهدة الثلاث :

عهدة الثلاث تبدأ من يوم عقد البيع ان كان البيع لازماً ، وان كان بالخيار تبدأ من يوم لزوم العقد بعد انتهاء مدة الخيار (٣) . من بداية العهدة التي يوم الرد ، نفقة الرقيق وكسوته ومؤنته على البائع والمشتري يرجع عليه وبأخذها منه عندما رد الرقيق .

(١) الموطأ / المصوع / باب : ٣ ، انظر المدونة ٤ / ٣٤٩ .

(٢) المدونة ٤ / ٣٤٧ . انظر : كتاب الكافي ٢ / ٧١٧ .

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٤ / ١٧٤ .

والمشتري له ان يسقط العهدة عن البائع فاذا اسقطها سقط كسبل
موجباتها المذكورة من النفقة وغيرها ويلزم العقد .

— فسرع :

واذا صدر من المشتري ما يقطع الرد كبيعته وعتقه وغيره قبل انتهاء الثلاث،
ثم حدث بالبيع عيب فهل يسقط حقه في الرد ؟ فيه قولان ؛
قيل : يسقط حقه فلا رد له . وقيل : تصرفات المشتري نافذة لكنه يرجع
بقيمة العيب (١) .

فهذه العهدة تجوز من كل عيب .

ب — عهدة السنة :

وهي مختصة بالصوب الثلاثة فقط وهي الجنون والجذام والهرس ،
فاذا ظهر احد هذه الارباء الثلاث خلال السنة فهو على عهدة البائع والمشتري
ان يرد الصوب عليه . الا ان النفقة والمؤنة بتلك المدة على المشتري لا على
البائع بخلاف عهدة الثلاث .

— بداية عهد السنة :

هل هذه العهدة تبدأ بعد انتهاء عهد الثلاث ام اعتبارا من
لزوم العقد ؟ فيه روايتان عن مالك ؛
الاولى : أنها تبدأ بعد الثلاث ، لان العهدة بين متنافيتان واحكامهما
مختلفة فلا يتداخلان لان التداخل في الحدود لا يجوز الا اذا كانت احكامهما
متفقة . وهنا خلاف ذلك .

(١) المنتقى شرح الموطأ ٤/١٧٤ .

والثانية : أنها تبدأ من يوم التبايع فيمتد اخلان لان المحدثين لازمتان
باطلاق المقد ، ولا يحتاج تعيين احدهما الى الاخرى فتكون بدايتها بسوم
البيع (١) .

— شرط الرد :

ويشترط لرد الرقيق بعهد سنة استمرار أحد الامراض الثلاث
الى تمام سنة اما ان ظهر ثم زال قبل نهاية السنة فلا رد به الا اذا قال
اهل المعرفة بالرد (٢) .

والفرق بين المهدتين :

ان عهدة الثلاث قليلة الزمان كثيرة الضمان فاي عيب اصيب به الرقيق فيها
يرد على البائع . اما عهدة السنة فهي عكس الاولى : كثيرة الزمان وقليلة الضمان
فلا يرد الرقيق الا بالامراض الثلاثة : الجذام والبرص والجنون (٣) .

٤ — حكم النقد في المهدتين :

ولا يجوز النقد في عهدة الثلاث ولا اشتراطه فيها ، لان المبيع
في هذه المدة اذا هلك هلك من ضمان البائع ، ومعنى ذلك انه لم يتم
تسليم المبيع فلذلك لم يستحق قبض ثمنه .

اما في عهدة السنة فالنقد لازم لاستكمال البيع لان وقوع الجذام والبرص
والجنون نادر الوقوع فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر (٤) .

(١) المنتقى شرح الموطأ ٤/١٢٥ .

(٢) الفواكه الدواني ٢/١٤٢ ، حاشية الدسوقي ٣/١٢٢ .

(٣) الفواكه الدواني ٢/١٤٢ .

(٤) المنتقى شرح الموطأ ٤/١٢٨ .

هـ - حكم العمل بها في غير المدينة :

هل العمل بالمعهدتين خاص بالمدينة المنورة أو يجوز في غيرها أيضاً ؟

فيه روايتان عن مالك :

أحدهما : أنها خاصة بالمدينة المنورة وما حولها وإن لم يشترط المشتري لجريان الصرف فيها بذلك . ولا يجوز في غيرها إلا إذا اشترط المشتري ذلك عند العقد .

والثانية : أنه يجوز العمل بها في كل بلد وإن لم يعرف أهله ، وطى الامام أن يحدثها ويحكم بها على من عرف ومن لم يعرف لأنها من مقتضى العقيد المطلق لكونها من تمام التسليم (١) .

وهناك روايات أخرى في المذهب :

فقل : لا يقضى بها إلا حيث جرت العادة طيبها .

وقيل : يعمل بها إذا اشترط المشتري أو حل السلطان الناس طسسى العمل بها (٢) .

وقد جاء في الفواكه الدواني أنها جائزة بأحد الأمور الثلاثة :

١ - باسئراط المشتري عند العقد وإن لم تجر بها العادة .

٢ - أو إن كانت العادة جارئة طيبها .

٣ - أو إن أمر السلطان بها .

فإن لم يشترط ولا جرت العادة طيبها ولا أمر السلطان بها فلا يعمل

ولا يقضى بها . (٣)

(١) التاج والاكمل ٤/٤٧٥ (بهاش شرح الخطاب) ، المنتقى شرح الوطأ

١٧٦/٤ .

(٢) شرح الخطاب ٤/٤٧٥ .

(٣) الفواكه الدواني ٢/١٤٢ .

٦ - مشروعية العهدة :

واستدل الامام مالك رحمه الله على جواز العهدة بما يلي :

أولاً : يعمل أهل المدينة ، فان أهلها كانوا يحطون بها (١) ولذلك نرى أن أبان بن عثمان^(٢) وهشام بن اسماعيل (٣) كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الايام الثلاث من حين يشتري العبد أو الوليدة ، وعهدة السنة . رواه مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن جزم (٤) .

وقال القاضي ابوالوليد الباجي في شرحه على الموطأ (٥) :

" يريد (مالك) أنها من الامور المشهورة المعمول بها التي كان الامراء يهتمون بها ويجهلون بها من أوكد اللوازم ، حتى كادوا يدخلون ذلك في الخطب لئلا يخفى على أحد من قرب من المدينة ولا بعد عنها ، لان المدينة كانت لا تنفك عن قادم عليها من جميع الافاق . وكانوا يحضرون الجمع واوقفات الخطب فيسمعون تكرر ذلك في الخطب من الامراء أو من يرجع الي قولهم ، ويمثل أمرهم ، ثم لا يتكرر ذلك عليهم منكر ولا ينهاتهم عنه ناه ، لكونه سابقاً معمولاً به عند الائمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم ، واليه يرجع فيما اختلف فيه منه .

(١) بداية المجتهد ١٧٥ / ٢ ، الفواكه الدواني ١٤٢ / ٢ .

(٢) هو أبان بن عثمان بن عفان (لم يذكر تاريخ الولاة والوفاة) (الوفيات /

٤٧) .

(٣) هشام بن اسماعيل ، بن هشام بن الوليد بن المغيرة المخزومي . كان

والي على المدينة لوفى بهد : ٨٧ هـ . (الاعلام ٨١ / ٩) .

(٤) الموطأ / البيع - مع / باب : ٣ .

(٥) هو سليمان بن خلف التميمي المالكي ، ٤٠٣ - ٤٧٤ هـ (شجرة النور

الزكية / ١٢٠) .

ولان أمير المدينة * لم يكن يدخل ذلك في خطبته الا بعد مشاورة
أهل العلم من الصحابة والتابعين بها ووافقتم له عليها* (١) .

وقال ابن وهب (٢) في روايته عن ابن سمان (٣) انه قال : سمعت
رجالا من علمائنا منهم يحيى بن سعيد وغيره انهم كانوا يقولون : لم ينزل
الولاية في المدينة في الزمان الا ول يقضون في الرقيق بعهد قالسنم الجنون
والجذام والبرص ويقضون بثلاث ليال من سقم أو موت او غيره انه من الاول (٤) من
من البائع .

وقال ابن شهاب (٥) والقضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام
والبرص سنة (٦) .

ثانيا : وروى بن ابن شهاب ايضا انه قال : سمعت سعيد بن
المسيب يقول في العصبية في كل داء عضال (أي شديد) نحو الجنون
والجذام والبرص سنة (٧) .

-
- (١) المنتقى (شرح الموطأ) ١٧٣/٤ .
 - (٢) هو عبد الله بن وديع بن سلم القرشي : ١٣٥-٢٠٤ (شجرة النور
الزكية / ٥٨) .
 - (٣) لم أشرطى ترجمته .
 - (٤) المدونة ٢٤٨/٤ ، ٣٥٧ .
 - (٥) هو محمد بن مسام بن عبيد الله بن شهاب الزهري . توفي : ١٢٤ (طبقات
الغياث / ٦٤) .
 - (٦) المدونة / ٤ / ٣٥٧ .
 - (٧) المدونة / ٤ / ١٥٧ .

ثالثا : وروى أبو الزناد (١) عن أبيه أن رجلا اشترى عبدا من أعرابي فوطك العبد (الوطك الالم الخفيف) في عهدة الثلاث فمات عنده فرفع الامر إلى أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز فقضى بأنه من البائع (٢) .

وأما المتأخرون من المالكية فانهم استدلوا على مشروعية العهدة بالحديث كما اشار اليه ابن رشد وابوالوليد الباجي (٣) وهو ما رواه الحسن البصري عن عقبه بن عامر الجهني عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " عهدة الرقيق ثلاثة أيام " (٤) . ورواه ايضا عن سمرة بن جندب الغزاري (٥) . وفي رواية : لا عهدة بعد أربع (٦) وفي رواية البيهقي : عهدة الرقيق أربعة أيام . (٧)

— ملاحظة : —

فهذه الروايات تنفي العهدة بعد أربعة أيام قطعا . لان " لا " للنفي وقد سبق ان مالكا رحمه الله استدل على مشروعية العهدة بعلم أهل المدينة . ويقضى ذلك أن المالكية شفقون على جواز العهدة الاولى وهي ثلاثة أيام ، ومختلفون في عهدة السنة ، الا أن هذا الخلاف لم يرد في كتبهم ، وكلهم مشوا على مذهب الامام واهتموا بتفصيل العهدة بعين دون تعرض لذلك .

-
- (١) هو عبد الله بن زكوان . وكان كنيته ابو عبد الرحمن وطلب عليه ابو الزناد توفي : ١٣٠ هـ (طبقات الفقهاء / ٦٥) .
(٢) المدونة / ٤ / ٣٤٩ . الفواكه الدواني / ٢ / ١٤٣ .
(٣) بداية المجتهد / ٢ / ١٧٥ ، المنتقى (شرح الموطأ) / ٤ / ١٧٤ .
(٤) رواه ابوداود / البيوع / باب عهدة الرقيق .
(٥) رواه ابن ماجه / التجارات / باب : ٤٤ .
(٦) رواه ابن ماجه / التجارات / باب : ٤٤ . واحمد بن حنبل / ٤ / ١٤٣ .
(٧) رواه البيهقي / ٥ / ٣٢٣ .

مناقشة الأدلة والترجيح :

نوقشت أدلة القائلين بالعهد كما يلي :

أولا : أن لم يصح أي أثر في العهدة عند الجمهور . فقال الشافعي رحمه الله فيما رواه عن ابن جريح أنه قال : سألت ابن شهاب عن عهد فالسنة والثلاث فقال : " ما علمت فيها أمرا سالفا " (١) .

ولم يقل بها أحمد أيضا لضعف الحديث حيث قال الخطابي : " وضعف أحمد بن حنبل عهد الثلاث في الرقيق وقال : " لا يثبت في العهدة حديث " (٢) .

وقال ابن المنذر : " لا يثبت في العهدة حديث صحيح . والحسن لم يلق عقبة واجماع اهل المدينة ليس بحجة . والداؤد الكامن لا عبرة به . وانما النقص بما ظهر لا بما كمن " (٣) .

أما الحديثان اللذان استدل بهما القائلون بالعهد فكلاهما معلول عند اهل العلم فان في سندهما الحسن البصري وهو مختلف في سماعه عن سمرة وعن عقبة .

فقال البيهقي : " مدار هذا الحديث على الحسن عن عقبة بن عامر وهو عرسل . قال علي المديني : " ولم يسمع الحسن عن عقبة بن عامر شيئا " (٤) قاله أيضا أبو داود (٥) .

-
- (١) المجموع ١٢/١٢٦ .
 (٢) المعالم المعتبرة ١٥٧/٥ ، المغني ٤/١١٤ .
 (٣) المغني ٤/١١٤ .
 (٤) سنن البيهقي ٥/٣٢٣ .
 (٥) سنن أبي داود / البيوع باب عهد الرقيق .

وقال الرازي في كتابه الجرح والتعديل : " ولم يصح له السماع من جندب . . . ولا من عقبه بن عامر (١) . كذلك وقع الاضطراب في متنه كما وقع في اسناده لانه مرة قال : عهدة الرقيق ثلاثا بام واخرى قال : لاعهدة بعد أربع . (٢)

ثانيا : ولو صح هذا الحديث فيجب ترك العمل به لانه مخالف للف للاصول . وذلك لان المسلمين اجمعوا على أن كل مصيبة نزلت على النبي بعد القحى فهي من المشتري . فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت وهو لم يثبت . (٣)

...

وقد تبين بمناقشة الادلة أن الاصح في سألقالعهدة هو ما ذهب اليه الجمهور وهو عدم ثبوت العهدة . لان الواجب على البائع انما هو تسليم المبيع عليه سالما . وليس من العدل ان يضمن بعد ذلك ما حدث في عهدة المشتري .

...

(١) كتاب الجرح والتعديل ٤١/٣ .
(٢) ابوداود / البيهقي / الباب المذكور . ومعالم السنن ١٥٧/٥ .
(٣) بداية المجتهد ١٧٦/٢ .

المبحث الثالث

ما يمتنع به السرد

وفيه خمسة مطالب :

- المطلب الاول : الزيادة .
المطلب الثاني : حدوث عيب آخر .
المطلب الثالث : تفريق الصفقة .
المطلب الرابع : زوال الطك .
المطلب الخامس : كيفية الرجوع بالأرض

— التمهيد :

وقد يمتنع الرد بمانع من موانع الرد لتعلق به حق الشرع
أو حق البائع كحصول الزيادة المتصلة في المبيع عند المشتري ، أو حدوث
عيب آخر أو يكون في الرد تفريق الصفقة على البائع ، أو يزول ملك المبيع
من المشتري . فإذا امتنع الرد بأي شيء كان تعيين الرجوع بالأرض على
البائع ، ليدفع ضرر العيب عن المشتري . ونذكر هذه الموانع والأرض في
المطالب التالية بالتفصيل :

...

المطلب الأولالزيادة

والمراد بها النماء الحاصل في ذات المبيع كسمن الدابة ونضج اللحم
أو ما يزيد المشتري عليه كصنع الدار أو السيارة وتصليحها .
وهي ما تسمى بالخراج أو الغلة .
والزيادة الحاصلة في المبيع إما أن تكون متصلة وإما منفصلة ، وكل منهما
إما أن تكون متولدة من الأصل وإما غير متولدة منه ، فهذه الأقسام من المبيع
ما يمنع الرد ومنها ما لا يمنع ونذكرها بالتفصيل :

أ - الزيادة المتصلة :

ويراد بها ما لا يمكن أفرادها عن المبيع لاتصالها به كسمن الحيوان
والصنع في الثوب ونحوه (١) ولا ينفك عنه ، وتتبع للأصل في العقود والفسوخ (٢) .
وإذا حصلت تلك الزيادة المتصلة ثم أطلع المشتري على عيب كان بالمبيع
قبل القبض ، فهل له أن يرده أو يمنع الرد بسبب الزيادة ؟
وإذا رضى المشتري برد المبيع مع هذه الزيادة دون أن يطالب بشيء
من البائع فالواجب عليه أن يقبله منه عند الشافعية (٣) لان الامتناع كسمن
لحق المشتري وقد أسقطه فلم يبق مانع من الرد .

(١) حاشية الجمل على شرح المنهاج ١٥١/٣ ، حاشية البجيرمي ٢٦٤/٢

(٢) الشرح الكبير / ابن قدامة / ٨٧/٤ ، اطاعة الطالبين ٣٧/٣ ،

البجيرمي ٢٦٣/٢ .

(٣) المجموع ٢٥٤/١٢ .

وبه قال أحمد في رواية عنه لأنها زيادة لانقص فلا تمنع الرد .

وعنه : ليس له الرد وإنما يرجع بأرث القديم لاغير . (١)

أما إذا طالب المشتري بقيمة ما زاد عليه :

ان رضى البائع . فقال احمد : له ان ياخذ ذلك (٢) لأنها شيء من

ماله .

وعند الشافعية قولان على ما حكاه ابن سريج :

احدهما : ليس له ذلك لان الزيادة أثر لا عين .

والثاني : له ذلك لأنها عطل في مقابلة هو غير عادة .

وقال الرواياني : وهذا اصح عندي ، ولا يجوز غيره (٣) .

وان لم يرغ البائع ان يدفع هذه الاجرة :

قال احمد لا يجبر على قبوله لان هذه معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها .

كسائر المعاوضات (٤) فتعين ارش القديم لا تمنع الرد . وهو قول الشافعية (٥) .

وأما عند الحنفية والمالكية :

فالزيادة المتصلة عندهم قسمان : متولدة من الاصل وغير متولدة منه .

١- المتولدة من الاصل : وهي كسمن الحيوان وكبره ، ونضج الثمر ونحوه :

(١) المغنى ٤/١٢٧ .

(٢) غالمغنى ٤/١٢٧ .

(٣) المجموع ١٢/١٩٨ .

(٤) المغنى ٤/١٢٧ .

(٥) المجموع ١٢/١٩٨ .

(٦) بداية المجتهد ٢/١٨٧ ، مقدمات ابن رشد / ٥٧٢ .

قال الحنفية : انها لا تمنع الرد بالعيب القديم سواء حصل قبل القبض أو بعده لانها تابعة للاصل حقيقة لقيامها به فكانت مبيعة تبعاً . والضابط : ان ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ " لان الفسخ يرفع العقد في الاصل مقصوداً وفي الزيادة تبعاً له (١) .

وعند المالكية في ذلك ثلاثة اقوال :

وقيل : ان شاء رد وان شاء أمسكه ولا شيء له من الارش .

وقيل : ان شاء رده وان شاء أمسكه وله ان يرجع بقيمة نقصان العيب .

وقيل : يمنع الرد ويجب اسأكه ، وله أن يرجع بأرش العيب (٢) .

٢- غير المتولدة من الاصل بل حصلت هذه الزيادة بصنع المشتري كالصبغ والخيطة :

وهي عند الحنفية تمنع الرد بلا خلاف لانها ليست تابعة للاصل بل هي

نفسها اصل . ولان المشتري اما ان يرد الاصل وحده واما مع الزيادة .

ولا يمكن رد الاصل وحده لتغذر الانفصال عنها . وكذلك لا يجوز رده مع

الزيادة لان المشتري صار قابضاً باحداث الزيادة فالعقد بعد القبض

يمنع الرد (٣) .

واما عند المالكية ففي ذلك قول واحد وهو ان المشتري ان شاء أمسكه

ويرجع بقيمة العيب وان شاء رده وبأخذ قيمة ما زاد عليه لانه اخرج ماله

فيه فلا يذهب بلا شيء (٤) .

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٨٥/٥ ، فتح القدير ٣٦٨/٦ .
 (٢) مقدمات ابن رشد ٥٧٢/٥ ، انظر الشرح الكبير / ابوالبركات / ١١٤/٣ ،
 الخرشي ١٤١/٥ ، بداية المجتهد ١٨٧/٢ .
 (٣) بدائع الصنائع ٢٨٥/٥ ، فتح القدير ٣٦٨/٦ .
 (٤) مقدمات ابن رشد ٥٧٢/٥ ، انظر: الشرح الكبير ١١٤/٣ ، الخرشي
 ١٤١/٥ ، بداية المجتهد ١٨٧/٢ .

ب - الزيادة المنفصلة :

ويراد بها ما يحصل في البيع ويمكن افرازه منه بغير فساد كتصريات
الاشجار واللبن والنتاج واصواف الفخم ونحوها . وهي قسمان : متولدة من
الاصل وغير متولدة منه :

- المتولدة من البيع :

وهي كاللبن والصوف والثمرة وولد الحيوان ، فاذا حصل ذلك ثم
اطلع على عيب في البيع واراد ان يرده على البائع فهل يرد هذه الزيادة
أم لا ؟

للفقهاء فيه قولان :

القول الاول :

ان المشتري يرد الاصل وتكون الزيادة للمشتري . وهو رواية عن
أحمد ، وهو المذهب عند الحنابلة لانه نما^(١) منفصل فجاز رد الاصل بدونها .
وبه قال الشافعي رحمه الله ان لم يكن الاصل قد نقص بذلك والا فليس له رد
الاصل لا يقع البائع في الضرر^(٢) سوا^(٣) كان ذلك قبل القبض او بعده طسى
الاصح^(٣) .

وكذلك قال به مالك رحمه الله ان لم تكن الزيادة من جنس الاصل وان كان
من جنسه كولد الحيوان فلا يفرق بينهما في الرد^(٤) . لان الولد لم يدخل فسى

(١) الشرح الكبير/٤/٨٧ ، المغنى ٤/١١٠ .

(٢) المجموع/١٢/٢٠٤ .

(٣) مغنى المحتاج ٢/٦٣ .

(٤) شرح الحطاب ٤/٤٦٢ .

العقد فلا يدخل في الفسخ .

والقول الثاني :

ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد ، وهو رواية اخرى عن أحمد (١) وهو قول الحنفية ان حصلت الزيادة بعد القبض لا نهان ردها . تكسبون ربا . لانها مبيعة تبعاً لان حكم الاصل ثبت فيها تبعاً له فلو فسخ العقد ففسى الاصل دون الزيادة لبقيت الزيادة بيد المشتري بلا عوض فهذا ربا .

وانا ردها مع الاصل لا يجوز ايضاً لان البائع يربح ربح مالم يضمن لانه حصل في ضمان المشتري فالربح دون ضمان ربا (٢) .

وانا لم يجر هذا ولا ذاك بقي ان المشتري يمسك الاصل مع الزيادة ويرجع بنقصان العيب القديم على البائع .

اما الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الاصل كالكسب وسكنى الدار فان ذلك لا يمنع الرد فاذا رد الاصل تكون الزيادة للمشتري بسلا خلاف كما جاء في المجموع : " فكل ما حصل من ذلك فللمشتري ان يأخذه ويرد المبيع وحده ويسترجع جميع الثمن قولاً واحداً لا خلاف في ذلك " (٣) لانها ليست بمبيعة لعدم ورود العقد عليها فلا تتبع الاصل في الفسخ (٤) .

(١) المغنى ٤/ ١١٠ ، الشرح الكبير / ابن قدامة ٤/ ٨٧ ، المقنع / ٤٥/٢

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٦ .

(٣) المجموع ١٢/ ٢٠٢ ، انظر : كشاف القناع ٣/ ٢٢٠ ، المقنع ٢/ ٤٥ .

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٦ ، فتح القدير ٦/ ٣٦٨ ، تبين الحقائق ٤/ ٣٥ ، البحر الرائق ٦/ ٥٦ .

أما الدليل على ذلك :

فقد تقدم ان الزيادة الحاصلة في المبيع تكون للمشتري بعد الرد ان لم تكن في ردها معه ضرورة كاتصالها به . ويدل على ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الخراج بالضمان " وذلك أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده . فقال البائع : فلة مهدى : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمان " (١) .

والخراج بالفتح أريد به ما يخرج ويحصل من فلة العين المشتراة وهذا كان أو غيره وذلك بان يشتريه فيستغله زمانا ثم يحتر منه على عيب كان فيه عند البائع فله رد العين المبيعة واخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله لان المبيع لو تلف فو يده لكان في ضمانه ولم يكن على البائع شيء والبياع متعلقة بمحذوف : تقديره : الخراج مستحق بالضمان اي بسببه اي ضمان الاصل سبب لطلب خراجه . وقيل : الباع للمقابلة . والتقدير : بقاء الخراج في مقابلة الضمان اي منافع المبيع بعد القبض تبقى للمشتري في مقابلة الضمان اللازم عليه بتلف المبيع (٢) .

وقد دل الحديث على أن الزيادة الحاصلة في المبيع بعد القبض فهي للمشتري ان لم تكن متصلة به بحيث لا تنفرد عنه الا بفساد الاصل .

...

(١) رواه المترمذى في البيوع / ٥٣ . وقال هذا حديث حسن صحيح . ابوداود البيوع / ٧١ . ابن ماجه / التجارات / ٤٣ ، النسائي / البيوع / ١٥ ، احمد بن حنبل ٤٩ / ٦ .
(٢) النسائي / البيوع / ١٥ (بالهامش) .

المطلب الثاني

حدوث عيب آخر

ان من شروط الرد أن يكون الصبي على الصفة التي كان عليها عند القبض . فاذا كانت كذلك بعد حدوث عيب آخر عند المشتري فهل له أن يرده أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الاول :

ذهب الحنفية الى أن العيب الحادث مانع من الرد . فليس للمشتري الا أن يرجع على البائع بنقصان العيب القديم . لان البائع سلم العيب اليه ^{عيبا} واحد فالان يعود اليه بعيبين فيتضرر ، فامتنع الرد لدفع ذلك للضرر منه فاذا تعذر الرد تصح الارش وهو قيمة نقصان العيب (١) .
وبه قال احمد في رواية منه . وهو قول الثوري وابن شبرمة (٢) وكذا روى عن ابن سيرين والزهري والشعبي (٣) .

وكذا قال بالشافعية رحمه الله ان لم يكن حدوثه مستندا الى سبب متقدم على القبض . والا فلا يمنع من الرد على الاصح احالة على السبب (٤) .

وفي قول عند الشافعية :

حدوث العيب مانع من الرد ولو كان السبب قديما لان المشتري

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٨٣/٥ ، الهداية ٣٧/٣ ، المحرر الرائق ٥١/٦ ، مجمع الانهر ٤٥/٢ .
(٢) ولد : ٧٢ هـ . تفقه بالشعبي وتوفى : ١٤٤ هـ (طبقات الفقهاء ٨٤/١) .
(٣) الصغرى ١١٢/٤ .
(٤) نهاية المحتاج ٣٤/٤ وما بعده .

والله اعلم

بما نزل به من الحق

والله اعلم

بما نزل به من الحق

قد تسلط على التصرف بالقبض فدخل الصبيح في ضمانه . لأنه لو كان
في ضمان البائع لادى ذلك الى توالى الضمانين (١) فتصرف المشتري في
الصبيح بعد أن دخل في ضمانه مانع من الرد .

— القول الثاني :

ذهب الإمام مالك الى أن حدوث العيب لا يمنع من الرد
بالعيب بل المشتري غير : ان شاء رده ورد معه ارش الحادث ، وان شاء
أسكه ويأخذ ارش العيب القديم من البائع (٢) وهو رواية اخرى من
أحمد (٣) .

...

رضا البائع بالعيب الحادث :

فاذا رضى البائع بالصبيح مع العيب الحادث : فاذا أسكه المشتري
فلا ارش له من العيب القديم . كما لا شيء عليه بسبب العيب الحادث ان
رده . لان الامتناع كان لحقه ، فرضى به فقد زال موجب الامتناع (٤) .

هذا كان لحق البائع ، وقد يمتنع الرد لحق الشرع ايضا ، كما لو
اشترى عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم به فلا يجوز الرد ولو
رضى به البائع لما فيه من بيع الخمر وتملكها (٥) . ومعروف ان بيع الخمر

-
- (١) نهاية المحتاج ٣٤/٤ .
(٢) الفواكه الدواني ١٢٢/٢ ، القوانين الفقهية ٢٢٩/ .
(٣) المغنى ١١٣/٤ .
(٤) الهداية ٣٧/٣ ، تبين الحقائق ٣٤/٤ ، المهذب ٢٩٢/١ ،
الفواكه الدواني ١٢٢/٢ .
(٥) فتح القدير ٣٦٥/٦ .

حرام بالاتفاق ان كان مقصودا (١) وان كان غير مقصود كما لو كان ثمنا ففى البيع ففى فساد البيع تفصيل عند الحنفية (٢) .

وكذا لو كان المبيع قماشاً فخطاه ثم اطلع به على عيب قديم فلا يجزم الرد هنا لحق الشرع كيلا يلزم الربا من الزيادة (٣) .

...

— زوال العيب الحادث : —

فاذا زال العيب الحادث فالقديم يوجب الرد لان المانع قد زال . واذا رد المشتري فلا يلزم عليه شئ* بسبب العيب الحادث لعدم نقص فى البيع عند الرد لانه يرد كما أخذ (٤) .

— فرع : —

وان كان حصول العيب الحادث ضروريا كما لو كان المبيع مما لا يطلع على القديم الا به ككسر الجوز واللوز والميض والرمان والبنساق والفسق والبطيخ والقطا* ويلحق بها الفواكه (٥) والمعلبات الخدائيس وغيرها فهل هذا مانع من الرد أم لا ؟

-
- (١) كشف القناع ١٥٢/٣ ، المهذب ٢٦١/١ ، والقوانين ٢٧٢/٠
 (٢) الهداية ٤٣/٢ .
 (٣) تبين الحقائق ٣٤/٤ .
 (٤) الدرر/ ملاحظه ١٦٦/٢ ، كشف القناع ٢٢٢/٣ .
 (٥) البحر الزايق نقلا عن المعراج ٦٠/٦ .

قبل أن نتكلم عن امتناع الرد وعدمه نبحث هل خيار العيب يثبت
هنا أم لا ؟

ذهب الجمهور إلى أن المشتري لو وجد لب الجوز ونحوه فاسدا
ثبت له الخيار بخلاف المالكية فانهم قالوا ان ما يستوى البائع والمشتري ففسق
جهله فلا رد به للمشتري كما جاء في التاج والاكيل نقلا عن المدونة :

" قال ابن القاسم : كل ما يبيع من غير الحيوان وفي باطنه عيب ممن
أصل الخلقة يجهله المتبايعان ، ولا يعلم بعيبه الا بعد الشق أو الكسر
مثل الاخشاب وشبهها فيجد المتاع في داخلها عيبا باطنا فهو لازم ولا شيء
على البائع من رد ولا قيمة عيب " (١) . وقال الخرشي : " سواء كان حيوانا
أو غيره " (٢) .

وبناء على هذا الاصل لا يثبت خيار العيب للمشتري في الجوز ونحوه
لما ان البائع والمشتري يستويان في جهل العيب . الا اذا كان يثبت
عادة او اشترط المشتري عدمه فيعمل به لان المعروف عرفا كالمشروط
شرطا (٣) .

والراجح هو قول الجمهور وهو ثبوت الخيار للمشتري سواء علمه
البائع او جهله لان الاصل في المعقود عليه سلامته من العيوب فاذا فسدت
ذلك ثبت الخيار للمشتري لدفع الضرر منه .

-
- (١) التاج والاكيل ٤/٤٣٤ .
(٢) الخرشي ٥/١٣٠ .
(٣) الشرح الصغير ٣/١٣٨ ، الخرشي ٥/١٣٠ ، التاج والاكيل
مع شرح الحطاب ٤/٤٣٤ .

سرد هذه الاشياء بالعيب :

ولو وجد المشتري بعد الكسر او القطع انه لا ينتفع به اصلاً
ولو علف للحيوان : بطل العقد لوروده على المبيع بطل فيرجع المشتري
على البائع بجميع الثمن . (١)

ولو كان ينتفع به كالعلف او الوقود ونحوه ففي رده تفصيل عن
المذاهب :

- فعند الشافعية على ثلاثة اوجه :

القول الاظهر : يرد على البائع بدون ارش الحادث وهو الكسر
ونحوه لان البائع قد سلطه عليه بالمبيع . فكأنه فعله بنفسه .
وقيل : يرد معه ارش الحادث رطية للجانبين .
وقيل : يمتنع به اصلاً لحدوث عيب جديد ويرجع المشتري بارش القائل (٢)
- وعند الحنابلة :

ان شاء ربه المبيع ورد معه ارش الحادث وان شاء أمسكه وبأخذه
ارش القديم (٣) .

وعند الحنفية : ينظر :

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٨٤/٥ ، مغني المحتاج ٦٠/٢ ، كشاف القناع /
٢٢٤/٣ .
(٢) مغني المحتاج ٦٠/٢ .
(٣) كشاف القناع ٢٢٤/٣ ، شرح منتهى الإرادات ١٧٩/٢ .

١ - ان كان أكثر المبيع فاسدا : قال ابو حنيفة رحمه الله ان البيع فاسد ويرجع على البائع بجميع الثمن لانه ظهر ان العقد وقع على متاع اكثره فاسد فاذا فسد في ذلك القدر فسد في الباقي (١) .

وقال ابو يوسف ومحمد : البيع صحيح بحصة الصحيح . وقال فـ فتح القدير : " وهو الاصح " (٢) .

وجبه قول الامام : ان هذا العقد كانه جمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة فاذا فسد في الحر فسد في العبد .

ووجه قولهما : انه بمنزلة ما لو أنه فصل ثمن كل من أجزاء المبيع فكان كل ما يقابل من الثمن معلوما في الصحيح والفاسد . فاذا كان ثمن الصحيح معلوما فلما منع من صحة العقد في الجزء الفاسد من المبيع (٣) .

وطى قولهما : فالمشترى يرد المجهوب ويمسك الصحيح بحصته .

٢ - واما ان كان أكثر المبيع صحيحا وقليله فاسدا فكذا في القياس بطريق البيع . اما في الاستحسان فيصح البيع في الكل ، وليس للمشتري الرجوع ولا الرجوع بالارثن لان قليل الفساد في مثل هذه الاغراض لا يمكن التحرر منه عادة فيلتحق ذلك القدر بالعدم (٤) .

(١) بدائع الصنائع ٢٨٤/٥ .

(٢) حاشية ابن طهدين ٢٦/٥ .

(٣) تبين الحقائق ٣٧/٤ ، حاشية ابن طهدين ٢٦/٥ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٨٤/٥ .

— حد القليل والكثير هنا :

قال في النهر : والقليل ما لا يخلو منه الجوز طارة كالأحد والآخر
 في المائة . كذا في الهداية .
 وقال السرخسي : عفو يعني في المائة .
 وفي البحر . تحليل : الثلاثة وما دونها في المائة . والكثير
 ما زاد عليه .
 وفي الفتح : وجعل الفقيه أبو الليث (١) الخمسة والستة في المائة
 من الجوز عفو (٢) .

...

ولعل تركها لا مر إلى العرف أحسن من تحديده بالثلث أو الربع
 لاختلاف الاعتبارات من بلد إلى بلد ومن صبيح إلى صبيح .

...

(١) هو أبو الليث السمرقندي الملقب بإمام الهدى . توفي : ٣٧٣ (الإعلام

٠ (٣٤٨/٨)

(٢) حاشية ابن عابد بن ٢٦/٥ .

المطلب الثالث

تفريق الصفقة

إذا اشترى المشتري شيئين صفقة واحدة ثم رأى في أحدهما عيباً وأراد أن يمسك ما يكون سالماً، ويرد المعيب فلا يخلو الأمر من أن يكون مسمى لكل واحد ثمناً ولم يسم .

فإن كان قد سعى لكل منهما ثمناً عند العقد فلا خلاف بين العلماء في أن المشتري له أن يرد المعيب وحده ويمسك السليم لأن كل واحد منهما صفقة فلم يكن تفريق الصفقة على البائع (١) .

أما إذا لم يسم ثمن كل منهما هل له أن يرد المعيب ويمسك السليم اختلفوا في ذلك :

فقال أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه أنه ليس له إلا أن يردهما معاً أو يمسكهما معاً فإذا أمسكهما فله أن يرجع بارش العيب على البائع (٢) وهو القول إلا ظهر عند الشافعية سواه^١ كان ذلك قبل القبض أو بعده ، وسواه^٢ كانت قيمتهما متساوية أو مختلفة (٣) وقال القاضى أبو الطيب (٤) والرويانى : " أنه ظاهر المذهب ، وهو الضموص عليه في الامم في كتاب الصلح " (٥) لأن التفريق يمنع رد المعيب وحده لأنه

(١) بداية المجتهد ١٧٧/٢ .

(٢) المغنى ١٢١/٤ .

(٣) المجموع ١٧١/١٢ .

(٤) هو محمد بن المفضل من فقهاء الشافعية ، المتوفى سنة ٣٠٨ هـ ، (طبقات الفقهاء / . . . بالهامش نقلاً عن ابن خلفكان ٣/٣٤٣) .

(٥) المجموع ١٧١/١٢ .

الحاق الضرر بالبايع بتفريق الصفقة من غير ضرورة (١) .

وقال أحد في رواية أخرى منه انه مخير ان شاء رد المعيب وحده ، وامسك الصحيح ، وان شاء رد الجميع لانه لا ضرر فيه بالبايع (٢) وهو القول الثاني للشافعي رحمه الله (٣) .

وقال المالكية ان كان المعيب وجه الصفقة بأن تكون قيمة المعيب تستغرق نصف الثمن أو أكثر أو اشتراه لاجله وان لم يستغرق نصفه فليس له أن يرد المعيب وحده وانما هو مخير ان شاء رد الجميع وبأخذ الثمن وان شاء أمسك الجميع . ولا أرش له . وخالف الحنابلة في ذلك فقالوا ان أمسكها فله الا رش كما سبق .

وأما ان كان ليس بوجه الصفقة فله ان يرده بحصته من الثمن (٤) .

وصورته : ما اذا اشترى عشرة أثواب بمائة ، فان كان المعيب في ثوب او ثوبين الى خمسة فله رد المعيب وحده ويسترد حصته من الثمن . اما اذا بلغت قيمة المعيب اكثر من نصف الثمن فليس له رد المعيب بحصته بل يتحين رد الجميع لانه لا يجوز امسك الصحيح واكثره معيب (٥) .

أما الحنفية فعندهم تفصيل آخر في ذلك . وهو ان الرد هنا لا يخلو اما أن يكون قبل القبض او بعده .

-
- (١) مخني المحتاج ٦٠/٢ .
 (٢) المخني ١٢١/٤ .
 (٣) المجموع ١٢١/١٢ .
 (٤) بداية المجتهد ١٧٧/٢ ، كتاب الكاف ٧١١/٢ ، شرح الحدائق ٤٥٩/٤ ، الشرح الكبير ١٢٠/٣ .
 (٥) الخرشني ١٤٧/٥ .

فان كان قبل القبض ينظر:

ان كان المبيع بالذي لم يقبض فلا خلاف بينهم ان المشتري مخير ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ردها وليس له ان يرد المبيع وحده بحصته لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها فان الصفقة لا تتم الا بقبضها (١) فتفريق الصفقة قبل تمامها باطل للضرر على البائع ودفع الضرر واجب ما أمكن (٢).

أما اذا كان المبيع بالذي تم قبضه اختلف الحنفية في ذلك على قولين : والاصح (٣) انه اما ان يأخذها معا واما ان يرد لها محسبا لان تمام الصفقة متعلق بقبض المبيع كله وهو لم يقبض بعد بحضه فلم تتم الصفقة ، وذلك كبيع المبيع لاستيفاء الثمن فلا يرفع الحبس الا بعد قبض الثمن بكامله حتى ولو بقي درهم كان لصاحب الحق ان يحبسه .

وروى عن ابي يوسف انه يرد المبيع خاصة لان الصفقة قد تمت في المقبوض (٤) .

وان كان الرد بعد القبض :

فانه يرد المبيع خاصة عند الحنفية خلافا لغيره قال : يرد الجميع او يمسك الجميع وليس له رد المبيع وحده كما كان قبل القبض لان في نفسه تفريق الصفقة على البائع ، والتفريق لا يعرى عن الضرر . وذلك فان صادرة

(١) الهداية ٤٠/٣ ، البحر الرائق ٦٩/٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٨٧ .

(٣) البحر الرائق ٦٨/٦ .

(٤) فتح القدير ٦/٣٨٧ .

الناس ان يضم الجيد الى الردي لترويج الردي فاذا فرق بين الردي والجيد فلا يرغب في الردي فيتضرر الهائخ . وقال ايضا ان خيار العيب يمنع تمام الصفقة كخيار الرؤية والشرط والتفريق قبل تمامها باطل .

— وأجيب :

بأن خيار العيب ليس كخيار الرؤية والشرط فانه لا يمنع تمام الصفقة بخلافهما لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبته العقد ، فلكون الصفقة قد تمت بالقبض في خيار العيب فالتفريق بعد التمام جائز شرعا (١) .

...

— تفسير الصفقة في المكيلات والموزونات :

ولو اشترى قمحا فوجد بعضه معيبا فهل له ان يرد بعضه ؟ قال الحنفية : ان كان القمح من جنس واحد لم يفرق بين المعيب والصالح : اما أن يمسكه جميعا واما ان يرد جميعا لانه يعتبر كشئ واحد اسما وحكما سواء كان في وطء واحد او اكثر على الاظهر (٢) لان العالمة والتقويم في المكيلات باعتبار الاجتماع لا باعتبار الاحاد . فلا تقوم جهات القمح على الانفراد طاعة فكان كشئ واحد كتوب ومساط ولذلك سمي باسم واحد كالكر والوسق والبصرة . فليس للمشتري ان يرد البعض المعيب ويأخذ البعض الاخر السليم كما لا يجوز له ان يرد بعض الثوب (٣) سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده (٤) .

(١) الهداية ٤٠/٣ ، فتح القدير وشرح العناية ٣٨٧/٦ .

(٢) شرح العناية ٣٨٨/٦ .

(٣) فتح القدير ٣٨٨/٦ ، تبين الحقائق ٤١/٤ .

(٤) تبين الحقائق ٤١/٤ ، حاشية ابن طهدين ٣٨/٥ .

ما هو الحد الفارق بين أجناس القمح ؟
والنبايط في ذلك أنه ان تفاوتت في الثمن والعجين فيها جنسان
كعنتلة صحيدية وحريرة والا فهو جنس واحد (١) .

وقيل بمقابل الاظهر : ان كان القمح في وطءين احدهما معيب
والاخر صحيح فالمشترى ان يرد المعيب وحده ولو من جنس واحد (٢) .

وقال ابن طيدين نقلا عن العلامة قاسم : هذا القول أرفق وأقبح (٣)

— أما رأى النا فعية في ذلك :

فلا صل فندهم أن المتاع ان كان ما لا يكال ولا يوزن فوجد المشتري
ببعضه فيها فليس له ان يرد المعيب وحده . وان كان ما يكال ويوزن فهو
مخير ان شاء اخذ الجيد بخصته ورد الرديء (٤)

وقال المالكية : ان كان المبيع من المثليات لزم المبيع فلا رد له . لأنه
يرجع بمثل الموصوف او المثلئ لانه يكون في الذمة (٥) .

أما التفريق فيما لا يمكن الانتفاع باحدهما دون الاخر كخفين او نعلين
او موارين لجري العادة فيها فليس للمشتري ان ياخذ السلم ويرد المعيب
اتفاقا لان الزوجين هنا كشيء واحد في المعنى وفي المنفعة .

-
- (١) حاشية ابن طيدين ٥/٣٩ .
(٢) الهنداية ٣/٤٠ ، تبين الحقائق ٤/٤١ .
(٣) حاشية ابن طيدين ٥/٣٩ .
(٤) المجموع ١٢/١٢٠ .
(٥) الشرح الصغير ٣/١٨٤ .

ولو اشترى رجل مالا من اثنين فوجد به ميا فله رد نصف المبيع
على أحد البائعين ، لانه يرد عليه جميع ما باعه ، فالصفقة تتعدد بتعدد
البائع فلا يكون الرد على أحدهما تفريقا للصفقة (١) .

...

(١) الانصاف ٤/٢٨ ، كشف القناع ٣/٢٢٥ ، المجموع ١٢/١٨٦ ،
حاشية المدسوق ٣/١٢٢ .

المطلب الرابعزوال الملك

وإذا زال ملك المبيع من المشتري حسا كالموت أو الضياع ، أو شرفا
كما لو باعه أو وهبه أو وقفه ، أو لم يزل ملكه لكنه تعلق به حق للتغيير
كالإجارة والرهن والاطارة وكل ذلك مفوت الملك . فإذا فات ملكه
ثم اطلع على هيب كان به فعمل له ان يرد المبيع أم ليس له ذلك ؟ نذكرها
بالتفصيل .

زوال الملك حسا :

ولو زال ملك المبيع حسا كنبوت الحيوان أو احتراق الثوب والدار ،
ونحوها . ثم علم بأنه كان به هيب ، امتنع الرد بلاخلاف (١) لأنه لم يسبق
وجود للمعتود عليه بفتح عين الارش على البائع لان المشتري ليس ممن
الرد (٢) . وقال طحاوي بن أبي رباح : لا يرجع في الموت بشئ (٣) أي لا يرجع
عليه بالارش .

زوال الملك بالاتلاف :

وقد يزول الملك بالاتلاف كما لو كان المبيع طعاما فأكل كله أو بعضه
ثم تيقن انه كان به هيب :

قال الطحفي رحمه الله : يرجع بأرش العيب لأنه لم يرش به ، ولا يسقط
الارش كما لو تلف بأفة سداوية (٤) . وبه قال أبو يوسف ومحمد لان المشتري

-
- (١) المجموع ١٢/٣١٠ .
(٢) الهداية ٣/٣٧ ، تبيين الحقائق ٤/٣٦ ، المجموع ١٢/٣١٠ ،
الانوار ١/٣٥٠ ، الشرح الصغير ٣/١٤٤ ، الخرشي ٥/١٣٨ ،
كشاف القناع ٣/٢٢٢ ، العدة شرح العدة ٢٣٠/٠ .
(٣) بداية المجتهد ٢/١٧٨ .
(٤) نهاية المحتاج ٤/٤٠ ، المجموع ١٢/٣١٢ .

عمل بالصبيح ما هو المقصود منه بالشراء والمعتاد فيه ، وهو أكل الطعام (١) .

وقال أبو حنيفة رحمه الله سقط الارشايضا لان الامتناع كان بفعل
المشترى كما لو كان الصبيح حيوانا فقتله (٢) وقال صاحب البحر الرائق : وهو
ظاهر الرواية (٣) .

وعلى هذا الخلاف اذا أكل بعض الطعام ثم علم بالصبيح فعند ايسر
حنيفة لا يرجع بشئ ، لانه ائلفه بفعله . وليس له ان يرد الباقي ايضا لانسه
تفريق الصفقة على البائع لان الطعام كشيء واحد .

وعندهما يرجع بنقصان الصبيح في الكل . وفي رواية ضمها : يرد ما بقى
لانه لا يضره التعميش في الطعام (٤) .

وقال زفر : يرجع بنقصان الصبيح في الباقي . أما اذا قبل البائع
ما بقى من الطعام بحصته من الثمن فله ذلك (٥) .

ما هو الراجح :

وقال في فتح القدير وفي الاختيار : والفتوى على قولهما (٦) . وقال
الطحاوى : وبه تأخذ (٧) .

-
- (١) الهداية ٣٢/٣ ، تبين الحقائق ٣٦/٤ .
(٢) الهداية ٣٧/٣ ، تبين الحقائق ٣٦/٤ ، الاختيار ٢٠/٢ .
(٣) البحر الرائق ٥٨/٦ .
(٤) الهداية ٣٧/٣ ، تبين الحقائق ٣٦/٤ ، البحر الرائق /
٥٩/٦ ، الاختيار ٢٠/٢ .
(٥) فتح القدير ٢٧٨/٦ .
(٦) فتح القدير ٢٧١/٦ ، الاختيار ٢٠/٢ .
(٧) مختصر الطحاوى ٨٠/ .

وكذلك لو باع بعض الطعام ثم اطلع على عيبه :
قال ابوحنيفة رحمه الله يمتنع به الرد لان الطعام كشيء واحد
فبيع البعض كبيع الكل فلا يرجع بشيء . وهو رواية عن الصحابين وفي رواية
عنهما : يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ويرجع بالارض فيما باع (١) .

والرواية الاخيرة اختارها صاحب فتح القدير حيث قال : " لو اشترى
دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مررد ما بقى ورجع بنقصان ما خبز . ثم قال :
هو المختار (٢) .

زوال الملك بالبيع والهبة ونحوهما :

اذا زال ملك المبيع من المشتري بان باعه قبل ان يطلع على عيبه
ثم اطلع عليه سقط حقه في الرد طال ما لم يعد ملكه اليه بلا خلاف لانه خرج
من يده فاما ان يرد عليه (٣) .

فان طاد الملك اليه بسبب هذا العيب او بغيره فهل له ان يرد عليه

البائع ؟

قال الشافعية : له ان يرد عليه من اشتراه منه سواء طاد اليه
بالقضاء او بالتراضي لان العقد ارتفع من أصله بالفسخ كما قال الفوراني (٤) :
" عندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله " (٥) . وهو قول المالكية في ذلك (٦) .

-
- (١) فتح القدير ٣٧٢/٦ .
(٢) فتح القدير ٣٧٢/٦ .
(٣) بداية المجتهد ١٧٨/٢ ، المغني ١١٩/٤ .
(٤) الفوراني بضم الفاء هو عبد الرحمن بن محمد المتوفى ٤٦١ هـ بصره
فقيه شافعي (الاعلام ١٠٢/٤) .
(٥) المجموع ٣٢٣/١٢ .
(٦) الطونة ٣٠٧/٤ .

وه قال الحنابلة ان لم يكن البائع طالما بالعيب والا فلا رد له (١) .
وقال الحنفية ان رد عليه بالتراضي فلا رد له على البائع لان الفسخ
بالرضا بيع جديد في غيرها ، وهو البائع الاول ، هذا لانه لا ولاية لهمسا
على غيرها بخلاف القاضي فان له ولاية طامة .

وان رد عليه بقضاء القاضي باقرار أو بينة أو باهامه يمين فله ان يرد
على من اشتراه منه لان الرد بالقضاء فسخ للعقد من أصله فينفسخ البيع
الاول والثاني فصاركأن لم يكن (٢) .

أما رجوعه عليه بالأرض :

فلو أراد المشتري أن يرجع على البائع بالأرض بسبب العيب السني
لم يطلع عليه قبل بيعه فهل له ذلك ؟

للمالكية ثلاثة أقوال في ذلك :

قال ابن القاسم : لا رجوع له بنقصان العيب - وهو الأرض - لاحتمال
عودة الملك اليه فاذا طرد رده . ومن المعروف
أن الأرض لا يصر اليه الا اذا تعذر الرد .
وقال ابن عبد الحكم (٣) : له الرجوع بالأرض لتعذر الرد .

(١) المخني ٤ / ١٢٠ .

(٢) الهداية ٣ / ٣٨ ، تبيين الحقائق ٤ / ٣٧ ، الاختيار ٢ / ٢٠ .

(٣) هو أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المتوفى ٢١٤ هـ ، فقيه مالكي

(شجرة النور الزكية / ٥٩) .

وقال أشهب (١) : ● باعه أقل ما اشتراه به بسبب العيب يرجع عليه
بالارش وبأخذه . وإن باعه بعثل ما اشتراه بسببه
أكثر فلا رجوع له لعدم الضرر (٢) .

...

ويبدو أن قول أشهب أوضح وأنسب لأن الخيار ثبت لدفع الضرر
عن المشتري فإن باع بعثل ما اشتراه به أو أكثر معنى ذلك أن العيب لم
يؤثر في القيمة فلا داعي للرد ولا فله أن يرده على البائع .

— زوال الملك بالهبة :

ولو وهب المشتري المبيع ثم علم أنه كان به عيب هل له أن يطلب
الارش من البائع ؟ — ومصرف ان الارش لا يطلب الا اذا تعذر الرد عند
غير الحنابلة كما مر .

قال الشافعية : ان كان المبيع على حاله ليس له أن يطلب الارش
لانه لم يبا من الرد وقد يعود اليه ويرده عليه لزوال المانع (٣) . وهو
رواية من أحمد (٤) وهو قال المالكية (٥) . وقال احمد في رواية اخرى : له
ان يرجع بالارش . وقال في المغني : وهي أولى لان امكان الرد ليس
بمانع من أخذ الارش (٦) .

-
- (١) هو أشهب بن عبد العزيز ، تفقه بمالك ، توفي ٢٠٤ هـ (طبقات
الفقهاء / ١٥٠) .
- (٢) بداية المجتهد ١٧٨ / ٢ ، ١٧٩ .
- (٣) مغني المحتاج ٥٦ / ٢ .
- (٤) المغني ١٢٣ / ٤ ، كشاف القناع / ٢ / ٢٢٢ .
- (٥) الشرح الصغير ١٤٤ / ٣ .
- (٦) المغني ١٢٣ / ٤ ، كشاف القناع / ٢ / ٢٢٢ .

أما عند الحنفية ان رد عليه بغير قضا :
قال أبوحنيفة وأبو يوسف لم يكن له أن يرده ، فإذا امتنع الرد تصون
الأرض . وقال محمد له أن يرده (١) .

أما ان كان الذهب أبا وذهب المبيع لولده الصغير ثم علم انه كان يسه
عيب فهل يرجع بالأرض لتعذر الرد أم لا يرجع ؟

المسألة مبنية على حق الرجوع في الهبة :

فالمدين قالوا به في الهبة قالوا انه لا يرجع عليه بشئ * لانه يمكنه
الرد بعد رجوعه . هذا عند غير الحنفية (٢) . وأما الحنفية فانهم قالوا :
لا رجوع في الهبة اذا ذهب لذي رحم محرم (٣) ويتخرج على ذلك ان المشتري
يرجع بالأرض عند الحنفية لان الرد قد تعذر بسبب الهبة .

إذا تعلق به حق للخير :

وقد لا يخرج المبيع عن ملك المشتري لكنه يتعلق به حق للخير كالأجارة
والرهن والأطارة فهذا يمنع من الرد مؤقتا فإذا طار الهه يرده على البائع
ان كان بحاله . وان حدث به عيب آخر يردده وورد معه أرض الحبيب الحسابات
كما ذهب اليه المالكية والشافعية (٤) .

...

-
- (١) البهنية ٣/٧٧ .
(٢) المجموع ١٢/٣٣٢ ، الضهاج (مع معنى المحتاج ٢/٤١) ، كتاب
الكافي ٢/١٠٠٤ ، المعنى ٦/٥٥ .
(٣) الهداية ٣/٢٢٨ .
(٤) شرح الخطاب ٤/٤٤٤ ، الشرح الصغير ٣/١٤٤ ، الخرشبي
١٣٩/٥ ، الأنوار ١/٣٥١ ، روضة الطالبين ٣/٤٧٦ .

المطلب الخامس
كيفية الرجوع بالأرض

معنى الأرض :

في اللغة :

ربة الجراهه

الأرض - بفتح الهمزة وسكون الراء - دية الجراهه . ومن ثم قسما
ابن الاثرابي : انتظر حتى تحقل ، فليس لك عندنا أرض الا السنة .

وقيل : الأرض : الخصومة والاختلاف لان المبيع يحتاج على أنه

صحيح فاذا وجد المشتري به عيبا وقعت الخصومة والاختلاف بينهما (١) .

وفي الشرع :

ذكر الفقهاء للأرض تعاريف عديدة :

- قال الغنابلي بأنه قسط ما بين قيمة المبيع صحيحا ومعيبا

ثمنه (٢) .

- وقال يحيى الشافعية : انه عبارة عن الشيء المقدار الذي يحصل

به الجسر من الطائت .

وقال الرافعي منهم : هو جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص

العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة (٣) .

- وقال الماوي من الطائفة : انه ميزان يعرف به نسبة النقص

في الثمن (٤) .

(١) تهذيب اللغة ٤٠٦/١١ .

(٢) شرح مفتي الارادات ٧٧/٢ ، كشاف القناع ٢١٩/٣ ، العمدة

شرح العمدة ٢٢٩/٠ .

(٣) المجموع ١٦٢/١٢ ، روضة الطالبين ٤٧٢/٣ .

(٤) حاشية الصاوي ١٦٩/٣ .

وقال ابن جزى : والارش قيمة العيب (١) ١/٢ .

والحاصل أنه ما نقصه العيب من قيمة المبيع يدفعه البائع الى المشتري لتدارك الضرر الذى نزل على المشتري بسبب العيب .
ولتدارك هذا الضرر طريقان :
الطريق الاول : أن يرد المبيع المعيب ويسترد جميع الثمن .
والطريق الثانى : ان يبقى المبيع عنده ويأخذ من البائع ارش العيب .
ولا سهيل الى الاول لان الرد قد امتنع بمانع من موانع الرد بدسهل
ان الارش لا يجب الا اذا تمذر الرد عند الجمهور بخلاف الحنابلة .
ويبقى الطريق الثانى وهو ان يمسك المبيع المعيب ويأخذ قيمة العيب
من البائع وهو ما يسمى بالارش .

— تقويم الأرش :

اذا طلب القاضى او الماقدان من اهل الخبرة ان يقوموا الارش فان
المبيع يقوم اولا سليما ثم يقوم معيبا والفرق الحاصل بينهما ينسب الى
القيمة السليمة . والمشتري يرجع على البائع بهذه النسبة .
مثال ذلك : ان كانت قيمة لمبيع مائة سالما وثمانين معيبا . والفرق
بينهما عشرون وهو خمس القيمة سالما والمشتري يرجع على البائع بخمس الثمن
لا بخمس القيمة سوا . كان الثمن اقل من القيمة او اكثر لان المبيع مضمون على
المشتري بثمنه لا بقيمته (٢) .

- (١) القوانين الفقهية / ٢٩٢ .
(٢) الخرشي ١٣٩/٥ في شرح الحطاب ٤/٤٤٤ ، الشرح الصغير
١٤٤/٣ ، حاشية لصاوى ١٧٦/٤ ، التابع والاكليل ٤/٤٤٤ (بها مش
شرح الحطاب) كشف القناع ٣/٢١٩ ، العدة شرح العمدة /
٢٢٩ ، الكافي ٢/٨٤ ، المهذب ١/٢٩٢ ، نهاية المحتسج
٤/٤١ ، الانوار ١/٣٥٠ ، روضة الطالبين ٣/٤٧٣ ، شرح العناية
٦/٣٦٥ ، البحر الرائق ٦/٥٢ ، درر الحكام والشرنبلالى ٢/١٦١
حاشية ابن عابدين ٥/١٧ ، الهندية ٣/٨٣ .

— القيمة المعتبرة في تقويم الأرض :

قلنا ان المبيع يقوم اولا سالما من الميوب ولكنه على اية قيمة يقوم ؟ لان قيمته قد تنزل وترتفع من وقت العقد الى وقت التقويم .

قال المالكية انه يقوم على قيمة يوم دخل في ضمان المشتري لا يقوم العقد ولا يوم الحكم (١) .

وللشافعية فيه ثلاثة أقوال :

أصحابها انه يعتبر اقل القيمة من وقت العقد الى وقت التقويم لان القيمة ان كانت وقت العقد اقل فالزيادة فالحاصلة لله بملك المشتري لم تدخل في التقويم . وان كانت وقت التقويم اقل فالنقص في المبيع من ضمان البائع فلم يدخل في التقويم . وفي أخذ القيمة الادنى بين الوقتين مراعاة لمصلحة الجانبين .

وقيل : تعتبر القيمة من وقت القبض لانه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري .

وقيل : تعتبر القيمة وقت العقد (٢) .

وقال في نهاية المحتاج : " وما صرح به من اعتبار ما بين الوقتين هو المعتد " (٣) .

(١) الخرشى ١٣٩/٥ - ١٤١ ، شرح الخطاب ٤٤٤/٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٥٥/٢/١ ، نهاية المحتاج ٤٣/٤ .

(٣) نهاية المحتاج ٤٣/٤ ، انظر : روضة الطالبين ٤٧٣/٣ ، الانوار

والحاصل أن الأرش وضع لجبر ضرر المشتري فمضى تمذرا لرد بسبب ما تضمن رجوعه على البائع بما يتضرر به من العيب .

والأولى أن يقوم ذلك على قيمة يوم العقد لا يوم الحكم ولا يوم القبض . لان المشتري في الأخير يرجع عليه بنسبة الفرق بين القيمتين إلى الثمن لا إلى القيمة .

ثم ان الثمن يوم العقد غالبا ما يكون موافقا للقيمة ويكون ذلك أقرب إلى قطع النزاع وأكثر طيبة لمصلحة الجانبين .

...

((المبحث الرابع))

الخصومة في خيار العيب

وفيه مطلبان :

- المطلب الاول : اختلافهما في العيب واثباته .
- المطلب الثاني : المرجع في حل الخلافات .

—•—

المطلب الأولاختلافهما في العيب واثباته

إذا اتفق البائع والمشتري في مسائل الرد بالعيب على حال من الأحوال
وجب الحكم بتلك الحال لوجود التراضى .

أما إذا اختلفا فيكون اختلافهما في صورتى :

١- اختلافهما في قدم العيب :

فلو ادعى المشتري ان العيب كان موجودا في الصبح عند
البائع وأنكر البائع وادعى أنه سلمه اليه سالما من العيب . . فانه يجسب
على المشتري ان يثبت أولا وجود العيب مطلقا ثم وجوده عند البائع ووجوده
في الحال . لانه ربما كان موجودا به لكنه قد زال فاذا زال فلارد له لزوال
السبب .

وطريقة الاثبات تختلف باختلاف العيب :

فاذا كان ظاهرا مشاهدا ومما يباين بحيث يستوى جميع الناس فليس
إدراكه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضى أو أمينه ، ويقضى بوجوده
لان العيان لا يحتاج الى البيان (١) .

وإذا تمذرت مشاهدا القاضى أو أمينه ليمده عن محل القضاء
ونحوه يقضى بشهادة شاهدين .

وان كان التمذر يأتى من نفس العيب بأن يكون باطنا ، خفيا ، أو مما
يختص علمه بأهل الصناعة أو الخبرة فلا مرد بحول اليهم لقوله تعالى :

(١) بدائع ٥/٢٢٨ .

" فاسألوا أهل الذکر ان کتم لاتعلمون " . وهم فی هذا الباب أهمل الذکر فیثبت بشهادتهم (١) .

ولا یقضى بالرد بمجرد ثبوت العیب . بل لابد من ثبوته عند البائع قبل القبض ایضا لانه ربما قد حدث عند المشتري :
وطريقه اثباته :

ان كان قدمه ظاهرا كما لو اشترى دارا منذ أسبوع فوجد أن اخشابها منخورة بالسوس او نحوهما لا یمكن حذوثة بتلك المدة فهو قد یمدون شمسك فیقضى بالرد .

وان كانت معرفته تختص بأهل الذکر یحول الیهم :
ان قالوا اتفاقا بانه قدیم فالقول قول المشتري بلا یمين . وان اتفقوا على حدوثة فالقول قول البائع بلا یمين لعدم الحاجة الى اليمين فی الحال یمین لقطع الامر .

وان اختلفوا : فمضهم قال : انه قدیم والاخرون قالوا انه حدیث لاحتمال الجانبین كخرق فی الثوب وصدمة فی السيارة وليس لأحد بهنئة ایهما یصدق ؟

عن أحمد روايتان فی ذلك :

احدهما : ان القول قول المشتري باليمين وهذا هو المذهب عندهم ، ويحلف على انه اشتراه وبه هذا العیب ولم یحدث عنده ، لان الاصل عدم القبض فی الجزء الغائت ، واستحقاق ما یقابله من الثمن ، وقد لیسك أن الاصل لزوم العقد فی حقه وهو ینفیه فالقول قول من ینفیه (٢) .

-
- (١) بدائع الصنائع ٢٧٨/٥ ، بداية المجتهد ١٨٢/٢ .
(٢) المغنی ١٢٥/٤ ، الشرح الكبير ٩٨/٤ ، كشف القناع ٢٢٦/٣ ، شرح منتهی الارادات ١٨٠/٢ .

وفي الرواية الثانية منه قال : ان القول قول البائع مع يمينه لان الاصل سلامة المحقود عليه من العيوب ولزوم العقد . ولان المشتري مدع والبائع منكر فالقول قول المنكر مع اليمين (١) .

وبه قال الشافعية (٢) والمالكية لان البائع يدعي انهرام العقد والمشتري يدعي حله والاصل انهرام العقد (٣) .

وكذلك القول عند الحنفية ان أنكر البائع وجود العيب عنده . وذلك ان القاضي يسأله : أكان به هذا العيب عندك ؟ فان قال : نعم ، رده المشتري . وان قال : لا ، فالقول قول البائع مع يمينه (٤) .

ولاشك ان تاريخ العقد له اهمية بالغة في اثبات قدم العيب وحدوثه . وان اختلف في التاريخ . فقال البائع بعثتك هذا منذ شهر ومثله من العيوب يحدث في هذه المدة وادعى المشتري انه اشتراه قبل اسبوع ومثله لا يحدث فيه ، وليس لاحد منهما البينة فالقول قول البائع (٥) .

٢ - اختلافهما في سقوط الخيار :

ولو اعترف البائع بدعوى المشتري في وجود العيب وفي قدمه لكسبه ادعى أن المشتري كان يعلم به عند العقد او عند القبض .

-
- (١) الشرح الكبير ٩٨/٤ ، المغنى ١٢٥/٤ ، المقنع ٥٠/٢ .
 - (٢) روضة الطالبين ٤٨٩/٣ ، نهاية المحتاج ٦٤/٤ ، الانوار ٣٥٣/١ .
 - (٣) مغنى المحتاج ٦١/٢ ، الخرشى ١٤٩/٥ ، الشرح الكبير / الدردير ١٣٧/٣ ، حاشية الدسوقي ٥٧/٢ .
 - (٤) الهندية ٨٧/٣ .
 - (٥) الهندية ٩١/٣ .

فالقول قول المشتري مع يمينه عند الحنفية بعد أن حقق البائع الدعوى عليه (١) وبه قال المالكية (٢) والشافعية (٣) .

٣ - اختلافهما في السلعة المرودة :

ولو اختلفا فيما رده المشتري فان قال البائع: هذا الذي رده غير سلمته التي باعها منه .

قال الحنابلة :

ان القول قول البائع مع اليمين لانه انكر كون هذا المبيع بيعه ، وكذا انكر حق الفسخ للمشتري فلقول قول المنكر مع اليمين .

وأما اذا اختلفا قبل الرد وحين جاء المشتري ليرده فلقول قول المشتري مع اليمين في ما رواه ابن المنذر من أحمد وهو قول الثوري وإسحاق لانهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب (٤) وذلك لان البائع لا ينكر على المشتري حق الرد بالعيب وانما انكر كون السلعة سلمته التمس بها منه .

٤ - اختلافهما في مقدار ما يرد :

وذلك بان ادعى البائع بعد اعترافه بالرد انه باعه هذا واخرجه ولذلك لا يستحق الا حصة هذا الذي يرد . وأنكر المشتري فقال : اشتريت هذا فقط ولا غيره معه ولم يكن لاحد بينة فلقول قول المشتري لان هذا اختلاف في المقبوض فلقول قول القابض (٥) .

-
- (١) الهندية ٨٧/٣ .
 (٢) جواهر الأكليل ٤٧/٢ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٣٢/٣ ،
 الخرشى ١٤٦/٥ .
 (٣) الأقطار ١/٣٥٣ ، مفضي المحتاج ٢/٦١ .
 (٤) كشاف القناع ٣/٢٢٧ ، المفضي ٤/١٢٦ ، المتق ٢/٥٠ .
 (٥) الهداية ٣/٣٩ ، فتح القدير ٦/٣٨٥ ، تبين الحقائق ٤/٣٩ ،
 درر الحكام ٢/١٦٥ .

٤ - اختلافهما فسي عدد العيب :

ولو ادعى المشتري وجود عيبين واعترف البائع بأحدهما وانكر الثاني
وادعى حدوثه عند المشتري فالقول قول المشتري مع اليمين لان الرد ثبت باقرار
احدهما فصار الرد بسببه قطعا فلا يبطل بالشك الذي وقع في وجود الثاني.
واتفاقهما على قدم احدهما كاف للرد (١) .

...

المطلب الثاني

المرجع في حل الخلافات

وقد تبين مما سبق أن المرجع في معرفة وجود العيب أو في قدمه وهدوئه أو هو مؤثر في نقض القيمة أو لا هو اهل الخبرة : التجار أو الاطباء أو البياطرة أو أرباب الصناعة وغيرهم سواهم كان الرجوع اليهم بطريق القضاء أو بتراض المتعاقدين .

وهل يشترط فيهم العدد والعدالة حتى يكون قولهم حجة لدى القضاة : يرى بعض العلماء أن ذلك شهادة يشترط ما يشترط في الشهادة من العدد والعدالة وبعضهم يرى انها من باب الاخبار فلا يشترط شروط الشهادة ففي مذهب الشافعي رحمه الله رأيان :

احدهما : ان الواحد من اهل المعرفة كاف للرد .

والثاني : لا يكفي بل يشترط شهادة اثنين (١) .

أما عند المالكية :

فقال : ابن رشد : " فقليل في المذهب : عدلان . وقيل : لا يشترط

في ذلك العدالة لا العدد ولا الاسلام " (٢) .

وقال بعضهم : اذا امكن يشترط العدد والعدالة ، اما اذا تصدّر

ذلك قبل كائنا من كان ولو كانوا مشركين لانه غير لاشهادة ، بشرط ان يكون

سالما من جرحة الكذب ويكفي واحد منهم (٣) .

(١) روضة الطالبين ٣/٣٨٩ ، المجموع ١٢/٣٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/١٨٢ ، الخرشي ٥/١٤٩ .

(٣) جواهر الاكليل ٢/٤٨ ، الشرح الكبير / الدردير / ٣/١٣٧ ، القوانين

الفقهية / ٢٩١ .

وقال المتطفي (١) : " الواحد من المسلمين أو من أهل الكتاب ان لم يوجد غيرهم . إذ طريق ذلك العلم لا الشهادة ، هذا هو المشهور في المذهب المعمول به " (٢) . الا ان الهدوي قال : والاثنان أولى (٣) .
هذا القيد اذا أرسله القاضي ليوقف على الميب وكان المبيع حاضرا . أما اذا كان المبيع غائبا او اطلعهم المشتري دون أمر من القاضي فلا خلاف بين اصحاب مالك في انه لا يثبت الا بمعدلين من أهل المعرفة (٤) .

أما الحنفية :

فكما تقدم ان الغصومة في الميب مرحلتان عندهم : مرحلة اثبات وجود الميب في المبيع مطلقا ومرحلة اثبات وجود الميب فيه سابقا عند البائع .
وعدد أهل الخبرة يختلف باختلاف مراحل الغصومة :
— المرحلة الاولى : مرحلة الاثبات لوجود الميب :

اختلفوا في اشتراط نصاب الشهادة في هذه المرحلة على قولين :
القول الاول : ذهب الكرخي ، والقاضي الاسبيجاني الى اشتراط المدد وهو اثنان من أهل الشهادة . وقد استدلوا على ذلك بالمنقول والمقول :

فأما المنقول : ^{في} النصوص المقتضية اعتبار المدد في عموم الشهادة كقوله تعالى : " استشهدوا شهيدين من رجالكم " .
واما المقول : فان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضاء لكنها من ضرورات القضاء ولا وجود للقضاء بدونها . ولذلك لا يقضى القاضي بالرد مالم يثبت الميب عند البائع والمشتري . فكان من ضرورات القضاء . فيشترط فيها المدد كما يشترط في الشهادة على اثبات الميب عند البائع .

- (١) هو طي بن عبدالله بن ابراهيم الانصاري المعروف بالمتطفي الفاسسي توفي ٥٢٠ هـ (شجرة النور الزكية / ١٦٣) .
(٢) الخرشني ١٥٠/٥ (بالهامش) .
(٣) الخرشني ١٥٠/٥ (بالهامش) .
(٤) الخرشني ١٥٠/٥ .

والقول الثاني : وذهب علاء الدين السمرقندي والشيخ أبو المعين السني أن المدد ليس بشرط في هذه المرحلة ويثبت وجود العيب بقول مسلم عدل من أهل المعرفة لأن هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وإنما تصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها المدد . وهذا لأن شرط المدد في الشهادة ثبتت تمبداً غير معقول المعنى فيما عدا ذلك . وقد ورد التمبد وهو شهادة يتصل بهبها القضاء . وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء (١) .

أما الثانية : فهي مرحلة اثبات وجود العيب عند البائع قبل العقد فلا خلاف في أنه يشترط المدد فيه لأنها شهادة يقضى بها على الخصم ، فكان المدد فيها شرطاً كسائر الشهادات التي يقضى بها على الخصوم (٢) .

ويبدو أنه من اشترط المدد اعتبر بالشهادة واشترط ما يشترط فيها ومن لم يشترط ذلك اعتبر أنه مجرد أخذ العلم منهم في العيب لا أكثر . واكتفى بواحد منهم .

...

ولعل ما ذهب إليه الطائفة هو الأصح من أنه إذا وجد أهل الخبرة من المسلمين فيها والا يتقبل قول غير المسلمين لأنه قد لا يهجهم الخبراء من المسلمين في صناعة ما ، أو يكون الخلاف في بلاد الكفر فإذا اشترط الإسلام يضيع حق المشتري . أما المدد فالأولى أن يشترط ذلك سواء كانوا مسلمين أو غيرهم لتطمئن القلوب .

...

(٢٠١) بدائع الصنائع ٢٧٧/٥ ، ٢٨٠ ، انظر : الهداية وفتح القدير /
جامع الفصولين ٣٤١/١ ، المزانية ١٩٥/٢ .

البحث الخامس

الرد وموجباته

وفيه أربعة مطالب :

- المطلب الاول : الرد أو الاساك .
- المطلب الثاني : الرد على الوكيل .
- المطلب الثالث : مدة الرد .
- المطلب الرابع : محل الرد ومؤنته .

المطالب الاولالردأ والاصحاح

وانا وجد المشتري في المبيع عيبا ان شاء رده وبأخذ ما دفعه اليه ،
وان شاء أمسكه بجميع الثمن . وهذا مما لا خلاف فيه . واما الخلاف فيما
اذا اراد ان يسك المبيع وبأخذ نقصان العيب من البائع . فهل له ذلك أم لا ؟

ذهب الحنفية (١) والشافعية (٢) والمالكية (٣) الى ان المشتري ليس
له ان يسك المبيع وبأخذ نقصان العيب مالم يكن مانعا من الرد لان اوصاف
المبيع لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد (٤) فاذا فات وصفته بسبب
العيب ليس له ان يأخذ بمقابلة فواته شيئا لان الثمن عين يقابله المبيع ،
والوصف دونه . فانه عرض لا يعزز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا لمعرضه غير
منفرد عنه . ثم ان خيار العيب ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يجوز ازالة
الضرر بالاضرار . وهذا لان البائع رضى بالمبيع بالثمن الذي دفعه المشتري
اليه فاذا اسك المشتري المبيع وأخذ منه نقصان العيب نقص الثمن وهو غير
راعي به .

ولا يقال ان البائع لم يكن يعلم به والا لطلب الثمن أقل من ذلك لانه
لا بد من علمه به لطول ممارسته حتى قال الفقهاء باتفاق لو باع على انه معيب
فظهر سالما فلا خيار له ، ولذلك فاذا حدد البائع ثمن المبيع ولو كان معيبا

-
- (١) الهداية ٣/٣٥ ، فتح القدير وشرح العناية ٦/٣٥٦ ، البحر الرائق
٦/٢٠٩ .
(٢) روضة الطالبين ٣/٤٧٨ .
(٣) المدونة ٤/١٨٤ ، بداية المجتهد ٢/١٧٧ ، الفواكه الدواني ٢/١٤١ .
(٤) الهداية ٣/٣٥ .

لم يرض الا به ، وباسترداد نقصان العيب انعدم رضاه بالمعق .
ومن هنا فلا يجوز للمشتري ان يساكن المبيع المعيب ويأخذ قيمة العيب
وانما له الرد او الاساك بجميع الثمن (١) .

وهناك صور يكون فيها للوصف مقابل من الثمن . وهو ان القائل
اذا قصد بالتلاف هذا الوصف كما لو ضرب الدابة فمابها قتل القميص فحينئذ
يحط بمقابلته من الثمن لان الاوصاف تكون لها حصة بالتلاف قصدا .

أو اذا امتنع الرد لحق البائع كحدوث عيب اخر عند المشتري او امتنع
لحق الشرع كتخمر الخيل بيد المشتري ففي هذه الحالات يكون للاوصاف مقابل
من الثمن ضرورة ويرجع المشتري بقيمة العيب (٢) .

وزهب أحمد بن حنبل رحمه الله الى ان المشتري ان شاء رد المبيع
ويأخذ الثمن وان شاء أسكه . ويأخذ قيمة العيب مع وجوده اذ كان الرد ، لان
المتبايعين تراخيا طوى ان العوض في مقابلة المموض فكل جزء من العوض يقابله
جزء من المموض ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببذله وهو الا رشاي قيمة
ما نقصه العيب (٣) .

-
- (١) فتح القدير ٣٥٦/٦ ، انظر : الهداية ٣٥/٣ ، شرح المنهاية
٣٥٦/٦ ، البحر الرائق ٣٩/٦ .
(٢) فتح القدير ٣٥٦/٦ ، وطبعده .
(٣) كشف القناع ٢١٨/٣ ، المغني ١١١/٤ ، الكافي ٨٤/٢ ، شرح
منتهى الارادات ١٢٦/٢ .

وفي رواية عنه انه ليهزله ذلك لا مكان الرد . وهنا اتفق مع الجمهور
الا ان الاول هو المذهب (١) .

سبب الخلاف :

والظاهر ان سبب الخلاف بين الجمهور وبين الحنابلة : هو الاوصاف
هل يقابلها شي * من الثمن ام لا ؟ فقال الجمهور انه لا يقابلها وقال احمد
رحمه الله يقابلها .

والراجع :

هو ما قاله الجمهور لان معنى الخيار يتناول الرد او الاساك ولم يتناول
الاساك مع الارش .

ولان المشتري يردّه لعدم تمكنه من الانتفاع به على الوجه التام . وبأخذ
نقصان العيب لم يتغير شي * من ذلك .

وقال ابن الهمام ترجيحاً لقول الجمهور : * فان بذلك يعتد النظر
من الجانبين في دفع ضرر لم يلتره واحد منهما به . فهذا الوجه هو الوجه * (٢)

فرع :

وهذا كله في حالة النزاع بين العاقدين . أما اذا اتفقا على ان يسك
المشتري المبيع ويمطيه المائع قيمة العيب او مالا اخر ، فقد ذكر ابن رشد
ان عامة فقهاء الامصار يجهزون ذلك سوى ابن سريج (٣) من اصحاب الشافعي
رحمه الله فانه قال : لا يجوز ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه

(١) المحرر في الفقه ٢/٢٢٤ .

(٢) فتح القدير ٦/٣٥٦ .

(٣) هو القاضي ابو العباس احمد بن عمر بن سريج وكان من عظماء الشافعيين ،

مات ببغداد ٣٠٦ هـ . طبقات الفقهاء ١٠٨/١ .

بموضع كخيار الشفعة ، الا أن القول مردود في المذهب ، إذ قال القاضي
عبد الوهاب : هذا غلط لان ذلك حق المشتري فله ان يستوفيه . اي له أن
يرده ويرجع بالثمن وله ان يماوئح على تركه (١) .

أما اذا اتفقا على عكس ما ذكر بان يدفع المشتري شيئا الى البائع ويرد عليه
فهذا لا يصح لانه ليس الا رشوة فلا يجوز (٢) .

...

(١) بداية المجتهد ١٧٧/٢ ، انظر: فتح القدير ٣٥٧/٦ ، الدر المختار/

٠٤٦/٥

(٢) الدر المختار ٠٤٦/٥

المطلب الثانيالرد على الوكيل

وقد يكون البائع وكيلا . فاذا وجد المشتري عيبا فيما اشتراه من الوكيل فهل هو مخير بين الرد على الوكيل وعلى الموكل أم يرد على من اشتراه منه فقط؟ والكلام هنا عن نقطتين : الاولى : حكم الرد على الوكيل او على الموكل . الثانية : رد النوكيل على الموكل .

حكم الرد على الوكيل أو على الموكل :

ذهب الحنفية والشافعية والمالكية الى أن المشتري يرد المبيع المعيب على الوكيل دون الموكل كما نصوا على ذلك في كتبهم :
فقد جاء في البدائع : " وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له ان يخاصم الوكيل . وان اثبت العيب . ورده عليه بقضاء القاضى أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن ، وان كان نقده الى الموكل اخذه منه " (١) .

وفي شرح الوجيز : " اما الوكيل بالمبيع اذا باع فوجد المشتري بالمبيع عيبا رده عليه ان لم يحمله وكيلا ، وان علمه وكيلا رده عليه ان شاء " (٢) ، أى أن المشتري ان لم يحمله انه وكيل رده عليه . وان علمه فهو مخير ان شاء رده على الوكيل وان شاء على الموكل .

(١) بدائع الصنائع ٦/٣٣ ، انظر : مرشد الصيران مادة ٣٠٢ ، مجلة

مادة ١٤٦١ وشرحها .

(٢) شرح الوجيز ١١/٤٢٠

وجاء في حاشية الدسوقي : "فإذا باع الوكيل سلعة وظهر بها عيب رجع المشتري على الوكيل" (١) .

أما الحنابلة فانهم قالوا ان المشتري يرد على الموكل دون الوكيل كما جاء في المفتي والشرح الكبير " واذ باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل لان الصبيح يرد بالمصيب على من كان له" (٢) .

والحاصل ان المشتري يرد على الوكيل عند الجمهور وعند الحنابلة على الموكل .

سبب الخلاف :

سبب اختلافهم في ذلك يعود الى اختلافهم في الاصل وهو : هل احكام العقد ترجع الى الوكيل او الى الموكل ؟

فقال الجمهور : انها تعود الى الوكيل كما افاده صاحب المنهاج بقوله : " احكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل" (٣) .

وكما جاء في البدائع : " والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوه راجعة الى العاقد كالبیاعات والاشربة والاجارات . . فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وطلبه . . وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق . . فحقوق هذه العقود تكون للموكل وطلبه" (٤) لان الوكيل هو العاقد حقيقة

(١) : حاشية الدسوقي ٣/٣٤٣ .

(٢) : المفتي ٤/١٢٥ ، الشرح الكبير ٤/٩٨ ، الانصاف ٤/٤٣٥ .

(٣) : المنهاج ٢/٢٣٠ ، (مع مفتي المحتاج) نهاية المحتاج ٥/٥٠ ،

السراج الوهاج ٢٥١/٢٥١ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٥/٣٣٤ .

(٤) : بدائع الصنائع ٦/٣٣ .

لمباشرة للعقد فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه . وعلى هذا كان ينبغي ان يكون اصل الحكم له ايضا . وهو الملك الا أن الشرع أثبت اصل الحكم للموكل لان الوكيل فعل ما فعله بامر ونايته . وفعل الأمور منافع الى الأمر (١) . كما أفاده صاحب المذهب بقوله : " اذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك الى الموكل لان العقد له ، فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه " (٢) .

أما الحنابلة فانهم خالفوا الجمهور في هذا الاصل وقالوا : " ان حقوق العقد متعلقة بالموكل دون الوكيل كما جاء ذلك في مجلة الاحكام الشرعية من كتب الحنابلة : " حقوق العقد تتعلق بالموكل مطلقا سوا كان العقد مما يصح اضافته الى الوكيل كالبيع او لا يصح اضافته الى الوكيل كالنكاح . ويرد اليه ما باعه عنه وكيله بصيب ونحوه " (٣) .

وعلى هذا لو باع الوكيل ثم اطلع لمشتري على عيب قد ييم بالمبيع فله ان يرد له على الموكل دون الوكيل لان المبيع يرد على من كان له (٤) . وفي المحرر : " انه لو بان المبيع معيبا لم يلزم الوكيل شي " (٥) .

...

-
- (١) بدائع الصنائع ٦/٣٣-٣٤ .
 (٢) المذهب ١/٣٦٣ .
 (٣) مجلة الاحكام الشرعية / مادة : ١٢٢١ .
 (٤) المغنى ٤/١٢٥ . والشرح الكبير ٤/٩٨ ، الانصاف ٤/٤٣٥ .
 (٥) المحرر في الفقه ١/٣٤٩ .

— الترجيح :

والاصح هو ما ذهب اليه الجمهور من ان حقوق المقدم تتعلق بالوكيل كرد البيع عليه بصيب لانه لو كانت متعلقة بالموكل لارى ذلك الى عدم المسؤولية من الوكيل في تصرفات ما وكل به لانه اذا علم ان كسل ما صدر منه مما له وعليه فيما يتعلق بالمقدم هو للموكل او عليه فلم يدقق في الامر فيتضرر الموكل ولذلك لا بد ان يحمل على طاقته شي من المسؤولية فيما وكل به .

— رد الوكيل على الموكل :

فاذا رد البيع بصيب على الوكيل فهل له ان يرد على موكله ام ليس له ذلك ؟

والجواب يختلف باختلاف صور الرد على الوكيل . وفيه تفصيل عند الفقهاء :

فقال الشافعية والحنابلة : ان اختلاف الموكل والمشتري في حدوث الصيب وقدمه وقال الموكل هو حدث بعد البيع عند المشتري وانكره المشتري وقال : بل هو كان به قبل البيع — ينظر : ان اقر الوكيل بانه كان به قبل البيع فليس له الرد على الموكل لان اقراره به ليس بحجة على الموكل لانه لم يوكله في الاقرار بالصيب ، وانما وكله بالبيع فقط (١) .

وقال ابو الخطاب ^{من} الحنابلة : يقبل اقراره على الموكل لانه امر يستحق به الرد فيقبل اقرار الوكيل به عليه (٢) .

(١) شرح الوجيز ٤٢/١١ ، المغني ١٢٥/٤ ، كشاف القناع ٢٢٦/٣

الشرح الكبر ٩٨/٤ .

(٢) المغني ١٢٥/٤ ، الانصاف ٤٣٥/٤ .

غير أن صاحب المغنى قال : والاصح انه لا يقبل اقراره على موكله
لانه اقرار على الخير (١) أما ان انكر الوكيل ايضا بقدم العيب توجهت اليمين
عليه ، ان حلف لا يرد عليه المبيع ، وان نكل :

وقال الحنابلة : ان قيل : ان القول قول البائع ليس له ان يرد على
الموكل لانه لم يعترف بالعيب .

وان قيل : ان القول قول المشتري له رده لانه يرجع المبيع اليه
بغير اختيار فأشبهه لو قامت به بيعة . هذا هو المذهب عندهم (٢) .

أما الحنفية فعندهم تفصيل في ذلك :

هل للوكيل رد المبيع على الموكل ؟ وجواب ذلك مرتبط بصورة رد المبيع

على الوكيل .

والرد على الوكيل اما ان يكون بقضا او بغير قضا .

فان كان بغير قضا بان يقبل المبيع بغير انكار عيبه فليس له ان يرد على

الموكل لان هذا بمنزلة الاقالة في الاعتماد على تراضيهما ، فلا قالة بيع جديد

في حق ثالث وهو الموكل فليس لهما الولاية على غيرهما ليفرض البيع على الموكل

فلم يلزمه .

أما ان كان الرد بقضا فمعناه ان الوكيل لم يقبل كون العيب قد يما

بل يدعى حدوثه بعد العقد فرقع المشتري الامر الى القاضي . والرد هنا

لا يخلو اما باقرار الوكيل بالعيب واما ببيئته واما بنكول .

(١) المغنى ٤/١٢٥ .

(٢) كشاف القناع ٣/٢٢٦ ، المغنى ٤/١٢٥ ، الشرح الكبير ٤/٩٨ .

فان كان الرد باقرار الوكيل بقدوم العيب بعد الخصومة سواء كان ذلك عند القاضي او عند غيره فالقاضي يحيل الامر الى اهل الخبرة لتحديد المدة التي حدثت بها العيب : ان قالوا مثله يحدث عند الوكيل بتلك المدة لزم الوكيل دون الموكل لان اقراره به لا يكون حجة على الامر . وان ادعى الوكيل انه حدث عند الموكل فعليه البينة . وان لم تكن له بينة ترد اليه على الموكل .

وان قالوا مثله لا يحدث بتلك المدة عند الوكيل ، لزم الموكل سواه كقول الرد باقرار الوكيل أو بالبينة لانه قد تبين انه حدث عند الموكل .

وان كان الرد باقامة المشتري البينة لزم الموكل لان البينة حجة على الامر . وان كان الرد بنكول :

فاذا لم يقر الوكيل بقدوم العيب وليس للمشتري بينة يستحلف الوكيل فان حلف سقطت الدعوى . اما ان نكل فهل يلزم الوكيل أو الموكل ؟

اختلف الحنفية في ذلك :

فقال الائمة الثلاثة : انه يلزم الموكل ولا يقضى عليه بنكوله من اليمين . وخالفهم زفر وقال : يلزم الوكيل لا الموكل لان الرد قالوا قراروا بالنكول سوا . فان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يعتبر حجة على الموكل لكن له ان يخاصم الموكل كما في الاقرار .

وأجيب بان النكول والاقرار لهما بسوا لان الوكيل مضطرا للنكول والا يحلف كاذبا ان كان طالما بالعيب ، وانما اضطر الى ذلك في أصل باشره للأمر فيرجع عليه بما يلحقه من الصهادة .

أما في الاقرار فانه غير مضطر الى ذلك لانه بإمكانه ان يسكت حتى يقضى عليه بالنكول أو ينكر حتى يقضى عليه بالبينة (١) .

في المسائل للمذكورة ، اذا ثبت لدى القاضي ان العيب قد حدث فسد الموكل يرد عليه المبيع سواء رد على الوكيل باقرار او بينة او بنكول لانه قد تمين برأته ولا يسأل عما لم يفعل .

...

(١) المسوط ١٣/١٩٩ ، شرح المعنامة ٤٧/٢ ، وأحمد ، الهندية / ٥٩٩/٢

المطلب الثالث

مدة الرد

وإذا أراد المشتري رد المصيب فهل يجب عليه أن يبادر في ذلك أولاً
أن يتأخر؟

والفقهاء على ثلاثة آراء في ذلك : أنه على التراخي ، وأنه على الفور ،
وأن مدته يوم أو يومان .

تفصيل الآراء :

الرأي الأول :

ان خيار المصيب يثبت على التراخي ، ولا يسقط بتأخر المشتري فليس
الرد مالم يوجد منه ما يدل على الرضا به من قول او فعل وهذا هو المصتمد
عند الحنفية (١) وهو أحد قولي احمد على ما ذكره ابو الخطاب (٢) كما هو
مفاد قول أبي ثور حيث قال : لا يكون الرضا الا بالكلام أو بأق من الفجس
ما يكون رضا (٣) .

وما ذكره الحاوي من الحنفية من أنه " اذا أمسك بعد الاطلاع على
المصيب صبح قدرته على الرد كان رضا " رأى شان ووردود في المذهب كما
أقاده صاحب البحر الرائق : " وهو غريب والمصتمد انه على التراخي " (٤) .

-
- (١) البحر الرائق ٤٠/٦ ، الدر المختار ٣٢/٥ ، الهندية ٦٦/٣ .
(٢) المغني ١٠٩/٤ ، انظر : الشرح الكبير ٩٥/٤ ، كشاف القناع ٢٢٤/٣
المحرر ٣٢٤/١ .
(٣) تكملة المجموع ١٣٤/١٢ .
(٤) البحر الرائق ٤١/٦ ، انظر : الدر المختار ٣٢/٥ .

وعلى هذا لا يبطل خيار بالعيب بالتأخر في الرد مالم يوجد منه ما يدل على الرضا به .

ودليلهم في ذلك :

- ١ - ان هذا الخيار شرع له فع الضرر المتحقق فيبقى حتى يندفع ذلك .
- ٢ - وكذا استدلوا بقياس هذا الخيار على خيار القصاص (١) وذلك أن تأخير المطالبة بالقصاص لا يسقطه (٢)

والرأي الثاني :

وهو رأي المالكية فانهما تلقوا على توقيت خيار الرد بالعيب لكهـمـم اختلفوا في المدة فقال بعضهم : ان اقصى المدة في ذلك يوم واحد . فاذا رده بعد اطلاعه على العيب باقل من يوم رده بلا يعين . وان كان بعد يسوم كامل رده بيمين . وان كان اكثر فلا رد له ولو باليمين لان ذلك دليل الرضا به (٣) .

وقال بعضهم : ان اقصى الحد يومان فان رد قبل انتهائهما رده بلا يعين وان رده لتام يومين رده بيمين . وان كان بعدهما فلا رد له قطعا ولو مع اليمين (٤) .

ويستثنى من ذلك بعض الصور :

منها : ان كان المشتري في السفر واطلع على عيب في السيارة مثلا وأخر الرد الى انقضاء سفره فلا يحد استخدامهما بتلك المدة من الرضا بهما .

-
- (١) المغنى ١٠٩/٤
 - (٢) المغنى ٣٥٨/٨
 - (٣) الخرشى ١٣٧/٥ ، شرح منح الجليل ٦٤٧/٢ ، التاج والاكليس ٤٤١/٤ (بهامش شرح الحطاب) .
 - (٤) بلغة السالك ٥٥/٢ . المهجة في شرح التحفة ١٠٢/٢ .

ويستحب له أن يشهد ان ذلك الاستخدام ليس برضا به (١) .

ومنها : لو كان المائع غائبا عن البلد وليس له وكيل يرد عليه يؤخره الى قدومه . وله ان يشهد ان ذلك ليس من رضا به . وان لم يمكنه ذلك رفع الامر الى القاضي وان شاء انتظر قدومه وكله لا يسقط الخيار بتأخيره لوجود العذر المشروع (٢) .

والرأى الثالث :

وهو رأى الشافعية فانهم ذهبوا الى أن الرد على الفور بعد الاطلاع على الميب وهو قول مجمع عليه عندهم على ما قاله ابن الرقعة (٣) . وبه قال أحمد في أحد قوليه (٤) .

والمعتبر في كيفية المبادرت هو العرف والعادة فلا يؤمر بالعدو والركض فان كان مشغولا بالصلاة والطعام ونحوها يتمها . وان كان ليلا فله تأخيرته الى الصباح (٥) . ودليلهم في ذلك :

١ - ان خيار الرد بالميب كخيار الشفعة فهو على الفور لقوله عليه الصلاة والسلام : " الشفعة كحل المقال " (٦) .

-
- (١) الخرشي ١٣٧/٥ ، شرح الحطاب ٤٤١/٤ .
 (٢) الخرشي ١٣٧/٥ ، شرح الحطاب ٤٤١/٤ .
 (٣) مفني المحتاج ٥٦/٢ ، فتح المبين ٣٣/٣ (بها مشاطنة الطالبين)
 (٤) المفني ١٠٩/٤ ، الشرح الكبير ٩٥/٤ .
 (٥) روضة الطالبين ٤٧٦/٣ ، الانوار ٣٤٨/١ .
 (٦) رواه ابن ماجه في " باب طلب الشفعة " ورواه المزاز في مسنده (نصيب الرأية ١٧٧/٤) .

٢- والاصل في عقد البيع للزوم بالاتفاق فاذا تاخر استقر على لزومه . ثم ان خيار العيب ثبت بالدليل من الاجماع وغيره . والقدر المتحقق من الاجماع ثبوته على الفور . والزائد على ذلك لا يدل عليه اجماع ولا نص فيجوز العقد على مقتضى اللزوم تقريبا لمخالفة الدليل ما أمكن .

ولان الضرر الذي شرع هذا الخيار لاجله يندفع بالمبادرة ما امكن فالتأخير تقصير فيجوز عليه حكم اللزوم الذي هو الاصل (١) .

فاذا ثبت ذلك يتفرع عليه مسائل :

ان كان البائع غائبا عن البلد رده على وكيله او رفع الامر الى القاضي ولا يؤخره لقدمه . فاذا استعمل في تلك المدة ولو بشئ خفيف سقط خياره .

واذا مات البائع رده على وارثه او حجر عليه ، فعلى وليه .

واذا سقط حق الرد بسبب تقصيره في المبادرة فلا أرش له ايضا لانه

هو المفوت بتقصيره (٢) .

...

— الترجيح :

والرأى الراجح على ما ظهر لي — هو رأى المالكية لان القول بالفور

والمبادرة يشق على الناس وقد لا يستطيع ويتأخر فيفوت حقه .

(١) تكملة المجموع ١٢/١٣٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٢/٥٦ وطبعمده . روضة الطالبين ٣/٤٧٦ وطبعمده .

وأما القول بالتراخي فضرر على البائع لان كثيرا من البضائع لها وقت تتوفر الرغبة فيها عند الناس فتكون مرغوبة في فترة دون اخرى فاذا اخبره المشتري بلاعذر فقد تنخفض القيمة فيتضرر. ولذلك فلا بد من مراعاة مصلحة الجانيين بتحديد وقت للرد. فقول المالكيين هذه الحيثية أقرب الى تحقيق مصلحتهما فان يوما او يومين كافية للرد او لا يخاره بارادة الرد في الحالات المعتادة .

— هل يشترط رضا البائع وحضوره ؟

ذهب الشافعي وأحمد الى ان المشتري يفسخ العقد ولا يفتقر الى رضا البائع ولا الى حضوره ولا الى قضاء القاضي سواء كان قبل القبض او بمسده لان فسخ العقد بسبب العيب كالطلاق وذلك فان الفقهاء اتفقوا على ان الزوج في ايقاع الطلاق لا يفتقر الى رضا المرأة ولا الى حضورها ولا الى قضاء القاضي والفسخ كالطلاق يرفع العقد المستحق له فلا حاجة الى رضا صاحبه (١) .

قال القاضي ابوالطيب من الشافعية : " النكته فيها ان من لا يعتبر رضاه في العقد لا يعتبر حضوره كالمرأة في الطلاق " (٢) .

وهذا قال الحنفية ان كان الرد بالعيب قبل القبض . اما ان كان بمسده ، فقالوا : ليس للمشتري ان يرده الا بقضاء القاضي او بالتراضى . (٣)

والفرق بين الرد قبل القبض وبمسده : ان الصفقة قبل القبض لم تتم بعد ، لان تمامها بالقبض فيجوز ان ينفر واحد العاقدين بالفسخ قبل تمامها . واما بمسده فالصفقة قد تمت . فلا يجوز لاحد منهما ان يفسخ العقد دون رضا صاحبه كالآلة (٤) .

(١) المهذب ٢٩١/١ ، المجموع ١٥٧/١٢ ، المفتى ١١٩/٤ ، الشرح

الكبير ٩٦/٤ .

(٢) المجموع ١٥٧/١٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٨١/٥ ، جامع الفصولين ٣٤١/١ ، درر الحكام ٢٨٩/١ ،

(شرح المجلة) .

(٤) بدائع الصنائع ٢٨١/٥ .

المطالب الرابع

محل الرد ومؤنته

إذا تقرر رد المبيع بمعيب هل يجب على المشتري ان يرده في محل القبض
أم لا ؟

قال الحنفية ان الواجب على المشتري ان يرده في بلد قبضه فيه كما نص عليه في جامع الفصولين حيث قال : " اشترى متاعا وحمله الى موضع فله رده بمعيب الى موضع المقد والا فلا . اشترى تمرا بالرى فحمله الى الكوفة ليس له الرد بمعيب حتى يرده الى الرى " (١) .

وبه قال المالكية ان لم يكن اللبائع مدلما باخفا المعيب . فان ثبتت تدليس فلا يجب ذلك (٢) .

أما مؤنت الرد :

وهي أجرتة فهي على المشتري عند الجمهور اطلاقا (٣) لحديث سمرة بن جندب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " على اليد ما اخذت حتى تؤديه " (٤) لان المبيع مضمون في يده ، والمال اذا كان مضمون المبيع كان مضمون الرد لو هلك بيده هلك من المشتري (٥) وبه قال المالكية ان لم يكن اللبائع مدلما والا فعليه (٦) .

(١) جامع الفصولين ١/٣٣٦ .

(٢) الخرشي ٥/١٤٣ .

(٣) البحر الرائق ٦/٤٠ ، البيهقي ٤/٤٤٧ ، تكلمة المجموع ١٢/١٥٥ ، كشف القناع ٣/٢١٨ .

(٤) رواه ابوداؤد في باب تضمنين العارية : ٨٨ ، والترمذي في كتاب البيوع باب العارية / ٣٩ . وقال : حديث حسن صحيح . وابن ماجه / الصدقات / ٥ . احمد بن حنبل ٥/٨ ، ١٢ ، ١٣ ، كلهم عن سمرة بن جندب .

(٥) المجموع ١٢/١٥٥ .

(٦) الخرشي ٥/١٤٣ .

البحث السادس

البرائة من العيوب

البراءة من الميبوب

معناها في اللغة والاصطلاح :

في اللغة :

وهي في اللغة الاعذار والانتذار ومنه قوله تعالى : براءة من اللسيب
ورسوله (١) .

والتبري هو التخلص عنه والتخلص كما في قوله تعالى : " ان تبرأ الذين
اتبعوا من الذين اتبعوا " (٢) .

أما الابرأه و قال : أبرأ فلان فلانا من حق له عليه اي خلصه منه (٣) .
وفي الاصطلاح :

هو ان يبرأ البائع عند العقد من كل ما يحتل وجوده في المبيع مسبقا
العيوب او من بعضها فيسركه المشتري .

وصورته : ان يقول البائع بعثك هذا على أني بربى من كل عيب عاصية
او من عيب كذا وكذا خاصة فيقبل هذا المشتري .

والكلام هنا يجري في ثلاثة مواضع :

الموضع الاول : اراء الفقهاء في حكمها :

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط البراءة من الميبوب (٤) لكنهم اختلفوا

هل هو جائز في كل مبيع أم لا ؟ وهل هو جائز من كل عيب او من عيب معين ؟

(١) التوبة / الآية ١ .

(٢) البقرة الآية ١٦٦ .

(٣) معجم الوسيط مادة : برأ .

(٤) المسوط / ١٣ / ٩٢ .

ذهب الحنفية الى جوازها مطلقاً في كل مبيع ومن كل عيب (١) سواء تبرأ
 ما طه أو ما لم يملطه وقف عليه المشتري ام لم يقف ، وسواء أشار اليه ام لا (٢)
 لان قبول المشتري ذلك ابراً منه والابراً اسقاط فالجهالة في الاسقاط لا تفسد
 الى المنازعة (٣) .

أما الشافعية فانهم اجازوها ان كانت من العيوب التي لا يملطها البائع
 في الحيوان فقط فلا يجوز الابراً عن عيب يملط في الحيوان او من عيب لا يملط في
 غير الحيوان (٤) . لان الحيوان متنوع الاكل فكل ينزك من عيب باطن او خفسى
 فاحتاج البائع الى ذلك لئلا يتق بلزوم المبيع فيما تعذر العلم به (٥) .

وعن أحمد روايتان في ذلك :

احدهما : أن اشتراط البراءة من كل عيب عامة لا يجوز . فالشروط

باطل ولم يبرأ من اى عيب كان .

والثانية : انه يبرأ من كل عيب لم يملطه (اى البائع) فلا يبرأ ما طه (٦)

وأما عند المالكية ففيه اقوال :

قيل : لا تجوز البراءة الا في الرقيق خاصة كما في المصنف (٧) .

-
- (١) بدائع الصنائع ٥/٢٧٢ .
 (٢) شرح العناية ٦/٣٩٧ ، مختصر الطحاوى / ٥٨١
 (٣) البحر الرائق ٦/٧٢ .
 (٤) مغنى المحتاج ٢/٥٣ ، فتح الوهاب ١/١٧١ ، نهجى المحتاج ٤/٣٦ .
 روضة الطالبين ٣/٤٧٠ .
 (٥) المهذب ١/٢٩٥ .
 (٦) منتهى الارادات ١/٣٥٥ ، كشاف القناع ٣/١٩٦ ، الكافي ٢/٩٣ .
 المحرر ١/٣٢٦ ، الشرح الكبير ٤/٥٩ .
 (٧) حاشية الدسوقي ٣/١٠٠ ، الفواكه الدواني ٣/٩٣ .

وقيل : تجوز في الرقيق والحموان (١) .

وقيل : تجوز في كل مبيع (٢) .

الا أن المشهور هو في الرقيق خاصة لان الرقيق يمكن التحميل بشأن
بكم عوبه كلها او بعضها بخلاف غيره فانه لا يمكن التحميل .

وقد اشترطوا لجوازها في الرقيق شرطين :

الشرط الاول : ان لا يعلم البائع وجود العيب الذي تبرأ منه فان طم
به فلا ينفعه ذلك الا اذا بينه تفصيلا بأن يذكر اسما العيوب التي يبرئ
التبرأ منها أو أراه المشتري لان ذكره أسما العيوب يدل على انه متيقن في عدم
وجوده فيه فعتبر .

والشرط الثاني

أن يتم عند البائع مدة طويلة حيث ان كان به عيب يظهر فيه (٣) .

وبعضهم قد روها بنصف سنة أو أكثر (٤) .

وقد لخص السبكي ما جاء في البراءة من العيوب كما يلي :

احدها : البراءة من كل عيب جائز طه البائع أو لم يعلمه وهو ذهب

ابن حنيفة وابن ثور كما روي ذلك عن ابن عمرو زيد بن ثابت .

والثاني : البراءة لا تجوز الا ما سماه البائع من العيوب وهو ذهب

ابن ابي ليلى والثوري والحسن بن حي وداه .

والثالث : البراءة لا تجوز الا ما وضع البائع يده عليه وهو ذهب طاه .

وشريح ورواية عن أحمد واسحاق .

(١) بداية المجتهد ٢ / ١٨٣ .

(٢) القوانين الفقهية / ٢٩١ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣ / ١٠٠ ، الفواكه الدواني ٢ / ٩٣ ، الخرشى ٥ / ١٣٥ .

(٤) الشرح الصغير ٣ / ١٤٢ .

والرابع : انه لا يهراً من العيب الناطق الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ حيث قال : " الامر المجتمتع عليه عندنا فيمن باع عبداً او وليدة او حيواناً بالبراءة فقد برى " من كل عيب فيما يباع ، الا أن يكون علم في ذلك عيباً فكتته ، فان علم عيباً فكتته لم تنفعه تبرئته وكسبان ما باع مردوداً عليه " (١) . وهو القول الظاهر من مذهب الشافعي .

الخامس : البراءة لا تنفع الا عما لم يعلم به في الرقيق وهو قول ثان لمالك .
السادس : البيع بالبراءة باطل كما هو قول في مذهب الشافعي رحمه الله .

السابع : لا تنفع البراءة الا في ثلاثة :

- ١- في بيع السلطان للمديون على مقلص او في ديون الميت .
- ٢- في العيب الخفي في الرقيق خاصة .
- ٣- فيما يصاب به الرقيق في عهدة الثلاث خاصة (٢) .

...

(١) الموطأ / كتاب البيوع / باب : ٤ .
(٢) المجموع ١٢ / ٣٩٩ ، ٤٠٠ .

الموضع الثاني : الدليل على جواز اشتراط البراءة :

وقد استدل الفقهاء على جواز اشتراط البراءة من الميوب بما رواه البيهقي عن سالم بن عبدالله أن عبدالله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر : بالغلام دا لم يسه . فاختصا الى عثمان رضى الله عنه . فقال الرجل : باعنى عبدا وبه دا لم يسه لى . فقال عبدالله بن عمر : بعته بالبراءة . فقضى عثمان رضى الله عنه على عبدالله بن عمر باليمين ، أن يحلف . انه لقد باع الغلام وما به دا يعلمه . فأبى عبدالله أن يحلفه وارتجع العبد فباعه بعد ذلك بألف وخمسةائة درهم (١) .

فالحديث صريح فى ان البيع كان بالبراءة . أما جواز البراءة : فان عثمان رضى الله عنه قضى بما يترتب على العقد الصحيح ولم يبطل البيع ولم يروا ان احدا منهم انكر صحة هذا البيع فكان اجماعا (٢) .

وقال السرخسى : " وقد اتفقوا على جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا فى صحة الشرط . فيستدل باتفاقهم على جواز البيع " (٣) .

...

(١) رواه البيهقي / كتاب البيوع : باب البيع بالبراءة / ٦٩ ج ٥ ص ٢٠٣ .

(٢) الشرح الكبير ٤ / ٦٠ .

(٣) المسوط ١٣ / ٩٢ .

الموضع الثالث :

ما يدخل تحت البراءة من العيوب :

والبراءة سواء كانت عامة او خاصة لا تخلو من ثلاثة أوجه :

١- البراءة من عيب قائم حالة العقد .

٢- البراءة من عيب قائم حالة العقد وما سيحدث بعده .

٣- البراءة من العيب مطلقا .

- بيان هذه الواجه :

الوجه الاول : البراءة من عيب قائم حالة العقد :

ان قيدها البائع بما في البيع عند العقد لا يبرأ ما يحدث بعد

العقد قبل القبض سواء كانت البراءة عامة او خاصة لان اللفظ المقيد بوصف

لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة .

الوجه الثاني : البراءة من العيب مطلقا :

وان أطلقها البائع يدخل فيها العيب الموجود بلا خلاف . لكن

هل يدخل فيه الحادث أم لا ؟

وللحنفية فيه رأيان :

- الرأي الاول :

ذهب أبو يوسف رحمه الله الى انه يدخل فيه القائم والذي يحدث

بعد العقد قبل القبض لان لفظ البراءة يتناول الحادث نصا ودلالة :

أما النص : فان لفظ البراءة عام يتناول الموجود وما سيوجد فتحصيله

او تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل .

أما الدلالة : فان غرض البائع من اشتراط البراءة سد طريق الرد بلسزوم العقد فلا يتحقق ذلك الا بدخول القائم عند العقد والحادث بعده وقبيل القبض دلالة (١) .

وقال قاضي خان : ان هذا الراى هو ظاهر مذهب ابي حنيفة وابى يوسف (٢) .

والراى الثانى :

ذهب محمد رحمه الله الى ان الاطلاق فى البراءة لا يتناول الحوادث بعد العقد قبل القبض وهو قول زفر والحسن بن زياد ورواية عن ابي يوسف لان الابراء يقتضى وجود العيب . والحوادث معدوم عند العقد والابراء عن المعدوم لا يتصور فلا يدخل بالاطلاق تحت البراءة (٣) .
وبه قال الشافعية (٤) .

الوجع الثالث : البراءة من الموجود وما سيحدث :

اما اذا اضاف البائع البراءة الى ما سيحدث بعد العقد قبل القبض بان قال : انا بى من الموجود وما سيحدث هل هذا الشرط صحيح ام لا ؟ قال الحنفية ان البيع بهذا الشرط فاسد لان الابراء لا يحتل الاضافة لانه اسقاط والاسقاط فيه معنى التطك . والتطك لا يحتل الاضافة الى المستقبل كما لا يحتل التطك بالشرط فكان هذا بيما ادخل فيه شرط فاسد فيوجب فساد البيع (٥) .

(١) بدائع الصنائع ٢٧٧/٥ .

(٢) الخانية ٢١٦/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٧٧/٥ ، انظر: فتح القدير ٣٩٩/٦ ، شرح المنامية

٣٩٨/٦ ، البحر الرائق ٧٢/٦ .

(٤) نهاية المحتاج ٣٧/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٧٧/٥ .

وللشافعي رحمه الله فيه وجهان :

أصحهما وبه قطع الاكثرون من أصحابه ان هذا الشرط فاسد ولا يبصر
البائع من اى عيب كان لانه اسقاط الشئ قبل ثبوته فلا يبصر .

والثاني : ان الشرط صحيح بطريق التبع لان البيع صحيح (١) وهو
ظاهر المذهب عند الحنابلة (٢) .

وفى الشرط الفاسد روايتان عن أحمد :

قال فى رواية : يفسد به العقد . وفى اخرى : لا يفسد (٣) .

...

- الترجيح :

والذى بدا لى ان البراءة لاتصح الا من العيوب التى سماها
البائع كما ذهب اليه ابن أبى ليلى والثورى والحسن بن حى وداود (٤) لأن
مفهوم قوله فى الحديث : " بالخلام دا لم يسه " يدل على انه لو سماه
لكان قد برى منه .

اما ما لم يسه لا يبصر منه لانه ربما تركه خوفا من اطلاع المشتري على
وجوده بالمبيع .

(١) نهاية المحتاج ٣٨/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ .

(٢) الشرح الكبير ٦٠/٤ .

(٣) الشرح الكبير ٦٠/٤ .

(٤) المجموع ٣٩٩/١٢ . ابن أبى ليلى هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى

ليلى قاضى الكوفة (٧٤-١٤٨ هـ - طبقات الفقهاء ٨٤/٠) .

والحسن بن حى هو الحسن بن صالح بن حى بن مسلم الهمداني :

(١٠٠-١٦٧ هـ) طبقات الفقهاء ٨٥/٠ .

(٢١٠)

المبحث السابع

ما يسقط به خيار العيب

المبحث السابعما يسقط به خيار العيب

بعد أن ثبت ذلك الخيار شرعا بتحقق شروطه المذكورة في موضعها لا يسقط الا اذا وجد بعض التصرفات من المشتري من قول او فعل او ما يدل على الرضا به وذلك في الصور الآتية :

اولا : علم المشتري بالعيب :

واذا ثبت ان المشتري كان طالما بالعيب في السلمة عند البيع او عند القبض سقط الخيار لان الاقدام على شراؤه ليس الا دليل الرضا به .

ثانيا : الاسقاط صريحا :

واذا قال : أسقطت خيارى . أو أبطلته أو أجزت البيع ونحوه ما يدل على الاسقاط سقط خياره لان ذلك كله تصريح بالرضا فيبطل به الخيار (١) .

ثالثا : الاسقاط دلالة :

كل فعل يأتي من المشتري ما يدل على الرضا به فانه يبطل الخيار كالبيع والاجارة والرهن والتمتق والاستعمال والاستخدام (٢) .

ويتفرع على ذلك سائل :

منها : ان كان المبيع عبدا فكاتبه مولاه بعد العلم بعيبه أو أعتقه أو كان أرضا بنى عليها . يبطل خياره لان هذه التصرفات دليل الرضا بالمبيع .

(١) بدائع الصنائع ٢٨٢/٥ ، الاختيار ١٥/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٢/٥ ، الاختيار ١٥/٢ ، الهندية ٧٥/٣ ، الخرشى

١٣٦/٥ ، كشاف القناع ٢٢٣/٣ .

فقال الشافعية يسقط ولو بشيء خفيف لان ترك الاستعمال مطلقا
شرط حتى يبرده ، لان الاستعمال اشعار بالرضا .
وقيل : الاستعمال الخفيف لا يضر (١) .

والمالكية قالوا : ان كان الاستعمال يؤدي الى النقص في العين يضر
والا فلا . ولذلك فسكتى الدار او البيت او الحانوت بعد العلم بالمعييب
لا يدل على الرضا عندهم لعدم النقص في العين (٢) .

والذى يفتى به عند الحنفية هو الاستعمال مرتين كما صرح به فى
الهندية : " الاستخدام مرة لا يكون رضا بالمعييب اما مرتين فيكون رضا به .
وبه يفتى " (٣) . لان المرة الاولى غالبا ما تكون للاختبار : هل يصلح له مع
المعييب ام لا . ولان الاستعمال مرة لا يختص بالملك لان الانسان يستعمل
الشيء مرة ولو لم يكن بملكه .
وقال فى المزانية : وهو الصواب (٤) .

ولا يخفى ان الحنفية تركوا الامر الى العرف فان كان نلك القدر ممن
الاستعمال اختبارا فى العرف لم يسقط به الخيار ، وان كان بعد اختيارا بطل
الخيار وبه قال الحنابلة (٥) .

(١) مضمون المحتاج ٥٨٠/٢ ، الانوار ١/١٠٣٥١ .

(٢) الخرشى ٥/١٣٦ .

(٣) الهندية ٣/٢٥٠ .

(٤) المزانية ٤/٤٥٩ ، المسوط ١٣/٩٩ ، بدائع الصنائع ٥/٢٨٢ .

(٥) الشرح الكبير ٤/٢٥٠ .

والاستعمال في حالات الضرورة مستثنى من ذلك :
 كعرض الثوب على الخياط ليعرف أيكفيه أم لا ، او عرض الصبيح المميب
 على المقومين (١) وكذا ركوب الدابة او السيارة لردّها على البائع . وقال
 بعضهم ان كان مضطرا يجوز والا فلا ، كعجزه عن المشى أو يكون المشتري
 ذا هيئة (٢) .

قبل : والركوب في الرد لا يضر ولو بغير عذر (٣) .
 وكذا اذا اطلع على عيب في السيارة وهو في السفر واستمر ركوبها فلا يكون
 دليلا على الرضا بالميب (٤) لانه معذور في ذلك .

رابعاً : زوال العيب :

ولو زال العيب قبل الرد فهل له ان يرده بناه على ما كان او يطل

حقه ؟

وفيه قولان :

القول الاول :

ذهب الحنفية والمالكية الى انه اذا زال العيب قبل الفسخ بطل الخيار
 لانه كان قد ثبت لدفع الضرر فاندفع بزواله فلارد له بعد ذلك (٥) .
 وهو احد قولى الشافعى رحمه الله (٦) وقال القاضى حسين : وهو
 المذهب (٧) .

(١) الدر المختار ٥ / ٣٥ .

(٢) المسوط ١٣ / ٩٩ .

(٣) الخرشى ٥ / ١٣٦ .

(٤) الخرشى ٥ / ١٣٦ ، المذهب ١ / ٢٩١ ، البزازية ٤ / ٤٥٦ .

(٥) شرح الخطاب ٤ / ٤٤٠ ، الشرح الصغير ٣ / ٤٢ ، الهندية ٣ / ٦٩ .

(٦) المذهب ١ / ٢٩١ ، اعانة الطالبين ٣ / ٣١ .

(٧) المجموع ١٢ / ١٦١ .

والقول الثاني :

ان الخيار الثابت لا يسقط بزوال السبب لانه ثبت بوجود العيب فلا يسقط بخير رضا المشتري وهو القول الثاني للشافعي رحمه الله (١) .

ولو أزاله البائع بلا أجره سقط حق الرد لان ضرر العيب زال بخير أضرار (٢)

— خاسا : سقوط الخيار بطريق الضرورة :

وذلك اما بفوت مدة الخيار واما بموت من له الخيار .

أما فوت المدة وهي كما سبق بالتفصيل في كيفية الرد — عند من يقبول بالغور كما قال الشافعية ، او عند من يقول بمدة معينة نحو يوم او يومين كما قال المالكية . وطى هذا اذا لم يرد المشتري الصبح فورا او في يوم او يومين سقط خياره في الرد .

أما موت من له الخيار :

فيسقط خيار صاحبه ضرورة (٣) الا أنه هل ينتقل بطريق الارث أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

فقال الحنفية والشافعية والمالكية ان خيار العيب ينتقل الى الورثة لانه استحق المبيع سليما بمقتضى العقد وبالعيب فات منه جزء سليم فلورثته ان يطالبوا بذلك الجزء الفائت لانه كان للمورث ذلك فيقوم الوارث مقامه فيطالبه (٤) .

وأما الحنابلة فالخيار لا يورث عندهم لانه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة (٥) ويدل على ذلك عموم قول احمد حيث قال : " الموت يبطل به ثلاثة اشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقدمون والخيار اذا مات الذي اشترط الخيار " (٦) .

-
- (١) المهذب ١/٢٩١ .
 (٢) المهذب ١/٢٩١ .
 (٣) الاختيار ٢/٢١ ، ١٥٠ .
 (٤) الهداية ٣/٣٠ ، فتح القدير ٦/٣١٨ ، بدائع الصنائع ٥/٢٦٨ ، تبين الحقائق ٤/١٩ ، الاختيار ٢/١٣ ، المهذب ١/٢٩١ ، المجموع ٩/٢٢٢ ، بداية المجتهد ٢/٢١٠ .
 (٥) المغنى ٣/٤٩٤ ، الشرح الكبير ٤/٧٧ ، كشف القناع ٣/٢١٠ .

الفصل الثاني

خيار الرد بالتصرية

وفيه ستة مباحث :

- المبحث الاول : معنى المصراة
- المبحث الثاني : مشروعية الرد بالتصرية
- المبحث الثالث : مشروط ثبوت الخيار بالتصرية
- المبحث الرابع : محل ثبوت الرد بالتصرية
- المبحث الخامس : مدة الخيار في رد المصراة
- المبحث السادس : كيفية الرد بالتصرية

المبحث الأولمعنى المصراة

أولا : في اللغة :

اختلف العلماء في معنى المصراة الواردة في الحديث الصحيح بنسأ على اختلافهم فيما يشتق عنه ، على قولين :

القول الأول :

ان المصراة مشتقة من صرى ، يصرى - بتشديد الراء وهي حبس الماء كما قال البخارى رحمه الله : " وأصل التصرية حبس الماء . يقال منه صريت الماء اذا حبسته " (١) وجاء في الصحاح : " صريت الشاة تمصرية اذا لم تحلبها أياما حتى يجتمع اللبن في ضرعها ، والشاة مصراة " (٢) وهذا التفسير هو قول ابى عبيد واكثر أهل اللغة . (٣)

والقول الثانى :

وفسر الشافعى رحمه الله " انها أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها فاذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها " (٤)

(١) صحيح البخارى / البيوع / باب : ٦٤ .

(٢) الصحاح / الجوهرى / ٦ / ٣٤٠٠ .

(٣) فتح البارى / ٥ / ٣٦٥ .

(٤) معالم السنن / ٥ / ٨٤ وما بعده .

وعلی هذا فان المصرة مشتقة من صریصر صرارا وهو الشد .

وقال فی الصحاح :

" صررت الناقة : شددت علیها الصرار ، وهو خیط یشد فوق الخلف
بکسر الفاء - والتوبية لثلا یرضعها ولده " (١)

أيها أصح ؟

قال الخطابی : " قول أبی عبيد حسن وقول الشافعی صحیح " (٢)
واستشهد علی صحته بقول الصرب فانه اذا أرسل ذوات اللبن یرضرون
الحلمات یرسح .

ويسمون ذلك الرباط " صرارا " فاذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت (٣)
وقال المسقلانی : والأول أصح لأنه من صریت اللبن فی الضرع اذا جمعت
وليس من صررت الشيء اذا ربطته ، ان لو كان منه لقیل : مصرورة أو مصررة (٤)

وقال أبو عبيد : " ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة " (٥)

وقال صاحب المطالع :

" هو من صرى یصرى اذا جمع ، وهو تفسیر مالك والكافة من الفقهاء
وأهل اللغة " (٦)

(١) الصحاح / ٢ / ٧١١

(٢) معالم السنن / ٥ / ٨٥

(٣) معالم السنن / ٥ / ٨٥

(٤) فتح الباری / ٥ / ٢٦٥

(٥) معالم السنن / ٥ / ٨٥ ، تهذیب الاسماء واللغات / ١ / ١٧٦

(٦) تهذیب الاسماء واللغات / ١ / ١٧٥

هذا اختلاف في الاشتقاق الا أن النتيجة واحدة وهي تجمع اللبن في الضرع سواء كان بربط الضرع أو بحبس اللبن فيه .

ثانيا : معنى المصرة في الاصطلاح :

وقد تناول الفقهاء تعريف التصرية فقالوا : هي أن يترك البائع حلب الحيوان عددا مدة قبل بيعه حتى يجمع اللبن في ضربه فعند البيع يخيل الى المشتري غزارة لبنه فيزيد في الثمن . (١)

(١) نهاية المحتاج / ٤ / ٧٠ ، معنى المحتاج / ٢ / ٦٢ ، اسهل المدارك /

المبحث الثاني

مشروعية الرد بالتصيرية

والتصيرية حرام سواء قصد بها التدليس أم لم يقصد لما فيه من إيذاء الحيوان . وإذا كانت للبيع فهو بطريق أولى كما دل على ذلك تعلييل الأكثر للحرمة بالتدليس . (١)

وإذا وجد المشتري الشاة أو الناقة ونحوهما مصراة فهل له أن يرد ها على بائعها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الاول :

ان التصيرية عيب توجب الرد كما روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس . واليه ذهب مالك والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهويه وأبو يوسف في بعض الروايات ، وزفره ، وأبو ثور وأبو سليمان (٢) وقال السبكي : " اتفق جميع أصحابنا على ذلك تبعاً لما همم " (٣)

القول الثاني :

انه لا رد له بعيب التصيرية ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وقول أبي يوسف في المشهور عنه ، وقول أشهب من المالكية وطائفة من أهل الصراق . (٤)

(١) فتح الباري / ٥ / ٢٦٥ .

(٢) هو داود بن علي بن خلف الاصفهاني المتوفى ٢٢٠ هـ . قال أبو العباس :

كان داود ، عقله اكثر من طمه ، كان من المتحصبين للشافعي (طبقات

الفقهاء / ٩٣) .

(٣) المجموع / ١٣ / ٦

(٤) المغني / ٤ / ١٠٢ ، عمدة القاري / ١١ / ٢٧٠ .

وكل من أصحاب هذين القولين استدلوا بحديث واحد وهو حديث
المصراة ، فبعضهم أخذوه وعطوا به ، وبعضهم رده أو أولوه ولم يعطوا به .

أ - أدلة القائلين بالرد بها :

أستدل القائلون بالرد بالتصريح بما روى عن امي هريرة رضى الله عنه أنه
قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم :

" لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين
بعد أن يحلبها : ان رضى أسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر"
متفق عليه . (١)

وللبخارى وأبي داود : " من اشترى غنما مصراة فاحلبها ، فان رضيها
أسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر . (٢)

وفي رواية : " ما اشترى أحدكم لقة مصراة (٣) أو شاة مصراة فهو
بخير النظرين بعد أن يحلبها : اما هي والا فليردها وصاعا من تمر . (٤)

وفي رواية : " من اشترى مصراة فهو منها بالخيار ثلاثة أيام ان شاء
أسكها وان شاء ردها ومعها صاعا من طعام لاسمرا" (٥) وقال الترمذى :
لاسمرا" : لا يبر . ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . (٦)

وفي رواية أخرى لم يذكر ثلاثة أيام ولا طعاما وانما قال : صاعا من تمر (٧)

(١) رواه البخارى / كتاب البيوع / باب ٦٤ ، ومسلم / البيوع / باب ٧ باب حكم بيع
المصراة .

(٢) رواه البخارى / كتاب البيوع / باب ٦٤ ، وأبو داود / البيوع / ٤٦ .

(٣) اللقة : هي الناقة الحلوب (المصباح المنير / مادة لقع) .

(٤) رواه مسلم / البيوع / باب ٧ .

(٥) مسلم / البيوع / باب ٧ ، أبو داود / البيوع / باب ٤٦ ، الترمذى / البيوع /

باب ٢٩ ، النسائى / البيوع / باب ١٤ ، ابن ماجه / التجارات / ٤٢ ، مسند

أحمد / ٣ / ٢٤٨ .

(٦) الترمذى / البيوع / ٢٩ .

(٧) الترمذى / البيوع / ٢٩ .

وكذا استدلو بما روى عن جميع بن عمير التيمي قال : سمعت عبد الله ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من ابتاع محفلة ، فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها مثل أو مثل لبنيها قمحا " (١)

فقد دلت الروايات الصحيحة المذكورة على أن من اشترى مصراة فهو بالخيار ان شاء أسكها وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو طعمام كما يأتي .

وجاء في فتح الباري : " وقد أخذ بظاهر هذا الحديث جمهور أهل العلم ، وأفتى به ابن مسعود وأبو هريرة ولا مخالف لهم من الصحابة . وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يحصى عدده ولم يفرقوا بين أن يكون اللبني الذي احتلب قليلا أو كثيرا ولا بين أن يكون التمرة تلك أهل البلد أم لا .

وخالف في أصل المسألة أكثر الحنفية وفي فروعها آخرون " (٢)

وأصل المسألة هو تقديم القياس على خبر الواحد أو عكسه كما سيأتى بالتفصيل . .

(١) رواه ابن ماجه / التجارات / ٤٢ ، وأبو داود / البيوع / ٤٦ .

(٢) فتح الباري / ٥ / ٢٦٨ .

أدلة الحنفية :

وتقدم أن الحنفية لم يثبتوا الخيار بعيب التصوية . وليس عند هم أي دليل منقول استدلوا به على رأيهم ، وإنما اعتمدوا في ذلك على مناقشة الحديث المحتج به عند الجمهور وتأويله على حسب ما ذهبوا اليه .

فقد قالوا :

أولا : ان هذا الحديث مخالف للقياس فكان ناسخا للكتاب والسنة لأنهما أوجبا العمل بالقياس ، وكذا الاجتاع ، فكان مردودا .

بيان هذه المخالفة :

والأصل في المتلفات : ان كان له مثله يضمن بالمثل لقوله تعالى : ((فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)) (١) وان كان مما لا مثل له يقدر بالقيمة لقوله عليه الصلاة والسلام : " من اعتق شقفا في عبد قوم عليه نصيب شريكه ان كان موسرا (٢) .

وعلى هذا الاصل :

فان كان لبن المصرة قد تلف أو استهلك وتعذر الرد : فاما أن يرد مثله أو قيمته . أما ايجاب التمر أو الطعام مكانه كما ورد في حديث المصرة فهذا مخالف للحكم الثابت بالكتاب والسنة فيكون نسخا ومعارضة ، فكان مردودا ، لأنه اذا تعارض خبر الواحد مع القياس ، ان كان الراوي ليس مصروفا بفقده يقدم القياس على الخبر .

وهذا الخبر من روايات أبي هريرة رضى الله عنه وهو ليس بفقية يقدم بالقياس على خبره كما سيأتى ذلك بالتفصيل .

(١) البقرة/١٩٤ .

(٢) رواه البخارى / كتاب الشركة / باب : ٥٥ ، مسلم / كتاب المقت / ١ ، رقع الحديث

المسلسل (١٥٠) .

ثانيا :

هذا الحديث معارض للحديث الصحيح المشهور وهو " الخراج بالضمان " لأنه يوجب أن يكون اللبن للمشتري بعد الرد لحصوله في ملكه الصحيح لأن المبيع صار ملكا له بالقبض . والنما" الحاصل بطك الانسان يكون ملكا له فلا يجب عليه لا رده ولا ضمانه ، فالخبر الذي يوجب رده أو ضمانه يخالف ذلك الاصل فكان منسوخا بقوله : " الخراج بالضمان " .

وه قال أشهب من المالكية (١) .

وان قيل : ان المشتري لا يضمن ما حصل بطكه وانما يضمن ما نسي الضرع عند العقد .

أجيب بأنه لا يضمنه أيضا لان اللبن الموجود عند العقد لم يكن مالا لأنه لم يجز العقد عليه كالجبل ، وانما يصير مالا بعد الحلب فلا يدخل في العقد فصار بمنزلة الحادث بعد العقد . والذي يحدث بعده كالكسب والغلة فهو للمشتري للحديث : الخراج بالضمان .

الثا :

ولكن سلمنا أن اللبن يجوز ضمانه بغير مثله لكنه لا يجوز أن يضمن بصاع من تمر بلا تقويم ، قل اللبن أو كثر ، فهذا الضمان لا وجه له في الشرع .

قال محمد بن شجاع (٢) ان حديث المصراة منسوخ بحديث : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " لأن النبي صلى الله عليه وسلم نفى الخيار بعد الفرقة

(١) حاشية الدسوقي / ٣ / ١١٦ .

(٢) هو محمد بن شجاع ابن الثلجي ، فقيه العراق في وقته وهو الذي شرح فقه أبي حنيفة واحتج له وقواه بالحديث : ١٨١ - ٢٦٦ (الاعلام / ٧ / ٢٨)

قطعا ، وما يوجب الخيار من الحديث بعد الفرقة منسوخ .

رابعا :

قال ابن التين ان في الحديث اضطرابا : فانه قال مرة صاعا من تمر
ومرة صاعا من طعام ومرة مثل أو مثل لبنيها . (١)

مناقشة أدلة الحنفية :

وقد ناقش الجمهور أدلة الحنفية وردوا عليهم بما يلي :

أولا :

كون الحديث مخالفا لاصل من الاصول الاربعة وهو القياس الذي
أوجب الكتاب والسنة العمل به مردود ، لأن التوقف في خبر الواحد انما هو
في مخالفة الاصول لا في مخالفة قياس الأصول ، وهذا الخبر انما خالف
قياس الأصول . بدليل أن الأصول هي : الكتاب والسنة والاجماع والقياس .
والكتاب والسنة هما أصلان حقيقيان والآخران مردودان اليهما ، فالسنة
أصل والقياس فرع فكيف يرد الأصل بالفرع ؟ بل الحديث أصل بنفسه فكيف
يقال ان الاصل يخالف نفسه ؟

قال ابن دقيق : " وهذا أقوى متمسك به في الرد على هذا المقام " .
وقال ابن السمعاني : " متى ثبت الخبر صار أصلا من الأصول ، ولا
يحتاج الى عرضه على أصل آخر ، لأنه ان وافقه فذاك ، وان خالفه فلا يجوز ،
رد أحدهما ، لأنه رد للخبر بالقياس وهو مردود باتفاق ، فان السنة مقدمة
على القياس بلا خلاف " ثم قال : " والأولى عندي في هذه المسألة تسليم
الأقيسة لكنها ليست لازمة لأن السنة الثابتة مقدمة عليها " (٢)

(١) كشف الاسرار / ٢ / ٣٨١ ، ٣٨٢ ، عدة القارئ / ١١ / ٣٧١ .

(٢) فتح الباري / ٥ / ٢٦٩ .

(٢٢٥)

أما الجواب على تقويم اللبغ بغير مثله أو بغير قيمته :
فإن التقويم المثلثات بغير النقد ليس هنا فقط بل هو موجود في بعض
الأصول أيضا كما في دية النفس مائة من الإبل ، وفي دية الجنين غرة وهما
ليسا من النقود .

ثانيا :
:

أما كون الحديث منسوخا بحديث : الخراج بالضمان أو بحديث :
البيعان بالخيار . . . فأجيب عنه بأن النسخ لا يثبت بالاحتمال فانهم مرة
قالوا : نسخه هذا ومرة قالوا نسخه ذاك الحديث . فلا يثبت النسخ
بالاحتمال .

وكون حديث : البيعان بالخيار بعد حديث المصراة ، لا دليل عليه .
ثم إن حديث المصراة أصح من حديث " الخراج بالضمان " بالاتفاق
فكيف يقدم المرجوع على الراجح ؟

وأما انتهاء الخيار بالفرقة ، فالخيار في المصراة من خيار الرد بالعيب
وخيار الرد بالعيب لا تقطعه الفرقة .

ثالثا :

أما تقويم القليل والكثير من اللبغ بقيمة واحدة .
فأجيب عنه بأن تقويم القليل والكثير بقيمة واحدة أو بمقدار واحد ليس
في المصراة فقط بل هو موجود في غيرها أيضا كأرش الموضحة (١) فانها ربما
أخذت أكبر مساحة من الرأس فيكون فيها خمس من الإبل ، وربما كانت قدر

(١) وهي الجرحة التي حصلت في الرأس بالضرب ونحوه ، سميت بالموضحة
لانها توضح العظم أي تبينه .

الأنملة فيجب الخمس من الأبل سنواً .

وكذلك الدية في الأصابع سواً ، على اختلاف مقادير جمالها ومنفعتها .
وكذلك أوجب أصحاب الرأي في الحاجبين وأهداب العينين ، وفي اللحية
الدية الكاملة ، وأبين منافع الحاجبين من اللسان واليدين والرجلين ؟ (١)

والحكمة في ذلك :

والحكمة في تقدير القليل والكثير بقيمة واحدة أن كل ما يقع فيه النزاع
يقدر بشئ معين لقطع النزاع بين المتخاصمين ، وكذا هنا ، لأن اللب
الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد ولا يعرف مقداره ،
والمحاولة لمعرفة قدره تؤدي إلى نزاع ثان ، ولذلك يقدر اللبن قليلاً وكثيره
بقيمة واحدة .

رابعاً : أما الجواب عن كون الحديث مضطرباً :

فإن الحديث له طرق صحيحة لا اختلاف فيها ، والضعيف لا يعمل به
الصحيح .

وقال ابن عبد البر (١) : " هذا الحديث مجمع على صحته وثبوته من جهة
النقل ، واعتل من لم يأخذ به بأشياء لا حقيقة لها "

خاصاً : أما الجواب عن تركهم الحديث لكونه من روايات أبي هريرة وتقدريه
القياس عليه :

بأن أبا حنيفة ترك القياس لرواية من أبي هريرة وأمثلة كتجويزه الوضوء
بنبيذ التمر ، وكنقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة وغير ذلك . (٢)

(١) هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، ٣٦٨-٤٦٣ هـ .

(شجرة النور الزكية / ١١٩) .

(٢) المراجع لهذه الاجمعة : فتح الباري / ٥ / ٢٦٨ - ٢٧١ ، معالم السنن / ٥

٨٦-٨٨ ، المجموع / ١٢ / ١٧ وما بعده ، بداية المجتهد / ٢ / ١٧٤ ، نيل

الوطار / ٥ / ٢٤٤ ، ٢٤٥ .

وتحقيقه :

أن أبا حنيفة قال : ان الرجل اذا لم يجد الا نبيذ التمر يتوضأ به
ولا يتيمم لحديث ليلة الجن ، فان النبي عليه الصلاة والسلام توضأ به حين
لم يجد الماء (١)

وكذا القهقهة في الصلاة تنقض الوضوء عند الحنفية ، وقال في الهداية :
" والقياس أنها لا تنقض " (٢) الا أنهم استدلوا بخبر الواحد وتركوا القياس به ،
وهو قوله عليه الصلاة والسلام : " ألا من ضحك منكم قهقهة فليمد الوضوء
والصلاة جميعاً " ثم قال صاحب الهداية : " ومثله يترك القياس " (٣)

سبب الخلاف :

وقد تقدم أن بعض الفقهاء قالوا بثبوت الخيار بعيب التصرية ومعضهم
لم يقولوا بذلك وسبب الخلاف فيه يعود الى اختلافهم في تقديم القيل على
خبر الواحد أو تقديمه على القياس عند تعارضهما ، فهذا بحث طويل لا
نخوض فيه ، الا أننا نذكر هنا القدر الذي يتعلق بحديث المصراة حتى
يتضح لنا سبب الخلاف .

ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله الى أن خبر الواحد والقياس اذا
تعارضوا يقدم الخبر اطلاقاً (٤) وعلى هذا فلا اشكال عندنا في العمل بحديث
المصراة لأن الخبر مقدم .

(١) الهداية / ١ / ٢٤٠

(٢) الهداية / ١ / ١٥٠

(٤) التحرير / ٣٥٢ ، تيسير التحرير / ٣ / ١١٦ ، المسودة / ٢٣٩ ، وذكره =

وعن مالك روايتان في ذلك :

الرواية الأولى : أن القياس يقدم على الخبر (١) حكاه أبو الطيب عن
أبي بكر الأبهري المالكي (٢) لأن القياس حجة باجماع السلف من الصحابة ،
ولليل الكتاب والسنة ولا جماع فهو أقوى من خبر الواحد (٣)
لكن هذا القول لم يشتهر عنه على ما قاله صاحب كشف الاسرار ، ونقل عن
صاحب القواطع من الشافعية أنه قال : " وقد حكى عن مالك أن خبر الواحد
إذا خالف القياس لا يقبل ، وهذا القول باطل سجم مستقبح عظيم ، وأنا
أجل منزلة مالك عن مثل هذا القول ، ولا يدري ثبوته " (٤)

= اطلاقاً . الا أن الرازي في المحصول (٤/٦١٩ وما بعده) والأسنوي
في نهاية السؤل (٢/٢٥٥) ذكرا أن فيه تفصيل عند الشافعي رحمه
الله : ان أمكن تخصيص أحدهما بالآخر يخصص ، وان لم يمكن : ان
كانت مقدمات القياس ثابتة بدليل قطعي يقدم القياس على الخبر لأنه
حينئذ تكون مقدمات القياس أقل ، وان كانت ثابتة بدليل ظني يقتدم
الخبر على القياس على الصحيح لأن مقدمات الخبر تكون أقل من
مقدمات القياس ، فأيهما امتاز به يقدم على الآخر .

(١) كشف الاسرار/٢/٣٧٧ ، المنار/٢٠٩ ، حاشية المنار/٦٢٢ ، الاسنوي
٢/٢٥٥ ، شرح الكوكب الضئير/٢/٣٦٧ .

(٢) المسودة/٢٣٩ ، ابوبكر الأبهري ، هو محمد بن عبد الله بن محمد
الأبهري التميمي ، ولد : ٢٩٠ توفى : ٣٧٥ (طبقات
القمها* /١٦٧) .

(٣) أصول السرخسي /١/٣٣٩ .

(٤) كشف الاسرار/٢/٣٧٧ .

ان صحت عنه هذه الرواية فكيف أخذ الامام مالك بحديث المصراة؟
 ذكر صاحب التيسير وشارح المنار ، أن الأصل عند مالك تقديم القياس
 على خبر الواحد وأن حديث المصراة استثناء من هذا الأصل . وذلك فانه
 استثنى أربعة أحاديث من هذا الأصل وقد مها على القياس ، وهى حديث
 غسل الاناء من ولوغ الكلب وحديث المصراة وحديث العرايا وحديث القرعة . (١)

والذى جاء فى المدونة يقطع بأن ما لكا كان يقول بموجب حديث
 المصراة . حيث سأل سحنون ابن القاسم : " أكان مالك يأخذ بهذا الحديث؟
 قال ابن القاسم : قلت لمالك : تأخذ بهذا الحديث ؟ قال نعم ،
 ثم قال مالك : أو لأحد فى هذا الحديث رأى " (٢)

وشكهما فى أخذه بحديث المصراة دليل على أن الأصل عند الامام
 أن خبر الواحد اذا تعارض بالقياس يقدم القياس على الخبر .

والعمل بحديث المصراة وأمثاله مع مخالفته الأصول أمر تعبدى عنده
 كما قال الدسوقي : " اعلم أن رد المشتري للمصاع أمر تعبدى " أمرنا بسنه
 الشارع ولم نعقل له معنى " (٣)

(١) تيسير التحرير / ٣ / ١١٦ ، حاشية المنار / ٦٢٢ .

(٢) المدونة / ٤ / ٢٨٦ .

(٣) حاشية الدسوقي / ٣ / ١١٦ ، انظر : حاشية الصاوى / ٣ / ١٦١ .

والرواية الثانية :

أن تقديم القياس على خبر الواحد أو عكسه فيه تفصيل عند مالك رحمه الله .

فإن الخبران كانت قاعدة أخرى ضدته قال به ولا تركه . قال ابن العربي (١) هذا هو المشهور والمصول عليه . (٢)

وعلى هذا فيكون له قولان في العمل بحديث المصراة :
أحدهما : أنه لا يعمل به لأنه يخالف أصلا ، وهو حديث " الخراج
بالضمان " لأن الشيء إذا تلف إنما يضمن بمثله أو بقيته ، أما ضمانه بجنس
آخر من الطعام ، فلا (٣) قال السبكي : إن هذه الرواية غريبة عنه ، ثم نقل
عن ابن عبد البر أنه قال :
" هذه رواية ، أله أعلم بصحتها عن مالك ، ولم يروها عنه إلا ثقة ،
ولكنه عندي اختلاق من رأيه " (٤)

ثانيهما : أنه يجوز العمل به لأن له أصلا متفقا عليه يصح الرجوع إليه
بحيث لا يضاد هذه الأصول الأخرى (٥) .

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله المصروف بابن العربي الأشبيلي المالكي
صاحب أحكام القرآن ، المتوفى ٥٤٣ هـ (الوفيات / ٢٧٩) .

(٢) الموائقات / ٣ / ١٣

(٣) الموائقات / ٣ / ١٣

(٤) المجموع / ١٢ / ٦

(٥) الموائقات / ٣ / ١٤

أما الرأي عند الحنفية :

في تقديم الخبر على القياس فلهم رأيان في ذلك :

الرأي الأول :

أن خبر الواحد يقدم على القياس اطلاقاً ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة ، ولا يشترط فقه الراوي ، وهو رأي أبي الحسن الكرخي ومن تابعه من الحنفية .

الرأي الثاني :

إذا تعارض الخبر والقياس ينظر :

ان كان الراوي معروفاً بالمدل والضبط والفقهاء كالأخلاق الراشدين والمبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأبي موسى الأشعري وعائشة رضي الله عنهم فان خبرهم حجة اطلاقاً سواء كان موافقاً للقياس أو مخالفاً .

وان كان الراوي غير معروف بالفقه مع ضبطه وعده كأبي هريرة وأنس ابن مالك ، فالمجتهد يصرف كل جهده للتوفيق بينه وبين القياس فاذا انسد باب الرأي في ذلك ولم يستطع أن يوفق بينهما . يقدم القياس على الخبر ضرورة . لأن ضبط حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر عظيم . لأنه قد أوتي جوامع الكلم ، ويحتمل أن الراوي نقل معنى كلامه عليه الصلاة والسلام بعبارة

لا تنتظم المعاني التي انتظمتها عبارة الرسول عليه الصلاة والسلام لقصور فقهه عن دركها ، لأن الرواية معنى لا تتحقق الا بقدر فهم الراوي لمعاني الحديث فيدخل في الخبر شبهة زائدة يخلو عنها القياس لان الشبهة فيه ليست الا في الوصف الذي هو أصل

القياس . أما في الحديث ففيه شبهتان : شبهة في الاتصال وشبهة في متن الخبر فيحتاج في مثل هذا الخبر بترجيح ما هو أقل شبهة وهـ (القياس .

وحديث المصراة من هذا القبيل فانه رواه أبو هريرة رضي الله عنه وخالف القياس ولم يمكن التوفيق بينهما فقدم القياس عليه ضرورة .

والمراد بقصور فقه الراوى هو قصوره عند المقابلة بفقه الحديث أى عند المقابلة ما هو فقه لفظ النبي عليه السلام . أما بمعنى الازدراء والاستخفاف فمعان الله عن ذلك . (١)

واشترط فقه الراوى لتقديم خبره على القياس عند الحنفية هو مذهب عيسى بن أبان (٢) . وهناك رأى آخر لم يشترط ذلك ، كما سبق . فقدم

في كشف الاسرار :
" وأعلم أن ما ذكرنا من اشتراط فقه الراوى لتقديم خبره على القياس مذهب عيسى بن أبان واختاره القاضى الامام أبو زيد (الدبوسى) وخرج عليه حديث المصراة وخبر الصرايا وتابعه أكثر المتأخرين .

فأما عند الشيخ أبى الحسن الكرخى ومن تابعه من أصحابنا فليس فقه الراوى بشرط لتقديم خبره على القياس بل يقبل خبر كل عدل ضابط اذا لم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة ، ويقدم على القياس (٣)

-
- (١) اصول السرخسى / ١ / ٣٣٨-٣٤١ ، كشف الاسرار / ٢ / ٣٧٧-٣٨٢ .
(٢) هو أبو موسى عيسى بن أبان بن صدقه ، تفقه على محمد بن الحسن الشيبانى (طبقات الفقهاء / ١٣٧) .
(٣) كشف الاسرار / ٢ / ٣٨٢ .

وقد تبين بهذا أن في تقديم خبر الواحد على القياس رأيين عند الحنفية :
رأى يقدم الخبر اطلاقاً سواء كان الراوى فقيهاً أم لا ، ورأى يشترط ذلك ،
وينبغى أن نعترف أيهما مضمول به في المذهب .

تحقيق القول الصحيح في مذهب الحنفية :

وقد حقق ذلك صاحب كشف الأسرار من أن الصحيح في المذهب أن
لا يشترط فقه الراوى لتقديم خبره على القياس وقال :

" قال أبو اليسر (١) : واليه مال أكثر العلماء من أن التغيير من
الراوى بعد ثبوت عدالته وضبطه موهوم ، والظاهر أنه يروى كما سمع ، ولو
غير لغير على وجه لا يتغير المعنى . هذا هو الظاهر من احوال الصحابة
والرواة المدول ، لأن الأخبار وردت بلسانهم ، فعلمهم باللسان يمنع
من غفلتهم عن المعنى وعدم وقوفهم عليه ، وعد التهم وتقواهم تدفع تهمة
التزايد عليه والنقصان عنه . قال : ولأن القياس الصحيح هو الذى يوجب
وهنا في روايته ، والوقوف على القياس الصحيح متعذر فيجب القبول كما
يتوقف العمل بالأخبار . . . ثم مضى قائلاً :

" ولم ينقل هذا القول عن أصحابنا أيضاً ، بل المنقول عنهم أن خبر
الواحد مقدم على القياس ، ولم ينقل التفضيل ، ألا ترى أنهم عطوا بخبر
أبى هريرة رضى الله عنه في الصائم اذا أكل أو شرب ناسياً وان كان مخالفاً
للقياس ، حتى قال أبو حنيفة رحمه الله : لولا الرواية لقلت بالقياس ، ونقل
عن أبى يوسف رحمه الله في بعض أماليه أنه أخذ بحديث المصراة وأثبت
الخيار للمشتري .

(١) هو أحمد بن محمد بن محمد بن الحسين النسفى اليزدى أبو المعالى
ابن أبى اليسر ، المتوفى ٥٤٣ هـ . هو ابن أخى فخرالسلام اليزدى
المتوفى ٤٨٣ هـ . (الجواهر المضية في طبقات الحنفية / ١ / ٣٠٩ المحقق)

وقد ثبت عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : ما جاءنا عن الله وعن رسوله فعلى الرأس والعين .

ولم ينقل عن أحد من السلف اشتراط الفقه في الراوى فثبت أن هذا القول مستحدث " (١)

" ان كان فقه الراوى ليس بشرط فلم يأخذ الحنفية بحديث المصراة ؟

وقد شنع البعض على الحنفية بسبب تركهم العمل بحديث المصراة ، فقال الحافظ ابن حجر العسقلاني :

" واعتذر الحنفية عن الأخذ بحديث المصراة بأعذار شتى ، فمنهم من طعن في الحديث لكونه من رواية أبي هريرة ، ولم يكن كابن مسعود وغيره من فقهاء الصحابة ، فلا يؤخذ بما رواه مخالفا للقياس الجلى . وهو كلام أذى قائله به نفسه ، وفي حكايته عنى عن تكلف الرد عليه " (٢)

وقال ابن السمعاني في الاصطلام : " التصرض الى جانب الصحابة علامة خذلان فاطمه ، بل هو بدعة وضلالة " (٣)

وقد آجاب أبو اليسر الحنفى بأنهم تركوا حديث المصراة والعريصة وأشباههما لا لكون الراوى ليس بفقيه وإنما تركوه لكونه مخالفا لظاهر الكتاب والسنة .

(١) كشف الأسرار / ٢ / ٣٨٣ .

(٢) فتح البارى / ٥ / ٢٦٨ .

(٣) فتح البارى / ٥ / ٢٦٨ .

فمخالفة حديث المصراة تقدم عند ذكر الأدلة . (١)

وقد دافع ابن عبد البر عن أبي حنيفة في تركه حديث المصراة فقال :
 " كثير من أهل الحديث استجازوا الطعن على أبي حنيفة لردّه كثيراً
 من أخبار الآحاد المدول . لأنه كان يذهب في ذلك إلى عرضها على ما
 اجتمع عليه من الأحاديث ومعاني القرآن . فما شذ من ذلك رده وسماه شاذاً
 وقد رد أهل العراق مقتضى حديث المصراة " (٢) لشذوذه عن الأصول .

كما أن الحنفية لم يتركوا حديث المصراة لعدم فقه الراوي له وهو
 أبو هريرة بل لمخالفته الأصول المتفق عليها . وجاء في كشف الأسرار رد
 على ذلك الزعم :

" لا نسلم أن أبا هريرة رضي الله عنه لم يكن فقيهاً ، بل كان فقيهاً ، ولم
 يعدم شيئاً من أسباب الاجتهاد ، وقد كان يفتي في زمان الصحابة . وما كان

(١) أما معنى العرية أو العرايا فقد عقد أبو داود باباً في تفسير العرايا
 وقال فيه : عن عبد ربه بن سعيد الأنصاري أنه قال " العرية : الرجل
 يعمرى الرجل النخلة ، أو الرجل يستثنى من ماله النخلة ، أو الاثنتين
 يأكلها : فيبيعهما بتمر (كتاب البيوع / باب : ٢١) .

وروى الشافعي رحمه الله خبراً فيه :
 " قلت لمحمود بن لبيد : أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره : ما عراياكم ؟
 فقال أو سمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي صلى الله عليه
 وسلم : أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس
 وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرفض لهم أن يبتاعوا العرايا خرصاً
 من التمر في أيديهم يأكلونه رطباً " (معالم السنن / ٥ / ٣٦) .

(٢) الموافقات / ٣ / ١٣٠ .

يفتى في ذلك الزمان الا فقيه مجتهد ، وكان من طيبة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم . وقد دعا النبي صلى الله عليه وسلم لسه بالحفظ فاستجاب الله تعالى فيه حتى انتشر في العالم ذكره وحديثه* (١)

وقد ثبت أن الحنفية لم يتركوا حديث المصراة لكونه من روايات أبي هريرة رضى الله عنه ، وانما تركوه لمخالفته لبعض الأصول المتفق عليها .

بيان الراجح :

ولا يخفى أن الراجح هو قول من عمل بظاهر الحديث الذي لا خلاف في صحته . لأن الأصل أن الحديث اذا ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب القول به ، وصار أصلا في نفسه ، وطينا قبول الشريعة المبهمة كما طيننا قبول الشريعة المفسرة .

والأصول انما صارت أصولا لحجج* الشريعة بها ، وخبر المصراة قد جاء من طرق جيدة ، أشهرها هذا الطريق ، فالقول به واجب ، وليس تركه لسائر الأصول بأولى من تركه : فالأصح قول من استعمل الحديث على وجهه وقال بجملته ما فيه . (٢)

(١) كشف الأسرار/٢/٣٨٣ .

(٢) معالم السنن/٥/٨٦ ، ٨٨ .

(٢٢٢)
البحث الثالث

شروط ثبوت الخيارات بالتصيرية

ويشترط لثبوت حق الرد بعيب التصيرية ألا يكون المشتري عالما بها عند العقد ، فان كان عالما بها عند العقد فهل له الرد ؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين :

أحدهما : ما ذهب اليه جمهور القائلين بالرد من أن جهل المشتري شرط لثبوت هذا الحق والا فلا رد له لأن الاقدام على الشراء مع العلم بعيب المبيع دليل على الرضا. (١)

والثاني : أن الخيار ثابت ولو كان عالما بها ، وذلك قول آخر مشهور في مذهب الشافعي لاطلاق الحديث. (٢)

جهل البائع بالتصيرية :

ولو ترك البائع حلبيها ناسيا أو تحفلت بنفسها فاجتمع اللب في ضرعها فهل يمنع من الرد لعدم التدليس ؟ فيه قولان من الفقهاء :

أحدهما : ما ذهب اليه المالكية من امتناع الرد لجهله بالتصيرية ،

(١) المهذب/١/٢٨٩ ، المجموع/١٢/١٥ ، تحفة المحتاج (مع حواشيتها) /
٣٨٩/٤ ، مغنى المحتاج/٢/٦٣ ، نهاية المحتاج/٤/٧٢ ، كشاف
القناع/٣/٢١٤ ، المغنى/٤/١٠٣ ، الشرح الكبير/٤/٢٣٣ ، أسهل
المدارك/٢/٢٩٨ ، شرح الخطاب/٤/٤٣٩ ، جواهر الاكليل/٢/٤٢ .
(٢) المجموع/١٢/١٥ .

وذلك بناءً على تعليل حكم الرد بالتدليس ، فهنا لم يقع التدليس ، فقد جاء في المدونة :

" فان كان لا يعرف حلايبها وانما اشتراها واعها؟ قال : لا شيء طيبه ، وهو بمنزلة الطعام الذي لا يعرف كيله " (١)

وه قطع الغزالي والحاوي الصغير والشافعية لعدم التدليس منه (٢) واليه مال صاحب المغني ، وصاحب الشرح الكبير من الحنابلة (٣) .

وضف ابن حجر الهيتمي قول الغزالي والحاوي بأن التدليس طسة للائم لا لثبوت الخيار (٤) .

والثاني : أن المشتري له الرد ، سواء طعم البائع أو جهله لأنه لا أثر لجهله في ازالة الضرر عنه ، فالخيار ثبت لدفع الضرر . هذا قول آخر عند الحنابلة (٥) وهذا هو الممتمد عند الشافعية كما جاء في معنى المحتاج : " والممتمد ، ثبوت كما صححه البغوي ، وقطع به القاضي لحصول الضرر " (٦) ورجحه الأذري من الشافعية وقال :

" انه قضية ، نص الأم " (٧) حيث قال في الأم : " واذا اشترى جارسة قد دلس له بعيب ، طعم البائع أو لم يعلمه فسواء في الحكم (أي له الرد) والبائع آثم ان كان عالماً " (٨)

(١) المدونة الكبرى / ٤ / ٢٨٨ .

(٢) معنى المحتاج / ٢ / ٦٣ ، نهاية المحتاج / ٤ / ٧٢ ، اعانة الطالبين / ٣ / ٣٣

(٣) الانصاف / ٤ / ٣٩٩ ، الشرح الكبير / ٤ / ٢٣٧ .

(٤) فتح الجواد / ١ / ٤٠٥ .

(٥) كشف القناع / ٣ / ٢١٤ ، شرح منتهى الارادات / ٣ / ١٧٤ ، الانصاف / ٤ / ٣٩٧

(٦) معنى المحتاج / ٢ / ٦٣ .

(٧) اعانة الطالبين / ٣ / ٣٣ .

(٨) الأم / ٣ / ٦٨ .

ولا يخفى أن الأصح هو القول الأخير لأن الغرض من ثبوت الخيار هو دفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق ذلك إلا بالرد ، فإذا اعتبر بجهد البائع يضيع حق المشتري ، لأنه كلما يقر البائع بعلمه بالصيب

المبحث الرابع

محل ثبوت السرد بالتصيرية

والمراد به هل هو خاص بالابل والغنم لورود النص فيهما أو يثبت في غيرهما أيضا بالقياس عليهما ؟

لا خلاف بين القائلين التصيرية في أنه يثبت في البقر أيضا لعموم النص في رواية :

" من اشترى مصراة ، ومن ابتاع محفلة " ولم يفصل بين الابل والغنم وبين غيرهما . لأنه تدليس على المشتري بتصيرية لين من بهيمة الأنعام فاشبه الابل والغنم .

وفي هدم ذكر البقر في النص تنبيه على ثبوته فيها لأن لبنها أغزر وأكثر نفعا . (١)

وفي ثبوته في غير بهيمة الأنعام كالفرس والأتان رأيان :

الرأى الاول :

انه لا يثبت في غير الأنعام لورود الخبر في الأنعام فقط دون غيرها ، ولا يصح القياس عليها لعدم ظهور العلة الكاملة في المقيس عليه لأن لبن الأنعام مقصود أكثر ، أما غيرها فأقل بل هو نادر كالمعدوم . ولأن اللفظ

(١) المغنى / ٤ / ١٠٦ ، والشرح الكبير / ٤ / ٢٣٦ .

لا يتناولها لأنه عام أريد به الخاص بدليل أنه إذا أراد رد الأنعام المصراة
رد معها صاعاً من تمر وفي غيرها لا يرد شيئاً (١) ، وهو الصحيح عند الحنابلة (٢)
وقول مرجوح ، عند الشافعية (٣)

والرأى الثانى :

أنه يثبت فى الأنعام وفى غيرها سوا* كان مأكولاً أو غير مأكول كالفرس
والأتان . لعموم النص الوارد فيه ، ولأن الثمن يختلف بها أيضاً فى سائر
الدواب فيثبت فيها كبهيمة الأنعام .
ولأن لبن الفرس والأتان مقصود لتربية ولد هما فنقصه يوجب الخيار .
قال به المالكية (٤) وهو أحد الوجهين عند الحنابلة (٥) والقول الأصح عند
الشافعية . (٦)

بيان الراجح :

* الذى يفهم من التعليلات أن كل حيوان لبنه مقصود لأى قصد كان ثبت
فيه الرد بالتصريح ، هذا هو الأصح . لأن العلة فيها هى التدليس وضرر
المشتري (٧) فكلما وجدت العلة وجد الحكم ولذلك ألحق الفقهاء حبس ما*

-
- (١) المغنى / ٤ / ١٠٦ ، والشرح الكبير / ٤ / ٢٣٧ ، مغنى المحتاج / ٢ / ٦٣ ،
نهاية المحتاج / ٤ / ٧٤ .
(٢) الانصاف / ٤ / ٤٠٣ .
(٣) مغنى المحتاج / ٣ / ٦٤ ، نهاية المحتاج / ٤ / ٧٤ .
(٤) الخرشى / ٥ / ١٣٣ (بالهامش) ، جواهر الاكمل / ٢ / ٤٢ ، الشرح الصغير
مع حاشية الصاوى / ٣ / ١٦١ .
(٥) المغنى / ٤ / ١٠٦ ، الشرح الكبير / ٤ / ٢٣٦ ، كشف القناع / ٣ / ٢١٤ ،
المقنع / ٢ / ٤٤ .
(٦) مغنى المحتاج / ٢ / ٦٣ ، نهاية المحتاج / ٤ / ٧٤ ، الأنوار / ١ / ٣٤٦ .
(٧) حاشية ابى الضياء على نهاية المحتاج / ٤ / ٧٤ ، حاشية الشروانى طس
التحفة / ٤ / ٣٩٢ .

القناة والرحى بحكم المصراة لما فيه معنى التصرية كما يأتي .

الا أن هناك فرقا بين الأنعام وغيرها : ففي رد الأنعام يرد معها صاع من تمر أو طعام وفي غيرها لا يرد شيء .

ما يلحق بالتصرية حكما :

وهناك بعض المسائل يثبت فيها الخيار مع عدم وجود التصرية فيها حقيقة ، قياسا على المصراة لما فيها من التدليس (١) :

كما لو حبس ماء القناة أو الرحى ثم يرسله عند البيع أو عند الإيجار حتى يظن المشتري أنها كثيرة الماء فيزيد في الثمن . (٢)

ومن هذا القبيل تحسين وجه الصبرة ، وجعل النساج وجه الثوب ، وصقال الاسكاف (الخفاف والأحذية) ، ففي كل ذلك يثبت الخيار للمشتري ان لم يعلم به (٣) .

وكذا لو صبغ الحمار بواحه فللمشتري الرد (٤)

ولو أكثر البائع طف الدابة فكبر بطنها وظن المشتري أنها حامل أو سمينة فلا رد له (٥) لتقصير المشتري لأنه لم يبحث ودقق لفهم الحقيقة بخلاف ما في صبغ الحمار لكثرة التدليس فيه . (٦)

(١) مغنى المحتاج / ٢ / ٦٥

(٢) مغنى المحتاج / ٢ / ٦٤ ، نهاية المحتاج / ٤ / ٧٤ ، كشاف الفناع / ٣ / ٢١٤

(٣) كشاف الفناع / ٣ / ٢١٤ .

(٤) الأنوار / ١ / ٣٤٦ .

(٥) كشاف الفناع / ٣ / ٢١٤ ، الأنوار / ٣٤٦ .

(٦) حاشية الكمثرى على الأنوار / ١ / ٣٤٦ .

ولو صبغ الثوب القديم ليرى جديدا أو السيارة كذلك ، أو اشترى شيئا
فرقم عليه أكثر مما ابتاعها به ، ولم يقل قام على بكذا فله أن يرده عندما عرف
الحقيقة لك نه تغرير فعلى فيثبت به الخيار (١)

البحث الخامس

مدة الخيار في المصراة

وللفقهاء في ذلك ثلاثة آراء :

- الرأى الأول : أنها ثلاثة أيام لما ورد في الحديث .
- الرأى الثانى : لا حد له فمتى علم التصرية فله الرد .
- الرأى الثالث : وهى ثلاث حلبات ولو كانت فى يوم واحد .

تفصيل الآراء :

الرأى الأول :

ذهب جمهور القائلين بالخيار بالتصرية الى أن أقصى الحد فى ذلك ثلاثة أيام ، إلا أن أصحاب هذا الرأى اختلفوا هل هو على الفور بتلك المدة أو على التراخى الى نهاية الثلاثة الأيام ؟ اختلفوا على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

انه على الفور فى الأيام الثلاثة فمتى علم بالتصرية فعليه ردها فورا كخيار الرد بالميب ، وليس له أن يؤخرها الى آخر الثلاثة ، أما بعدها فلا خيار له لأن ثلاثة أيام كافية لمعرفة التصرية ، وهو قول بعض الشافعية كالقاضى أبى الطيب ، وصححه بعضهم كالرافعى والخوارزمى (١) . وقال الرويائى :

(١) هو أبوبكر احمد بن محمد بن أحمد الخوارزمى المعروف بالبرقانى ،

٣٣٦ - ٤٣٥ هـ (طبقات الفقهاء / ١٢٧) .

انه القياس والاختيار (١) وقال في الروضة: " وهو الأصح " (٢)

وقوله " ثلاثة أيام " في الحديث محمول على الغالب لأن التصرية لا تظهر غالبا فيما دونها (٣) . وعلى هذا : متى طم المشتري التصرية ردها فورا فان تأخر بلا عذر سقط خياره .

القول الثاني :

انه على الفور ، لكنه في آخر الأيام الثلاثة فلا رد له قبل مضيتها ولو علم بها ، لأن المدة مقدرة من الشارع لقوله عليه الصلاة والسلام " فهو بالخيار ثلاثة أيام " ، ولأن التصرية لا تعرف قبل مضيتها لأن اللبن في اليوم الأول لبن التمرية ، وفي الثاني : قد يكون قليلا لأسباب عديدة من تغير المكان ، والعلف وغيرها . أما اذا حلبها اليوم الثالث فوجد أن اللبن لا يزال أقل من أمثالها فتبين أنها مصراة فعليه أن يردّها فورا فاذا تأخر سقط خياره " (٤)

هذا ظاهر كلام أحمد بن حنبل ، وهو قال القاضي من الحنابلة (٥) وهو قول أبي اسحاق من الشافعية ، لكن السبكي قال : ان هذا الوجه بعيد (٦) .

(١) المجموع / ١٢ / ٢٨٠

(٢) روضة الطالبين / ٣ / ٤٦٦

(٣) مغنى المحتاج / ٢ / ٦٣ ، فتح الجواب / ١ / ٤٠٥

(٤) المغنى / ٤ / ١٠٦ ، المجموع / ١٢ / ٢٨٠

(٥) المغنى / ٤ / ١٠٦ ، المقنع / ٢ / ٤٣

(٦) المجموع / ١٢ / ٢٨٠

القول الثالث :

وهو طى التراخى الى نهاية ثلاثة أيام فله أن يؤخر الرد الى نهايتها ولو كان قد علم بها فى اليوم الاول لقوله عليه الصلاة والسلام " فهو بالخيار ثلاثة أيام " . ونص الشافعى رحمه الله فى الأم فقال : " فلما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المصراة ثلاثة أيام بعد البيع انتهينا الى ما أمر به ولم نجاوزه ، ان لم يجاوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم (١)

وهو قول ابن المنذر ، به قال ابن أبى موسى من الحنابلة (٢)
واليه ذهب أبو حامد المروذى من الشافعية (٣)

الرأى الثانى :

أن مدة الخيار بالتصرية لا حد لها بل للمشتري متى علم بها أن يرد ها سواء كان ذلك قبل الثلاثة أو بعدها لأنه خيار ثبت للتدليس ، فمتى تبين فله الرد كسائر التدليس .

وهو قول أبى الخطاب من الحنابلة (٤) وه قال الحنفية كما فى خيار العيب (٥)

الرأى الثالث :

وجاء فى المدونة :

قال مسنون : قلت (لابن القاسم : " رأيت ان اشترت شاة مصراة

(١) الأم / ٣ / ٦٨ .

(٢) المغنى / ٤ / ١٠٦ ، الانصاف / ٤ / ٤٠١ .

(٣) المجموع / ١٢ / ٢٨ .

(٤) المغنى / ٤ / ١٠٦ .

(٥) كشف الأسرار / ٣ / ٣٨٢ .

فحلبتها ثم حبستها حتى حلبتها الثانية ثم جئت لأردّها أيكون ذلك لي ٪
قال : نعم لك أن تردّها ، وإنما يختبر ذلك الناس بالحلاب الثاني
ولا يعرف بالأول .
قلت : فان حلبتها ثلاث مرات ؟
قال : اذا جاء من ذلك ما يعرف أنه قد اختبرها قبل ذلك ، فما حلب
بعد ذلك فهو رضا منه بالشاة ولا يكون له أن يردّها .
قال : هو رأي (١) .

واختلف فقهاء المالكية : هل المراد " بالحلبة ثلاث مرات " ثلاث حلبات
في ثلاثة أيام أم ثلاث مرات ولو في يوم واحد ؟

قال بعضهم : المراد به ثلاثة أيام ، وقال الخرشي : " والمراد بالحلبة
الأولى والثانية والثالثة ، الأيام ، ولو حلبت في اليوم الواحد مرارا " (٢) وقال
الدردير في الشرح الكبير : " فحلبها ثلاث مرات في يوم بمنزلة حلبة واحدة " (٣)

ذهب القاضي عياض الى ان المراد بالثلاث هو حلبات ، حيث قال :
" ظاهر المدونة أن الحلبة الثانية لا تمنع الرد لأن مالكا رضى الله عنه لم
يأخذ بثلاثة أيام ، إذ لم تكن روايته ، لكن هو معنى الثلاث حلبات " (٤)

واليه ذهب صاحب شرح منح الجليل فقال : " المراد بالحبات الأيام "
غير ظاهر لمخالفته لكلام أهل المذهب ، ولم أر من عبر بالأيام " وقال أيضا

(١) المدونة الكبرى / ٤ / ٢٨٦ .

(٢) الخرشي / ٥ / ١٣٤ .

(٣) الشرح الكبير / ٣ / ١١٧ (بهامش حاشية الدسوقي) .

(٤) شرح منح الجليل / ٢ / ٦٤٣ .

"وقد تكون الثلاثة الأيام في هذا الحديث ، المراد بها ثلاث حلبات وهو نهاية ما تختبر به المصراة" (١)

وطى هذا ليس عند الامام مالك رحمه الله زمن محدد لمعرفة التصريفة ولرد المصراة ، لأن رواية "ثلاثة أيام" لم تكن في روايته .

الا أن أصحابه : قال بعضهم ثلاثة أيام ، وقال الآخرون ثلاث حلبات . ويمكن الجمع بين القولين بأن التصريفة تعرف بثلاث حلبات في ثلاثة أيام ان كانت الحلوب تحلب مرة واحدة يوميا ، وان كانت تحلب أكثر فالمصراة بالثلاث ثلاث حلبات .

ابتداء الخيار :

والذى ذكرناه هو انتهاء الخيار ، وأما ابتداءه :

وقيل : اعتبارا من تبيين التصوية ، عند الحنابلة (٢)

وقيل : اعتبارا من العقد ، وقيل من التفريق ، وهما عند الشافعية (٣)

(١) شرح منح الجليل / ٢ / ٦٤٣ .

(٢) كشف القناع / ٣ / ٢١٥ ، شرح منتهى الارادات / ٢ / ١٧٤ ، المقنع / ٤٣ / ١٣ .

(٣) روضة الطالبين / ٣ / ٤٦٦ ، مغنى المحتاج / ٢ / ٦٣ ، حاشية الشرتاوى / ١٣ / ٢ .

المبحث السادس

كيفية الرد بالتصيرية

وانا وجد المشتري الشاة أو غيرها مصراة يخير بين الاساك والرد ، فان اسكها فلا شىء له من الارش لظاهر الحديث (١) .

وان اختار الرد فلا يخلوا اما ان يكون ذلك قبل الحلب أو بعده . فان كان قبله - وثبت التصرية باقرار البائع أو بشهادة شاهدين - فله ردها ولا شىء عليه من الصاع من تمر ، لأن الصاع انما وجب للبن المحتلب للحديث ، ان فيه قال : من اشترى مصراة فاحتلبها فان رضيها اسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر " فدل ذلك على ان الصاع يجب على المشتري بعد الحلب ليكون بدلا عنه فلا يجب قبله (٢) وقال ابن عبد البر : هذا ما لا خلاف فيه " (٣)

وان كان الرد بعد الحلب ينظر :

ان كان اللبن باقيا على حاله دون التفسير والفساد والظف فهل له الخيار بين رد اللبن بدلا عن صاع التمورين رد الصاع واساك اللبن ؟ فيه قولان :

القول الأول : قال به المالكية ان رد اللبن حرام ولو بتراضيهما فان فيه بيع الطعام قبل قبضه ، وذلك لأنه برد المصراة تعين الصاع في ذممة المشتري عوضا عن اللبن ولم يقبضه ، فلو رد اللبن لكان باعه بذلك الصاع قبل

(١) شرح منتهى الارادات / ٢ / ١٢٤٠ .

(٢) كشف القناع / ٣ / ٢١٥ ، المفنى / ٤ / ١٠٥ ، الشرح الصغير مع الصاوى /

٣ / ١٦١ ، جواهر الاكليل / ٢ / ٤٢ ، الخرشى / ٥ / ١٣٣ ، الأنوار /

١ / ٣٤٥ ، روضة الطالبين / ٣ / ٤٦٧ ، مفنى المحتاج / ٢ / ٦٤ .

(٣) المفنى / ٤ / ١٠٥ .

قبضه ، أما ان رده مع الصاع فلا حرمة فيه . (١)

والقول الثاني : ذهب الحنابلة والشافعية الى أن المشتري مخير بين رد اللبن والصاع ، فاذا رد اللبن فلا شيء عليه غيره من تمر ونحوه كما اذا رده قبل الحلب ، ولزم البائع قبوله ، لأن اللبن هو الأصل هنا والتمر انما وجب بدلا عنه فاذا رد الأصل أجزأه كسائر الأصول مع مدلاتها (٢) وهو المذهب عند الحنابلة (٣)

الا أن الشافعية قالوا ان البائع اذا طلب رد اللبن لا يجبر المشتري عليه لأن الذي حدث بملكه بعد البيع اختلط بالبيع وتعذر التمييز ، وكذا عكسه : فاذا طلب المشتري رد اللبن دون الصاع فلا يجبر البائع على قبوله لذهاب طراوته . (٤)

وقيل : يتعين رد الصاع فلا يجوزته الا التمر (٥)

وأما ان كان اللبن قد تغير أو استهلكه أو باعه ثم اطلع على التصريفة كيف يرد ها ؟

لا خلاف أنه يلزم رد بدل اللبن (٦) ولكن الخلاف : ما هو هذا البدل ؟

-
- (١) الخرشى / ١٣٣ / ٥ ، الشرح الكبير / ١١٦ / ٣ ، الشرح الصغير / ١٦١ / ٣
(مع الصاوى) ، جواهر الاكليل / ٤٢ / ٢ .
- (٢) كشف القناع / ٢١٥ / ٣ ، انظر : شرح منتهى الارادات / ١٧٤ / ٢ ،
المقنع / ٤٣ / ٢ ، المغنى / ١٠٥ / ٤ .
- (٣) المقنع / ٤٣ / ٢ ، الانصاف / ٤٠٠ / ٤ .
- (٤) مغنى المحتاج / ٦٤ / ٢ ، الانوار / ٣٤٥ / ١ ، روضة الطالبين / ٤٦٧ / ٣ .
- (٥) الانصاف / ٤٠٠ / ٤ ، المقنع / ٤٣ / ٢ (٦) المغنى / ١٠٣ / ٤ .

فقال المالكية انه صاع من غالب قوت بلد المشتري ويرده عن المصرة
ولا عبرة بقوت بلد البائع ، ولا يتعين التمر على المذهب (١) وهو قول عند
الشافعية جمعا بين الروايات . لأنه ورد في رواية صاعا من تمر ، وفي أخرى
صاعا من طعام ، فدل ذلك على أن العبرة بقوت البلد مطلقا . (٢)

وقال الحنابلة انه لا يجزى غير التمر . وهو المذهب عند الشافعية
لقوله عليه الصلاة والسلام " صاعا من تمر " ، سوا كانت قيمة اللبن زادت أو
قلت يورد صاع من تمر عملا بظاهر الحديث . أما الروايات الواردة على غير
التمر كالطعام والبر فمحمولة على التمر . لأنه جاء في أحد الحديثين مطلقا
وفي الآخر مقيدا في قضية واحدة فحمل المطلق على المقيد . فوجب رد صاع
من تمر لا غير (٣) وهو قول الليث واسحاق وأبو عبيد وأبي ثور (٤) .

هل يجوز ضمان اللبن بالقيمة ؟

في قول عند الشافعية ان مقدار البدل يختلف باختلاف مقدار اللبن ،
فقد يزيد على الصاع أو ينقص عنه (٦) وقال ابو يوسف رحمه الله ج يرد قيمة

(١) الشرح الكبير/٣/١١٦ ، والشرح الصغير/٣/١٦١ ، جواهر الاكليل /

٠٤٢/٢

(٢) مغنى المحتاج/٢/٦٤ ، نهاية المحتاج /٤/٧٤ .

(٣) المغنى /٤/١٠٤ ، كشف القناع/٣/٢١٤ ، روضة الطالبين /٣/٤٦٧ ،

الانوار/١/٣٤٥ .

(٤) هو أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادي ، توفي : ٢٢٠ هـ (طبقات الفقهاء

٠٩٢/

(٥) المغنى /٤/١٠٤

(٦) مغنى المحتاج /٢/٦٤ .

اللبن لانه تالف ، وضمان المطلقات يقدر بقيمته ، وحكى ذلك أيضا عن أبي يعلى (١) وه قال الحنابلة اذا لم يجد المشتري التمر (٢) وهو قول ابن حجر الهيتمي في فقدان التمر (٣)

القول الأصح :

ولعل ما ذهب اليه المالكية فيما رد مع المصراة هو الأصح ان قالوا : انه يرد مع المصراة صاع من غالب قوت البلد ولا يتمين التمر كما قال الحنابلة ، لأن التمر لا يوجد في كل بلد فكان في اشتراطه مشقة وخرج على المشتري والخرج مدفوع لقوله تعالى " وما جعل عليكم في الدين من حرج " (٤)

أما دفع القيمة فانه قد يؤدي الى النزاع لتمذر ضبط مقدار اللبن والشرع انما أمر بصاع في القليل والكثير لقطع النزاع بين المتخاصمين .

-
- (١) هو أحمد بن الحسن بن محمود بن منصور الحنفي وكان من الحفاظ
عالمًا بمذهب الكوفيين . (الطبقات السنية في تراجم الحنفية / ١ / ٣٩٠) .
- (٢) المقنع / ٢ / ٤٣ ، شرح منتهى الارادات / ٢ / ٧٤٤
- (٣) فتح الجواد / ١ / ٤٠٥ .
- (٤) سورة الحج / ٧٨ .

الفصل الثالث

خيار العيب في النكاح

فيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : آراء الفقهاء في ثبوت الخيار في النكاح وأدلتهم في ذلك .
- المبحث الثاني : التفريق بالعيوب .
- المبحث الثالث : هل هذه العيوب جاءت على سبيل العسر .
- المبحث الرابع : ما يترتب على التفسيرق .

المبحث الأول

آراء الفقهاء في ثبوت خيار العيب في النكاح
وأدلتهم في ذلك ومناقشتها .

فيه : مطلبان :

- المطلب الأول : التمهيد .
- المطلب الثاني : آراء الفقهاء ، وأدلتهم ومناقشتها .

المطلب الأول

التمهيد : تعريف العيوب :

وقد عرف النووي العيب الموجب للخيار في النكاح بأنه ما ينفر عن الوط * ويكسر سورة التواق (١) . هذا عند غير الحنفية . أما عندهم فالعيب لا يوجب الرد ما لم يمنع الاستمتاع كاملاً كما سيأتي .

أما العيوب الموجبة للرد عند الفقهاء فان عدد ها يختلف باختلاف من عيبن الي ثلاثة عشر وما فوقها ، وهي :

- ١ - العنة : عن الرجل عنة - بضم العين - عجز عن الجماع لممرض أصابه ، فهو معنون أو عنين أو عنين . (٢)
- العنة وهي صفة العنين وهو الذي لا يقدر على اتيان المرأة (٣) فهذا ما يسمى عند المالكية بالاعتراض ، والرجل المعترض - بفتح الراء - الذي لا يقدر على الوط * لعارض أو غيره . (٤)
- ٢ - الجب - بفتح الجيم وتشديد الباء - القطع (٥) والمجبوب مقطوع الذكر بحيث لا يمكنه الجماع .

(١) تهذيب الأسماء واللغات / ٢ / ٥٣ .

(٢) الصحاح للجوهري / ٦ / ٢١٦٦ .

(٣) طلبة الطلبة / ٤٧ .

(٤) القوانين الفقهية / ٢٣٩ .

(٥) الصحاح / ١ / ٩٦ .

٣ - الجذام والبرص والجنون :

الجدام ، وهو داء يقع في اللحم فيفسد وينتن ويتقطع ويسقط ، وهو مجذوم وهي مجذومة .

والبرص : وهو بياض يظهر في الجلد ويتشامم به (١)

٤ - الخصى : وهو الذي سل أنشياه وفق ذكره (٢)

٥ - الخنوثة : وهي صفة الخنثى ، وهو الذي خلق له فرج الرجل وفرج المرأة . (٣)

٦ - الرتق والعفل والقرن :

الرتق : بفتح الراء والتاء - ، والعفل بفتح العين والفاء - بمعنى واحد . وهو لحم ينبت في فرج المرأة ويمنع الوطء وهي رتقا والعفلا بسكون الفاء . أما القرن - بفتح القاف وسكون الراء ، فقيل انه بمعنى العفل ، وقيل : انه عظم ينبت في الفرج ويمنع الوطء . (٤)

٧ - الفتق : بفتح التاء انخراق في الفرج (٥)

٨ - البخر - بفتح الباء والخاء - نتن الفم أو نتن الفم والأنف . (٦)

٩ - العذيوطة - بكسر العين وسكون الذال - وهو نتن يحدث عند

الجماع . (٧)

(١) طلبية الطلبة / ٤٦ .

(٢) طلبية الطلبة / ٤٧ .

(٣) المعجم الوسيط / حنت .

(٤) النظم المستعذب / ٢ / ٤٩ (مع المهدب) .

(٥) الصحاح / ٤ / ١٥٣٩ .

(٦) الصحاح / ٢ / ٥٨٦ .

(٧) الصحاح / ٣ / ١١٤٢ .

- ١٠- التأخذ ، يقال هو مؤخذ عن النساء أى محبوس عنهن بالسحر . (١)
- ١١- الشكاز ، شكز المرأة شكزا أى جامعها (٢) والمراد هنا السدى
ينزل قبل أن يخالطها . (١٠)

(١) المعجم الوسيط ، مادة أخذ .

(٢) الصحاح / ٣ / ٨٨١ .

(٣) حاشية ابن عابدين / ٣ / ٤٩٤ .

المطلب الثاني

آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها

وإذا وجد أحد الزوجين بصاحبه عيباً من هذه العيوب هل له أن يفسخ عقد النكاح أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن النكاح إذا انعقد صحيحاً فلا سبيل إلى فسخه ، وهو مذهب ابن حزم ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، واليه مال الشوكاني .

والثاني : أن الخيار يثبت للزوجة فقط دون الزوج وهو مذهب الحنفية

والثالث : أن الخيار يثبت للزوج وللزوجة ، وهو مذهب الجمهور .

تفصيل هذه الأقوال :

القول الأول :

ذهب ابن حزم إلى أن النكاح الصحيح لا يفسخ بالعيب سواء كان بالزوج أو بالزوجة ، وقال في المحلى : " لا يفسخ النكاح بعد صحته بجزء من حادث ولا بمرض كذلك ، ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ، ولا بأن تجده هي كذلك ، ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من الهيوب " (١)

(١) المحلى / ١٠ / ٩٠٩ .

ومين رأيه أيضا في مسألة العنة بأن من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها
فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلا ولا أن يوجب له أجلا .
وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسك . (١)

وه قال عمر بن عبد العزيز على ما ذكره ابن رشد في بداية المجتهد . (٢)
والله مال الشوكاني لعدم وجود دليل صحيح في هذا الباب . (٣)

الأدلة :

وقد استدل ابن حزم على مذهبه بالكتاب والسنة :

أما الكتاب :

فهو قوله تعالى : " فبئعلمون منهما ما يفرقون به بين المرأ وزوجه " (٤)
والنكاح بعد أن انعقد صحيحا فقد حرم الله تعالى بشرة المرأة وفرجها
على كل من سوى زوجها . فمن فرق بينهما بخير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل
في صفة الذين ذمهم الله تعالى في هذه الآية ثم استعان منه وقال :
" ونعوذ بالله من هذا (٥) أي بالقول بثبوت خيار العيب في النكاح .

وأما السنة :

واستدل أيضا بحديث العسيلة المعروف الذي رواه عروة عن عائشة
رضي الله عنها أنها أخبرته أن رفاة القرظي طلق امرأته ، فتزوجت بعده

(١) المحلى / ١٠ / ٥٨٠

(٢) بداية المجتهد / ٢ / ٥٠٠

(٣) نيل الأوطار / ٦ / ١٧٨

(٤) البقرة : ١٠٤

(٥) المحلى / ١٠ / ٦١

عبد الرحمن بن الزبير فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله انى كنت تحت رفاة فطلقنى ثلاث تطليقات فتزوجت بعده
عبد الرحمن بن الزبير وأنه والله ما معه الا مثل هذه الهدية ، وأخذت
بهدية من جلبابها . فتهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال :
" لعلك تريدین أن ترجعى الى رفاة ، لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق
عسيلتك " (١)

وقد دل الحديث على أن الزوجة اذا وجدت زوجها غير قادر على اتيانها
لم يكن لها حق الفسخ بالنكاح لأن امرأة رفاة شكت الى النبي عليه الصلاة
والسلام أن زوجها لم يقدر على الوطء ، واحليله كالهديفة لا ينتشر اليها ،
فأرادت أن تفارقه فرفض النبي عليه الصلاة والسلام هذا الطلب وأبقاها عند
ابن الزبير ، ولم يجعل لها أجلا ، ولا فرق بينهما .
ثم قال ابن حزم : " وفى هذا كفاية لمن عقل " (٢)

ومن جهة أخرى أنه أنكر كل ما ورد من أخبار عن السلف فى تأجيل
العنين الى سنة والتفريق بينهما ، حيث قال :
" فهذا هو الباطل الذى لم يصح قط عن أحد من الصحابة ، ولا جاء
قط فى قرآن ولا سنة ولا فى رواية فاسدة ، ولا أوجبه قياس ولا معقول " (٣)
والحاصل أن أى عيب كان لا يوجب فسخ النكاح عند ابن حزم .

(١) رواه البخارى فى كتاب الطلاق ، باب : ٣٧ ، وسلم/النكاح ، باب : ١٧

(٢) المحلى / ١٠ / ٦٢

(٣) المحلى / ١٠ / ٦٣

شروط البراءة من العيوب :

اننا نجد أن ابن حزم رحمه الله أخذ بالافراط في مجال جواز شرط البراءة من العيوب في النكاح ، كما أخذ بالتفريط في ثبوت الخيار ، لأنه يرى أن أحدا من الزوجين لو اشترط أن يكون الآخر سالما من عيب يعطل به هذا الشرط أى عيب كان . فاذا وجد خلاف الشرط فالنكاح مفسوخ ومردود ، ولا يجوز لأحدهما اجازته ، ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة ، دخل بها أو لم يدخل لأن التي دخل عليها غير التي تزوج بها فصار كأنه لم يتزوج أصلا لمخالفتها الشرط ، فاذا لم يتزوج فلا زوجية بينهما ولا ما يترتب على الزوجية (١)

القول الثاني :

ان الخيار يثبت للزوجة فقط دون الزوج :

هذا هو المذهب عند الحنفية ، فانهم اتفقوا على أن الزوج ليس له خيار العيب في النكاح من العيوب المنفرة عن الجماع كالجذام والجنون ، والبرص في الزوجة ، لأن الزوج بيده حق التطلق ان شاء طلقها ، كما أفاده السرخسي في المبسوط : " ولا يرد الرجل امرأته من عيب بها وان فحش عندنا ، ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها " (٢)

ومراد الحنفية من الخيار في النكاح هو خيار المطالبة بالفرقة لا خيار الفسخ كما كان عند الجمهور .

(١) المحلى / ١٠ / ١١٥ .

(٢) المبسوط / ٥ / ٩٥ .

وأدلتهم في ذلك :

استدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول :

أما المنقول :

١ - فما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : " لا ترد الحرة عن عيب " (١)

وذكر السرخسي أنه مذهب على رضي الله عنه أن قال : " إذا وجد بامرأته شيئاً عن هذه العيوب ، فالنكاح لازم ، إن شاء طلق وإن شاء أمسك " (٢)

والمراد بالعيوب ، الجذام والجنون والبرص .

فهذه الآثار صريحة في أن عقد النكاح عقد لازم لا يفسخ بعيب .

وأما المعقول :

فلأنه لو ثبت خيار العيب في النكاح بمعنى الفسخ لأدى ذلك إلى فسخ العقد بحد تمامه ، والنكاح لا يحتل هذا النوع من الفسخ كما لا يحتل الفسخ بالاقالة .

ولأن هذه العيوب لا تخل بموجب العقد وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كما لا يثبت بالعس والشلل والزمانة اتفاقاً .

أما الاستيفاء أو الاستمتاع على الوجه الكامل فهو ثمرة العقد ، وفسوات الثمرة لا تؤثر في عقد النكاح كما أن الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين ولا

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن وكيل عن سفيان عن حماد عن إبراهيم

(ج ١٧٦ / ٤) .

(٢) المسوط / ٥ / ٩٦ .

يوجب ذلك انفساخ النكاح بدليل أنه لا يسقط شيء من المهر. (١)

أما ثبوت الخيار للزوجة فقط :

فلا خلاف بين الحنفية في أن خيار العيب يثبت للزوجة بعيب الجسب والمنة في الزوج ، وأضافوا الى ذلك التأخذ والخصاء والخنوثة والشيخوخة المتقدمة والشكاز لأن معنى العنة يتحقق في ذلك كله فيأخذ حكمها (٢) .

الا أنهم اختلفوا فيما اذا وجدت زوجها مجذوما أو أبرص أو مجنوناً

فهل لها الخيار أيضا ؟

ذهب ابو جنيفة وأبو يوسف الى أن الخيار لا يثبت في غير الجب والمنة وما في معناهما . لأنهما يسدان على الزوجة باب تحصيل المقصود من الزواج ، ولا يمكن وصولها الى المقصود ما دامت تحته ، أما الزوج فهو غير محتاج اليها في ذلك لأنه يمكنه الوصول الى المقصود بغيرها بطريق النكاح أو بملك اليمين .

ثم ان العيوب غير الجب والمنة لا تخل بالاستمتاع تماما وانما تقلل رغبة الزوجة فيه أو تتأذى بالصحة والعشرة معه . وذلك غير مثبت لهما الخيار كما لو وجدتته سيء الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين . بخلاف الجب والمنة فانهما يعدمان الاستيفاء والاستمتاع . فلو لم يثبت الخيار لهما بهما بقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فوجب أن يثبت لهما ذلك الحق ضرورة لدفع ظلم التعليق عنها .

(١) المسوط / ٥ / ٩٦ .

(٢) بدائع الصنائع / ٢ / ٣٢٧ ، حاشية ابن عابدین / ٣ / ٤٩٤ .

وذهب محمد رحمه الله الى أن خيار الرد يثبت لها أيضا بالجذام والبرص والجنون كما ثبت بالجيب والعنة وبما في معناهما اذا كان على حال لا تطبق المقام معه . لأنه تعذر الوصول الى حقها منه فكان بمنزلة الجيب والعنة ، لأن الخيار ثبت بهما لدفع الظلم عنها بالاتفاق ، فالجذام والبرص والجنون ليست أقل ضررا منهما بل أكثر ، لأنها من الأدواء المتعدية ، فلما ثبت الخيار بتلك فلأن يثبت بهذه أولى (١)

القول الثالث :

ذهب الجمهور الى أن خيار العيب يثبت لمن وجد بصاحبه عيبا سواً كان ذلك بالزوج أو بالزوجة وسواً كان العيب بما يختص بالرجل كالجيب والعنة والخصى أو بالمرأة كالرتق والقرن أو ما يشتركان فيه كالجذام والبرص والجنون . وكل من وجد عيبا بالآخر فله خيار في فسخ النكاح . (٢)

والأدلة :

وقد استدل الجمهور على ذلك بالسنة والاجماع والقياس :

أما السنة :

١- فما رواه أحمد في مسنده عن جميل بن زيد أنه قال صحبت شيخا من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة ، يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب ، فحدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار ، فلما دخل

(١) الموسط / ٥ / ٧٦ ، ٩٧ .

(٢) المهدب / ٢ / ٤٩ ، الفواكه الدواني / ٢ / ٦٦ ، المغنى / ٧ / ١٨٤ .

عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحتها بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال :

" خذى عليك ثيابك " ولم يأخذ ما آتاها شيئا . (١)

وفى رواية الحاكم : " البس ثيابك والحق بأهلك وأمر لها بالصداق .
وفى اسناده جميل بن زيد ، وهو مجهول . واختلف عليه فى شيخه اختلافا
كثيرا (٢)

وفى رواية ابن كثير : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من
بنى عفار ، فلما دخلت عليه رأى بكشحتها وضحا فردها الى أهلها . وقال :
" دلستم على " (٣) وقال فى سبل السلام : " فهو دليل على الفسخ ، وهذا
الحديث ذكره ابن كثير فى باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب " (٤)

وفى راوى الحديث شك هل هو زيد بن كعب أو كعب بن زيد . وقال
الشوكانى : " رواه سعيد فى سننه ، وقال عن زيد بن كعب بن عجرة " ولم
يشك " (٥)

واسم المرأة التى تزوج بها صلى الله عليه وسلم :

قيل : انها العالية أو الغالية

وقيل : اسما بنت النعمان ، قاله الحاكم

وقال الحافظ : الحق أنها غيرها " (٦)

(١) مسند أحمد بن حنبل ٤٩٣/٣

(٢) بلوغ المرام/باب الكفاة والخيار، رقم الحديث/١٠، سبل السلام/٣/١٥٣

(٣) سبل السلام/٣/١٥٤ (٤) سبل السلام/٣/١٥٤

(٥) نيل الأوطار/٦/١٧٧ (٦) نيل الأوطار/٦/١٧٧

وقد دل هذا الحديث على أن الزوج اذا وجد بزوجه برصا فله أن يردّها ، وسائر العيوب تقاس عليه لأنها في معناه في منع الاستمتاع . (١)

٢ - واستدلوا بما رواه البخارى في كتاب الطب عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم : " فر من المجذوم فرارك من الأسد ^(٢) " .

والحديث يدل على أمرين : أحدهما : أن أحد الزوجين اذا وجد الآخر مجذوما فعليه أن يفر منه والفرار هنا لا يمكن الا بفسخ النكاح .

والثاني : ان هذا الحق أى حق الفسخ يثبت للزوج وللزوجة لاطلاق الحديث .

لأن المرض خطير طيبهما وظى نسلهما كما أشار اليه الامام الشافعى رحمه الله حيث قال في الأم :

" الجذام والبرص ما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يمدى كثيرا وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه فان سلم أدرك نسله " (٣)

٣ - وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال :

" أيما رجل تزوج امرأة فيها جنون أو جذام أو برص ففسها فليها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها . (٤)

(١) المهذب / ٢ / ٤٩٠ .

(٢) رواه البخارى / كتاب الطب / ١٩٠ . وأحمد / ٢ / ٤٤٣ .

(٣) الأم / ٥ / ٨٥ .

(٤) رواه مالك في الموطأ / كتاب النكاح ، رقم الحديث ٩ ، ورواه الشافعى في الأم عن مالك / ٥ / ٨٤ ، والدارقطنى في المصنف ، رقم : ٨٣ ، والبيهقى / ٧ / ٢١٤ .

وفى رواية : قضى عمر فى البرص* والجذام* والمجنونة اذا ادخل بهما
فرق بينهما ، والصداق لها لمسيسه اياها وهو له على وليها* (١)
وقال الحافظ ابن حجر : أخرجه سعيد بن منصور ومالك وابن أبى
شيبه ، ورجاله ثقات. (٢)

وحدیث عمر رضی الله عنه صریح على أن الرجل له خيار بعيب الجذام
والبرص والجنون فى المرأة .

وأما الاجماع :

فقد جاء فى الفواكه الدوانى بمد ذكر قول عمر رضی الله عنه : " وروى
عن عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة : رد النساء* من هذه العيوب الأربع
أعنى : الجنون والجذام والبرص والعذیطة " ثم قال " ولم يعرف لهم مخالف
فكان اجماعا* (٣)

وأما القياس :

فقد قاسوا النكاح على البيع فى ثبوت خيار العيب ، بل هو فى النكاح
أولى ، لأن الذى يفوت بالميب فى البيع مالى أما فى النكاح فالفوات فيه
أولى وهو الاستمتاع فيثبت فيه من باب أولى . (٤)

(١) رواه الدارقطنى / باب المهر / رقم : ٨٤ .

(٢) بلوغ المرام / باب الكفاة والخيار / رقم : ١١ .

(٣) الفواكه الدوانى / ٢ / ٦٦ .

(٤) نهاية المحتاج / ٣ / ٣١٠ ، انظر : فتح الجواد / ٢ / ١٠٠ .

وأثبتته الحنابلة للزوجة قياساً على الصداق وللرجل قياساً عليها كما
أفاد ذلك صاحب كشف القناع بقوله : " ان المرأة أحد العوضين في النكاح ،
فجازردها بعيب كالصداق ، والرجل أحد الزوجين فيثبت له الخيار بالميب
في الآخر كالمرأة" (١)

فهذه الروايات والاجماع والقياس كلها تدل على أن خيار الفسخ
بالميب في النكاح ثابت للزوج وللزوجة ، وهذا هو مذهب الجمهور .

(١) كشف القناع/٥/١٠٦ .

مناقشة الأدلة :أولا : مناقشة أدلة ابن حزم :

انه وان استدل بحديث صحيح معروف هو حديث العسيلة لكن هذا الحديث ليس فيه دليل على دعواه لأنه ورد في بيان حكم من أحكام الطلقة ثلاثا .

وهو أنه لا يجوز لها أن تعود الى زوجها الأول بعد زوجها الثاني الا بشرط نوق العسيلة . ولذلك فكل من روى هذا الحديث رواه بهذا العنوان أو بما شابهه (١) .

فهو لا يدل على نفي الخيار بالمعيب في النكاح ولا على ثبوته .

(١) فمثلا :

رواه البخارى بعنوان : اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجت بعد المدة زوجها غيره فلم يصحها .

ومسلم : لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويوطأها ثم يفارقها وتنقض عدها .

وابن ماجه : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا فتزوج فيطلقها قبل أن يدخل بها أترجع الى الاول .

وقال الترمذى : " والمطل على هذا عند طامة أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم أن الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت زوجها آخر فطلقها قبل أن يدخل بها أنها لا تحل للزوج الاول اذا لم يكن جامع الزوج الآخر (كتاب النكاح / باب : ٣٤) .

وقد نوقشت أدلة الجمهور بما يلي :

١ - حديث زيد بن كعب أو كعب بن زيد : في قصة الخفارية ،
مضطرب في اسناده ومثته :

أما اسناده :

ففي سند هذا الحديث رجلان في كل منهما أقوال :

أحدهما : زيد بن كعب أو كعب بن زيد :

قال البيهقي نقلا عن البخاري : " كعب بن زيد أو زيد بن كعب لم

يصح حديثه " (١)

وقال في الاستيعاب : " كعب بن زيد ويقال زيد بن كعب ، روى قصة
الخفارية التي وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم البياض يكشعها ، روى عنه
جميل بن زيد وفي الخبر اضطراب كثير " (٢)

والثاني : جميل بن زيد

قال ابن الهمام : " لم يصح (ذلك الحديث) لأنه من رواية جميل بن

زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة ، وهو مجهول ، لا يعلم لكعب

ابن عجرة ولد اسمه زيد " (٣)

(١) البيهقي / ٧ / ٢١٤ .

(٢) الاستيعاب / ٣ / ١٣١٧ .

(٣) فتح القدير / ٤ / ٣٠٤ ، المطلى / ١٠ / ١١٥ .

وقال الشوكاني : " جميل بن زيد ضعيف ، وقد اضطرب في هذا الحديث (١) فمرة قال كعب بن زيد وأخرى زيد بن كعب .

وفى سبل السلام : وفى اسناده جميع بن زيد وهو مجهول ، واختلف فى شيخه اختلافا كثيرا " (٢)

أما الاضطراب فى متنه :

فانه مرة قال : " خذى عليك ثيابك " وأخرى قال : " الحق بأهلك " ولوصح فلا يدل على جواز الفسخ فى النكاح لأن " الحق بأهلك " من كنايات الطلاق ، (٣)

وجاء فى تكملة المجموع :

" والحاصل أن الحديث لم يثبت بطريق آخر ، فأفته فى جميع الكتب جميل بن زيد ولذلك لا نستطيع أن نجزم بواقعة زواج النبی صلى الله عليه وسلم من الغفارية ، أما أحكام الرد بالميب فى النكاح فانها ثبتت بالقواعد الكلية فى العقود والمواضات وغير ذلك " (٤)

(١) نيل الأوطار/٦/١٧٧ .

(٢) سبل السلام/٣/١٥٣ .

(٣) المسبوط/٥/٩٦ ، فتح القدير/٤/٣٠٤ ، سبل السلام/٣/١٥٤ .

(٤) المجموع/١٥/٤٢٤ .

٢ - أما حديث الأمر بالفرار من المجذوم ، فظاهره ليس بمراد للاتفاق على اباحة القرب من المجذوم ، وكذا يغاب من يقوم بخدمته وتمريضه ، ومصالحه (١) ولو كان المراد ظاهره لا يمكن ذلك بالطلاق أيضا دون الفسخ (٢) ثم ان الحديث ورد لبيان خطورة هذا المرض المعدى ولزوم التوقي منه .

٣ - وما جاء عن عمر رضي الله عنه في اثبات الخيار للرجل ، فهو خيار الطلاق لا خيار الفسخ (٣) .

وقد لخص صاحب شرح العناية ما رد عليهم من الأوجه بقوله :

" قوله عليه الصلاة والسلام : " فر من المجذوم " ، محمول على الفرار بالطلاق .

وكذا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد طس كسحها بيضا فردها " محمول على الطلاق لأنه روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لها : " الحق بأهلك وهذا من كنايات الطلاق .

وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت له الخيار بهذه العيوب ، ومذهبا مروى عن علي وابن سمود (٤) ولا يثبت ذلك عندهما كما سبق وإنما يثبت خيار الطلاق .

٤ - وأما الإجماع على ثبوت خيار الفسخ فإنه انعكس عليهم بعد تأويل الخيار بالطلاق .

(١) فتح القدير / ٤ / ٣٠٤ .

(٢) الجسوط / ٥ / ٩٦ .

(٣) الجسوط / ٥ / ٩٦ .

(٤) شرح العناية / ٤ / ٣٠٥ .

هـ - وأما قياس النكاح على البيع فهذا قياس مع الفارق لأن المقصود في البيع هو المال ، وأما في النكاح ، فالمال تابع وليس بمقصود أصلي وانما شرع اظهارا لخطر المحل (١)

وقال ابن حزم في المحلى :

" ما ندري في أى وجه يشبه النكاح البيوع ، بل هو خلافها جملة : لأن البيع نقل ملك وليس في النكاح ملك أصلا ، والنكاح جائز بفسير ذكر صداق في عقده ولا يجوز البيع بغير ذكر الثمن ، والخيار جائز عندهم في البيع مدة مساة ولا يجوز في النكاح ، والبيع بعرك روية البيع وترك وصفه باطل لا يجوز أصلا والنكاح بترك روية المنكوحة وترك وصفها جائز . . فبطل تشبيه النكاح بالبيع جملة (٢)

ثالثا : مناقشة أدلة الحنفية :

وقد ناقش ابن حزم أدلة الحنفية ، ووصفهم بأنهم تناقضوا في أحسين آثار الصحابة فأخذوا ما ورد في فسخ النكاح بالعنانة ولم يأخذوا غيبه ما ورد في الجنام والبرص والجنون حيث قال في هذا الصدد :

" وأما الحنفيون فقد تناقضوا ههنا لأنهم قلدوا روايات لا تصلح عن عمر وعثمان في الفسخ بالعنانة وتوريت المطلقة ثلاثا . وهذه الروايات كتلك عن عمر ، والخلاف هنا موجود كما هو ههنا ، ولا فرق (٣)

(١) فتح القدير / ٤ / ٣٠٤ .

(٢) المحلى / ١٠ / ١١٤ .

(٣) المحلى / ١٠ / ١١٥ .

بيان القول الراجح :

بعد عرض الأدلة الواردة في خيار العيب في النكاح ومناقشتها نرى أنه ليست أدلة فريق بأقوى من أدلة الآخر فان من أمعن النظر ، لم يجسد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء كما قال الشوكاني . (١)

ولذلك فان ترجيح قول علي آخر لقوة دليله متعذر ، ولم يبق هناك الا اختيار ما يراعى مصلحة الجانبين ، وهو على ما اوضح لي قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بأن خيار العيب في النكاح يثبت للزوجة فقط دون الزوج . لأن في منع الخيار قطعا - كما فعله الظاهرية - ظلما للمرأة ، خصوصا في الأمراض التي تمنع وصولها الى المقصود الأصلي من النكاح كما لو وجدت زوجها مجبوا أو عنينا ، وليس بيدها أى حق ، لا حق الطلاق ولا حسيق المطالبة بالفرقة ، فكيف تتخلص من هذا الظلم .

وأما اثبات الخيار للزوج أيضا كما ذهب اليه الجمهور فلا داعي للسي ذلك لأن ما منحه الشرع أوسع وأسهل مما يثبت بالعيب وهو الطلاق ، فالأمر بيده يطلقها متى شاء ، سواء بعيب بها أو بشئ دونه .

(١) نيل الأوطار/٦/١٧٨ .

الصحة الثاني

التفريق بهذه العينة

١ - التفريق بالعينة

لا خلاف بين العلماء أن الزوجة اذا وجدت زوجها غنيا في أنه يفسرق بينهما لكنه لا يفرق الا بعد مطالبة المرأة ومد ثبوت العينة لدى القاضى .

طريق اثبات العينة :

اذا ادعت المرأة أن زوجها غني تثبت دعواها اما باقراره واما بالبينة على اقراره واما بالنكول عن اليمين .

فاذا أقر الزوج بمعجزه عن الوصول اليها ثبت لها الخيار .
أما اذا ادعى الوصول اليها وهى انكرت فعلها اقامة البينة لأنها
المدعى ، والبينة ليست الا الشهود على اقراره بالمجزلا على العجز نفسه
لتمذر المشاهدة شرعا وعادة .

وان لم يقر وليست لها بينة فلها أن تطلب اليمين منه على وصوله اليها ،
وان حلف سقطت دعواها . وان نكل فهل تثبت دعواها بمجرد نكوله ، أو
ترد اليمين عليها على أنه لم يصل اليها ؟

ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والحنابلة (٣) الى أنه يقضى عليه بنكول

(١) الهداية/٣/١٥٦ .

(٢) حاشية الصاوى/٤/٢١٨ .

(٣) مطالب أولى النهى/٥/١٤١ ، كشف القناع/٥/١٠٧ .

عن اليمين ولا ترد عليها ، وهو قول أبي سعيد الاصطخري من الشافعية (١)
لأن اليمين على من أنكر .

أما المذهب عند الشافعية : فان اليمين ترد عليها فان حلفت ثبتت
دعواها والا سقطت لأنه حق نكل فيه المدعي عليه عن اليمين فترد على المدعي
كسائر الحقوق . (١)

وفي قول آخر عندهم : لا ترد عليها ولا يقضى عليه بنكوله (٢)
وهناك طريق آخر في اثبات وصول العنين إليها أو عدم وصوله ، وهو
ان كانت الزوجة بكرا يريها القاضي الى واحدة ثقة من النساء فان شهدت
أنها لا تزال بكرا ثبتت دعواها والاثنان أحوط لطمأنينة القلوب (٣) والشافعية
اشتروا لذلك شهادة أربع نسوة (٤)

والمالكية لم يستحسنوا هذا الطريق لما فيه من الاطلاع على العورات
وهو ارتكاب المحرم وهم رجحوا رد اليمين عليها على نظر النساء اليها مع أن
الأصل عندهم لا ترد اليمين على المدعي لما ذكرناه من التمليل . (٥)

هل يقبل تقرير الأطباء بينة في اثبات العنين ؟

على ما قاله صاحب المدع من الحنابلة أن قول المتخصصين يكون بينة نفس
ذلك . حيث قال : * ان كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة عمل بها * (٦)

(١) المهذب / ٢ / ٥٠ ، روضة الطالبين / ٧ / ١٩٢ ، نهاية المحتاج / ٦ / ٣١٣

(٢) المراجع السابقة

(٣) المسوط / ٥ / ١٠١ ، مطالب أولى النهى / ٥ / ١٤٣ .

(٤) السراج الوهاج / ٢٨٣ .

(٥) الخرش / ٣ / ٢٤٢ .

(٦) مطالب أولى النهى / ٥ / ٢٤٢ .

فاذا ثبتت عنة الرجل لدى القاضى يؤجله سنة كما يلي بالتفصيل . .

تأجيل العنين :

اتفق العلماء على أن العنين وامراته يفرق بينهما لكنهم اختلفوا هل يفرق فى الحال ، أو بعد التأجيل سنة ؟

ذهب ابو حاتم الفزالى الى أنه يفرق فى الحال ، ولا يؤجل سنة ، لأن المعجز متحقق والظاهر دوامه ، وكذا الأمراض المزمنة التى لا يورجى زوالها ، ولا يمكن الجماع معها (١) وه قال أبو بكر القاضى من الحنابلة ، وقال صاحب المحرر : وهو الأصح عندى . (٢)

وذهب الجمهور الى أنه اذا ثبتت عنة الرجل لدى القاضى بمسند مطالبة المرأة بالفرقة أجله سنة ، وان لم يصل اليها فيها فرق بينهما . (٣)

الأدلة فى ذلك :

استدل الجمهور على تأجيل العنين سنة بالأثار والاجماع والمعقول ،

أما الآثار :

١ - فما رواه الدارقطنى عن سعيد بن المسيب أنه قال : قال عمر بن

الخطاب : يؤجل العنين سنة . (٤)

(١) روضة الطالبين / ٧ / ١٩٥٠

(٢) المحرر فى الفقه / ٢ / ٢٥٠

(٣) الهداية / ٢ / ٢٦ ، المهذب / ٢ / ٤٩ ، المحرر فى الفقه / ٢ / ٢٥٠

(٤) رواه الدارقطنى / باب المهر رقم الحديث / ٢٢١٠

وفي رواية المغيرة بن شعبة: "أجله سنة من يوم رافعته (١) .
وفي رواية البيهقي عن ابن السيب عن عمراه قال في المنين: "يوجل سنة
فان قدر عليها ، والا فرق بينهما ولها المهر وطبها المدة" (٢)

٢ - واستدلوا ايضا بما رواه البيهقي عن الضحاك عن علي رضي الله
عنه أنه قال : "يوجل المنين سنة فان وصل والا فرق بينهما . (٣)
وفي رواية يحيى بن علي رضي الله عنه أنه قال : يوجل المنين سنة
فان أصابها ، والا فهي أحق بنفسها . (٤)

٣ - وما رواه الدارقطني عن عبد الله بن سمعون أنه قال : يوجل
المنين سنة فان جامع والا فرق بينهما . (٥)

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : "رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح
خلا حصين بن قبيصة وهو ثقة . (٦)

وأما الاجماع:

فلما قضى عمر رضي الله عنه وغيره من الصحابة بتأجيل المنين سنة لم
ينقل أن أحدا منهم خالفه في ذلك فكان اجماعا . (٧)

-
- (١) رواه الدارقطني /باب المهر رقم الحديث/ ٢٢٥ .
 - (٢) رواه البيهقي /٧/ ٢٢٧ ، باب أجل المنين . وقال الحافظ ابن حجر
العسقلاني ورجاله ثقات (بلوغ المرام /باب الكفاة والخيار ، رقم الحديث/
١٢) .
 - (٣) رواه البيهقي /٧/ ٢٢٧ .
 - (٤) نصب الراية /٣/ ٢٥٤ .
 - (٥) الدارقطني /باب المهر ، رقم الحديث/ ٢٢٤ .
 - (٦) مجمع الزوائد /٤/ ٣٠١ .
 - (٧) بدائع الصنائع /٢/ ٣٢٢ ، نهاية المحتاج /٣/ ٣١٠ ، كشف القناع /٥/ ١٠٦ .

وجاء في معنى المحتاج : " أجمع المسلمون على اتباع قضاة عمر رضي
الله عنه في قاعدة الباب " (١)

وقال في شرح العناية : " وهو قول عمر وطى وابن مسعود ، وطيسيه
فتوى فقهاء الأماص كآبي حنيفة وأصحابه ، والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه
وأحمد وأصحابه رضي الله عنهم " (٢)

وأما المعقول :

فإن عجز الرجل عن اتيانها قد يكون لمرض أو لآفة أولغيرها ما يتأثر
بتغير الفصول من الأهوالف فتضرب له سنة حتى تمر به الفصول الأربعة
فإن كان من ييس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من الرطوبة زال في فصل
الييس وإن كان من برودة زال في فصل الحرارة . فإذا مضت السنة ولم يصل
اليها فإن أنه عني فرق القاضى بينهما .

وقد دلت الآثار الواردة في العنين أنه يؤجل سنة رجاء أنه قد يتأثر
من اختلاف الأهوية باختلاف الفصول الأربعة وأتى اليها فإن أتى فيها والا
فرق القاضى بينهما ان طالبتة الزوجة لأن الحق حقا فلا بد من مطالبتها .
ولا يترك الأمر الى مشيئة الزوج كما قال ابن حزم : وهي امرأت ان شاء
طلق وان شاء اسك ، لأنه ظلم لها فإن الاعتراف بالمجزع عن اتيانها أسمر
ثقيل على نفس الرجل فطرة وعادة فلا يتحمله الا النادر ، والأحكام تنبى على
ما في الغالب ولذلك فلها خيار المطالبة بالفرقة .

(١) معنى المحتاج / ٣ / ٢٠٥

(٢) شرح العناية / ٤ / ٢٩٧

ابتداء السنة ،

السنة التي تضرب على العين متى تبدأ ؟
ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنها تبدأ من يوم توافقه السبي
القاضي لا من يوم العقد ولا من يوم القضاء . (١)

ويدل على ذلك ما رواه الدارقطني عن المغيرة بن شعبة فانه قال :
" أجله (عمر) سنة من يوم رافعتة " (٢)

وذهب الشافعية الى أنه من يوم ضرب القاضي بخلاف مدة الايلاء من
اليمن (٣)

السنة المعتمدة شمسية أو قمرية ؟

وللفقهاء في ذلك قولان :

أحدهما : أنها شمسية ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (٤) ورواية
ابن سامة عن محمد (٥) واختاره السرخسي أخذاً بالاحتياط لأن الفصول
الأربعة تكمل فيها ، فيحتمل أن يزول الداء في المدة التي بين الشمسية
والقمرية (٦) وقال في الهندية : " وطيه الفتوى " (٧) وحكى ذلك أيضا عن أبي
المعالي من الحنابلة . (٨)

(١) المسوط / ٥ / ١٠١ ، القوانين الفقهية / ١٤٣ ، كتاب الكافي / ٢ / ٥٦٤ ،
مطالب أولى النهى / ٥ / ١٤٣ ، كشف القناع / ٥ / ١٠٧ ، شرح منتهى
الارادات / ٣ / ٤٩ .

(٢) الدارقطني / باب الصهر / رقم الحديث / ٢٢٥ .

(٣) فتح الجواد / ٢ / ١٠٥ ، روضة الطالبين / ٧ / ١٩٨ ، التنبيه / الشيرازي / ١٠٦ .

(٤) تبيين الحقائق / ٣ / ٢٤ .

(٥) الاختيار / ٣ / ١١٥ .

(٦) المسوط / ٥ / ١٠١ .

(٧) الانصاف / ٨ / ١٨٨ .

(٨) الهندية / ١ / ٥٢٣ .

والثاني : أنها قمرية ، لأنها المراد عند الاطلاق (١) وقال الزيلعي
أنها ظاهر الرواية (٢)

وه قال الشافعية (٣) والمالكية (٤) وهو المذهب عند الحنابلة ، حيث
قال ابن تيمية هذا هو المفهوم من كلام العلماء فانهم حيث اطلقوا السنة
أرادوا بها الهلالية. (٥)

فإذا مضت السنة لم يفسخ العقد بمجرد مضي المدّة فلا بد من مراجعتها
أيضا لأنها قد ترضى المقام معه وإذا طالبت ولم يدع الزوج وطئها بفسوق
بمبناها .

(١) الاختيار / ٣ / ١١٥ .

(٢) تبين الحقائق / ٣ / ٢٤ .

(٣) فتح الجواد / ٢ / ١٠٥ .

(٤) الخرشى / ٣ / ٢٣٨ ، الشرح الكبير للدردير / ٢ / ٢٤٩ .

(٥) الانصاف / ٨ / ١٨٨ .

٢ - التفريق بالجسب

لا خلاف بين الفقهاء ، في أن الزوجة اذا وجدت زوجها مجبها يفرق بينهما في الحال بغير تأجيل الى سنة لأن العجز متحقق فلا يرجى وصوله اليها ولو أجل سنين .

الا أن التفريق يكون بقضاء القاضي بعد أن ترفع الأمر اليه لأنه أمر متنازع فيه فلا بد من قطع النزاع ، ولأن الأمر آما يثبت بالأقرار أو بالبينة أو بالتكول فكل ذلك من عمل القضاء . (١)

٣ - التفريق بالجدام

والبرص والجنون

واذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا من هذه العيوب فله أن يفسخ النكاح عند الشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو قال الامام محمد من الحنفية . ونفى أبو حنيفة وأبو يوسف ثبوت الخيار بهذه العيوب لعدم منعها من الاستمتاع كاملا .
وقد سبق ذكر الأقوال والأدلة في ذلك في بيان آراء الفقهاء في خيار العيب في النكاح .

هل يؤجل المصاب بهذه الأمراض الثلاث كالعنين ؟

(١) المتوسط / ٥ / ١٠٣ ، بدائع الصناعات / ٢ / ٣٢٧ ، المهذب / ٢ / ٥٠ ،
الخرشي / ٣ / ٢٤٢ .

قال الشافعية والحنابلة انه يفرق بينهما في الحال بعد ما ثبت لدى القاضى وجود هذه الأمراض فلا يؤجل . (١)

وقال المالكية انه يؤجل سنة ان رجي بروءه والا يفرق في الحال (٢)
وقال الصاوى : " اعلم أن الأدواء المشتركة والمختصة بالرجل اذا رجي بروءها فانه يؤجل فيها الحرسنة والمعد نصفها ، وأما الادواء المختصة بالمرأة فالتأجيل ان رجي البرء بالاجتهاد " (٣)
والمراد بالاجتهاد : ان اجتهد أهل الخبرة وقالوا انه يرجى بروءه يؤجل سنة .

وقال ابي الفواكه الدواني : " كل من يمكن زوال مرضه كالأجذم والأبرص والمجنون يؤجل سنة عند رجاء برئه " (٤)

والظاهر أن التأجيل ليس بخاص بمرض العنة عند المالكية وانما هو يطبق على كل ما يرجى بروءه بقول أهل الخبرة .

والراجع :

والقول الراجح هو قول الشافعية والحنابلة وهو أن التأجيل خاص بالعنة لا غير لأنه ثبت بالمنقول ، لأن الأمر لا يرفع الى القاضى بطلب الفرقة عادة الا بعد معالجة يثنى الطرفين من برء المرض ، هذا هو الواقع ، فلا معنى بعد ذلك أن يؤجل المصاب بهذه الأمراض سنة بطلب المعالجة ، بل يفرق بينهما في الحال .

(١) المغنى ١٨٤ / ٧ ، كشاف القناع / ١٠٧ / ٥ ، مغنى المحتاج ٢٠٣ / ٣

(٢) التاج والاكليد / ٤٨٥ / ٣ ، جواهر الاكليد / ٢٩٩ / ١ ، شرح منح الجليل ٠٨٢ / ٢ /

(٣) حاشية الصاوى / ٤٧١ / ٢ (بهاش شرح الصغير) .

(٤) الفواكه الدواني / ٢٠ / ٢ .

٤ - التفريق بالخصا

حكم الخصص عند الحنفية حكم العنين في جميع أحكامه ، يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطأه مرجو . (١)

وعند الشافعية فيه قولان : أحدهما : لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به والثاني : لها الخيار لأن النفس تكرهه (٢) وه قال الحنابلة (٣) وكذا عند المالكية لأن تمام اللذة للانزال لا للوطء (٤) وهو لا ينزل .

٥ - التفريق بالخنوثة

حكمه حكم العنين عند الحنفية (٥)
وعند الشافعية فيه قولان : أحدهما أنه يثبت الخيار للآخر لأن النفس تعاف عن مباشرته كالأبرص ، وه قال الحنابلة . (٦)
والثاني : أنه لا خيار للآخر لأنها تقدر على الاستمتاع به (٧)
وعند المالكية الخنوثة لا توجب الرد . (٨)

-
- (١) المسوط / ٥ / ١٠٤ ، بدائع الصنائع / ٢ / ٣٢٦ .
(٢) المهذب / ٢ / ٤٩ .
(٣) المغني / ٧ / ٨٦ ، كشف القناع / ٥ / ١١٠ .
(٤) حاشية الصاوي / ٢ / ٤٦٩ ، الخرشني / ٣ / ٢٣٦ .
(٥) بدائع الصنائع / ٢ / ٣٢٦ ، المسوط / ٥ / ١٠٤ .
(٦) كشف القناع / ٥ / ١١٠ .
(٧) المهذب / ٢ / ٤٩ ، مغني المحتاج / ٣ / ٢٠٣ ، نهاية المحتاج / ٣ / ٣١١ .
(٨) حاشية الصاوي / ٢ / ٤٧٠ .

أما العقيم :

فهو الذى لا يولد له سواه كان رجلا أو امرأة ، يقال رجل عقيم وأمرأة عقيم (١) . وإذا ثبت أن أحد الزوجين عقيم فهولا يوجب الخيار للآخر بالاتفاق (٢) .

لأن الأصل هو الاستمتاع وهو حاصل ، والأمر بيد الله : " يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرا إناثا ويجعل من يشاء عقيما " . (٣)

-
- (١) الصحاح / للجوهري / ٥ / ١٩٨٩ .
(٢) روضة الطالبين / ١٧٨ / ١١٢٥ ، فتح القدير / ٤ / ٣٠٠ ، كشف القناع / ١١٢٥
الخرشي / ٣ / ٢٣٦ .
(٣) سورة الشورى / ٩ / ٥٠٤ .

المبحث الثالث

هل هذه العيوب جاءت على سبيل الحصر ؟

ومعنى ذلك أن أحد الزوجين لو وجد بالآخر عيبا غير العيوب المذكورة
يثبت له الخيار أم لا يثبت لعدم ورود ذكره هناك ؟

هذه العيوب هي التي ذكرها الفقهاء في كتبهم وبينوا ما يتعلق بها
من الأحكام ونصوا على أن غيرها لا يثبت به الخيار.

فقد جاء في المغنى :

" وانما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود
بالنكاح " (١)

وقال أيضا : لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لأنه لا يمنع من الاستمتاع
بالمعقود طيه ، ولا يخشى تعديه فلم يفسخ به النكاح كالعسي والمرج . . .
لأن الفسخ انما يثبت بنص أو اجماع أو قياس ، ولا نص في غير هذا ولا اجماع
ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق " (٢)

وجاء في روضة الطالبين وفي مغنى المحتاج :

" فجملة هذه العيوب سبعة ، يمكن في حق كل واحد من الزوجين
خمسة وما سواهما من العيوب لا خيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور " (٣)

(١) المغنى / ٧ / ١٨٥ .

(٢) المغنى / ٧ / ١٨٦ .

(٣) روضة الطالبين / ٧ / ١٧٧ ، مغنى المحتاج / ٣ / ٢٠٣ .

وجاء في حاشية الصاوي :

" ولا خيار بغيرها من سواد وقرع وهور وعرج وشلل وقطع عضو وكثرة أكسل ونحوها ما يعد في العرف عيبا ، الا بشرط فيعمل به ، وله الرد " (١)

والظاهر أن الملكية قسموا العيوب الى قسمين : قسم يثبت به الخيار شرعا . وان لم يشترط وهي العيوب المذكورة في كتبهم وقسم آخر لا يثبت به الا اذا اشترط البراءة عند عقد النكاح . (٢)

وكما سبق أن عند الحنفية لا يثبت الخيار الا بالجيب والعنة والخصاء اتفاقا ، وعند محمد يثبت بها والجنون والبرص والجذام ان كان بالزوج ، أما بغير المذكور لا يثبت . (٣)

وقد تبين أن الفقهاء قصروا الخيار في النكاح على العيوب التي ذكروها في كتبهم وبينوا أنه لا يثبت بغيرها ، ومعنى ذلك أن أحد الزوجين لو وجد بصاحبه عيبا غير هذه العيوب يمنع من الاستمتاع أو يثير النفرة في نفسه أو أمراض سارية يئس من برئتها ليس له حق المطالبة بالفرقة أو بالفسخ ، الا أن التعليقات التي أوردوها لهذه العيوب تفيد أنه ليس على سبيل الحصر بل الأصل كلما وجدت العلة وجد الحكم ، لان الأمراض لا يمكن استيعابها . والتي ذكروها هي الموجودة المعروفة في عهدهم .

(١) حاشية الصاوي / ٢ / ٤٧٢ ، الشرح الكبير / الدردير / ٢ / ٢٨٠ .

(٢) الشرح الكبير / الدردير / ٢ / ٢٨١ ، القوانين الفقهية / ٢٣٩ .

(٣) الهداية / ٢ / ٢٦ ، ٢٧ .

- والعيوب المذكورة ظلوها بعلة مختلفة :
- منها : عدم تمام اللذة كما في الخصى . (١)
- ومنها : نفرة النفوس كما في البخر . (٢)
- ومنها : شدة الايذاء بها وعدم الصبر عليها كما في الجنون والجدام
والبرص . (٣)
- ومنها : تمديه الى الآخر كالجدام . (٤)
- ومنها : منع الاستمتاع كاملا كالجب والرتق .

والحاصل :

أن العيوب التي يثبت بها الخيار ، اما لأنها تمنع من الوصول الى
المقصود من النكاح منعا كليا كما في الجب والرتق ،
واما جزئيا كما في الخصى ،
واما أنها لا تمنع منه لكنها تشير النفرة في نفس الآخر ويضعف الرغبة فيه ،
واما تكون خطرا على حياة صاحبه كما في الجنون والأمراض المعدية
المزمنة .

فاذا وجد بأحد الزوجين عيب ، فيه طة من العلة المذكورة ثبت الخيار
للاخر سوا* ورد اسمه في الكتب أو لم يرد ، ولذلك قال ابن تيمية :
” ترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع ” (٥) ،

-
- (١) الخرشى / ٣ / ٢٣٦ .
(٢) الخرشى / ٣ / ٢٣٧ .
(٣) حاشية الصاوى / ٢ / ٤٧٠ .
(٤) المغنى / ٧ / ١٨٥ .
(٥) الاختيارات الفقهية / ٢٢٢ .

وقال النووي في تعريف العيب هو ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق (١)
 وقال في المنتقى نقلا عن القهستاني : " ان المرأة تتخير عند محمد
 بالثلاثة الأول وكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرب " (٢)

فهذه التعليقات كلها تدل على أن العيوب لا تنحصر على ما ذكره
 يقاس عليها غيرها حين وجدت العلة .

والذي دافع عن هذا الرأي بشدة ورجحه هو ابن القيم الجوزية حيث قال
 في زاد المعاد :

" وأما الاقتصار على عيين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى
 منها أو ساولها فلا وجه له . فالصم والخرس (٣) والطرش (٤) وكونها
 مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ،
 والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش ، وهو مناف للدين ، والاطلاق انما
 ينصرف الى السلامة فهي كالمشروط عرفا . وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب
 رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : " أخبرها أنك عقيم وخيرها "
 فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذه عندها كمال لانقص "

(١) تهذيب الاسماء واللغات / ٢ / ٥٣ .

(٢) المنتقى / ١ / ٤٦٣ (بها مش جمع الأنهر) .

(٣) الخرس والخرس هو الذي منع من الكلام خلقة .

(٤) الصمم .

ثم قال :

والقياس أن كَيْل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع . . .
ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول .

وقال الزهري رضي الله عنه : " يرد النكاح من كل داء عضال " ومن تأمل فتاوى الصحابة والسلف أنهم لم يخصصوا الرد بعيب دون عيب إلا رواية رويت عن عمر رضي الله عنه : " لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة : الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج " وهذه الرواية لا نعلم لها اسنادا أكثر من أصبغ وابن وهب عن عمرو بن لحي رضي الله عنهما .

وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكن من الجرب (١) المستحکم المتمكن وهو أشد اعداء من ذلك البرص اليسير وكذلك غيره من أنواع الداء العضال . . . (٢)

الترجيح :

ولعل الراجح هو قول من قال بعدم الاقتصار على عيب دون عيب ، لأنه لو قال المتخصصون أن الداء الفلاني يقتضى التفريق بين الزوجين لمصلحتهما أو لمصلحة نسلهما فليس من المعقول أن يجبروا على البقاء معا لعدم وجود

(١) هو خلط ظيظ يحدث تحت الجلد من مخالطة البلغم الطح للدّم .

(٢) زاد المعاد / ٤ / ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ .

الحكم بالرد به من الفقهاء . الأأن الأخذ بهذا القول ليس على الإطلاق بل لا بد من بعض القيود :

أولاً : أن يكون العيب مما يمنع الوطء كلياً أو جزئياً .

ثانياً : أو أن يكون بمنظره يثير النفرة في النفس ويكسر الرغبة فسوى الاستمتاع لأنه هو المقصود الأصلي من النكاح وقد فات ، ولأنه لو كان عالماً به قبله لما عقد عليه ، فبعده يتنفسى أن يتدارك ذلك الضرر .

ثالثاً : أو أن يكون مرضاً يشكل خطراً على حياة صاحبه أو على نسلهما ، كالأأمراض المعدية أو الوراثية ، أو كمرض الجنون فإنه إذا جاء ولو متقطعاً لا يدري ماذا يفعل .

رابعاً : وفي الأمراض المذكورة وغيرها يشترط أن يكون مستحكماً ومزمناً في الحال ، أو يكون كذلك في زمن ، كما أشار إليه بعض الفقهاء حيث قالوا : ان الخيار لا يثبت بالبرص والجذام قبل الاستحكام ، وأرادوا به الاشتداد أو أخذهما في الزيادة . (١)

وقد تعرض محمد يوسف موسى لهذه القيود جملة في كتابه أحكام الأحوال الشخصية وقال : " انه يجوز طلب التفريق بكل عيب مستحكم لا دواً ولا برء منه أو يكون ذلك ممكناً بعد زمن طويل ، ولا تطاق العشرة الزوجية معه إلا بضرر كبير ، أو بالعيب الذي لا يحصل معه المقصود من الزواج من النسل وأنس كل من الزوجين بما حبه " (٢)

(١) الأنوار/٢/١٠٨ ، نهاية المحتاج /٣/٣٠٩ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية /٣٣٤ .

هل يشترط أن يكون العيب قديماً ؟

ولو حدث عيب من هذه العيوب بأحد الزوجين بعد العقد أو بعد
الدخول فهل للآخر خيار الفسخ أيضاً أم ليس له ذلك كما في البيع؟

فيه وجهان :

الوجه الأول :

أنه يثبت الخيار ولو بعد الدخول ، لأنه عيب في النكاح ، يثبت
به ولو كان طارئاً كما ثبت به ان كان مقارناً للعقد كالأصابع ، ولأنه عقد طقس
منفعة فمتى تعذر الانتفاع ثبت الخيار كالأجارة ، قال به أحمد في أحد
قوله (١)

وه قال مالك في عيب البرص والجذام والجنون ان كان بالزوج ، فللزوجة
أن ترده لشدة الأذى عليها ، أما ان كان المرض بالزوجة فلا خيار للزوج
لأن العصمة بيده ، ان شاء رضى بها وان شاء طلقها ، وهو قول ابن القاسم
وروايته .

وفي الجنون الحوادث أقوال أخرى عند المالكية :

قيل : يثبت الخيار مطلقاً ، سواء حدث به أو بها وسواء قبل الدخول
أو بعده لما فيه من الخطر على الآخر ، وهو قول أبي الحسن ، ونسبه السي
الدونة .

(١) المغنى / ٢ / ١٨٢ ، كشف القناع / ٥ / ١١١ ، الانصاف / ٨ / ١٩٥ .

وقيل : لا يثبت مطلقا ، وهو قول أشهب .

وقيل : ان حدث بعد العقد قبل الدخول ثبت لها الرد ، ومع الدخول فلا يثبت . وهو قول المتطوي .

والراجح هو قول ابن القاسم وروايته لأن حق الطلاق يغنيه عن الخيار ، أما ان حدث بالزوج اعتراضا أو خصما بعد الوطء ولو مرة فلا خيار لها وهو مصيبة نزلت بها ، وان لم يحصل الوطء فلها القيام بحقها . (١)

والحاصل أن مذهب ابن القاسم هو :

* أن العيوب المشتركة (الجنون والجدام والبرص) : ما حصل منها قبل العقد فلكل من الزوجين رد صاحبه به ، وما حدث منها بعد العقد فللزوجة الرد به دون الزوج سواء حدث قبل البناء أو بعده . (٢)

وقال الشافعية : الرد

ان حدث العيب بالزوج فلها^أ لأن ما ثبت به الخيار اذا كان

موجودا حال العقد ثبت به بعد العقد كالأضرار بالمهر والنفقة .

ويستثنى من ذلك العنة فانها اذا حصلت بعد الدخول فلا رد لها لأن المقصود قد حصل وهو المهر والاحسان ، ولأنها قد عرفت قدرته على الوطء .

(١) الشرح الصغير مع الصاوي / ٢ / ٤٧٠ ، حاشية الدسوقي / ٢ / ٢٧٩ ،

التاج والاكيل / ٣ / ٤٨٦ .

(٢) حاشية الدسوقي / ٢ / ٢٧٩ .

أما ان حدث عيب بالزوجة : ففي الجديد يثبت الخيار له وهو الصحيح
لأن ما ثبت به الخيار ابتداءً يثبت به اذا حدث بعده كما في الزوج . وفي
القديم : لا ، لأنه يمكنه التخلص منها بالطلاق . (١)

والوجه الثاني :

أن الخيار لا يثبت بما حدث من الميوب بعد العقد ، وهو القول
الثاني لأحد ، سواء كان بالزوج أو بالزوجة لأنهما تساوا فيما اذا كان العيب
سابقاً فتساوا فيه لاحقاً كالمتايعين . (٢)

:

(١) روضة الطالبين / ٧ / ١٧٩ ، مفني المحتاج / ٣ / ٢٠٣ ، ٢٠٤ ،
المهذب / ٢ / ٤٩ .
(٢) المفني / ٧ / ١٨٧ .

المبحث الرابع

ما يترتب على التفريق
وفي خمسة مطالب :

- المطلب الأول : مدة الخيار في طلب الفرقة ،
- المطلب الثاني : كيفية الفرقة بالعيب ،
- المطلب الثالث : هل هذه الفرقة فسخ أو طلاق ،
- المطلب الرابع : حكم الصداق بعد الفرقة بالعيب ،
- المطلب الخامس : المدة والنفقة والسكنى .

الطلب الأول

سدة الخيار في طلب الفرقة

إذا وجد أحد الزوجين عيباً موجباً للخيار بالآخر ولم يرض به فهل عليه أن يبادر في المرافعة إلى القاضي في أقرب وقت ممكن أم له أن يتأخر في ذلك ؟

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن ذلك على التراخي فلا يسقط حقه بالتأخير ما لم يوجد ما يدل على الرضا به قولاً أو فعلاً كخيار القصاص (١) وهو قول عند الشافعية ، وتعقبه في الروضة وقال : وهو ضعيف (٢) وسه قال مالك رحمه الله في عيب التحنين فإن لها أن تطلب ضرب الأجر عليه ولو كان بعد أن أقامت معه مدة . أما في الغصاء والجنون فإذا تركت المرافعة ومكنت نفسها ثم أرادت الفرقة فليس لها ذلك (٣) .

وذهب الشافعية إلى أنه على الفور ، والتأخير يسقط حق من لسه الخيار لأن خيار الرد بالعيب يكون على الفور كما في البيع (٤)

(١) المسوط/٥/١٠٢ ، فتح القدير/٤/٢٩٩ ، تبيين الحقائق/٣/٢٣ ،
المغني/٧/١٨٨ ، كشاف القناع/٥/١١٣ ، مطالب أولى النهي/٥/
٠١٥٣

(٢) روضة الطالبين/٧/١٨٠ .

(٣) المدونة/٢/٢١٤ .

(٤) روضة الطالبين/٧/١٨٠ .

المطلب الثاني

كيفية الفرقة بالمعيب

- وإذا ثبت لدا القاضى أنه يفرق بينهما بالمعيب فكيف يكون هذه الفرقة ؟
- قال أبو حنيفة رحمه الله ان القاضى يخيبرها بين المقام معه وبين الفرقة ، ان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها ، فان أبى فرق بينهما .
- وقال أبو يوسف ومحمد : ان اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما فلا حاجة الى أمر القاضى بالطلاق لأن ذلك كقول الرجل لامرأته : أنت مفسيرة : ان شئت اختارى الطلاق وان شئت النكاح ، فاذا اختارت الطلاق وقع . (١)
- وقال الحنابلة طى ما هو الصحيح فى المذهب ان القاضى يتولى الفسخ : اما فسخه واما رده الى من له الخيار ليفسخه . (٢)
- وقال ابن تيمية : " ليس هو الفاسخ (أى القاضى) وانما يأذن وحكم به ، فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ ، فمعد أو فسخ لم يحتج بعد ذلك الى حكم بصحته بلا نزاع " (٣)
- وقال ابن رجب : ورجح الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حكم حاكم . (٤)

(١) المبسوط/٥/١٠٢ .

(٢) مطالب أولى النهى/٥/١٥١ ، الانصاف/٨/٢٠٠ .

(٣) الانصاف/٨/٢٠٠ .

(٤) قواعد ابن رجب/١١٩ قاطعة : ٦٣ .

وعند المالكية طريقتان : أحدهما : أن الحاكم يطلق عليه ، والثاني :
يأمر القاضي الزوجة بإيقاع الطلاق ، وهي تقول : طلقت نفسي منك ، ثم
يحكم القاضي بالطلاق و عليه الفتوى عندهم (١)

والشافعية نظروا الى المسألة بنظرة أخرى وهي : بعد أن ثبت الخيار
لدى القاضي هل المرأة تستقل بالفسخ بغير حاجة الى القضاء بالفسخ
أم لا ؟

وطى الأصح تستقل به كمن وجد بالمبيع عيبا ، لكنها تفسخه بعد قول
القاضي : ثبت حق الفسخ فاختارى . وقيل : لا حاجة الى هذا التفصيل
بل يكفي أن يعلن القاضي بدخول وقت الفسخ .
ومقابل الأصح أنها لا تستقل بالفسخ بل لا بد من اذن القاضي لها به
أو فسخه رأسا لأن الفرقة بالعيب محل نظر واجتهاد فيفسخ بنفسه أو يبدأ
فيه . (٢)

(١) حاشية الدسوقي / ٢ / ٢٨٣ .

(٢) مغنى المحتاج / ٣ / ٢٠٧ ، فتح الجواد / ٢ / ١٠٥ .

المطلب الثالث

هل هذه الفرقة فسخ أم طلاق ؟

وللفقهاء فيه قولان :

القول الأول :

أنها فسخ ، واليه ذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) ، قيل لأحمد :
لم لا يكون طلاقاً ؟ قال : لأن الطلاق ما تكلم به الرجل (٣) ولأن ذلك
فرقة باختيار المرأة فكانت فسحاً (٤) ولأنها كفرقة الرضاع وهي لا تقف على إيقاع
الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسحاً . (٥)

والقول الثاني :

أنها تطليقة بائنة لا فسخ ، وهو ما ذهب إليه الحنفية (٦) والمالكية (٧)
وقد استدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول :

أما المنقول :

فما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة (٨)

-
- (١) المهذب / ٢ / ٥٠ ، الاشباه والنظائر / ٢٨٩ .
(٢) المغنى / ٧ / ١٩٣ ، كشف القناع / ٥ / ١١٢ ، مطالب أولي النهى / ٥ / ١٥٢ .
(٣) المغنى / ٧ / ١٩٣ ، (٤) المغنى / ٧ / ١٩٣ .
(٥) المهذب . / ٢ / ٥٠ .
(٦) المسوط / ٥ / ١٠٢ ، بدائع الصنائع / ٢ / ٣٣٦ ، الهداية / ٢ / ٢٦ ، فتح
القدير / ٤ / ٣٠٠ ، مختصر الطحاوي / ١٨٣ .
(٧) المدونة / ٢ / ٢١٤ ، كتاب الكافي / ٢ / ٥٦٥ .
(٨) رواه محمد بن الحسن " في كتاب الآثار " أخبرنا أبو حنيفة ، ثنا اسماعيل =

وأما المفقول :

فإن الفرقة هنا من قبله لا من قبلها لأن الزوج يطك أحد الشئتين :
أما الاساك بالمعروف أو تسريح باحسان فإذا هجر عن أحدهما تعسفين
الآخر، فإذا امتنع منه ناب القاضى منابه فو التسريح ، والتسريح طلاق ،
ثم ان المقصود من الفرقة هو ازالة ظلم وقع عليها فإذا ترك مجال لرجوعه
اليها لم يتحقق ذلك لأنه اذا رجع اليها ، رجع بغير رضاها فتضطر لرفع
الخصومة الى القاضى ثانية ، والذي يحقق هذا المقصود من الفرقة هو
كونها طلاقا بائنا لاغيره . (١)

ورد وا طى أصحاب القول الأول القائلين بالفسخ " بأن النكاح الصحيح
التام النافذ اللازم لا يقبل الفسخ ولذلك لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم
لأن الطك الثابت به طك ضرورى فلا يظهر فى غير الاستيفاء ، والفسخ يفايرها
فلا يظهر فى حقه " (٢)

ثمرة الخلاف :

وثمره الخلاف تظهر اذا أراد أن يتزوجها بنكاح جديد :
فان قيل ان الفرقة بالميب فسخ وأن الزوج يعود اليها وله الطلاق
الثالث ان لم يسبق له طلاق لأن الفسخ لا ينقص عدده لأنه ليس بطلاق . (٣)

== ابن مسلم المكي عن الحسن بن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته
فأخبرته أن زوجها لم يصل اليها ، فأجله حولاً ، فلما انقضى حول ولم
يصل اليه خيرها ، فاختارت نفسها ففرق بينهما وجعلها تطلقه بائنة
(نصب الراية / ٣ / ٢٥٤) .

- (١) المسوط / ١٠٢ / ٥ ، الهداية / ٢٦ / ٢ ، فتح القدير / ٤ / ٣٠٠ ، تبیین
الحقائق / ٣ / ٢٣ .
(٢) تبیین الحقائق / ٣ / ٢٣ .
(٣) المغنى / ٧ / ١٩٣ ، كشف القناع / ٥ / ١١٢ .

وان قيل انه طلاق يعود اليها بما بقي من الطلاق الثلاث لأن الفرقة
تطبيقاً بائمة فبقي اثنتان منه . (١)

(١) كتاب الكافي / ٢ / ٥٦٥ .

المطلب الرابع

حكم الصداق بعد الفرقة بالعيب

بعد مفارقة الزوجين بعيب به أو بهما فهل لها الصداق أم لا ؟
والحديث عنه هنا في ثلاثة مواضع :

أحدها : ان كانت الفرقة قبل الدخول

والثاني : وان كانت بعد الدخول

والثالث : ضمان المهر التالف .

الموضع الأول : ان كانت الفرقة قبل الدخول :

انما علم أحدهما عيبا بالآخر قبل الدخول وفرق القضاة بينهما فلا مهر
لها سوا " كان بعيب به أو بهما لأنه ان كان بعيب بها سقط مهرها لكونها
مدلسة باخفا العيب ، وان كان بما فيه فكذا لا مهر لها لأن الحكم جاء بعد
مطالبتها بالفرقة لأن الحكم بالفرقة بعيب في النكاح لا يجوز الا بحكم
القاضي (١)

أما ان طلقها قبل علمه بعيب بها فعليه نصف الصداق (٢) لأن ذلك
يكون طلاقا اختياريا لا بسبب عيب من جهتها ، وفي مثله يجب عليه نصف
المهر لقوله تعالى : " وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم " (٣)

(١) المغني / ٧ / ١٩٠ ، كشف القناع / ٥ / ١١٣ ، المهذب / ٢ / ٤٩ ، روضة
الطالبين / ٧ / ١٨٠ ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي / ٢ / ٤٧٧ ،
الخرشي / ٣ / ٢٤٤ ، المتوسط / ٥ / ١٠٣ .
(٢) المغني / ٧ / ١٩٠ ، المهذب / ٢ / ٤٩ ، الهداية / ١ / ٢٠٤ ، الشرح الصغير
٠٤٨٢ / ٢ (٣) البقرة : ٢٣٧ .

الموضع الثاني : ان كانت الفرقة بعد الدخول :

ذهب الشافعية والحنابلة الى أن لها الصداق كاملا لأنه وجب بالعقد واستقر بالدخول إلا أنهم اختلفوا هل لها مهر المثل أو المسمى ؟

فقال الشافعية : ان المسمى قد سقط ووجب المثل لأن الفسخ يستند الى سبب قبل العقد وهو العيب الموجود قبله فصار كأن الوطء حصل في نكاح فاسد ، والنكاح الفاسد يجب فيه مهر المثل لا المسمى . (١) وقال في روضة الطالبين : هو الصحيح المنصوص (٢) وفي معنى المحتاج قال : " وهو الأصح " (٣) ومقابل الأصح : يجب المسمى ، وقيل : ان فسخ بعينها فمهر المثل ، وان فسخ بعينه فالمسمى . (٤)

والمذهب عند الحنابلة أنه يجب المسمى لأنه فرقة بعد الدخول فسي نكاح صحيح لا فاسد لأنه انعقد بشروطه وأركانه وفي النكاح الصحيح المسمى صحيح فوجب ذلك . (٥)

وذكر القاضى من الحنابلة روايتين في ذلك بناء على الروايتين في العقد الفاسد : احدهما : مهر المثل ، والثانية : المسمى (٦) إلا أن المذهب هو المسمى كما تقدم .

(١) المهذب / ٢ / ٤٩ .

(٢) روضة الطالبين / ٧ / ١٨٠ .

(٣) معنى المحتاج / ٣ / ٢٠٤ .

(٤) روضة الطالبين / ٧ / ١٨١ .

(٥) المغنى / ٧ / ١٨٨ ، ١٨٩ ، الانصاف / ٨ / ٢٠١ .

(٦) المغنى / ٧ / ١٨٩ ، انظر : مطالب أولى النهى / ٥ / ١٥٢ .

والصألة عند الحنفية تختلف باختلاف العيب الموجب للفرقة ، ومصروف
أن الخيار عند هم في المذهب لا يثبت الا بعيب العنة والجب .

فان كانت الفرقة بالعنة فلها المهر كاملا بعد مضي السنة بالاتفاق لأنها
سلمت اليه ما يستحقه منها بالعقد ، والمعجز جاء منه (١) ويستدلون على ذلك
بقضاء عمر وعلى رضي الله عنهما ان قالوا : ما ننهين اذا جاء المعجز من قبلكم (٢)

وان كانت الفرقة بالجب اختلفوا في ذلك هل لها المهر كاملا أو نصفه ؟

فقال أبو حنيفة رحمه الله لها المهر كاملا ان خلا بها لأنها سلمت اليه
ما وجب عليها بالعقد وهو تمكين نفسها له فتقرر حقها بذلك في البديل وهو
المهر كاملا . (٣)

وقال أبو يوسف ومحمد : لها نصف المهر لأن عدم الوصول هنا قطعى
لعدم وجود الآلة بعد أن ثبت ذلك . فصار كأنه طلقها قبل الدخول ، فانها
قاسا خلوة المجهوب على خلوة المريض وقالوا : " عذر الجب في الزوج أسين
من عذر المرض فاذا كان مرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبها أولى بخلاف المنين
فان ذلك باطن لا يوقف على حقيقته ، وهنا ظاهر يشاهد فيجب اعتباره
في الحكم " (٤)

(١) المسوط/٥/١٠٢، تعيين الحقائق/٣/٢٣، مجمع الأنهر/١/٤٦٢ .

(٢) المسوط/٥/١٥٢

(٣) المسوط/٥/١٠٢

(٤) المسوط/٥/١٠٢ .

وأما الطالكية فانهم قسموا العيوب هنا الى قسمين : قسم لا يتصور به وطء الرجل كالعنة أى الاعتراض والخصاء والجب ، وقسم يتصور به وطءه كالجنون والجذام والبرص .

ما لا يتصور به وطءه :

العنين : اذا وقعت الفرقة بينهما بسبب العنة فلها المهر كاملا لوجود الاستمتاع بها (١) ، وفي رواية : فلها ذلك ان طالت المدّة معه لتمكينها له من نفسها والا فلها نصف المهر (٢) وقال ابن عبد البر : " وهو تحصيل مذهبه (٣) وقد بين في الفواكه الدواني أن امرأة العنين أو المعترض تستحق الصداق بأحد من الأمرين : اما بالوطء واما بانقضاء السنّة لأن إقامة السنّة معه كالوطء من حيث استحقاق الصداق كاملا (٤) .

أما الخصى والمجبوب فأيهما دخل بامرأته ثم طلقها فعليه الصداق كاملا طالت المدّة أم قصرت بخلاف العنين في المدّة . (٥)

وقد خالفهم ابن عرفة في وجوب المهر في ذلك وقال : الذى لا يتصور وطءه كالمجبوب والعنين والخصى فانه لا مهر عليهم . (٦)

وان كان يتصور وطءه كالمجذوم والمجنون والأبرص فعليه المهر والأصل في ذلك عندهم :

ان كان العيب بالزوج يجب لها المسمى لتدليسه اياها وان كان بالزوجة

(١) كتاب الكافي / ٢ / ٥٦٤ .

(٢) الشرح الصغير / ٢ / ٤٧٥ ، الخرشى / ٣ / ٢٤٤ .

(٣) كتاب الكافي / ٢ / ٥٦٤ .

(٤) الفواكه الدواني / ٢ / ٦٩ . (٥) كتاب الكافي / ٢ / ٥٦٤ .

(٦) الخرشى / ٣ / ٢٤٤ ، حاشية الصاوى / ٢ / ٤٧٧ .

ودخل الزوج بها فلها الصداق بكامله لوجود الدخول . (١)
وقد لخص الصاوي الأقوال المذكورة في المهر عند المالكية بقوله :

" وحاصل فقه المسألة : أن المرأة إذا ردت زوجها بعد الدخول بسبب
عيبه يجب لها السسى إذا كان يتصور وطؤه كمجنون ومجنوم وأبرص . فان كان
لا يتصور وطؤه كالمجبوب والعنين والخصى مقطوع الذكر فإنه لا مهر لها طسى
من ذكر كما قال ابن عرفة .

فقد علمت أن العنين والمجبوب والخصى مقطوع الذكر إذا طلقوا بمسد
الدخول باختيارهم عليهم الصداق كاملاً وان ردوا بعيبهم لا شىء عليهم" (٢)
لأن طلب الفرقة جاء من قبلها .

(١) الخرشى / ٣ / ٢٤٤ .

(٢) حاشية الصاوي / ٢ / ٤٧٥ .

الموضع الثالث

الرجوع بالمهر على من غره

انما فرق بينهما بعيب قديم كان بها عند العقد وسلم الزوج المهر اليها
فهل له أن يرجع به على من غره أم لا ؟
وفي ذلك قولان من الفقهاء :

القول الأول :

انه لا يرجع بشئ على أحد ، وهي رواية عن طي رضي الله عنه (١)
وه قال الشافعي رحمه الله في الجديد (٢) وقال في الروضة : وهو الأشهر (٣)
لأنه استوفى بالوطء منفعة البضع المتقدم بالعقد فلا يرجع به على غيره كما
لو كان المبيع معيبا فأكله . (٤)

والقول الثاني :

انه يرجع على من غره ، وهو الصحيح في المذهب عند الحنابلة حيث
قال أحمد :

" كنت أذهب الى قول طي فهبته فطلت الى قول عمر : "أيما رجل تزوج
امراة معها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على
وليها" (٥)

(١) المغني / ٧ / ١٨٩ .

(٢) المهذب / ٢ / ٤٩ ، مغني المحتاج / ٣ / ٢٠٥ .

(٣) روضة الطالبين / ٧ / ١٨١ .

(٤) مغني المحتاج / ٣ / ٢٠٥ ، المغني / ٣ / ١٨٩ ، مطالب أولى النهي / ٥ / ١٥٢ .

(٥) المغني / ٧ / ١٨٩ ، كشف القناع / ٥ / ١١٣ ، مطالب أولى النهي / ٥ / ١٥٢ ،
وقد سبق تخريج الحديث .

وه قال الزهرى وقتاده (١) ومالك (٢) وهو قول الشافعى فى القديم (٣)
 فاذا ثبت ذلك نقول ان الذى غره اما ان تكون المرأة نفسها واما الولوى
 واما غيرها .

فان كان الذى دلس عليه هى المرأة التى تزوج بها يرجع عليها بالمهر
 اذا كانت موجودة فى المجلس عند العقد ولم تخبر بان بها عيبا كذا وكذا
 والا فعلى غيرها كما يأتى ويسترد كل ما دفعه اليها لأنها هى المدلوسة
 عليه (٤)

وقال المالكية لا يسترد جميعه بل يترك لها ربع دينار حتى لا يخلو
 البضع عن مهر تماما فيشبهه وطؤه بها الزنا لأن ربع دينار حق لله تعالى (٥)
 وهو قول عند الشافعية (٦) .

وقال النووي : " قلت : الأصح عند من قال بالرجوع أنه لا يبقى لها
 شيئا ، ويكفى فى حرمة النكاح انه وجب لها ثم استرد بالتفويض " (٧)

وان كان المدلس هو الولوى :
 فان كان ممن لا يخفى عليه عيوبها الظاهرة كالأب والأخ والابن فللزواج
 أن يرجع عليه بالمهر لتدليسه بالكتمان . والولوى لا يرجع عليها ان كانت
 غائبة عن مجلس العقد ، وان كانت حاضرة فالزوج مخير ان شاء رجوع عليها

(١) المغنى / ٧ / ١٨٩ .

(٢) الشرح الصغير / ٢ / ٤٧٧ ، الفواكه الدواني / ٢ / ٦٧ .

(٣) المهذب / ٢ / ٤٩ ، الانوار / ٢ / ١٠٩ ، روضة الطالبين / ٧ / ١٨١ .

(٤) الفواكه الدواني / ٢ / ٦٨ ، الخرشي / ٣ / ٢٤٥ ، المهذب / ٢ / ٤٩ .

(٥) الفواكه الدواني / ٢ / ٦٨ ، الشرح الصغير / ٢ / ٤٧٨ (مع الصاوى)

(٦) المهذب / ٢ / ٤٩ . (٧) روضة الطالبين / ٧ / ١٨٢ .

وان شاء طى وليها ، فان رجع طى المولى ، فالمولى رجع طيها لأن قرار الفرم عليها لمباشرتها للاتلاف . (١)

وأما اذا كان قريبا لها ، وهيها ظاهرة وكان الولي جاهلا عن حالها ؛ فالمذهب عند الحنابلة انه ليس طيه شىء لأنه ليس بمدلس (٢) وهو قسول عند الشافعية (٣) .

وقال القاضى من الحنابلة : فالتفريير من جهة اعظم أولم يعلم (٤) ويرجع الزوج طيه بالمهر .

وقال فى الروضة فان كان عالما بالصيب رجع طيه بجمع المهر ، وان كان جاهلا فوجهان ؛

أحد هما : انه يرجع الزوج طيه لأن ضمان المال لا يسقط بالجهل ، والثانى : لا يرجع لأبته غير مقصر (٥)

وأما ان كان الولي ليس قريباها كابن العم والحاكم الذى يخفى طيه مايبها من الصيوب الظاهرة ؛ فان كان عالما بالصيب يحرم كالقريب والا ، فلا . (٦)

وان كان المدلس غير الولي فدلسه بالقول بأن قال : هى سالمة عن الصيوب ، فتيين خلافه بعد الدخول بها ينظر :

-
- (١) الشرح الصغير/٢/٤٧٨ ، الخرشى/٣/٢٤٥ .
 (٢) المبنى/٧/١٩٠ .
 (٣) روضة الطالبين/٧/١٨٢ .
 (٤) المبنى/٧/١٩٠ .
 (٥) روضة الطالبين/٧/١٨٢ .
 (٦) الفواكه الدوانى/٢/٦٨ ، المبنى/٧/١٩٠ .

فان لم يتول العقد فعلا فلا شيء عليه لأنه تفرير بالقول ، والزوج مقصو
حيث لم يتثبت لنفسه ، وان تولى العقد فالزوج يرجع عليه بالصداق .
أما ان تولى العقد بولاية الاسلام أو بالوكالة كمن يأخذ الوكالة منها
لكي لا تحضر المرأة الى مجلس العقد فانه لا يغرر الا أنه يوجب لوجود شيء
من التقصير منه . (١)

المطلب الخامس

أما المدة والنفقة والسكنى :

المدة :

ان كان قد خلا بها تجب المدة بالاجماع لوجود الخلوة الصحيحة ،
أما ان حصلت الفرقة قبل الغلوة فلا تجب . (١)

النفقة والسكنى :

والأصل في ذلك عند الحنفية أن الرجل اذا طلق امرأته فلها النفقة
والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا لأن النفقة جزاء احتباس وهي تعتمد
لأجله . (٢)

ومعروف أن الفرقة بالميب طلاق بائن عند هم .
وكذا عند المالكية وجهت النفقة بالدخول أو بالتمكين منه . (٣)

وعند الحنابلة لا سكنى لها ولا نفقة ان كانت حائلا لأن النفقة والسكنى
للرأة اذا كان لزوجها عليها الرجعة . ولا رجعة له هنا لأنها تبين بالفسخ
كما تبين بطلاق ثلاثه .
وان كانت حاملا :

فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها
النفقة كالمطلقة ثلاثا ، وقال القاضى : لا نفقة لها ان كانت حاملا في أحد

(١) بدائع الصنائع/٢/٢٢٦ ، تبين الحقائق/٣/٢٣ ، الأنوار/٢/١٠٩ ،

روضه الطالبين/٧/١٨٢

(٢) الهداية/٢/٤٤ ، الفواكه الدواني/٢/٦٩

الوجهين . وفي الوجه الآخر لها ذلك لأن النفقة للحمل (١) إلا أن المذهب
عندهم أن النفقة تجب لحامل فقط كما أفاده صاحب كشف القناع :
" ولا سكنى للمفسوخ نكاحها ولا نفقة إلا أن تكون حاملا فتجب النفقة للحمل
كالباين " (٢)

أما الشافعية فانهم قالوا ان المفسوخ نكاحها بعد الدخول لا نفقة
لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حاملا بلا خلاف .

وان كانت حاملا فالأظهر أن النفقة للحامل لا تجب لانقطاع أثر
النكاح بالمفسوخ (٣) وأما سكنى فلا تجب على المذهب ، وه قطع الجمهور (٤)

منشأ الخلاف

وطار الخلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة والسكنى لها في العدة هو
حديث فاطمة بنت قيس ، وذلك فان زوجها أبا عمرو بن حفص طلقها البتة
فأرسل إليها وكيه بشعر فسخطته فشكت الى النبي صلى الله عليه وسلم ،
فقال لها : ليس لك طيه نفقه .

وفي رواية : " فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ليست لها نفقة ولا سكنى (٥)

(١) المفنى / ٢ / ١٩٠ . (٢) كشف القناع / ٥ / ١١٣ .

(٣) مفنى المحتاج / ٣ / ٣٠٥ .

(٤) روضة الطالبين ١٨٢ / ٧ ، الأنوار / ٢ / ١٠٩ .

(٥) رواه مسلم في باب الطلقة البائنة لا نفقة لها

وأبو داود في كتاب الطلاق / باب نفقة المتوتة

والترمذى / باب ما جاء في المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ولا سكنى .

وابن ماجه باب المطلقة ثلاثا هل لها سكنى ونفقة .

فبعض الفقهاء تمسكوا بهذا الحديث ولم يوجبوا النفقة والسكنى .
أما الحنفية فانهم أخذوا حديث عمر رضي الله عنه حيث قال في انكاره
على فاطمة بنت قيس :
" لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت
حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام : للطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دام في العدة " (١)

(١) رواه مسلم في باب المطلقة البائن لا نفقة لها ولا سكنى .
والترمذي باب ما جاء في المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ولا سكنى .

الفصل الرابع

خيار العيب في سائر العقود

فيه خمسة حاجت :

- البحث الأول : خيار العيب في الاجارة
البحث الثاني : خيار العيب في القسمة
البحث الثالث : خيار العيب في الصلح
البحث الرابع : خيار العيب في المداق
البحث الخامس : خيار العيب في بدل الخلع

المبحث الأول

خييار الميب في الاجارة

اختلف العلماء في عقد الاجارة هل هو عقد لازم أو جائز ؟
ذهب الجمهور الى لزومه ، وقال قوم : انه عقد جائز ، تشبيها بالجمل
والشركة .

والذين قالوا بلزومه اختلفوا فيما يفسخ به ، ذهب أكثرهم الى أنه لا
ينفسخ الا بما يفسخ به العقود اللازمة كوجود ميب وذهاب محل استيفاء
المنفعة .

وقال الحنفية يجوز فسخه بالأضرار أيضا . (١)
والظاهر أنهم متفقون على جواز فسخ عقد الاجارة بالميب .

تعريف الميب في الاجارة :

عرفه بعضهم بأنه * ما تنقص به المنفعة * (٢)
وعرفه بعضهم بأنه * ما يظهر به التفاوت في الأجرة * (٣)

وجمع النووي بين التعريفين فقال : * هو ما يؤثر في المنفعة تأثيرا
يظهر به تفاوت الأجرة * (٤)

-
- (١) بداية المجتهد / ٢ / ٢٢٩ .
 - (٢) الكافي / ٢ / ٣٢٥ ، كشاف القناع / ٤ / ٢٣ ، المذهب / ١ / ٤٠٥ .
 - (٣) شرح البهجة / ٣ / ٣٤٢ ، مفتي الصحاح / ٢ / ٣٤٨ ، سراج الوهاج /
٢٩٣ ، روضة الطالبين / ٥ / ٢٣٩ .
 - (٤) تهذيب الأسماء واللغات / ٢ / ٥٣ .

وهذه التعاريف كلها تؤدي معنى واحد .

وطى هذا كل ما ينقص به استيفاء المنفعة فهو عيب في الاجارة وللمستأجر أن يفسخ العقد ان لم يكن يعلم به قبل العقد أولم يرض به صريحا أو دلالة بمد العقد .

الا أن المالكية قالوا : ليس كل ما تنقص به المنفعة يوجب الفسخ بل لا بد من ضرر كبير على المستأجر ، وذلك فان العيوب في الاجارة ثلاثة عندهم : عيب لا يؤثر في الانتفاع ولا يؤدي الى نقص في الكراء عادة فلا يثبت به الفسخ .

وعيب يخل بالانتفاع وينقص الكراء ، لكن ليس فيه ضرر كبير على المستأجر فلا يثبت به الخيار ، بل الاجارة لازمة ، الا أنه يحط عنه من الكراء بقيمة ذلك النقص .

وأما ان كان الضرر كبيرا على المستأجر فحينئذ يخير بين أن يبقى عقد الاجارة بجميع الكراء وحين أن يفسخه (١)

هل يشترط أن يكون العيب قديما كما في البيع ؟
هذا ليس يشترط بل العقد يفسخ سواء أكان العيب قديما كان قسيما حدث قبل العقد أو بعده ، والقياس يقتضي فسخه بما حدث بعده الا أن الاجارة تختلف عن البيع ، لأنه عقد على المنافع والمنافع تحدث شيئا فشيئا وكذا العقد تبعا للمعقود عليه ، فصار كل ما حدث من عيب قديما في حقه ما بقى من المنافع فالقديم يثبت به الخيار . (٢)

(٢) الخروشي / ٧ / ٥٦ .

(٢) تبين الحقائق / ٥ / ١٤٣ ، الدرر / ملا خسرو / ٢ / ٢٣٩ ، حاشية ابسن

عابد بن / ٦ / ٧٦ ، شرح المهجعة / ٣ / ٣٤٢ .

هل له الارش ان أمسك العين المؤجرة مع غيرها ؟

قال الحنفية انه اذا لم يفسخ العقد بعد اطلاعه على العيب فعليه الأجرة بكاملها ولا شيء له على المؤجر ما ينقصه العيب لأن الارش يجب عند امتناع الرد ، ثم انه اذا اختار ارضا العقد مع امكان الفسخ معناه أنه رضى بالعيب والرضا يمنع الارش (١)

وه قال الشافعية (٢) وهو المذهب عند الحنابلة . (٣)

وفى رواية عن أحمد أنه يطك الاساك مع أخذ الارش . (٤)

زوال العيب :

زوال العيب يسقط الخيار سواء زال بنفسه أو أزاله المؤجر لأن الموجب للرد قد زال (٥)
ولو أزاله المستأجر دون أن يأذن له المؤجر فليس له أن يرجع بشيء عليه عند الحنابلة .

وقيل : يحتمل الرجوع كما في الرهن (٦) قال في الانصاف : بل أولى أن يرجع عليه (٧) هذا ديانة . وأما قضاء فلا يجبر المؤجر أن يدفع شيئا

(١) بدائع الصنائع / ٤ / ١٩٦ ، هاشية الشلبي على التبيين / ٥ / ١٤٢ .

(٢) مغنى المحتاج / ٢ / ٣٤٨ .

(٣) الانصاف / ٦ / ٦٦ ، كشف القناع / ٤ / ٢٤ ، شرح منتهى الارادات / ٢ / ٢٧٥ .

(٤) الانصاف / ٦ / ٦٦ .

(٥) الكافي / ٢ / ٢٢٥ ، الانصاف / ٦ / ٦٦ ، بدائع الصنائع / ٤ / ١٩٦ ، تبيين

الحقائق / ٥ / ٤٣ .

(٦) الانصاف / ٦ / ٦٦ .

(٧) المقنع / ٢ / ٢١٥ .

لأنه تصرف في ملك غيره بغير اذنه كالفضولي ، ان أمضاه صاحب الملك
ينفذ والا فلا .

والذي ذكرناه من جواز الفسخ بالمصيب ان كان العقد ورد على المصيب
أما ان كان على الموصوف فلا يفسخ العقد بل وجب على الموجه أن يوجد
له ما وصفه لأنه عقد على الذمة كالسلم . (١)

فسخ الاجارة :

وانا أراد أن يفسخ الاجارة : قال الحنفية لا ينفرد بفسخه بل انما
فسخه عند الموجه أو عند نائبه والا فلا يسقط الكراه (٢) وعند الشافعية له
أن ينفرد به ان كان الفسخ بمصيب .

كما قال في المذهب : " وانا تم العقد لزم ، ولم يترك واحد منهما
أن ينفرد بفسخه من غير عيب لأن الاجارة كالبيع " (٣)

والخيار على التراضي لأن السبب تعذر قبض المنفعة وذلك يتكرر بتكرر
الزمن (٤) .

(١) الأنوار / ١ / ٦١٨ ، روضة الطالبين / ٥ / ٢٢٣ ، شرح البهجة / ٣ / ٣٤٢ ،

كشاف القناع / ٤ / ٢٤ .

(٢) حاشية الشلبي / ٥ / ١٤٣ .

(٣) المذهب / ١ / ٤٠٧ .

(٤) فتح الوهاب / ١ / ٢٥٢ ، شرح البهجة / ٣ / ٣٤٢ .

المبحث الثاني

خيار العيب في القسمة

القسمة هي اقرار النصيبين أو الأنصبا في الأعيان المشتركة وذلك بأن اشترى اثنان أو أكثر أرضاً أو داراً ونحوها مشتركاً بينهم فلا يمكن الانتفاع به إلا بعد تمييز نصيب كل منهم . فهذا يسمى بالقسمة .

والتقسيم إما أن يتولاه القاضى أو نائبه وإما أن يقوم به الشركاء أنفسهم . والقاضى لا يتولى ذلك إلا إذا كانت الميّن ما لا يضرها التقسيم ففى الانتفاع به كالأرض ، والدار ، ولذلك لا يتولى تقسيم البحر وغيره لأنه بمسند التقسيم أصبح لا يمكن الانتفاع به ، والقاضى نصب لأقامة المصالح ودفنفسح الضرر ، واشتغاله بما لا يفيد لا يجوز كتقسيم بئر وشجرة ومع ذلك ان قسم الشركاء جاز لأن الحق لهم ، وهم راضون به .

ومعد أن تعين نصيب كل منهم فإذا وجد أحد الشركاء عيباً فى نصيبه فالقسمة صحيحة فله الخيار للفسخ عند الجميع (١) إلا فى قول عند الحنابلة حيث قيل ان يحتل أن تبطل القسمة لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع . (٢)

(١) تحفة الفقهاء ٤٧٧/٣ ، بدائع الصنائع ١٧/٧ ، جامع الفصولين ٣٤٠/١ الهندية ٢١٧/٥ ، الخرشى ١٩٢/٦ ، شرح الخطاب ٣٤٨/٥ ، الشرح الكبير/ الدرر ٥١٣/٣ ، حاشية الدسوقى ٥١٣/٣ ، المهذب ٣٠٩/٢ ، الروضة ٢١٨/١١ ، المغنى ١١٣/١٠ ، الشرح الكبير ١١/٥١٤ ، كشاف القناع ٣٨٣/٦ .

(٢) المغنى ١١٣/١٠ .

كيفية فسح القسمة بالمصيب :

ولم يأت أى تفصيل فى كتب الشافعية والحنابلة فى خيار المصيب
فى القسمة ما هذا الاشارة الى ثبوت الخيار فيها أما المالكية والحنفية فمندهم
تفصيل فى ذلك :

أما المالكية :

فاذا وجد الشريك نصيبه معيا ينظر :

ان كان اكثر نصيبه معيا فهو مخيران شاء أبطل عقد القسمة وان شاء
أسك نصيبه ولا يرجع بشئ على شريكه لأن خيرته تنفى ضرره ، فان أبطلها
عادت القسمة الى ما كانت قبل التقسيم .

والمراد بالأكثر أن يكون ثلثا نصيبه وما فوقه معيا ، وان كان أقل منه
لكنه يكون وجه الصفقة بأن اشتراها لأجله فيثبت الخيار .

وهذا كله اذا كانت الأنصبا قائمة على حالها ، أما اذا فات شئ منها
بأن كان بيتا فهدمها شريكه أو كانت أرضا فبنى عليها أو باع نصيبه فحينئذ
لا تبطل القسمة بالرد لقوات المحل وانما الذى نصيبه معيب يرجع على شريكه
ويأخذ منه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ويكون ما سلم من المصيب والحساب بسه
بينهما نصفين .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير : " وحاصله : أنه متى فات أحدهما
بكهدم فالآخر بينهما نصفين مع رد قيمة نصف ما فات بيده لصاحبه" (١)

(١) الشرح الكبير/٣/٥١٣ (مع الدسوقي)

أما إذا كان المصيب في أقل من نصف نصيبه لا تنسخ القسمة في الكل بل في البعض ، وحاصل الكلام في ذلك كما لخصه المدسوقي أنه " إذا وجد أحد المتقاسمين عيبا في حصته قليلا كالربح أو أقل فان القسمة لا تنقص في الكل بل في البعض ، وذلك لأن صاحب المصيب يرجع على صاحبه بنصف قيمة الصحيح المقابل للمصيب ويصير صاحب الصحيح مشاركا في المصيب بقدر ما أخذ من الصحيح " (١)

أما رأى الحنفية :

فالمقسوم لا يخلو مما أن يكون شيئا واحدا واما أشياء :
فان كان شيئا واحدا حقيقة أو حكما كالدار والحكيات والموزونات فوجد به عيبا رد نصيبه كله ويفسخ العقد سواء كانت القسمة بالتراضى بينهم أو بحكم القاضى لأنه إذا كان بالتراضى فهو بيع والحكم في البيع هكذا ، وكذا يفسخ القسمة ان كان بحكم القاضى لأنه عين نصيبه على أساس أنه سليم والعيب فظهر خلافه فكان له الرد شرعا لتحقيق التسوية بينهم .
وان كان المقسوم شيئا كالثياب والفضة ونحوها فلا يرد كله بل يرد المصيب فقط لأنه التفريق لا يضر ، ويرجع بحصة ما رده على شركائه ويكون الرد بينهم على السواء لأن عوض الرد في صحيح ما أخذه . (٢)

(١) حاشية المدسوقي ٣/٥١٣ ، انظر لسألة خيار المصيب في القسمة :
الخرشي ٦/١٩٧ ، شرح الخطاب ٥/٣٤٨ ، الشرح الكبير/الرد ١/٣
٣/٥١٣ ، المدونة الكبرى ٥/٤٩٨ ، بداية المجتهد ٢/٢٦٩ .
(٢) تحفة الفقهاء ٢/٤٧٢ ، ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، بدائع الصنائع ٧/١٧ ،
المبسوط ١٥/٤٢ ، جامع الفصولين ١/٣٤٠ ، الهندية ٥/٢١٧ ،
الاختيار ٢/٧٥ .

المبحث الثالث

خيار العيب في الصلح

التعريف :

الصلح هو عقد يرفع النزاع (١)

والصلح جائز لقطع النزاع بين المتخاصمين لقوله تعالى : " والصلح

خير " (٢) وقوله تعالى " وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحا بينهما " (٣)

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه : " الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا

حرم حلالا وأحل حراما " (٤)

والصلح عند الفقهاء طى نوعين :

أحدهما : الصلح طى الاقرار ، بأن يدعى فلان طى فلان عينا أو ديننا ،

والمدعى طيه بقرضا أو طاه طيه لكنه يريد أن يصالح معه بأن يمطيه شيئا

من المال ،

والثاني : الصلح طى الانكار بأن ينكر المدعى طيه ما ادعاه المدعى

ويريد الصلح معه بشئ من المال . فهذا النوع من الصلح لا يجوز عند

الشافعي رحمه الله .

(١) التمرينات مادة : صلح

(٢) سورة النساء / ١٢٨ .

(٣) سورة الحجرات / ٩ .

(٤) رواه أبو داود في باب الصلح ، وابن ماجه / الاحكام / ٢٣ ، والترمذي /

الاحكام / ١٧ ، أحمد بن حنبل / ٢ / ٦٦ ، وقال الترمذي : هذا حديث

حسن صحيح .

وأضاف الحنفية والمالكية نوط ثالثا وهو الصلح على السكر بآن المدعى عليه لا ينكر الدعوى ولا يقربها لكنه يطلب الصلح .

ولهذه الأنواع أقسام لا مجال لتفصيلها لنواصل بحثنا وهو خيار العيب في الصلح .

وأما خيار العيب فيه :

فهو يثبت للمدعى في المصالح به الذي يدفعه المدعى عليه ، ان كان المدفوع مالا . وذلك لا يثبت في الأنواع المذكورة كلها ، وإنما يثبت في النوع الذي يراعى في المصالح به ما يراعى في البيوع من ثبوت الخيارات ، ونحوها وذلك إما أن يكون في الصلح على الاقرار وإما على الانكار .

ففي كشف القناع أن الصلح ان كان على مال يكون بيعا في حق المدعى لانه يعتقد ان المال عوض عن حقه فان وجد فيما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح أو اصابه مع أرض العيب كما لو اشترى شيئا فوجده مميبا . (١)

وقال في الهداية : " ان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو جارية المال بالمال فتجرى فيه الشفعة ان كان عقارا ويرد بالميب ، وان وقع على مال بمنافع يعتبر بالاجارة " (٢)

(١) كشف القناع ٣/٣٩٧ .

(٢) الهداية ٣/١٩٢ .

صرى المالكية أن الصلح كالبيع عندهم ، سواء وقع على الاقرار أو على
الانكار أو على السكوت حيث جاء في كتاب الكافي * والصلح كالبيع فما جاز
في البيع جاز في الصلح وما امتنع في البيع امتنع في الصلح * (١)

وأما عند الشافعية ، فالصلح الذي يثبت في المصالح به خيار المصيب
هو الصلح على الاقرار فقط لأن الصلح على الانكار غير جائز عندهم ، وجاء
في المذهب : * فان صالح عن المال على مال فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في
البيع من الخيار . . . وغيره لأنه باع ماله بماله فكان حكمه حكم البيع . . .

وأما ان صالح عن المال على منفعة فهو اجارة يثبت فيه ما يثبت في
الاجارة من الخيار وغيره . . . لأنه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه . . . حكم
الاجارة * (٢)

والحاصل أن الأمر المتفق عليه بين المذاهب وهو أن المصالح به ان كان
مالا يثبت فيه خيار المصيب ان وجد الطعن به عينا كما في البيع .

(١) كتاب الكافي / ٢ / ٨٧٨ ، انظر أيضا : شرح الخطيب / ٥ / ٨٠ .

(٢) المذهب / ١ / ٣٤٠ .

المبحث الرابعخيار العيب في الصداق

ويثبت الخيار للزوجة اذا وجدت بمداقها عيبا لأن العقد يقتضى سلامة المعقود عليه أصلا وفيما ، الا أن الذى ثبت هنا ليس بخيار الفسخ لأنه معروف أن عقد النكاح لا يفسخ برد الصداق بخلاف البيع لأن النكاح قد تقرره الموارثة ، وانتشرت به الحرمة على الآباء والأبناء ، فلا يجوز فسخه برد الصداق . (١)

الرد أو الامسك :

واذا ثبت لها الخيار فهي مخيرة ان شاءت أمسكت الصداق بلا أرش طى الزوج وان شاءت ردت ، وهذا عند الجمهور كما سبق فى رد البيع المعيب .
وخالفهم الحنابلة وقالوا : لها أن تأخذ الصداق مع عيبه وأن ترجع طيه بالأرض لأنه عوض فى عقد معاوضة فخيرت فيه كبيع (٢) وعنه لا أرش لها مع امسكه (٣) .

بماذا ترجع طيه ؟

ان كان الصداق عينا فردته طيه هل ترجع بقيمته أو بصهر المثل ؟

(١) جواهر الاكليل / ٣٠٦ / ١ ، شرح منح الجليل / ٢ / ١٠١ .

(٢) المفتى / ٢ / ٢١٢ ، كشف القناع / ٥ / ١٣٥ ، شرح منتهى الارادات

/ ٣ / ٦٨ ، المحرر فى الفقه / ٢ / ٣٢ .

ذهب الحنفية الى أنها ترجع بقيمته لتمذر تسليم العين المسمى ()
وه قال المالكية والحنابلة ان كان من القيمات لأن العقد لا يفسخ برده فيبقى
سبب استحقاقه وهو العقد فتجب عليه قيمته ، وان كان من المثليات فعليه
مثله لأنه أقرب اليه (٢)

وعند الشافعية قولان :

أحدهما : أنها ترجع بمهر المثل قال في المنهاج : " ولو تعيب قبل
قبضه تخيرت على المذهب فان قسخت فمهر مثل والافلاشي " (٣) وهو قوله
الجديد (٤)

والثاني : أنها ترجع بقيمته وهو القديم . (٥)

والذي يظهر من قول النووي أنها مخيرة بين المثل والقيمة حيث قال
في الروضة : " فان فسخت ترجع عليه بمهر المثل أو بقيمة العين " (٦)

والأصح أنها ترجع بمهر المثل . (٧)

هل يرد الصداق بقليل الميب وكثيره ؟

ذهب الجمهور - غير الحنفية - الى أنه يرد ما يرد به الصبيح من العيوب
سواء كان قليلا أو كثيرا ، وقال في المصنف : " لا نعلم في ذلك خلافا

(١) المبسوط / ٥ / ٧٠ ، فتح القدير / ٣ / ٣٤٦ .

(٢) المصنف / ٧ / ٣١٧ ، حاشية الدسوقي / ٢ / ٢٩٥ ، كتاب الكافي / ٢ / ٥٥٥

التاج والاكليل / ٣ / ٥٠٠ ، جواهر الاكليل / ١ / ٣٠٦ ، شرح منح الجليل

٠١٠١ / ٢ /

(٣) المنهاج (مع مضمي المحتاج) / ٣ / ٢٢٢ .

(٤) المهذب / ٢ / ٥٨ (٥) المهذب / ٢ / ٥٨

(٦) روضة الطالبين / ٧ / ٢٥٢ (٧) التنبيه / ١٠٨ .

إذا كان العيب كثيراً ، فإن كان يسيراً فحكى عن أبي حنيفة أنه لا يرد به (١) كما جاء في المبسوط (٢) " لا يرد الصداق بالعيب إلا أن يكون فاحشاً عندنا (٣) هذا في غير الكيلى والوزنى .

أما فيهما فيرد بالتقليل كما قال الجمهور . (٤)

سبب الخلاف :

وقد بين السرغسي منشأ الخلاف بين أبي حنيفة وبين الشافعى رحمهما الله في رد الصداق بالعيب القليل أو عدمه بأنه جنى على اختلاف في أصل بينهما ، وذلك أن التسمية تبطل بالرد بالعيب عند الشافعى رحمه الله فيجب مهر المثل ، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا تبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى . فإن كان العيب يسيراً فلا تستردك بالرد فائدة ، إن لا فرق بين عين الشيء وعيب يسير وبين قيمته ، وإذا كان العيب فاحشاً فتستردك بالرد فائدة لأنها ترجع بقيمته صحيحاً .

وحجة الشافعى رحمه الله لاثبات أصله : أن الصداق مال ملوك بمقد معاوضة وهو ما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالمبيع ولكن بطلان التسمية في النكاح لا يبطل النكاح كإعدام التسمية ابتداءً .

أما وجه قول أبي حنيفة رحمه الله في عدم بطلان التسمية فهو أن السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته . (٤)

(١) المفتى / ٧ / ٢١٨ .

(٢) المبسوط / ٥ / ٧٠ .

(٣) المبسوط / ٥ / ٧٠ .

(٤) جامع الفصولين / ١ / ٣٣٩ .

المبحث الخامسغير الميب في بدل الخلع

الخلع هو أن تهذله الزوجة للزوج مالا لان يطلقها ، والزوج اذا وجد عيبا في هذا البديل فله ان يرد ، سواء كان العيب قليلا او كثيرا عند الجمهور بخلاف الحنفية فانهم قالوا هنا أيضا كما في العداق ان بدل الخلع لا يرد الا اذا كان الميب فاحشا . (١)

والبديل هنا لا يخلو اما أن يكون عينا كالثوب والأرض واما أن يكون موصوفا في الذمة .

فان كان معيئا فالزوج مخير ان شاء رده وان شاء أمسكه ويرجع طيبها بالأرض . فاذا رده رجع طيبها بقيمة العين لأن العقد يقتضى سلامة المقود طيبه ، هذا عند الحنابلة (٢)

وه قال الشافعية سوى الرجوع بالأرض بناء على أصل عندهم : لا ارش لمن يمكن له الرد ، فاذا رده رجع بصهر النخل على الأظهر . وقيل رجع قيمة العين . (٣)

أما ان كان البديل موصوفا فاذا رده فعليها أن تضي مثله لأنه وجب في ذمتها فلا يسقط عنها حتى تؤديه . (٤)

-
- (١) البسوط/٦/١٩٤ ، المحرر الرائق/٤/٨٤ ، الاختيار/٣/١٥٨ .
 (٢) المهذب/٢/٧٤ ، روضة الطالبين/٧/٤١٤ ، تحفة المحتاج (مبع
 الحواشي/٧/٤٩٣ ، سراج الوهاج/٤٠٦ .
 (٣) المغنى/٧/٣٣٩ ، كشاف القناع/٥/٢٢٣ ، الانصاف/٨/٤٠٠ .
 (٤) المغنى/٧/٣٣٩ ، كشاف القناع/٥/٢٢٣ ، الانصاف/٨/٤٠٠ .

اختلفت في قدم العيب :

ولو اختلفا في العيب هل هو قديم أم لا ، فالقول قول الزوج صريح
بيمينه والضمان منها لأن الأصل عدم انتقال الضمان اليه ، فعليها البينة
لأنها الطهري ، فاذا ثبت قدمه يرجع عليها بالارش بعد اليمين ، فساذا
ظهر أنه حدث بعد الخلع فالضمان منه . (١)

...

(١) الشرح الكبير/الدرر/٢/٣٦١، والشرح الصغير/٢/٥٣٤، حاشية
الدسوقي/٢/٣٦١.

... كلمة أخيرة ...

وبهذا قد انتهينا بمون الله تعالى عن بحث خيار الرؤية والعييب وأثرهما في العقود . ورأينا ان الخيار في العقود اللازمة فلا بد من ثبوته لئلا يتقرر العقد رغم الماقد ، لان عدم وجود الرضا هو السبب الاصلى الذى تثبت الخيارات لأجله .

ورأينا أيضا أن ثبوت خيار الرؤية مرتبط تماما بصحة بيع الغائب . فاذا قيل بصحة فخيار الرؤية يتبعه والا فلا داعى الى الحديث عن خيار الرؤية .

والذى يجب على المسلم في بيعة وشراؤه وسائر تصرفاته أن يتعمد عما يؤدي الى اكل مال غيره بدون رضاه باخفاؤه من العيب او مما بعدم رضاه . والا فأثبت له الشارع خيار العيب لتقسيخ العقد ليتدارك الضرر .

واخيرا رأينا حرص الشارع على تنقية المجتمع من عوامل الفسح والفساد واخفاؤه المصوب في العقود وبخاصة في عقود البيع والنكاح . ان سلامة هذه العقود تستقر الحياة في المعاملات وفي المباشرة بين الزوج .

ونسأل الله أن يوفقنا فيما يحب ويرضاه .

والحمد لله رب العالمين .

المصادر والمراجع

فهرس المراجع والمصادر

اولا : التفسير :

— الجامع لاحكام القرآن / لابي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي — دار
الكتاب العربي بالقاهرة — الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ .

ثانيا : الحديث :

— الاستيعاب في معرفة الاصحاب ، لابي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد
ابن عبدالبر ، المتوفى : ٤٦٣ هـ . طتزم الطبع والنشر : مكتبة النهضة
ومطبعتها — مصر .

— بلوغ المرام من ادلة الاحكام للحافظ بن حجر العسقلاني ، المتوفى :
٨٥٢ هـ . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥١ هـ ، القاهرة .

— تذكرة الحفاظ للامام ابن عبدالله شمس الدين الذهبي ، المتوفى :
٧٤٨ هـ . دار احياء التراث العربي ، بيروت .

— سهل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الاحكام لمحمد بن اسماعيل
الصنعاني . المتوفى : ١١٨٢ هـ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ،
الطبعة الرابعة .

— سنن ابن ماجة : الحافظ ابن عبدالله محمد بن يزيد القزويني ،
المتوفى ٢٧٥ هـ . مكتبة ومطبعة عيسى البابي الحلبي .

— سنن ابي داود ، سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي ، المتوفى :
٢٧٥ هـ ، مطبعة السعادة — مصر .

— سنن الترمذي ، لابي عيسى محمد بن سورة المتوفى : ٢٧٩ هـ
المطبعة الوطنية — حمص . الناشر : مكتبة دار الدعوة بحمص ، ١٣٨٥ هـ .

- سنن الدارقطني : ط بن عمر المتوفى ٣٨٥ هـ . ومعهُ التعليق المغنسي
على الدارقطني لابن الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي — شركة
الطباعة الفنية المتحدة — ١٣٨٦ هـ .
- السنن الكبرى ، لابن بكر احمد بن الحسين بن طو البيهقي المتوفى :
٤٥٨ هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية — بحيدرآباد — الهند
١٣٤٤ هـ الطبعة الاولى .
- سنن النسائي ، لابن عبد الرحمن احمد بن الشبيب النماني ومعهُ حاشية
الامام السندي ، طبع بمطابع الشركة العامة ، دار احيا التراث العربي ،
بيروت .
- شرح معاني الآثار للامام ابن جعفر ، احمد بن محمد بن سلاه بسن
عبد الطك بن سلمة الازدي الحجري المصري الطحاوي الحنفى المتوفى
سنة ٣٢١ هـ . الطبعة الاولى يدار الكتب العلمية ١٣٩٩ هـ . بيروت .
- صحيح البخارى للامام ابن عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخارى ،
المتوفى ٢٥٦ هـ ، الطبعة الاولى ، دار القلم ودار الامام البخارى ،
دمشق ، ١٤٠١ هـ .
- صحيح مسلم للامام ابن الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابورى
المتوفى : ٢٦١ هـ . الطبعة الاولى ١٣٧٤ هـ دار احيا الكتب
المصرية .
- صحيح مسلم بشرح النووي — الطبعة الثانية — ١٣٩٢ هـ ، دار احيا
التراث العربي . بيروت .

- عمدة القارى شرح صحيح البخارى — للعلامة بدرالدين ابو محمد محمود بن احمد العيني المتوفى ٨٥٥ هـ — دار احيا التراث العربى — بيروت .
- فتح البارى بشرح البخارى للحافظ شهاب الدين ابى الفضل المسقلانسى المصروف بابن حجر المتوفى ٨٥٢ هـ . شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي ١٣٧٨ هـ .
- كتاب الجروح والعهد بل لشيخ الاسلام ابى محمد عبدالرحمن بن ابى حاتم محمد بن ادريس بن المنذر التميمى الرازى المتوفى ٣٢٧ هـ . الطبعة الاولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر اباد — الهند ١٣٧٢ هـ .
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين طى بن ابى بكر الهيثمى المتوفى : ٨٠٧ هـ . الطبعة الثانية ١٩٦٧ م . الناشر : دار الكتاب — بيروت .
- المستدرک للحافظ ابى عبدالله محمد بن عبدالله المعروف بالحاكـم النيسابورى المتوفى : ٤٠٥ هـ . الناشر : مكتبة ومطابع النصـر الحديثة بالرياض .
- سند الاطام احمد بن حنبل — المكتب الاسلامى للطباعة والنشر — بيروت .
- مصنف ابن ابى شيبه لابى بكر عبدالله بن محمد بن ابراهيم بن عثمان بن ابى شيبه الكوفى المتوفى ٢٣٥ هـ . مطبعة العزيزية ١٣٨٦ هـ . حيدر اباد الهند .
- معالم السنن شرح سنن ابى داود لابى سليمان الخطابى بهامش مختصر سنن ابى داود ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ .

— المنتقى شرح موطأ للشافعي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بسن
أيوب ابن وارث اليافعي الاندلسي المتوفى ٤٩٤ هـ . الطبعة الاولى
١٣٣٢ هـ . مطبعة السعادة بمصر .

— منهج النقد في علوم الحديث — الدكتور نورالد بن عتر — دار الفكر — دمشق
١٣٩٩ هـ .

— ميزان الاعتدال في نقد الرجال لابن عبدالله محمد بن احمد بن عثمان
الذهبي . المتوفى سنة ٧٤٨ هـ . الطبعة الاولى ١٣٨٢ هـ . دار احياء
الكتب العربي .

— نصب الراية لاحاديث الهداية للعلامة جمال الدين ابن محمد عبدالسه
ابن يوسف الزيلعي الحنفي المتوفى ٧٦٢ هـ . الطبعة الاولى ١٣٥٧ هـ ،
دار الطامون — بداهيل — سورت (الهند) .

— نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار لمحمد بسن
علي بن محمد الشوكاني . المتوفى ١٢٥٠ هـ . مطبعة مصطفى البابي
الحلي واولاده .

ثالثا : كتب الفقه :

* كتب الفقه الحنفي :

— الاختيار لتعليل المختار ، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي المتوفى
٦٨٣ هـ . الطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ . شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي
الحلي — مصر .

- الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، للشيخ زين العابدين
ابن ابراهيم بن نجيم ، الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع ،
١٣٨٧ هـ .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، زين الدين ابن نجيم الحنفى المتوفى
٩٧٠ هـ . الطبعة باعادة طبعه بالافتتاح — دار المعرفة للطباعة
والنشر ، بيروت .
- بدائع المنافع في ترتيب الشرائع — علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاسانى
المتوفى ٥٨٧ هـ . الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ ، دار الكتاب العربى ،
بيروت .
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعى ،
المطبعة الكبرى الاميرية ببغداد ، ١٣١٣ هـ . اعادة الطبع دار المعرفة
للطباعة والنشر ، بيروت .
- تحفة الفقهاء علاء الدين محمد بن احمد بن ابن احمد السمرقندى
المتوفى ٥٣٩ هـ ، الطبعة الاولى محققا ١٣٧٧ هـ ، مطبعة جامعة
دمشق .
- جامع الفصولين ، محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضي سماه الحنفى
الطبعة الاولى بالمطبعة الازهرية . ١٣٠٠ هـ .
- حاشية احمد قلى على التبيين ، مطبوع بهامش تبين الحقائق .
- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار محمد امين الشهير
بابن عابدين المتوفى ١٢٥٢ هـ . الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ ، مطبعة
مصطفى الحلبي — مصر .

- حاشية سعدى جليبي هي حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير
بسعدى جليبي وسعدى أفندي المتوفى ٩٤٥ هـ على شرح العناية، مطبوع
مع فتح القدير .
- حاشية الشرنبلالي على درر الحكام للشيخ حسن بن عمار بن علي الوفايحي
الشرنبلالي مطبوع بهامش درر الحكام في شرح غرر الاحكام .
- حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الاحبار لاحمد بن محمد
ابن سليمان الطحطاوي - الطبعة الثالثة - ١٣٨٢ هـ ، دار الطباعة
العامة .
- درر الحكام شرح مجلة الاحكام - على يد أفندي - مكتبة النهضة ، بيروت
وبغداد .
- درر الحكام في شرح غرر الاحكام للقاضي محمد بن قراموز الشهير بخلاخسرو
المتوفى ٨٨٥ هـ ، مطبعة احمد كامل ١٣٢٩ هـ . دار السعادة =
آستانة .
- در المنتقى في شرح الطتقى - محمد علاء الدين الخصفي مطبوع بهامش
مجمع الانهر .
- شرح الدر المختار ، محمد علاء الدين الخصفي المتوفى ١٠٨٨ هـ . مطبعة
الواعظ .
- شرح العناية على الهداية . اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى
٧٨٦ هـ (مطبوع بهامش فتح القدير) .
- شرح فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المصروفيلين المتوفى ٦٨١ هـ . مطبعة مطبق الحلبي ١٣٨٩ هـ .

- الفتاوى البزازية المسمى بالجامع الوجيز ، حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزازية الكردي المتوفى : ٨٣٧ هـ . مطبوع بهامش الفتاوى الهندية .
- فتاوى قاضيخان ، فخرالدين حسن بن منصور الازجندی الفرغانى المتوفى ٢٩٥ هـ . مطبوع بهامش الهندية .
- الفتاوى الهندية السماة بالفتاوى عالم كبرى ، الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ ، اعيد الطبع بالافتح من الطبعة الثانية للطبعة الكبرى الاميرية ١٣١٠ هـ .
- اللباب فى شرح الكتاب (القدورى) عبدالغنى الفنى الميدانى . مطبوعة محمد على صبيح . مصر .
- المبسوط ، شعرا لامة السرخسى المتوفى فى حدود ٤٩٠ هـ ، الطبعة الثانية ، دار المصروفة للطباعة والنشر . بيروت .
- متن القدورى . ابوالحسن احمد بن محمد القدورى البغدادى المتوفى ٤٢٨ هـ . الطبعة الثالثة ١٣٧٧ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي . مصر .
- مجمع الانهر شرح طلق الابحر — عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المصروف بدامان الهندى — دار الطباعة المامرة ١٣١٩ هـ .
- مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان فى المعاملات الشرعية على مذهب الامام الاعظم ابوحنيفة ملائط لمرف الديار المصرية وسائر الامم الاسلامية — محمد قدرى باشا ، الطبعة الاولى ١٣٣٨ هـ . المكتبة المصرية .
- منحة الحالىق فى البحر الرائق ، ابن عابد بن ، مطبوع بهامش البحر الرائق .

- مختصر الطحاوى ، ابو جعفر احمد بن محمد بن سلامه الطحاوى الحنفى
المتوفى ٣٢١ هـ . مطبعة دار الكتاب العربى ١٣٢٠ هـ .
- الهداية شرح بذائق المبتدى — ابو الحسن طى بن ابي بكر بن عبد الجليل
الرشدانى المرفينانى المتوفى ٥٩٢ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي .
- كتب الفقه الشافعى :
- الامم . محمد بن ادريس الشافعى المتوفى ٢٠٤ هـ . مكتبة الكليات
الازهرية . الطبعة الاولى ١٣٨١ هـ .
- الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين
عبد الرحمن السيوطى المتوفى ٩١١ هـ . الطبعة الاخيرة ١٣٧٨ هـ ، مطبعة
مصطفى الحلبي .
- الانوار لاعمال الابرار — يوسف الاديبلى ، مؤسسة الحلبي . مطبعة
المدنى ١٣٨٩ هـ . القاهرة .
- التنبيه فى الفقه على مذهب الامام الشافعى — ابواسحاق ابراهيم بن طى
ابن يوسف الشيرازى الفيروز ابادى — المتوفى ٤٧٦ هـ . الطبعة
الاخيرة ١٣٢٠ هـ ، مطبعة مصطفى الهابى الحلبي . مصر .
- هاشمىابى الضياء نورالدين طى بن طى الشيراطسى ، القاهرى المتوفى :
١٠٨٢ هـ . مطبوع بهامش نهاية المحتاج .
- حاشية اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح الممين ، ابوبكر المشهور بالسيد
المكرى بن السيد محمد سطا الدمياطى . الطبعة الثانية . مطبعة
مصطفى الحلبي .

- حاشية البجيرى على منهج الطلاب ابو يحيى زكريا الانصارى المتوفى :
٩٣٥ هـ . المكتبة التجارية الكبرى بمصر .
- حاشية الشراوى على شرح التحرير ، زكريا الانصارى المتوفى ٩٢٥ هـ ، دار
احياء الكتاب العربى .
- حواشى تحفة المحتاج بشرح المنهاج لعبد الحميد الشروانى ولاحمد بن
قاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمى ، مطبعة
مصطفى محمد . مصر .
- روضة الطالبين ابو زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى المتوفى ٦٧٦ هـ ،
المكتب الاساس للطباعة والنشر بدمشق .
- السراج الوهاج على متن المنهاج محمد الزهرى الفخراوى ، مطبعة
مصطفى الحلبي ١٣٥٢ هـ .
- فتح الجواد بشرح الارشاد ، ابوالعباس احمد شهاب الدين بن حجر
الهيتمى على متن الارشاد لابن المقرئ اليمنى المتوفى ٨٣٧ هـ . المطبعة
الثانية ١٣٩١ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي .
- فتح العزيز شرح الوجيز ابوالقاسم عبدالكريم بن محمد الرافعى المتوفى
٦٢٣ هـ . مطبوع مع المجموع الذى طبع بالمطبعة العربية بمصر .
- فتح المصين شرح قرة العين بمهمات الدين . زين الدين بن عبد العزيز
الطيارى بهامش حاشية اعانة الطالبين .
- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ابو يحيى زكريا الانصارى المتوفى ٩٢٥ هـ ،
مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٦٧ هـ .

- كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار ، تقى الدين ابوبكر بن محمد الحسيني
الحصني دمشقي المتوفى ٨٢٩ هـ ، دار احياء الكتب العربية ، مطبعة
عيسى الحلبي .
- المجموع شرح المذهب ، ابوزكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى
٦٧٦ هـ (شرحه في نهاية الجزء العاشر وطيه تكلماتان : الاول
لتقى الدين السبكي من اول الجزء العاشر الى اخر الجزء الثاني عشر
والثانية لمحمد نجيب المطيعي من الثاني عشر الى اخر الشرح) مطبعة
الامام بمصر .
- المستمذب في شرح غريب المذهب . محمد بن احمد بن بطا الركبي
بهاش المذهب .
- مكنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، محمد الشريفي الخطيب
المكتبة الاسلامية .
- المنهاج للنووي مكنى المحتاج .
- المذهب ابواسحاق ابراهيم بن طي بن يوسف الشيرازي المتوفى ٤٧٦ هـ ،
مطبعة عيسى الحلبي .
- نهاية المحتاج الشفي شرح المنهاج ، شهاب الدين الرطبي الشهبيري
بالشافعي الصغير المتوفى ١٠٠٤ هـ . مطبعة مصطفى البابي الحلبي
١٣٥٧ هـ .

مكتبة فقه المالكية :

- أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه الامام مالك لابن بكر بن حسن الكشناوي ، الطبعة الثانية ، دار احياء الكتب العربي .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ابوالوليد محمد بن احمد بن رشيد القرطبي المتوفى ٩٥٠ هـ . مكتبة الكليات الازهرية .
- المبهجة في شرح التحفة ، لابن الحسن طي بن عبدالسلام التسولي ، المكتبة التجارية الكبرى .
- التاج والاكمل لمختصر خليل لابن عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق المتوفى ٨٩٧ هـ . مطبوع بهامش شرح الخطاب .
- جواهر الاكمل صالح عبدالسميع الابن الازهرى . دار احياء الكتب العربية . مصر .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفه الدسوقي المتوفى ١٢٣٠ هـ . دار احياء الكتب العربية .
- حاشية الصاوي على الشرح الصغير لابن الهركات أحمد بن محمد الصاوي المتوفى ١٢٤١ هـ . مطبوع بهامش الشرح الصغير المحقق . دار المعارف ، مصر .
- حاشية المدوي على الخرشي للشيخ طي المدوي ، مطبوع بهامش الخرشي .
- شرح الخرشي على مختصر خليل لابن عبد الله محمد بن عبد الله بن طي الخرشي المتوفى ١١٠١ هـ . الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الاميرية ببسواق ، ١٣١٧ هـ .

- الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك لابن البركات
احمد بن محمد بن احمد الدردير المتوفى ١٢٠٢ هـ . تحقيق :
مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف بمصر .
- الشرح الكبير لابن التبركات سيدى احمد الدردير المتوفى ١٢٠٢ هـ مطبوع
بها مش حاشية الديوقى .
- شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد طه بن المتوفى ١٢٩٩ هـ ،
مكتبة النجاح ، طرابلس - ليبيا .
- الفروق للامام العلامة شهاب الدين ابن العباس المنهاجى المشهور
بالقراقى ، دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت .
- الفواكه الدوانى شرح الشيخ احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفرأوى
المتوفى ١١٢٠ هـ على رسالة ابن محمد عبدالله بن ابن زيد عبدالرحمن
القيروانى الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي .
- قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن احمد جـزى
الفرنطالى المتوفى ٧٤١ هـ ، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٤ م .
- كتاب الكافي فى فقه اهل المدينة لابن عمر يوسف بن عبدالله بن محمد
ابن عبدالبر الذمى القرطبي المتوفى ٤٦٣ هـ . الطبعة الاولى ، مكتبة
الرياض الحديثة بالرياض ١٣٩٨ هـ .
- كتاب المقدمات لابن الوليد محمد بن احمد بن رشد الجد المتوفى : ٥٢٠ هـ
مطبعة السعادة بمصر .

- مختصر خليل في فقه الامام مالك ، خليل بن اسحاق بن موسى ، القرن التاسع ، مصطفى الحلبي .
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لابن عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤ هـ مكتبة النجاح — ليبيا .
- المدونة الكبرى للامام مالك رحمه الله ، المتوفى ١٧٩ هـ ، رواها سحنون ابن سعد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي ، مطبعة السعادة ، مصر .

* كتب فقه الحنابلة :

- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ، رتبها على الاسباب الفقهية ابو الحسن طي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي المتوفى — ٨٠٣ هـ . مكتبة الرياغي الحديثة .
- الانصاف ، علاء الدين ابو الحسن طي بن سليمان المرادوي المتوفى — ٨٨٥ هـ . الطبعة الاولى ١٣٧٤ هـ .
- الشرح الكبير لشمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن ابو عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى ٦٨٢ هـ . دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع .
- شرح منتهى الارادات لمنصور بن يونس بن ادريس المهدي المتوفى — ١٠٥١ هـ . المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

- المدة شرح الممددة ليهما* الدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي المتوفى
٦٢٤ هـ ، المطبعة السلفية ١٣٨٢ هـ .
- القواعد في الفقه الاسلامي لابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى
٧٩٥ هـ ، الطبعة الاولى ١٣٩٢ هـ ، مطبعة مؤسسة نهج الفكر العربي
للطباعة .
- كشاف القناع عن متن القناع لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي المتوفى
١٠٥١ هـ . مكتبة العصر الحديثة . الرياض .
- الكافي في فقه الامام الصجل احمد بن حنبل ، لشيخ الاسلام ابو محمد
موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ، المكتب الاسلامي ، دمشق .
- مجلة الاحكام الشرعية ، احمد بن عبدالله القاري ، الطبعة الاولى ، ١٤٠١ هـ
من مطبوعات تهامة ●
- المحرر في الفقه للشيخ مجد الدين ابى البكرات ، المتوفى ٦٥٢ هـ ، مطبعة
السنة لمحمدية ١٨٦٩ هـ . القاهرة .
- مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى السيوطن الرحباني ،
الطبعة الاولى ، ١٣٥٠ هـ . المكتب الاسلامي .
- المفتي لابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى ٦٢٠ هـ ،
مكتبة القاهرة ، ١٣٨٩ هـ .
- المقنع ، موفق الدين عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي ، الطبعة الثالثة
المطبعة السلفية .

- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، لشمس الدين ابن مفلح الحنبلي ، المقدسي ، المتوفى ٧٦٣ هـ ، مطبوع مع المحرر في الفقه .
- نيل الآرب بشرح دليل الطالب للشيخ عبد القادر بن عمر الشيبانسي على مذهب الإمام احمد بن حنبل ، مطبعة محمد طي صبيح . القاهرة .

** كتب فقه الظاهرية :

- المحلي ، لابي محمد طي بن أحمد بن سعيد بن جزم ، المتوفى : ٤٥٦ هـ المكتبة التجارية للطباعة والنشر ، بيروت .

رابعا : كتب أصول الفقه :

- أصول السرخسي للإمام ابي بكر محمد بن أحمد بن ابي سهل السرخسي ، المتوفى في حدود : ٤٩٠ هـ . دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت ١٣٩٣ هـ .
- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمر بادشا ، الحنفى وهوش شرح على كتاب التحرير في اصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية لكامل الدين ابن الهمام السيواسي الحنفى المتوفى ٨٦١ هـ . مطبعة مصطفى الباي الحلبي . مصر .
- حاشية الشيخ يحيى الرهاوي المصري على شرح المنار ، مطبوع مع شرح المنار وحواشيه من علم الاصول . مطبعة عثمانية . دار سماعات — ١٣١٥ هـ .

- شرح الاسنوى = نهاية السؤل ، جمال الدين عبدالرحيم الاسنوى ، المتوفى ٧٧٢ هـ . مطبعة محمد علي صبيح . مصر .
- شرح التلويح على التوضيح ، لعتن التنقيح في اصول الفقه لسعد الدين سمود بن عمر التفتازاني المتوفى ٧٩٢ هـ . مطبعة محمد علي صبيح .
- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، للشيخ محمد بن احمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار المتوفى ٩٧٢ هـ ، مطبعة دار الفكر - دمشق . ١٤٠٠ هـ .
- شرح المنار في اصول لاين فلك للمولى عبداللطيف الشهير بابن طسك مكتبة صلاح بيليجي وشركاه . استانبول .
- كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي للامام علاء الدين عبدالعزيز احمد البخاري المتوفى ٧٣٠ هـ . مطبعة جديدة بالا وفتت ١٣٩٤ هـ ، دار الكتاب العربي .
- المحصول في علم اصول الفقه للامام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي المتوفى ٦٠٦ هـ . الطبعة الاولى ١٣٩٩ هـ . عن منشورات جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .
- المسودة في اصول الفقه لشهاب الدين ابوالعباس الفقيه الحنبلي احمد بن عبدالشفي الحراني المتوفى ٧٤٥ هـ . مطبعة المدني بالقاهرة .
- الموافقات في اصول الاحكام لابي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الفرناطسي المعروف بالشاطبي المتوفى : ٧٩٠ هـ . مطبعة المدني . القاهرة .

خامساً: كتب اللغوية :

— ترتيب قاموس المحيط على طريقة المصباح المنير واسامى البلاغة. الظاهر
احمد الزواوى . الطبعة الثانية . مطبعة عيسى الحلبي .

— تهذيب اللغة لابي منصور محمد بن احمد الازهرى المتوفى ٣٧٠ هـ ،
دار القومية العربية للطباعة ١٣٨٤ هـ .

— لسان العرب لابي فضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي
المصرى المتوفى ٧١١ هـ . دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر
١٣٧٥ هـ .

— المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى لاحمد بن محمد بن طلس
المقرئ الفيوسى المتوفى ٧٧٠ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي .

— معجم مقاييس اللغة لابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا المتوفى ٣٩٥ هـ ،
الطبعة الثانية ١٣٨٩ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي .

— المعجم الوسيط ، المكتبة العلمية . طهران .

سادساً : كتب التراجم :

— الاعلام قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين
المستشرقين ، خير الدين الزركلى . الطبعة الثالثة .

— الذيل على طبقات الحنابلة ، لابن رجب ، هو زين الدين أبوالفرج عبدالرحمن
ابن شهاب الدين أحمد الهضادى المتوفى ٧٩٥ هـ . مطبعة السنة
المحمدية ١٣٧٢ هـ .

— شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، محمود بن مخلوف ، طبع بالافتتاح عن
الطبعة الاولى ١٣٤٩ هـ بمطبعة السلفية .

— طبقات الجنابلة للقاضي ابو الحسين محمد بن ابي يعلى ، مطبعة السنّة
المحمدية ، ١٣٧١ هـ .

— طبقات الشافعية الكبرى لابي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي
السبكي ، المتوفى ٧٧١ هـ ، الطبعة الاولى ١٣٨٣ هـ ، مطبعة عيسى
الحلي .

— طبقات الفقهاء لابي اسحاق الشيرازي ، المتوفى : ٤٧٦ هـ دار الراشد
المريني ، ١٩٧٠ م . بيروت .

— الوفيات لابي المباس احمد بن حسن بن علي بن الخطيب ، الشهير
بابن قنفذ ، المكتبة التجارية للطباعة والنشر ، الطبعة الاولى
١٩٧١ م .

— سابقا : الكتب العامة :

— احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي ، الدكتور محمد يوسف موسى ،
١٣٧٨ هـ ، مطابع دار الكتاب العربي .

— التعريفات لسلي بن محمد بن الشريف الجرجاني ، المتوفى ٨١٦ هـ ،
مكتبة لبنان ١٩٦٩ م .

- تهذيب الاسماء واللغات لابى زكريا معين الدين بن شمس—
النفوس ، المتوفى ٦٢٦ هـ ، ادارة الطباعة المنيرية .
- زاد الصادق هدى خيرالعماد للامام ابن عبدالله بن القيم الجوزى ،
المتوفى ٧٥١ هـ ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٢ هـ .
- طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، لنجم الدين ابن حفص
النفوس ، المتوفى ٥٢٢ هـ ، الطبعة الخامسة ، ١٣١١ هـ .
- مختصر احكام الهاملات الشرعية — المقدم ، للشيخ طن الخفيف
طبعة السنة ١٣٧٢ هـ .
- المدخل الفقهي العام ، مصطفى احمد الزرقا ، مطابع الف —
الاديب — دمشق .
- المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، حسين حامد حسان ، الطبعة
الثانية ، ١٩٢٩ م ، مكتبة المتنبى ، القاهرة .

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
1	المقدمة
5	التمهيد
<u>الباب الاول</u> <u>في خيار الرؤية</u>	
الفصل الاول : خيار الرؤية في المبيع	
17	المبحث الاول : تعريف خيار الرؤية وماهيته
21	المبحث الثاني : مشروعية خيار الرؤية
22	المطلب الاول : مشروعيته والاصل فيه
23	آراء الفقهاء في بيع الغائب
25	المطلب الثاني : الادلة ومناقشتها
25	أدلة القائلين بصحة بيع الغائب
29	أدلة القائلين بعدم صحته
40	مناقشة الادلة
46	حكم بيع مالم يره البائع
50	المبحث الثالث : في الرؤية
52	المطلب الاول : المبراد بالرؤية
55	المطلب الثاني : الرؤية السابقة
65	المطلب الثالث : رؤية الوكيل والرسول
69	المطلب الرابع : رؤية ما يهون المبيع
75	المطلب الخامس : رؤية بعض المبيع
89	المطلب السادس : الرؤية في شراء الاصل وبيعه
96	المبحث الرابع : وقت ثبوت خيار الرؤية ومدته
97	المطلب الاول : وقت ثبوتها
101	المطلب الثاني : مدته
105	المبحث الخامس : ما يقط به خيار الرؤية
109	الفصل الثاني : خيار الرؤية في سائر العقود

الباب الثاني

في خيار العيب

١١٣	الفصل الاول : خيار العيب في البيع
١١٤	المبحث الاول : تعريف خيار العيب ، مشروعيته و ماهيته
١١٥	المطلب الاول : تعريف خيار العيب
١٢٤	المطلب الثاني : مشروعية خيار العيب
١٢٧	المطلب الثالث : ماهيته
١٢٩	المبحث الثاني : شروط ثبوت خيار العيب
١٣٢	مسائل المعهدة
١٤٢	المبحث الثالث : ما يمتنع به الرد
١٤٤	المطلب الاول : الزيادة
١٥٠	المطلب الثاني : حدوث عيب آخر
١٥٧	المطلب الثالث : تفريق الصفقة
١٦٤	المطلب الرابع : زوال الطسك
١٧٠	المطلب الخامس : كيفية الرجوع بالأرض
١٧٤	المبحث الرابع : الخصومة في خيار العيب
١٧٥	المطلب الاول : اختلافهما في العيب واثباته
١٨٠	المطلب الثاني : المرجع في حل الخلافات
١٨٢	المبحث الخامس : الرد وموجباته
١٨٤	المطلب الاول : الرد أو الامسك
١٨٧	المطلب الثاني : الرد على الوكيل
١٩٥	المطلب الثالث : مدة الرد
٢٠٠	المطلب الرابع : محل الرد وموئنته
٢٠٢	المبحث السادس : الهراة من العيوب
٢١١	المبحث السابع : ما يسقط به خيار العيب
٢١٥	الفصل الثاني : خيار الرد بالتصريفة
٢١٦	المبحث الاول : معنى العصاة
٢١٩	المبحث الثاني : عسءة الرد بالتصريفة
٢٢٧	المبحث الثالث : شروط ثبوت الخيار بالتصريفة

الصفحة	الموضوع
٢٤٠	المبحث الرابع : محل ثبوت الرد بالتصرية
٢٤٤	المبحث الخامس : مدة الخيار في رد المصراة
٢٤٩	المبحث السادس : كيفية الرد بالتصرية
٢٥٣	الفصل الثالث : خيار العيب في الفكاح
	المبحث الاول : آراء الفقهاء في ثبوت الخيار في الفكاح وادلتهم
٢٥٤	في ذلك
٢٥٥	المطلب الاول : التمديد
٢٥٨	المطلب الثاني : آراء الفقهاء وادلتهم ومناقشتها
٢٧٥	المبحث الثاني : التفريق بهذه العيوب
٢٨٦	المبحث الثالث : هل هذه العيوب جاءت على سهيل المعسر
٢٩٥	المبحث الرابع : ما يترتب على التفريق
٢٩٦	المطلب الاول : مدة الخيار في طلب الفرقة
٢٩٧	المطلب الثاني : كيفية الفرقة بالعيب
٢٩٩	المطلب الثالث : هل هذه الفرقة فسخ أم طلاق
٣٠٢	المطلب الرابع : حكم الصداق بعد الفرقة بالعيب
٣١١	المطلب الخامس : العدة والنفقة والمسكن
٣١٤	الفصل الرابع : خيار العيب في سائر العقود
٣١٥	المبحث الاول : خيار العيب في الاجارة
٣١٩	المبحث الثاني : خيار العيب في القسمة
٣٢٢	المبحث الثالث : خيار العيب في الصلح
٣٢٥	المبحث الرابع : خيار العيب في الصداق
٣٢٨	المبحث الخامس : خيار العيب في بدل الخلع
٣٣٠	كلمة أخيرة
٣٣١	المصادر والمراجع