

المطلب الثاني

الخيار

وفيه خمسة فروع:

المسألة الأولى: عدم ثبوت خيار المجلس.

المسألة الثانية: بطلان خيار الشرط بالموت.

المسألة الثالثة: بطلان خيار كلا المتبايعين إذا اختار أحدهما

**إمضاء البيع، وقيل لا يبطل خيار من رضي بالعقد ما لم
يرض الآخر.**

المسألة الرابعة: صحة العقد إذا قال بعثك أحد عبدي الثلاثة

على أن تختار منهم في ثلاثة أيام أو أقل.

المسألة الخامسة: المصراة ليس له ردها.

المسألة الأولى: عدم ثبوت خيار المجلس

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

خيار المجلس هو حقّ العاقد في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفريق أو التّخاير^(١).

وقد يسمى (خيار المتبايعين) ولعلّ هذه التسمية مأخوذة من الحديث المثبت لهذا الخيار.

ثانياً: تصوير المسألة.

من المعلوم أن الخيار إنما يثبت في العقود اللازمة ذلك أنه في العقود الجائزة يتمكن العاقد من الفسخ متى شاء.

وعليه إذا تعاقد العاقدان وصدر الإيجاب والقبول هل يعتبر العقد لازماً وينفض مجلس العقد حكماً بصدور القبول؟ أم لا يلزم العقد إلا بالتفرق بالأبدان وعليه يكون لكلا المتعاقدين خيار الرجوع فيكون المجلس ممتد إلى ما وراء القبول ويبقى ما بقي العاقدان في المجلس.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

لا خلاف أنه قبل صدور القبول في أثناء المفاوضة لا يعتبر العقد لازماً، لأن الخيار لا يثبت قبل التفرق بالأقوال إجماعاً^(٢).

واختلفوا فيما إذا صدر الإيجاب وتبعه القبول هل يعتبر صدور الإيجاب والقبول معطياً العقد صفة الإلزامية وعليه لا يحق لأي من المتعاقدين الرجوع؟.

أم أن صدور الإيجاب والقبول لا يمنح العقد صفة الإلزامية ما لم يفترق المتعاقدان بأبداهما أو يخير أحدهما صاحبه؟.

(١) يُنظر: الموسوعة الفقهية ٢٠/١٦٩.

(٢) يُنظر: نيل الأوطار ٥/٢٤٨.

وجاء في المذهب: ((وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخaira لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر))، والتفرق أن يتفرقا بأبداهما بحيث إذا كلمه عن العادة لم يسمع كلامه))^(١).

(١) المذهب ٢٥٧/١.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

قال ابن حزم: ((قال الأوزاعي^(١): وحد التفرق أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لا يراه، وقال أحمد: كما قلنا إلا أنه لا يعرف التخيير ولا يعرف إلا التفرق بالأبدان فقط، وهذا الشعبي^(٢) قد فسخ قضاءه بعد ذلك ورجع إلى الحق فشد عن هذا كله أبو حنيفة، ومالك، ومن قلدهما وقالوا: البيع يتم بالكلام وإن لم يتفرقا بأبدانهما ولا خير أحدهما الآخر وخالفوا السنن الثابتة، والصحابة، ولا يعرف لمن ذكرنا منهم مخالف أصلاً وما نعلم لهم من التابعين سلفاً إلا إبراهيم وحده^(٣))).

وجاء في الفواكه الدواني: ((والبيع المدخول فيه على الخيار للبائع أو المشتري أو أجنبي جائز ليتروى في أخذ السلعة أو ردها، والدليل على جوازه ما في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: ((المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار)) والإجماع على جوازه، والحديث حجة على من شذ بممنعه^(٤))).

(١) عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمَد الأوزاعي. من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو: إمام الديار الشامية في الفقه والزهد. أحد الكتاب المترسلين. ولد في بعلبك وسكن بيروت وتوفي بها سنة ١٥٧هـ. عرض عليه القضاء فامتنع. له كتاب السنن في الفقه والمسائل. كانت الفتيا بالأندلس تدور على رأيه. ينظر ترجمته في: حلية الأولياء: [٢٧٥/١]، وفيات الأعيان: [٢٧٥/١].

(٢) عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار، الشعبي الحميري، أبو عمرو، نسبته إلى شعب وهو بطن من همدان. اختلفوا في اسم أبيه: فقييل شراحيل، وقيل: عبد الله راوية من التابعين، يضرب به المثل بحفظه. ولد ونشأ ومات فجأة بالكوفة سنة ١٠٣هـ. من رجال الحديث الثقات، استقصاه عمر بن عبد العزيز، وكان فقيهاً، وشاعراً. ينظر ترجمته في: حلية الأولياء: [٣١٠/٤]، سير أعلام النبلاء: [٢٩٤/٤].

(٣) المحلى ٣٥٥/٨.

(٤) الفواكه الدواني ٨٣/٢.

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلتة.

القول بنفي خيار المجلس هو المذهب عند الحنفية^(١) والمالكية^(٢)، وهو رأي الفقهاء السبعة^(٣) وإبراهيم النخعي^(٤).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿ثُمَّ رُكِّمَ﴾ المائدة: ١.

وجه الاستدلال: أن البيع عقد قبل التخيير فإذا قلنا بخيار المجلس فإنه يؤخر ما أمر الله به من الوفاء بالعقود؛ لأن لكل من المتبايعين الفسخ، فإذا فسخ أحدهما كان غير واف بالعقد فدل على أن خيار المجلس غير ثابت^(٥).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الذي أمرنا بهذا على لسان نبيه هو الله تعالى الأمر لرسوله ﷺ أن يخبرنا أنه لا يصح هذا العقد ولا يتم ولا يكون عقداً إلا بالتفرق عن موضعهما أو بأن يخير أحدهما الآخر بعد التعاقد وإلا فلا يلزم الوفاء بذلك العقد^(٦).

الثاني: أن هذه الآية عامة والعموم لا ترد به النصوص الخاصة، وإنما يقضى للنخاص على العام، ومما يدل على ذلك موافقتهم إيانا على أنه لا يلزم أحد الوفاء بكل عقد عقده بل إن من العقود ما يحرم الوفاء بها كمن عقد على نفسه أن يزن أو أن يشرب الخمر^(٧).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿البقرة: ٢٨٢﴾

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر بتوثيق الشهادة حتى لا يقع التجاحد، والبيع يصدق

(١) يُنظر: شرح فتح القدير ٢٥٧/٦.

(٢) يُنظر: مواهب الجليل ٤١٠/٤.

(٣) وهم ابن المسيب، وعورة بن الزبير والقاسم بن محمد وخارجة بن زيد وأبا بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود. يُنظر: سير أعلام النبلاء ٤١٧/٤.

(٤) يُنظر: الموطأ رواية محمد ١٩٤/٣.

(٥) يُنظر: بداية المجتهد ١٩٤/٣.

(٦) يُنظر: المحلى ٣٥٧/٨.

(٧) يُنظر: طرح الشريب ٤٠٤/٦، المحلى ٣٥٧/٨.

قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص^(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الآية عامة فيبنى العام على الخاص ومعلوم أن المصير إلى الترجيح مع إمكان الجمع غير جائز^(٢).

الثاني: رد ابن حزم الاستدلال بالآية من وجوه ذكرها بقوله: «أو لها: أنهم أول مخالف لهذه الآية فيما وردت فيه من وجوب الإشهاد فكيف يستحلون الاحتجاج بأنهم قد عصوا الله تعالى فيها وخالفوها ولم يروها حجة في وجوب الإشهاد في البيع؟».

والثاني: أنه ليس في الآية نص ولا دليل على بطلان التفرق المذكور في الخبر ولا ذكر منه أصلاً.

والثالث: أن نص الآية إنما هو إيجاب الإشهاد إذا تبايعنا والذي جاءنا بهذه الآية - ولو لاه لم ندر ما البيع المباح من المحرم البتة - هو الذي أخبرنا أنه لا بيع أصلاً إلا بعد التفرق عن موضعهما أو التخيير^(٣).

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿ثُمَّ قَفَّيْهُم بِقَفَّيِهِمْ حَتَّىٰ لَعَلَّ يُصْطَفَىٰ مِمَّنْ لَبِثَ فِي الشُّرْكِ كَثِيرًا يَوْمَ يُنْفَخُ الْأَشْجَارُ وَأَنْتُمْ فِيهَا كَالْعِجَافِ﴾ النساء: ٢٩. وجه الاستدلال: أن الله - سبحانه وتعالى - أباح الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد، فلما جاز الأكل قبل التفرق دل على أن خيار المجلس غير ثابت^(٤).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الآية عامة فيبنى العام على الخاص ومعلوم أن المصير إلى الترجيح مع إمكان الجمع غير جائز^(٥).

(١) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٥٢٨/٤.

(٢) يُنظر: نيل الأوطار ٢٤٨/٥.

(٣) المحلى ٣٥٧/٨.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع ٢٢٨/٥.

(٥) يُنظر: نيل الأوطار ٢٤٨/٥.

الثاني: قال ابن حزم: ((الذي أتانا بهذه الآية هو الذي من عنده ندرى ما هي التجارة المباحة لنا مما حرم علينا وما هو التراضي الناقل للملك من التراضي الذي لا ينقل الملك؟ ولو لاه لم نعرف شيئاً من ذلك، وهو الذي أخبرنا أن العقد ليس بيعاً ولا هو تجارة ولا هو تراضياً، ولا ينقل ملكاً إلا حتى يستضيف إليه التفرق عن موضعهما أو التخيير فهذا هو البيع والتجارة والتراضي))^(١).

الدليل الرابع: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده فقال النبي ﷺ لعمر: ((بعنيه)). قال: هو لك يا رسول الله قال: ((بعنيه)). فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: ((هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت))^(٢). وجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ وهب الجمل من ساعته لابن عمر قبل التفرق ولو لم يكن الجمل له لما وهبه حتى يجب له فدل هذا على عدم ثبوت خيار المجلس. ونوقش من وجهين:

الأول: أن الهبة المذكورة في الحديث إنما تمت بإمضاء البائع وهو سكوته المتزل متزلة قوله^(٣).

الثاني: يمكن الجمع بين الحديثين بأن يكون بعد العقد حصل منهما تخاير أو فارق النبي ﷺ عمر بأن تقدمه أو تأخر عنه مثلاً ثم وهب وليس في الحديث ما يثبت ذلك ولا ما ينفيه، ويدل على إمكانية ذلك أن هذا الحديث ليس فيه ذكر للثمن، وأنتم تقولون: إن السكوت عليه في الحديث لا يدل على أنه ليس هناك ثمن، فنقول وكذلك السكوت عن التخيير أو التفرق لا يدل على أنه ليس هناك تخيير أو تفرق، لأن عدم النقل ليس نقلاً للعدم^(٤).

الثالث: لو صح أنه لم يكن في هذا البيع تخيير ولا تفرق فليس هناك ما يدل على أن

(١) المحلى ٣٥٧/٨.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبداً فأعتقه برقم (٢٠٠٩).

(٣) يُنظر: فتح الباري ٣٣٥/٤.

(٤) يُنظر: المحلى ٣٦١/٨.

أحاديث إثبات خيار المجلس متقدمة على هذا الحديث فلا يصح النسخ في هذه الحالة لأن الدليل إذا تطرق له الاحتمال سقط به الاستدلال^(١).

الدليل الخامس: عن عمرو بن شعيب^(٢) عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: ((المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله))^(٣).

وجه الاستدلال: أنه لو كان له الخيار في فسخ البيع لما احتاج إلى أن يستقيله فدل هذا على عدم ثبوت خيار المجلس بدليل لو أن العقد لازم لما احتاج إلى الاستقالة ولا طلب الفرار من الاستقالة^(٤).

ونوقش من وجهين:

الأول: قال ابن عبد البر: ((وأما قوله في حديث عمرو بن شعيب لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله فلفظ منكر لإجماع علماء المسلمين أنه جائز له أن يفارقه ليتم بيعه وله أن لا يقيله إلا أن يشاء وقوله (لا يحل) لفظة منكرة بإجماع))^(٥).

الثاني: بأن المراد بالاستقالة: فسخ البيع بحكم الخيار وغاية ما في الباب استعمال المجاز في لفظ الاستقالة لكن جاز المصير إليه إذا دل الدليل عليه وقد دل من وجهين حمل التفرق

(١) يُنظر: المحلى ٣٦١/٨.

(٢) عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي، أبو إبراهيم، من بني عمرو بن العاص: من رجال الحديث. كان يسكن مكة. توفي بالطائف سنة ١١٨ هـ. ينظر ترجمته في: ميزان الاعتدال: [٢٨٩/٢] ، تهذيب التهذيب: [٤٨/٨] .

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين من كتاب البيوع برقم (٣٤٥٦) ، والترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يفترقا برقم (١٢٤٧) ، والنسائي في كتاب البيوع باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبداهما رقم (٤٤٨٣) .

قال الترمذي (٥٥٠/٣) : ((حديث حسن)) ، وقال ابن حزم في المحلى (٣٦٠/٨) : ((حديث لا يصح)) ، وقال النووي في المجموع (١٨٤/٩) : ((رواه أبو داود والترمذي وغيره بأسانيد صحيحة وحسنه)) ، وحسنه الألباني في الإرواء (١٥٥/٥) .

(٤) يُنظر: مواهب الجليل ٤١٠/٤ .

(٥) الاستذكار ٤٧٧/٦ .

على التفرق بالأقوال:

أحدهما: أنه علق ذلك على التفرق فإذا حملناه على خيار الفسخ صح تعليقه على التفرق لأن الخيار يرتفع بالتفرق وإذا حملناه على الاستقالة فالاستقالة لا تتوقف على التفرق ولا اختصاص لها بالمجلس.

الثاني: أنا إذا حملناه على خيار الفسخ فالتفرق مبطل له قهراً فيناسب المنع من التفرق المبطل للخيار على صاحبه أما إذا حملناه على الإقالة الحقيقية: فمعلوم أنه لا يحرم على الرجل أن يفارق صاحبه خوف الاستقالة ولا يبقى بعد ذلك إلى النظر فيما دل عليه الحديث من التحريم^(١).

وقد عد بعض أهل العلم هذا الدليل دليلاً على ثبوت خيار المجلس، جاء في المجموع أنه: ((احتج به على المخالفين، لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ فعبر بالإقالة عن الفسخ والدليل على هذا أشياء:

أحدها: أنه ﷺ أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا ثم ذكر الإقالة في المجلس ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة فدل أن المراد بالإقالة الفسخ. والثاني أنه لو كان المراد حقيقة الإقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقيه لأن الإقالة لا تختص بالمجلس^(٢).

الدليل السادس: عن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: ((إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما شاهد استحلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك))^(٣). وجه الاستدلال: أنه لو كان خيار المجلس ثابتاً له ما كلف البائع اليمين، ولقال هب الأمر كما قال المبتاع أليس لي أن لا أقبل وأن يفسخ عني البيع؟^(٤).

الدليل السابع: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: ((من

(١) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٨.

(٢) المجموع ٩/١٧٨.

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب البيوع باب اختلاف المتبايعين، السنن الكبرى ٥/٣٣٣.

في سنده بعض بني عبد الله قال ابن الملقن في البدر المنير (٦/٥٩٦): ((وبعض بني عبد الله لا يدري من هو)).

(٤) يُنظر: المدونة ١٠/١٨٨.

ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه))^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ مد المنع من البيع إلى وجود القبض فإذا وجد القبض جاز البيع سواء وجد القبض في المجلس أو بعده^(٢).

الدليل الثامن: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: ((من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع))^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يشترط لدخول المبيع ملك المشتري أن يفترقا، فدل على عدم ثبوت خيار المجلس.

ونوقش الدليلان السابقان من وجهين:

الأول: بما قاله ابن حزم: ((أن كل هذه الأحكام إنما وردت في البيع والذي أمر بما صح منها هو الذي أخبر وحكم وقال: انه لا بيع بين المتبايعين ما كانا معاً ولم يتفرقا أو خيرَ أحدهما الآخر))^(٤).

الثاني: أن هذه الأحاديث عامة مخصوصة بأحاديث ثبوت خيار المجلس^(٥).

الدليل التاسع: قال ابن عمر رضي الله عنهما: ((ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع))^(٦).

وجه الاستدلال: أن الصفقة هي النافذة اللازمة فتبين أن البيع نوعان: لازم وغير لازم بشرط الخيار فيه فمن قال: إن الخيار يثبت في كل بيع فقد أخطأ^(٧).

ونوقش من ثلاثة أوجه:

الأول: أن من استدل بهذا الحديث خالفه أما الحنفية فقالوا: هو من مال البائع ما لم يره

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب الكيل على البائع والمعطي برقم (٢٠١٩) .

(٢) يُنظر: الباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٧٠/٢ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة أو بإجارة برقم (٢٠٩٠) .

(٤) المحلى ٣٥٨/٨ .

(٥) يُنظر: المجموع ١٧٨/٩ .

(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض .

(٧) يُنظر: المبسوط ١٥٦/١٣ .

المبتاع أو ينقله والمالكية قالوا: إن كان غائباً غيبة بعيدة فهو من البائع^(١).
 الثاني: أنه لا حجة فيه؛ لأن الصفقة فيه محمولة على البيع الذي انبرم ولزم إما بالتخاير
 أو بالتفرق لا على ما لم ينبرم من الإيجاب والقبول فقط جمعاً بين كلامي ابن عمر^(٢).
 الثالث: أن المقرر عند أهل العلم بالمصطلح أن العمل بما روى لا بما رأى^(٣).
 الدليل العاشر: قال النبي ﷺ ((المسلمون عند شروطهم))^(٤).
 وجه الاستدلال: أنه قد شرط إمضاء العقد بينهما فيلزمهما الوفاء بظاهر الحديث^(٥).
 ونوقش من وجهين:

الأول: أن هذا الحديث ضعيف قال ابن حزم: ((وهذا خبر مكذوب لأنه إنما رواه
 كثير بن زيد^(٦) وهو ساقط ومن هو دونه، أو مرسل عن عطاء))^(٧).
 الثاني: قال ابن حزم: ((ثم لو صح لكان حجة لنا عليهم لأن شروط المسلمين ليست
 كل شرط بلا خلاف بل إنما هي الشروط المأمور بها أو المباحة بأسمائها في القرآن، وصحيح
 السنن، ولو كان ما أوهموا به لكان شرط الزنا، والقيادة، وشرب الخمر، والربا شروطاً
 لوازم وحاش لله من هذا الضلال، وقد صح عن رسول الله ﷺ ((كل شرط ليس في كتاب

(١) يُنظر: المحلى ٣٦٥/٨.

(٢) يُنظر: فتح الباري ٣٣٢/٤.

(٣) يُنظر: أثر علل الحديث في اختلاف الفقهاء ٢٩/٥.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية باب في الصلح برقم (٣٥٩٤) والترمذي في كتاب الأحكام باب ما ذكر عن
 رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس برقم (١٣٥٢).

قال الترمذي في السنن (٦٣٤/٣): ((هذا حديث حسن صحيح))، وفي سنده كثير بن زيد قال ابن الملقن في
 البدر المنير (٥٥٢/٦): ((فيه مقال. قال أبو زرعة: صدوق فيه لين. واختلف قول يحيى بن معين فيه فضعفه مرة
 ووثقه أخرى، وضعفه النسائي، ووثقه ابن حبان))، وقال الحافظ في البلوغ (١٦٧/١): ((صححه الترمذي
 وأنكروا عليه لأن راوية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف وكأنه اعتبره بكثرة طرقه)).

(٥) يُنظر: المبسوط ١٥٦/١٣.

(٦) كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف بن يزيد المزني المدني، اتفقوا على ضعفه، وضرب على حديثه أحمد بن حنبل،
 وقال الشافعي: هو ركن من أركان الكذب، وكذا قال أبو داود، توفي سنة ١٦٣هـ. ينظر ترجمته في: الوافي

[٢٧٣/٧]، تهذيب التهذيب [١٦/٢٨].

(٧) يُنظر: المحلى ٣٥٨/٨.

الله فهو باطل كتاب لله أحق وشرط الله أو ثقل^(١) فشرط الله تعالى هو التفرق بالأبدان بعد العقد للبيع أو التخيير وإلا فلا شرط هنالك يلزم أصلاً^(٢).

الدليل الحادي عشر: عن سمرة بن جندب^(٣) قال: قال رسول الله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ويأخذ كل واحد منهما ما رضي من البيع))^(٤).

وجه الاستدلال: أن الخيار الذي للمتبايعين إنما هو قبل انعقاد البيع في الحال الذي يكون لكل واحد منهما أن يأخذ ما رضي من البيع ويترك بعضه وذلك قبل عقد البيع فيكون البيع ينعقد بينه وبين صاحبه فيما يرضاه منه لا فيما سواه^(٥).

ونوقش: بأن المعنى أي إن الخيار ثابت إلى غاية التفرق وأن علة ثبوته أن يأخذ كل واحد منهما من البيع ما رضي^(٦).

الدليل الثاني عشر: استدلال مالك لنفي خيار المجلس بأنه لم يكن عمل أهل المدينة عليه، وعمل أهل المدينة مقدم على حديث خيار المجلس _ وإن كان صحيحاً _ عند مالك، لأن عملهم كالتواتر والتواتر يفيد القطع بخلاف الحديث، فإنه خبر آحاد وهو إنما يفيد الظن^(٧). وقد تقدمت مناقشته.

الدليل الثالث عشر: قياساً على النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة فهذه عقود

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل برقم (٢٠٦٠) ، ومسلم في كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق برقم (٣٨٥٢) .

(٢) المحلى ٣٥٩/٨ .

(٣) سمرة بن جندب بن هلال الفزاري: صحابي، من الشجعان القادة. نشأ في المدينة، ونزل بالبصرة، فكان زياد يستخلفه عليها إذا سار إلى الكوفة، ولما مات زياد أقره معاوية عاملاً أو نحوه ثم عزله. كان شديداً على الحرورية. مات بالكوفة وقيل بالبصرة سنة ٦٠هـ. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [٣٥٤/٢] ، تهذيب التهذيب: [٢٣٦/٤] .

(٤) أخرجه النسائي في كتاب البيوع باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما برقم (٤٤٨٢) ، والحاكم في المستدرک ١٩/٢ .

قال الحاكم في المستدرک (١٩/٢) : ((هذا حديث صحيح على شرط الشيخين)).

(٥) يُنظر: شرح مشكل الآثار ١٣/١٤٧ .

(٦) يُنظر: طرح التثريب ٦/٤١٤ .

(٧) يُنظر: بلغة السالك ٨٠/٣ .

معاوضة تتم بمجرد اللفظ الدال على الرضا بلا خيار المجلس فكذا البيع^(١).
ونوقش من وجهين:

الأول: أن من المقرر عند العلماء أن القياس إذا خالف النص فإنه فاسد^(٢).

الثاني: أنه قياس مع ظهور الفارق لأن البيع ينقل فيه ملك رقبة المبيع ومنفعته بخلاف ما ذكر^(٣)، وأيضاً فإنه يحتاط للزواج قبله غالباً فلا يحتاج إلى خيار بعده^(٤)، وكذلك فإن في ثبوت الخيار في النكاح مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية^(٥).

الدليل الرابع عشر: أن خيار المجلس مجهول المدة فليس لهذا الحديث حد معروف ولا أمر معمول به ومعنى هذا القول أن النبي ﷺ لما قال: ((المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا))، لم يكن لتفرقهما وانفصال أحدهما عن الآخر وقت معلوم ولا غاية معروفة إلا أن يقوموا أو يقوم أحدهما على ما ذهب إليه المخالف وهذه جهالة يقف عليها انعقاد البيع فيصير من باب بيع المنابذة والملازمة بأن يقول إذا لمسته فقد وجب البيع وإذا نبذته أو نبذت الحصاة وجب البيع وهذه الصفقة مقطوع بفسادها في العقد فلا يترك بحديث لم يتحصل المراد منه مفهوماً^(٦).

ونوقش: بأن الخيار الثابت شرعاً لا يضر جهالة زمنه كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة^(٧).

الدليل الخامس عشر: قال ابن حجر في الفتح ما حكاه السمعاني^(٨) عن بعض الحنفية

(١) يُنظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ٢٩٢/٩.

(٢) يُنظر: إعلام الموقعين ١٧/٣.

(٣) يُنظر: فتح الباري ٣٣٠/٤.

(٤) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٣٥/٢.

(٥) يُنظر: الشرح الكبير ٦٢/٤.

(٦) يُنظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٧٢/٢.

(٧) يُنظر: المجموع ١٧٨/٩.

(٨) عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعيد: مؤرخ رحالة من حفاظ الحديث. مولده

قال: ((البيع عقد مشروع بوصف وحكم فوصفه الزوم وحكمه الملك وقد تم البيع بالعقد فوجب أن يتم بوصفه وحكمه فأما تأخير ذلك إلى أن يفترقا فليس عليه دليل لأن السبب إذا تم يفيد حكمه ولا ينتفي إلا بعارض ومن ادعاه فعليه البيان))^(١).

ونوقش: بأن البيع سبب للإيقاع في الندم والندم يحوج إلى النظر فأثبت الشارع خيار المجلس نظراً للمتعاقدین ليسلما من الندم ودليله خيار الرؤية عندهم وخيار الشرط عندنا قال: ولو لزم العقد بوصفه وحكمه لما شرعت الإقالة لكنها شرعت نظراً للمتعاقدین إلا أنها شرعت لاستدراك ندم ينفرد به أحدهما فلم تجب وخيار المجلس شرع لاستدراك ندم يشتركان فيه فوجب^(٢).

ووفاته بمرو. رحل إلى أقاصي البلاد ولقي العلماء والمحدثين. من كتبه: الأنساب، وتاريخ مرو، وأدب الإماماء والاستملاء، وتذليل تاريخ بغداد للخطيب، ولطائف القرآن. توفي سنة ٥٦٢هـ. ينظر ترجمته في: وفيات الأعيان: [٣٠١/١] ، طبقات الشافعية الكبرى: [٢٥٩/٤] .

(١) فتح الباري ٣٣٢/٤.

(٢) يُنظر: فتح الباري ٣٣٢/٤.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلتها.

القول الثاني: إثبات خيار المجلس، وهو قول جمع من الصحابة^(١) كابن عباس وعبد الله بن عمر وحكيم بن حزام^(٢) وأبي برزة الأسلمي^(٣) وهو مذهب الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وابن حبيب من المالكية^(٦).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: ((المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار))^(٧).

الدليل الثاني: عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على

(١) يُنظر: سنن الترمذي ٥٤٧/٣.

(٢) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى، أبو خالد. صحابي قرشي وهو ابن أخي خديجة أم المؤمنين. مولده بمكة في الكعبة. شهد حرب الفجار، وكان صديقاً للنبي ﷺ قبل البعثة وبعدها. عمّر طويلاً، قيل بلغ ١٢٠ سنة. كان من سادات قريش في الجاهلية والإسلام، عالماً بالأنساب. أسلم يوم الفتح. توفي بالمدينة سنة ٥٤هـ. ينظر ترجمته في: الإصابة: [٣٤٩/٢]، تهذيب التهذيب: [٤٤٧/٢].

(٣) نضلة بن عبيد بن الحارث الأسلمي، أبو برزة: صحابي، غلبت عليه كنيته واختلف في اسمه. كان من سكان المدينة ثم البصرة. شهد مع علي قتال أهل النهروان، ثم شهد قتال الأزارقة مع المهلب بن أبي صفرة. مات بخراسان سنة ٦٥هـ، وله ٤٦ حديثاً. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [١٤٦/٥]، تهذيب التهذيب: [٤٤٦/١٠].

(٤) يُنظر: مغني المحتاج ٤٣/٢.

(٥) يُنظر: المغني ٥/٤.

(٦) يُنظر: مواهب الجليل ٤١٠/٤. وابن حبيب هو: عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الإلبيري القرطي، أبو مروان: عالم الأندلس وفقهها في عصره. أصله من طليطلة، من بني سليم، أو من مواليهم. كان عالماً بالتاريخ والأدب، رأساً في فقه المالكية. له تصانيف كثيرة تزيد على الألف، منها: حروب الإسلام، وطبقات الفقهاء والتابعين، طبقات المحدثين، وتفسير موطأ مالك. توفي بقرطبة سنة ٢٣٨هـ. ينظر ترجمته في: ترتيب المدارك: [٣٠/٣] بغية الملتبس: [٣٦٤].

(٧) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا برقم (٢٠٠٥).

ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع^(١).

الدليل الثالث: عن ابن عمر رضي الله عنهما: عن النبي ﷺ قال ((إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً)). قال نافع^(٢): وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه^(٣).

الدليل الرابع: عن ابن عمر رضي الله عنهما: عن النبي ﷺ قال ((كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار))^(٤).

الدليل الخامس: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر)). وربما قال: ((أو يكون بيع خيار))^(٥).

الدليل السادس: عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو قال: حتى يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما))^(٦).

الدليل السابع: عن أبي الوضيء^(٧) قال: غزونا غزوة لنا فترلنا متراً فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحنا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال: بيني وبينك أبو برزة

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم (٢٠٠٦) .
(٢) نافع المدني أبو عبد الله مولي عبد الله بن عمر بن الخطاب. من أئمة التابعين بالمدينة. ديملي الأصل. مجهول النسب. أصابه ابن عمر صغيراً في بعض مغازية. كان علامة في فقه الدين، متفقاً علي رثاسته. أرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن. كان كثير الرواية للحديث. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب [٤١٢/١٠] ، وفيات الأعيان [١٥٠/٢] .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب كم يجوز الخيار برقم (٢٠٠١) .
(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع برقم (٢٠٠٧) .
(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع برقم (٢٠٠٣) .
(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا برقم (١٩٧٣) .
(٧) أبو الوضيء السَّحْتَنِي، عباد بن نسيب مشهور بكنيته، ويقال اسمه عبد الله. ثقة. من الثالثة. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب: [٩٦/٥] ، تقريب التهذيب: [٢٩١] .

صاحب النبي ﷺ فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؟ قال رسول الله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا))^(١).
 الدليل الثامن: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: بعث من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخير فلما تبايعنا رجعت على عقي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا. قال عبد الله: فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال وساقني إلى المدينة بثلاث ليال^(٢).

وهذه الأدلة التي تدل على إثبات الخيار للبيعان نوقشت من عدة أوجه:

أحدها: أن حديث (البيعان) حديث خالفه راويه، وكل ما كان كذلك لم يعمل به، وذلك لأن مالكا رواه، ولم يقل به الراوي إذا خالف ما رواه، فإما أن يكون مع علمه بالصحة، فيكون فاسقا، فلا تقبل روايته، وإما أن يكون لا مع علمه بالصحة، فهو أعلم بعلم ما روى فيتبع في ذلك^(٣).

وأجيب عن ذلك من وجهين:

أحدهما: منع المقدمة الثانية: وهي أن الراوي إذا خالف لم يعمل بروايته، وقوله: ((إذا كان مع علمه بالصحة كان فاسقا)) ممنوع لجواز أن يعلم بالصحة، ويخالف لمعارض راجح عنده، ولا يلزم تقليده فيه.

وقوله: ((إن كان لا مع علمه بالصحة، وهو أعلم بروايته، فيتبع في ذلك)) ممنوع أيضا؛ لأنه إذا ثبت الحديث بعدالة النقلة وجب العمل به ظاهرا، فلا يترك بمجرد الوهم

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين برقم (٣٤٥٧).

قال النووي في المجموع (١٨٥/٩): ((رواه أبو داود بإسناد صحيح))، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤): ((قال المنذري في مختصره: ورجاله ثقات)).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبدا فأعتقه برقم (٢٠١٠).

(٣) يُنظر: أحكام الأحكام ١/١٠٣.

والاحتمال^(١).

الوجه الثاني: أن هذا الحديث مروي من طرق، قال الترمذي^(٢): ((وفي الباب عن أبي برزة وحكيم بن حزام وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمرو^(٣) وسمرة وأبي هريرة^(٤)، فإن تعذر الاستدلال به من جهة رواية مالك، لم يتعذر من جهة أخرى.

وإنما مخالفة الراوي لروايته تقدر بها عند التفرد وعلى تقدير صحة هذا المأخذ فإنه على هذا التقدير: يتوقف العمل برواية مالك. ولا يلزم من بطلان مأخذ معين بطلان مأخذ الحكم في نفس الأمر^(٥).

الوجه الثالث: أن ابن عمر رضي الله عنهما من رواة الحديث وكان يفارق بيده إذا باع كما روى عنه^(٦)، واتباعه أولى من اتباع غيره لأنه راوي الحديث^(٧).

ثانياً من المناقشات: أن حديث البيعان خبر واحد فيما تعم به البلوى وخبر الواحد فيما تعم به البلوى غير مقبول، فهذا غير مقبول.

أما الأول: فلائن البياعات مما تتكرر مرات لا تحصى ومثل هذا تعم البلوى بمعرفة حكمه.

(١) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٥.

(٢) محمد بن عيسى بن سورة السلمي البوغي الترمذي، أبو عيسى. من أئمة علماء الحديث وحفاظه. من أهل ترمذ، علي فخر حيجون. تلميذ للبخاري، شاركه في بعض شيوخه، كان يضرب به المثل في الحفظ، من تصانيفه: الجامع الكبير المعروف بسنن الترمذي. أحد الكتب الستة المقدمة في الحديث عند أهل السنة والعلل في الحديث، توفي سنة ٢٧٩هـ. ينظر ترجمته في: الأنساب للسمعاني [٩٥]، تهذيب التهذيب [٣٨٧/٩].

(٣) عبد الله بن عمرو بن العاص، من قریش: صحابي. من النساک. من أهل مكة. أسلم قبل أبيه، فاستأذن رسول الله ﷺ في أن يكتب ما يسمع منه، فأذن له. كان كثير العبادة. كان يشهد الحروب والغزوات، ويضرب بسيفين. حمل راية أبيه يوم اليرموك. شهد صفين مع معاوية. ولأه معاوية الكوفة مدة قصيرة. لما ولي يزيد امتنع من بيعته، وانزوى بجهة عسقلان منقطعاً للعبادة. وعَمِيَ في آخر حياته. اختلفوا في مكان وفاته. توفي ليالي الحرّة على الأصح. له ٧٠٠ حديث. ينظر ترجمته في: حلية الأولياء: [٢٨٣/١]، أسد الغابة: [٢٣٣/٣].

(٤) سنن الترمذي ٥٤٧/٣.

(٥) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٤.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب كم يجوز الخيار برقم (٢٠٠١).

(٧) يُنظر: الكافي لابن قدامة ٤٣/٢.

وأما الثاني: فلأن العادة تقتضي أن ما عمت به البلوى يكون معلوماً عند الكافة فانفراد الواحد به على خلاف العادة، فيرد^(١).

وأجيب عنه من وجهين:

أحدهما: منع المقدمتين معاً.

أما الأولى - وهو أن البيع بما تعم به البلوى - فالفسخ ليس مما تعم به فالبيع لا يحصل إلا بالرغبة من كل واحد من المتعاقدين فيما صار إليه والفسخ قليل.

وأما الثانية: فلأن المعتمد في الرواية على عدالة الراوي وجزمه بالرواية وقد وجد ذلك وعدم نقل غيره لا يصلح معارضاً، لجواز عدم سماعه للحكم. فإن الرسول ﷺ كان يبلغ الأحكام للآحاد والجماعة، ولا يلزم تبليغ كل حكم لجميع المكلفين.

وعلى تقدير السماع: فجائز أن يعرض مانع من النقل، أعني نقل غير هذا الراوي فإنما يكون ما ذكر إذا اقتضت العادة أن لا يخفي الشيء عن أهل التواتر، وليست الأحكام الجزئية من هذا القبيل^(٢).

الوجه الثاني: أن هذا الحديث ليس من خبر الواحد عند الحنفية لأن الذي في كتب أصولهم أن ما كان آحاد في زمن الصحابة حتى انتشر يعلمه قوم لا يتوهم تواطئهم على الكذب فإنه يوجب الطمأنينة، فهو دون التواتر وفوق خبر الواحد^(٣) فجوزوا به الزيادة على الكتاب وهذا ليس بخبر واحد عندهم بل مشهور يعمل به كما عملوا بخبر القهقهة في الصلاة وإيجاب الوتر^(٤).

ثالثاً من المناقشات: أن حديث البيعان مخالف للقياس الجلي والأصول القياسية المقطوع بها، وما كان كذلك لا يعمل به.

أما الأول: فنعني بمخالف الأصول القياسية: ما ثبت الحكم في أصله قطعاً، وثبت كون الفرع في معنى المنصوص، لم يخالف إلا فيما يعلم عروه عن مصلحة تصلح أن تكون

(١) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٥.

(٢) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٥.

(٣) يُنظر: إرشاد الفحول ١/١٣٧.

(٤) يُنظر: فتح الباري ٤/٣٣٠.

مقصودة بشرع الحكم وههنا كذلك. فإن منع الغير من إبطال حق الغير ثابت بعد التفرق قطعاً، وما قبل التفرق في معناه، لم يفترقاً إلا فيما يقطع بتعريه عن المصلحة.

وأما الثاني: فلأن القاطع مقدم على المظنون لا محالة، وخبر الواحد مظنون.

وأجيب عنه من وجهين:

أحدهما: منع المقدمتين معاً.

أما الأولى: فلا نسلم عدم افتراق الفرع من الأصل إلا فيما لا يعتبر من المصالح، وذلك؛ لأن البيع يقع بغتة من غير ترو، وقد يحصل الندم بعد الشروع فيه فيناسب إثبات الخيار لكل واحد من المتعاقدين، دفعاً لضرر الندم، فيما لعله يتكرر وقوعه ولم يمكن إثباته مطلقاً فيما بعد التفرق وقبله؛ فإنه رفع لحكمة العقد والوثوق بالتصرف، فجعل مجلس العقد حريماً لاعتبار هذه المصلحة، وهذا معنى معتبر لا يستوي فيه ما قبل التفرق مع ما بعده.

وأما الثانية: فلا نسلم أن الحديث المخالف للأصول يرد، فإن الأصل يثبت بالنصوص والنصوص ثابتة في الفروع المعينة، وغاية ما في الباب: أن يكون الشرع أخرج بعض الجزئيات عن الكليات لمصلحة تخصها، أو تعبدًا فيجب اتباعه^(١).

الوجه الثاني: على فرض أن العلة جامعة فإن القياس مع النص فاسد الاعتبار فهو باطل كما هو مقرر في أصول الفقه^(٢).

رابعاً من المناقشات: أن هذه الأحاديث معارضة لإجماع أهل المدينة وعملهم، وما كان كذلك يقدم عليه العمل، فهذا يقدم عليه العمل.

أما الأول: فلأن مالكا قال عقيب روايته: ((وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه))^(٣).

وأما الثاني: فلما اختص به أهل المدينة من سكانهم في مهبط الوحي ووفاة الرسول بين أظهرهم، ومعرفتهم بالناسخ والمنسوخ فمخالفتهم لبعض الأخبار تقتضي علمهم بما أوجب

(١) يُنظر: إحكام الأحكام ١٠٦/١.

(٢) يُنظر: الفصول في الأصول ٣١٧/٢.

(٣) الموطأ ٩٦٩/٤.

ترك العمل به من ناسخ أو دليل راجح، ولا تهمّة تلحقهم فيتعين اتباعهم، وكان ذلك أرجح من خبر الواحد المخالف لعملهم.
وجوابه من ثلاثة أوجه^(١):

أحدهما: منع المقدمة الأولى: وهو كون المسألة من إجماع أهل المدينة وبيانه بأوجه:
منها: أنا تأملنا لفظ مالك فلم نجد مصرحاً بأن المسألة إجماع أهل المدينة، ويعرف ذلك بالنظر في ألفاظه.

ومنها: أن هذا الإجماع إما أن يراد به إجماع سابق أو لاحق.
والأول باطل؛ لأن ابن عمر رأس المفتين في المدينة في وقته، وقد كان يرى إثبات خيار المجلس والثاني: أيضاً باطل، فإن ابن أبي ذئب^(٢) - من أقران مالك ومعاصريه - وقد أغلظ على مالك لما بلغه مخالفته للحديث وقد قال ابن حجر: ((ولا يحفظ عن أحد من علماء المدينة القول بخلافه سوى عن ربيعة))^(٣).

وثانيهما: منع المقدمة الثانية: وهو أن إجماع أهل المدينة وعملهم مقدم على خبر الواحد مطلقاً، فإن الحق الذي لا شك فيه: أن عملهم وإجماعهم لا يكون حجة فيما طريقه الاجتهاد والنظر^(٤)؛ لأن الدليل العاصم للأمة من الخطأ في الاجتهاد لا يتناول بعضهم، ولا مستند للعصمة سواه، وكيف يمكن أن يقال: بأن من كان بالمدينة من الصحابة رضي الله عنه يقبل خلافه ما دام مقيماً بها فإذا خرج عنها لم يقبل خلافه؟ فإن هذا محال، فإن قبول خلافه باعتبار صفات قائمة به حيث حل.

(١) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٧.

(٢) محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب القرشي العامري، أبو الحارث المدني. ثقة فقيه، تابعي. من رواة الحديث. من أهل المدينة، كان يغني بها يشبه بسعيد بن المسيّب. من أروع الناس وأفضلهم في عصره. مات سنة ١٥٨هـ. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب: [٣٠٣/٩]، تقريب التهذيب: [٤٩٣].

(٣) فتح الباري ٤/٣٣٠. وربيعه هو ربيعة الرأي بن فروخ التيمي بالولاء، المدني، أبو عثمان: إمام حافظ فقيه مجتهد. كان بصيراً بالرأي، فلقّب - ربيعة الرأي - كان من الأجواد. كان صاحب الفتوى بالمدينة وعليه تفقه الإمام مالك. توفي بالهاشمية - من أرض الأنبار - سنة ١٣٦هـ. ينظر ترجمته في: صفة الصفوة: [٨٣/٢] تذكرة الحفاظ: [١٤٨/١].

(٤) يُنظر: المسودة ١/٢٩٧.

فتفرض المسألة فيما اختلف فيه أهل المدينة مع بعض من خرج منها من الصحابة، بعد استقرار الوحي وموت الرسول ﷺ فكل ما قيل من ترجيح لأقوال علماء أهل المدينة وما اجتمع لهم من الأوصاف قد كان حاصلًا لهذا الصحابي، ولم يزل عنه بخروجه وقد خرج من المدينة من هو من أفضل أهل زمانه في ذلك الوقت وهو علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال أقوالاً بالعراق فكيف يمكن إهدارها إذا خالفها أهل المدينة؟ وهو كان رأسهم، وكذلك ابن مسعود رضي الله عنه ومحلّه من العلم معلوم، وغيرهما قد خرجوا، وقالوا أقوالاً. على أن بعض الناس يقول: إن المسائل المختلف فيها خارج المدينة مختلف فيها بالمدينة وادعى العموم في ذلك^(١).

وثالثهما: بالتسليم بأن إجماع أهل المدينة حجة، فنقول أن المقرر في أصول الفقه ضرورة استناد الإجماع على دليل^(٢)، فعلى هذا: الإجماع الذي يخالف النص باطل فيكون إجماع أهل المدينة في هذه المسألة باطل لأنه مخالف للأحاديث المثبتة لخيار المجلس، وحاشا أهل المدينة أن يجمعوا على خلاف سنة رسول الله ﷺ وقد قدمنا قول ابن حجر: ((لا يحفظ عن أحد من علماء المدينة القول بخلافه سوى عن ربيعة))^(٣).

خامساً من المناقشات: تأويل الحديث بحمل المتبايعين على المتساومين لمصير حالهما إلى البيع وحمل الخيار على خيار القبول. وأجيب عنه من ثلاثة أوجه:

الأول: بأن تسمية المتساومين متبايعين مجاز، والحمل على الحقيقة أولى.

واعترض على هذا الجواب: بأن تسميتهما متبايعين بعد الفراغ من البيع مجاز أيضاً فلم قلت: إن الحمل على هذا المجاز أولى؟ فقول عليه: إنه إذا صدر البيع فقد وجدت الحقيقة فهذا المجاز أقرب إلى الحقيقة من مجاز لم توجد حقيقته أصلاً عند إطلاقه وهو الحمل على المتساومين^(٤)، على أنه لا يلزم من استعمال المجاز في موضع اطراد في كل موضع^(٥).

(١) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٧.

(٢) يُنظر: روضة الناظر ١/٢١٨.

(٣) فتح الباري ٤/٣٣٠.

(٤) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٧.

(٥) يُنظر: فتح الباري ٤/٣٣١.

الثاني: أن (المتبايعان) اسم مشتق من البيع فما لم يوجد البيع لم يجوز أن يشتق منه لأن كل اسم من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد^(١).

الثالث: قال ابن عبد البر: ((وأما قولهم: المتساومان في معنى المتبايعين فلا وجه له، لأنه لا تكون حينئذ في الكلام فائدة ومعلوم أن المتساومين بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يقع الإيجاب بالبيع والعقد والتراضي فكيف يرد الخبر بما لا يفيد فائدة وهذا ما لا يظنه ذو لب على رسول الله ﷺ)^(٢).

سادساً من المناقشات: حمل التفرق على التفرق بالأقوال وقد عهد ذلك شرعاً قال الله تعالى ﴿ثَرْثُ﴾ النساء: ١٣٠. أي بالطلاق وهو تفرق قولي. وأجيب عنه من سبعة أوجه:

الأول: بأنه خلاف الظاهر فإن السابق إلى الفهم: التفرق عن المكان وأيضاً فقد ورد في بعض الروايات ((ما لم يتفرقا عن مكانهما)) وذلك صريح في المقصود^(٣).

الثاني: أنتم تقولون إذا تفرق المصطرفان عن مقامهما الذي تصارفا فيه انتقض الصرف وما لم يتفرقا لم ينتقض. والصرف بيع، فلما التفريق بينهما؟^(٤).

الثالث: أن من المقرر عند أهل العلم أن الراوي أعلم بما روى^(٥) وقد روى هذا الحديث ابن عمر^(٦) وأبي برزة^(٧) وعملوا بمقتضاه^(٨).

الرابع: إن هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه^(٩).

(١) يُنظر: المجموع ١٧٧/٩.

(٢) التمهيد ١٩/١٤.

(٣) يُنظر: إحكام الأحكام ١٠٨/١.

(٤) يُنظر: الأم ٧/٣.

(٥) يُنظر: فتح الباري ٣٣٠/٤.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب كم يجوز الخيار برقم (٢٠٠١).

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين برقم (٣٤٥٧).

(٨) يُنظر: المغني ٧/٤.

(٩) يُنظر: المغني ٧/٤.

الخامس: إنه قال في الحديث^(١): ((إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار)) فجعل لهما الخيار بعد تباعيهما وقال: (وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)^(٢).

السادس: قال ابن حجر: ((ويقال لمن زعم أن التفرق بالكلام ما هو الكلام الذي يقع به التفرق؟، أهو الكلام الذي وقع به العقد؟ أم غيره؟ فإن كان غيره فما هو؟. فليس بين المتعاقدين كلام غيره وأن كان هو ذلك الكلام بعينه لزم أن يكون الكلام الذي اتفقا عليه وتم بيعهما به هو الكلام الذي افترقا به وانفسخ بيعهما به وهذا في غاية الفساد))^(٣).

السابع: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((أبما رجل ابتاع من رجل بيعة فإن كل واحد منهما بالخيار حتى يتفرقا من مكاهما إلا أن يكون صفقة خيار ولا يحل لأحد أن يفارق صاحبه مخافة أن يقليله))^(٤). فقد فسر التفرق هنا بالتفرق من المكان، وإذا ثبت لفظ مكاهم لم يبق للتأويل مجال، وبطل بطلاناً ظاهراً حمله على تفرق الأقوال^(٥).

سابعاً من المناقشات: أن العمل بظاهر حديث (البيعان) متعذر فإنه أثبت الخيار لكل واحد من المتبايعين على صاحبه فالحال لا تخلوا: إما أن يتفقا في الاختيار أو يختلفا فإن اتفقا لم يثبت لواحد منهما على صاحبه خيار وإن اختلفا - بأن اختار أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء - فقد استحال أن يثبت على كل واحد منهما لصاحبه الخيار إذ الجمع بين الفسخ والإمضاء مستحيل لأنه جمع بين النقيضين فيلزم تأويل الحديث^(٦).

وأجيب عنه بأن قيل: لم يثبت ﷺ مطلق الخيار بل أثبت الخيار وسكت عما فيه الخيار

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم (٢٠٠٦).

(٢) يُنظر: المغني ٧/٤.

(٣) فتح الباري ٣٣١/٤.

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب البيوع باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار، السنن الكبرى ٢٧١/٥.

قال ابن الملقن في البدر المنير (١٥٦/٢): ((وهذا إسناد صحيح إلى عمرو بن شعيب على شرط مسلم)).

(٥) يُنظر: سبل السلام ٣٥/٣.

(٦) يُنظر: فتح الباري ٣٣١/٤.

فنحن نحمله على خيار الفسخ فيثبت لكل واحد منهما خيار الفسخ على صاحبه وإن أبي صاحبه ذلك^(١).

ثامناً من المناقشات: ادعاء أنه حديث منسوخ.

إما لأن علماء المدينة أجمعوا على عدم ثبوت خيار المجلس وذلك يدل على النسخ. وإما لحديث ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: ((إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما شاهد استحلّف البائع ثم كان المبتاع بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك))^(٢)، فإنه يقتضي الحاجة إلى اليمينين وذلك يستلزم لزوم العقد فإنه لو ثبت الخيار لكان كافياً في رفع العقد عند الاختلاف وهو ضعيف جداً.

أما النسخ لأجل عمل أهل المدينة: فقد تكلمنا عليه والنسخ لا يثبت بالاحتمال ومجرد المخالفة لا يلزم منه أن يكون للنسخ لجواز أن كون التقديم لدليل آخر راجح في ظنهم عند تعارض الأدلة عندهم.

على أن الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ به كما هو مقرر في علم أصول الفقه^(٣).

وأما حديث اختلاف المتبايعين فالجواب من وجهين:

أحدهما: أن الاستدلال به لا يصح لضعفه.

الثاني: على فرض صحته فيمكن الجمع بينه وبين حديث خيار المجلس فهو مطلق أو عام بالنسبة إلى زمن التفرق وزمن المجلس فيحمل على ما بعد التفرق^(٤)، ويمكن الجمع أيضاً بأن يكون المراد بهذا الحديث فيما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن أو في البيع وحديث خيار المجلس فيما إذا لم يختلف المتبايعان.

وعليه لا حاجة إلى النسخ ومعلوم أن النسخ لا يصار إليه إلا عند الضرورة^(٥).

تاسعاً من المناقشات: حمل الخيار على خيار الشراء أو خيار إلحاق الزيادة بالثمن أو

(١) إحكام الأحكام ١/١٠٨.

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب البيوع باب اختلاف المتبايعين، السنن الكبرى ٥/٣٣٣.

(٣) يُنظر: المحصول ١/٢٢٥.

(٤) يُنظر: إحكام الأحكام ١/١٠٩.

(٥) يُنظر: إعلام الموقعين ٢/١٦.

المثمن وإذا تردد لم يتعين حمله على ما ذكرتموه.

وأجيب عنه: بأن حمله على خيار الفسخ أولى لوجهين:

أحدهما: أن لفظة الخيار قد عهد استعمالها من رسول الله ﷺ في خيار الفسخ كما في حديث ((بالخيار ثلاث ليال))^(١) فالمراد منه خيار الفسخ وحديث المصراة (فهو بالخيار ثلاثاً)^(٢) والمراد خيار الفسخ فيحمل الخيار المذكور ها هنا عليه لأنه لما كان معهوداً من النبي ﷺ كان أظهر في الإرادة^(٣).

الثاني: قيام المانع من إرادة كل واحد من الخيارين أما خيار الشراء؛ فلأن المراد من اسم المتبايعين المتعاقدان والمتعاقدان: من صدر منهما العقد وبعد صدور العقد منهما لا يكون لهما خيار الشراء فضلاً عن أن يكون لهما ذلك إلى أوان التفرق.

وأما خيار إلحاق الزيادة بالثمن أو بالثمن: فلا يمكن الحمل عليه عند من يرى ثبوته مطلقاً أو عدمه مطلقاً لأن ذلك الخيار: إن لم يكن لهما فلا يكون لهما إلى أوان التفرق وإن كان: فيبقى بعد التفرق عن المجلس فكيفما كان لا يكون ذلك الخيار لهما ثابتاً مغياً إلى غاية التفرق والخيار المثبت بالنص ها هنا: هو خيار مغياً إلى غاية التفرق ثم الدليل على أن المراد من الخيار هذا ومن المتبايعين ما ذكر: أن مالكا نسب إلى مخالفة الحديث وذلك لا يصح إلا إذا حمل الخيار والمتبايعان والافتراق على ما ذكر هكذا قال بعض النظار إلا إنه ضعيف فإن نسبة مالك إلى ذلك ليست من كل الأمة ولا أكثرهم^(٤).

عاشراً من المناقشات: أن حديث: (البيعان بالخيار) جاء بألفاظ مختلفة فلا يحتج له.

وأجيب من وجهين:

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب الحجر على من يفسد ماله برقم (٢٣٥٥) .

قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣١/٢) : ((هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق وله شاهد من حديث أنس رواه أصحاب السنن الأربعة)) ، وقال الألباني في السلسلة الصحيحة (٣٧٤/٦) : ((وهذا إسناد حسن رجاله ثقات على الخلاف المعروف في ابن إسحاق، والراجح أنه حسن الحديث إذا صرح بالتحديث)) ، وفي رواية البخاري في تاريخه (١٧/٨) تصريح بسماع ابن إسحاق.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم (٢٠٤١) .

(٣) يُنظر: فتح الباري ٣٣٢/٤.

(٤) يُنظر: إحكام الأحكام ١١٠/١.

أحدهما: أنه وكما تقدم فمن طرق الحديث ما خُرج في الصحيحين، ومعلوم منزلتهما في الصحة.

الثاني: أن الجمع بين ألفاظه ممكن بلا تكلف ولا تعسف فلا يضره الاختلاف وشرط المضطرب _ عند أهل المصطلح _ أن يتعذر الجمع بين ألفاظه^(١)، وهذا الحديث الجمع بين ألفاظه ممكن.

حادي عشر من المناقشات: قال بعضهم: أن المراد بقوله في الحديث ((ما لم يفترقا)) عدم الاتفاق.

وأجيب: أن ما ذكرتم مخالف لما صرح فيه البخاري في صحيحه من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع))^(٢).

(١) يُنظر: التوضيح الأجر ٥٥/١.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم (٢٠٠٦).

الفرع الرابع: ويشتمل على:

أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.

الحكم على القول بنفي خيار المجلس بالشذوذ أعتقد أنه من الصعوبة بمكان ذلك أن هذا القول هو مذهب أبي حنيفة ومالك وهما من هما بالعلم والورع والتقوى، ولهما مآخذ قوية، وأدلة معتبرة وإن كانت لا ترقى إلى رجحانه، فيبقى هذا القول في دائرة الأقوال المعتبرة، ولا يمكن وصمه بالشذوذ.

ثانياً: الترجيح.

الراجح _ والله تعالى أعلم _ هو القول بثبوت خيار المجلس وذلك لما يلي:

- أن أدلة المثبتين نص في إثبات خيار المجلس وهي صحيحة لا يعترض عليها بالضعيف كيف لا وهي في الصحيحين.
- أن أدلة النافين ليست نصاً في المسألة وإنما هي مطلقة تقيد بأحاديث إثبات خيار المجلس، أو تأويلات لا تصلح لمعارضة النص الصريح الصحيح.
- أن الحاجة داعية لخيار المجلس وذلك لإعطاء المتعاقدين فسحة من الوقت للتروي والاختيار لاسيما في هذا الزمن الذي كثرت فيه العقود وعلت مبالغها والشرعية الإسلامية جاءت بما يكفل مصالح البشر.

وقد جاء في تحفة الأحوذى: ((وقد اعترف صاحب التعليق المجدد من الحنفية بأنه أولى الأقوال حيث قال: ولعل المنصف الغير المتعصب يستيقن بعد إحاطة الكلام من الجوانب في هذا البحث أن أولى الأقوال هو ما فهمه الصحابي الجليلان يعني ابن عمر وأبا برزة الأسلمي رضي الله عنهما وفهم الصحابي إن لم يكن حجة لكنه أولى من فهم غيره بلا شبهة وإن كان كل من الأقوال مستند إلى حجة انتهى كلامه))^(١).

(١) تحفة الأحوذى ٣٧٦/٤.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

تظهر ثمرة الخلاف واضحة جلية في فترة المجلس نفسها بعدها بعد التفرق بالكلام (صدور الإيجاب والقبول) قبل التفرق بالأبدان ولم يكن هناك تخير من أحدهما للآخر فعلى القول بإثبات خيار المجلس:

- لا يحق لواحد من المتعاقدين التصرف في المبيع لأنه لم يستقر ملكه بعد.
- يملك كل واحد من المتعاقدين في هذه الفترة فسخ العقد ولو لم يرض صاحبه.

المسألة الثانية: بطلان خيار الشرط بالموت.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

قال ابن عابدين في تعريف خيار الشرط: ((إن خيار الشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت، لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ))^(١). وذلك كأن يقول البائع للمشتري، بعت لك هذا العقار بمائة ألف على أن يكون لي الخيار لمدة ثلاثة أيام، فإذا قبل المشتري هذا الشرط كان للبائع الحق في إمضاء البيع أو فسخه في المدة المشروطة.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعية هذا الشرط مستدلين بما روي عن عبدالله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال رسول الله ﷺ: ((من بايعت فقل: لا خلافة، فكان إذا بايع، يقول: لا خلافة))^(٢)، وغيره من الأحاديث التي تدل على أن الشريعة الإسلامية قد أثبتت خيار الشرط. وقد نقل النووي أن هذا الشرط محل إجماع^(٣).

ثانياً: تصوير المسألة.

إذا تبين أن خيار الشرط مشروع إجماعاً كما نقله النووي فهل يورث الخيار إذا مات من اشترط له الخيار؟ أم لا يورث بمعنى لا ينتقل إلى الورثة. ويترتب على ذلك هل العقد يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته، أم لا يفسخ بفسخ الوارث.

(١) حاشية ابن عابدين ٥٦٧/٤.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب ما يكره من الخدع في البيع برقم (٢٠١١).

(٣) يُنظر: روضة الطالبين ١٠٨/٣.

ثالثًا: تحرير محل النزاع.

أجمع العلماء أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق للآخر حتى تنتهي مدته^(١).
واختلفوا في وفاة من له الخيار فهل يسقط خياره؟ أم ينتقل إلى الورثة؟ وذلك على ما
سيأتين.

(١) يُنظر: المبسوط ٤٢/١٣.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

جاء في المجموع: ((خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت المورث وإلى السيد بموت المكاتب في مدته ولا خلاف في هذا إلا إن الرافعي حكى أن في خيار الشرط قولاً شاذاً أنه يسقط بالموت مخرجاً من خيار المجلس وهذا ضعيف جداً))^(١).

وجاء في روضة الطالبين: ((وحكي قول مخرج من خيار المجلس في خيار الشرط أنه لا يورث وهو شاذ))^(٢).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلتها.

القول بأن موت من شرط له الخيار مسقط لخياره ولا يخلفه فيه وارث سواء كان الخيار لكلا المتعاقدين أو لأحدهما ذهب إليه الحنفية^(٣) وهو قول عند الشافعية^(٤).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله إلى الوارث لأنه وصف لصاحب الخيار، والإرث لا يكون إلا فيما يقبل الانتقال، وإذا لم يمكن انتقاله وتوريثه سقط بموت من شرط له^(٥).

ونوقش بما جاء في المدونة: ((قلت: أرايت الخيار لم جعل مالك ورثته يقومون مقامه وجعل الخيار يورث، وإنما الخيار مشيئة كانت للميت إن شاء أمضى البيع وإن شاء رد، فإذا مات قال مالك: فإذا مات فورثته مكانه في ذلك فورثهم مشيئة كانت للميت، قال: لأنه حق كان للميت فورثته بمثلته في ذلك))^(٦).

(١) المجموع ١٩٥/٩.

(٢) روضة الطالبين ١٠٦/٣.

(٣) يُنظر: البحر الرائق ١٩/٦.

(٤) يُنظر: شرح الوجيز ٢١٧/٨.

(٥) يُنظر: المحيط البرهاني ٦٦٨/٦.

(٦) المدونة ١٧٣/١٠.

الدليل الثاني: أن الخيار حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة^(١).

ونوقش: بأن خيار الأب في رد هبته لا يورث لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة فوجب أن لا تورث لا إلى صفة في العقد^(٢).

الدليل الثالث: أن الخيار ليس من الحقوق المالية التي تنتقل إلى الورثة بالوفاة^(٣). ونوقش بعدم التسليم في ذلك.

الدليل الرابع: أن العقد لا ينتقل إلى الوارث لأنه إنما يورث ما كان قائماً والعقد قد مضى ولا يتصور انتقاله إلى الوارث وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد فإن الملك يثبت ولاية الإقالة لذلك صحت إقالة الموكل مع البائع والعاقده هو الوكيل دون الموكل وإنما يخلفه في الملك الباقي بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشتري ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث فأما مالا يحتمل الانتقال إلى الوارث يورث كملكه في منكوخته وأم ولده^(٤).

الدليل الخامس: أن هذه المدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تبقى بعد موت من هي له^(٥).
الدليل السادس: أن معنى الخيار تخيره بين فسخ وإمضاء، وهو صفة ذاتية كالاختيار، فلم يورث كعلمه وقدرته^(٦).

الدليل السابع: أن الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الإرث لا سبيل إلى الأول؛ لأن الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء، وإثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الوارث يعتمد الباقي بعد موت المورث، وخياره لا يبقى بعد موته؛ لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة، ولا يتصور ذلك

(١) يُنظر: المغني ١٤/٤.

(٢) يُنظر: بداية المجتهد ١٧١/٢.

(٣) يُنظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٩٧/١.

(٤) يُنظر: المبسوط ٤٣/١٣.

(٥) يُنظر: المبسوط ٤٣/١٣.

(٦) يُنظر: الفروع ٦٨/٤.

منه بعد موته، فلا يورث^(١).

الدليل الثامن: أنه خيارٌ يمنع من انتقال الملك، فوجب أن يبطل بالموت كخيار القبول^(٢).

الدليل التاسع: أن الخيار في المبيع ينفي موجب العقد فمنع من جواز التصرف فيه، كما أن الأجل في الثمن ينفي موجب العقد فمنع من جواز تصرف البائع فيه، ثم ثبت أن الأجل يبطل بالموت، فافتضى أن يكون الخيار باطلاً بالموت^(٣).

ونوقش: بأن المعنى في الأجل أن الموت لما أتلّف الذمة التي أثبت فيها الدين المؤجل، أبطل الأجل، لتلف محله، ولم يجوز أن ينتقل الدين بأجله إلى ذمة الوارث، لأن صاحب الدين لم يرض بدمته.

وليس كذلك الخيار: لأنه مستحق في المبيع الموجود بعد الموت، كوجوده قبل الموت، فجاز أن لا يبطل بالموت، ألا ترى أن موت من له الدين لما لم يكن متلفاً للذمة التي يثبت فيها الأجل لم يكن موته مبطلاً للأجل^(٤).

الدليل العاشر: أن الخيار من حقوق العقد، لا من حقوق الملك، والورثة إنما يخلفون الميت في الملك لا في العقد، فوجب أن لا يكون لهم في الخيار حق^(٥).

الدليل الحادي عشر: أن هذا الخيار مستحق بالشرط، فوجب أن يكون مقصوراً على من شرط له، والوارث لم يشترط له الخيار، فوجب أن لا يستحقه^(٦).

ونوقش: بأن ما ذكرتم باطل بالصفة المشروطة في المبيع، وهو أن يتناع عبداً على أنه صانع فيوجد غير صانع، فللوارث الخيار في فسخ البيع لعدم الصفة المستحقة بالشرط وإن كان الشرط لغيره، على أن الخيار حق عليه فلم يصح إعراضه في اختلاف مستحقه

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٢٦٨/٥.

(٢) يُنظر: الحاوي ٥٨/٥.

(٣) يُنظر: الحاوي ٥٨/٥.

(٤) يُنظر: الحاوي ٥٨/٥.

(٥) يُنظر: الحاوي ٥٨/٥.

(٦) يُنظر: الحاوي ٥٨/٥.

كالدين^(١).

(١) يُنظر: الحاوي ٥/٥٩.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن خيار الشرط يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار وإليه ذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) ورواية مخرجة عند الحنابلة اختارها أبو الخطاب^(٣). واستدلوا على هذا بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿بِ ب ب ب ب﴾ النساء: ١٢، وحق خيار الشرط مما ترك فوجب أن يكون للوارث^(٤).

والأصل أن الحقوق والأموال تورث إلا ما قام الدليل على التفريق بين الحق والمال في هذا المعنى^(٥).

الدليل الثاني: أن هذا حق لازم ثبت في عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والتمن وحق الكفالة والرهن^(٦).

الدليل الثالث: القياس على خيار العيب والرهن والأجل فهذه تورث بالاتفاق^(٧). ونوقش: بالفرق فإن خيار العيب موروث لكون المورث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث ففي التحقيق الموروث العين بصفة السلامة من العيوب^(٨).

الدليل الرابع: أنه حق فسخ للبيع فينتقل إلى الوارث كالدرد بالعيب والفسخ بالتحالف^(٩).

(١) يُنظر: التاج والإكليل ٤/٤٢١.

(٢) يُنظر: المجموع ٩/١٩٨.

(٣) يُنظر: الإنصاف ٤/٣٩٣.

(٤) يُنظر: المنتقى ٣/٤٤٦.

(٥) يُنظر: بداية المجتهد ٢/١٧١.

(٦) يُنظر: المجموع ١٢/١٩٣.

(٧) يُنظر: المغني ٤/١٤.

(٨) يُنظر: البحر الرائق ٦/١٩.

(٩) يُنظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٧٧.

الدليل الخامس: أنه معنى يسقط التكليف، فوجب أن لا يقطع الخيار المستحق كالجنون^(١).

الدليل السادس: أن كل خيار لا ينقطع بالجنون لا ينقطع بالموت كخيار العيب^(٢).
الدليل السابع: أن الخيار من حقوق الملك لا من حقوق العقد، بدليل ثبوته بعد تقضي العقد، فوجب إذا انتقل الملك إلى الوارث أن ينتقل إليه بحقوقه كالرهن المشروط في حقه^(٣).

ثانيًا: القول الثالث وأدلته.

القول الثالث: التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أو عدم المطالبة، فإن مات صاحب الخيار دون أن يطالب بحقه في الخيار، بطل الخيار ولم يورث، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه.

فالأصل أن خيار الشرط غير موروث إلا بالمطالبة من المشتري، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا على عدم إرثه إن لم يطالب ببعض أدلة القول الأول، واستثنوا حالة مطالبته به قبل وفاته قياساً على حق الشفعة وحد القذف^(٥).

(١) يُنظر: الحاوي ٥/٥٨.

(٢) يُنظر: الحاوي ٥/٥٨.

(٣) يُنظر: الحاوي ٥/٥٨.

(٤) يُنظر: المغني ٤/١٤.

(٥) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٤١.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد النظر في القول بعدم إرث خيار الشرط ودراسة أدلته يتبين _ والعلم عند الله _ أن الحكم عليه بالشذوذ أمر لا نصيب له من الصحة، لوجاهة بعض تعليقاته، ولا سيما وأن المسألة اجتهادية لا دليل فيها قاطع.

ثانياً: الترجيح.

الراجح _ والله تعالى أعلم _ هو القول الثاني الذي ينص على أن موت من شرط له الخيار لا يعتبر مسقطاً للخيار وإنما ينتقل إلى ورثته بعده، وذلك لأنه حق مالي ينتقل إلى الوارث من جملة حقوق الميت المالية خاصة، وأن الوارث ربما يكون أحرص من المورث على المال لأن المال سوف يؤول إليه فيكون أدري بالأصلح له من فسخ البيع أو إمضائه.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من أبرز ثمرات الخلاف عدم لزوم العقد على القول الراجح، ولزومه على القول بعدم إرث الخيار.

جاء في تحفة الفقهاء: ((وإذا لم يورث الخيار عندنا يسقط ضرورة، فيصير العقد لازماً، لأنه وقع العجز عن الفسخ، فيلزم ضرورة))^(١).

وجاء في فتح القدير: ((إذا مات من له الخيار بطل خياره بائعاً كان أو مشترياً ولم ينتقل إلى ورثته وإذا بطل خياره يلزم البيع، فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته، وإن كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة إن لم يكن قبضه))^(٢).

(١) تحفة الفقهاء ٧٢/٢.

(٢) شرح فتح القدير ٣١٨/٦.

المسألة الثالثة: بطلان خيار كلا المتبايعين إذا اختار أحدهما إمضاء البيع، وقيل: لا يبطل خيار من رضي بالبيع ما لم يرض الآخر.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

الخيار هو طلب خير الأمرين إما إمضاء البيع أو فسخه. والمراد بالخيار في هذه المسألة خيار المجلس كما هو واضح عند من حكم علي هذين القولين بالشذوذ. وعليه فتكون هذه المسألة من ثمرات الخلاف في خيار المجلس فمن لا يقول به كالمالكية^(١) يكون غير داخل في الخلاف في هذه المسألة.

ثانياً: تصوير المسألة.

خيار المجلس ينقطع بأحد الطرق التالية:

أحدهما: التفرق بالأبدان.

الثاني: فسخ العقد، وهو سبب ينتهي به الخيار تبعاً لانتهاء العقد أصلاً، ذلك أن الفسخ هو الذي شرع خيار المجلس لإتاحته، لكنه يأتي على العقد وما بني عليه. الثالث: أن يختار أحد المتبايعين أو كلاهما إمضاء البيع، وهذا السبب هو محل البحث، فإذا اختار أحدهما إمضاء البيع فهل يبطل خياره وخيار صاحبه فلا يحق لأي منهما التراجع؟ أم يبطل خيار القائل فقط؟ أم لا يبطل خيار من رضي بالبيع ما لم يرض الآخر؟ أم لا يبطل خيار أي منهما بحال؟

(١) يُنظر: التاج والإكليل ٤/٤٠٩.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

اتفقوا على أنه لو اجتمع رأي المتبايعين على الإمضاء أو الفسخ فيكون ما اتفقا عليه نافذاً.

واتفقوا على أن الخلاف في البيع إذ لو كان الخلاف في غير البيع مما يلزم حكمه في الحال كالعق، والوقف والتدبير، فيكون ذلك قطعاً لخيار من اختار الإمضاء ورضاً للإمضاء من جهته ويكون خيار الآخر باقياً.

وإنما بطل خيار من اختار الإمضاء: لأن بقاء خياره يمنع من لزوم حكم تصرفه، فلما كان حكم تصرفه لازماً له، أوجب سقوط خياره^(١).

واختلفوا فيما إذا اختار أحد المتبايعين الفسخ أو الإمضاء فهل يكون هذا إسقاط لحقه من الخيار فقط؟ أم إسقاط لحقه وحق صاحبه أيضاً؟ أم لا يعد في هذا إسقاط لحق أي منهما.

(١) يُنظر: الحاوي ٥٠/٥.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

جاء في المجموع: ((المسألة الثالثة: فيما ينقطع به خيار المجلس قال: أصحابنا كل عقد ثبت فيه هذا الخيار حصل انقطاع الخيار فيه بالتخاير ويحصل أيضاً بالتفرق بأبدانهم عن مجلس العقد. أما التخاير فهو أن يقولوا: تخايرنا أو اخترنا إمضاء العقد أو أمضيناه أو أجزناه أو ألزمناه وما أشبهها ولو قال أحدهما: اخترت إمضاءه انقطع خياره وبقي خيار الآخر كما إذا أسقط أحدهما خيار الشرط، وفيه وجه شاذ أنه لا يبقى للآخر خيار أيضاً لأن هذا الخيار لا يتبعض ثبوته ولا يتبعض سقوطه حكاه المتولي وغيره وهو فاسد. وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حسين وإمام الحرمين أنه لا يبطل خيار القائل ولا صاحبه لأن شأن الخيار أن يثبت بهما أو يسقط في حقهما ولا يمكن في حق الساكت فينبغي أن لا يسقط حق القائل أيضاً وهذا الوجه شاذ فاسد))^(١).

ثانياً: تحرير الآراء المحكوم عليها بالشذوذ، ونسبتها، وأدلتها.**أولاً: القول الأول وأدلته.**

القول الأول: بطلان خيار كلا المتبايعين وهو وجه عند الشافعية^(٢).
واستدلوا على ذلك بأن هذا الخيار لا يتبعض ثبوته ولا يتبعض سقوطه فوجب أن يبطل خيار كلا المتبايعين^(٣).

ثانياً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: عدم بطلان خيار من رضي بالعقد ما لم يرض الآخر، وهو اختيار القاضي حسين وإمام الحرمين من الشافعية^(٤).

(١) المجموع ١٦٩/٩.

(٢) يُنظر: روضة الطالبين ١٠٤/٣.

(٣) يُنظر: شرح الوجيز ٣٠٢/٨.

(٤) يُنظر: المجموع ١٧٠/٩.

واستدلوا على ذلك بأن شأن الخيار أن يثبت بهما أو يسقط في حقهما ولا يمكن في حق الساكت فينبغي أن لا يسقط حق القائل أيضاً^(١).

(١) يُنظر: المجموع ١٧٠/٩.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثالث وأدلته.

القول الثالث: سقوط خيار القائل فقط، وهو قول الحنفية^(١) والأصح عند الشافعية^(٢) والمذهب عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتباعاً على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تباعاً ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع))^(٤) أي لزم.

الدليل الثاني: أن القائل جعل الخيار لغيره فلم يبق له شيء^(٥).

الدليل الثالث: أن خيار الساكت بحاله لا يبطل لأنه لم يوجد منه ما يبطله^(٦).

الدليل الرابع: قياساً على ما لو اختار قطع ذلك في خيار الشرط^(٧).

ونوقش: بأن خيار الثلاث يجوز ثبوته لأحدهما دون الآخر^(٨).

ثانياً: القول الرابع وأدلته.

القول الرابع: أن البيعان بالخيار أبداً قالاً هذا القول أو لم يقلوا حتى يتفرقا بأبداًهما من مكانهما وهذا رواية عند الحنابلة^(٩).

(١) يُنظر: المبسوط ٩٨/٢٤.

(٢) يُنظر: روضة الطالبين ١٠٤/٣، شرح الوجيز ٣٠٢/٨.

(٣) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٣٦/٢، الشرح الكبير ٦٥/٤.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين برقم (٣٩٣٤).

(٥) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٣٦/٢.

(٦) يُنظر: الكافي ٤٤/٢.

(٧) يُنظر: الحاوي ٥١/٥.

(٨) يُنظر: الحاوي ٥١/٥.

(٩) يُنظر: الشرح الكبير ٧٢/٤.

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: للاختلاف في اللفظ الزائد في الحديث.

الدليل الثاني: عموم قوله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا))^(١).

وأكثر الروايات عن النبي ﷺ ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)) من غير تقييد ولا تخصيص في رواية حكيم بن حزام وأبي برزة وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمرو والتقييد إنما هو في حديث ابن عمر ومتى انفرد بعض الرواة بزيادة قدم قول الأكثرين وذوي الضبط^(٢).

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب كم يجوز الخيار برقم (٢٠٠٢) ، ومسلم في كتاب البيوع باب الصدق في

البيع والبيان برقم (٣٩٣٧) .

(٢) يُنظر: الشرح الكبير ٧٢/٤ .

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

مما يظهر بعد دراسة القولين المحكوم عليهما بالشذوذ أنه لعدم وجود أدلة معتبرة لهما مع مخالفتهما النص الثابت في ذلك فيصح وصمهما بالشذوذ والله تعالى أعلم.

ثانياً: الترجيح.

بعد النظر في الأقوال وأدلتها يتضح لنا أن القول الراجح هو القول بسقوط خيار القائل فقط وذلك لقوة أدلتهم ولأن عدم سقوط خيار القائل فيه إبطال كلامه من فائدة وهذا غير سائغ وفي إلزام الساكت بقول القائل إبطال لفائدة التخاير بالنسبة للساكت.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من ثمرات الخلاف في هذه المسألة ما يلي:

- ما قاله الشافعي: ((ولو باع رجل ماشيته قبل الحول أو بادل بها على أن البائع بالخيار وقبضها المشتري فحال عليها حول البائع في يد المشتري أو لم يبيعها حتى حال عليها حول في يده ثم اختار البائع رد البيع كانت عليه فيها صدقة لأنها لم تخرج من ملكه قبل الحول ولو اختار إمضاء البيع بعد حولها وجبت أيضاً عليه فيها صدقة لأنها لم تخرج من ملكه إلا بعد الحول))^(١).

- أنه على القول ببطلان خيار كلا المتبايعين فيملك المبيع للمشتري في حال إمضاء القائل البيع وعلى الأقوال الأخرى لا يملك المبيع للمشتري ما لم يصدر الرضا من الطرفين.

(١) الأم ٢٦/٢.

المسألة الرابعة: صحة العقد إذا قال بعثك أحد عبيدي الثلاثة على أن تختار منهم في ثلاثة أيام أو أقل.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيدي.

هذه المسألة داخلة تحت ما يسمى عند الفقهاء بخيار التعيين أو خيار التمييز وعند المالكية يسمى ببيع الاختيار^(١) ويعبر عنه بعض المصنفين بالتعبير المسهب دون تسميته.

ثانياً: تصوير المسألة.

مسألة صحة العقد إذا قال بعثك أحد عبيدي الثلاثة على أن تختار منهم في ثلاثة أيام أو أقل داخلة تحت ما إذا كان البيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه والبحث ينصب على المسألة المعنون لها.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

اتفقوا على أنه إذا قال البائع: بعثك عبداً من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت فإن ذلك لا يجوز اتفاقاً^(٢).
واختلفوا فيما إذا قال البائع للمشتري: بعثك أحد عبيدي الثلاثة على أن تختار منهم في ثلاثة أيام أو أقل هل يصح هذا العقد أم لا؟.

(١) يُنظر: حاشية الدسوقي ٤٥٦/١١.

(٢) يُنظر: شرح فتح القدير ٣٢٥/٦.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

قال النووي: ((وحكي في التتمة قولاً قديماً أنه لو قال: بعتك أحد عبيدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام أو أقل صح العقد وهذا شاذ ضعيف))^(١).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بصحة العقد إذا قال بعتك أحد عبيدي الثلاثة على أن تختار منهم في ثلاثة أيام أو أقل، هو قول الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) وحكاه المتولي قولاً قديماً للشافعية^(٤)، وهو اختيار أبو الخطاب من الحنابلة فيما إذا تساوت قيمتهم^(٥).

واشترط بعض الحنفية أن يكون الاختيار في ثلاثة أيام وما دون وهذا مبني على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط^(٦).

وخالف آخرون فأجازوا الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً^(٧). وذكر قاضيخان^(٨) أن الاشتراط قول الأكثر^(٩).

ونازع في اشتراط التوقيت الزيلعي^(١٠) ومعه آخرون.

(١) روضة الطالبين ٢٨/٣.

(٢) يُنظر: بدائع الصنائع ٢٦١/٥.

(٣) يُنظر: الشرح الكبير ٥٨/٣.

(٤) يُنظر: المجموع ٢٧٣/٩.

(٥) يُنظر: الإنصاف ٣٠٢/٤.

(٦) يُنظر: البحر الرائق ٢٥/٦.

(٧) يُنظر: بدائع الصنائع ١٥٨/٥.

(٨) حسن بن منصور بن محمود الأوزجيني المشهور بقاضيخان. من كبار فقهاء الحنفية في المشرق، من كتبه الفتاوى والأُمالي. ينظر ترجمته في: الجواهر المضية [٢٠٥/١]، الفوائد البهية [٦٤].

(٩) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٥٨٦/٤.

(١٠) عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، أبو محمد، جمال الدين: فقيه عالم بالحديث حنفي. أصله من الزيلع (في الصومال). من كتبه: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، وتخريج أحاديث الكشف. توفي بالقاهرة سنة

قال الزيلعي: ((إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك؛ لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت، ولا يمكن تعينه بمضي الوقت بدون تعينه فلا فائدة لشرط ذلك، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه))^(١).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: عدم الغرر بذلك لأن المشتري لا يختار إلا الجيد والبائع داخل على ذلك فلا غرر^(٢).

الدليل الثاني: القياس على خيار الشرط وبيان ذلك بأن الخيار شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق برأيه أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالشراء كي لا يبقى أمانة في يده فكان في معنى خيار الشرط^(٣).

الدليل الثالث: أن الناس تعاملوا بهذا البيع لحاجتهم إلى ذلك فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء فيحتاج إلى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي^(٤).

الدليل الرابع: أن الشرع أثبت الخيار في هذه المدة بين العوضين ليختار هذه الفسخ أو هذا الإمضاء فجازاً أن يثبت له الخيار بين عبيدين وكما تتقدر نهاية الاختيار بثلاث تتقدر نهاية ما يتخير به من الأعيان بثلاثة^(٥).

٧٦٢هـ. ينظر ترجمته في: البدر الطالع: [٤٠٢/١] ، حسن المحاضرة: [٢٠٣/١] .

(١) تبين الحقائق ٢١/٤.

(٢) يُنظر: منح الجليل ١٠/٤٣.

(٣) يُنظر: تبين الحقائق ٢١/٤.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٧.

(٥) يُنظر: شرح الوجيز ٨/١٣٤.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلتها.

القول الثاني: عدم صحة هذا العقد، وهذا رأي زفر من الحنفية^(١) والمذهب عند الشافعية^(٢) ومذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن المبيع مجهول؛ لأنه باع أحدهما وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع^(٤).

ونوقش من وجهين:

الأول: بالمنع من وجود الجهالة وذلك لأنه إذا شرط الخيار بأن قال: على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال، والمعقود عليه عند اختياره معلوم^(٥).

الثاني: بالتسليم ولكن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز^(٦).

الدليل الثاني: القياس على ما إذا زاد العبيد علي ثلاثة ولم يجعل له الاختيار ولو زاده على الثلاث أو فرض ذلك في الثياب والدواب وغير العبيد من الأعيان وعلى النكاح فإنه لو

(١) يُنظر: شرح فتح القدير ٣٢٥/٦. وزفر هو: زُفر بن الهذيل بن قيس العنبري. من تميم، أبو الهذيل. فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة. أصله من أصبهان، أقام بالبصرة وولي قضاءها. وتوفي بها سنة ١٥٨ هـ. كان من أصحاب الحديث فغلب عليه الرأي، وهو قياس الحنفية. ينظر ترجمته في: الجواهر المضئية: [٢٤٣/١]، شذرات الذهب: [٢٤٣/١].

(٢) يُنظر: شرح الوجيز ١٣٤/٨.

(٣) يُنظر: الإنصاف ٣٠٢/٤.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٥.

(٥) يُنظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٥.

(٦) يُنظر: البحر الرائق ٢٣/٦.

- قال: أنكحتك إحدى ابنتي لا يصح النكاح^(١).
 الدليل الثالث: أن العقد لم يجد موردًا يتأثر به في الحال^(٢).
 الدليل الرابع: أنه غرر وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(٣).

ثانيًا: القول الثالث، وأدلتة.

القول الثالث: صحة البيع إن كانت قيمتهم متساوية، وهذا اختيار أبي الخطاب من الحنابلة^(٤).

واستدل له بأن هذا لا يؤدي إلى الغرر ومعه تنتفي الجهالة.
 قال المرداوي: ((هذا كالمتعذر وجوده))^(٥).

(١) يُنظر: شرح الوجيز ١٣٤/٨.

(٢) يُنظر: أسنى المطالب ٢٦٢/٢.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر برقم (٣٨٨١) . .

(٤) يُنظر: الإنصاف ٣٠٢/٤.

(٥) الإنصاف ٣٠٢/٤.

الفرع الرابع: ويشتمل على:

أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.

من خلال دراسة القول بصحة العقد إذا قال: بعثك أحد عبيدي الثلاثة على أن تختار منهم في ثلاثة أيام أو أقل يتبين أن القول بشذوذه لا يسنده دليل معتبر لاسيما وأن هذا القول هو المعتمد في المذهبين الحنفي والمالكي كما أنه معتضد بأدلة معتبرة.

ثانياً: الترجيح.

بعد النظر في الأقوال ودراسة الأدلة يتبين أن الراجح - والله تعالى أعلم - هو القول بصحة العقد وذلك لأن الغرر فيه يسير وهو مغتفر في الشريعة إضافة لحاجة الناس إليه في تعاملاتهم خاصة في هذه الأزمان.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من ثمرات الخلاف ما يلي:

على القول بعدم الصحة فإن البيع باطل. جاء في المجموع: ((قال أصحابنا: لا يجوز بيع عين مجهولة فلو قال: بعثك أحد عبيدي أو أحد عبيدي هذين أو شاة من هذا القطيع أو هاتين الشاتين أو ثوبا من هؤلاء أو من هذين أو ما أشبه ذلك فالبيع باطل))^(١).

- على القول بالصحة فيلزم المشتري ثلث القيمة إذا ادعى ضياع العبيد أو أحدها، أو مضت مدة الاختيار. قال الدسوقي^(٢): ((وفي بيع الاختيار فقط إن ادعى ضياعهما معاً، أو ادعى ضياع أحدهما، أو مضت مدة الاختيار ولم يختار لزمه النصف من كل منهما بكل الثمن))^(٣).

(١) المجموع ٢٧٣/٩.

(٢) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: من علماء العربية. من أهل دسوق بمصر. تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٣٠هـ. كان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها: الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، وحاشية على

مغني اللبيب، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، وحاشية على السعد التفتازاني. ينظر ترجمته في:

تاريخ الجبرتي: [٢٣١/٤] الأعلام: [٤١٧/٦].

(٣) حاشية الدسوقي ١٠٦/٣.

-على القول بالصحة، فإن مات العبيد أو أحدهم بعد قبض المشتري لهم ضمن ثلث قيمة كل واحد منهم. جاء في حاشية ابن عابدين: ((فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، وإن مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر))^(١).

-على القول بالصحة يبطل البيع بهلاك العبيد قبل التسليم ولا يبطل بهلاك بعضهم مع بقاء البعض الآخر. جاء في بدائع الصنائع: ((ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع؛ لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه، ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل، والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك، ولكن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك؛ لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار؛ لأن المالك إذا لم يعين المبيع كان المبيع أحد الباقيين فكان له أن يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء، ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع؛ لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم))^(٢).

وقال الكاساني أيضاً: ((و لو هلكا جميعاً قبل القبض فلا يخلو إما إن هلكا على التعاقب وإما إن هلكا معاً إن هلكا على التعاقب فالأول يهلك مبيعاً والآخر أمانة لما ذكرنا وإن هلكا معاً لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعاً ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب الهلاك فإن كان ثمنها متساوياً فلا فائدة في هذا الاختلاف لأن لأيهما هلك أولاً فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف وإن كان متفاوتاً بأن كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمناً وادعى المشتري هلاك أقلهما ثمناً كان أبو يوسف أولاً يقول يتحالفان وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وإن حلفا جميعاً يجعل كأتهما هلكا معاً ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال: القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لأنهما اتفقا على أصل الدين واختلفا في قدره))^(٣).

(١) حاشية الدر المختار ٥٨٥/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٢٦١/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٢٦٢/٥.

-وعلى القول بالصحة فتصرف البائع في أحد العبيد موقوف إلى ما بعد تحديد ما يقع عليه البيع من قبل المشتري جاء رد المختار: ((و لو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ الاستبراء))^(١).

-وعلى القول بالصحة أيضاً فإذا تعيب العبيد أو أحدهم كان الحكم على ما جاء في البدائع: ((لو تعيب أحدهما فإن كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالة ولا ضرورة إلى التعيين أيضاً لإمكان الرد والمشتري على خياره وإن شاء أخذ المعيب منهما وإن شاء أخذ الآخر وإن شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلاً فإن أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل وكذلك لو تعيبا جميعاً فالمشتري على خيار لما قلنا وإن كان بعد القبض تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة كما إذا هلك أحدهما بعد القبض لأن تعيب المبيع هلاك بعضه؛ فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين فكذا في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع، ولو تعيبا جميعاً فإن كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة وإن تعيبا معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط))^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٢٦٢/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٢/٥.

المسألة الخامسة: المصرة ليس له ردها.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

المصرة هي الناقة أو البقرة أو الشاة يصرى اللبن في ضرعها أي يجمع ويحبس، يقال منه صريت الماء وصريته، وقيل: صرت الناقة تصري من الصري وهو جمع اللبن في الضرع وصریت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها والشاة مصرة^(١). فالمصرة من التصرية وهي: جمع اللبن وحبسه في ضرع الحيوان بفعل البائع ليكبر الضرع فيغتر المشتري بذلك ويشترها ظناً منه أن عظم الضرع لسبب كثرة اللبن طبيعية^(٢).

ثانياً: تصوير المسألة.

إذا اشترى رجل شاة أو ناقة مصرة بأن ظنها لبوناً فوجدها قد ربط ضرعها أو فعل بها عمل أدى إلى اجتماع لبنها فلما حلبها اتضح له الأمر ولم يشترط المشتري أن له الخيار ثلاثاً فهل يجوز له رد المصرة أم يجب عليه إمساكها وأخذ النقص من البائع.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

لا خلاف بين العلماء أن تصرية الحيوان غش وخديعة وتدليس، وأنها محرمة شرعاً لقصد البيع لأن نقصان اللبن يعتبر عيباً^(٣). ولا خلاف بينهم أيضاً أن البيع إذا وقع فإنه يكون صحيحاً ولا يكون باطلاً^(٤)، قال

(١) يُنظر: لسان العرب ٤٥٧/١٤. مادة (صري).

(٢) يُنظر: الفقه على المذاهب الأربعة ١٤٧/٢.

(٣) يُنظر: الموسوعة الفقهية ٢٦٠/١١، حاشية ابن عابدين ٤٤/٥.

(٤) ولا تناقض في كون البيع محرماً مع كونه صحيحاً، ذلك لأن النهي لم يرد على العقد لذاته ولا لوصفه الملازم بل النهي وارد على التصرية أي لما فيها من الغش والتدليس وهو وصف مجاور وليس بملازم، هذا عند من يفرق بين الوصف المجاور عن غيره.

أما من لم يفرق، فيرى أن النهي يقتضي البطلان مطلقاً فالصارف عن البطلان هنا هو تصريح النص بثبوت الخيار للمشتري في المصرة وذلك قرينة صارفة للنهي عن مقتضاه الذي هو البطلان إلى خلافه لدلالة النص على ذلك.

ابن عبد البر: ((وفيه - الحديث - دليل على أن بيع المعيب بيعاً يقع صحيحاً بدليل التخيير فيه لأنه إن رضي المبتاع بالمعيب جاز ذلك ولو كان بيع المعيب فاسداً أو حراماً لم يصح الرضا به وهذا أصل مجتمعة عليه))^(١).

ولا خلاف أيضاً في أن للمشتري رد المصراة إذا شرط لنفسه الخيار ثلاثة أيام جاء في المبسوط: ((بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين ثلاثة أيام)) وفي رواية: ((بخير النظرين)) ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع، والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام، وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار. . . . وأما إذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردّها بسبب التحفيل عندنا))^(٢).

وإنما وقع الخلاف بينهم في حكم بيعها إذا وقع بدون شرط خيار، هل للمشتري الخيار في إمساكها بكل الثمن أو ردها؟ لوجود العيب؟ أو لا خيار له، وإنما يرجع بنقصان العيب فقط وليس له حق الرد؟

(١) الاستذكار ٥٣٣/٦.

(٢) المبسوط ٣٨/١٣. وقد شنع عليهم ابن حزم قولهم هذا في الاحتجاج بالحديث على خيار الشرط وعدم الاحتجاج به على رد المصراة. يُنظر: المحلى ٣٧٢/٨.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

قال ابن المنذر: ((وأجمعوا على أن من حلب المصرة فهو بالخيار إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر وانفرد أبو يوسف وابن أبي ليلى^(١) فقالا: يردها مع قيمة اللبن، وشذ النعمان فقال: ليس له ردها ولا يستطيع رد ما أخذ منها))^(٢).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بأن المصرة ليس للبائع ردها، وإنما يرجع بنقصان عيبها فقط كما في رواية الكرخي^(٣) وعلى رواية الأسرار لا يرجع بشيء^(٤) والمختار عندهم الأولى^(٥) وهو قول أبي حنيفة^(٦) وروى أشهب عن مالك نحو ذلك^(٧). واستدلوا على هذا بالأدلة التالية:

(١) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية ثم لبني العباس. له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره. مات بالكوفة سنة ١٤٨هـ. ينظر ترجمته في: وفيات الأعيان: [٤٥٢/١] ميزان الاعتدال: [٨٧/٣].

(٢) الإجماع ٩١.

(٣) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٤٤/٥. والكرخي هو عبيد الله بن الحسين الكرخي، أبو الحسن: فقيه حنفي. مولده في الكرخ، وفاته ببغداد سنة ٣٤٠هـ. له رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، وشرح الجامع الصغير والكبير. ينظر ترجمته في: الجواهر المضية: [٤٩٣/٢] الأعلام: [٩٣/٤].

(٤) يُنظر: المبسوط ٣٨/١٣، حاشية ابن عابدين ٤٤/٥.

(٥) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٤٤/٥.

(٦) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٤٤/٥.

(٧) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٠٢/١٨: ((ذكر العتي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله ﷺ ((من ابتاع مصرة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)) فقال: قد سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما أعلف وضمن. قيل له: نراك تضعف الحديث فقال: كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته. قال أبو عمر: هذه رواية منكرة والصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم. . . وهي أنه قيل له يأخذ مالك بهذا الحديث فقال: قلت لمالك: أتأخذ بهذا الحديث؟ قال: نعم. وقال مالك: أو لأحد في هذا الحديث رأي؟!))

الدليل الأول: أن راوي الحديث الذي هو أبو هريرة ليس بفقهاء فلا يؤخذ بما رواه مخالفاً للقياس الجلي^(١).

ونوقش هذا الدليل من وجوه:

الأول: أن أبا حنيفة قد ترك القياس الجلي لرواية أبي هريرة وأمثاله كما في الوضوء بنبذ التمر^(٢) ومن نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة^(٣) وهما خبران ضعيفان عند أهل المعرفة بالحديث^(٤).

الثاني: أن ابن مسعود رضي الله عنه قد أفتى بذلك كما جاء في صحيح البخاري أنه قال: ((من اشترى محفلة فردها فليرد معها صاعاً من تمر))^(٥)، ولا خلاف في فقه ابن مسعود.

الثالث: قال شيخ الإسلام في الرد على هذه الشبهة: ((أن الصحابة كانوا يرجعون في

(١) يُنظر: المبسوط ٣٨/١٣، العرف الشذي ٣٣/٣.

(٢) حديث الوضوء بالنبذ أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة باب الوضوء بالنبذ برقم (٨٤) والترمذي في كتاب الطهارة، باب ما جاء في الوضوء بالنبذ برقم (٨٨)، وابن ماجه كتاب الطهارة، باب الوضوء بالنبذ برقم (٣٨٤)، وأخرجه الإمام أحمد في عدة مواضع من المسند ١/٣٩٨، وغيره كلهم رَوَوْه عن طريق أبي فزارة عن أبي زيد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له ليلة الجن: ما في أدواتك قال: نبيذ قال: ((تمر طيبة وماء طهور)).

(٣) أما حديث القهقهة فقد رواه الدارقطني بأسانيد لم يصح منها شيء ذكر ذلك الدارقطني ١٧٥/٢. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٢١٤/١): ((روى ابن عدي عن أحمد بن حنبل قال: ليس في الضحك حديث صحيح وحديث الأعمى الذي وقع في البئر مداره على أبي العالية وقد اضطرب فيه عليه)) يُنظر: التلخيص الحبير: ٢١٤/١.

(٤) يُنظر: فتح الباري ٣٦٥/٤، وقال الترمذي في السنن (١٤٧/١): ((وإنما يروى هذا الحديث عن أبي زيد عن عبد الله عن النبي ﷺ وأبو زيد رجلٌ مجهول عند أهل الحديث لا تعرف له رواية غير هذا الحديث))، وقال الحافظ الزيلعي في نصب الراية (١٣٧/١): ((قال ابن حبان في الضعفاء: أبو زيد شيخ يروي عن أبو مسعود ليس يدري من هو ولا أبوه ولا بلده ومن كان بهذا النعت ثم لم يرو إلا خبراً واحداً خالف فيه الكتاب والسنة والإجماع والقياس استحق مجانبته ما رواه))، وقال الحافظ ابن حجر في الفتح (٣٥٤/١): ((وهذا الحديث أطبق علماء السلف على تضعيفه))، وقد ثبت في صحيح مسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: ((لم أكن ليلة الجن مع رسول الله ﷺ وددت أني كنت معه)) صحيح مسلم كتاب الصلاة باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن برقم (١٠٣٨).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل بالإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم (٢٠٤٢).

مسائل الفقه إلى من هو دون أبي هريرة في الفقه كما رجع عمر بن الخطاب إلى حمل بن مالك^(١) وغيره في دية الجنين وكما رجع عثمان بن عفان إلى الفريعة بنت مالك^(٢) في لزوم المتوفى عنها لمثل الوفاة وكما رجع عمر بن الخطاب وغيره في توريث المرأة من دية زوجها إلى الضحاك بن سفيان الكلابي^(٣) وكما رجع زيد بن ثابت وغيره إلى امرأة من الأنصار في سقوط طواف الوداع عن الحائض^(٤).

الرابع: أن جميع علماء الأمة عملت بحديث أبي هريرة فيما يخالف القياس والظاهر كما عملوا جميعهم بحديثه عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها))^(٥) وعمل أبو حنيفة مع الشافعي وأحمد وغيرهما بحديثه عن النبي ﷺ: ((من أكل أو شرب ناسياً فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه))^(٦) مع أن القياس عند أبي حنيفة أنه يفطر فترك القياس لحديث أبي هريرة^(٧).

الخامس: أن أبا هريرة لم ينفرد بهذا الأصل^(٨).

ولو سلم ما ادعوه من أنه ليس كغيره في الفقه لم يكن ذلك قادحاً في الذي يتفرد به

(١) حمل بن مالك بن النابغة الهذلي، أبو نضلة، صحابي. نزل البصرة. له ذكر في الصحيحين. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [٥٢/٢] تقريب التهذيب: [١٨١].

(٢) الفريعة بنت مالك بن سنان الأنصارية، أخت أبي سعيد الخدري، صحابية. لها حديث قضى به عثمان، ويقال لها الفارعة. ينظر ترجمتها في: تهذيب التهذيب: [٣٩٥/١٢] تقريب التهذيب: [٧٥٢].

(٣) الضحاك بن سفيان الكلابي: أبو سعيد صحابي شجاع. كان نازلاً بنجد، وولاه النبي ﷺ على من أسلم هناك من قومه، ثم اتخذه سيافاً، فكان يقوم على رأس النبي ﷺ متوشحاً بسيفه. كانوا يعدونه بمائة فارس. استشهد في قتال أهل الردة من بني سليم في سنة ١١هـ. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [٣٦/٣] الروض الأنف: [٢٩٥/٢].

(٤) مجموع الفتاوى ٥٣٦/٤.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب لا تنكح المرأة على عمتها برقم (٤٨١٩)، ومسلم في كتاب النكاح باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها برقم (٣٥٠٦).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الصوم باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً برقم (١٨٣١).

(٧) يُنظر: مجموع الفتاوى ٥٣٤/٤.

(٨) فقد أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر وأخرجه الطبراني من وجه آخر عنه، وأبو يعلى من حديث أنس، وأخرجه البيهقي في الخلافيات عن عمرو بن عوف المزني وأخرجه أحمد من رواية رجل من الصحابة لم يسم.

لأن كثيراً من الشريعة بل أكثرها وارد من غير طريق المشهورين بالفقه من الصحابة فاطراح حديث أبي هريرة يستلزم اطراح شطر الدين^(١).

قال الحافظ ابن حجر تعليقاً على هذا التهمة: ((وهو كلام آذى قائله به نفسه وفي حكايته غنى عن تكلف الرد عليه))^(٢).

قال العيني: ((قال ابن عبد البر: هذا الحديث مجمع على صحته وثبوته من جهة النقل))^(٣).

هذا وقد اختص أبو هريرة رضي الله عنه بمزيد الحفظ لدعاء رسول الله ﷺ له^(٤).

الدليل الثاني: أن الحديث مضطرب لذكر التمر فيه تارة^(٥) والطعام أخرى^(٦) واعتباره بالصاع تارة^(٧) وبالمثل أو المثلين تارة^(٨) وبالإناء^(٩) أخرى^(١٠).

ونوقش هذا الدليل بأن الطرق الصحيحة لا اختلاف فيها، والضعيف لا يعمل به الصحيح^(١١).

(١) يُنظر: نيل الأوطار ٣٣٠/٥.

(٢) فتح الباري ٣٦٥/٤.

(٣) عمدة القاري ٤٩٥/١٧.

(٤) وهو قول أبي هريرة رضي الله عنه: يا رسول الله إني أسمع منك حديثاً كثيراً أنساه قال: ((إبسط رداءك)) فبسطه قال فغرف بيديه ثم قال: ((ضمه)) فضمته فما نسيت شيئاً بعده. أخرجه البخاري في كتاب العلم باب حفظ العلم برقم (١١٩).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم (٢٠٤٢).

(٦) أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب حكم بيع المصرة برقم (٣٩٠٩).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم (٢٠٤٢).

(٨) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب من اشترى مصرة فكرهها برقم (٣٤٤٦).

قال البيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/٥): ((تفرد به جميع بن عمير قال البخاري: فيه نظر))، وقال ابن الملقن في

البدر المنير (٥٥١/٦): ((وإسناده متمسك بسبب جميع بن عمير الليثي، فإنه من المختلف فيهم))، وقال ابن

حجر في الفتح (٣٦٤/٤): ((في إسناده ضعف وقد قال بن قدامة: أنه متروك الظاهر بالاتفاق)).

(٩) أخرجه أحمد في المسند ٤٩٢/١٢.

(١٠) يُنظر: عمدة القاري ٤٩٠/١٧.

(١١) يُنظر: تحفة الأحوذى ٣٨٢/٤.

الدليل الثالث: أن الحديث وإن وقع بنقل العدل الضابط عن مثله إلى قائله لا بد في اعتباره أن يكون غير شاذ ولا معلول وهذا معلول لأنه يخالف عموم الكتاب كقوله تعالى: ﴿وَوَيْبُ يَبٍ﴾ النحل: ١٢٦، فيتوقف عن العمل بظاهره^(١).

ونوقش: بأنه من ضمان المتلفات لا العقوبات والمتلفات تضمن بالمثل وغير المثل^(٢). ثم إن الآية عامة وهذه قضية خاصة والخاص مقدم على العام^(٣).

الدليل الرابع: أن الحديث منسوخ.

ونوقش هذا الدليل من وجوه:

الأول: أن النسخ لا يثبت بالاحتمال.

الثاني: اختلاف مدعي النسخ في النسخ على آراء متعددة:

أ- قيل أن النسخ حديث النهي عن بيع الدين بالدين^(٤) وقالوا: ووجه الدلالة منه أن ابن المصراة يصير دينًا في ذمة المشتري فإذا ألزم بصاع من تمر نسيئة صار دينًا بدين^(٥).

ونوقش: بأن الحديث ضعيف باتفاق المحدثين كما ذكر ذلك ابن حجر^(٦) وعلى التزل فالتمر إنما شرع في مقابل الحلب سواء كان اللبن موجودًا أو غير موجود فلم يتعين في كونه

(١) يُنظر: عمدة القاري ٤٩٠/١٧.

(٢) يُنظر: فتح الباري ٣٦٥/٤.

(٣) يُنظر: طرح الشريب ٢٧٨/٦.

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين السنن ٢٩٠/٥، والحاكم في المستدرک ٦٥/٢.

وقال الحاكم في المستدرک (٦٥/٢): ((هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه))، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٥٦٨/٦): ((ومن هذا يتبين وهم الحاكم في حكمه على هذا الحديث بأنه على شرط مسلم حيث ظن أن راويه موسى بن عقبة))، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية (٦٠١/٢): ((قال أحمد: وليس في هذا حديث صحيح))، وقال النووي في المجموع (٤٠٠/٩): ((حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ رواه الدارقطني والبيهقي بإسناد ضعيف مداره على موسى بن عبيدة الزيدي وهو ضعيف)).

(٥) يُنظر: شرح معاني الآثار ٢٧٩/٦.

(٦) يُنظر: فتح الباري ٣٦٥/٤، جاء في طرح الشريب (٢٨٠/٦): ((وذلك الحديث لو كان يصرح بنسخ حديث المصراة لم يكن فيه حجة؛ لأنه من رواية موسى بن عبيدة الزيدي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر وموسى هو ضعيف عند أهل العلم بالحديث كيف وليس في حديثه مما يوهم قائل هذا شيء والله المستعان))

من الدين بالدين^(١).

ب - وقيل ناسخه حديث الخراج بالضمان^(٢) وهو حديث أخرجه أصحاب السنن عن عائشة ووجه الدلالة منه أن اللبن فضلة من فضلات الشاة ولو هلك لكان من ضمان المشتري فكذلك فضلاتها تكون له فكيف يغرم بدلها للبائع^(٣).

ونوقش: بأن حديث المصرة أصح منه باتفاق أهل العلم فكيف يقدم المرجوح على الراجح^(٤) ودعوى كونه بعده لا دليل عليها^(٥).

وعلى التزل فالمشتري لم يؤمر بغرامة ما حدث في ملكه بل بغرامة اللبن الذي ورد عليه العقد ولم يدخل في العقد فليس بين الحديثين على هذا تعارض^(٦).

ج - وقيل ناسخه الأحاديث الواردة في رفع العقوبة بالمال وقد كانت مشروعة قبل ذلك كما في حديث هز بن حكيم^(٧) عن أبيه عن جده في مانع الزكاة فإننا أخذوها وشطر ماله^(٨) وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في الذي يسرق من الجرين يغرم مثليه^(٩).

(١) يُنظر: فتح الباري ٤/٣٦٥.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً برقم (٣٥٠٨) ، والترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً برقم (١٢٨٥) ، والنسائي في كتاب البيوع باب الخراج بالضمان برقم (٤٤٩٠) ، وابن ماجة في كتاب التجارات باب الخراج بالضمان برقم (٢٢٣٤) .

قال الترمذي في السنن (٥٨١/٣) : ((هذا حديث حسن صحيح)) ، وقال أبو داود في السنن (٣٠٧/٢) : ((هذا إسناد ليس بذلك)) ، وقال ابن حجر في التلخيص (٥٤/٣) : ((صححه ابن القطان)) ، وقال ابن حزم في المحلى (٢٥٠/٥) : ((خير لا يصح، لأن راويه مخلد بن خفاف، وهو مجهول)) ، وحسنه الألباني بشواهده كما في الإرواء (١٦٠/٥) .

(٣) يُنظر: فتح الباري ٤/٣٦٤.

(٤) يُنظر: مجموع الفتاوى ٥٥٧/٢٠.

(٥) يُنظر: فتح الباري ٤/٣٦٤.

(٦) يُنظر: فتح الباري ٤/٣٦٤.

(٧) هز بن حكيم بن معاوية القشيري، أبو عبد الملك. من السادسة. له عدة أحاديث عن أبيه، وعن جده، وعن زرار بن أوفى. توفي قبل الخمسين ومائة. ينظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: [٢٣٥/٦] تقريب التهذيب: [١٢٨] .

(٨) أخرجه أحمد في مسنده ٢٤٧/٣٣ ، وأبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة برقم (١٥٧٥) ، والحاكم

وكلاهما في السنن وقالوا: هكذا كان في أول لإسلام ثم نسخ الله الربا فردت الأشياء المأخوذة إلى أمثالها إن كان لها أمثال وإلى قيمتها إن كان لا أمثال لها وكان رسول الله ﷺ نهي عن التصرية فكان من فعل ذلك وباع مخالفاً لرسول الله ﷺ فكانت عقوبته في ذلك أن يجعل اللبن المحلوب في الثلاثة الأيام للمشتري بصاع من تمر ولعله يساوي أضعافاً كثيرة وهذا جواب عيسى بن أبان^(٢) فحديث المصرة من هذا القبيل وهي كلها منسوخة^(٣).

ونوقش: بأن التصرية إنما وجدت من البائع فلو كان من ذلك الباب للزمه التغيريم والفرض أن حديث المصرة يقتضي تغيريم المشتري فافترقا^(٤).

د - وقيل ناسخه حديث: ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا))^(٥) وبيانه أن الفرقة تقطع

في المستدرك ٥٥٤/١.

قال الحاكم في المستدرك (٥٥٤/١): ((هذا حديث صحيح الإسناد)) ، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٤٨١/٥): ((وإسناد هذا الحديث صحيح إلى هـ، واختلف الحفاظ في الاحتجاج بحديث هـ، فقال يحيى بن معين: هو ثقة. وسئل أيضاً عن أبيه عن جده؟ فقال: إسناده صحيح إذا كان دونه ثقة)) ، وينظر كلام أهل العلم فيما رواه هـ بن حكيم عن أبيه عن جده في البدر المنير (٤٨١/٥) وميزان الاعتدال (٣٥٤/١) ، وقال ابن حزم في المحلى (١٦٩/٨): ((وحديث هـ بن حكيم عن أبيه عن جده ضعيف)) ، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (١٤١/٣): ((هذا حديث حسن بل صحيح)).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب اللقطة باب التعريف باللقطة برقم (١٧١٠) ، والنسائي في كتاب قطع السارق باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين برقم (٤٩٥٨) ، والحاكم في المستدرك ٤٢٣/٤. حسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦٥٣/٨) ، وقال الحاكم في المستدرك (٤٢٣/٤): ((هذه سنة تفرد بها عمرو بن شعيب بن محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر)).

(٢) عيسى بن أبان بن صدقة، أبو موسى: قاض من كبار فقهاء الحنفية. كان سريعاً بإنفاذ الحكم، عفيفاً. خدم المنصور العباسي مدة. وولي القضاء بالبصرة ١٠ سنين، وتوفي بها سنة ٢٢١هـ. له كتب، منها: إثبات القياس، واجتهاد الرأي، والجامع في الفقه، والحجة الصغيرة في الحديث. ينظر ترجمته في: تاريخ بغداد: [١٥٧/١١] الجواهر المضيئة: [٤٠١/١].

(٣) يُنظر: للباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٧٩/٢، شرح معاني الآثار ١٩/٤.

(٤) يُنظر: فتح الباري ٣٦٥/٤.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب كم يجوز الخيار برقم (٢٠٠٢).

الخيار فثبت أن لا خيار بعدها إلا لمن استثناه الشارع بقوله إلا بيع الخيار^(١).
ونوقش: بما قاله الطحاوي^(٢): ((بأن الخيار الذي في المصرة من خيار الرد بالعيب وخيار
الرد بالعيب لا تقطعه الفرقة بالاتفاق))^(٣).

قال ابن حجر: ((ومن الغريب إنهم لا يقولون بخيار المجلس ثم يحتجون به))^(٤).
قال ابن بطال: ((قال المهلب^(٥): وما ادعوه من نسخ حديث المصرة فباطل، والصاع
المردود إنما هو عبادة، وتحلل من اللبن الذي صري))^(٦).

الدليل الخامس: أن الحديث صحيح لا اضطراب فيه ولا علة ولا نسخ وإنما هو محمول
على صورة مخصوصة وهو ما إذا اشترى شاة بشرط أنها تحلب مثلاً خمسة أرطال وشرط
فيها الخيار فالشرط فاسد فإن اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار صح العقد وأن لم يتفقا بطل
العقد ووجب رد الصاع من التمر لأنه كان قيمة اللبن يومئذ^(٧).

ونوقش: بان الحديث ظاهر في تعليق الحكم بالتصيرية وما ذكره هذا القائل يقتضى
تعليقه بفساد الشرط سواء وجدت التصيرية أم لا فهو تأويل متعسف وأيضاً فلفظ الحديث
لفظ عموم وما ادعوه على تقدير تسليمه فرد من أفراد ذلك العموم فيحتاج من ادعى قصر
العموم عليه الدليل على ذلك ولا وجود له^(٨).

(١) يُنظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٤٧٩/٢.

(٢) أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر: فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر. ولد، ونشأ
في طحا (من صعيد مصر)، وتفقه على مذهب الشافعي ثم تحول حنفياً، وهو ابن أخت المزني. رحل إلى الشام.
من تصانيفه: شرح معاني الآثار، وبيان السنة، وكتاب الشفعة، ومشكل الآثار. توفي بالقاهرة سنة ٣٢١هـ.
ينظر ترجمته في: الجواهر المضيئة: [١٠٢/١] لسان الميزان: [٢٧٤/١].

(٣) شرح معاني الآثار ١٩/٤.

(٤) فتح الباري ٣٦٥/٤.

(٥) المُهَلَّب بن أحمد بن أبي صُفْرة، أسيد بن عبد الله، الأسدي الأندلسي المريني ((نسبة إلى مَرِيَّة من كورة البيرة من
أعمال الأندلس)). أحد الأئمة الفصحاء، الموصوفين بالذكاء. وَلِيَ قضاء المَرِيَّة. توفي سنة ٤٣٥ هـ. صَنَّف
شرح صحيح البخاري. ينظر ترجمته في: جذوة المقتبس: [٣٥٢] بُغْيَةُ المُلْتَمَس: [٤٧١].

(٦) شرح ابن بطال ٢٧٧/٦.

(٧) يُنظر: فتح الباري ٣٦٧/٤.

(٨) يُنظر: فتح الباري ٣٦٧/٤.

الدليل السادس: أن حديث التصرية خبر واحد لا يفيد إلا الظن وهو مخالف لقياس الأصول المقطوع به فلا يلزم العمل به^(١).

ونوقش: بان التوقف في خبر الواحد إنما هو في مخالفة الأصول لا في مخالفة قياس الأصول وهذا الخبر إنما خالف قياس الأصول بدليل أن الأصول الكتاب والسنة والإجماع والقياس والكتاب والسنة في الحقيقة هما الأصل والآخرون مردودان إليهما فالسنة أصل والقياس فرع فكيف يرد الأصل بالفرع بل الحديث الصحيح أصل بنفسه فكيف يقال أن الأصل يخالف نفسه.

وعلى تقدير التسليم يكون قياس الأصول يفيد القطع وخبر الواحد لا يفيد إلا الظن فتناول الأصل لا يخالف هذا الخبر الواحد غير مقطوع به لجواز استثناء محله عن ذلك الأصل^(٢).

وعلى تقدير التزل فلا نسلم أنه مخالف لقياس الأصول لأن الذي ادعوه عليه من المخالفة بينها بأوجه:

الأول: أن المعلوم من الأصول أن ضمان المثليات بالمثل وضمن المقومات بالقيم من النكدين وهاهنا إن كان اللبن مثلياً كان ينبغي ضمانه بمثله لبناً وإن كان متقوماً ضمن بمثله من النكدين وقد وقع هاهنا مضموناً بالتمر فهو خارج عن الأصليين جميعاً^(٣).

ونوقش: بعدم التسليم بأن جميع الأصول تقتضي الضمان بأحد الأمرين على ما ذكرتموه - يعني أن ضمان المثليات بالمثل وضمن المقومات بالقيم من النكدين - فإن الحر يضمن بالإبل وليست بمثل له ولا قيمة: والجنين يضمن بالغرة وليست بمثل له ولا قيمة، وأيضاً فقد يضمن المثل بالقيمة إذا تعذرت المماثلة وهاهنا تعذرت: أما الأول: فمن أتلف شاة لبنوناً كان عليه قيمتها مع اللبن ولا يجعل بإزاء لبنها لبن آخر لتعذر المماثلة. وأما الثاني: وهو أنه تعذرت المماثلة هاهنا فلأن ما يرده من اللبن عوضاً عن اللبن التالف لا يتحقق

(١) يُنظر: فتح الباري ٣٦٦/٤.

(٢) يُنظر: فتح الباري ٣٦٦/٤، تحفة الأحوذى ٣٨٣/٤.

(٣) يُنظر: شرح ابن بطال ٢٧٧/٦.

مماثلته له في المقدار ويجوز أن يكون أكثر من اللبن الموجود حالة العقد أو أقل^(١).

ومما يشهد لصحة هذا التأويل أنها لو كانت عشر شياه أو أكثر لما رد معها إلا صاعاً واحداً كما يرد عن الواحدة فثبت أنه ليس على سبيل القيمة والمماثلة، وإنما هو على سبيل التحليل^(٢).

الثاني: أن القواعد الكلية تقتضي أن يكون المضمون مقدر الضمان بقدر التالف وذلك مختلف فقدر الضمان لكنه قدر هاهنا بمقدار واحد وهو الصاع مطلقاً فخرج عن القياس الكلي في اختلاف ضمان المتلفات باختلاف قدرها ووصفها^(٣).

ونوقش: بمنع التعميم في المضمونات وذلك أن بعض الأصول لا يتقدر بما ذكرتموه كالموضحة فإن أرشها مقدر مع اختلافها بالكبر والصغر: والجنين مقدر أرشه ولا يختلف بالذكورة والأنوثة واختلاف الصفات والحر ديته مقدرة وإن اختلف بالصغر والكبر وسائر الصفات والحكمة فيه أن ما يقع فيه من التنازع والتشاجر يقصد قطع النزاع فيه بتقديره بشيء معين وتقدم هذه المصلحة في مثل هذا المكان على تلك القاعدة^(٤).

وقال ابن حجر معللاً لما تقدم: ((فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري ولو عرف مقداره فوكل إلى تقديرهما أو تقدير أحدهما لأفضى إلى النزاع والخصام فقطع الشارع النزاع والخصام وقدره بحد لا يتعديانه فصلاً للخصومة وكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن فإنه كان قوتهم إذ ذلك كاللبن وهو مكيل كاللبن ومقتات، فاشتركا في كون كل واحد مطعوماً مقتاتاً مكيلاً واشتركا أيضاً في أن كلا منهما يقتات به بغير صنعة ولا علاج^(٥)).

الثالث: أن اللبن التالف إن كان موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه من أصل الخلقة وذلك مانع من الرد كما لو ذهب بعض أعضاء المبيع، ثم ظهر على عيب فإنه

(١) يُنظر: عمدة القاري ٤٩٧/١٧.

(٢) يُنظر: شرح ابن بطل ٢٧٧/٦.

(٣) يُنظر: عمدة القاري ٤٩٨/١٧.

(٤) يُنظر: إحكام الأحكام ٣٨٠/٢.

(٥) فتح الباري: ٣٦٦/٤.

يمنع الرد وإن كان هذا اللبن حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمه وإن كان مختلطاً فما كان موجوداً منه عند العقد منع الرد وما كان حادثاً لم يجب ضمانه^(١).

ونوقش: بأن يقال: متى يمتنع الرد بالنقص: إذا كان النقص لاستعلام العيب، أو إذا لم يكن؟ الأول: ممنوع والثاني: مسلم.

وهذا النقص لاستعلام العيب، فلا يمتنع الرد^(٢).

الرابع: إثبات الخيار ثلاثاً من غير شرط مخالف للأصول فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تتقدر بالثلاث كخيار العيب وخيار الرؤية عند من يثبتته وخيار المجلس عند من يقول به^(٣).

ونوقش: بأنه إنما يكون الشيء مخالفاً لغيره إذا كان مماثلاً له وخولف في حكمه وههنا هذه الصورة انفردت عن غيرها؛ لأن الغالب: أن هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الجبلّة المجتمع بأصل الخلقة، واللبن المجتمع بالتدليس فهي مدة يتوقف علم العيب عليها غالباً، بخلاف خيار الرؤية والعيب فإنه يحصل المقصود من غير هذه المدة فيهما، وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب^(٤).

وقال الحافظ ابن حجر موضحاً لهذا القول: ((إن حكم المصرة انفرد بأصله عن مماثلة غيره فلا يستغرب أن ينفرد بوصف زائد على غيره))^(٥).

الخامس: يلزم من القول بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور وهو إذا ما كانت قيمة الشاة صاعاً من تمر فإنها ترجع إليه مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها^(٦).

ونوقش: من وجهين:

(١) يُنظر: عمدة القاري ٤٩٨/١٧.

(٢) يُنظر: إحكام الأحكام ١١٩/١.

(٣) يُنظر: عمدة القاري ٤٩٨/١٧.

(٤) يُنظر: إحكام الأحكام ١١٩/١.

(٥) فتح الباري ٣٦٦/٤.

(٦) يُنظر: فتح الباري ٣٦٦/٤.

الأول: بأن التمر عوض عن اللبن لا عن الشاة فلا يلزم ما ذكره من الجمع بين العوض والمعوض^(١).

الثاني: بأن الخبر وارد على العادة والعادة أن لا تباع شاة بصاع، وفيه ضعف^(٢).

السادس: أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور وهو ما إذا اشترى شاة بصاع فإذا استرد معها صاعاً من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن فيكون قد باع صاعاً وشاة بصاع وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم فإنكم تمنعون مثل ذلك^(٣).

ونوقش: بأن الربا إنما يعتبر في العقود لا في الفسوخ بدليل أنهما لو تباعا ذهباً بفضة لم يجز أن يفترقا قبل القبض ولو تقابلا في هذا العقد لجاز أن يفترقا قبل القبض^(٤).

السابع: إذا كان اللبن باقياً لم يكلف رده عندكم فإذا أمسكه فالحكم كما لو تلف فيرد الصاع وفي ذلك ضمان الأعيان مع بقائها والأعيان لا تضمن بالبدل إلا مع فواتها كالمغصوب وسائر المضمونات.

ونوقش: بأن اللبن الذي كان في الضرع حال العقد يتعذر رده لاختلاطه باللبن الحادث بعد العقد وأحدهما للبائع والآخر للمشتري وتعذر الرد لا يمنع من الضمان مع بقاء العين كما لو غصب عبداً فأبق فإنه يضمن قيمته مع بقاء عينه لتعذر الرد^(٥).

الثامن: قال بعضهم: أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط لأن نقصان اللبن لو كان عيباً لثبت به الرد من غير تصرية ولا يثبت الرد في الشرع إلا بعيب أو شرط.

ونوقش: بما قاله الحافظ ابن حجر: ((أن الخيار يثبت بالتدليس كمن باع رحي دائرة بما جمعه له بغير علم المشتري فإذا اطلع عليه المشتري كان له الرد، وأيضاً فالمشتري لما رأى ضرعاً مملوءاً لبناً ظن أنه عادة لها فكأن البائع شرط له ذلك فتبين الأمر بخلافه فثبت له الرد لفقد الشرط المعنوي لأن البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله فإذا أظهر

(١) يُنظر: نيل الأوطار ٣٢٢/٥.

(٢) يُنظر: إحكام الأحكام ١١٩/١.

(٣) يُنظر: إحكام الأحكام ١١٩/١.

(٤) يُنظر: المجموع ٧٦/١٢.

(٥) يُنظر: حاشية البجيرمي ٢٦١/٢.

المشتري على صفة فبان الأمر بخلافها كان قد دلس عليه فشرع له الخيار وهذا هو محض القياس ومقتضى العدل فإن المشتري إنما بذل ماله بناءً على الصفة التي أظهرها له البائع، وقد أثبت الشارع الخيار للركبان إذا تلقوا واشترى منهم قبل أن يهبطوا إلى السوق ويعلموا السعر وليس هناك عيب ولا خلف في شرط ولكن لما فيه من الغش والتدليس^(١).

قال ابن القيم: ((والحديث موافق لأصول الشريعة وقواعدها ولو خالفها لكان أصلاً بنفسه كما أن غيره أصل بنفسه وأصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض كما نهي رسول الله ﷺ أن يضرب كتاب الله ببعضه ببعض بل يجب اتباعها كلها ويقر كل منها على أصله وموضعه فإنها كلها من عند الله الذي أتقن شرعه وخلقه وما عدا هذا فهو الخطأ الصريح^(٢))).

(١) فتح الباري ٤/٣٦٧.

(٢) إعلام الموقعين ٢/٤١.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن للمشتري حق الخيار إن شاء ردها ورد صاعاً من تمر^(١)، وهو قول الجمهور^(٢) وزفر^(٣) وقول أبي يوسف الأخير^(٤) وقول ابن حزم^(٥).
استدل الجمهور بحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ ((لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر))^(٦).

(١) وهذا رأي الجمهور وقيل: يرد صاعاً من قوت البلد، ولا يختص بالتمر والتنصيب على التمر إنما هو لكونه كان في ذلك الوقت غالب قوت أهل المدينة، وقيل يخير بين رد صاع تمر ونصف صاع بر، وقيل: يرد قيمة صاع من تمر.

وقيل: لا يتقيد ذلك بصاع بل يتقدر الواجب بقدر اللبن ويختلف بقلته وكثرته فقد يزيد الواجب على الصاع وقد ينقص. يُنظر طرح الشريب ٢٧٥/٦.

(٢) يُنظر: المدونة ٢٨٦/١٠، مغني المحتاج ٦٣/٢، مختصر الخرقى ٦٦/١.

(٣) يُنظر: فتح القدير ٤٠٠/٦.

(٤) يُنظر: البحر الرائق ٥١/٦.

(٥) يُنظر: المحلى ٦٦/٩.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل بالإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم (٢٠٤١).

الفرع الرابع: ويشتمل على:

أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.

بعد دراسة القول بعدم رد المصرة والاكتفاء بالرجوع بقيمة نقصان عيها وإيراد أدلته وما ورد عليها من الاعتراضات والمناقشات يتبين لنا ثبوت شذوذ هذا القول ومما يعضد هذا الحكم:

١- أن أدلة القول بعدم الرد أدلة لا اعتبار لها ويظهر ذلك جلياً من خلال المناقشات الكثيرة عليها.

٢- صحة حديث المصرة قال ابن حجر: ((قال ابن عبد البر: هذا الحديث مجمع على صحته وثبوته من جهة النقل واعتل من لم يأخذ به بأشياء لا حقيقة لها))^(١).

٣- عدم صحة دعوى نسخ حديث أبي هريرة لعدم معرفة التاريخ والنسخ لا يثبت بالاحتمال ولأن من شروط النسخ أن يكون أقوى من المنسوخ وقد مر بيان ضعف ما قيل أنه ناسخ.

٤- أن الحنفية لم يلتزموا في هذه المسألة بمذهبهم في أن كل عيب يؤدي إلى نقصان الثمن يكون المشتري بالخيار في إمساكه أو رده دفعاً للضرر عنه، والتصيرية غش وهي عيب فلزمهم العمل بمذهبهم وبالحديث.

ثانياً: الترجيح.

بناء على ما سبق بيانه من ثبوت شذوذ القول يتبين أن القول بثبوت حق المشتري في الخيار بين رد المصرة وصاعاً من تمر أو إمساكها بقيمتها هو القول المتعين الأخذ به، والعمل على مقتضاه.

(١) فتح الباري ٤/٣٥٦.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

مما يترتب على الخلاف:

- أنه على القول الراجح يثبت الخيار للمشتري بين إمساك المصرة وبين إرجاعها وصاعاً من تمر، أما على قول أبي حنيفة فإن المشتري يرجع على البائع بنقصان عيبتها وليس له ردها عليه.

- وأخذ بعض الشافعية من ثبوت الخيار في المصرة ثبوت الخيار في كل موضع حصل فيه تدليس وتغريب من البائع كما لو حبس ماء القناة أو الرحى ثم أرسله عند البيع أو الإجارة فظن المشتري كثرته ثم تبين له الحال أو حمر وجه الجارية أو سود شعرها أو جعده أو أرسل الزنبور على وجهها فظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه فله الخيار في هذه الصور كلها^(١).

- وجاء في طرح الشريب: ((نقل ابن بطال عن بعضهم أنه قال: في حديث المصرة دلالة على أن من اشترى نخلاً وفيها ثمر قد أبر أو أمة حاملاً فأكل الثمر أو هلك الولد ثم رد النخل أو الأمة بعيب أنه يرد قيمة التالف؛ لأن له حصة من الثمن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بالمصرة، وهو قول ابن القاسم وخالفه أشهب في الثمرة، وقال: الثمرة للمشتري بالضمان. قال: وقول ابن القاسم يشهد له الحديث))^(٢).

(١) يُنظر: طرح الشريب ٢٧٢/٦.

(٢) طرح الشريب ٢٨٧/٦.