

الخيارات العقدية في الفقه الاسلامي

جعفور محمد سعيد(٥)

بأحكام المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري تعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون الجزائري، لذا فان البحث في أية مسألة من مسائل هذا القانون في بلادنا لا يكون كاملا، في نظرنا، ان هو خلا من مقارنته بفقه الشريعة الاسلامية الذي يعتبر من أهم روافد تراثنا القانوني، خاصة إذا ما علمنا مدى ما يتميز به من أصالة ودقة، ومدى الربط فيه بين أمور الدنيا والدين.

وقد اخترنا، هذه المرة، دراسة موضوع الخيارات العقدية في الفقه الاسلامي، على أن نعود إلى معالجة هذا الموضوع في القانون المدني في مرة أخرى لاحقه.

1 - معنى الخيارات:

أ - الخيارات في اللغة:

الخيارات في اللغة جَمْعُ خيار، ومعناه اختيار المرء ما يراه خيرا له من أمرين والاتجاه إليه(1):

() أستاذ مساعد مكلف بالدروس بجامعة تيزي وزو.

(1) أنظر في التعريف اللغوي للخيار: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، د.ت.ط، ص331، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، د. ت. ط ، ص 384؛ محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي، طبعة 1987، ص 466؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الاسلامي، تعريفه وتاريخه ومذاهبه ونظرية الملكية والعقد، طبعة 1985، ص 808؛ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الاسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، طبعة 1980 ص525.

إن الفقهاء يريدون بالخيار معنى يقرب من معناه اللغوي، وهو أن يكون للمتعاقد أو لكليهما حق إمضاء العقد أو عدم إمضائه بفسخه بعد التروي وإمعان النظر فيه. وفي هذا المعنى يقول الكاساني، وهو أحد كبار فقهاء الحنفية: «الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة»(1). وقد عرفت الخيار المادة 42 من مشروع تقنين الشريعة الاءسلامية على مذهب الامام الشافعي(2) بما يلي: «الخيار هو خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه».

2 - الحاجة إلى الخيارات:

إن المعنى الشرعي للخيار يومية من قرب إلى العلة الدافعة لشرعية الخيارات. فهي قد شرعت لضمان رضا المتعاقدين والتأكد من وجوده، ومن أن العقد، حين يتم ويمضي، يحقق رغبة المتعاقد ومصالحته، وذلك بأن يوزان بين ما يعود عليه، من جراء العقد، من وجوه النفع والضرر موازنة تكون على بينة من حقيقتها(3). والرضا، كما هو معلوم، هو الأساس الذي يجب أن يقوم عليه كل عقد من العقود.

إن هذه الحاجة هي التي دفعت إلى شرعية هذه الخيارات رفقا بالمتعاقدين، مع أن مقتضى العقد أن يكون لازما لا خيار فيه ضمانا

(1) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة 1328هـ، الجزء الخامس، ص 297، وأنظر في مؤلفات الفقه الاءسلامي الحديثة: أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الاءسلامية، الجزء الثاني، ص 212. د. ت. ط. عدنان خالد الترككاني، ضوابط العقود في الفقه الاءسلامي، طبعة 1981، ص 205. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاءسلامية، رسالة دكتوراه، طبعة 1981، ص 294. (2) قامت بإعداد هذا المشروع اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الاءسلامية، بإشراف مجمع البحوث الاءسلامية بمصر، أنظر الطبعة التمهيدية، 1972، ص 178. (3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 384.

لاستقرار العقود والمعاملات بين الناس وقطعا للمخاضات والمنازعات(1). فالأصل انه «إذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما (أي البائع والمشتري) من عيب وعدم رؤية»(2).

وأنواع الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عدها، ومنها ما هو متفق عليه من جميع فقهاء الشريعة الاءسلامية، ومنها ما هو مختلف فيه(3). وأحكام هذه الخيارات العديدة مفصلة في مظانها ومناسباتها من كتب الفقه. وستنصر دراستنا على الخيارات التي يكثُر وقوعها في العقود، وهي الخيارات التي لا يخلو من الاشارة إليها أي مرجع من مراجع فقهاء الشريعة الاءسلامية السلف منهم والخلف التي تتكلم عن موضوع الخيارات. ومن هذه الخيارات ما يرجع ثبوته إلى اشتراط العاقد. إذا كان على شك من كون العقد في مصلحته أو في غير مصلحته، فيريد فترة من الزمن للتروي وإمعان النظر في الموضوع، حتى يتم له العلم الصحيح بمغائم العقد ومغارمه، وهذا هو خيار الشرط. ومنها ما يرجع إلى تقرير الشارع نفسه، وهذا هو خيار العيب، إذا تبين للمتعاقد أن بالمعقود عليه عيبا لم يكن مودجودا به عند التعاقد. وخيار الرؤية، إذا تعاقد الشخص على شيء لم يكن قدر رأه من قبل.

(1) محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 466.

(2) أنظر، الكمال بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، طبعة 1316هـ، الجزء الخامس، ص 87.

(3) راجع في موضوع أنواع الخيارات مع الاختلاف في عدها: ابن عابدين، رد المختار على الدر

المختار، المشهور بمحاشية ابن عابدين، طبعة 1325هـ بالقاهرة، الجزء الرابع، ص 45 وما

بعدها. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، طبعة 1334هـ بالقاهرة، الجزء السادس،

ص 2 وما يليها، والأشاه والنظائر، طبعة 1290هـ بالقاهرة، الجزء الثاني، ص 194 وما

بعدها. ابن قاضي سناوه، جامع الفصولين، طبعة 1300هـ بالقاهرة، الجزء الأول، ص 238

وما يليها.

ويمكننا، بعد تتبع تعريفات الفقهاء للخيارات، أن نقول إن المقصود بالخيار «إنه حق منحه الشارع لأحد المتعاقدين عند اشتراطه ذلك. فقد يكون الشخص على غير خبرة بأحوال التعامل، فيحتاج إلى التروي أو إلى أن يشاور في أمر شرائه، أو عند ظهور عيب جوهري في محل العقد خفي عليه حين التعاقد، أو عند التعاقد على شيء لم يكن المشتري قد رآه من قبل معتمداً على وصف المتعاقد الآخر وترغيبه فيه، فإذا ما رآه وجدده على خلاف رغبته أو أنه بولغ في وصفه»⁽¹⁾.

وستكلم عن هذه الخيارات الثلاثة على الترتيب المتقدم، وذلك بعد أن نقول إننا قد عدنا إلى المصادر الأصلية في الفقه الاسلامي بقدر الامكان، محاولين استقصاء آراء فقهاء المذاهب الأربعة في كل مسألة من مسائل موضوع الخيارات، وذلك باستثناء بعض نواحيه التي وجدنا نفسنا فيها مضطرين إلى ذكر رأي البعض منهم فقط، وذلك لأحد السببين التاليين:

1 — عدم وجود قول في المسألة المطروحة لغيرهم.

2 — عدم توفر المراجع الكافية في المادة الفقهية التي تخص هذه المسألة.

وقد تبين لنا مراراً اختلاف آراء فقهاء المذاهب الاسلامية، لذا رأينا أنه من الخير إيراد وجهات النظر المتباينة ليسهل لنا، بعد ذلك، إبداء الرأي الشخصي فيها والوصول إلى ما ترتاح إليه نفسنا من أفكار.

(1) يوسف قاسم، مبادئ الفقه الاسلامي، طبعة 1983، ص 392.

أولا - خيار الشرط

1 - معنى خيار الشرط:

خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لأجنبي حق فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معلومة من الزمان بناء على اشتراط ذلك في العقد⁽¹⁾، كان يقول المشتري مثلا في عقد البيع: أشرتيت هذه العين بألف دينار على أي بالخيار يوما أو يومين أو ثلاثة أيام، وقبل البائع. ففي هذه الحالة يكون للمشتري الحق في فسخ العقد، فإذا مضت هذه المدة دون أن يعلن رأيه في الامضاء أو الفسخ، سقط حقه في الفسخ ولزم العقد. وعلى هذا المعنى نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 301 إذ قضت بأن: «كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيرا بفسخ البيع أو إجازته في المدة المعينة للخيار»⁽²⁾. كما قضت المادة 305 منها بأنه: «إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع وتم»⁽³⁾.

(1) أنظر في هذا الشأن: أحمد أبو الفتح، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 214، علي الخفيف المرجع السابق، ص 332، محمد أبو زهره، المرجع السابق، ص 390، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، د. ت. ط، ص 199. محمد زكريا البرديسي، التصرف الاسقاطي، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية عشرة 1968، العدد الثالث، ص 596.

(2) مجلة الأحكام العدلية هي تقنين رسمي لأحكام الفقه الاسلامي، منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي، وأوجدته الدولة العثمانية في سنة 1876، وقد رتب مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالتقنينات الحديثة، ليسهل الرجوع إليها والاحالة عليها، فجاء مجموعها في 1851 مادة. (3) أنظر أيضا المادتين 497 و 498 من هذه المجلة. فقد جاء في الأولى ما يأتي: «يجري خيار الشرط في الاجارة كما جرى في البيع، ويجوز الايجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيرا كذا أياما». وجاء في الثانية أن «من له الخيار إن شاء فسخ الاجارة وإن شاء كان حرا في مدة خياره».

إن الأصل في العقود — كما أسلفنا — أن تكون لازمة، ومع ذلك فقد شرع خيار الشرط، واتفق الفقهاء على جوازه استحساناً، وهذا لسببين:

السبب الأول — ورود الأثر بصحته وجوازه:

إن شرعية هذا الخيار ثابتة بقول الرسول ﷺ لحبان بن منقذ الأنصاري، و كان يغبن إذا باع أو اشترى، ومع ذلك لا يدع التجارة، فرفع أهله أمره إلى النبي ﷺ عسى أن يحجر عليه ويمنعه من البيع والشراء: «إذا بايعت فقل: لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام»⁽¹⁾.

إن هذا الحديث. فيما نرى، واضح وصریح في تشريع الخيار لمعنى معقول، وهو التأكد والاستيثاق من أن هذا العقد لا غبن فيه لكي يكون الرضا به تاماً. ولا دليل في الحديث على ما يفيد أنه خصوصية لحبان. ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحاً⁽²⁾.

(1) راجع: ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 111. أكمل الدين محمد بن محمود البابرني، «العناية» شرح على الهداية، مطبوع على هامش فتح القدير لابن الهمام، طبعة 1316هـ، الجزء الخامس، ص 110. محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، «الأصل» القسم الأول، في البيوع، تحقيق وتعليق الأستاذ شفيق شحاتة، طبعة 1954 بمطبعة جامعة القاهرة، الجزء السادس، ص 1، حيث جاء ما يلي: «بلغنا عن رسول ﷺ أنه جعل رجلاً من أهل الأنصار بالخيار في كل بيع يشتريه ثلاثة أيام». أبو بكر محمد بن سهل السرخسي، «المبسوط»، طبعة 1331هـ بالقاهرة، الجزء الثالث عشر، ص 38. ابن نجيم، البحر الرائق... المرجع السابق، الجزء السادس، ص 3.

(2) أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 390. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص: 812، عدنان خالد التركماني، المرجع السابق، ص 209.

السبب الثاني — الحاجة داعية إلى اعتباره:

إن الحكمة من شرعية هذا الخيار تكمن في الرفق بالمتعاقد والتمكين له من التروي والتأكد من مدى صلاحية الصفقة له. فقد يكون العاقد ناقص الخبرة في التعامل، خصوصا في الصفقات الكبيرة، فيرى نفسه في حاجة إلى الاستيثاق من توافر مصلحته؛ وإذا أرجأ العقد لهذا قد يخرج من مكنته في المستقبل، فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشروطا لنفسه حقّ الفسخ أو الاجازة في مدة معلومة للتروي والتفكير ليدفع عن نفسه مغبة التفرير، وذلك باستشارة أهل الخبرة حتى يضمن راحته ورضاه أو رضا من يهّمه الأمر بالمعقود عليه⁽¹⁾.

3 — مدة خيار الشرط:

يشترط لصحة خيار الشرط أن يكون لمدة معلومة يعمل فيها صاحب الخيار خياره فسحا كان أو إجازة.

غير أن أنظار الفقهاء اختلفت في تقدير هذه المدة المعلومة. ويمكننا صبّ هذا الاختلاف في آراء ثلاثة تتمثل في:

أ — تحديد مدة الخيار بثلاثة أيام.

ب — ترك تحديد المدة لرضا المتعاقدين.

ج — ترك تحديد المدة للحاجة.

وقد لخص محمد بن أحمد بن رشد القرطبي هذه الآراء الثلاثة بقول: «وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه. فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محددة في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات، وذلك بتفاوت

(1) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 331، يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 393، أحمد مرج حسب، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإءسلامية، د. ت. ط، ص: 334.

المبيعات... وقال الشافعي وأبو حنيفة أصل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك، وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت...»(1).

الرأي الأول — تحديد مدة الخيار بثلاثة أيام:

ذهب أبو حنيفة(2) والشافعي(3) إلى أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام فأقل. فلا يصح عندهما أن تزيد المدة على ذلك، وهذا تمسكا بنص الحديث الشريف السابق الذي قدر هذه المدة بثلاثة أيام. والتقدير الشرعي إنما يكون لمنع الزيادة أو النقصان أو لمنع كلا الأمرين. وهذا التقدير الوارد في الحديث إنما هو لمنع الزيادة(4).

أما إذا لم يحدد المتعاقدان أية مدة، اعتبرت المدة ثلاثة أيام لا أكثر. وفي هذا يقول محمد بن الحسن إنه «إذا لم يكن للخيار وقت. فلصاحبه أن يأخذ بالخيار ما بينه وبين ثلاثة أيام»(5).

(1) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبعة 1952، الجزء الثاني، ص 172.

(2) محمد بن الحسن، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 2 وقد جاء فيه: «ولو جعلت المدة أكثر من ثلاثة أيام فلا خير فيه أن طالت المدة، وهذا قول أبي حنيفة»، أنظر أيضا، فخرالدين عثمان بن علي الزبيلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، طبعة 1314 هـ بالقاهرة، الجزء الرابع، ص 14. ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 110 وما بعدها، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 338.

(3) محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، طبعة 1357 هـ بالقاهرة، الجزء الثاني، ص 47. أنظر أيضا المادة 47 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام الشافعي التي تقضي بما هو أت «يثبت خيار الشرط للمتعاقدين أو لأيهما أو لأجنبي عنهما... لمدة معلومة متوالية متصلة ثلاثة أيام فأقل...».

(4) السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 41. ابن نجيم، البحر الرائق... المرجع السابق، الجزء السادس، ص 5.

(5) محمد بن الحسن، المرجع السابق، الجزء 6، ص 47.

وقد احتج القائلون بتحديد المدة بثلاثة أيام بأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد، وهو الزوم، فيكون شرطا فاسدا، ذلك أن مقتضى العقد انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، وانتقال ملكية الثمن من المشتري إلى البائع، وهذا فور صدور الايجاب والقبول، فخير الشرط ينافي هذه الفورية لأنه يؤخر انتقال الملكية، فهو ينافي مقتضى العقد، وكل ما ينافي مقتضى العقد يبطله⁽¹⁾. لكن هذا الخيار جاز بنص الشارع استحسانا للضرورة، وهو قوله: **عَلَيْهِ** **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار أيام». ولا يصح أن يقاس عليها غيرها، فما كان للضرورة يقدر بقدرها. فإذا شرط أحدهما أو كلاهما الزيادة على الثلاثة فسد العقد ولا ينقلب صحيحا ولو أحيز في مدة الثلاثة، على ما ذهب إليه الشافعي خلافا لأبي حنيفة الذي يرى أن هذا الفساد يرتفع بارتفاع سببه فيما إذا أحيز العقد قبل مضي الأيام الثلاثة⁽²⁾، إذ المفسد إنما هو الدخول في اليوم الرابع، فإذا اسقط الدخول فيه بالاجازة، فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه، فيبقى العقد صحيحا⁽³⁾.

الرأي الثاني - ترك تحديد المدة لرضا المتعاقدين:

ذهب أحمد بن حنبل⁽⁴⁾، يوافق في ذلك صاحبا أبي حنيفة محمد وأبو يوسف، إلى صحة اشتراط الخيار لمدة معلومة أطول يحددها المتعاقدان في العقد لمنع وقوع التنازع فيما بعد. فقد جاء في «الأصل» لمحمد بن الحسن مايلي: «وأما في قول أبي يوسف ومحمد فالخيار جائز وإن اشتراط شهرا أو أكثر من ذلك، بعد أن يتبين ذلك إلى وقت معلوم»⁽⁵⁾.

- (1) محمد زكريا البركيسي، البحث السابق ص 596.
- (2) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 812؛ أحمد فرج حسن، المرجع السابق، ص 335؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 529.
- (3) أحمد أبو الفتح، المرجع السابق، الجزء 2، ص 217.
- (4) أنظر: أبو محمد عبدالله بن محمد قدامة المقدسي، المعنى، طبعة 1347هـ، الجزء 3، ص 585؛ منصور بن إدريس، كشاف القناع شرح متن الاقناع، طبعة 1319هـ، الجزء 2، ص 47.
- (5) محمد، الأصل، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 2. وأنظر في نفس المعنى، ابن قاضي سماوه، المرجع السابق، الجزء 1، ص 329، حيث جاء مايلي: «وقال ابن أبي ليلى لو ذكرنا وقتا معلوما شهرا أو سنة أو أكثر يجوز».

وسند هؤلاء الفقهاء في ذلك مايلي:

أ — ما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) انه أجاز الخيار إلى شهرين، فقد جاء في البحر الرائق لابن نجيم أنه «يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر أنه عليه السلام أجاز الخيار إلى شهرين»(1).

ب — إن هذا الخيار شرع لدفع الغبن ومنع التفرير عمّن اشترطه لنفسه بإعطائه فرصة للتروي والتأمل، وقد يفضي ذلك مدة أطول من ثلاثة أيام. لذا فإنه يجوز أن يترك أمر تحديد المدة المعلومة لتقدير المتعاقدين. وفي هذا يقول السرخسي ما يأتي: «قال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا كانت المدة معلومة، طالت أو قصرت، لقوله: صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم، فإذا شرط الخيار شهرا وجب الوفاء به لظاهر الحديث»(2).

ج — إن تعيين الثلاثة لحبان من الرسول صلى الله عليه وسلم ربما كان لكفايتها له ولعدم حاجته إلى ما فوقها، ولكن عساها لا تكفي غيره. لذا فإنه لا مانع من أن يكون ذكر الأيام الثلاثة محلا لقياس غيرها عليها لأنه حكم معقول العلة والسبب. وليس خاصا، ولأن ما يكون كافيا بالنسبة إلى شخص قد يكون غير كاف بالنسبة إلى غيره، وكل امرئ أدرى بحاله(3).

وعليه، فإنه طبقا لهذا الرأي، يجوز اشتراط خيار الشرط أية مدة كانت، طويلة أو قصيرة، شريطة أن تكون معلومة للمتعاقدين. أما إذا كانت المدة غير معلومة، فإن العقد يكون صحيحا لازما والشرط لاغيا(4).

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء 1، ص 5.

(2) السرخسي، المرجع السابق، للجزء 13، ص 41.

(3) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 334؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 392.

(4) أنظر، منصور بن إدریس، المرجع السابق، الجزء 2، ص 47، وأنظر أيضا المادة 177 من

التقنين المدني الأردني التي تقضي بأنه «في العقود اللازمة التي تحمل الفسخ، يجوز للعاقدين

لو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها، فإن

لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف».

الرأي الثالث — ترك تحديد المدة للحاجة:

يرى المالكية⁽¹⁾ أن مدة خيار الشرط — ويسمونه أيضا خيار التروي — تختلف طولا وقصرا باختلاف المبيعات موضوع التعاقد. فلا تقيد المدة بالثلاثة كما في الرأي الأول، ولا تفوض إلى تقدير المتعاقدين كما في الرأي الثاني، بل إن تحديد هذه المدة يجب أن يترك إلى الحاجة، والحاجة تختلف باختلاف الأعيان المبيعة. وبذلك يختلف تقدير المدة. فتقدر المدة في بعض السلع بيوم أو بيومين، وفي بعضها بثلاثة، وفي أخرى بأسبوع، وفي غيرها بشهر، وفيما يتغير بالملك كالفواكه والخضروات، تقدر المدة بالزمن الذي تتغير فيه⁽²⁾.

تقدير الآراء الثلاثة:

إذا نحن أمعنا النظر في الآراء السابقة، أمكننا أن نتبين أن ما ذهب إليه القائلون بتحديد المدة بثلاثة أيام أولى بالاتباع، وذلك أن خيار الشرط معدول به عن القياس، فيقتصر فيه على ما ورد به النص. والقاعدة أنه كما جاء في المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية «لأمساغ للاجتهاد في مورد النص»، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، نرى أن الأيام الثلاثة كافية للتروي والاستشارة، استقرار للمعاملات وتفاديا للنزاعات.

(1) أنظر: ابن جزوي، القوانين الفقهية، طبعة 1344هـ، ص 234 و ص 235؛ أبو عبد الله محمد ابن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، مواهب الجليل، شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، طبعة 1329هـ، الجزء 4، ص 410 وما بعدها؛ ابن رشد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 172.

(2) أنظر المادة 703 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي تقضي بأنه «على الذي له الخيار أن يصرح بإمضاء البيع أو فسخه في الأجل الآتي بيانا:
أ — ففي مدة ثلاثين يوما من تاريخ العقد إذا كان المبيع ربعا أو عقارا.
ب — وفي خمسة أيام إن كان من المنقولات أو الحيوان الداجن، وللمتعاقدين أن يشترطا أجلا مما ذكر لا أكثر منه، وإن زاد عليه يحط إلى القدر المبين في صورتين أعلاه».

كما يصح خيار الشرط لكل من العاقدين يصح أن يشترطه أحدهما لأجنبي خارج عن العقد، فيستمد هذا الأجنبي ولايته في الفسخ ممن اشترط له هذا الخيار، بعد أن يثبت الخيار لهذا الأخير ابتداءً. فقد قال ابن الهمام مايلي: «نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمه أن شرط الخيار للبائع لا يجوز، لأن نفس الخيار ما ورد إلا للمشتري، والاقتصار على مورد النص واجب، قلنا ممنوع فإنه صلى الله عليه وسلم قال: «إذا بايعت...» وهو يصدق بكونه بائعاً أو مشترياً⁽¹⁾. وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة 300 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «يجوز أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر». وما قضت به المادة 332 من مرشد الحيران من أنه «يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين أو لأحدهما دون الآخر أو لأجنبي»⁽²⁾. كما قال السرخسي بصدد اشتراط الخيار لأجنبي إنه «لا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار له ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه، استقام ذلك»⁽³⁾. فما هو أثر خيار الشرط في هذه الحالات الأربع المتمثلة فيمايلي:

— ثبوت الخيار لكل من المتبايعين⁽⁴⁾.

— ثبوت الخيار للبائع وحده.

-
- (1) ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 113.
 (2) مرشد الحيران لصاحبه أحمد قدرى باشا، وقد جمع فيه أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات على المذهب الحنفي في شكل التقنيات الحديثة، أي في شكل مواد مركزة مسلسلة، وذلك في مؤلفه الشهير المعنون بـ«مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان». ويحتوي على 941 مادة، وقد طبعته الدولة المصرية في عام 1890م.
 (3) السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 17. وأنظر أيضاً في نفس المعنى — ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء 6، ص 20 و ص 21.
 (4) نشير إلى أننا سنركز في اجابتنا عن السؤال المطروح على عقد البيع باعتباره أهم العقود في المعاملات المالية، مع أن كثيراً من أحكامه تسري على غيره من العقود كالاجارة مثلاً.

— ثبوت الخيار للمشتري وحده.

— ثبوت الخيار لأجنبي بأن شرطه أحد المتبايعين لشخص ثالث أجنبي عن العقد.

1 — ثبوت الخيار لكل من المتبايعين:

العقد الذي يدخله خيار الشرط — كما رأينا — هو عقد غير لازم، وإلا لما كان من معنى أو فائدة للخيار. ويترتب على هذا أن الخيار، إذا كان لكل من المتعاقدين، كان العقد غير مرتب لآثاره في حقهما معا، أي أنه لا تزول ملكية البائع للمبيع ولا ملكية المشتري للثمن. فلا يدخل المبيع في ملك المشتري ولا الثمن في ملك البائع، وهذا لأن القاعدة في أثر غير خيار الشرط أن خيار من له الخيار يمنع من خروج بدله عن ملكه ومنه ثم لا ينفذ تصرف أحدهما في بدل الآخر حتى انتهاء مدة الخيار. وفي هذا يقول الكاساني: «إذا كان الخيار لهما... فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشتري، لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين وهو الخيار...»⁽¹⁾. وفي هذا المعنى أيضا تقضي المادة 52 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الشافعي بأنه: «لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في مدة الخيار، فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، ولمن سلم حق استرداد ما سلمه». وحكمه هذا واضحة، ذلك أن العقد لا يلزم العاقدين ما دام

(1) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 264. وأنظر في نفس المعنى، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، حلب، د. ت. ط، الجزء 2، ص 13 وما بعدها، أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد السادس، ص 713. شفيق أيوب، خيار الشرط في الفقه الإسلامي «المذهب الحنفي»، طبعة 1961، ص 107. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 474.

هناك خيار، لأنه قد يطرأ الفسخ من أحدهما. ولهذا كان التسليم غير لازم في مدة الخيار، حتى لو سلم أحد العاقدين المبيع أو الثمن في مدة الخيار، كان له ردّ ما سلّمه من ثمن أو مبيع⁽¹⁾.

2 - ثبوت الخيار للبائع وحده:

يرى الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾، يوافقهم في ذلك قول للشافعية والحنابلة⁽⁴⁾، أنه إذا كان الخيار للبائع يجب أن نميز بين موقف البائع والمشتري.

أ - فبالنسبة إلى البائع:

لا يخرج المبيع عن ملكه لأن رضاه مع شرط الخيار غير تام⁽⁵⁾. وما دام الرضا غير تام فإن أحكام العقد لا توجد بالنسبة إليه. لأن أحكام العقود لا تتبع إلا عقودا تكامل فيها الرضا. ومن ثم فليس للمشتري أن يتصرف في المبيع، فقد يفسخ البائع العقد⁽⁶⁾، وقد يتصرف فيه تصرفا آخر، فيعتبر تصرفه حينئذ اختيارا منه لفسخ العقد الذي اشترط فيه الخيار⁽⁷⁾.

(1) أنظر المادة 178 من التقنين المدني الأردني التي تنص على ما هو آت: «إذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية، فلا يخرج البدلان عن ملكها، فإن جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الآخر في ملكه».

(2) أنظر: أبا الحسن علي بن أبي بكر عبدالجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدىء، طبعة 1355 هـ الجزء 3، ص 28، الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 304، ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 115.

(3) ابن جزئي، المرجع السابق، ص 235.

(4) أنظر في عرض هذا القول، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 394.

(5) وقد نصت المادة 308 من مجلة الأحكام العدلية على أنه «إذا شرط الخيار للبائع فقط، لا يخرج المبيع من ملكه، بل يبقى معدودا من جملة أمواله...».

(6) راجع، الزيلعي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 16 وما بعدها، ابن نجيم البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 9.

(7) عبدالحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقه، طبعة 1989، ص 288.

ويترتب على ذلك انه إذا فبض المشتري المبيع فهلك في يده في مدة الخيار، فإن خيار البائع لا يسقط بالهلاك، بل يظل البائع على خياره إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، ووجب على المشتري ضمان قيمته لا الثمن لأنه كان مقبوضا في يده على سوم الشراء إذا هلك ضمن قيمته(1).

ب — أما بالنسبة إلى المشتري(2):

فإن هناك رأيين:

رأي الأول — يرى أن الثمن يخرج من ملك البائع ما دام البيع وقع باتا بالنسبة إليه، لأنه لم يشترط الخيار لنفسه. وهذا هو رأي الأمامين محمد وأبي يوسف.

ورأي ثان — يذهب إلا أن الثمن لا يدخل في ملك البائع حتى لا يجمع المبيع والثمن في يد البائع، وهذا ما لا يجوز في عقود المبادلة كما يقول الامام أبو حنيفة.

3 — ثبوت الخيار للمشتري وحده:

إذا كان الخيار للمشتري، لا يجب عليه دفع الثمن، فالثمن لا يزول من ملكه لأنه قد يفسخ العقد ولا يملك البائع مطالبته قبل انتهاء مدة الخيار. لكن المبيع يخرج من ملك البائع، لذا فليس له التصرف فيه، إذ قد يمضي المشتري العقد فيكون المبيع له(3). أما دخول المبيع في ملك المشتري فمحل خلاف.

(1) محمد، الأصل، المرجع السابق، الجزء 6، ص 21 وقد قال: «وإن كان الخيار للبائع والسلعة في يد المشتري فإن المشتري ضامن لقيمتها». الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 272، عبدالله بن محمود، المرجع السابق، الجزء 2، ص 13. وفي هذا أيضا تقضي المادة 308 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: «... فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضة فلا يلزمه الثمن بل يلزم أداه قيمته للبائع يوم القبض».

(2) أنظر في تفصيل هذا الموضوع، محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 474 و ص 275، أحمد إبراهيم، البحث السابق، ص 713.

(3) وقد نصت المادة 309 من مجلة الأحكام العدلية على أنه «إذا شرط الخيار للمشتري فقط، خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكا للمشتري».

فعند أبي حنيفة⁽¹⁾ لا يدخل ف يملك المشتري حتى لا يجتمع البدلان في ملكه، وهذا لا يجوز في عقود المعاوضة، وقد قال صاحب فتح القدير في ذلك «.... ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا أنه يدخل المبيع في ملكه، اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك أحد المتعاضين حكما للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع»⁽²⁾، وعليه يكون ملك المبيع موقوفاً إلى أن يتقرر مصيره بانتهاء مدة الخيار: فإما أن يدخل في ملك المشتري من تاريخ إبرام العقد أن أسقط خياره فأمضى العقد، وإما أن يبقى على ملك البائع إن هو اختار فسخه.

— وعند الصاحبين، وكذا في قول في مذهب الشافعي وأحمد، فإن ثبوت الخيار للمشتري من شأنه أن يخرج المبيع من ملك البائع وأن يدخله في ملك المشتري ابتداء من تاريخ العقد⁽³⁾.

ونرى أن هذا الرأي الأخير أولى بالاعتناء، ذلك أن العقد مع شرط الخيار عقد صحيح نافذ، ومقتضى صحة العقد ونفاذه أن ترتب عليه أحكامه بمجرد إبرامه. فلا سبب حينئذ يوجب التراخي، ذلك أن معنى الخيار هو فقط أن يكون للعاقده حق الفسخ، إذ العقد مع شرط الخيار غير لأزم لمن اشترطه، فيقتصر أثر الشرط على عدم اللزوم فقط دون تراخي أحكامه⁽⁴⁾.

(1) راجع، الكاساني، البدائع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 364.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، الجزء 5، ص 118.

(3) أنظر في هذا المعنى، الزيلعي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 16، محمد بن الحسن، المرجع السابق، الجزء 6، ص 8، وأنظر أيضاً المادة 309 من مجلة الأحكام العدلية.

(4) راجع في تفصيل هذا الموضوع، أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير، طبعة 1309هـ، الجزء 4، ص 71.

4 - ثبوت الخيار لأجنبي:

قد يكون الخيار للأجنبي عن العقد يشترطه له أحد أطراف العقد بموجب شرط خاص دون اشتراطه لنفسه، لأن الشخص عساه يحتاج إلى مشاورة غيره والرجوع إليه لأنه يهيمه رضاه بمحل العقد وقبوله له نظرا لخبرته أو لمعرفته بالمبيع. ويكاد الفقه الاسلامي يجمع على صحة اشتراط الخيار لأجنبي⁽¹⁾، وهذا ما نميل إلى الأخذ به، ذلك لأن كون الخيار من مقتضيات العقد لا يتنافى مع اشتراطه لغير المتعاقدين، إذ أن الحق في اشتراط الخيار ثابت أو لا للمتعاقد، فهو حق مقرر له، فإذا جعله لغيره، كان ذلك على وجه التوكيل والابانة، والتوكيل جائز ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرطه له الخيار، ولأنه يجوز لأحد العاقدين إذا شرط لنفسه الخيار أن يوكل غيره في إمضاء العقد أو فسخه. فإذا جاز أن ينيب غيره بعد ابرام العقد، جاز له أن ينيبه في أثناء العقد. وما دام الاشتراط للأجنبي من باب الابانة، يكون الخيار للثنتين: للشارط باعتباره أصيلا ولمن شرطه له باعتباره نائبا ووكيلا. وحينئذ يكون لكل من المتبايعين، أي للمشتري مثلا إذا كان هو الذي اشترط الخيار لغيره، ولهذا الغير أن يجيز

(1) أنظر عند الحنفية: الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 371 حيث جاء الآتي: «وإن كان خيار الشرط لغير العاقدين بأن شرط أحدهما الخيار لأجنبي فقد ذكرنا أنه جائز». الزيلعي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 19، ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 125، السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 47، وأنظر عند المالكية: أبو عبد الله محمد الخرشني، شرح الخرشني على متن سيد خليل، الجزء 5، طبعة 1317هـ بمصر، ص 132، وعند الحنابلة، ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 3، ص 587، منصور بن إدريس، المرجع السابق، الجزء 2، ص 48 و ص 49، وعند الشافعية: سمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة 1304هـ، الجزء 3، ص 92، وأنظر في الكتب الفقهية الاسلامي الحديثة: شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 17، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 392 و ص 393، محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 472، غير أنه يلاحظ أن زفر من الحنفية والشافعية في قوله له ذهب إلى عدم جواز الاشتراط لأجنبي، وحينئذ في ذلك ان الخيار شرع لمصلحة العاقدين، فلا يصح أن يكون لغيرهما، كما أن الخيار لما كان أثرا من آثار العقد وحكما من أحكامه فإنه لا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين (على الخفيف، المرجع السابق، ص 333، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 392).

البيع أو يفسخه لأن السلطة التي تكون للنائب (الغير هنا) تكون من باب أولى بالأصيل (وهو هنا المشتري) ما دام النائب يستمدها منه⁽¹⁾.

ومع ذلك فإننا نرى أن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل والايضاح، وذلك أنه قد يحدث أن يتوافق رأي النائب والأصيل وقد يحدث أن يختلف معه.

أ — فإذا توافق رأياهما — فإن أيهما أجاز، تم العقد، وأيهما فسخ، انفسخ العقد، فلا إشكال إذن يثار في هذه الحالة.

ب — أما إذا اختلف رأياهما — بأن أجاز أحدهما وفسخ الثاني، فإن آراء الفقهاء كما يلي:

— إن أجاز أحدهما وفسخ الآخر، كان تصرف السابق منهما إلى الاجازة أو الفسخ أحق بالاعتبار، ذلك لأن الاجازة إذا كانت هي السابقة، جاء الفسخ ووجد العقد لازما فلا يعمل شيئا، وإن كان الفسخ هو السابق، لم تجد الاجازة عقدا تلحق به. وقد قال السرخسي في هذا المعنى: «وإن قال المشتري قد أجزته وقال الذي له الخيار قد رددته، فإن سبق أحدهما فإن تصرف السابق منهما أولى إذا كان ردا أو إجازة لأنه يرد السابق منهما انفسخ العقد والمنفسخ لا تلحقه الاجازة، وبإجازة السابق انبرم العقد، وبعد إبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه»⁽²⁾.

(1) أنظر: الزيلعي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 19، ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 125. ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 3، ص 587.

(2) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، الجزء 13، ص 48. وأنظر في نفس المعنى، الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 271، ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 127.

— وإن تمت الاجازة والفسخ في نفس الوقت أو أنه لم يعرف على وجه التعيين أيهما سبق الآخر، فأي التصرفين أولى بالنفاد؟

اختلفت الاجتهادات الفقهية في الاجابة عن هذا السؤال، فوجدت في هذا الصندد روايتان:

الأولى — تذهب إلى أن الفسخ هو الأولى بالاعتبار سواء صدر من الوكيل أو من الأصيل، ذلك أن شرط لزوم العقد أن يكون متيقنا، وان الخيار مشروط للفسخ لا للاجازة، فإن تصرف أحدهما بالفسخ والآخر بالاجازة، كان المتصرف بالفسخ أولى لأنه تصرف شرع الخيار لأجله(1).

والثانية — تذهب إلى أن العبرة هي بالنظر إلى تصرف الأصيل فسحا . كان أو إجازة لأن الأجنبي يعتبر وكيلا، وللموكل أن يتصرف فيما وكل فيه غيره، وما دام الأصيل قد كشف عن نيته فلا حاجة إلى تصرف الوكيل ويعتبر تصرفه حينئذ عزلا منه للوكيل(2).

ونحن نرى أن ما ذهبت إليه الرواية الأولى أدنى إلى الصواب، ذلك أنه فضلا عن الحجة المعقولة التي أسست عليها رأيها، نعتقد أن صدور الاجازة من أحدهما والفسخ من ثانيهما في آن واحد إنما هو افتراض بعيد الوقوع في العمل، كما أن عدم استطاعة تعيين أي من التصرفين أسبق من الآخر أمر مستبعد إذ تمكن طرق الاثبات المختلفة عادة من إثبات أي منهما سبق الآخر.

(1) السرخسي، المرجع والموضع السابقان، ابن الهمام، نفس المرجع والموضع السابقين، عبد الله بن محمود، المرجع السابق، الجزء 2، ص 14.

(2) محمد بن الحسن المرجع السابق، الجزء 6، ص 19، الزيلعي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 19 و ص 20.

5 — العقود التي لا يرد عليها خيار الشرط:

لا يثبت خيار الشرط في كل العقود، بل يثبت في بعضها دون البعض الآخر، والفقهاء يقسمون العقود في هذا الصدد إلى ثلاثة أقسام:

- عقود لا تقبل الفسخ.
- عقود تقبل الفسخ بإرادة أحد المتعاقدين.
- وعقود تقبل الفسخ بإرادة المتعاقدين معا.

فما هي العقود التي يرد عليها خيار الشرط؟(1)

القسم الأول — العقود التي لا تقبل الفسخ:

إن العقود التي لا تقبل الفسخ لا يتصور فيها خيار الشرط، لأن مقتضى خيار الشرط هو إعطاء حق الفسخ لأحد المتعاقدين أو لكليهما حسب الاتفاق، وعقد الزواج من قبيل هذه العقود، لذا فإن خيار الشرط لا يرد عليه لأنه مناف لمقتضى الزواج، إذ أن عقد الزواج لا تراخى اثاره عن عبارته المنشئة له، بل إن اثاره تترتب بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائه(2). وخيار الشرط من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة إلى ما اشترطه لنفسه حتى تنتهي المدة أو يمضي أو يفسخ(3).

(1) أنظر في الاجابة المفصلة عن هذا السؤال: حاشية ابن عابدين على الدر المختار، المرجع السابق، الجزء 4، ص 50 و 51، ابن قاضي سماوة، المرجع السابق، الجزء 1، ص 237 وما بعدها، ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 3، ص 594 و ص 595.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 393، محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 480، وأنظر في نفس المعنى المادة 331 من مرشد الحيران.

(3) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 815، عدنان خالد التركماني، المرجع السابق، ص 211.

القسم الثاني — العقود التي لا تقبل الفسخ بإرادة أحد المتعاقدين:

وهي عقود غير لازمة بطبيعتها، وعليه فإنه يجوز لأحد المتعاقدين فسخها من تلقاء نفسه، وذلك مثل الوكالة الودیعة والعارية. فلكل من الموكل والوكيل والمودع والمودع لديه والمعير والمستعير حق فسخ العقد متى أراد بغير رضا صاحبه. لذا فإنه لا جدوى من خيار الشرط في هذا القسم من العقود، فالاشتراط فيها لغو لا معنى له ما دام يمكن لكل من المتعاقدين فسخها متى شاء⁽¹⁾، لأن الخيار هو التخيير بين إجازة العقد وفسخه، وهذا يمنع اللزوم طبعاً.

القسم الثالث — العقود التي تقبل الفسخ بإرادة المتعاقدين معا:

وهي العقود اللازمة بطبيعتها التي تقبل الفسخ. وهذه هي التي يرد عليها خيار الشرط ليكون لمن يشترطه لنفسه حق إمضاء العقد أو فسخه، ومن قبيل هذه العقود البيع والاجارة والرهن وغيرها من عقود المعاوضات⁽²⁾.

وإنما صحَّ الخيار في هذا القسم من العقود لأنه ثبت بالحديث المتقدم في خصوص البيع، وقد ألحق الفقهاء به ما كان في معناه من العقود اللازمة الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها لاحتياجها إلى التروي دفعا للضرر بخلاف العقود التي لا تحتل الفسخ لأنها لا تكون إلا لازمة ولو لم يقصد العاقد حكمها، فلا تنفسخ بالخيار بل يلغو ويصح العقد. وبخلاف العقود

(1) أنظر: أحمد إبراهيم، البحث السابق، ص 712، أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص 338، يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 293.

(2) شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 12، وأنظر المادة 330 من مرشد الحيران.

غير اللازمة أصلاً، فإنها يصح فسخها بدون خيار وبلا توقف على رضا العاقد الآخر، فلا حاجة إلى الخيار فيها⁽¹⁾.

6 - حكم العقد المقترن بخيار الشرط:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في أن العقد الذي صاحب إنشاءه اشتراط الخيار. في الفترة التالية لانعقاده والسابقة على إعمال الخيار، عقد غير لازم بالنسبة إلى من اشترط له الخيار ولازم بالنسبة إلى العاقد الآخر. ولصاحب الخيار أن يختار بين أن يفسخ العقد وأن يمضيه أي يجيزه⁽²⁾. ويحصل الفسخ أو الاجازة ممن له الخيار في الزمن المشروط بلفظ دال على المراد أو تصرف منه يشعر بذلك⁽³⁾.

أ - فسخ العقد المقترن بخيار الشرط:

فسخ العقد المشروط فيه الخيار يكون صراحة أو دلالة، سواء كان الخيار لكل من المتعاقدين أو لأحدهما أو لأجنبي⁽⁴⁾. أما نية الفسخ وحدها دون التعبير عنها فإنها لا تكفي، فقد جاء في الأصل لمحمد بن الحسن أنه «لو اختار ردها بقلبه كان ذلك باطلا»⁽⁵⁾. كما جاء في المبسوط للسرخسي أنه: «... إن اختار ردها عليه بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار لأن ما يكون بالقلب فهو نية، والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ كما لا يتعقد أصل العقد بها».

(1) أحمد أبو الفتح، المرجع السابق، الجزء 2، ص 215 و ص 216.

(2) وهذا نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 179 من التقنين المدني الأردني.

(3) وذلك هو نص المادة 54 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام الشافعي، والمادة 1/181 من التقنين المدني الأردني التي جاء بها مايلي: «يكون الفسخ أو الاجازة بكل فعل أو قول يدل على أيهما صراحة أو دلالة».

(4) أنظر الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 271 وقد قال: «وأيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل يدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا». وأنظر ابن الهمام المرجع السابق، الجزء 5، ص 126 حيث جاء أن «من اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره، فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض».

(5) محمد، المرجع السابق، الجزء 6، ص 11.

التعبير الصريح عن فسخ العقد:

وذلك كأن يقول البائع مثلا، أن كان هو صاحب الخيار: «فسخت البيع» أو «رفعته» أو «أبطلته» أو «أسقطته» أو «استرجعت المبيع» أو «رددت الثمن» أو «لم أجز البيع»⁽¹⁾. أو أن يقول المشتري — إن كان الخيار مشروطا له — «رفضت العقد» أو «خذ المبيع» وما شابه ذلك من الألفاظ التي تصرح بوضع حد للعلاقة التي تربط المتعاقدين⁽²⁾.

الفسخ عن طريق الدلالة:

ويمكن أن نطلق على الفسخ دلالة عبارة «الفسخ الضمني». وهو يتم بكل فعل يأتيه المعنى بالأمر يفيد الرجوع عن التعاقد. ومن قبيل ذلك أن يشترط البائع الخيار لنفسه، وقبل مضي مدة الخيار يتصرف في المبيع تصرف الملاك، كأن يبيعه لمشتري آخر، ففي هذه الحالة يعتبر فعله فسخا دلالة، لأن بيعه للثاني دليل على عدوله عن البيع الأول، وذلك اختيار منه للفسخ وترك للاجازه، ومن قبيل ذلك أيضا أن يتصرف المشتري، إن كان الخيار له، في الثمن تصرف الملاك، ذلك أن تصرفه هذا يعتبر دليلا على عدم رضاه بالعقد، وذلك كأن يهبه أو يتصدق به، فهذان التصرفان وماشكاهما يعدان فسخا للعقد نظرا لاشعارهما بعدم الإبقاء عليه. وقد قال الكاساني في بدائعه في هذا الصدد مايلي: «وأما الفسخ عن طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك في المبيع إن كان الخيار للبائع وفي الثمن إن كان عيننا إذا كان الخيار للمشتري، لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل على استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك إلا فسخا، فالأقدام على ذلك يكون فسخا للعقد دلالة»⁽³⁾.

(1) وقد قال الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 271: «نحو أن يقول من له الخيار، «فسخت البيع» أو «تقضته» أو «أبطلته» أو ما يجري هذا الجرى».

(2) أنظر: شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 79، عدنان خالد التركاني، المرجع السابق، ص 213.

(3) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 272.

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى أن ما قلناه أعلاه إنما يخص الحالة التي يكون الخيار فيها ثابتا لأحد العاقدين فحسب. أما إذا كان الخيار لهما معا، فإن لصاحب الخيار أن يفسخ العقد، وحينئذ لن يكون بوسع العاقد الآخر أن يجيزه بعد ذلك لا صراحة ولا دلالة، إذ بالفسخ يسقط خيار الآخر، فلا خيار إلا في العقد وقد بطلل(1). أما إذا أمضاه فإنه يبقى للآخر خياره فيفسخه أو يمضيه إن أراد(2).

ب - إجازة العقد المقترن بخيار الشرط:

يسقط خيار الشرط ويلزم العقد بامضاء العقد صراحة أو دلالة ولا يجوز فسخه بعد ذلك. وقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني ما يأتي: «... وأما بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق، أما خيار البائع فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان في الأصل، أحدهما اختياري والآخر ضروري. أما الاختياري فالإجازة لأن الأصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع... والإجازة نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالته»(3).

(1) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 271، حيث يقول: «... وأيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح، أو فعل ما يدل على الفسخ، انفسخ العقد أصلا ورأسا، ولا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد ذلك...».

(2) وفي ذلك تقضي المادة 180 من التقنين المدني الأردني بأنه: «إذا كان الخيار مشروطا لكل من العاقدين، فإن اختار أحدهما الفسخ انفسخ العقد ولو أجازته الآخر، وإن اختار الإجازة بقي للآخر خياره مدة الخيار».

(3) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 272. وانظر أيضا، محمد، المرجع السابق، الجزء 6، ص 14، حيث يقول: «ليس للبائع بعد الرضا أن ينقض البيع»، السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 46، إذ يقول: «إن اختار البائع لزوم البيع فليس له بعد ذلك أن ينقضه». وانظر في نفس المعنى، عبدالله بن محمود، المرجع السابق، الجزء 2، ص 15. وقد جاء في المادة 706 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ما يقرب من هذا المعنى، إذ قضت بأنه «إذا اختار من له الخيار إمضاء العقد في الأجل المعين قانونا أو اتفاقا صار البيع باتا، واعتبر المشتري مالكا للمبيع من يوم العقد».

ويتم ذلك بتعبير صاحب الشأن صراحة على نيته في الاجازة، كأن يقول صاحب الخيار في مدة الخيار: «أجزت البيع» أو «أو جُبتَه» أو «لا أريد فسخه»، أو «أسقطت خياري» ونحوها من الألفاظ التي تفصح صراحة عن إرادة صاحب الخيار، فهذا تصريح بالرضا فيبطل الخيار ويلزم العقد(1).

الاجازة دلالة:

كما تصح الاجازة باللفظ، تصح أن تكون بالفعل الدال عليها، وذلك كأن يتصرف صاحب الخيار في الثمن بما يفهم منه أنه أسقط خياره وأجاز البيع، وذلك كما إذا كان الثمن عينا فبإعارة البائع أو وهبه مثلا، أو دينا في ذمة المشتري فساومه على شراء شيء به منه أو أبراه منه أو وهبه له. فكل هذه التصرفات وما شابهها دليل على أن صاحب الخيار اختار لزوم البيع(2).

ويجب أن نلاحظ أن وقتنا السابق هذا يصدق فيما إذا كان الخيار لواحد من العاقدين. أما إذا كان لهما معا، فإن المسألة على حالها عند الاجازة، إذ يلزم العقد من أجزاه والآخر على خياره حتى يجيزه هو أيضا فيصبح العقد لازما بالنسبة إليهما، وقد قال صاحب البدائع مايلي: «وأما

(1) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 267.

(2) ض: من حقه، البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء 6، ص 20، وقد جاء به أن «كل تصرف لا يخل إلا في الملك فهو إجازة». وأنظر أيضا، عبدالله بن محمود، المرجع السابق، ص 15؛ أحمد أبو الفتح، المرجع السابق، الجزء 2، ص 218، أحمد إبراهيم، البحث السابق، ص 713، محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 476 و ص 477، وقد نصت المادة 708 من محبة الالتزامات والعقود التونسية على هذا المعنى فقضت بأنه: «ليس للمشتري أن يفسخ العقد إن صدر منه ما يدل على أنه اعتبر نفسه مالكا خصوصا:

— إذا تصرف في البيع برهن أو بيع أو إجازة أو استعماله لنفسه.

ب — أو عابه عمدا.

ج — أو غير داته.

وإذا حصل ذلك من البائع حمل على أنه اختار محل العقد فليس له أن يطلب تنفيذه».

خيار البائع والمشتري جميعاً، فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد، فأيهما أجاز صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح، أو فعل ما يدل على الاجازة، بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره إن شاء أجاز وإن أجاز وإن شاء فسخ⁽¹⁾. ثم أردف قائلاً: «وإنما اختلف حكم الفسخ والاجازة، لأن الفسخ تصرف في العقد بالابطال، والعقد بعدما بطل لا يحتمل الاجازة، لأن الباطل متلاش. وأما الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالتزام لا بالاعدام، فلا يخرج عن احتمال الفسخ أو الاجازة. ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران، لأن الفسخ أقوى من الاجازة. ألا ترى أنه يلحق الاجازة، فإن المجاز يحتمل الفسخ، فأما الاجازة فلا تلحق الفسخ، لأن المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ أقوى من الاجازة⁽²⁾».

مضي المدة دون اختيار:

إن الخيار يسقط بمضي مدته دون إعمال صاحب الخيار حقه في فسخ العقد، ذلك أن سكوته إلى أن مضت المدة دليل ضمني على أنه أثر الامضاء إذ لم يكن هناك ما حيول دونه وإعمال حقه في الفسخ لو أنه كان يروم ذلك، ولأنه لو كانت رغبته عدم الامضاء لأسرع إلى إبانة غرضه وفسخ العقد، وهذا لأن الأصل في العقد البتات، والخيار عارض، والخيار موضوع للفسخ لا للاجازة، فإن مضت المدة دون فسخ، عد ذلك إجازة ضمنية، وإن من شرط له الخيار لا يملك فسخ العقد إلا فيها، فإذا مضت ولم يفسخ لزم العقد من ناحيته. وفي هذا المعنى قال الكاساني مايلي: «... أما خيار البائع، فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان في الأصل: أحدهما اختياري والآخر ضروري، أما الاختياري فالاجازة... وأما الضروري فتلاثة أشياء

(1) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 271، شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 16.

(2) الكاساني، المرجع والموضع السابقان.

أحدهما مضي مدة الخيار لأن الخيار مؤقت به، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية»⁽¹⁾. وعلى مثل ذلك نصت المادة 305 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار، لزم البيع»⁽²⁾. كما نصت المادة 500 منها، بصدد الاجارة، على أنه «لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ المحيز وإجازته يسقط الخيار وتلزم الاجارة»⁽²⁾.

7 - هل يشترط علم المتعاقد الآخر بالفسخ أو بالاجازة؟

أ - بالنسبة إلى العلم بالفسخ:

اختلفت الاجتهادات الفقهية في وجوب أو عدم وجوب علم المتعاقد الآخر بالفسخ الواقع من صاحبه، وهذا كما يلي:

— مذهب المالكية والحنابلة والشافعية:

ذهب فقهاء المالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ إلى عدم اشتراط أن يتم الفسخ في حضرة المتعاقد الآخر، بل أجازوه ولو تم في غيبة، لأن حق

-
- (1) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 267 و ص 268. وأنظر في نفس الرأي: الخطاب، مرجع السابق، الجزء 4 ص 417، السرخي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 46.
- (2) وهو نفس المعنى الذي أشارت إليه المادة 55 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك بنصها على أنه «إذا انتهت مدة الخيار ولم يحصل ممن له الخيار إمضاء أو فسخ اعتبر ذلك إمضاء للبيع...». كما أنه هو ما نصت عليه المادة 181 من التقنين المدني الأردني إذ قضت بأنه «إذا مضت المدة دون الخيار الفسخ أو الاجازة لزم العقد». وهو أيضا ما قضت به المادة 707 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي جاء بها مايلي: «إذا مضت مدة المذكورة من غير أن يختار من له الخيار إمضاء البيع أو حلة حمل على أنه رضي بالبيع».
- (3) أنظر ابن جزىء، المرجع السابق، ص 234.
- (4) أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 2، ص 519. ومنصور بن إدريس، المرجع السابق، الجزء 2، ص 49، حيث جاء أن «لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه لأن الفسخ... جعل إليه، فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه...».
- (5) ح.ع. الرملي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 21. راجع كذلك، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي، المنهاج، الجزء الأول، طبعة 1343 هـ، ص 266.

الفسخ ثابت لمن شرط له الخيار فلا يفتقر إلى رضا صاحبه. وعليه، فلا يتوقف نفاذه على علم العاقد الآخر أو حضوره بعد أن توافقا على ذلك. ويجب أن يترقبه هذا المتعاقد في كل وقت من أوقات مدة الخيار، فلا وجة إذن لأن يكون الفسخ في حضرته أو إلى إعلامه به.

مذهب الحنفية:

من تتبع مراجع الفقه الحنفي، في هذا الموضوع، تبين لنا أن أنظار فقهاء هذا المذهب انقسمت إلى رأيين: رأي أبي حنيفة ومحمد ورأي أبي يوسف⁽¹⁾.

رأي أبي حنيفة ومحمد:

يعتبر هذا الرأي أن العلم بالفسخ شرط لازم لصحة الفسخ، فإن لم يحضر المتعاقد الآخر أو لم يعلم لم يجوز الفسخ⁽²⁾.

وحجة هذا الرأي أنه في حالة عدم هذا المتعاقد بالفسخ، فقد يصاب بضرر، لأن المشتري قد يتصرف في المبيع ظنا منه أن البائع باق على عقده، فيجب عليه الضمان، والبائع قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر لسعته اعتقادا منه أن المشتري لم يفسخ العقد. فاشتراط العلم من الطرف الآخر

(1) وقد جاء في الهداية وفتح القدير أن «من شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة، وله أن يجيز فإن أجازته بغير حضرته صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وهو قول الشافعي، والشرط هو العلم، وإنما كني بالحضرة عنه» (ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 120).

(2) أنظر، ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 112، إذ يقول: «إن فسخ من له الخيار في المدة بغير حضرته الآخر أو بغير علمه لم يجز». البائري، المرجع السابق، الجزء 5، ص 123، وقد جاء فيه: «الشرط هو العلم دون الحضور». وجاء في بدائع صناع نيكاساني، الجزء 5، ص 273: «حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا، إن علمه صحه بنفسه في مدة الخيار، نفذ». أنظر كذلك، ابن قاضي سماوة، المرجع السابق، الجزء 1، ص 242.

يمنع وقوع هذا الضرر⁽¹⁾. وقد جاء في رد المختار أنه «لو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه، ذكره الاسبيجاني»⁽²⁾. وجاء في البدائع: «وكذا لو أجاز البائع العقد بعد فسخه وقبل علم صاحبه، جازت إجازته ولزم العقد وبطل الفسخ»⁽³⁾.

رأي أبي يوسف:

خالف أبو يوسف فيما يراه كلا من أبي حنيفة ومحمد، وراح يوافق رأي الأئمة الثلاثة الآخرين، فقال بالا ضرورة لعلم الطرف الآخر بالفسخ تأسيسا على أن الفسخ قد تم بموافقة ضمنية سابقة ممن عليه الخيار بمقتضى السلطة الممنوحة لصاحبة الخيار في صلب العقد، فلا معنى لتقييده بشيء آخر بعد ذلك⁽⁴⁾. ثم إن صاحب الخيار، إذ يفسخ العقد، إنما يمارس حقا خالصا له، فيجب إذن أن لا يتوقف فسخه على علم الطرف الآخر، فقد قال السرخسي في هذا الصدد: «إن تصرف صاحب الخيار بالفسخ يلاقي خالص حقه فيكون نافذا... إن الخيار خالص حق من له الخيار، ولهذا لا يشترط رضا الآخر في تصرف من له الخيار بحكم الخيار، فكذلك لا يشترط حضوره»⁽⁵⁾. وقال صاحب كشف الأسرار مايلي: «وقال أبو يوسف ان فسخه جائز من غير توقف على علم الآخر لأن الخيار خالص له»⁽⁶⁾. فلا يشترط إذن لصحة الفسخ تراضي الطرفين عليه، كما لا يحتاج من باب أولى إلى قضاء القاضي به⁽⁷⁾.

(1) وقد قال اصح فتح القدير، المرجع السابق، الجزء 5، ص 122: «وهذا نوع ضرر جبي، من قبل الانفراد بالفسخ، فيتوقف على علمه كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلا بالشراء، وضلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلا بالبيع».

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء 4، ص 57. وهو ما جاء حرفيا في البحر الرائق لابن نجيم، المرجع السابق، الجزء 6، ص 17.

(3) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 273.

(4) أنظر: السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 44، عبدالله بن محمود، المرجع السابق، الجزء 2، ص 13، شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 81.

(5) نسحسي، المرجع والموضع السابقان.

(6) أنظر: علاء الدين عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، مطبوع على أصول فخر الاسلام البزدوي، الجزء 4، طبعة 1308هـ، ص 147.

(7) ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 111، ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 3، ص 571.

ب — بالنسبة إلى العلم الاجازة:

إذا تم التعبير عن نيّة الاجازة بأية صورة من صور التعبير عنها، فلا يشترط لصحة الاجازة علم الطرف الآخر بها. فقد ورد في تبیین الحقائق للزبلي مايلي: «وكالاجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها، فلهذا لا يشترط رضاه، ولأنه لا ضرر فيها على صاحبه...»(1). كما ورد في المبسوط للسرخسي ما هو آت: «وإن اختار لزوم البيع والمشتري غائب فهو جائز لأنه لا يلزم المشتري بتصرفه... فالبيع لأزم في جانب المشتري، وإنما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ بالاجازة، وذلك صحيح منه بعد غيبة المشتري، فليس له بعد ذلك أن ينقضه، كما لو لم يكن في البيع خيار لواحد منهما»(2).

وبعد استعراض الآراء السابقة، نرى مايلي:

فبالنسبة إلى العلم بالفسخ: فإننا نميل إلى رأي الامام أبي حنيفة ومحمد الذي يشترط علم العاقد الآخر بالفسخ الواقع من صاحبه دفعا للضرر(3).

أما بالنسبة إلى العلم بالاجازة — فنرى الاضرورة لعلم هذا العاقد بها، إذ أنها لا ضرر فيها عليه، بل هي إبقاء لحقه(4).

-
- (1) الزبلي، المرجع السابق، الجزء د، ص 18. شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 94.
 - (2) السرخسي، المبسوط، المبسوط. المرجع السابق، الجزء 13، ص 47.
 - (3) وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 182 من التقنين المدني الأردني حين نصت على أنه: «يشترط لصحة الفسخ اختياره في مدة الخيار وعلم الطرف الآخر به إن كان الفسخ بالقول ولا يشترط فيه التراضي أو التقاضي».
 - (4) وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 182 المذكور آنفا فقضت بما يلي: «أما الاجازة فلا يشترط علم الطرف الآخر بها».

إذا توفي صاحب خيار الشرط قبل أن يختار، فهل ينتقل الخيار إلى ورثته أم لا ينتقل؟

لقد اختلفت اجتهادات الفقهاء، ويمكن ردها إلى اتجاهين: اتجاه يقول بعدم انتقال حق الخيار إلى الورثة، واتجاه آخر يقول بانتقاله:

الاتجاه الأول — حق الخيار لا ينتقل إلى الورثة:

ذهب الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ إلى القول بسقوط خيار الشرط بوفاة صاحبه، فلا يخلفه وارثه في استعمال خياره. وبناء على ذلك، فإذا اشترط البائع أو المشتري في عقد البيع الخيار لنفسه أو لغيره ثم توفي قبل أن يختار مضاء العقد أو فسخه، أو توفي من اشترط له ذلك من الأجانب عن العقد قبل ذلك، فإن الخيار يبطل ويلزم العقد ولا يكون لو ارث من اشترط له الخيار أن يفسخ العقد بعد ذلك⁽³⁾.

(1) أنظر: محمد، المرجع السابق، الجزء 6، ص 28، حيث جاء مايلي: «إذا مات صاحب الخيار، فلا يورث الخيار ولا يكون لغير من اشترطه»، الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص 268، وقد قال: «.. لأن خياره يخيره بين الفسخ والاجازة، ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث»، السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 42، حيث ورد الآتي: «إن كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار، فقد انقطع خياره ولزم البيع، وكذلك إذا كان للبائع فمات البائع، أو كان الخيار لهما جميعا فماتا، فقد لزم البيع، وأجمعوا على أنه مات من علمي الخيار فإن الخيار باق» وأنظر في هذا المعنى، الزيلعي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 30.

(2) أنظر: الكافي للشيخ موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، منشورات المكتب الاسلامي بدمشق، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، ص 52، ذكره عدنان خالد الترككاني، المرجع السابق، ص 215، هامش 5.

(3) وقد نضت المادة 183 من التقنين المدني الأردني على ذلك بقولها: «يسقط الخيار بموت صاحبه في خلال مدته، ويلزم العقد بالنسبة إلى ورثته، ويبقى الآخر على خياره إن كان الخيار له حتى نهاية مدته».

ويعلل الفقهاء القائلون بعدم انتقال حق الخيار إلى الورثة رأيهم بما يلي:

أ — بقوله صلى الله عليه وسلم: «من ترك مالا فلورثته»، وقد اقتصر الحديث على ذكر كلمة «المال» فوجب الوقوف عنده والاعتصار عليه، فالزيادة عليه زيادة في الدين، وكل زيادة في الدين مردودة. أما ما روي من إضافة كلمة «حق» إلى الحديث فمردودة لأن الصحيح أنها زيادة من الراوي فلا تصلح دليلاً⁽¹⁾.

ب — إنه لا يورث إلا ما كان مالا أو في حكم المال من الحقوق المالية كالديون وحق التعليق وحق الشرب، أما الخيار فهو من الحقوق الشخصية التي لا تورث لأنه مجرد رغبة ومشئنة تتبع صاحبها ولإبقاء لها بعد موته، لاحقا ماليا حتى يمكن انتقاله إلى ذمة الورثة بالوفاء. وقد قال السرخسي في هذا الخصوص: «ولا تتحول مشيئته بالموت إلى غيره لأن إرادته ومشئته صفة، فلا تتحمل الانتقال منه إلى غيره»⁽²⁾، ثم أضاف في نفس الموضوع قائلا إن: «الوارث يخلف المورث فيما هو مال وهذه مدة ملحقة بالعقد شرطا»⁽³⁾.

ج — ويضاف إلى ما سبق أن خيار الشرط إنما الغرض منه هو التأمل والتروي والمشاورة، وقد بطل كل ذلك بوفاة صاحبه. ثم إن الخيار ثبت للعاقد بالنص، والوارث ليس بعاقدا.

وترتيباً على ما تقدم، فإذا اشترط البائع أو المشتري، في عقد البيع، الخيار ثم توفي قبل أن يختار إمضاء العقد أو فسخه، فإن الخيار يسقط ويلزم العقد، ولا يكون لوارث صاحب الخيار أن يفسخ العقد بعد ذلك⁽⁴⁾.

(1) أنظر في ذلك، علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة العاشرة، العددان 5 و 6، ص 13.

(2-3) السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 42.

(4) وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على عدم انتقال حق خيار الشرط إلى الورثة فقضت في المادة 306 منها بأن «خيار الشرط لا يورث، فإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع، وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار».

أما موت الطرف الذي عليه الخيار، فلا أثر له على حكم الخيار، إذ يبقى لصاحب الحق خياره، حتى نهاية المدة المقررة له، وله إن شاء أن يرد البيع على الورثة بموجب سلطة الفسخ التي يملكها(1).

الاتجاه الثاني - حق الخيار ينتقل إلى الورثة:

يرى المالكية والشافعية أن حق الخيار لا يبطل ب وفاة المورث، بل ينتقل بموته إلى ورثته، فالوارث يقوم مقام مورثه في الاجازة والفسخ حسبما يريد، لأن الوارث يخلف مورثه في كل ما ترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار، فقد قال الخطاب وهو يشير إلى رأي المالكية إن «لورثة البائع أو المشتري ما كان لمورثهم من الخيار لأنه حق له فيورث عنه»(2). وقال السرخسي، وهو يعرض رأي الشافعي: «وقال الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار، لأن هذا حق لازم ثبت في عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والتمن.... والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكا له، فإذا كان الملك باقيا للبائع في المبيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال، فمن ضرورة انتقال الملك إلى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه...»(3).

-
- (1) السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 42، وقد جاء به: «وأجمعوا أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق». وانظر في نفس المعنى: شفيق أيوب، المرجع السابق، ص 58.
- (2) الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء 4، ص 431، أنظر في عرض هذا الرأي أيضا، ابن رشد (بداية المجتهد... المرجع السابق، الجزء 2، ص 182)، حيث قال: «إن الأصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث كأموال إلا ما قام الدليل على مفارقتها الحق في هذا المعنى للمال». وانظر من فقهاء المالكية أيضا: ابن جزوي، المرجع السابق، ص 235، شهاب الدين القرافي، الفروق، الجزء 3، طبعة 1344هـ، ص 283.
- (3) السرخسي، المرجع السابق، الجزء 13، ص 42، وقال الكاساني أيضا بصدد عرضه لرأي الامام الشافعي مابلي: «وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والاجازة...» (المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 268). وانظر في نفس المعنى: الرملي، المرجع السابق، الجزء 3، ص 94، الشيرازي، المرجع السابق، الجزء 1، ص 266.

ويعمل هذا الاتجاه ما ذهب إليه بما يلي:

أ — إن الأصل أن كل ما كان للشخص، حين نجبه الموت، ينتقل بالموت إلى ورثته، لقوله صلى الله عليه: «من ترك حقا أو مالا فلورثته»، وهو ما تقضي به مصلحة المتوفي والنظر له، فهو إنما جمع ماله وحازره حال حياته لينتفع به، وانتفاع أقرب الناس إليه كما انتفاعه نفسه به.

ب — إن هذا الأصل عام يشمل جميع الأموال والمنافع والحقوق، سواء ما كان منها ملازما للأعيان ينتقل معها إذا انتقلت إلى يد أخرى كحقوق الارتفاع، وما كان منها تابعا لارادة من هي حق له ومشية كحق الخيار، فهو وإن كان رغبة ومشية، فإنه يتصل بحق مالي في نهاية الأمر، ولذلك فإن الورثة يحلون محل مورثهم في استعمال هذا الحق.

وتأسيسا على ما سلف، فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون انتقال حق الخيار بالميراث إلى الوارث، ذلك أنه إذا كان انتقال محل العقد، وهو المال الذي تعلق به الخيار، بطريق الاعرث، فكذلك ينتقل ما استتبعه بطريق الاعرث بالتبعية لانتقال المال، فيكون للوارث بعد موت مورثه من الخيار ما كان لمورثه⁽¹⁾.

والآن وبعد عرض الرأيين السابقين، فإننا، أسوة بما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين⁽²⁾، نرى ترجيح القول بانتقال الخيار إلى الورثة، وهذا لسببي:

(1) أنظر المادة 710 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي نصت صراحة على انتقال الخيار إلى الوارث فقضت بأنه «إذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه، وإن صار محجورا عليه قبل أن يختار قدم المجلس عليه مقدما ليختار الأصح بالمحجور عليه». وأنظر على عكس ذلك المادة 183 من التقنين المدني الأردني التي تقضي بما يلي: «يسقط الخيار بموت صاحبه في خلال مدته، ويلزم العقد بالنسبة إلى ورثته، ويبقى الآخر على خياره إن كان كان الخيار له حتى نهاية مدته».

والآن وبعد عرض الرأيين السابقين، فإننا، أسوة بما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين⁽¹⁾، نرى ترجيح القول بانتقال الخيار إلى الورثة، وهذا لسببين:

الأول — إن القول بعدم وراثته خيار الشرط قول لا معنى له، خاصة إذا علمنا أن الفقهاء انعقد إجماعهم على وراثته خيار العيب، وقد صار للورثة ما اشترى مورثهم بشرط الخيار، وعليهم دفع ثمنه⁽²⁾.

الثاني — إن القول بانتقال حق الخيار إلى الورثة أولى بالاتباع، ذلك أن معنى المالية فيه غالب، فهو حق يثبت بناء على عقد معاوضة التزم الطرفان به وبآثاره. وقد روعيت تلك الآثار في تحقق الرضا وأبني عليها الالتزام، فوجب أن يأخذ حكم الأموال في انتقاله إلى الورثة بالوفاة، وإلا كان في سقوطه بالموت ضرر بأحد الطرفين ونفع للآخر من غير مقابل، بل بمجرد المصادفة والحظ، وهذا ما لا يرضاه الشارع الحكيم. وذلك هو خيار الشرط في الفقه الإسلامي.

(1) انظر، علي الخفيف، تأثير الموت... البحث السابق، ص 61، محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 477.

(2) أنظر: الخطاب، المرجع السابق، الجزء 4، ص 431، ابن جزي، المرجع السابق، ص 235، القرافي، المرجع السابق، الجزء 3، ص 283، الرملي، المرجع السابق، الجزء 3، ص 94، الشيرازي، المرجع السابق، الجزء 1، ص 266، علي الخفيف، تأثير الموت، البحث السابق، ص 58، محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 477، هامش 1.