

خيار التروية

وأثره على العقدة

بينت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

للدكتور لاشين محمد يونس الفياني (*)

مقدمة :

١ - تعريف الالتزام بين الشريعة والقانون :

باستقراء ما سطر بشأن تعريف الالتزام في القانون الوضعي نجد أن هناك تعددا للتعريفات المقول بها في هذا الخصوص ، ويرجع ذلك الى اختلاف الزاوية أو الفلسفة التي ينظر اليها بشأن الالتزام .

ويذهب البعض الى القول بأن الالتزام في فقه القانون هو واجب قانوني على شخص بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل لصالح شخص آخر (١) .

وفي اعتقادنا ان هذا التعريف قاصر ، اذ أن الالتزام كما يكون بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل فإنه أيضا يكون بنقل حق الى الدائن .

كما أن البعض يذهب الى القول بأنه « اذا نحن أردنا أن نضع تعريفا يتفق مع النظرة التي صدر عنها الفقهاء المدني المصري أمكن القول بأن الالتزام رابطة يمسك بمقتضاها شخص عن القيام بأداء مالي معين » (٢) .

وفي اعتقادنا أن هذا التعريف هو الأقرب الى الصحة ، فالالتزام في القانون الوضعي - في نظرنا - عبارة عن رابطة أو علاقة قانونية بين

(*) عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا ورئيس قسم القانون الخاص .

(١) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية الكتل الأول في مصادر الالتزام « العقود والعهود » مطبعة السعادة طبعه ١٩٧٥ بند ٢ ص ٨ .

(٢) الدكتور أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الأول

مصادر الالتزام طبعه ١٩٧٨ بند ١٢ ص ٣٥ .

شخصين توجب على أحدهما القيام بأداء مالي معين لصالح الآخر (٣) وقد يكون الأداء هو نقل حق الي الدائن ، أو القيام بعمل لا يحتوى على نقل حق ، كما أنه قد يكون مجرد امتناع المدين عن عمل معين كان من الجائز أن يقوم به لو لم يوجد الالتزام كامتناع بائع محل معين بعدم منافسة المشتري في نطاق زمنى ومكانى محددين .

وإذا انتقلنا بعد ذلك شطر الفقه الاسلامى نجد أن الالتزام يعرف بأنه يجب الشخص على نفسه أمرا جائزا شرعا ولم يكن لازما له (٤) .

وبعقد مقارنة بسيطة بين تعريف الالتزام فى القانون الوضعى والفقه الاسلامى يبين أن مصدر الالتزام الشرعى هو ارادة الشخص الملتزم نفسه بينما مصدر الالتزام الوضعى فهو بجانب الارادة يوجد أيضا الفعل الضار والنافع حيث يرتب القانون على أى منهما أثرا ملزما . كما قد يكون القانون نفسه هو المصدر المباشر لهذا الالتزام (٥) .

وإذا كان ما تقدم بشأن تعريف الالتزام فان التساؤل الذى يدور الآن هو ما مصادر الالتزام ؟

وهذا ما سنعرض له حالا .

٢ — مصادر الالتزام بين الشريعة والقانون :

يمكن القول بأن مصدر الالتزام يقصد به السبب القانونى الذى ينشئ الالتزام (٦) أو بمعنى آخر فان مصدر الالتزام هو السند القانونى أو الواقعة التى أنشأت الالتزام (٧) .

(٣) راجع مؤلفنا — دروس فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٨٣ ص ٧ .

(٤) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا السابق ص ١٣ .

(٥) المرجع والموضع السابقين .

(٦) د . عبد الرازق أحمد السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى

— نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام — المجلد الاول الطبعة الثالثة

١٩٨١ ص ١٥١ .

(٧) راجع تفاصيل ذلك مؤلفنا السابق ص ١٦ .

وطبقا للفقهاء اللاتينى فان مصادر الالتزام خمسة هي : العقد والارادة المنفردة والاثراء بلا سبب ، والفعل الضار والقانون .

أما الفقه الاسلامى فاننا نجد يفرق بين التصرف القانونى ، والواقعة القانونية ويقصد بالتصرف القانونى أن تنتج الارادة لاحداث أثر قانونى ، أما الواقعة القانونية فيقصد بها أية واقعة يترتب عليها أثر قانونى بمعرفة الشارع كما هو الحال بالنسبة للفعل الضار أو النافع أو الولادة أو الوفاة .

ومن الملاحظ ان الفقه الاسلامى والفقه الجرمانى الحديث يقتربان من بعضهما بخصوص مصادر الالتزام . ويذهب بعض الفقهاء (٨) الى تحبيذ فكرة الالتزام والالزام الموجودة فى الشريعة الاسلامية بحسبان انها ترود الدراسات القانونية بفكرة جديدة وتتيح أسلوبا واضحا فى البحث الامر الذى يقتضى الاخذ بهذه الفكرة مع تعميق فهمها ، ويطلب صاحب هذا الرأى فقه القانون الوضعى الاخذ بالفكرة المذكورة باعتبار أن هذه الفكرة ستكون أداة يمكن من خلالها استقلال فقه القانون الوضعى عن الارتباط بالفقه الاجنبى الامر الذى يجعل لفقهما الوضعى كيانا وأصولا ومصطلحات خاصة به - تركز على لغتنا الفصحى وتراثنا الاسلامى العربى العريق ، لا سيما وان التفرقة بين الالزام والالتزام تمتاز بالتعبير الصادق واللغة السهلة والمضمون الدقيق والمعنى الواضح من كافة المصطلحات الشبيهة فى الفقه اللاتينى والجرمانى على حد سواء .

ويضيف صاحب هذا الرأى (٩) مستطردا - انه اذا كان لنا الوقوف عند لغتنا ، وان نسعى لبناء كيان قانونى مستمد من تراثنا ، فان - هذا

(٨ ، ٩) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار المراجع السابق بند ١٣ ،

الرأى — يرى الإخذ بالتفرقة بين « الالتزام والالزام » تأسيسا على ان الالتزام هو ايجاب الشخص على نفسه أمرا جائزا من حيث الشرع « أو القانون » ومصادر الالتزام هى العقد والعهد (الارادة المنفردة) أما فيما يتعلق بالمصادر الاخرى للالتزام التى تذكر فى الدراسات القانونية فهو بعض مصادر الالزام .

ومن جانبنا نعتقد أن هذا الرأى محل نظر ، بحسبان انه وكما يقول الامام الشافعى لا مشاحنة فى الاصطلاح ، اذ انه اذا كان الامر هو مجرد تغيير فى المصطلحات المستعملة دون تغيير ما يندرج تحت هذه المصطلحات من افكار فلا داعى للمشاحنة .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ان هذا الرأى يعتقد ان تغيير مصطلح أو أكثر سيؤدى الى استقلال فقه القانون الوضعى عن الفقه الاجنبى وهذا أمر لا يتفق وحقيقة الواقع اذا ان فقه القانون الوضعى لا ينفصم عن الفقه الاجنبى لعدة أسباب لعل أوضحها وأبرزها ان تشريعنا الوضعى مستمد فى أغلب احكامه من قوانين أجنبية وعلى وجه الخصوص القانون الفرنسى وأبسط قواعد التفسير تقتضى الرجوع — عند الضرورة — الى القانون المأخوذ عنه قانوننا الوضعى باعتبار ان هذا الجانب — وهو غالبا القانون الفرنسى — يعد مصدرا تاريخيا لقانوننا الوضعى .

فهذا الرأى رغم الروح الطيبة التى ينبعث منها ونبيل الغاية التى مبتغاها الا أننا لا نرى الاخذ به ، فى الوضع الحالى على الاقل — أى الوضع الذى ما زال فيه القانون الفرنسى هو المصدر التاريخى الأساسى للقانون المدنى المصرى — وذلك للأسباب المشار إليها حالا .

٣ — العقد كمصدر للالتزام :

وإذا اقتصر الحديث على العقد باعتباره أحد مصادر الالتزام ، فنجده

يعرف في القانون الوضعي بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني
بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انتهائه (١٠) .

أما الفقه الإسلامي فهو يعرف العقد بأنه ارتباط القول بالإيجاب على
وجه يظهر أثرًا شرعيًا في المحل (١١) .

وبمقارنة تعريف الفقه الإسلامي وتعريف الفقه الوضعي ، نلاحظ أن
الفقه الإسلامي أبرز الجانب المادي للتراضي أي الإيجاب والقبول ، كما
أوضح الأثر الجوهري للعقد وهو محله فهذا هو العقد كما يظهر في الوجود
بعكس التوافق في القانون الوضعي دون التعبير عنه بمظهر مادي فلا يكفي
لقيام العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأثر القانوني للعقد ان لم
يرد على محل فهو والعدم سواء (١٢) .

واركان العقد ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب .
وبالنسبة للمحل يشترط أن يكون موجودا أو قابلا للوجود ، ومعينا أو
قابلا للتعين وممكنا من الناحية القانونية أي مشروها .

وإذا اقتصر الحديث على شرط التعيين أو القابلية للتعين ، نجد أن
المادة ١٣٣ من القانون المدني تنص على أنه « إذا لم يكن محل الالتزام معينا
بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا ، ويكفي
أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين
مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث وجوده

(١٠) راجع الدكتور السنهوري ج ١ ص ١٤٩ ، الدكتور عبد الحى
حجازى النظرية العامة للالتزام ص ١٦١ الدكتور مختار التاضى فى اصول
الالتزام ص ٢٥ الدكتور جميل الشرقاوى مبادئ القانون سنة ١٩٧٢ ص ٤٤
الدكتور ليلى شنب بروس فى نظرية الالتزام سنة ١٩٧٧ ص ٢٢ الدكتور
سليمان مرقس موحى فى اصول الالتزام سنة ١٩٦٣ ص ٢٨ ويراجع مؤلفنا
السابق ص ٢١ .
(١١) راجع مؤلفنا السابق ص ٢٠ وما بعدها .
(١٢) راجع الدكتور عبد الفتاح العطية ص ٢٧ وايضا مؤلفنا السابق
ص ٢٢ .

ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن
يسلم شيئاً من صنف متوسط» .

٤ - تعيين المحل في عقد البيع :

بيد أن المشرع في تنظيمه لاحكام عقد البيع لم يقتصر على ما توجبه
القواعد العامة بشأن تعيين المبيع بالذات أو بيان الاسس التى يمكن بناء
عليها تعيينه . بل أضاف شرطاً آخر ألا وهو شرط علم المشتري بالمبيع
علماً كافياً

وهذا الشرط مستمد من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية
فقط نصت المادة ٤١٩ مدنى على ما يأتى :

١ - يجب ان يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم
كافياً اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بياناً يمكن من
تعرفه .

٢ - واذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه
في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا ثبت تدليس البائع .

فاذا كانت أحكام خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية هي المصدر
التاريخي للمادة ٤١٩ المذكورة ، فإن الامر يقتضى دراسة أحكام خيار
الرؤية في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى على ان يسبق
ذلك دراسة فكرة الخيارات بوجه عام .

• - أهمية البحث :

وترجع أهمية هذا البحث الى ان المادة ٤١٩ مدنى مصرى جاءت
بمناسبة تنظيم عقد من أهم العقود المدنية الامر الذى يقتضى
توضيح أحكام هذه المادة ، هذا بالنسبة للأهمية العملية أما بالنسبة
للأهمية النظرية فإن الامر يتطلب بحث مدى وجود نظرية متكاملة في

الفقه الاسلامى بشأن موضوع البحث وكذا الامر بالنسبة للقانون
الوضعى .

والله اعلم بالصواب

٦ - خطة البحث :

ويبين مما تقدم ان خطة البحث ستكون كالاتى :

الفصل الاول : فى تعريف الخيار وأنواعه وتطوره فى الفقه الاسلامى
والقانون المدنى .

الفصل الثانى : خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى .

وفيه نعرض لماهية خيار الرؤية وسبب مشروعيته فنبين موقف
المذاهب المختلفة من ذلك ، وهى مذاهب الاحناف والزيدية ، والمالكية
والشافعية والحنابلة ، والظاهرية ، ثم نعرض لمن يكون له خيار الرؤية
وكيفية الرؤية وأثر خيار الرؤية فى العقود ثم لكيفية الرجوع فى العقد
بمقتضى الخيار .

الفصل الثالث : فى احكام خيار الرؤية فى القانون الوضعى .

وفى هذا الفصل نعرض للاجابة على التساؤل الخاص بمدى معرفة
القانون الوضعى لخيار الرؤية ومسقطات خيار الرؤية فى القانون
الوضعى ، ثم للعلم بالمبيع علما كافيا وصحة الرضا .

— على ان يعقب ذلك خلاصة وخاتمة .

تعريف الخيار وأنواعه وتطوره

في الفقه الاسلامي والقانون المدني

اجمال :

ان توضيح الخيار بصفة عامة يقتضي ان نبين هذه النقاط .

- ١ - تعريفه في الشريعة والقانون .
- ٢ - حكمة مشروعيته .
- ٣ - تطوره التاريخي .
- ٤ - أنواع الخيارات في الشريعة والقانون .
- ٧ - تعريف الخيار في الشريعة والقانون :

الخيار مفرد الخيارات وهو مأخوذ من الاختيار ومعناه لدى العرب : طلب خير الامرين أو الامور من امضاء العقد أو تعديله أو انهاءه بالفسخ والرجوع فيه . ولذلك يقال (خيره بين الشيئين فوضت اليه الاختيار فاختر أحدهما وتخيره) (١) . ويقول الله تعالى في دستوره السماوي (وربك يخلق ما يشاء ويختار ما كان لهم الخيرة سبحان الله وتعالى عما يشركون) (٢) .

والمعنى الاصطلاحي للخيار يقر بمن المعنى اللغوي حيث يستنبط من أقوال الفقهاء بأنه (طلب خير الامرين اما امضاء العقد وتنفيذه

(١) مختار الصحاح ص ١٩٥ ، المصباح المنير ج ٢ ، ص ٢٨٥ - ٢٨٦ .

(٢) سورة القصص ، الآية ٦٨ .

أو خصه ورفع من أساسه (٣٥) لسبب شرعي أو اتفاق إرادى بين الطرفين المتعاقدين .

٨ - تعريف الخيار في القانون المدنى :

ان المشرع الوضعى لم يوفق في تقنين نظرية متكاملة في الخيارات ولم يرجع الى الفقه الاسلامى ليهتدى به ويجعله نبراسيا ومرشداً وهاديا في هذا الامر بل وقف عاجزا لم يصل الى ما وصل اليه الفقه الاسلامى من صنع (نظرية في احكام الخيار الشرعى والارادى) ، ولا غرابة في ذلك ولا عجب ، فالشريعة الاسلامية بلا شك هي الشريعة الوحيدة التى انفردت (ببحث موضوع الخيارات بحثا تفصيليا ودقيقا ومتكاملا بلغ أوج الكمال والرقى ، بينما وقف الفقه الوضعى وتقنيته وقضائه موقف القصور) (٤) وعدم الاهتمام بذلك ، ولم يتعرض المشرع لهذه الاحكام الا في نصوص موجزة ومتفرقة مثل المادتان اللتان نصتا على احكام ضمان العيب في المبيع وهما ٤٤٧ - ٤٤٨ مدنى القائلتان :

(يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافق في المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة والمستفادة مما هو مبيع في العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى يلقى عليه ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده . . . الخ) (٥) .

(لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه) (٦) .

(٣) - معنى المحتاج رجلا ، طو . ٤ - التلخيص لدراسة الفقه الاسلامى . محمد مصطفى شلبى ، ص ٢٩٩ .

(٤) - د . محمد صالح عيسى ، رسائله ، (انقضاء العقد بالانفاء والرجوع) في القوانين المدنى والفقه الاسلامى ، من كلية الشريعة والقانون بالجامعة المصرية سنة ١٩٨٢ ، ص ١٧٥٤ .

(٥) - المادة ٤٤٧ مدنى .

(٦) - المادة ٤٤٨ مدنى .

ورغم هذا القصور من المشرع فإن فقهاء القانون قد بذلوا جهداً مشكوراً لوضع تعريف للخيار حيث قال البعض :

(بأن الخيار سلطة المتعاقد على فسخ العقد أو امضائه وتقريره) (٧) •
وعرف البعض (الحقوق الارادية) في الفقه القانوني وتقابلها (الخيارات الارادية في الفقه الاسلامي) ، بأنها عبارة عن (سلطات تمكن لصاحبها أن يؤثر في مراكز قانونية سابقة بتعديلها أو بانوائها أو بانشاء غيرها وذلك بطريق نشاط من جانب واحد) (٨) •

ومن هذين التعريفين يتضح بأن الارادة تستطيع انتهاء التعاقد حتى في مجال العقود الملزمة للجانبين وهذا ما يطلق عليه بالخيارات الارادية في الفقه الاسلامي التي تثبت بمقتضى ارادة المتعاقدين •

ومن هذا المنطلق نستطيع أن نعرف الخيار في القانون بأنه سلطة للمتعاقدين أو أحدهما في فسخ العقد أو تقريره وامضائه لمسوغ قانوني أو اتفاق ارادي (٩) •

ولو نظرنا الى التعريفين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي للخيار لوجدنا معنهما واحدا لاتفاقهما في الجوهر والمضمون • ولذلك فإن الامر في غنى عن المقارنة بينهما •

٩ - مشروعية الخيار :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في سنته الشريفة (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) (١٠) •

(٧) د . حسن الزنون النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني . ص ١٦٩ •

(٨) د . عبد الحى حجازى - مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ . بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٥٩ م ، ص ١٦٥ ، عدد (١) •

(٩) د . اسماعيل شاهين في رسالته السابقة ، ص ٥٨٨ •

(١٠) يقول ابن الاثير في النهاية : ان كلمة الخيار في الحديث اسم من الاختيار وهو طلب خير الامرين بالامضاء أو الفسخ •

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : (كان حيان بن منقدر رجلاً
ضعيفاً وداناً قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله (ص) في
الخير إلى ثلاث أيام فيما استراه وكان قد ثقل لسانه ويعين في البياعات
فقال له النبي (ص) : (إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخیار ثلاثة أيام) .
فكان يشتري المتبىء هيجىء سيتولون هذا عال ، فيقول : ان رسول الله
(ص) قد حيرنى في بيعى (١١) .

فهذا الحديث صحيح وصريح في اجازة الخیار بصره النظر عن
نوعه . بل ومن المقرر ان ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحاً .
وان كان مخالفاً لمقتضى العقد (١٢) لان النص في الشريعة حكيم على
العقود لا خاضع لاقيستها .

فالخيار تبرع في الغالب للتزوي ودفع العبن والتعزيز والامن من
الانخداع الذي يخشى أحد العاقدين الوقوع فيه لعدم خبرته في
الاسواق او بالشئ المعقود عليه .

فالحاجة داعية اليه للمشاورة في أمر سلعة ما أقدم على شرائها
في عجلة خوفاً من فوات الفرصة وعدم الحصول عليها .

(وقد يضطر الى شراء شئ من غير أن يراه معتمداً في ذلك على
وصف الطرف الآخر وترغيبه فيه . فاذا ما رآه وجده لا يوافق رغبتة
أو أنه بولغ في وصفه وقد يجد عيباً خفى عليه حين التعاقد) .

وقيل بأن العلة الدافعة لشرعية الخيارات هي الاستيثاق من الرضا
والتأكد من وجوده والموازنة بين الغنم والغرم حتى يكون المتعاقد
على بينة من الشئ محل التعاقد .

(١١) فتح القدير . ج ٥ ، ص ١١١ — سبل السلام ج ٣ ص ٨٤١

وما بعدها طدار الحديث .

(١٢) الشيخ محمد زهرة . الملكية ونظرية العقد . ص ٤٣١ وما بعدها .

(١٣) الشيخ محمد مصطفى شلبى ، ص ٣٩٩ .

ومن أجل هذا لا تكون السابقة خارج الشارح الإسلامي عن القاعدة الأصلية التي تنص على الزام العقود واحترام بنودها وان العقد شرعيه المتعاقدين لا يجوز خفضه او تعديله او انقواوم إلا باتفاقها معا .
 ومن هذا المنطلق شرعت الخيارات التي بمنتهياها يجوز لأحد المتعاقدين أو كليهما حتى فسخ العقد والرجوع بحيه بعد تمامه وبعد أن يكون قد تروى وتامل في مدى صلاحية العقد (له) من عهدهما بجميع الطرق (والوسائل التي هيئت للمتعاقدين في هذا الأمر كالمشورة والخيرة فالخيار يكون لوجهين المشورة واختيار المبيع أو لأحد الوجهين (١٤) .
 فللخيارات شرعت استثناء من قاعدة لزوم العقد (١٥) كالمبيع فالأصل فيه اللزوم لان الهدف منه نقل الملك وتخصيص الملك التصرف وكلاهما فرع للزوم ، لكن الشارح الحكيم رحمة ورأفة ورفقا بالمتعاقدين أثبت في العقد الخيار (١٦) وأيضا لرفع الظلم في المعاملات والوصول الى تمام الرضا والتوسعة على العاقدين (١٧) .

(١٤) المقدمات بالمهدات لابن رشد ج ٢ ، ص ٥٥٧ .
 الشيخ أحمد ابراهيم المعاملات الشرعية المالية . ص ١٠٠ .
 د . عبد الستار عبد الكريم . الخيارات وأثرها في التصرفات ، ص ١٧ .
 سنة ١٩٧٥ م .
 (١٥) تنقسم العقود الى عقود لازمة وغير لازمة . فملازمة هي التي لا يملك أحد المتعاقدين فسخها دون رضا الآخر لما لها من قوة لا يستطيع أحدهما رفعها في حالة توافر شروطه وأركانه . والعقود اللازمة منها ما لا يقبل الفسخ ولا خيلا فيها ، كالنكاح والخلع ومنها ما يقبل الفسخ كالمبيع والاجنارة والمزارعة والمساقاة . والغير لازمة بالنسبة لأحد العاقدين فقط وهما المرتهن والمكحول له ولأزمة للآخر كالرهن والكميل في عقدي الرهن والكفالة . وغير لازمة لكلا العاقدين كعقد الوكالة والتبرع المضاف الى ما بعد الموت وعقود الشركات لا تكون لازمة فما هي الا عقود الوكالة .

الشيخ ابو زهرة . ص ٤٢٢ .
 (١٦) المغنى لابن قدامة ج ٤ ، ص ٦٩ .
 (١٧) الشيخ أحمد ابراهيم ، ص ٦٠ .
 د . اسماعيل شاهين ، ص ٥٩ .

١٠ - التطور التاريخي للخيار :

سنبحث هذا التطور عند العرب قبل الاسلام وموقف الاسلام
ثم نبين ذلك التطور في القانون الوضعي *

أولا : نظرة تاريخية عند العرب وموقف الاسلام من الخيار :

لو نظرنا الى احوال العرب قبل الاسلام وكيف يتعاملون ماليا في
الجاهلية وما تعلموهوا عليه في بيوعهم نجد أنهم كانوا لا يعرفون فسخ
البيع بأي نوع من أنواع الخيارات سواء أكانت خيارات شرعية
أم ارادية * وهذا أمر يتضح للباحث من عاداتهم وفقهاء المتكلمين التي
كانت منتشرة فيما بينهم فقد شاع بين العرب الغرور والجهالة والقمار
والغبن الناتج من كتمان العيب في المبيع ومحاولة اظهاره بمظهر رائع
يغري المشتري ويجعله يقبل على الشراء وذلك بما يأتيه البائع من وسائل
التضليل والخداع كتنصية الحيوان حتى يكون رائجا في السوق
بثمن مرتفع عن قيمته الحقيقية *

كما كان شائعا فيهم بيع الملائح (١٨) والملاسة والحصاة
والمنابذة وبيع المضامين (١٩) وغيرها من أنواع البيوع التي أباحوها
لأنفسهم وأجازوها لغيرهم * فضلا عن الحيل التي كانت موجودة بين
التجار الذين كانوا يتلقون الجالبين للسلع خارج السوق ليتمكنوا
من أخذ السلع المطلوبة بابخس الاثمان قبل أن يعرف الجالب للأسعار *
ومن حيلهم التي كانت سائدة فيما بينهم أن (يوعز صاحب السلعة التي
يريد بيعها الى شخص آخر سنوى من يريد الشراء ليزيد في ثمنها
أمام المشتري موهما أنه يريد شراءها ولم يكن قصده من هذا سوى
ارتفاع ثمن السلعة عن طريق الخداع) (٢٠) *

(١٨) جمع ملتوح وهو مافي بطن الناقة .

(١٩) جمع مضمون مافي أصلاب الفحل . سبل السلام ج ٣ ص ٣٣ .

(٢٠) د . محمود محمد على . المعاملات في الشريعة الاسلامية سنة

١٩٧٦ ص ٩٧ .

وهذه العادات التي كانت منتشرة بين العرب رغم مساوئها فإنها لم تكن سببا لرد الشيء المبيع وفقا لعرفهم واستمرارهم واقدامهم عليها . ويترتب على ذلك أن البئع كان لازما عندهم في كل الحالات حتى ولو كانت الارادة معينة فلا يجوز لأحد العاقدين أن يتحلل من تعاقدته وهذا يعتبر دليلا على عدم معرفتنا العرب بالخيار قبل الاسلام ويؤيد ذلك حديث (حبان بن منعد) السابق حينما جاء الى رسول الله وسعى اليه إنه يحدع في البيوع فقال له النبي (ص) : (اذا بايعت حرد لا خلابه) متفق عليه وزاد بعض الرواه (ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلثه لئال فان رضيت فامسك وان سخطت فاردر) (٢١) .

فالحديث دليل على مشروعيه خيار الشرط لارادى الذى لم يكن معلوما لدى العرب قبل الاسلام كغيره من الخيارات الاخرى الشرعية كخيار الرؤية وخيار العيب لانهم لا يضمنون عيب المبيع .

وظل الوضع هكذا الى أن جاء الاسلام ونهى عن كل هذه العادات التي شوبها غش وخداع فقال سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٢٢) . وقال الرسول (ص) (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد) وقال (لا تقبلوا الجلب فمن تلقى فاشتري منه فأتى سيده السوق فهو بالخيار) متفق عليه .

وقال : (لا تناجشوا ولا يبيع الرجل على بيع أخيه) ، وقال : (المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له) (٢٣) .
ومما سبق نجد الشريعة الاسلامية لها دورها وأثرها الفعال بل لها قصب السبق في ابراز الخيار (ب) في العقود لدفع الضرر وجلب المصلحة

(٢١) سبل السلام ص ٣ ص ٨٤١ وما بعدها ط دار الحديث ت ابراهيم

ببصر .

(٢٢) سورة النساء الاية ٢٩ .

(٢٣) سبل السلام السابق ونيل الاوطار للشوكاتى ج ٥ ص ٢٢٠ .

للمتعاقدين أو لاحدهما وبهذا تتحقق الحكمة والهدف من الخيارات • التي لم يعرفها العرب قبل الاسلام •

١١ - ثانياً - تطور الخيار في القانون الوضعي :

ان الباحث في تاريخ النظم القانونية (٢٤) يجد أن الامم القديمة وشرائعها كالقانون الروماني والقانون المصري الاغريقي - عرفت نظرية الخيارات من منطلق الاخذ بنظريته الشروط وهي الخيارات الارادية التي اقترنت بعقودهم بناء على شرط متفق عليه بين المتعاقدين • وخاصة الشرط الفاسخ الصريح يعطى الحق لاحدهما أو الغير في فسخ العقد والرجوع فيه • وفضلا عن ذلك فان النظم القانونية القديمة والحديثة عرفت بنظرية الخيارات الارادية والقانونية (كخيار ضمان العيب من خلال النصوص التي تقرر فسخ العقد بظهور عيب خفي في المبيع ومعالجة حالات تدليس العيب وغيره من عيوب الارادة) (٢٥) •

وبالمقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في التطور التاريخي للخيار نجد الشرائع القديمة كانت أسبق تاريخيا في معرفتها للخيار من العرب الذين كانوا يجهلون هذا الامر الى ان جاء الاسلام فأرشدتهم وعلمهم كيف يتعاملون في بيعهم وشرائعهم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) (غير ان تنظيم الفقه الاسلامي للخيار بلغ رفعة وعظمة ومكانة لم تصل اليه النظم القانونية على مستوى العالم كله • حيث ان مباحث الخيار في الفقه الاسلامي حظيت بعناية الفقهاء عناية ادت بهم الى خلق

(٢٤) د . صوفي ابو طالب • مبادئ تاريخ القانون ص ٥٨٠ •

(٢٥) د . عبد الستار عبد الكريم السليق ص ٤٠ •

د . حسن الزنون النظرية العامة للفسخ ص ١٦٨ •

د . عبد الستار عبد الكريم ص ٧ •

د . عبد الناصر الفاخر • في ماهية العيب في القانون المصري ص ٣١٥

بحث في مجلة القانون عدد ٢ •

د . اسماعيل شاهين السابق ص ٥٩٢ •

نظرية متكاملة يغيه من حيث الصياغة والاحكام والآثار وهذا ما لم تتوصل اليه أرقى النظم القانونية الوضعية حتى اليوم (٢٦) .

١٢ - أنواع الخيارات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي :

١٣ - أنواع الخيارات في الفقه الاسلامي (٢٧) :

مما سبق عرضه من شرعية الخيار والتطور التاريخي له نجد أن الخيارات تثبت بأحد أمرين :

أ - ما يثبت باشتراط العاقد ليقم له العلم الصحيح بمغنايم العقد ومغارمه . مثل خيار الشرط وخيار التعيين ، وخيار النقد وخيار الكمية والاقالة والتحالف .

ب - ما يثبت بتقرير الشارع دون توقف على شرط من العاقد وفقا لنقض في العلم الذي قام عليه الرضا أو منعا لتعريف أو جهالة أو غبن . مثل خيار المجلس وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار ظهور الخيانة ، وفوات الوصف المرغوب فيه . وكشف الحقيقة .

وغيرها من الخيارات الكثيرة التي اختلف الفقهاء في عددها وتنويعها حتى جعلها ابن نجيم المصري الحنفي المذهب حوالي ثلاثة عشر (٢٨) وفي الأشباه والنظائر في أحكام الفسوخ عددا ثمانية عشر وذكرها ابن عابدين (٢٩) بأنها حوالي تسعة عشر خيار :

(٢٦) د . اسماعيل شاهين السابق ص ٥٩٣ .

(٢٧) الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٤ ص ٥٦٦ .

(٢٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٠ .

الشيخ محمد زهرة ص ٤٢٦ ، على الخفيف ص ١٥٢ .

نظرية الخيار في العقود للدكتور الغفاري ص ٥ وما بعدها .

د . محمود على السابق ص ٩٩ .

البحر الرائق ج ٦ ص ٢ وبعدها .

(٢٩) الدار المختار ج ٤ ص ٥٦٥ .

أهمها : خيار الشرط والرؤية والعيب والتعيين والغبن • وغيرها من الخيارات الأخرى كخيار النقد • والكمية والاستحقاق والتقارير الفعلية • وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع • والاقالة والتحالف •

وقد حصرت في بعض كتب المذهب الشافعي نحو الاثلاثين خيارا في كتاب الاشباه والنظائر للسيوطي • حينما قال : (اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد أسباب سبعة ، خيار المجلس والشرط والعيب وخلف المشروط والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض ••• الخ) ماذا عليها بعد ذلك من تلقي الركبان وتفريق الصفقة وافلاس المشتري وجعل كون المبيع مستأجرا ••• الخ) وقد حصرها بعض الباحثين الحديثين (٣٠) في نحو ٣٤ أربع وثلاثون خيارا حيث جمعها عن المذاهب الفقهية المختلفة حيث قسمها الى طوائف حتى يسهل معرفة أسباب كل خيار وعلته وأثره من حيث منع ابتداء الحكم أو منع تمامه أو منع لزومه (٣١) • والذي يهمنا من كل هذه الأنواع :

هو خيار الرؤية فقط الذي ستوضح أحكامه فيما بعد ان شاء الله •

١٤ - أنواع الخيارات في الفقه الوضعي :

ان الباحث في القانون المدني يجد أنه لم يرد فيه نصوص هريحة توضح أنواع الخيارات •

ولكن رغم ذلك فان القانون المدني المصري بلا شك يعرف الخيارات الشرطية (الارادية) في العقود اللازمة كالفقه الاسلامي ويترتب على ذلك انه (لا يثبت الحق في العدول الا بالاتفاق عليه بين المتعاقدين أى باشتراطه

(٣٠) د . عبد الستار عبد الكريم ص ١٦ .

(٣١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٢٣ .

د . اسماعيل شاهين ص ٥٩٨ . ذكر هذه الأنواع في رسالته على سبيل

الحصر فقط دون تعريف لها .

عند إبرام العقد أو في الاتفاق لاحق ولذلك يسميه الفقهاء الشرعيون
بـ (خيار الشرط) (٣٢) .

فالقانون المدني قد عرف الخيارات من خلال الشرط المفسخ الصريح
حينما نص على أنه (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء
نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة
عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا أتفق المتعاقدان صراحة
على الاعفاء منه) (٣٣) .

كما نص على انه (يترتب على تحقق الشرط المفسخ زوال الالتزام
ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه . فاذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه
وجب عليه التعويض) (٣٤) (وعلى هذا فان حق العدول عن العقد الذي
يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما يؤدي عند استعماله الى انتهاء العقد بإرادة
من كان له الحق فيه بإرادته المنفردة وهو ذات الخيار في الفقه الاسلامي
وان كان لم يعرف بهذا الاسم والمصطلح في التقنين الوضعي وفقهه) (٣٥) .
وفضلا عن ذلك فان العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد صحيح ونافذ
الا أنه مهدد بالزوال في حالة ما لو تحقق الشرط وحينئذ ينفك العقد
ويزول لزمه (٣٦) .

وإذا كان القانون الوضعي قد عرف الخيارات الارادية فانه وبلا شك
يقرر ويعرف الخيارات القانونية أي الشرعية ولكنها في نصوص متفرقة

(٣٢) د . جميل الشرقاوى (النظرية العامة للالتزام) مصادر الالتزام
ص ٣٠٠ .

د . لبيب شنب نظرية الالتزام ص ١٢٥ .

(٣٣) المادة ١٥٨ مدنى مصرى تقبل المادة ١٨٨٣ فرنسى .

(٣٤) المادة ٢/٢٦٩ مدنى مصرى .

(٣٥) د . اسماعيل شاهين فى رسالته (الغاء العقد بالفسخ او بالرجوع)

ص ٦٠٠ .

(٣٦) د . جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٣٠٠ - ٣٠٢ .

وبمسميات أخرى وهذا أمر واضح في خيار العيب ، وخيار الرجوع وخيار القبول (٣٧) ورغم ذلك فإن القانون الوضعي لم يعرف الكثير من الخيارات كخيار الرؤية وخيار المجلس وغيرهما وهذا دليل على أنه لن ولم يصل إلى ما وصلت إليه الشريعة الغراء منذ زمن بعيد ومنه يعلم مدى فضلها وإجلالها وعظمتها على جميع الشرائع القديمة والحديثة بل يعلم مدى أولويتها وسبقها وحظها وعنايتها في هذا الموضوع الذي بينته بنصوص محددة وواضحة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس حتى وصلت إلى حوالي ثلاثين خيارا بل أكثر كما سبق بيانه .

١٥ - أحكام خيار الرؤية :

وبعد هذا العرض لتعريف لخيار الرؤية وأنواعه وتطوره في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، يبدو أنه من المناسب التعرض لأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي أولا ثم نعرض لموقف القانون الوضعي من هذا الخيار وذلك في الفصلين الآتيين :

والله اعلم بالصواب

٢٢٥ .

(٣٧) : انظر في ذلك نصوص المواد ١/٩٤ ، ٢ ، ٤٤٧ ، ٤٤٨ مدني
بصري .

خيار الرؤية في الفقه الاسلامي

١٦ - ماهية خيار الرؤية :

خيار الرؤية هو من قبيل اضافة المسبب الى سببه ، أي الخيار الذي سببه رؤية محل العقد (١) .

ويعرف الفقهاء بأنه « حق يثبت بمقتضاه للعاقده أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محله المعين اذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه » (٢) .

ويتضح من هذا التعريف أنه يثبت بمقتضى الشرع عند القائلين به - وليس بمقتضى الشرط في العقد (٣) ، وذلك اذا لم يكن المبيع مشاهدا للمشتري وقت التعاقد ، فاذا كان مشاهدا له وقت التعاقد أو رآه قبل التعاقد بوقت يسير لا يتغير فيه المبيع عادة فلا يثبت الخيار المذكور .

١٧ - سبب مشروعية خيار الشرط :

وحكمة مشروعية هذا الخيار - عند القائلين به - هو أن الشيء محل التعاقد اذا كان معيناً ولم يره المتعاقد ، فان مبلغ معرفته به لا يرقى الى مرتبة رؤيته مهما بالغ الانسان في وصفه ، فيكون ثمة خلل ما قد اعترى

(١) انظر حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٥٩٢ .

(٢) د . عبد المجيد مطلوب - خيار الرؤية - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الثانية عشر - العدد الاول يناير ١٩٧٦ ص ٤٨٦ ، وانظر : احمد ابو الفتح - المرجع السابق ص ٢٢٠ ، د . محمد يوسف موسى - الاموال ونظرية العقد ص ٤٨١ ، ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م .

(٣) انظر حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٥٩٢ ، الفتاوى الخاتمة ج ٢

ص ١٥٦ ومجمع الانهر ج ٢ ص ٣٤ .

الرضا ، والرضا التام شرط لصحة العقود ولزومها بوجه عام ، كما انه شرع لمنع الغبن والغرر والضرر ولتلافي الندم لما عسى لا يصلح للإنسان اذا رآه فيحتاج الى التدارك فيثبت الخيار لا يمكن التدارك عند الندم (٤) والاحكام الشرعية كلها لم تشرع الا لمصالح العباد ومنع الضرر عنهم ومن ثم كانت شرعيته لهذه الاسباب .

١٨ - اختلاف الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية:

اختلف الفقهاء في مدى مشروعية هذا الخيار اختلافا كبيرا يمكننا ان نوجزه فيما يلي:

١٩ - أولا - مذهب الاحناف والزيدية:

ذهب الاحناف (٥) والزيدية (٦) الى مشروعية خيار الرؤية اذا لم يكن محل العقد فيه جهالة فاحشة ، والجهالة الفاحشة تتحقق بعدم بيان ذكر جنس العقد ونوعه دون ذكر أوصافه .

واستدل الاحناف والزيدية على مشروعية خيار الرؤية اذا ذكر جنس محل العقد ونوعه فيما يلي:

أولا : بالسنة : لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه » (٧) .
ووجه الدلالة من الحديث انه جعل الخيار في العقد بين الامضاء والفسخ لكل من اشترى شيئا لم يره وقت البيع ، فاذا رآه كان له حق الرجوع في العقد أو امضائه .

(٤) البدائع ج ٧ ص ٣٣٦ - ٣٣٦ .

(٥) حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٥٩٢ ، القسطلاني الخليفة ج ٢ ص

١٥٧ . ٥٦ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ج ٢ ص ٣٤ .

(٦) البحر الزخار ج ٣ ص ٢٥١ .

(٧) نصب الراية ج ٤ ص ٩ .

ثانيا : بالاجماع ، فقد قالوا انه روى أن سيدنا عثمان بن عفان
رضي الله عنهما باع أرضا له عن طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولم
يكونا رأياها فقبل لسيدنا عثمان رضي الله عنه : غبت : فقال لي الخيار
لأنى بعت ما لم أراه ، وقيل لطلحة مثل ذلك ، فقال لي الخيار لأنى اشتريت
ما لم أراه ، فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله
عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد
منهم فكان اجماعا منهم على ذلك (٨) .

ثالثا : بالمعقول : فالشخص قد يحتاج لشراء شيء غائب عنه ، وربما
تفوته فرصة شرائه اذا هو انتظر حتى يراه بأن يسبقه آخر الى شرائه يكون
قد رآه ، ولو أجزنا العقد وألزمناه به دون اباحة الخيار له عند رؤيته
لألحقنا به الضرر حينما يجد المعقود عليه غير محقق لمقصوده أو غير موافق
لفرضه فكان من المصلحة جواز العقد على الغائب مع جواز الخيار للمشتري
عند رؤيته للمبيع .

٢٠ - ثانيا - مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى انكار خيار الرؤية في الجملة ، وعدم مشروعيته
وتفصيل ذلك :

ان العين المباعة اذا كانت موجودة وقت العقد ولم يكن في رؤيتها
مشقة يجب أن يراها المشتري ليصح العقد ، فاذا لم يراها لم يصح العقد ،
واذا رآها انعقد العقد نافذا لازما . وينطبق نفس الحكم اذا كان مصدر
العقد قريبا من مجلس العقد بحيث يمكن رؤيته دون مشقة مضمية .

أما اذا كان المعقود عليه غير موجود وقت العقد ، أو كان موجودا
ولكن في رؤيته مشقة بالغة : جاز العقد على للصفة حيث يجب أن توصف
وصفا يميزها عن غيرها ويقردها بذاتها ، وينعقد العقد في هذه الحال

٣٦٠ هـ ٢٠٠٦ م

(٨) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣٦١ والبسوط ج ١٣ ص ٧٠

ط ١٣٢٤ هـ .

نافذا لازما دون أن يكون للمشتري خيار الرؤية ، ولكن يكون له خيار الوصف ان ظهرت العين على غير ما وصفته .
ورؤية المعقود عليه المتقدمة تغني عن الوصف ، كما لو كان قد سبق للمشتري رؤية محل العقد قبل العقد وبأن تكون العين لم تتغير عما كانت عليه وقت العقد .

فاذا لم يسبق للمشتري رؤية العين محل العقد ولم توصف له على النحو المبين ، أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جدا عن مكان العقد . فان العقد لا يجوز الا اذا اشترط المشتري لنفسه الخيار (٩) . ويستبين من ذلك أن المذهب المالكي لا يقر خيار الرؤية الا في حالة العين الغائبة التي لم توصف أو في العين الموصوفة ولكنها كانت بعيدة جدا عن مكان العقد ، ما دامت العين لم تسبق رؤيتها في الحالتين ، ومن ثم فان الخيار هنا هو عبارة عن ضرب من ضروب خيار الشرط ليس الا .

٢١ - ثالثا - مذهب الشافعية :

ذهب الشافعي في المذهب القديم الى جواز بيع العين الغائبة ، ويجوز للمشتري خيار الرؤية اذا ذكر جنس ونوع المعقود عليه وبينت صفته وان كان بيان الصفة عندهم فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يجب ذكر جميع صفات المعقود عليه .

ثانيها : يجب ذكر الصفات المقصودة .

ثالثها : لا يجب ذكر أى صفات ما دام خيار الرؤية يثبت للمشتري

اذا رأى محل العقد .

(٩) انظر حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٥ - ٢٦ حيث جاء فيه « وجاز بيع غائب ان وصف ، بل ولو بلا وصف لنوعه أو جنسه ، لكن على شرط خياره أى المشتري بالرؤية للمبيع ليخفف عنده » وانظر كذلك فيما تقدم : مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٩٢ - ٢٩٥ ، المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٤٥ ، والقوانين الفقهية لابن حري ص ٢٨٢ - ٢٨٣ ، د / عبد المجيد مطلوب المصنف السلبق ص ٤٨٦ - ٤٨٩ ، د / على مدعى - المرجع السابق ص ٤٢٧ .

فإذا وصف المعقود عليه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ،
وان وجده على ما وصف أو أعلى منه ففيه وجهان :

احدهما : لا خيار له ، وثانيهما : له الخيار .

بينما ذهب الشافعي في المذهب الجديد الى انكار خيار الرؤية وعدم مشروعيته لأن رؤية المبيع واجبة في عقد البيع حتى يصح العقد ، وسواء أكان المشتري قد سبق له رؤيتها أم لا وسواء أكانت العين حاضرة أم غائبة وحاصل القول ان الشافعي في القديم ذهب الى مشروعية خيار الرؤية كمذهب الاحناف والزيدية ، وذهب في الجديد الى منع خيار الرؤية مما يشابه مذهب المالكية في الاحكام العامة (١٠) .

٢٢ - رابعا - مذهب الحنابلة : وللحنابلة في خيار الرؤية روايتان :

احدهما ، وهي الاظهر في المذهب : ان الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته : لا يجوز ويكون بيعا باطلا ، وعلى هذا ، فلا تثبت فيه خيار الرؤية .

ثانيهما : تصح بيع العين الغائبة التي لم توصف ولم يسبق

(١٠) انظر المذهب للشبراوي ج ١ ص ٢٧٠ - ٢٧١ حيث يقول « ولا يجوز بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها او نوعها لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي بيع مالا يعرف جنسه او نوعه عذر كبير ، فان علم الجنس والنوع بأن قال مقيده الفرس الادمم الذي في اصطبلي : قولان : قال في القديم والصرف يصح ويثبت له الخيار اذا رآه وقال في الجديد لا يصح . . . فلذا قلنا بقوله القديم فهل يفتقر صحة المبيع التي ذكر الصفات أم لا ، فيه ثلاثة اوجه : احدهما انه لا تصح حتى تذكر جميع الصفات كما نسلم فيه ، والثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث انه لا يفتقر الى ذكر شيء من الصفات . . ويثبت له الخيار اذا رآه فلا يحتاج الى ذكر الصفات . . » وانظر : معنى المحتاج ج ٢ ص ١٨ ط ١٣٥٢ هـ .

للمشتري رؤيتها إذا ذكر جنسها ونوعها (١١) وعلى هذه الرواية يجوز
للمشتري خيار الرؤية إذا رأى البيع .

نخلص من ذلك : الى أن بيع الغائب لا يجوز عند الخنابلة الا اذا وصف
بصفات المسلم : فان جاء المعقود عليه كالوصف لزم البيسح ، والا ثبت
للمشتري خيار الموصف لا خيار الرؤية ، ومن ثم فان ظاهر مذهب أحمد
انكار خيار الرؤية .

٢٣ - خامسا - مذهب الظاهرية :

وهؤلاء ينكرون خيار الرؤية على الاطلاق وفي جميع الأحوال (١٢) .

٢٤ - تقييم الآراء السابقة والترجيح بينها :

يتضح من عرض آراء المذاهب السابقة : أن جمهور الفقهاء يفتكرون
خيار الرؤية في الرأي الراجح عندهم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع الغرر كما أن المعقود عليه يجب أن يكون معلوما بذاته ووصفه والاعيان
لا تتم معرفتها الا بالمشاهدة النافية للجهالة ، وأولوا حديث عثمان
وطلحة بأنه قول صحابي لا يرقى الى مرتبة الحجية القاطعة ، كما ردوا
حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار
إذا رآه » لأنه رواية عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث ، ويحتمل
أن يكون معناه : بأنه بالخيار بين العقد وتركه (١٣) .

(١١) انظر المغنى ج ٤ ص ٧٤ - ٧٥ حيث جاء فيه « وفي بيع الغائب
روايتان اظهرهما ان الغلب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه .
وبهذا قتل الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهو احد
قولي الشافعي ، وفي رواية اخرى ان يصح وهو مذهب ابي حنيفة والقول الثاني
للشافعي ، وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ على روايتين اشهرهما ثبوته . .
ولنا (اي الخنابلة) مما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع
الغرر ، رواه مسلم ، ولانه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع
للنوى في النحر » .

(١٢) انظر المطى ج ٨ ص ٢٢٢ .

(١٣) المغنى ج ٤ ص ٧٨ .

غير أن رأى الأحناف ومن وافقهم بثبوت خيار الرؤية : هو الرأى
الراجح لقوة أدلته ، وعدم دحضها - من قبل الجمهور - - بدليل عكس
قاطع ، بل انهم ردوا على الجمهور : بأن العقد على الغائب المشتمل على
الغرر والجهالة • والمنهى عنهما شرعا : هما الجهالة والغرر التى تقضى الى
النزاع بين المتعاقدين ، وخيار الرؤية بضوابطه المذكورة لدينا لا يؤدى الى
هذا النزاع ، كما أن النهى عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم
العين ، ودليل ذلك قصة حكيم بن حزام رضى الله عنه قال يا رسول الله :
ان الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ، ثم أدخل السوق
فأبخت عنها ، فأجدها فأشترتها وأسلمها اليه ، فقال صلى الله عليه وسلم
لاتبع ما ليس عندك ، فالنهي عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم
العين (١٤) •

ومن ثبت رجحان مذهب الأحناف ومن وافقهم بثبوت خيار
الرؤية •

٢٥ - أن يكون له خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية عند القائلين بمشروعيتها لاحد العاقدين فقط دون
الأخر وهو المشتري دون البائع فى عقد البيع ، والمستأجر دون المؤجر فى
عقد الايجار وللمدعى عليه فى الصلح عن دعوى المال على شىء يعينه ••
وهكذا ، فان الملك بوجه عام ليس له الخيار ، وسبب هذا القصر على
أحد العاقدين ان الخيار ثبت للمشتري فقط فى قصة عثمان وطلحة وهى أحد
أدلة مشروعيتها كما أن الحديث يقصر الخيار على المشتري ، فاذا أضفنا
الى ذلك أن الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس عند الأحناف فان ذلك
يكون موجبا لقصره على ما ورد به الدليل ولا يتوسع فيه ، كما ان الملك

(١٤) المسوط للسرحس ج ١٣ ص ٧٠ •

يكون عالما عادة بما يملكه ويملك رؤيته اذا لم يكن عالما به ، قبل بيعه فان لم يفعل كان مقصرا والمقصر لا يستحق الحماية من الشارع (١٥) .

٢٦ - العقود التي يدخلها خيار الرؤية :

لا يدخل خيار الرؤية الا في عقود المفاوضات اللازمة من الجانبين والتي تكون قابلة للفسخ ويكون محلها معقود عليه معين لشخصه .

وعلى ذلك فان خيار الرؤية لا يدخل الا في أربعة عقود هي :

(١) عقد البيع عندما يكون البيع عينا مشخصه ، فيثبت حينئذ للمشتري .

(٢) في الاجاره : ويثبت خيار الرؤية فيها للمستاجر دون المؤجر اذا كانت الاجاره واردة على عين من الاعيان .

(٣) قسمة الاعيان القيمية لانها مبادلة لا اعتبار أن كل واحد من الشركاء قد اشترى نصيب غيره بنصيبه .

(٤) الصلح : حينما يكون بدله عينا معينة لم يرها المصالح ، فان الاخير يكون له الخيار ، اذا لم يكن قد رأى العين المصالح عليها

قبل الصلح (١٦) .

وقد نصت المادة ٣٣٩ من موشد الحيران على ذلك بقولها « حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع : وهي الثراء للاعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت حينئذ في الذمة ، والاجارة وقسمة غير المثليات والصلح عن مال على شيء بعينه ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتل الفسخ » .

- (١٥) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٣٦١ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ - ١٤١ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٥ ، د / عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق ص ٤٩٢ - ٤٩٦ ، والشيخ احمد ابو الفتح - المرجع السابق ص ٢٢٠ .
- (١٦) انظر حاشية بن عبد بن ج ٤ ص ٥٩٢ - ٥٩٣ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ج ٣ ص ٣٤ الفتاوى الحانية ج ٢ ص ١٥٧ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٩ .

٢٧ - كيفية الرؤية :

المراد بالرؤية هو العلم التام بمحل العقد ، ومن ثم فان المراد بها ليس الابصار ، وانما معناها أعم من ذلك ، فالرؤية تتحقق بالابصار اذا كان الممتلك بصيرا وكان المعقود عليه من المرئيات ، والرؤية تتحقق بالشم اذا كان المعقود عليه من المسمومات كالروائح العطرية والرؤية تتحقق بالتذوق اذا كان المعقود عليه من المطعومات ، وتتحقق باللمس اذا كان المعقود عليه لا يعلم الا بالحواس كبعض أنواع الاقمشة وهكذا ، فان رؤية الاعمي تتحقق منه في الاشياء التي لا يحتاج العلم بها الى ابصار ، أما الاشياء التي تحتاج الى ابصار فطريق العلم بها منه هي وصفها له وصفا كافيا ، ويكون ذلك عن طريق من يوكله في ذلك ويثق فيه ثقة كاملة (١٧) .

٢٨ - آثار خيار الرؤية في العقود :

ان الاثر الجوهري لخيار الرؤية في العقود هو عدم لزومها ، فيه يصير العقد غير لازم بعد أن كان لازما في حق من ثبت له الخيار (١٨) ، فيكون له حق امضاء العقد ، وحق فسخه والرجوع فيه عند رؤيته للمبيع ، وقبل الرؤية من بلب أولى على الراجح وهذا الاثر ينصرف الى صفة العقد كما ترى ، لانه يحول وصف العقد من عقد لازم الى غير لازم ، اما حكم العقد فلا أثر لخيار الرؤية فيه ، بل يكون العقد معه نافذا تترتب عليه جميع احكامه وآثاره فيثبت الملك في الباعدين للعاقدين مباشرة بمجرد تمام العقد فيصير المبيع ملكا للمشتري ، والتمن ملكا للبائع عقب العقد مباشرة غير أن هذا

(١٧) انظر في ذلك : فتح القدير ج ٥ ص ١٤٢ ، ومجمع الانهر ج ٢ ص ٣٨ - ٣٩ ، حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٦٠٠ ، د / عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق ص ٤٩٩ .

(١٨) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٣٦ حيث جاء فيه « واما صفته - خيار الرؤية - فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة .. ولان جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .. » وانظر حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٥٩٢ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٤ .

الملك يكون غير تام ، إذ أن استعمال حق الرجوع بمقتضى خيار الرؤية يؤدي الى اعتبار العقد كأن لم يكن ويعود كل من المبيع والثلث الى صاحبه الاصلى (١٩) .

وحاصل القول ان من كان له الحق في خيار الرؤية - الممتلك - كان له حق امضاء العقد ، وكان له حق فسخه والرجوع فيه بمقتضى هذا الخيار ، اما عن امضاء العقد ، فهو يؤدي الى استقرار العقد ولزومه في جانب المتعاقد ، وهذا لا شأن له به ، أما اذا اختار من له حق استعمال خيار الرؤية فسخ العقد والرجوع فيه : فان العقد بهذا الاستعمال يزول وينتهي ويعتبر كأن لم يكن ، ولكن كيف يقع فسخ العقد والرجوع فيه بمقتضى هذا الخيار ، هذا ما نتحدث عنه في البند التالي .

٢٩ - كيفية الرجوع في العقد بمقتضى الخيار :

اذا اختار من له حق استعمال خيار الرؤية : الرجوع في العقد : فن هذا الرجوع يقع بارادته المنفردة ، ودون توقف على رضا الطرف الاخر أو قضاء القاضى - بهذا الرجوع ، أى انه رخصة من الشارع وهو حق انفرادى خالص للمتملك ، وفي هذا يقول ابن عابدين « والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج الى قضاء ولا رضا البائع ، وينفسخ بقوله رددت الا انه لا يصلح الرد الا بعلم البائع .. وهو يثبت حكما لا بالشرط ولا يمنع وقوع الملك للمشتري » (٢٠) . كما ان هذا الرجوع يقع صراحة ودلالة بكل ما يدل عليه من قول مشعر بالرجوع في العقد

(١٩) انظر البدائع ج ٧ ٣٣٦١ حيث جاء فيه « واما حكمه - حكم خيار الرؤية - فحكم المبيع الذى لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن الحال لان ركن البيع صدر مطلقا عن شرط كمن ينبغي ان يلزم الا انه ثبت الخيار شرعا لا شرطا » . وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٣٩ ، وفضيلة الدكتور شوكت العدوى - نظرية العقد ص ١٩٥ ، د / عبد الرازى السنهورى المرجع السابق ص ٢٣١ .

(٢٠) حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٥٩٢ ، وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ والفتاوى الخائنة ج ٢ ص ١٥٧ .

(م - ٨)

وانتهائه ، ومثال الرجوع الصريح ان يقول المشتري رجعت في العقد أو فسخته أو رددته أو ما جرى مجرى ذلك ، ومثال الرجوع الضمني استعجار العين المعقود عليها من مالكا ، واستعارتها منه « (٢١) الخ ٥٥٠ »

~~٣٠ - خلاصة~~

وخلاصة القول ان خيار الرؤية يعطى من له الحق فيه سلطة انتهاء العقد والرجوع فيه بما يدل عليه من قول أو فعل صراحة أو دلالة وذلك بالارادة المنفردة له دون تثريب عليه من رضاء المتعاقدين الاخر أو حكم القاضى ، كما انه يجوز الرجوع في العقد بمقتضى هذا الخيار قبل الرؤية وبعدها ولكننا نفضل القول بأن الرجوع في العقد قبل الرؤية « يرجع الى عدم لزوم العقد ، وبعدها يرجع الى ثبوت خيار الرؤية » (٢٢) وانه كسبب صحيح لحق الرجوع .

(٢١) انظر مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ج ٢ من ٣٥ .

(٢٢) د . عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق من ٥٠٠ .

((الفصل الثالث))

احكام خيار الرؤية في القانون الوضعي

٣١ - هل يعرف القانون الوضعي خيار الرؤية :

باديء ذي بدء نستطيع أن نقول انه لا يوجد على وجه الأجمال نص في القانون المدني المصري والتقنيات العربية والتقنين المدني الفرنسي ينظم احكام خيار الرؤية تنظيمًا واضحًا ودقيقًا يمثل ما نظم به هذا الخيار في الفقه الاسلامي .

فالقانون الفرنسي لا يوجد فيه سوى نص المادة ١٥٨٧ التي تنص على « بالنسبة للنبيد والزيت والاشياء الاخرى التي جرت العادة بمذاقها قبل شرائها لا يقع المبيع الا بعد أن يذوق المشتري طعمها ويرضى بها » ، ويقابلها المادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري .

ويبين من نص هذه المادة تعليق « انعقاد » البيع على حصول المذاق أو الرضا ، وعلى المشتري أن يظهر قبوله للعقد في خلال مدة معقولة حسب العرف أو اتفاق المتعاقدين ، ولا شك ان « انعقاد » البيع شيء يختلف تمامًا عن « وصف » العقد من حيث اللزوم وعدمه بمقتضى خيار الرؤية ، ومن ثم كان القانون الفرنسي أبعد ما يكون تنظيمًا لهذا النوع من الخيار .

اما القانون المدني المصري - ومثله كل التقنينات العربية - فان القواعد العامة فيه تكاد تأخذ بفكرة خيار الرؤية وذلك فيما توجبه من كون محل الالتزام يجب أن يكون معينًا أو قابلاً للتعين والا كان العقد باطلاً ، وعلى هذا الحكم تنص المادة ١٣٣ من التقنين المدني المصري بقولها (١)

(١) ويقابل هذه المادة في التقنينات العربية : التقنين المدني السوري ١٩٤٤م ، والتقنين المدني الليبي ١٩٣٣م ، والقانون اللبناني ١٨٩٦م - ١٩٠٠م .

(١) إذا لم يكن محل الأبرام معينا بدائه وجب أن يكون معينا بنوعه
ومسداره والا كان العقد باطلاً .

(٢) ويحفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد
ما يستطاع به تعيين مسداره وإذا لم يتحقق المتعاقدان على درجه الشئ
من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من اي طرف اخر .
التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط .

ولم يحتف التقنين المدنى المصرى بان تكون ذاتية المحل معرومه
للمتعاقدين عن طريق معرفتهما السابقه او وصفه وصفا نافيا للجهاله ، بل
أضاف شرطاً آخر فى عقد البيع بالذات استتمده من احكام خيار الرؤيه فى
الفقه الاسلامى وهو « شرط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً » ويترتب على
تخلف هذا الشرط أن يكون عقد البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري بمقتضى
(خيار الرؤيه) وهو بذلك يختلف عن شرط التعيين أو القابلية للتعين لان
جزاء الشرط الاخير هو البطلان المطلق لا الابطال النسبى ، وعلى هذا
بصت المادة ٤١٩ مدنى مصرى بقولها :

« (١) يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم
كافياً اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بياناً يمكن من
معرفة .

(٢) واذا ذكر فى عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع سقط حقه فى
طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا ثبت تدليس البائع » .

٣٢ _ ماهية العلم بالمبيع :

يستبين من نص المادة السابقة ان المقصود بالعلم بالمبيع : هو العلم
بذات المبيع وأوصافه الاساسية ، لان من الاوصاف مالا يتحقق الرضا
الا بها لمعرفة مدى ملائمة المبيع للغرض المطلوب ، كمن يشتري ورداً
لاستخراج العطر منه فلا تكفى رؤيته بل لا بد من شمه ، والذي يفيد
العلم بالمبيع هو المعاينة المادية له ، أو الوصف الدقيق له ، بل ان العلم

بالوصف أمر قد تقتضيه الضرورة في بعض الظروف كما لو اشترى الأعمى شيئاً بنفسه ، وكما لو باع شخص بضائع موجودة في بلد آخر فيلجأ البائع هنا إلى بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يخصصها عن أمثالها . فإذا بين المبيع على هذا النحو امتنع على المشتري الحق في طلب الإبطال .

٣٣ - أثر عدم العلم الكافي بالمبيع :

أن جزاء عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا : هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري ، فيستطيع المشتري أن يطلب فسخ العقد والرجوع فيه ، غير أن القواعد العامة في تقرير الإبطال تقتضي بأن يصدر به حكم قضائي (٢) ، ومن ثم فهو لا يقع بالارادة المنفردة لمن له الحق فيه اطلاقا ، فلا بد من صدور حكم قضائي أو اتفاق العاقدین عليه وهو بذلك يختلف في هذه الناحية عن الفقه الإسلامي .

٣٤ - مستطات خيار الرؤية في القانون الوضعي :

ذكرنا أن عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا يذكر أوصافه الأساسية - فضلا عن بيان جنسه ونوعه - كأمر طبيعي لا يحتاج إلى شرح يعطى للمشتري حق طلب إبطال العقد ، غير أن المشتري يسقط حقه في هذا الطلب في حالات معينة هي :

(١) إذا نص في عقد البيع على أن المشتري عالم بالمبيع ، حتى ولو لم يكن عالما به في واقع الأمر ، إذ عليه أن يتحمل مظنة رضائه بأمر هو غير مكره على الإقرار بها ، ولم يكن هناك تدليس من البائع بأن يطلعه مثلا على مستندات مزورة أو وهمية (م ٢/٤١٩ مدنى مصرى) .

(٢) انظر في ذلك (قواعد تقرير الإبطال) د. اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٧٩ د. حشمت أبو سنبت - المرجع السابق ص ٢٥٦ ، د. لبيب شنب - المرجع السابق ص ٢٢٦ ، د. جميل الشرقاوى - المرجع السابق ص ٢٣١ .

(٢) اذا تنازل المشتري عن حقه في طلب الابطال ، سواء أحصل هذا التنازل قبل رؤية المبيع أم بعدها وسواء أتم صراحة أم دلالة .

(٣) تفريعا على ان جزاء تخلف شرط العلم بالمبيع علما كافيا هو حق المشتري في طلب الابطال : فان حق المشتري هذا يسقط بالتقادم المنصوص عليه في قواعد سقوط الحق في الابطال وهو ثلاث سنوات من وقت العلم بالمعقود عليه أو خمس عشرة سنة أيهما أقل (م ١٤٠ مدنى مصرى) .

٣٥ - خلاصة العلم بالمبيع علما كافيا وصحة الرضا :

حاصل القول :

بأن علم المشتري - فى عقد البيع - بالمبيع علما كافيا عن طريق ذكر جنسه ونوعه ومقداره - اذا كان له محل - وذكر أوصافه الأساسية : يعتبر شرطا لسلامة رضى المشتري ، وعدم توافر هذا العلم بعدم ذكر أوصافه الأساسية وتعيينه بذكر جنسه ونوعه ، أو قابليته للتعيين (٣) (كتعهد المقاول بأن يورد أغذية معينة لاحدى وحدات الجيش) يعتبر غلطا فى صفات المبيع يتقرب عليه أن يكن العقد قابلا للابطال لمصلحة المشتري اذا اختار الفسخ ، وجدير بالذكر أن هذا العلم لا يشترط أن يكون شخصا أو فعليا ولا ان يكون عن طريق الرؤية البصرية ، بل يكفى فيه وصف المبيع فى العقد وصفا دقيقا يستطيع المشتري بمقتضاه تصور حقيقته والا كان للمشتري أن يطلب ابطال العقد ، كما يراعى ان العقد يظل صحيحا منتجا لكل آثاره حتى يتقرر ابطاله بناء على طلب المشتري (٤) .

(٣) د. عبد الرازى السنهورى - المرجع السابق ج ٣ ص ٥٩ - ٦٠ .

(٤) د. عبد الحميد مطلوب - المرجع السابق ص ٥٠٤ .

خلاصة وخاتمة

٣٦ - أولا : خلاصة :

بعد العرض المتقدم لموضوع الاحكام العامة للخيارات بوجه عام وخيار الرؤية بصفة خاصة - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، يمكن القول بأن هذه الدراسة انتهت الى عدة نتائج أهمها :

- ان القول بأن الالتزام فى فقه القانون هو واجب قانونى على شخص بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل لصالح شخص آخر (٥) هو قول مردود اذ اننا نعتقد ان هذا التعريف قاصر ، فالالتزام بجانب انه قد يكون بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل فانه كذلك يمكن أن يكون بنقل حق للدائن .

- وعليه يمكن فى نظرنا - تعريف الالتزام فى القانون . بأنه عبارة عن علاقة أو رابطة قانونية بين شخصين تفرض على احدهما القيام بأداء مالى معين لصالح الاخر (٦) .

- اما فيما يتعلق بتعريف الالتزام فى الفقه الاسلامى فهو كالاتى :
يجاب شخص على نفسه أمرا جائزا شرعا ولم يكن لازما له (٧) .

وبمقارنة تعريف الالتزام فى القانون الوضعى وتعريفه فى الفقه الاسلامى ، يتضح أن مصدر الالتزام الشرعى هو ارادة الشخص الملتزم نفسه ، فى حين أن مصدر الالتزام الوضعى هو الارادة ، وأيضا الفعل الضار والنافع حيث يرتب القانون على أى منهما أثرا ملزما ، وكذلك القانون .

(٥) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق بند ٣ ص ٨ ويداجع ما سبق بند (١) .

(٦) ما تقدم بند ١ ، وراجع مؤلفنا السابق ص ٧ .

(٧) راجع ما سبق بند ١ ، وأيضا مؤلفنا السابق ص ١٣ .

أما بخصوص مصادر الالتزام فهي طبقاً للفقهاء اللاتينى خمسة : العقد والارادة المنفردة والاثراء بلاسبب ، والفعل الضار والقانون .

ووفقاً للفقهاء الاسلامى ينبغى التفرقة بين التعرف القانونى والواقعة القانونية أما التصرف القانونى فيقصد به اتجاه الارادة لاحداث أثر قانونى ، أما الواقعة القانونية فيقصد بها كل واقعة يترتب عليها أثر قانونى بمعرفة الشارع كما هو شأن الفعل الضار أو النافع أو الولادة . . . أو الوفاء . . . الخ .

ويلاحظ اقتراب الفقه الاسلامى والفقه الجرمانى بخصوص مصادر الالتزام .

ويطالب البعض بالآخذ فى قانوننا الوضعى بالتفرقة بين « الالتزام والالزام المقول بها من جانب الفقه الاسلامى (٨) » .

وفى اعتقادنا ان هذا الرأى لا يجد تأييداً لدينا ، وذلك لانه اذا كان الامر يقتصر فحسب على استبدال مصطلحات بأخرى دون أن يصل التغيير الى حد المفاهيم والمضامين ومحتوى الموضوع محل البحث ، فلا داعى لهذا للتغيير ، فكما يقول الامام الشافعى لا مشاحة فى الاصطلاح ، وان القول بوجوب استقلال الفقه الوضعى فى مصر - عن الفقه الاجنبى هو قول وان كان يعبر عن أمر نأمل تحقيقه الا أن الواقع المعاش يعبر عن صعوبة الانفصال بين فكر القانون الوضعى فى مصر والفكر القانونى الاجنبى بحسبان ان الاخير هو المصدر التاريخى الرئيسى للاول ومعنى هذا ومقتضاه انه فى الوقت الحالى لا يمكن القول بالاستقلال والامل معقود على المستقبل فى أن يتم التواءم والتوافق بين القانون الوضعى المصرى ككل والفقه الاسلامى ، وقبل ذلك يصعب القول بثمة انفصال بين الفكرين الوضعى المصرى والاجنبى (٩) .

(٨) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار بند ١٣ ص ٢٤ ، وما سبق بند ٢ .

(٩) ما سبق بند ٢ .

وبان من خلال البحث ان تعريف الفقه الاسلامى للعقد ، يفضل عن تعريف العقد فى القانون الوضعى ، بحسبان ان التعريف الاول اظهر الجانب المادى للتراضى اى الايجاب والقبول ، فضلا عن انه ابرز الاثر الجوهرى للعقد وهو محله (١٠) .

وبخصوص تعيين المحل فى عقد البيع فجهت ان المشرع الوضعى وهو يصدد تنظيمه لاحكام هذا العقد اضاف للقواعد العامة للمحل شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا .

وهذا الشرط استمد من احكام خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية .

وغنى عن البيان ان الفقه الاسلامى كان له قصب السبق فى وضع نظرية متكاملة تحكم الخيار الشرعى والارادى ، وعلى عكس ذلك نجد ان القانون الوضعى لم يصل بعد الى وضع نظرية عامة متكاملة من كافة الجوانب فى الخيارات .

ويشارك الفقه والقضاء المشرع الوضعى فى القصور الذى شاب احكام خيار الرؤية فى النظام القانونى الوضعى .

وعلى أية حال يمكننا تعريف الخيار فى القانون بأنه سلطة للمتعاقدين أو احدهما فى مسح العقد أو تقريره وإمضائه لمسوغ قانونى أو اتفاق ارادى .

وتجدر الاشارة ان هذا التعريف يتفق فى الجوهر والمضمون مع تعريف الخيار فى الفقه الاسلامى بأنه طلب خير الامرين أو امضاء العقد وتنفيذه أو فسخه ورفعته من اساسه لسبب شرعى أو اتفاق ارادى بين الطرفين المتعاقدين .

وبخصوص مشروعية الخيار نجد ان هناك أدلة عديدة على مشروعته

(١٠) مراجع الدكتور عبد الناصر العطار ص ٢٧ وأيضا مؤلفنا السابق ص ٢٢ وما تقدم بند ٣ .

المشروعية ، وهي مشروعية تقتضيها طبيعة التعامل وظروفه ودرءا لما قد ينتج عن التسرع في التعاقد من آثار كالغبن والتفريط .
وغنى عن البيان ان هذه المشروعية للخيار تمثل خروجاً على القاعدة الاصلية التي تقضى ان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو انهاءه الا باتفاقهما .

وبمطالعة التطور التاريخي للخيار نجد أن العرب قبل الاسلام جهلوا هذه الخيارات بينما ان الشرائع الوضعية القديمة عرفت هذه الخيارات وفي وقت مبكر عن العرب ، ومن هذا فان الفقه الاسلامي له فضل وضع نظرية متكاملة بخصوص هذه الخيارات .

وتتنوع الخيارات في الفقه الاسلامي فمنها ما ثبت باشتراط العقب كى يتم له العلم الصحيح بمناجم العقد ومقاومة مثل خيار الشرط وخيار التعيين وخيار النقد وخيار الكمية والاقالة والتحالف ، ومنها ما ثبت بتقرير الشارع دون توقف على شرط من العاقد دفعا لنقص في العلم الذى ترتب عليه الرضا أو منعا لتقرير أو جهالة أو غبن ، وذلك مثل خيار المجلس وخيار الرؤية .

وعلى جانب آخر نجد أنه على الرغم من ان القانون المدني لم يرد فيه نصوص صريحة توضح أنواع الخيارات فان هذا لا ينفى القول بأن القانون المدني المصرى يعرف الخيارات الشرطية (فى العقود اللازمة كالفقه الاسلامي كما أنه يعرف أيضا الخيارات القانونية ومع هذا ينبغي التأكيد على ان القانون الوضعي المصرى جهل كثيرا من الخيارات التى عرفها الفقه الاسلامي كخيار الرؤية وخيار المجلس وغيرها .

وهذا وان دل على شىء فانما يدل على تخلف القانون الوضعي عن ملاحقة الفقه الاسلامي بشأن موضوع البحث .

وباستعراض احكام خيار الرؤية فى الفقه الاسلامي اتضح ان جمهور الفقهاء يفتكزون خيار الرؤية وفقا للراجح عندهم وذلك لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرور ، هذا من جهة ومن جهة أخرى

فان المعقود عليه ينبغي أن يكون معلوما بذاتته ووضعه والاعيان لا تكتمل معرفتها الا بالمشاهدة النافية للجهالة كما انهم في أي جمهور الفقهاء أولوا حديث عثمان وطلحة بانه قول صحابي لا يرقى الى مرتبة الحجية المقاطعة ، ومن جهة ثالثة فانهم ردوا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (من اشترى ما لم يره فهو بالخيار اذا رآه) وذلك تأنيها على أنه رواية عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث كما يحتمل ان يكون معنى الحديث ان من يشتري ما لم يره يكون بالخيار بين العقد وتركه (١١) .

اما رأي الاحناف ومن وافقهم بثبوت خيار الرؤية فهو الرأي الراجح وذلك لقوة ادلته ، كما ان هذه الادلة لم تدحض بدليل عكسي قاطع من قبل الجمهور بان العقد على الغائب المشتغل على الغرر والجهالة والمنهى عنهما شرعا ، ينصرف الى الجهالة والغرور التي يترتب عليهما النزاع بين المتعاقدين الامر الذي لا ينطبق على خيار الرؤية اذ انه له ضوابطه المذكورة من جانب انصار هذا الرأي والتي لا تؤدي الى النزاع ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان النهي عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين ، والدليل على ذلك قصة حكيم بن حزام رضى الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستحدثها فاستجدها فاشتريها واسلمها اليه ، فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك ، فانهى عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين (١٢) .

وعليه فان مذهب الاحناف ومن وافقهم هو المذهب الراجح .

وقبيلما يتعلق بغيره يكون له خيار الرؤية ، فلقائلون بمشروعيتها يقررون ان هذا الخيار يثبت لاحد المتعاقدين فقط دون الآخر وهو المشترط

(١١) انظر المفتى ص ٤٨ من ٧٨ والى غير ذلك من الفتاوى .
 (١٢) المبسوط للسرخسي ج ١ ص ٧٠ .

دون البائع في عقد البيع والمستأجر دون المؤجر في عقد الايجار
وهكذا فهو لا يثبت للملك .

واما فيما يختص بالعقود التي يدخلها خيار الرؤية فهو يقتصر على
عقود المعاوضات اللازمة من الجانبين والتي تكون قابلة للفسخ ويكون
محلها معقودا عليه معيناً بشخصه .

أما كيفية تحقق الرؤية فان هذا يكون بأية حاسة تمكن من العلم
التام بمحل العقد .

ويترتب على خيار الرؤية ان يكون للمتملك حق امضاء العقد
أو فسخه أو الرجوع فيه ، ويكون هذا الرجوع بارادته المنفردة
ودون توقف ذلك على التراضي أو التقاضى ، أى دون أن يتوقف ذلك على
رضاء المتعاقد الاخر أو قضاء القاضى بهذا الرجوع .

ويمكن الرجوع في العقد بمقتضى هذا الخيار قبل الرؤية وبعدها .

والرأى عندنا ان الرجوع في العقد قبل الرؤية مردده هو عدم
لزوم العقد أما الرجوع بعد الرؤية فيعزى الى ثبوت خيار الرؤية (١٣)
كسبب صحيح لحق الرجوع .

أما عن احكام خيار الرؤية في القانون الوضعى فان أهم تطبيق
له نجده في عقد البيع اذ أن علم المشتري بالمبيع علماً كافياً يعد
شرطاً لسلامة رضى المشتري ، أما عدم توافر هذا العلم فانه غلط في
صفات المبيع يترتب عليه قابلية العقد للبطلان لمصلحة المشتري
الامر الذى يعنى — كما هو معروف — ان العقد يبطل صحيحاً منتجاً
لكافة آثاره الا أن يتقرر ابطاله متى اختار المشتري فسخ العقد .

(١٣) في هذا المعنى د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص. ٥٠ وراجع
ما سبق بند ٢٠ .

وغنى عن البيان ان علم المشتري بالمبيع علما كافييا لا يشترط
ان يكون شخصا او فعليا كما لا يشترط ان يكون عن طريق الرؤية
البصرية .

٢٨ - ثانيا - خاتمة :

وجلى مما تقدم مدى ضخامة واصالة نظرية خيار الرؤية (في الفقه
الاسلامى) تلك الضخامة والاصالة التى نفتقدها في تنظيم القانون الوضعى
لخيار الرؤية .

الامر الذى يدفعنا الى ان تهيب بالشراع المصرى بان يستكمل
ما ينقص خيار الرؤية من احكام استهداء بما هو راجح في الفقه
الاسلامى .

- ١- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٢- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٣- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٤- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٥- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٦- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٧- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٨- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٩- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٠- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١١- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٢- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٣- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٤- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٥- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٦- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٧- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٨- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ١٩- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .
- ٢٠- ان خيار الرؤية هو خيار من خيار البيع الذى يترتب عليه فسخ البيع عند تحقق الرؤية .

أهم مراجع البحث: راجع ويكيبيديا ويوتيوب
مراجع الشريعة الاسلامية

- ١ - لسان العرب لابن منظور •
- ٢ - المصباح المنير للمقري الفيومي •
- ٣ - احكام القرآن الرازي الجصاص •
- ٤ - احكام القرآن لابن العربي •
- ٥ - سبل السلام للصنعاني •
- ٦ - نيل الاوطار للشوكانى •
- ٧ - فتح البارى للعسقلانى •
- ٨ - شرح التوضيح على التنقيح لابن مسعود •
- ٩ - بدائع الصنائع للكسانى الحنفى •
- ١٠ - فتح القدير لابن الهمام الحنفى •
- ١١ - الدر المختار شرح تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين •
- ١٢ - مجمع الانهر / محمد بن سلمان افندى •
- ١٣ - بداية المجتهد لابن رشد المالكى •
- ١٤ - حاشية الدسوقى لابن عرفة الدسوقى •
- ١٥ - شرح الخرشي لابن محمد الحرشي •
- ١٦ - الفروق للقراfi المالكى •
- ١٧ - المقدمات المجتهدات لابن رشد •
- ١٨ - كتاب الام للشافعى •
- ١٩ - معنى المحتاج للخطيب •
- ٢٠ - المجموع للنووى الشافعى •
- ٢١ - المفتى لابن قدامة الحنبلى •
- ٢٢ - المحلى لابن حزم الظاهرى •
- ٢٣ - البحر الزخار للمرئضى الزيدى •
- ٢٤ - الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى •

- ٢٥ - الاشباه والنظائر للسيوطى الشافعى •
 ٢٦ - القوانين الفقهية لابن جزى •

مؤلفات حديثة في الفقه الاسلامى

- ١ - المعاملات الشرعية المالية - الشيخ أحمد ابراهيم •
 ٢ - نظرية العقد للمدكتور شوكت المعوى •
 ٣ - نظرية العقد - زكى الدين شعيبان •
 ٤ - احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف •
 ٥ - الملكية ونظم العقد للشيخ محمد أبو زهرة •
 ٦ - الاموال ونظرية العقد • محمد يوسف موسى •

كتب قانونية :

- ١ - النظرية العامة للالتزام د. انور سلطان سنة ١٩٦٢ •
 ٢ - النظرية العامة للالتزام د. اسماعيل غانم سنة ١٩٦٨ •
 ٣ - النظرية العامة للالتزام د. توفيق فرح سنة ١٩٦٩ •
 ٤ - النظرية العامة للالتزام د. جميل الشرقاوى سنة ١٩٧٤ •
 ٥ - النظرية الالتزام د. حشمت أبو سنيت •
 ٦ - الغاء العقد د. حسين عامر ١٩٥٣ •
 ٧ - اصول الالتزامات د. سليمان مرقس ١٩٦٠ •
 ٨ - الوسيط (نظرية العقد) د. السنهورى •
 ٩ - مصادر الحق فى الفقه الاسلامى د. السنهورى ١٩٦٨ •
 ١٠ - نظرية الالتزام د. عبد الناصر العطار ١٩٧٥ •
 ١١ - مصادر الالتزام د. لبيب شنب ١٩٧٦ •
 ١٢ - النظرية العامة للالتزام د. عبد الحى حجازى •
 ١٣ - اصول الالتزامات د. مختار القاضى •
 ١٥ - دروس فى مصادر الالتزام د. لاشين الغياتى •

رسائل علمية :

- ١ — نظريه بطلان التصرف د. جميل الشرقاوى ١٩٥٦ •
- ٢ — لانظرية العامة للفسخ د. حسن الزنون •
- ٣ — العقد الموقوف د. عبد الرازق فرج •
- ١٤ — فسخ العقد في الشريعة د. على مرعى •
- ٥ — الخيارات وأثرها في التصرفات — عبد الستار عبد الكريم •
- ٦ — انقضاء العقد بالالغاء والرجوع د. اسماعيل عبد النبي شاهين •

مقالات :

- ١ — خيا الرؤية د. عبد المجيد مطلوب في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١ عدد ٢ ١٩٥٩ •
- ٢ — مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ د. عبد الحى حجازى مجلة العلوم القانونية سنة ١ عدد ٢ سنة ١٩٥٩ •