خيار المجلس
بين
الشريعة والقانون

بقلم الدكتور
سعد الدين مسعد هلالي
مدرس الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

خيار المجلس بين الشريعة والقانون

بقلم الدكتور
سعد الدين مسعد هلالي
مدرس الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

تمهيد :

استولى العقد على جزء كبير من الدراسات الشرعية الإسلامية والدراسات التحليلية القانونية على السواء، لأنه أهم الأسباب الناقلة للملكية، وعلامة تكريم الإنسان للاعتداد بتصرفاته وعقوده وعهوده ، وجعلت هذه الدراسات وتلك تخوض فى تعريف العقد ، وتحلل أركانه ، وتفصل شروط كل ركن ، ثم تبين أنواع العقد على ضوء تلك الأركان والشروط تارة ، وعلى اعتبار أغراضه ومضامينه تارة أخرى ، وعلى أساس تسميته لدى المشرع أو ابتداع تلك التسمية من لدن الأفراد، وكذلك حسب الاتفاق على وقت إنشائه وهكذا .

وكل عطاء وثراء فقهى فى هذا الشأن يضيف لبنة جديدة فى هيكل الحياة المدنية التشريعية سواء منها المالية أو غير المالية ، ونطوف على تلك التحليلات القانونية الوضعية والنظريات الفكرية الشكلية فيزداد إيماننا ويقيننا بأن التشريع - أى تشريع - إذا لم يسنده شرع الله الحكيم الخبير كان تشريعا قاصرا مما يجعلنا نسلم بعظمة الإسلام ودقة أحكامه .

ونتكلم فى هذا البحث عن قوة وأثر العقد أثناء مجلس التعاقد بعد تقديم نوجز فيه تعريف وبيان أركانه ، وموضع هذا البحث من دراسة العقد وبيان أهمية دراسة خيار المجلس فى عجالة مناسبة .

تعريف العقد وبيان أركانه :

العقد فى اللغة : نقيض الحل ، يقال : عقدت الحبل بمعنى شددته وقويته وربطت بين أطرافه (١) .

والعقد فى الفقه الاسلامى هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثراً شرعيا فى المحل المعقود عليه .

ويظهر العقد فى الوجود الحسى فى حياة التعامل بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول وهو ما يعبر عنهما بركن (الصيغة) . وذهب الفقهاء الإسلاميون إلى أن هذا الوجود الحسى لا يكون وجودا شرعيا إلا بوجود ركنين آخرين هما : (العاقد والمحل) . وإن كان فقهاء الحنفية جعلوا هذين الركنين الأخيرين من لوازم الإيجاب والقبول (الصيغة) .

ويشترط فى الصيغة أن يخلو كل من الإيجاب والقبول من عيوب الإرادة كالغلط ، والاكراه ، والتدليس ، والغبن ، والاستغلال .

ويجب فى العاقد أن يكون ذا أهلية وولاية لإبرام العقد ، كما يلزم فى المحل المعقود عليه أن يكون مشروعا .

وفى نطاق الدراسات القانونية يتكون العقد من التراضى والسبب والمحل ، لأن العقد عبارة عن توافق إرادتين على أحداث أثر قانونى ، فالإرادة هى أساس العقد ، والارادة هى الرضا وهذا التراضى يتجه إلى غاية مشروعة كانت السبب فى العقد(٢) .

---

(١) لسان العرب ص ٣٠٣٠ ، مختار الصحاح ص ٤٤٤ . المصباح المنير ٢/٣٢ .

(٢) الوسيط للدكتور عبد الرازق السنهورى ١/١٣٨ ، المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص ص ١١٨ ، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار ص ٢٧ .

موضع خيار المجلس من العقد وبيان أهمية دراسته :

إذا تحققت الأركان والشروط للعقد كان صحيحا ، ولا يلزم في عقود المعاوضات المالية إلا بالتفرق من مجلس التعاقد ، أو اتفاق المتعاقدين على إنهاء هذا الخيار .

وتظهر أهمية خيار المجلس في حماية المتعاقد إذا تسرع وأبرم العقد دون تبصر للحال أو المآل وفور اقتران الإيجاب بالقبول ظهرت له المصلحة في عدم إبرام هذا العقد لغبن أو خديعة قد يعجز عن إثباتهما ، أو لحاجته إلى ماله أو سلعة أخرى ، أو غير ذلك فيمكنه بهذا الخيار إلغاء التعاقد .

المقصود بخيار المجلس :

خيار المجلس من إضافة الشيء إلى ظرفه ، أي الخيار الثابت مادام مجلس العقد قائما والسبب فيه هو العقد نفسه ، ومجلس العقد هو مكانه ، والمراد به هنا : العاقدان ما داما مجتمعين بأبدانهما ، ولو جاوزوا المكان بأن كان العقد يتم أثناء سيرهما . فلو تفرقا بأبدانهما فقد انفض مجلس العقد[1] .

مشروعية خيار المجلس :

اتفق الفقهاء على عدم مشروعية خيار المجلس في عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق والرجعة لحاجة تلك العقود إلى مزيد من الاستقرار وتعلقها بكرامة وحرية الإنسان .

وقد ثار خلاف في الفقه الإسلامي حول مشروعية خيار المجلس في عقود المعاوضات المالية على رأيين :

---

(١) المهذب ١/٢٥٧ - ٢٥٨ ، المغني ٤/٧ ، ٨ .

الرأى الأول : وإليه ذهب أكثر أهل العلم (١) ، اتجه إلى أن العقد يقع جائزا ولكل من المتعاقدين الحق فى الرجوع عنه بإرادته وحدها ما داما مجتمعين لم يتفرقا .

والمرجع فى التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا بالأبدان لا بالأقوال، لأنه هو التفرق المعهود ، وحتى تتحقق الحكمة منه فتكون الفرصة أمام المتعاقدين أكبر لتمام التراضى ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه ، علما أو جهلا (٢) .

وفى الوقت الذى ينتقل الملك فى البيع الذى فيه خيار المجلس أو خيار الشرط ثلاثة أقوال عند الشافعية :

أحدها : ينتقل بنفس العقد لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح .

والثانى : أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدل على أنه لا يملك إلا بهما .

والثالث : أنه موقوف مراعى فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد وإن فسخ تبينا أنه لم يملك لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد لأنه لو ملك بالعقد لملك بالتصرف ، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك فثبت أنه موقوف مراعى (٣) .

---

(١) يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبى هريرة وأبى برزة كما روى ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبى وعطاء وطاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبى ذئب وابن المبارك وإسحق وأبو ثور وأبو عبيد وداود وغيرهم، وهو مذهب الشافعية والحنابلة . انظر المهذب ١/٢٥٧ - المغنى ٤/٦، ٧ ، بداية المجتهد ٢/١٧٠ ، المحلى لابن حزم ٨/٣٥١ وما بعدها .

(٢) المغنى ٤/٨ .

(٣) المهذب ١/٢٥٩ .

الرأى الثانى : وإليه ذهب المالكية والحنفية وطائفة من أهل المدينة[1]، إنه إلى الإيجاب إذا ارتبط به قبول صحيح كان العقد لازما ولا خيار لأحد المتعاقدين فى الرجوع عنه حتى ولو كان المتعاقدان مجتمعين فى مجلس التعاقد.

وقد ساد بعض شراح القانون الوضعى وزاء ما ذهب إليه المالكية والحنفية فى الفقه الإسلامى من عدم مشروعية خيار المجلس اعتبارا بالمادة ٩٧ من القانون المصرى الحالى والتى تنص على أنه :

١) يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك.

٢) ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول .

فلا يجوز لأى من المتعاقدين الرجوع فى العقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب ، لما فى ذلك من إخلال بالثقة المشروعة عند التعامل ، فلو صح لأى من المتعاقدين الرجوع فى العقد بإرادته المنفردة لكان فى هذا إهدار لحرمة العقد الواجب الوفاء به[2] ، وإبطال لحق المتعاقد الآخر بغير رضاه[3].

أقول إن هذا التعليل لا يصح أن يهدر حق المتعاقدين فى الرجوع عن العقد أثناء مجلسه ، لأنه لا مساس بالثقة المشروعة فى التعامل بعد لزوم العقد بالتفرق ، أما أثناء مجلسه فإن الحرص على تمام التراضى يقتضى أن يكون

---

(١) أنظر بداية المجتهد ٢/١٧٠ . بدائع الصنائع ٦/٢٩٢ وقد تصدى ابن حزم لأدلة هؤلاء وأبطلها فى كتابه المحلى ٨/٣٥٧ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد ٢/١٧١ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور السنهورى طبعة سنة ١٩٦٠، ٢/٣٨ .

(٣) مصادر الحق للدكتور السنهورى ٢/٣٩ ولم يؤيد الدكتور عبد الناصر العطار ذلك ، انظر له نظرية الإلتزام فى الشريعة الإسلامية ص ٧٧ ، ٧٨ .

لكل منهما الحق فى فسخ العقد أو التمسك به حتى ينفض المجلس . وليس فى هذا إهدار لحرمة العقد ، وإنما هو حرص على تمام التراضى ، أما القول بلزومه قبل انفضاض مجلس العقد ففيه تضييق على المتعاقدين قد ينال من تراضيهما الذى يجب أن يتم العقد به ، كما أن فيه اعترافا فى الشكلية . كما أن رجوع أحد المتعاقدين عن العقد قبل أن ينفض المجلس ليس فيه إبطال لحق المتعاقد بغير رضاه ، لأن المتعاقد الآخر لا يثبت له حق قبل لزوم العقد والعقد غير لازم حتى ينفض مجلسه ، وقد كان لهذا المتعاقد الآخر أن يرجع عنه كما رجع عنه المتعاقد معه (١) .

كما أن نص المادة ٩٧ المشار إليها لا تفيد إنكار خيار المجلس وإنما تنص على حكم ارتباط الإيجاب بالقبول بين الغائبين .

دليل المنكرين لخيار المجلس ومناقشتها :

استدل المالكية والحنفية على عدم مشروعية خيار المجلس فى العقود بالكتاب والسنة والقياس .

١ - أما الكتاب فآيات كثيرة منها قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (٢) قوله تعالى (وأوفوا بالعهد) (٣) .

والعقد قبل التفرق يصدق عليه أنه عقد وعهد فيكون واجب الوفاء ولا يكون كذلك إلا إذا كان لازما ، إذ لو لم يكن لازما وجاز فسخه لما كان واجب الوفاء .

كما استدلوا بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(٤) .

(١) نظرية الإلتزام للدكتور عبد الناصر العطار ص ٧٧ .
(٢) الآية الأولى من سورة المائدة. (٣) الآية ٣٤ من سورة الإسراء .
(٤) الآية ٢٩ من سورة النساء.

فقد أباح الله تعالى الأكل بعد التراضي ، وهذا يدل على صحة الملك بالعقد ، وهو يصدق بمجرد صدور الإيجاب والقبول(١) .

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن الآيات المشار إليها وإن كانت عامة في كل العقود فمطلقة دون تقييد بالتفرق إلا أنها مقيدة بالأحاديث المثبتة لخيار المجلس جمعاً بين الأدلة، فيكون المراد من العقود والتجارات العقود والتجارات اللازمة ، ولا تكون كذلك إلا بالتفرق على مجلس العقد .

٢ - وأما السنة فأحاديث كثيرة منها :

(أ) قوله صلى الله عليه وسلم : (المسلمون عند شروطهم) .

والعقد بمجرد الإيجاب والقبول يعتبر شرطاً يجب الوفاء به .

ويمكن مناقشة ذلك بما ورد على الاستدلال من الكتاب ، فلا يعتبر الإيجاب والقبول شرطاً لازماً إلا بالتفرق عن مجلس العقد .

(ب) ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله) .

فهذا الحديث دل على أن أحد العاقدين لا يملك الفسخ في غير صفقة الخيار إلا بالاستقالة ، وهي هنا بعد التفرق لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التفرق قبلها والاستقالة لا تكون إلا بعد تمام العقد وصحة انتقال الملك .

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأنه لا يمنع خيار المجلس فالاستقالة المذكورة

---

(١) بداية المجتهد ٢/١٧١ ، المحلى ٨/٣٥٧ .

فى الحديث إنما هى فسخ النادم منهما رضى الآخر أم كره ، لأن العرب تقول: استقلت من علمى واستقلت ما فات عنى إذا استدركه (١) ، وهذا هو خيار المجلس ، ولا يقصد بالاستقالة فى الحديث فسخ النادم برضى الآخر لأن هذه الأخيرة تجوز بعد التفرق بالأبدان ولو بعد عدة أعوام (٢) .

(ج) ما ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر .

ومن الغرر أن يكون للمتعاقدين خيار لا يدريان متى ينقطع .

ويمكن مناقشة ذلك بأن خيار المجلس ينقطع بالتفرق بالأبدان كما كان يفعل ابن عمر رضى الله عنهما ، أو أن يخير أحدهما صاحبه . ولاغرر فى شىء ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم تشريعه ، فقد روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا من بيعهما أو يكون بيعهما بخيار) .

(د) ما روى عن عمر رضى الله عنه أن البيع يقع على صفقتين : بيع لا خيار فيه وهو بيع الصفقة ، وبيع فيه خيار وهو المشروط فيه ذلك . فلو كان من حق أحد المتعاقدين الرجوع فى العقد ولو قبل انفضاض المجلس لكان بيعه خيار .

ويمكن مناقشة ذلك : بأن بيع الصفقة لا يكون بيعا لازما إلا بعد انفضاض مجلسه ، كما أن قول عمر رضى الله عنه ليس حجة خاصة وقد خالفه بعض الصحابة كابن عمر وابن عباس وأبى هريرة وغيرهم (٣) .

---

(١) يقال تقابل البيعان : تفاسخا صفقتهما ، وقد تقابلا بعد ما تبايعا أى تتاركا . واقلته البيع أى فسخته ، لسان العرب ص٣٧٩٨ .

(٢) المحلى ٨/٣٦٠ .

(٣) بداية المجتهد ٢/١٧١ المغنى ٤/١٦ .

٢ - وأما القياس فهو أنه لما كان النكاح والخلع من عقود المعاوضات
لم يلزم بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول ولا يجوز فيهما خيار المجلس فكذلك
سائر عقود المعاوضات من بيع وإجارة وغيرهما .

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق ، لأن النكاح من عقود
المكارمة ولا يقع غالبا إلا بعد رؤية ونظر فلا يحتاج إلى الخيار ، كما أن في
ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب
حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت
فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

دليل المثبتين لخيار المجلس ومناقشتها :

استدل الجمهور القائلون بمشروعية خيار المجلس بكثير من الأحاديث
النبوية الشريفة نذكر منها :

الحديث الأول :

ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا
أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب
البيع وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع) .
وفى رواية (البيعان بالخيار مالم يتفرقا) .

ووجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للمتبايعين الخيار
أثناء اجتماعهما إلى أن يتفرقا بأبدانهما أو يخير أحدهما صاحبه وهذا هو
خيار المجلس .

ونوقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول :

إن المراد بالتفرق فى الحديث التفرق بالأقوال كما فى قوله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب)[1] وفى قول النبى صلى الله عليه وسلم (تفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة) أى بالأقوال والاعتقادات .

وأجاب صاحب المغنى ببطلان هذه المناقشة من وجوه :

الأول : أن اللفظ لا يحتمل ماقالوه ، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه .

الثانى : أن هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد فى إنشائه وإتمامه أو تركه .

الثالث : أنه قال فى الحديث : (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار) فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما . وقال : (وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع) .

الرابع : أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله ، فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع ، وتفسير أبى برزة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه[2] .

الوجه الثانى للمناقشة :

أن المراد بالمتبايعين فى الحديث : المتشاغلان فى البيع المتساومان فيه ،

(١) سورة البينة الآية ٤ .

(٢) المغنى ٤/٦ ، ٧ .

الذبيح ولم يذبح، وكما قال تعالى « فبلغن أجلهن »[1] إنما أراد تقاربن
بلوغ أجلهن .

وأجاب صاحب المحلى عن ذلك بأنه لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سمى إسماعيل بالذبيح ، ولم يرد ذلك فى القرآن ، وإنما أطلق ذلك عليه محل الخليل عليه السلام السكين على حلقه وهذا فعل يسمى من فاعله ذبحا ، وما تعالى عن هذه التسمية لأنها لم يأت بها قرآن ولا سنة ، فلا يقوم بها حجة فى شىء أصلا .

وأما قوله تعالى : « فبلغن أجلهن » فليس المراد المقاربة ، وإلا لما جاز الإمساك والرجعة إلا فى قرب بلوغ الأجل لا قبل ذلك ، وهذا باطل بلا خلاف ، وتأويل الآية موافق لظاهرها فالمراد ببلوغ الأجل - والله أعلم - بلوغ المطلقات أجل العدة بكونهن فيها من دخولهن إياها إلى آخر الطلاق إلى خروجهن عنها وهذه المدة كلها للزوج فيها الرجعة والإمساك بلا خلاف أو التمادى على حكم الطلاق[2] .

وأضاف صاحب بداية المجتهد أنه لو كان المراد بالمتبايعين فى الحديث المتساويان لما كان لهذا الحديث فائدة ، لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول[3] .

الحديث الثانى :

ما أخرجه أبو داود وابن ماجه مختصراً عن أبى الوضىء[4] قال: غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا لغلام ثم قاما بقية يومهما

(١) الآية ٢ من سورة الطلاق .
(٢) المحلى لابن حزم ٨/٣٥٦ .
(٣) بداية المجتهد ٣/١٧٦ .
(٤) هو عباد بن نسيب تابعى ثقة سمع على بن أبى طالب وأبى هريرة وأبى برزة ، انظر المحلى ٨/٣٥٣ .

وليلتهما فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل قام إلى فرسه ليسرجه فقدم فأخذ الرجل ليأخذ بالبيع فأبى أن يدفعه إليه فقال له : بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فأتينا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال : أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) قال أبو برزة : ما أراكما افترقتما .

ووجه الاستدلال : أن أبا برزة وهو صحابي سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قضى بما جاء في القصة دل على أن حق المتبايعين في الخيار ثابت إلى التفرق بالأبدان ، وهو حكم منطق معقول يتدارك به الإنسان عجالته .

الرأي المختار :

بعد عرض أدلة كل من الفريقين المنكرين والمثبتين لخيار المجلس في العقود ومناقشتها يتضح لنا قوة دليل الجمهور القائل بمشروعية خيار المجلس وأنه لا وجه لمن يمنع المتعاقد حقه في الرجوع عن كلامه أثناء مجلس العقد ، خاصة وأن هذا الحق يعتبر نوعا من الحرص على تمام التراضي الذي اهتمت به الشريعة الإسلامية في إنشاء العقود ومن بعدها التقنينات الوضعية ، فكثيرا ما يندفع الإنسان لعقد سرعان ما تتبين المصلحة في العدول عنه .

اشتراط إسقاط خيار المجلس :

لما كان خيار المجلس مشروعا لحماية المتعاقدين من آثار التسرع وضمانا لتمام الرضا في إنشاء العقود ، فلا يصح إشتراط إسقاطه في إبتداء العقد لأنه إسقاط للحق قبل سببه ، الذي هو تمام العقد ، فلا يصح ذلك كخيار الشفعة وهذا أصح الوجهين عند الشافعية، وعليه فهل يبطل العقد بهذا الشرط فيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض،

والثانى : يبطل لأنه يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط أن لا يسلم المبيع.

والوجه الثانى عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة: أنه يصح اشتراط إسقاط خيار المجلس قبل العقد ، لأن هذا الخيار جعل رفقا بهما فجاز تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه ، ولأنه أحد الخيارين فى البيع فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط (١) .

أقول : وهذا التعليل الذى أوردوه لجواز إسقاط خيار المجلس قبل العقد لا يصح ، لأن خيار المجلس إذا كانت مشروعيته للرفق فالمناسب عدم جواز إسقاطه خاصة وأنه شرع لسبب لم يوجد قبل العقد، فيعتبر اشتراطه لغو.

والقول : بأن خيار المجلس غرر لا يصح لأن الرسول صلى الله عليه وسلم شرعه ، وعلى التسليم بأنه غرر فليس فى عقد لازم لأن العقد لا يلزم إلا به ، أما خيار الشرط فمصدره اتفاق المتعاقدين ومن ثم صح لهما التنازل عنه بخلاف خيار المجلس .

انقضاء خيار المجلس بالتخاير :

إذا اقترن الإيجاب بالقبول فقد تم العقد وثبت لكل من المتعاقدين الحق فى الرجوع عنه أثناء مجلس التعاقد ، وفى هذه الحال يصح لهما الاتفاق على إسقاط هذا الحق لثبوته ولعدم التهمة ويكونان فى حكم المتفرقين بالأبدان ، وهذا من يسر وسهولة التعامل فى الفقه الإسلامى حتى لا يأخذ انفضاض مجلس العقد طابعا شكليا ، فأجاز الإسلام أن ينتهى مجلس العقد بالتخاير ، ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كما جاء فى البخارى (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر) ، فهذا يدل

(١) المهذب ١/٢٥٨ ، المغنى ٤/١١ .

على أن الخيار ثابت إلا بأحد أمرين : التفرق بالأبدان ، أو التخاير ، وهذا مذهب الشافعية وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد ، أما الرواية الثانية عنه فهي أن خيار المجلس لا يبطل التخاير قبل العقد ولا بعده ، لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) من غير تقييد ولا تخصيص هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر ، يقول صاحب المغني : ولكن وردت روايات أخرى فيها زيادة (فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع) يعني لزم ، والأخذ بالزيادة أولى(١) .

معنى التخاير :

والتخاير هو أن يقول أحد المتعاقدين للآخر اختر إمضاء البيع أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت امضاءه أو فسخه فينقطع الخيار (٢) .

أو يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد أو إلزامه أو اخترت العقد أو أسقطت خياري ، فيلزم العقد من الطرفين (٣) .

وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده ، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر (٤) ، فإن خير أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسئول لأنه لم يعبر ولا ينسب لساكت قول . أما السائل فينقطع خياره لقوله صلى الله عليه وسلم : (أو يقول أحدهما للآخر اختر) فدل على أنه إذا قال يسقط خياره ، وهذا وجه للشافعية والحنابلة .

---

(١) المغني ٤/١٠ .
(٢) المهذب ١/٢٥٨ .
(٣) المغني ٤/١٠
(٤) المرجع السابق .

والوجه الثانى عندهما : أنه لا ينقطع خيار السائل كما لو قال لزوجته : اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط ، وهذا قياس مع الفارق لأن المرأة لم تكن مالكة للخيار ، وإذا خيرها فقد ملكها مالم تكن تملكه ، فإذا سكتت بقى على حقه ، وهـنا المشترى يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار (١) .

وللتخاير أهمية عملية إذا انتهى مجلس العقد بالتفرق بالأبدان عن غير إرادتهما فهل يلزم العقد أم لا ؟ وجهان للشافعية :

أحدهما : يلزم لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير ، فإذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار .

والثانى : أنه لا يلزم ولا يبطل الخيار لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت ، والسكوت لا يسقط الخيار (٢) .

---

(١) المهذب ١/٢٥٨ . المغنى ٤/١١ .

(٢) المهذب ١/٢٥٨ .