

خيار الشرط بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

د . ياسر باسم ذنون السبعاعي
جامعة الشارقة/ كلية القانون

المقدمة :

الحمد لله، خلق الانسان علمه البيان، وأشهد الا اله الا الله، شهد بوحدة ذاته وكمال صفاته الثقلان، وأشهد ان محمداً عبده ورسوله صاحب الآيات البينات، ورافع رايات النبوات. الصادق الوعد الامين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى اله وأصحابه النجوم الأطهار، وبعد:

فإن مقتضيات البحث العلمي للموضوع محل الدراسة، تلزمننا بتناول الامور الآتية:

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث:

يتفق الفقه على ان العقد، متى تمت مرحلة أعدامه واستوفى شرائط صحته وأركانه قام صحيحاً منتجاً لأثاره، مرتباً المسؤولية بين أطرافه كل في حدود التزاماته وفي اطار واجباته تجاه الاخرين، لكن ومع كل الفرص المتاحة للمتعاقدين كالتروي والتفكير، في التعبير عن ارادتهما بشكل صحيح، فقد رأى الفقهاء ان هناك من الظروف التي يرجع بعضها الى العاقدين كعدم الرؤية، او نقص في الاهلية، لا تعطي النتيجة الكاملة لنفاذ العقد واعطائه اللزوم النهائي.

كما لو تم إبرام العقد من الصبي لتوقف لزوم العقد على اجازة من يملك اعطاءه صفة اللزوم وتتمام النفاذ. فكان التدخل ضروري رحمة بالمتعاقدين ودفعاً للغرر ومنعاً للغبن الذي نهى عنه الشرع.

فكان للمتعاقدين في العقود التي تحتل مكانة مهمة لدى المتعاقدين، ورغم تمام العقد بكامل صيغته، ان يكون لاحدهما او لهما معا او لا جنبي، الخيار في امضاء العقد او فسخه، وذلك خلال فترة زمنية محددة، وهذا ما يسمى بخيار الشرط. فخيار الشرط، خيار قرر خلافا لقاعدة لزوم العقد. فالأصل ان العقد اذا استوفى متطلبات صحته ونفاذه، اصبح لازماً لطرفيه، بحيث لا يجوز لأي منهما التحلل منه بإرادته المنفردة. على انه قد يكون لكليهما او لأي منهما الحق في فسخ العقد دون تراضي او تقاضي. ففي هذه الحالة يكون عقداً غير لازم. وهذا ما قرره المشرع الإماراتي صراحة في نص المادة (218) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي والتي تنص على انه " 1- يكون العقد غير لازم بالنسبة الى احد عاقيه او لكليهما رغم صحته ونفاذه اذا شرط له حق فسخه دون تراض او تقاضي 2- ولكل منهما ان يستقل بفسخه اذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة اليه او شرط لنفسه خيار فسخه". اذ بمقتضى هذا النص، فان حق الفسخ، قد يرجع الى كون العقد غير لازم بطبيعته لاحد المتعاقدين. وقد ينص القانون على عدم اللزوم كجزاء لعيوب الرضا.

من هذا المنطلق، فان خيار الشرط قد يثبت لاحد المتعاقدين او لكليهما فيكون العقد غير لازم، لمن ثبت له الخيار. والخيارات التي تشوب لزوم العقد عرفها الفقه الاسلامي، واخذها منه قانون المعاملات المدنية الاماراتي، وهي في حقيقة الامر تشكل صنعة فقهية راقية جداً، فهي تجيز للمتعاقد فسخ العقد بإرادته المنفردة اذا اختل رضاه، فهي تدخل ضمن الوسائل التي اوجدها المشرع الاماراتي لحماية المتعاقد بوجه خاص.

ثانياً - أسباب اختيار موضوع البحث:

هنالك عدة اسباب دعنتنا الى اختيار موضوع البحث منها:

1- قد يكون موضوع خيار الشرط من المواضيع التقليدية التي ارتمى عليها غبار الزمن، واتحدت فيها كلمة شراح القانون عامة. الا اني اثرت بحث هذا الموضوع، لكونه من المواضيع التي لم تأخذ بها الا بعض القوانين العربية، كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني العراقي، باعتبار ان هذه القوانين متأثرة بالفقه الاسلامي هذا من ناحية.

2- ومن ناحية اخرى، فان الكثير من شراح القانون المدني العراقي يوجهون سهام النقد الى المشرع العراقي لإيراده احكاماً قانونية خاصة بخيار الشرط. خصوصاً، كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، انه قد وضع نظرية عامة للالتزامات عالج فيها الشروط المقترنة في العقود. فهذه الاخيرة تغني عن ايراد احكام خيار الشرط.

ثالثاً - تساؤلات موضوع البحث:

نسعى من خلال هذا البحث الى ايجاد الاجابة عن تساؤلات عديدة قد تتبادر الى الذهن، ومن هذه التساؤلات:

1- هل ان خيار الشرط هو ذات الشرط الفاسخ، كما يقرر أغلبية الفقه ذلك ام انه بينهما اختلاف؟ هذا ما يستدعي بحث الطبيعة القانونية لخيار الشرط. مع العلم ان فكرة خيار الشرط في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني العراقي تقابل فكرة التحفظات في العقد في الفقه الغربي.

2- نصت المادة (220) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على انه "إذا شرط الخيار لكل المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما، فان جعل لاحدهما فلا يخرج ماله من

ملكه ولا يدخل مال الاخر في ملكه". اذ بموجب هذا النص ان كان الخيار لكل المتعاقدين فلا يترتب على العقد اثره وهو انتقال الملكية اذ يبقى البديل في ملكها، لكن الغريب في النص ان المال يخرج من ملك الطرف الذي ليس له الخيار ولا يدخل في ملك أحد، فعلى ذمة من يكون هذا المال؟ وهل هذا الحكم صحيح من الناحية القانونية؟

3- نصت المادة(225) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، وبذات الاتجاه القانون المدني العراقي على انه " يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته ويلزم العقد بالنسبة الى ورثته ويبقى الاخر على خياره وان كان الخيار له حتى نهاية مدته". اذ بموجب هذا النص ، فان الخيار يسقط بالوفاة ويصبح العقد لازما للورثة، لكن الا يلاحظ بان هذا الحكم يتعارض مع الغاية المنشودة من خيار الشرط. اذ الحكمة في اجازته من قبل الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) لحبان بن منقذ هو المحافظة على حق رجل يُغبن في البيع. اليس من الاجحاف ان المشرع يجعل العقد لازما بوفاة من تقرر الخيار لمصلحته، اليس في ذلك تعارض مع الحكمة من الخيار؟

رابعاً - منهجية موضوع البحث:

اعتمدنا في اعداد هذا البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تنظم هذا الموضوع، مع تحليل موقف الفقه في هذا الصدد. ولم يقتصر الامر على المنهج التحليلي، وانما اعتمدنا على المنهج المقارن، ما بين الفقه الاسلامي بمذاهبه الاربعة الرئيسية، فضلا عن المقارنة ما بين قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم(5) لسنة 1985، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

خامساً - هيكلية موضوع البحث:

خطة البحث لهذا الموضوع تقع في مقدمة ومبحثين، المبحث الاول يتناول التعريف بخيار الشرط وذلك في ثلاث مطالب، يتناول المطلب الاول التأصيل التاريخي لخيار الشرط ودليل مشروعيته، اما المطلب الثاني فانه يتناول التعريف بخيار الشرط ، اما المطلب الثالث من هذا البحث، فانه يتطرق الى بحث الطبيعة القانونية لخيار الشرط.

اما المبحث الثاني، فقد تعرض الى الاحكام القانونية لخيار الشرط ، وذلك في ثلاث مطالب، المطلب الاول ، يبحث في مدة هذا الخيار، والمطلب الثاني في بيان أثاره القانونية، اما المطلب الثالث فيبين فيه أسباب الانقضاء ، بالإضافة الى خاتمة البحث التي تضمنت اهم النتائج والتوصيات.

المبحث الاول

التعريف بخيار الشرط

اقتضى التعريف بخيار الشرط أن ، نخرج على تأصيله التاريخي ودليل مشروعيته ، إذ أن المنهج العلمي في البحث القانوني يتطلب من الباحث مد بساط البحث طولاً وعرضاً ، بحيث يربط بين الأفكار القانونية من جهة والظروف الاجتماعية من جهة أخرى ، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن التعريف يتطلب بحثه لغة واصطلاحاً وفي الاصطلاح القانوني من هذا المنطلق فإن هذا المبحث ينقسم إلى ثلاث مطالب ، يتناول المطلب الأول التأصيل التاريخي لخيار الشرط ودليل مشروعيته ، أما المطلب الثاني فإنه يتناول تعريف خيار الشرط ، اما المطلب الثالث، فإنه يبحث في الطبيعة القانونية لخيار الشرط

المطلب الأول

التأصيل التاريخي لخيار الشرط

إذا توفر لعقد البيع أركانه مستوفية لشروط الصحة لزم العقد الطرفين ، بحكم لا يختلف فيه القانون والشرع ، وهو أن العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾ ، غير أنه يجوز لأحد الطرفين أو كليهما أن يعلقا مصير العقد على رغبة يبيديانها بعد مدة من انعقاده بموجب شرط يشترطانه يسمى بخيار الشرط⁽²⁾ . وقد أطلق فقهاء الشريعة الغراء عليه اصطلاح خيار الشرط من باب إضافة

(1) أنظر: أ. د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، ط2،

الاتفاق المشرقة ناشرون، عمان، 2010، ص 49-50.

(2) أنظر: د . عباس الصراف ، شرح عقد البيع ، الطبعة الأولى ، دار البحوث العلمية ،

الكويت ، 1972 ، ص 185 .

الشيء إلى سببه فالخيار أساسه الشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان في عقدهما

إذا كانت هذه هي الفكرة العامة التي تقوم عليها البيوع ، فيلاحظ أن الشرائع القديمة ، لاسيما شريعة حمورابي ، لم تكن تعرف تنظيمًا دقيقاً لعقد البيع ، لأن هذه الشريعة لم تهتم بوضع النظريات القانونية العامة ، وإنما اقتصرَت على معالجة الجزئيات العملية ⁽¹⁾ لذا لا يكون غريباً عدم معرفة هذه الشريعة لهذا النوع من البيوع .

أما على صعيد الشريعة الإسلامية ، فقد عرفت هذا الموضوع وبشكل مفصل ، لا بل هي المصدر الأساسي لهذا الموضوع ، إذ يستند فقهاء الشريعة الإسلامية بصورة عامة ، في الأخذ بخيار الشرط إلى دليلين هما:

أولاً- السنة النبوية المطهرة:

استدل على مشروعية الخيار بما ورد بقصة حبان بن منقذ الانصاري ، اذ انه كان يُغبن في البيع وان اهله قد رفعوا أمره الى النبي محمد(صلى الله عليه وسلم) عسى ان يمنعه، فقال له النبي (صلى الله عليه وسلم) " اذا بايعت فقل: لا خلافة" وفي رواية اخرى " اذا بايعت فقل: لا خلافة، ثم انت في كل سلعة تبناها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فأردها على صاحبها" ⁽²⁾.

(¹) أنظر: د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، دراسة مقارنة مع التشريعات القديمة والحديثة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، 1999 ، ص 93

(²) أنظر: الامام زين الدين احمد بن عبد اللطيف الزبيدي ، مختصر صحيح البخاري ، المسمى التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح ، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1424 هـ - 2003 ، باب ما يكره من الخداع في البيع ، حديث ، رقم (1008) ، ص 216 .

وعن محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلا قد اصابته أمة في رأسه، فكسرت لسانه ونازعته عقله. وكان لا يدع التجارة ولا يزال يُغبن، فأتى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فذكر له ذلك، فذكر له الحديث⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف واضحة، إذ إن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) جعل شرط الخيار للمتعاقد، ليكون على بينة من أمره من خلال اجازته (صلى الله عليه وسلم) لحبان بن منقذ باشتراط عدم الخديعة. قال السرخسي في كتاب المبسوط: "ففي الحديث جواز البيع مع شرط الخيار"⁽²⁾، وهو ما أشار إليه الشيخ علي الخفيف بقوله: "وفي هذه اجازة صريحة من النبي (صلى الله عليه وسلم) لهذا الشرط، وشرع لهذا الخيار"⁽³⁾.
ثانياً - الإجماع:

استدل بالإجماع على مشروعية الخيار، فذكر ابن الهمام "شرط الخيار مجمع عليه" وقال الامام النووي، ما يجتمع به من ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع"، وفي موطن آخر أشار الى وجوب الالتزام بمدته المعلومة فقال "يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع اذا كانت مدته معلومة"⁽⁴⁾.

(1) أنظر: د. الشيخ علاء الدين زعتري، موسوعة فقه المعاملات المالية المقارن، ط 1،

دار العصماء، دمشق، سوريا، 2012، ص 168-169.

(2) أنظر: د. حوران محمد سليمان، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي - دراسة

مقارنة. ط 1، دار النوادر، دمشق، سوريا، 2012، ص 124.

(3) أنظر: علي الخفيف، مختصر احكام المعاملات الشرعية (العقد)، مطبعة السنة

المحمدية، القاهرة، 1954، ص 363.

(4) أنظر: د. حوران محمد سليمان، مصدر سابق، ص 125.

وجدير بالذكر، ان مبدأ مشروعية خيار الشرط ثابت بالنص على خلاف القياس، لان الاصل في العقد، كما في عقد البيع، هو تحقق الاثر بمجرد التطابق ما بين الايجاب والقبول أي انتقال الملكية ، ومع ذلك قد يتراخى انتقال الملكية اذا ما دخل العقد بعض الموانع⁽¹⁾.

وعليه نجد ان الفقهاء جعلوه داخلا على حكم العقد مانعا من ثبوته وذلك تقليلا لعمله بقدر الامكان، ولم يجعلوه داخلا على اصل البيع للنهي عن بيع وشرط⁽²⁾. وسبب تسميته بخيار الشرط هو إضافة الشيء إلى سببه فهو الخيار الذي سببه الشرط⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء المسلمين بشأن ثبوت هذا الخيار ، فقال البعض بالمنع ، على أساس أنه يتعارض مع القاعدة العامة في لزوم عقد البيع ، وضعفوا حديث حبان بن منقذ ، والذي أستند إليه جمهور الفقهاء ، ومن أخذ بهذا الخيار من المذاهب الإسلامية ، هم الحنفية والشافعية والمالكية والجعفرية ، والحنابلة⁽⁴⁾.

و قد قننت مجلة الأحكام العدلية في المواد (300-309) خيار الشرط ، حيث نصت المادة (300) بقولها "يجوز أن يشترط الخيار بفسخ

(1) أنظر: ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، كتاب المبسوط ، المجلد السابع ، ج 13 ، ط1، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 1421هـ - 2001م ، ص 51 وما بعدها.

(2) أنظر: علي الخفيف، مصدر سابق، ص 363؛ د. حوران محمد سليمان، مصدر سابق، ص 126.

(3) أنظر: د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية القانون ، جامعة الكويت ، 1974- 1975 ، ص 35 .

(4) أنظر: د. عباس الصراف ، مصدر سابق ، ص 186.

البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر⁽¹⁾.

وعن مجلة الأحكام العدلية والتي اقتبست الموضوع من المذهب الحنفي ، أخذ المشرع العراقي ونظمه في خمس مواد (513-509) ، وذلك في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني في القانون المدني العراقي، وقد نظم المشرع الاماراتي في المواد (219-225) تحت عنوان الخيارات التي تشوب العقد. بعد هذه المقدمة التاريخية ، ننتقل إلى المطلب الثاني، والذي نبحث فيه تعريف خيار الشرط.

المطلب الثاني

تعريف خيار الشرط

إن تعريف خيار الشرط يقتضي أن نبحثه في اللغة أولاً ، وفي الاصطلاح الشرعي ثانياً ، وفي الاصطلاح القانوني ثالثاً، وعلى النحو الآتي :

أولاً- خيار الشرط لغة :

الخيارات : جمع خيار ، والخيار أسم مصدر من اختار يختار اختياراً، فهو مشتق من الاختيار، فيقال اختار الشي أنتقاه، وخيرته بين الشيئين أي فوضت اليه الخيار، فاختار أحدهما وتخيره. وهو يأتي بمعنى طلب خير الأمرين أما إمضاء البيع أو فسخه ، وهو على ثلاثة أنواع ، خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار النقيضة ، والخيار نبات يشبه القثاء و قيل هو القثاء ،

(1) أنظر: منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، القواعد الكلية -

البيع -الاجارة ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1949 ، ص 29.

وبنو الخيار قبيلة عربية⁽¹⁾ . ويقال ايضا: "أنت بالخيار، معناه: اختر ما شئت، فالخيار اذا هو طلب خير الأمرين من الإمضاء أو الفسخ"⁽²⁾ اما الشرط لغة فقد جاء في لسان العرب انه " إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه . والجمع شروط ، وقيل الشرط : العلامة : والجمع أشرط ، والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم " . وقيل بأن "الشرط في اللغة جمع شروط وشرائط ، والشرط الزام الشيء والتزامه في البيع والنحو ، والجمع شروط ، والشروط بالتحريك. العلامة والجمع أشرط، وأشرط الساعة ، أعلامها وهو منه"⁽³⁾ .

ثانيا - في الاصطلاح الشرعي :

فأن خيار الشرط عرف تعريفات متعددة ، فقد عرفه ابن عرفة بانه " بيع وقف بته أولا على امضاء يتوقع " وعرفه الأمام الشرييني بانه " لكل من المتعاقدين او لاحدهما شرط الخيار على الاخر المدة الاتية مع موافقة الآخر " وذكره الأمام البهوتي بأنه " ان يشترط في العقد او بعده مدة معلومة"⁽⁴⁾.

(¹) أنظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري ، لسان العرب المحيط ، إعداد وتصنيف يوسف خياط ، ج 1 ، دار لسان العرب ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص 927-928 .

(²) أنظر : د. حوران محمد سليمان ، مصدر سابق ، ص 108.

(³) أنظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري ، لسان العرب المحيط ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 298.

(⁴) أنظر : د. فتح الله أكثم تقاحة، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي ، ط1، الجنادرية للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2011 ، ص 170.

وجاء في كتاب التعريفات للإمام الجرجاني بانه " ان يشترط احد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل"⁽¹⁾. وبذلك فان خيار الشرط في الاصطلاح الشرعي، هو ما يشترط في صلب العقد أو بعده لأحد العاقدين أو كليهما من إمضاء العقد أو فسخه ، وقد ثبت على خلاف القياس لأن الأصل في العقد هو اللزوم ، وخيار الشرط يُرد على خلاف ذلك ، ومع هذا فقد أقره الفقهاء من باب الاستحسان لحاجة الناس إليه⁽²⁾ .

ثالثاً - في الاصطلاح القانوني :

هو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما بأن يكون له أو لشخص أجنبي خيار فسخ العقد أو إجازته في أثناء المدة المتفق عليها بينهما⁽³⁾ . ويثبت خيار الشرط لمن اشترطه في العقد ، حيث يصح الخيار للمشتري أو للبائع ، أو لهما جميعاً ، كما يصح اشتراطه لأجنبي عن العقد⁽⁴⁾ . والغرض من خيار الشرط بنوعيه ، أي خيار الفسخ وخيار الإجازة ، هو إعطاء فرصة للمتعاقد الذي اشترطه للتفكير والتروي لفسخ العقد أو لأجازته ، في خلال المدة المتفق عليها ، علماً أن هذا الخيار يعطي لمن اشترطه سلطة الفسخ دون موافقة المتعاقد الآخر⁽⁵⁾ .

(¹) أنظر : الشريف علي بن محمد الجرجاني ، كتاب التعريفات ، دار الكتب العلمية

للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1993 ، ص 46.

(²) أنظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب

الشرائع ، ج2 ، ط2 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982 ، ص 264 .

(³) أنظر: علي الخفيف ، مصدر سابق ، ص 120 .

(⁴) أنظر: د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع - الإيجار - المقاوله ، ط2

، مكتبة دار الثقافة ، عمان، 1997 ، ص 49-50 .

(⁵) أنظر: د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز الوافي ، مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر

الالتزام (المصادر الإرادية) ، مطبعة البيت العربي ، عمان ، 1985 ، ص 175 .

وقد سمي هذا الخيار بخيار الشرط، لأنه من اضافة الشي الى مسببه فالشرط هو سبب الخيار وليس العكس. ومن خلال التعاريف الواردة سلفا فأننا نستنتج ما يلي:

- 1- ان خيار الشرط لا يثبت الا لمن اشترطه في العقد.
 - 2- ان هذا الخيار قد يشترط لكلا المتعاقدين او لاحدهما، وبالنتيجة يكون لمن اشترطه خيار فسخ العقد او اجازته.
 - 3- ان هذا الخيار قد يكون من احد المتعاقدين للأخر.
 - 4- ان هذا الخيار قد يشترط للمتعاقدين وقد لا يشترط لهما وانما يشترط لشخص اجنبي عن العقد أي من الغير.
- بيد ان ثمة تساؤل يطرح نفسه في هذا المجال، هل يصح اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد، لاسيما في الفقه الاسلامي؟

على صعيد الفقه الاسلامي، فان المسألة فيها تفصيل اذ ظهر بهذا الصدد اتجاهين هما:

الاتجاه الاول: وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية، الى القول بجواز شرط الخيار لأجنبي عن العقد، وذلك لان الحاجة تدفع كلا المتعاقدين او احدهما الى الاستعانة بأجنبي ان كان قليل الخبرة بالموضوع. اصف الى ذلك ان ثبوت هذا الخيار للأجنبي ليس اصالة وانما هو نيابة عن المتعاقد، فيقدر له الخيار اقتضاء⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: وهنا ينسب القول الى زفر من الحنفية الذي خالف الجمهور في جواز اشتراط الخيار لأجنبي عن المتعاقدين بقوله "بان اشتراط الخيار للعائد مع ان القياس يأباه يثبت بالنص فتبقي اشتراطه للغير على خلاف

(¹) أنظر: الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص 363؛ د. حوران محمد سليمان، مصدر

سابق، ص 126.

القياس، ثم ان الخيار موجب للعقد واحكامه، وهي لا تتعدى لغير العاقدين، فان تعدت كان ذلك اثبات حكم العقد لغيرهما وهو مالا يجوز⁽¹⁾.

وبهذا الصدد يقول ابن الهمام " ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره. فأيهما أجاز جاز الخيار، وإيهما نقض انتقض. واصل هذا ان اشترط الخيار لغيره جائز استحساناً. وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لان الخيار من واجب العقد واحكامه، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه. وعند ذلك يكون لكل منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز، وإيهما نقض انتقض. ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر، يعتبر السابق، لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره. ولو خرج الكلامان منهما معا، يعتبر تصرف العاقد في رواية، وتصرف الفاسخ في أخرى. ووجه الاول، ان تصرف العاقد اقوى، لان المجاز يلحق الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة⁽²⁾.

وبهذا الصدد، فاني اتفق مع من سبقني⁽³⁾ بترجيح رأي الجمهور في جواز الاخذ بخيار الشرط لأجنبي، لأنه لا يخالف مقتضى العقد من جهة ولان صاحب الخيار قد يكون بحاجة للاستعانة بخبرة الغير وهو اجنبي عن العقد، بصدد المسالة موضوع التصرف القانوني.

(1) أنظر: الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 180.

(2) أنظر: ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 6 ، ص 321-322 اوردده د. حوران محمد سليمان ، مصدر سابق ، ص 127.

(3) أنظر: د. علاء الدين زعتري ، مصدر سابق ، ص 170-171؛ د. حوران محمد سليمان ، مصدر سابق، ص 127-128.

اما بالنسبة الى القانون الوضعي ، فالمسألة محسومة فنص المشرع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية وبشكل صريح على جواز ان يكون خيار الشرط للمتعاقدين او لا جنبي عن العقد. اذ نصت المادة (219) على انه " في العقود اللازمة التي تتحمل الفسخ يجوز للمتعاقدين او لايهما ان يشترط في العقد او بعده خيار الشرط لنفسه او لغيره.....". وبذات الاتجاه المشرع العراقي في المادة (509) من القانون المدني والتي تنص على انه " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري سواء أكان الخيار للبائع او للمشتري او لهما معا او لأجنبي " .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لخيار الشرط

في هذا الصدد نبحت في بيان الطبيعة القانونية لفكرة خيار الشرط كوصف يرد على العقد ، اذ يبدو لأول وهلة، كما بدا للبعض من شراح⁽¹⁾ القانون المدني العراقي ، أن وضع مواد قانونية خاصة بخيار الشرط هو من قبيل الحشو والتكرار ، لأن المشرع المقارن قد نظم موضوع الشروط بمختلف أنواعه في باب النظرية العامة للالتزامات .

(¹) حيث يرى وجهة النظر هذه الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مطبعة الرابط ، 1953، ص 46 ، ويؤيده فيها كلاً من د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص 132 ؛ د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والايجار) ، ج 1 ، ط2 ، مطبعة العالي ، بغداد ، 1970 ، ص 61 وغيرهم .

ورداً على ذلك نقول : بأن خيار الشرط إذا كان يتفق مع (الشرط والأجل) باعتبارهما من أوصاف الالتزام . فإن الفرق بين خيار الشرط والشرط وبالتحديد الشرط الفاسخ يبدو واضحاً وجلياً من خلال النقاط التالية :

أولاً - من حيث التعريف فإن التعليق (أي الشرط) ، هو ربط مضمون أمر بحصول مضمون أمر آخر مستقبلي ومحمّل وعارض أما إناطة العقد بمطلق المشيئة وهو ما يحدث في معظم حالات الخيار ومنها خيار الشرط ، فليس تعليقاً بالمعنى الفني الدقيق لهذه الكلمة، وإنما الأمر في هذه الحالة يتعلق بخيار الشرط ، والخيار مشيئة أو محض إرادة أو تحفظ لا يتجزأ عن مضمون التصرف .

ثانياً - من حيث الطبيعة القانونية : الخيارات هي مشيئة بحتة ، أو هي نفس الإرادة ، أما التعليق فهو حالة قانونية تنشأ من إناطة التصرف بواقعة عارضة من عمل الإرادة وليست ذات الإرادة⁽¹⁾ .

ثالثاً - إن خيار الشرط موضوع للفسخ لا للإجازة ، في حين أن الشرط أنواع وهو لا يرتبط بالفسخ إلا في حالة واحدة هي حالة الشرط الفاسخ ، ومع ذلك فإن الفرق يبدو واضحاً بين الاثنين . فالعقد الذي يعلق على شرط فاسخ ، لا يمنع من نشوء الالتزامات في حق الطرفين معاً ، منذ لحظة إنشاء العقد .

بخلاف خيار الشرط الذي لا ينشأ معه التزام عند انعقاد العقد ، إلا في حق طرف واحد دون الآخر ، بل وقد لا ينشأ الالتزام أصلاً في حق أي من الطرفين إن كان الخيار لهما جميعاً⁽¹⁾ .

(¹) أنظر: د. محمد شتا أبو السعد ، الشرط كوصف للتراضي ، اطروحة دكتوراه في

القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية ، مطبعة ألها ، عالم الكتب ، 1981 ،

ص 297 .

وقد يبدو ثمة تعارض بين هذا الاستتباط وبين نص المادة (509) من القانون المدني العراقي ، التي تشير بأن خيار الشرط لا يمنع من انتقال الملكية !!

وتوضيحاً لذلك نقول بأن هذا التعارض ظاهري وليس موضوعياً ، ذلك أن انتقال الملكية من البائع إلى المشتري ليس التزاماً وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي وإنما هو أثر جوهري لعقد البيع ، فالأصل فيه أنه ناقل للملكية واستثناءً فإنه ينشأ التزام بنقل الملكية ، كما هو الحال بالنسبة للمثليات غير المفروزة و بيع العقارات .

رابعاً - في حالة العقد المعلق على شرط ، أيّاً كانت نوعية الشرط (واقف أو فاسخ) ، فإنه يجوز لصاحب هذا الحق أن يجري الأعمال التحفظية اللازمة لصيانة حقوقه أو للمحافظة على المبيع نفسه دون أن تؤثر هذه التصرفات في وضعه القانوني .

في حين أن مجرد القيام بمثل هذه الأعمال التحفظية في حالة العقد الموصوف بالخيار، ليعتبر من الناحية القانونية إجازة ضمنية للبيع وبالتالي إنهاء للخيار . ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها⁽²⁾ .

خامساً - في حالة الحق المعلق على شرط ، فإنه يمكن التصرف بهذا الحق بكافة أنواع التصرفات وهو ينقل إلى الغير معلقاً على نفس الشرط سواء كان شرطاً واقفاً أم فاسخاً، في حين أن مثل هذه التصرفات في

(¹) أنظر: د. شفيق أيوب ، خيار الشرط في الفقه الاسلامي ، المذهب الحنفي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالمية ، القاهرة ، ص 178 .

(²) أنظر: د. شفيق أيوب ، مصدر السابق ، ص 179 .

العقود الموصوفة بخيار الشرط ، تعتبر من أسباب انقضاء الخيار ، وبالتالي لزوم البيع .

سادساً - الوفاة ، إذا توفي صاحب الحق المعلق حقه على شرط ، فإن هذا الحق ينتقل إلى الخلف العام مثقلاً بنفس الوصف في حين أن الوفاة تعتبر من أهم أسباب سقوط خيار الشرط.

سابعاً - يجوز للمشتري المعلق حقه على شرط وبالتحديد الشرط الفاسخ أن يأخذ بالشفعة العقار المجاور للمبيع ، في حين أنه ليس له ذلك في حالة عقد البيع الموصوف بالخيار لأنه يعتبر إجازة ضمنية وبالتالي إنهاء للخيار⁽¹⁾ .

ثامناً - وأخيراً أضف إلى الفروقات السابقة ، أن خيار الشرط كوصف يرد على عقد البيع ذاته فيكون العقد كله موصوفاً بخيار الشرط ، في حين أن محل الشرط سواء كان شرطاً واقفاً أم فاسخاً هو الالتزامات المتولدة عن عقد البيع ، وشتان ما بين الاثنين .

بعد بيان الفرق بين خيار الشرط ، والشرط كوصف للالتزام ، قد يسأل البعض عن التكييف القانوني لخيار الشرط وفقاً لأحكام القانون المدني

؟

للإجابة على هذا التساؤل ، نقول أن الشرط وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي ، يكون على نوعين ، النوع الأول هو الشرط التقييدي والذي نظمت أحكامه المادة (131) من القانون المدني العراقي ، والنوع الثاني هو الشرط التعليقي والذي يكون وفقاً لأحكام المواد (285-290) على نوعين وهما الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

(¹) أنظر: د. شفيق أيوب ، مصدر السابق ، ص 180 .

أما النوع الثالث من الشروط فهو شرط الخيارات ومنها خيار الشرط ، والذي نظمت أحكامه المواد (509-513) من القانون المدني العراقي وذلك ضمن القواعد العامة الخاصة بعقد البيع والمواد (219-225) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، تحت عنوان الخيارات التي تشوب العقد ، بخلاف الأمر في القانون المدني الأردني الذي نظم أحكام شرط الخيارات في باب النظرية العامة للالتزام في المواد (177-183) والذي تناول فيها خيار الشرط وخيار الرؤية المواد (184-188) وخيار التعيين المواد (189-192) وخيار العيب المواد (193-198). وهذا الأمر بحد ذاته يعد دليلاً على استقلالية هذا النوع من الشروط عن كلاً من الشرط التقبيدي والشرط التعليقي ، لذا فإن خيار الشرط لا يعد شرطاً تقيدياً أو شرطاً تعليقياً وإنما هو نوع مستقل بذاته .

المبحث الثاني

الأحكام القانونية لخيار الشرط

إن بحث الأحكام القانونية لخيار الشرط ، يتم من خلال ثلاثة مطالب ،
المطلب الأول يبحث في مدة خيار الشرط ، والمطلب الثاني يتطرق إلى
آثاره القانونية ، أما المطلب الثالث فيبين أسباب انقضاء هذا الخيار .

المطلب الأول

مدة خيار الشرط

اجمع الفقهاء المسلمون على وجوب تحديد خيار الشرط بمدة معلومة،
فاذا لم يقترن بمدة محددة كان ذلك سببا لفساد العقد، لأنه يؤدي الى الجهالة
الفاحشة ومن ثم النزاع ما بين الافراد⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يقول الامام الكاساني بانه " والاصل فيه ان شرط
الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال، فكان شرطاً مغيراً مقتضى
العقد، وانه مفسد للعقد في الاصل، وهو القياس الا انا عرفنا جوازه
استحساناً بخلاف القياس بالنص عليه فبقي ما وراء المنصوص عليه على
اصل القياس"⁽²⁾.

فان كان اجماع الفقهاء المسلمين على ضرورة تقيد خيار الشرط بمدة
معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان، فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت
أصلاً. وللمدة الجائز ذكرها حد ان: حد ادنى ، حد اقصى.

(¹) أنظر: علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق، ج5
، ص 181.

(²) أنظر: المصدر اعلاه ، ج5، ص 182.

اما الحد الادنى فلا توقيت له. واما الحد الاقصى للمدة الجائرة : فقد اختلفت فيه المذاهب اختلافا كثيرا يمكن حصره في الاتجاهات الفقهية التالية :
الاتجاه الاول: التفويض للمتعاقدین مطلقا: وبموجب هذا الاتجاه، فانه يجوز اتفاق المتعاقدين في خيار الشرط على أي مدة مهما طالت، وهذا هو مذهب الامام بن حنبل، ومحمد بن الحسن وابي يوسف، فقرر هؤلاء الفقهاء تجوز الزيادة على ثلاثة ايام، لما في النصوص المثبتة للخيار من الاطلاق وعدم التفعيل، ولان الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع اليه في تقديره⁽¹⁾.

وبهذا الصدد قال الشيخ علي الخفيف موضحا سند الحنابلة، ومن وافقهم في ترك الحرية التامة للمتعاقدین في تحديد مدة الخيار: " انه مؤقت بما يرى العاقدان توقيته به من مدة يحتاج اليها في نظرهما؛ لأنه شرع للتروي، وقد يقتضي في بعض الاحوال مدة اطول من الثلاثة فشابهت مدة التأجيل، وتعيين الثلاثة لحبان من الرسول (صلى الله عليه وسلم) انما لعدم حاجته الى ما فوقها، ولا مانع من ان ذكر الايام الثلاثة محلا لقياس غيرها عليها؛ لأنه حكم معقول العلة والسبب، وليس خاصا، وقد ورد عن عبدالله بن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين"⁽²⁾.

(¹) أنظر: احمد ابراهيم ابراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الاول، السنة الرابعة، مطبعة فتح الياس نور واولاده ، القاهرة ، 1934، ص 713 ؛ د. علاء الدين زعتري ، مصدر سابق ، ص 169-170 ؛ د. محمد نجيب عوضين المغربي ، عنصر المدة واثره في العقود، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص 384.
 (²) أنظر: الشيخ علي الخفيف ، مصدر سابق ، ص 364.

الاتجاه الثاني: التفويض للمتعاقدین في حدود المعتاد: - وهو مذهب فقهاء المالكية فيحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة ، نظرا لاختلاف المبيعات. وقد جرى تصنيفها لدى فقهاء المالكية الى انواع، فالعقار، أقصى مدته شهر، وما الحق به هو ستة ايام، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار اليها في العقار هي (36) يوما. اما السيارات والدواب: فاختلفت المدة فيها بحسب الغاية من الخيار فيها، فان وان كان الخيار لمعرفة قوة السيارة ومصروفها، فأقصى مدته ثلاثة ايام ، وان كان خيار الشرط متضمنا انها للاختبار في البلد نفسه ، فالمدة يوم واحد، اما ان كان خارجة فأقصى المدة ثلاثة ايام، وقد الحق بالثلاثة ايام يوم واحد لتمكين المشتري من رد المبيع. اما بقية الاشياء وتشمل الثياب والعروض، والمثليات، وأقصى المدة لها ثلاثة ايام ويلحق بها يوم واحد⁽¹⁾.

الاتجاه الثالث : التقييد بثلاثة ايام : ذهب اصحاب هذا الاتجاه وهم ابو حنيفة والشافعية في المشهور عنهم، الى ضرورة تقييد خيار الشرط بالمدة المعتادة، لأن الخيار شرع للحاجة والتبصر في المعقود عليه، فلا يتجاوزها، والسبب في ذلك يعود الى اختلاف نوع المبيع. يقول ابن رشد معللا ضرورة التقييد بمدة الخيار بالمعتاد " واما عمدة اصحاب مالك، فهو ان المفهوم من

(¹) أنظر: الشيخ علاء الدين زعتري، مصدر سابق ، ص 170؛ د. محمد نجيب عوضين

المغربي ، مصدر سابق ، ص 384؛ د. حوران محمد سليمان ، مصدر سابق ، ص

130؛ د. عزيز كاظم جبر ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، مطابع شتات ،

مصر، 2011، ص 151 وما بعدها.

الخيار هو اختيار المبيع ، اذا كان كذلك وجب ان يكون ذلك محدودا بزمان او مكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع" (1) .

ان كان الامر كذلك في الفقه الاسلامي، فان المسألة على صعيد القوانين المقارنة محل الدراسة، لاسيما قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، تخضع الى اتفاق المتعاقدين بالدرجة الاساس وفي حالة غياب الاتفاق، فان الامر يخضع الى السلطة التقديرية للقاضي والمناطق في ذلك هو العرف. وهذا ما اكده المشرع الاتحادي في نص المادة (219) بنصها " في العقود اللازمة التي تتحمل الفسخ يجوز للمتعاقدين او لأيهما ان يشترط في العقد او بعده خيار الشرط لنفسه او لغيره المدة التي يتفقان عليها، فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف".

وبذات الاتجاه المشرع العراقي اذ نصت المادة (509) من القانون المدني العراقي على انه " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري، سواء أكان الخيار للبائع او للمشتري او لهما معا او لأجنبي".

المطلب الثاني

الآثار القانونية لخيار الشرط

أما أثر خيار الشرط على عقد البيع الموصوف به ، فهي محل خلاف في المذاهب الاسلامية . فالملكية، يرون ان ملكية المبيع في مدة الخيار تبقى للبائع- سواء كان للخيار له او للمشتري، فقد ورد في كتاب ابن رشد " واذا

(1) أنظر : وائل حسن علي حسن، الوجيز في احكام البيوع ، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2011، ص 264؛ د. حوران محمد سليمان ، مصدر سابق ، ص 130-

اهلك المبيع في مدة الخيار بيد البائع فهو منه وان هلك بيد المبتاع ففي كتاب ابن حبيب ان كان مما لا يغاب عليه فهو من ضمان البائع مع يمين المبتاع لقد ذهب من غيره فعليه. وان كان مما يغاب عليه فهو من ضمان المبتاع اذا لم تقم بنية بضياعه، ووجه ذلك انه قبضه لمنفعة نفسه مع بقاءه على ملك بائعه فأشبهه بالرهن⁽¹⁾.

فالراي عندهم ان المبيع باق على ملك البائع، فهو عند المشتري اشبه بالرهن فيده عليه يد امانة لا تضمن الا بالتعدي والتقصير وهي ليست يد ضمان.

اما الحنابلة، فتبنوا عكس وجهة نظر المالكية وقالوا، ان الملك ينتقل الى المشتري بنفس العقد سواء كان الخيار للبائع او للمشتري او لهما معا، ودليلهم في ذلك حديث النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) "ومن باع عبدا وله مال فما له للبائع الا ان يشترط المبتاع" فهنا جعل النبي (صلى الله عليه وسلم) المال والثمر للمشتري بمجرد اشتراطه، وهذا قول عام يشمل كل بيع، ولذلك فان الملكية كاثر للعقد، تنتقل به لأنه بيع صحيح، كالبيع الذي لا خيار فيه، ولان البيع تمليك والتملك يقتضي نقل الملكية الى المشتري وثبت هذا الخيار في عقد البيع لا ينفي ذلك⁽²⁾.

اما الامام الشافعي، فله في هذا الموضوع ثلاثة اراء اوردها عنه ابن قدامة، الاول، ان ملكية المبيع تنتقل الى المشتري بالعقد ولا اثر لخيار الشرط

(¹) أنظر: ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، الناشر مكتبة الكليات الازهرية، مصر، 1966، ص 169 وما بعدها.

(²) أنظر: ابو محمد موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، كتاب البيوع، باب خيار المتبايعين، ج3، الناشر مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ص 482-483..

على ذلك سواء كان الخيار للبائع او للمشتري او لكليهما. والثاني، يوافق فيها راي الامام احمد والامام مالك وهو ان حق الملكية لا ينتقل الى المشتري الا اذا انقضى الخيار. اما الثالث، فهو ان انتقال حق الملكية موقوف على نتيجة الشرط ، فاذا أمضيا البيع تبينا ان الملك للمشتري والا تبينا انه لم ينتقل من البائع⁽¹⁾.

لكن ان اسقط صاحب الخيار خياره مثلاً، فان الملك ينتقل الى المشتري من وقت العقد بناء على اصله " لان الخيار ما يقع بعدما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب "⁽²⁾.

اما الحنفية فقالوا، اذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان عن ملكهما في عقود المعاوضات المالية ، وان جعل الخيار لاحدهما ، فلا يخرج ماله من ملكه ، واما مال الاخر فعلى قول الامام ابو حنيفة لا يدخل في ملك من له الخيار ، بل يكون موقوفاً ، واما على قول الصحابين ، فانه يدخل في ملك من له الخيار⁽³⁾.

(¹) أنظر: ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج3 ، ص 482.

(²) أنظر: السرخسي ، المبسوط ، ج13-14، مصدر سابق ، ص 65.

(³) أنظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع، مصدر السابق ، ج5، ص 266 ، وسبب الخلاف بين أبو حنيفة والصحابان ، إن الأمام يرى أن الثمن لا يدخل في ملك البائع وإن خرج عن ملك المشتري بحجة عدم جواز اجتماع البدلين – الثمن والتمن – في يد واحدة ، وهذا غير جائز في عقود المعاوضات ، في حين يرى الصحابان بأن المال يدخل في ملك من له الخيار وإلا كان مالاً سائباً ، وللمزيد من التفصيل أنظر ، أحمد إبراهيم بك ، مصدر السابق ، ص 713 .

فإذا كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع من ملكه ، ولكنه يستطيع ان يطالب المشتري بالثمن . وكذلك اذا كان الخيار للمشتري فان الثمن لا يخرج عن ملكه ، ويستطيع ان يطالب البائع بالمبيع⁽¹⁾.
أ.

من خلال العرض المتقدم، يلاحظ ان المسألة محل خلاف عند الفقهاء المسلمين فمنهم من يرتب على العقد اثره بمجرد ابرامه ومنهم من يؤخر ذلك ولكل منهم ادلته وحججه. اما على صعيد القانون الوضعي فيلاحظ ان قانون المعاملات المدنية الاماراتي نص في المادة (220) منه على انه " اذا شرط الخيار لكل المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية ، فلا يخرج البدلان عن ملكهما ، فان جعل لاحدهما ، فلا يخرج ماله من ملكه ولا يدخل مال الاخر في ملكه " .

بمقتضى هذا النص ، فان خيار الشرط ، يجعل العقد غير نافذ من حيث الحكم ، أي انه لا يترتب على العقد اثره من حيث انتقال الملكية خلال فتر الخيار . فان كان الخيار لكلا المتعاقدين بقي البدلان على ملكهما ، ويحتفظ كل منهما بما يملك . وان كان الخيار لاحد المتعاقدين فقط . فان المتعاقد الذي اشترط له الخيار لا يخرج المال من ملكه . اما المتعاقد الاخر الذي لا خيار له فيخرج المال من ملكه ، ولكنها لا تدخل في ملك صاحب الخيار.

ويلاحظ ان هذا الحكم الذي اقرى به المشرع الاماراتي يوافق رأي الامام ابو حنيفة ، اذ يرى ان الثمن لا يدخل في ملك البائع وان خرج عن

(1) أنظر: د. محمد يوسف موسى ، فقه الكتاب والسنة ، البيوع والمعاملات المالية

المعاصرة ، ط2 ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1954 ، ص 28.

ملك المشتري بحجة عدم جواز اجتماع البدلين - الثمن والمثمن في يد واحدة ، وهذا غير جائز في عقود المعاوضات⁽¹⁾ .

ولكن الحكم الذي جاء به قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، يؤدي عمليا الى نتيجة غريبة ، كما سبقني بذلك بحق⁽²⁾ ، احد المختصين ، ومفادها ان المال الذي خرج من ملك الطرف الذي ليس له الخيار لا يدخل في ملك احد ، أي انه يخرج من ذمة مالك ليصبح على غير ذمة ، وبذلك يكون مالا مباحا لا مالك له ، وهذا الامر يتحقق عندما يكون الخيار لاحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر .

ولتقادي هذا الامر فأنا نقترح على المشرع الاماراتي تعديل نص المادة (220) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي بحيث تكون صياغة النص من العموم والشمول ، بان يطبق حكم الخيار المشترك لا حد المتعاقدين حكم الخيار المشترك لكليهما ، وتكون صياغة النص على النحو التالي " اذا شرط الخيار لكل المتعاقدين او لا أحدهما في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما " . وبهذا النص سواء اكان الخيار لاحد المتعاقدين او لكليهما ، فانه يبقى المال على ملك صاحبه في الفرضين ، فيكون العقد غير نافذ الحكم في كلا البدلين في ان واحد . ويمكن تبرير انتقال حق الملكية ونفاذ تصرفات الطرفين بفكرة الأثر الرجعي للإجازة ، لأنه يترتب على هذه الفكرة ان يكون نفاذ العقد ولزومه مستندا الى وقت نشؤه . فتصبح تصرفات الطرف الذي لا خيار له فيما كان يعد ملكاً له قبل الاجازة ، تصرفات في ملك غيره بعدها ، فلا تنفذ هي الاخرى الا بإجازة المالك، وهو الطرف الذي كان

(1) أنظر: احمد ابراهيم ابراهيم بك ، مصدر سابق ، ص 713.

(2) أنظر: د. عدنان سرحان و د. يوسف محمد عبيدات ، المصادر الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الاماراتي (العقد - الارادة المنفردة) ، ط 1 ، افاق مشرفة ناشرون ، الشارقة ، 2001 ، ص 183.

له خيار الفسخ وتنازل عنه بالإجازة . بيد ان ثمة تساؤل ، يطرح نفسه في المجال ، على من تكون تبعة الهلاك خلال فترة الخيار ؟ قانون المعاملات الاتحادي لم يورد نص يعالج هذه الحالة . لكن الراي عندي انه يتعين ان نميز بين فرضين :

الفرض الاول- اذالم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الموصوف بالخيار ، فيلاحظ ان العقد غير نافذ ، وحق الملكية باق على اصحابه ، وبذلك ، فانه ان هلك انما يهلك من ذمة صاحبه لان اليد هنا في هذا الفرض توصف بانها يد ملك لا يد امانة ولا يد ضمان .

الفرض الثاني- انه تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الموصوف بالخيار ، لاسيما القبض ، فنرى ان تبعة الهلاك تكون على عاتق المتعاقد الذي قبض المعقود عليه ، لان يده هنا تعتبر يد ضمان وليست يد امانة فهي تلتزم بالضمان حتى وان كان الهلاك بقوة قاهرة ، لان المعقود عليه هنا مقبوض على سوم الشراء وليس على سوم النظر ، لاسيما انه قد تم تحديد ثمن المعقود عليه . وهذا الحكم يأتي انسجاما مع القواعد العامة في القانون المدني الاتحادي لا سيما نص المادة (563) منه.

أما على صعيد القانون المدني العراقي ، فان المشرع قد حسم أثر خيار الشرط على عقد البيع الموصوف به ، فقد حسمها المشرع العراقي في المادة (509) من القانون المدني ، حيث نصت على أنه "يصح أن يكون

البيع بشرط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي⁽¹⁾ .
فهذا النص واضح الدلالة على ان عقد البيع الموصوف بخيار الشرط ، تترتب عليه أحكامه ، والتي من أهمها انتقال الملكية من البائع إلى المشتري .

ونصت المادة(510) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فإيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع ، وأيهما أجاز سقط خيار المجيز ، وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة" ، إذ يتضح من خلال هذا النص أنه يجوز لمن شرط الخيار له أن يفسخ أو يجيز العقد خلال المدة المتفق عليها⁽²⁾ .

⁽¹⁾ وهذا على نقيض موقف القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 ، حيث ان العقود الموصوفة بخيار الشرط تمنع من انتقال ملكية البدلان من ملكهما ، وهذا ما تنص عليه المادة (178) منه ، إذ جاء فيها "إذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقد المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما ، فأَنْ جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الآخر في ملكه" ، في حين أن خيار الرؤية المواد (184-188) وخيار التعيين المواد (189-192) وخيار العيب المواد(193-198) ، كلها لا تمنع من انتقال ملكية المبيع ، غاية ما في الأمر أن العقد يكون غير لازم في حق من ثبته له الخيار . وكذلك الأمر بالنسبة إلى مجلة الأحكام العدلية فمن شرط له الخيار لا يخرج المبيع من ملكه ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وهذا ما نصت عليه المادة (308) من مجلة الأحكام العدلية بنصها "إذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع من ملكه بل يبقى معدوداً من جملة أملاكه فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد بيعه لا يلزمه الثمن المسمى بل يلزمه أداء قيمته للبائع يوم قبضه" . وكذلك الأمر إذا كان الخيار للمشتري إذ تنص المادة (309) من ذات المجلة على أنه "إذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع وصار للمشتري فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه أداء ثمنه المسمى للبائع" .

⁽²⁾ أنظر: د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 50 .

علماً أنه يترتب على انتقال الملكية وجوب تحديد تبعة الهلاك ، وقد حسمت هذه المسألة المادة (513) من القانون المدني العراقي بقولها "في جميع حالات الخيار إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ فانه يهلك من ماله ويلزمه الثمن المسمى" .

وعلة هذا الحكم واضحة ، وذلك لأن القواعد العامة تقضي بأن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع⁽¹⁾ .

المطلب الثالث

مسقطات خيار الشرط

لما كانت مشروعية خيار الشرط، تقوم على فكرة اعطاء المتعاقدين كليهما او احدهما فرصة للتروي واعمال النظر والتفكير قبل ان يقدم المتعاقد

(¹) أنظر: د. عباس الصراف ، مصدر السابق ، ص 160 ، وان هلاك المبيع قبل التسليم يكون من ذمة البائع لا على أساس القواعد العامة في التسليم فحسب ، أي وفقاً لحكم المادة (547) ، وانما على أساس أن يد البائع قبل التسليم هي يد ضمان ، وهذه اليد تضمن هلاك المبيع في جميع الأحوال وأي كان السبب ، مع ملاحظة أن مصدر حيازة البائع للمبيع هو مصدر مشروع وهو عقد البيع ذاته ، ومع ذلك فأن المشرع العراقي جعل يده على المبيع قبل التسليم يد ضمان ، طالما أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ، وهو بهذا الاعتبار يندرج تحت نص المادة (428) من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على أنه " إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتتقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس" .

والمادة هنا هي أصلاً استثناء من أحكام المادة (427) من القانون المدني العراقي والتي نظمت أحكام يد الأمانة ويد الضمان ، للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع بحث الأستاذة الدكتورة ليلي عبد الله سعيد ، الأمانة في المعاملات المالية ، دراسة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل ، العدد الأول ، أيلول ، 1996 ، ص 1-23 .

على اتمام العقد، فكان لابد ان ينتهي هذا الخيار. وبين الفقهاء المسلمين في كتبهم اهم اسباب انتهاء خيار الشرط بما يلي:

أولاً- بالاختيار أو الاجازة: فان كان خيار الشرط لاحد المتعاقدين أياً كانت صفته في العقد بائعاً او مشترياً، فإن لمن له الخيار منهما الحق في أن يفسخ العقد أو يجيزه خلال المدة المتفق عليها، فان اختار الفسخ، إنفسخ العقد وانتهى الخيار، وان اختار الاجازة لزم العقد وترتب اثره. وان كان شرط الخيار مقرر لكل المتعاقدين ، فان اختار الفسخ ، انفسخ العقد وسقط الخيار ، وان اختار الامضاء لزم العقد وسقط الخيار. وان اختار احدهما الفسخ واختار الاخر الاجازة ، قدم من اختار منهما الفسخ على الاجازة لان الفسخ اقوى من الاجازة ، ولان المقصود من خيار الشرط هو التمكن من الفسخ دون الاجازة لأصالتها⁽¹⁾. وهذا الراي هو ما عليه جمهور الفقهاء المسلمين في المذاهب الاربعة.

ثانياً- انتهاء المدة : اذا انقضت المدة المتفق عليها بين المتعاقدين ولم يصدر ممن كان الخيار مقرراً له فسخ او اجازة فقد سقط الخيار ، وذلك لأنه مؤقت بمدة معلومة ولزم العقد عند أكثر الفقهاء القائلين بمشروعية خيار الشرط ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة⁽²⁾، وسواء اكان المبيع بيد البائع ام بيد المشتري.

اما المالكية، فذهبوا الى ان الخيار يبطل ويلزم المبيع من هو في يده ، فان كان محل الالتزام قد تم تنفيذه، بأن كان المبيع بيد المشتري والتمن بيد البائع، فهذا يعني ان كلا منهما قد اختار لزوم العقد، وان لم يتم تنفيذ

(¹) أنظر : د. فتح الله أكنم تقاحة ، مصدر سابق ، ص 191-192 .

(²) أنظر: الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص

267؛ ابن قدامة ،المغني، مصدر سابق، ج3، ص483.

الالتزامات الناشئة من العقد، بمعنى ان كلا منهما قد اختار فسخ العقد⁽¹⁾، ولاشك ان راي المالكية ارجح هنا، لأنه يتفق مع الغاية من الخيار ومع حاجات الناس ومعاملاتهم.

ثالثاً - بموت من له الخيار: فاذا مات من شرط له الخيار خلال المدة المتفق عليها، فهل يسقط الخيار بموته ام يبقى ويخلفه وارثه؟ هذا الامر على صعيد الفقه الاسلامي فيه تفصيل وكما يلي :

1- ذهب البعض من الفقهاء المسلمين الى ان خيار الشرط يورث، ومن اصحاب هذا الراي هم المالكية والشافعية⁽²⁾.

2- في حين ذهب البعض الاخر من اصحاب المذاهب الاربعة، الى ان خيار الشرط لا يورث، ومن ذهب الى هذا ابو حنيفة واصحابه والحنابلة⁽³⁾.

وسبب الاختلاف ما بين المذاهب ، على ما ذكر ابن رشد ، هو هل الاصل ان تورث الحقوق كالأموال ام لا ؟ فمن قال بان الحقوق تورث كالأموال، قال بان خيار الشرط يورث لأنه حق من الحقوق، ومن قال بان الحقوق لا تورث كالأموال، قال بان خيار الشرط لا يورث⁽⁴⁾. والاحناف يرون بان خيار الشرط هو حق شخصي للميت وصفة له، فهو مشيئة وهي لصيقة بشخصية الانسان فلا يحتمل الانتقال من الميت الى غيره فلا يورث.

⁽¹⁾ أنظر: ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي الغربي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، المجلد الخامس ، الطبعة الاولى، الناشر دار الرضوان ، نواكشوط ، موريتانيا ، 1431هـ - 2010م ، ص 224-226.

⁽²⁾ أنظر: د. شفيق ايوب ، المصدر السابق ، ص 54.

⁽³⁾ أنظر: د. شفيق ايوب ، مصدر سابق ، ص 53 .

⁽⁴⁾ أنظر: د. فتح الله اكثم تقاحة ، مصدر سابق ، ص 196.

ان كان الامر كذلك في الفقه الاسلامي ، فانه لا يخرج عن هذا الاطار على صعيد القانون الوضعي، ففي قانون المعاملات المدنية الاماراتي، وكذلك القانون المدني العراقي ، يبدو ان حالات سقوط الخيار هي ثلاث ايضا، فهو يسقط باستعمال الخيار، اذ يكون لصاحب خيار الشرط الحق في فسخ العقد او اجازته، بكل فعل او قول يدل على ايا منهما. فعلى سبيل المثال اذا تصرف صاحب الخيار بالبدل الذي يملكه، فان ذلك يعد فسخا ضمنيا للعقد ، وبالعكس، يعد اجازة ضمنية للعقد ان تصرف في البدل المملوك للمتعاقد الاخر. والفسخ ان كان لفظيا ، فانه يلزم لصحته علم الطرف الاخر. وهو يتم بالإرادة دون حاجة الى موافقة الطرف الاخر او حكم المحكمة. اما الاجازة فلا يشترط لصحتها اتصالها بعلم المتعاقد الاخر⁽¹⁾، وهذا ما اكده المشرع الاماراتي في نص المادتين (223-224) منه⁽²⁾. أي ان الخيار هنا يسقط بالإجازة في المدة المعينة⁽³⁾.

وكذلك ينقضي خيار الشرط بانقضاء المدة دون استعمال خيار الفسخ⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (2/223) من قانون المعاملات المدنية بنصها " 2- وإذا مضت المدة دون اختيار الفسخ او الاجازة لزم العقد ".

(1) أنظر: د. عدنان السرحان وآخرون ، مصدر سابق ، ص 184.

(2) اذ تنص المادة (223) منه على انه " 1- يكون الفسخ او الاجازة بكل فعل او قول يدل على ايهما صراحة او دلالة. 2- وإذا مضت المدة دون اختيار الفسخ او الاجازة لزم العقد " ، وتنص المادة (224) على انه " يشترط لصحة الفسخ اختياره في مدة الخيار وعلم الطرف الاخر به ان كان الفسخ بالقول ولا يشترط فيه التراضي او التقاضي. 2- اما الاجازة فلا يشترط علم الطرف الاخر بها"

(3) أنظر: د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص 60.

(4) أنظر: د. عباس الصراف ، مصدر سابق ، ص 190.

وكذلك نص المادة (511) من القانون المدني العراقي بقولها " اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع ".

ويرى الاستاذ الدكتور شفيق ايوب بحق، ان من اسباب سقوط الخيار ما يمكن استبعاده ابتداءً، لأنها لا تندرج تحت مصطلح السقوط بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، كما هو الحال في النقطتين الثانية والثالثة، ففي هاتين الحالتين يستنفذ الخيار المدرج في العقد غرضه، وذلك باستعمال هذه السلطة فعلاً، او بانقضاء المدة (المتفق عليها) للفسخ ، وليس في كلتا الحالتين اسقاط للخيار وفق لمعنى السقوط⁽¹⁾.

اما اهم سبب من اسباب سقوط خيار الشرط في القانون فهو بموت من له الخيار خلال المدة المحددة دون ان يفسخ العقد⁽²⁾ ، وهذا ما اكده المشرع الاماراتي في المادة (225) منه والتي تنص على انه " يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته، ويلزم العقد بالنسبة الى ورثته ويبقى الاخر على خياره وان كان الخيار له حتى نهاية مدته ". وبذات الاتجاه المشرع العراقي ، وذلك استنادا لنص المادة (512) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه " خيار الشرط لا يورث ، فاذا مات من له الخيار ، سقط خياره ". وهذا الرأي يوافق مذهب الاحناف اما بقية المذاهب فقد ذهبوا الى القول بان الخيار يورث لأنه حق لازم في المعقود عليه⁽³⁾.

(1) أنظر: د. شفيق ايوب ، مصدر سابق ، ص 53.

(2) أنظر: د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص 51.

(3) أنظر: د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 51.

وبلاحظ على النصوص المقدمة والقاضية بسقوط خيار الشرط بموت صاحبه خلال مدته، بحيث ان العقد يصبح نافذ ولازم للخلف العام أي للورثة يكون على خلاف الخيار، اذ نرى انه من الاجحاف ان نجعل العقد لازم للورثة بموت المورث. وهذا الحكم الذي جاء به المشرع الاماراتي والعراقي على حد سواء. انما جاء نابع من تأثر المشرعين برأي الاحناف من انه رخصة او مشيئة مقررة للمتعاقد وهي لصيقة بالشخصية وبالتالي لا تورث، في حين ان تورث خيار الفسخ او الاجازة وهو ما عليه بقية المذاهب الاسلامية كما مر سلفا باستثناء الاحناف، يكون متفقا والغاية المرجوة من وجود خيار الشرط. لاسيما اذا علمنا ان العقد الصحيح النافذ اللازم يوجب على طرفيه تنفيذ ما ورد فيه بحسن نية ولا يجوز لاي منهما ان يرجع عنه او يعدل فيه الا بمقتضى اتفاق او نص في القانون، في حين ان صاحب الخيار يستطيع فسخ العقد خلال المدة المتفق عليها. حتى وان كان ذلك بدون أي سبب. لان وجود الخيار وحده كافيا لذلك، وبغيره لا يجوز فعل هذا حتى اذا اخل احد الاطراف بتنفيذ التزامه، لان فسخ العقد وفق القواعد العامة، يكون جزاء على اخلال احد الاطراف بتنفيذ التزامه في حين ان الفسخ بخيار الشرط، نابع من حق استعمال الخيار نفسه دون النظر الى تنفيذ او عدم تنفيذ الطرف الاخر للالتزامه بموجب العقد.

ولما كانت الغاية المرجوة من وجود خيار الشرط، هو التروي والتبصر، ومراعاة لهذه الغاية وللأحكام المقدمة، فأنا نقترح على المشرع الاماراتي تعديل نص المادة (220) بحيث يقرأ النص على النحو التالي " لا يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته، وانما ينتقل لورثته ولا يلزم العقد بالنسبة الى ورثته ويكون لهم استعمال خيار الفسخ او الاجازة خلال المدة المحددة. ويبقى الاخر على خياره وان كان الخيار له حتى نهاية

مدته ". وذات التوصية الى المشرع العراقي بالنسبة لنص المادة (512) بحيث يقرأ النص على النحو التالي "خيار الشرط يورث ، فاذا مات من له الخيار ، لا يسقط خياره " .

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث ، نسجل اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها وكما يلي:

اولا- النتائج :

- 1- خيار الشرط هو ان يشترط احد المتعاقدين او كلاهما بان يكون له او لشخص اجنبي خيار فسخ العقد او اجازته في المدة المتفق عليها بينهما ، وتبين بان هذا الخيار يجوز ان يشترطه احد المتعاقدين لشخص اجنبي عن العقد وهذا الامر الاصل فيه الجواز في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي .
- 2- ان خيار الشرط لا بد ان يكون لمدة معلومة ، والاصل في تحديد المدة هو اتفاق المتعاقدين ، فأن غاب الاتفاق ، كان المرجع في ذلك هو السلطة التقديرية للقاضي مراعيًا في ذلك العرف.
- 3- تبين من خلال العرض المتقدم ، ان عقد البيع الموصوف بخيار الشرط ، لا يترتب على العقد اثاره بالنسبة لبعض المذاهب الاسلامية كما هو الحال عند المالكية وبذات الاتجاه موقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، في حين ان مذاهب اخرى مثل الحنابلة لا تمنع من ان يترتب على العقد كافة اثاره بما في ذلك نقل الملكية وبهذا الاتجاه المشرع العراقي .
- 4- اتضح لنا من خلال ثنايا البحث ، ان المشرع الاماراتي وفي اطار عقد البيع الموصوف بخيار الشرط ، انه يؤدي الى نتيجة غريبة، ان المال الذي خرج من ملك الطرف الذي ليس له الخيار لا يدخل في ملك احد ، وذلك في حالة اشتراط خيار الشرط لاحد المتعاقدين دون الاخر .أي انه يخرج من ذمة مالك ليصبح على غير ذمة ؟ وهذا الامر عمليا وعلميا غير مقبول .

5- تبين من خلال العرض المتقدم ، ان المشرع الاماراتي لم يورد نص يحدد تبعة هلاك الشيء الموصوف بخيار الشرط . وكان راينا بهذا الصدد ان نميز بين فرضين ، انه اذا لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، فان العقد غير نافذ وحق الملكية باق على اصحابه . وبذلك ، فان هلك يهلك من ذمة مالكة لان اليد هنا هي يد ملك وليست يد امانة او يد ضمان .

اما اذا تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الموصوف بالخيار ، لاسيما ، القبض ، فنرى ان تبعة الهلاك هنا تكون على عاتق المتعاقد الذي قبض المعقود عليه ، لان يده هنا يد ضمان وليست يد امانة فهي تلتزم بالضمان حتى وان كان الهلاك بقوة قاهرة ، لان المعقود عليه هنا كان مقبوض على سوم الشراء وليس على سوم النظر ، لاسيما انه قد تم تحديد ثمن المعقود عليه .

في حين ان المشرع العراقي كان موقفه ادق في تحديد تبعة الهلاك ، فهو نص صراحة في المادة (513) من القانون المدني العراقي على انه " في جميع حالات الخيار اذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ فانه يهلك من ماله ويلزمه الثمن المسمى " .

6- اجمعت المذاهب الاسلامية على ان مسقطات خيار الشرط هي ثلاثة وهي الاختيار او الاجاز يعني الفسخ او الاجازة ، وانتهاء المدة وموت من له الخيار ، وبهذه الحالات الثلاث اخذ كلا من المشرع الاماراتي والمشرع العراقي ، ويتبين ان حالة موت من له الخيار ، قد جاءت على خلاف مقتضى الخيار . اذ نرى انه من الاجحاف ان نجعل العقد لازم للورثة بموت المورث . الذي اشترط له الخيار ، لاسيما اذا علمنا ان العقد الصحيح النافذ اللازم يوجب على طرفيه تنفيذ ما ورد فيه بحسن نية ولا يجوز لأي منهما ان

يرجع عنه او يعدل فيه الا بمقتضى اتفاق او نص في القانون .
 في حين ان العقد الموصوف بخيار الشرط يجوز فيه الفسخ حتى
 دون أي سبب لان الاصل في الخيار انه شرع للفسخ ، فهل من
 المعقول ان نجعل العقد لازم للورثة بموت المورث المقرر له
 الخيار ، دون اعطائهم فرصة الفسخ او الاجازة ؟

7- تبين لنا دقة موقف المشرع الاماراتي والعراقي بالنسبة لأحكام خيار
 الشرط ، إذ ليس من الأنصاف ، أن يؤخذ على المشرع إيراد
 أحكام قانونية لهذا الموضوع واعتباره من قبيل الحشو والتكرار ،
 على أساس أن المشرع قد نظم أحكام الشروط في باب النظرية
 العامة للالتزام .

8- كما أتضح لنا وبشكل جلي ، موقف الفقه الإسلامي من هذا
 الموضوع ، لاسيما المذهب الحنفي ، وهو أن خيار الشرط ليس
 من أنواع الشرط التعليقي ، وهو الذي يعلق عليه انعقاد العقد أو
 نشوء الالتزام ، والذي ينشطر بدوره إلى نوعين من حيث الأثر ،
 الشرط الواقف والشرط الفاسخ . فإذا كان خيار الشرط قد اقترب
 جلياً من الشرط التعليقي ولا سيما الشرط الفاسخ ، فقد بدا واضحاً
 الاختلاف بينهما .

وهكذا يمكن القول ، أن خيار الشرط من حيث فكرته وماهيته ووقت
 اشتراطه ، ومدته ، وآثاره ، ومبطلاته ، ومناطه ، وأثره ، ومدى وراثته ، يختلف
 اختلافاً تاماً عن فكرة الشرط كوصف للعقد أو للالتزام ، فهو نوع مستقلاً
 بذاته .

ثانياً - التوصيات :

في خاتمة هذا البحث نورد اهم التوصيات التي توصلنا اليها آملين من
المشرع المختص الاخذ بها وكما يلي :

1- نقترح على المشرع الاماراتي تعديل نص المادة (220) من قانون

المعاملات المدنية الاتحادي بحيث يقرأ النص على النحو التالي "

اذا شرط الخيار لكل المتعاقدين او لاحدهما في عقود المعاوضات

المالية ، فلا يخرج البدلان عن ملكهما " .

2- كما نقترح على المشرع الاماراتي تعديل نص المادة (225) من

قانون المعاملات المدنية الاتحادي بحيث يقرأ النص على النحو

التالي " لا يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته وانما ينتقل

لورثته ولا يلزم العقد بالنسبة الى ورثته ويكون لهم استعمال خيار

الفسخ او الاجازة خلال المدة المحددة . ويبقى الاخر على اختياره

وان كان الخيار له حتى نهاية مدته " .

3- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (512) من القانون

المدني العراقي ، بحيث يقرأ النص على النحو التالي " خيار

الشرط يورث ، فاذا مات من له الخيار ، لا يسقط خياره " .

المصادر :

أولاً . كتب اللغة العربية :

1. أبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري ،
لسان العرب المحيط ، إعداد وتصنيف يوسف خياط ، الجزء الأول
والثاني ، دار لسان العرب ، بيروت ، بلا سنة طبع .

ثانياً . كتب الفقه الإسلامي :

1. ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد
ونهاية المقصد ، ج2 ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، مصر ،
1966.
2. ابو محمد موفق الدين عبدالله ابن احمد ابن محمد ابن قدامة الحنبلي المقدسي
، المغني ، ج3 ، الناشر مكتبة القاهرة 1388هـ-1968م.
3. ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، كتاب المبسوط ، المجلد
السابع ، ج13-14 ، ط1 ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب
العالمية ، بيروت- لبنان ، 1421هـ-2001م.
4. ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي الغربي الحطاب، مواهب
الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، المجلد الخامس ، الطبعة الاولى،
الناشر دار الرضوان ، نواكشوط ، موريتانيا ، 1431هـ - 2010م.
5. د. الشيخ علاء الدين زعتري ، موسوعة فقه المعاملات المالية المقارن ، ط1
، دار العصماء ، دمشق ، سوريا ، 2012.
6. د. حوران محمد سلمان ، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي ، دراسة
مقارنة ، ط1 ، دار النوادر ، دمشق ، سوريا ، 2012.

7. شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، بلا سنة طبع.
 8. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982 .
 9. د. فتح الله أكثم تقاحة ، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي ، ط1 ، الجنادرية للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2011.
- ثالثاً. كتب الحديث :**
1. أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الازدي، سنن أبي داوود ، ج3 ، دار الحديث ، القاهرة، 1988 .
 2. الامام زين الدين احمد بن عبد اللطيف الزبيدي ، مختصر صحيح البخاري ، المسمى التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح ، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان ، 1424هـ - 2003.

ثالثاً . كتب القانون :

1. د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مطبعة الرابط ، 1953 .
2. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع -الإيجار -المقاوله ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1997 .
3. د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الأول ، البيع و الإيجار ، الطبع الثانية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1970 .

4. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز الوافي ، مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية) ، مطبعة البيت العربي ، عمان ، 1984 .
5. د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع ، الطبعة الأولى ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، 1972 .
6. د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل، 1990 .
7. د. عدنان سرحان ، احكام البيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، ط2 ، الآفاق المشرقة ناشرون ، عمان ، 2010 .
8. د. عدنان سرحان و د. يوسف عبيدات ، المصادر الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الاماراتي (العقد - الارادة المنفردة) ، ط1 ، آفاق مشرقة ناشرون ، الشارقة ، 2001.
9. د. عزيز كاظم جبر ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، مطابع شتات ، مصر ، 2001.
10. علي الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية (العقد) ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة، 1954 .
11. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971.
12. د. محمد نجيب عوضين المغربي ، عنصر المدة وأثره في العقود ، الناشر دار لنهضة العربية ، القاهرة ،بلا سنة طبع .
13. د. محمد يوسف موسى ، فقه الكتاب والسنة ، البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1954 .

14. د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 1974-1975 .
15. منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، القواعد الكلية ، البيوع الإجارة ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1949 .
16. وائل حسن علي حسن ، الوجيز في احكام البيوع ، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة ، 2011 .

رابعاً . رسائل الماجستير والدكتوراه :

1. شفيق أيوب ، خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، المذهب الحنفي ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية ، القاهرة ، 1961 .
2. محمد شتا أبو السعد ، الشرط كوصف للتراضي - دراسة في القانون المدني المقارن والشرعية الإسلامية ، اطروحة دكتوراه ، مطبعة ألها ، عالم الكتب ، 1981 .

خامساً . البحوث والمقالات :

1. أحمد إبراهيم ابراهيم بك ، العقود والشروط والخيارات ، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد - تصدرها كلية القانون بجامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة الرابعة ، مطبعة فتح ألياس نور وأولاده ، القاهرة ، 1934 .
2. أستاذتنا د. ليلي عبد الله سعيد ، الأمانة في المعاملات المالية ، دراسة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل ، العدد الأول ، أيلول ، 1996 .

الملخص

قد يكون موضوع خيار الشرط من المواضيع التقليدية التي ارتمى عليها غبار الزمن، واتحدت فيها كلمة شراح القانون عامة. الا اني آثرت بحث هذا الموضوع، لكونه من المواضيع التي لم تأخذ بها الا بعض القوانين العربية، كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني العراقي، باعتبار ان هذه القوانين متأثرة بالفقه الاسلامي .

فخيار الشرط ، خيار قرر خلافا لقاعدة لزوم العقد. فالأصل ان العقد اذا استوفى متطلبات صحته ونفاذه ، اصبح لازما لطرفيه، بحيث لا يجوز لأي منهما التحلل منه بإرادته المنفردة. على انه قد يكون لكليهما او لأي منهما الحق في فسخ العقد دون تراضي او تقاضي. ففي هذه الحالة يكون عقداً غير لازم. وهذا ما قرره المشرع الإماراتي صراحة في نص المادة (218) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي والتي تنص على انه " 1- يكون العقد غير لازم بالنسبة الى احد عاقيه او لكليهما رغم صحته ونفاذه اذا شرط له حق فسخه دون تراض او تقاضي 2- ولكل منهما ان يستقل بفسخه اذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة اليه او شرط لنفسه خيار فسخه". اذ بمقتضى هذا النص، فان حق الفسخ ، قد يرجع الى كون العقد غير لازم بطبيعته لاحد المتعاقدين. وقد ينص القانون على عدم اللزوم كجزاء لعيوب الرضا هذا من ناحية. ومن ناحية اخرى، فان الكثير من شراح القانون المدني العراقي يوجهون سهام النقد الى المشرع العراقي لإيراده احكاما قانونية خاصة بخيار الشرط. خصوصا، كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، انه قد وضع نظرية عامة للالتزامات عالج فيها الشروط المقتترنة في العقود. فهذه الاخيرة تغني عن ايراد احكام خيار الشرط.

abstract

It may be the subject of an option clause of the traditional topics that dived under the dust of time, and where the word united commentators general law. But I preferred to discuss this issue, being of the topics that did not take them out, but some Arab laws, as is the case in the UAE Civil Transactions Law and the Civil Code of Iraq, considering that these laws are influenced by Islamic jurisprudence

The option clause, the option decided Unlike base redundant nodes. The basic principle is that the contract if it meets the requirements of health and force, it became necessary for the terminal, so not either decomposition thereof may willingly individual. That it would be for both of them or either of them the right to terminate the contract without compromise or litigation. In this case, the contract is necessary. This is decided by the legislator Emirati explicitly in the text of Article (218) of the Federal Civil Transactions Act, which stipulates that "1. The contract is not necessary for the one contractual or both, despite his health and force if the condition has the right to its dissolution without compromise or charging 2. apiece boarding revokes if nature is a necessary condition for him or for himself the option of dissolution. " Because under this provision, the right of rescission, may be due to the fact that the contract is not required by its nature one of the contractors. The law stipulates that no sanction necessary for the satisfaction of defects hand. On the other hand, a lot of commentators Iraqi civil law directing arrows of cash to Iraqi legislature for its revenue requirement the option of a private legal provisions. Especially, as is the case in the UAE Civil Transactions Act, he may develop a general theory of

the obligations associated with the treatment of conditions in decades. The latter sings for revenue provisions of the option clause.