

أثر الخيارات في عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

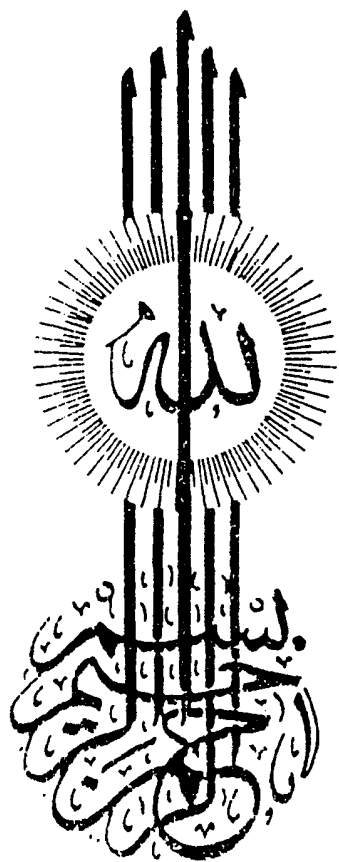
للدكتور إسماعيل محمد النبي شاهين
الأستاذ بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
" جامعة الكويت "

بحث مدعوم من إدارة الأبحاث

جامعة الكويت

تحت رقم HC01\99

١٤٢١هـ = ٢٠٠١م



شكر وتقدير

بعد أن كانت رعاية الله وتوفيقه حليفا لي في إخراج هذا البحث إلى الوجود ، فإنه لا يسعني إلا أن أتقدم إلى كل من قدم لي عونا أو مساهمة في هذا البحث ، وأخص بالشكر : جامعة الكويت متمثلة في إدارة الأبحاث لدعمها مشروع البحث المذكور مع كل التمنيات الطيبة بالتوفيق لجامعة الكويت - إدارة الأبحاث في دعم وتشجيع الأبحاث العلمية التي تكون في خدمة المجتمع الكويتي والعالم الإسلامي ...

وصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين قال " من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

أ.د. إسماعيل عبدالنبي شاهين

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي المصطفى الأمين الذي اختصه الله بكتابه المبين فكان رحمة مهداه للعالمين .

وبعد،،،

فمن المعلوم في فقه الشريعة الإسلامية أن الرجوع في العقد بوجه عام لا يكون إلا في عقد الهبة^(١) والعقود المقترنة بخيار شرطي أو شرعي .
وإذا كان الأصل في العقود اللزوم ، ومن ثم لا يجوز لأحد المتعاقدين أو أحدهما نقض العقد أو تعديله أو إنهاؤه - لاعتبارات عديدة ليس هذا مجال بحثها - إلا أن إعمال هذا الأصل قد يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقدين أو أحدهما ، كما أن هنالك ظروفًا قد تعتري أحد المتعاقدين أو كلاهما تستوجب طرح مبدأ "لـزوم العقد " ومبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" جانباً.
من أجل ذلك كانت هناك طائفة من العقود أسبغ عليها المشرع وصف "الجواز" يمكن إنهاؤها بالإرادة المنفردة لمن كانت جائزة في حقه.
كما أن العقد الجائز الذي يؤول إلى اللزوم يمكن الرجوع فيه بمقتضى الإرادة المنفردة لأحد العاقدين أو بتراضي الطرفين على الرجوع أو بحكم القاضي كما هو الشأن في عقد الهبة حين يؤول إلى اللزوم^(٢).
يبقى بعد ذلك طائفة العقود اللازمة ، ويستبين من اسمها وطبيعتها أن مفهوم اللزوم : عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة كما هو الشأن في عقود البيع والصرف والسلم ... الخ.

(١) أنظر في ذلك : بحث لنا بعنوان "انقضاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" ط ١٩٩٩ م .

(٢) انظر بحثنا سابق الإشارة إليه .

غير أن المشرع الحكيم - والقانون الوضعي - رأى أن هناك اعتبارات عديدة وظروف طارئة تجعل سلب هذا اللزوم الطبيعي للعقد أمراً حتماً يقع بمقتضى الشرع أو العقد (إرادة المتعاقدين أو أحدهما) وهو ما يسمى بالخيار في العقد. فالخيار في العقد يؤدي إلى سلب اللزوم عنه فيجعله عقداً غير لازم بسبب طارئ وهو الخيار ليميز عن عدم اللزوم الطبيعي للعقود الجائزة بطبيعتها كعقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد العارية ... الخ.

وإذا كان الخيار في عقود المعاملات - على النحو السابق - يؤدي إلى إمكان رجوع المتعاقدين أو أحدهما عن العقد بإرادته المنفردة ، فإن هذا الخيار له آثاره الكبيرة فيما بين المتعاقدين والغير وهي آثار تحقق التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية والغير حتى تستقر المعاملات بين أفراد المجتمع وتتحقق العدالة بهذا التوازن.

ومن هنا كانت أهمية البحث وفائدته.

الأهداف الرئيسية للبحث :

- أ - محاولة إيجاد معالم نظرية متكاملة عن أثر الخيارات في عقود المعاملات في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .
- ب - بيان مدى جواز الرجوع في العقد بمقتضى خيار حكمي أو إرادي ، وهل يسلب الخيار اللزوم في العقد فيجعله جائزاً يجوز الرجوع فيه أم لا ؟
- ج - بيان أثر الخيار في العقد بالنسبة للطرفين والغير الأجنبي .
- د - بيان موقف القوانين المدنية الحديثة من ماهية الخيارات وأحكامها وأثارها.

منهج البحث :

سنحاول بعون الله - معالجة هذا البحث في مبحث تمهيدي ، ومبحثين رئيسيين وخاتمه.

المبحث التمهيدي : في الأحكام العامة للخيار [ماهية الخيار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وحكمة تشريع الخيار والتطور التاريخي له ، والفرق بين الخيار وبين ما قد يشته به من مصطلحات].

المبحث الأول : في الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول : الرجوع في العقد بمقتضى الخيار :

المطلب الثاني : في أثر الخيار في عقود المعاملات في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : أثر الخيار في عقود المعاملات في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : في آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في عقود المعاملات .

المطلب الأول : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار فيما بين المتعاقدين.

الفرع الأول : آثار الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي فيما بين المتعاقدين.

الفرع الثاني : آثار الرجوع في العقد في القانون الوضعي فيما بين المتعاقدين.

المطلب الثاني : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير .

الفرع الأول : أثر الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير في القانون الوضعي.

وأخيراً .. سنزيل البحث بخاتمة نبين فيها نتائج البحث .

والله ولي التوفيق ،،،

أ.د/ إسماعيل عبد النبي شاهين
الأستاذ في كلية الشريعة بجامعة
الأزهر والكويت

مبحث تمهيدي

في الأحكام العامة للخيار

١ - ماهية الخيار في الفقه الإسلامي :

أولاً : في اللغة :

الخيار اسم من الاختيار ، وقيل هو الاختيار ، ويقال : هو اسم من تخيرت الشيء مثل الطيرة اسم من تطير ، وجمعه خيارات^(١) ، وفي التنزيل "ما كان لهم الخيرة"^(٢) . ويقال : خيرته بين الشيئين فوضت إليه الاختيار فاختر أحدهما وتخيره^(٣) ومن ثم فالخيار في اللغة لا يخرج عن معنى طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه والرجوع فيه .

ثانياً : في اصطلاح الفقهاء :

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للخيار عن المعنى اللغوي لأن المعنى الاصطلاحي له ليس ببعيد عن المعنى اللغوي ، فهذا من أمثلة التطابق بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي ، ويؤخذ من أقوال الفقهاء في تعريف الخيار المجرد (الغير مقترن بسبب أو لفظ آخر) أنه: حق العاقدين أو أحدهما في إمضاء العقد وتقريره أو فسخه والرجوع فيه لمسوغ شرعي أو اتفاق إرادي بين المتعاقدين ، أو هو : طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه^(٤) .

(١) المصباح المنير ج ٢ ص ٢٨٥ (حرف الحاء مع الياء وما قبلهما).

(٢) سورة القصص ، الآية ٦٨ .

(٣) المصباح المنير ج ٢ ص ٢٨٦ ، ومختار الصحاح ص ١٩٤ ، ط ١٣٤٥ هـ - ١٩٢٦ م .

(٤) مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٣ ط ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م .

٢ - ماهية الخيار في القانون الوضعي :

من الملاحظ أن القانون الوضعي تعرض لأحكام الخيار في العقود في نصوص موجزة ومتفرقة وتتعلق ببعض أنواع الخيارات بنوع خاص كما هو الشأن في نص المادتين ٤٤٧ ، ٤٤٨ ، من القانون المدني المصري الخاصتين بأحكام ضمان العيب في المبيع^(١) ، ولم يستطع فقه القانون الوضعي أن يضطلع بتشديد صرح وبناء "نظرية متكاملة" في الخيار كما فعل الفقه الإسلامي منذ صدر الإسلام لأن الشريعة الإسلامية هي الشريعة الوحيدة من بين القوانين المدنية الحديثة قد اقتصت ببحث موضوع الخيارات بحثاً تفصيلياً ودقيقاً ومتكاملاً بلغ أوج الكمال والرقي ، بينما وقف الفقه الوضعي وتقنيته وقضاؤه - على أحسن الفروض - موقف القصور وعدم الاكتراث.

وإزاء هذا القصور القانوني في بحث الخيارات فإننا سنحاول استخلاص تعريف له على ضوء مبادئ القانون المدني الوضعي التي تجهل معظم أنواع الخيارات الشرعية.

في محاولة مشكورة لبعض الفقه المعاصر لاستخلاص تعريف للخيار ذهب إلى أنه : سلطة المتعاقد على فسخ العقد أو إمضائه وتقريره^(٢) ، وعلى ذلك فإن الخيار في القانون الوضعي يؤدي نفس المعنى له في الفقه الإسلامي وإن كان الأول يضيف عليه تعبيرات أخرى غير تعبير "الخيار" إذ أن الفقه القانوني الوضعي يعرف ما يسمى "بالحقوق الإرادية" وهي عبارة عن "سلطات تمكن لصاحبها أن يؤثر في مراكز قانونية سابقة بتعديلها أو بإنائها أو بإنشاء غيرها وذلك من طريق نشاط من جانبه وحده".^(٣)

وهذا التعريف لا يخرج عن كون إراد المتعاقد مؤثرة في التعاقد بإنهاء التعاقد بسلطته الإرادية وحدها في مجال العقود الملزمة للجانبين بطبيعتها وهو ما يسمى

(١) ويقابلها المادتان ٤٨٩ ، ٤٩٠ من التقنين المدني الكويتي الحالي .

(٢) د. حسن الزنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني ص ١٦٩ ط ١٩٤٩م .

(٣) د. عبد الحمي حجازي - مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ - بحث بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الأولى ١٩٥٩م العدد الأول ص ١٦١ .

في الفقه الإسلامي بـ "الخيارات الإرادية" أي التي تثبت بمقتضى إرادة المتعاقدين ومن ثم فهو لا يتناول الخيارات القانونية (الشرعية) التي تثبت بمقتضى القانون ، غير أن الخيارات التي تثبت بمقتضى القانون يوجد لها تطبيقات عديدة كخيار العيب المنصوص عليه في المادتين ٤٤٧ ، ٤٤٨ مدني مصري مثلاً ، والمادة ٤٠١ من التقنين المدني الكويتي.

وعلى ذلك فإنه يمكننا تعريف الخيار في القانون الوضعي بأنه سلطة للمتعاقدين أو أحدهما في فسخ العقد أو تقريره وإمضائه لمسوغ قانوني أو اتفاق إرادي "وهو نفس معناه في الفقه الإسلامي ، ومن ثم كان الأمر في غنى عن الموازنة فيهما لاتفاقهما في مضمون وجوهر الخيار تماماً .

٣ - حكمة تشريع الخيار :

إذا تحققت شروط الانعقاد والصحة والنفاد واللزوم في العقد فإنه يصبح عقداً لازماً لا يجوز لأي من عاقديه أن يستقل بإنهائه كقاعدة عامة حرصت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي على تأكيدها في أكثر من موضع ، لأن الشارع الحكيم جعل الرضا بين المتعاقدين أساساً لانعقاد العقود وترتيب آثارها وأحكامها ، ومن ثم كان لزوم العقد في حق العاقدين أمراً أصيلاً وطبيعياً في العقود حتى تستقر المعاملات بين الناس وتسري روح الثقة والأمان بينهم في معاملاتهم .

غير أن الشارع الحكيم (والقوانين الوضعية) شرع الخيارات الشرعية (القانونية) والإرادية ، وبمقتضاها يستطيع العاقدان أو أحدهما أن يتحلا من التزاماتها العقدية بالإرادة المنفردة لمن كان له حق الخيار شرعاً أو شرطاً ، وذلك لتخفيف مغبة الإخلال بالعقد في بداية انعقاده بما قد يشوبه لبس وغبن مما قد يؤدي إلى الإضرار بهما أو بأحدهما أو في نهايته كاختلال التنفيذ ، ومن ثم شرع الخيار في العقد لتمحيص إرادة المتعاقدين وتنقية عنصر التراضي مما قد يعلق به من شوائب لدفع الضرر عنهما أو جلب النفع لهما أو لأحدهما كخيارات التروي إذ يكون هدفها تحقيق المصلحة ، بينما تهدف خيارات النقيصة إلى دفع المضرة بوجه عام كخيار العيب وخيار الاستحقاق.

من أجل ذلك كله خرج الشارع الحكيم على الأصل والقاعدة العامة القاضية بإلزام العقود ، وأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إنهائه إلا باتفاقهما معا ، فأجاز الخيارات ، وبمقتضاها يثبت للعاقدين أو أحدهما حق تقرير العقد وإمضائه أو فسخه والرجوع فيه بعد أن يكون قد تروى وتأمل في مدى صلاحية العقد له من عدمه بكل السبل الميسرة له في هذا الشأن من المشورة والخبرة^(١) إذ "الخيار يكون لوجهين : المشورة واختبار المبيع أو لأحد الوجهين"^(٢).

لهذه الأسباب وغيرها شرعت الخيارات كاستثناء من قاعدة لزوم العقد بمجرد انعقاده صحيحاً في نطاق العقود اللازمة ، كالصرف والسلم والبيع "إذ الأصل في البيع اللزوم لأن القصد منه نقل الملك ، وقضية الملك التصرف وكلاهما فرع اللزوم إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقاَ بالمتعاقدين"^(٣) بل ولرفع الظلم في المعاملات والوصول إلى تمام الرضا والتوسعة على العاقدين^(٤).

٤ - التطور التاريخي للخيار :

أولاً : في الفقه الإسلامي

إذا استعرضنا أوضاع العرب ومعاملاتهم المالية في الجاهلية وممارستهم للبياعات والمعاملات فإننا لا نجد تاريخياً - ودليلنا ظني - ما يدل على معرفتهم لأي من أنواع الخيارات سواء كانت خيارات شرعية أم خيارات إرادية ، بدليل أن الغرر والجهالة والغبن والقمار كان سائغاً بينهم في معاملاتهم ومن أمثلة ذلك بيع الملاقيح (جمع ملقوح وهو ما في بطن الناقة)^(٥) الذي أجازوه وأباحوه ، كما تعاملوا ببيع الملامسة والحصاة والمنابذة ، وبيع المضامين (جمع مضمون ، وهي

(١) انظر فيما سبق د/ عبد الستار عبد الكريم - الخيارات وأثرها في التصرفات - ص ١٧ ، ط ١٩٧٥م والشيخ/ أحمد إبراهيم - المعاملات الشرعية المالية ص ١٠١ ط ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م.

(٢) المقدمات للمهدات لابن رشد ج ٢ ص ٥٥٧ ط ١٣٣٣هـ .

(٣) مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٣ ط ١٩٣٣م ، المغني ج ٤ ص ٦٩ ط ١٣٤٧هـ .

(٤) الشيخ أحمد إبراهيم - المرجع السابق ص ١٠١ .

(٥) سبل السلام ج ٣ هامش ١ ص ٣٣ ط ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م.

ما في أصلاب الفحل) (١) ولعل خير دليل على عدم معرفة العرب قبل الإسلام للخيار هو حديث حبان بن منقذ الذي جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وذكر له أنه يخدع في البيوع فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا بايعت فقل لا خلافة" متفق عليه، وزاد بعض الرواة "ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاثة ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد" (٢) ووجه الدلالة من الحديث أنه نص في مشروعية خيار الشرط، وهو خيار إرادي الثبوت، ولم يكن معروفاً عند العرب قبل الإسلام إذ لو كان معروفاً لما خدع حبان ولما اشتكى من غبنه في معاملته التي ذكرها للرسول صلى الله عليه وسلم فأباح له الخيار الشرطي لنفي الغبن ودفع الضرر بعد التروي والتأمل كما أن العرب لم يكونوا يعرفوا الخيارات الشرعية كخيار العيب، لأن العرب كانوا لا يضمنون عيب المبيع وكان سائغاً عندهم وإلا لما كانوا قد تواطؤوا عليه بما عرف عنهم من غش في معاملاتهم، ولذلك جاء الإسلام ناهياً عن الغش والخديعة بما ذكره الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله "المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له" (٣) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم والدارقطني والطبراني.

وخلاصة القول أنه لم يثبت لدينا أن العرب كانوا يعرفون الخيارات في جاهليتهم وأن الشريعة الإسلامية يرجع إليها الفضل في إبراز الخيارات في العقود لحكمة سامية وأهداف عظمى تخلص في دفع الضرر وجلب المصلحة للعاقدين أو أحدهما على النحو المبين في البند السابق (٤).

(١) نفس المرجع السابق ونفس الصحيفة .

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٣٥ .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٢٥ ط ١٣٤٠هـ .

(٤) أنظر د/ عب الستار عبد الكريم - المرجع السابق ص ٤٠ ومابعداها.

في عقود محددة لم ترق إلى مستوى التنظيم القانوني المتكامل ، إلى أن جاء الفقهاء الفرنسيون وعلى رأسهم "بوتيه" وتوصلوا إلى أن العقود الملزمة للجانبين - بوجه عام وشامل - تنطوي على نية اعتبار أداء كل من الطرفين شرطاً في أداء الآخر ، حتى جاء رجال الكنيسة وأقاموا صرح نظرية الرجوع في العقد بمقتضى الخيار على نفس أساس المعنى الذي استعملوه في تبرير نظرية الدفع بعدم التنفيذ وهو أنه لا يراعي عهد من لم يراع عهده *Fragenti fidem, fides non est servanda* ، وانتقلت نظرية الفسخ بوجه عام إلى القانون الفرنسي القديم ومنه إلى قانون نابليون (م ١١٨٤ منه) وأقام هذا القانون نظرية الفسخ على أسس الشرط الفاسخ الضمني "قوضع المادة ١١٨٤ المتعلقة بالفسخ في قسم من المجموعة المدنية عنوانه "الالتزامات الشرطية" بعد النص الذي يعرف الشرط الفاسخ واستهلها بهذه العبارة "الشرط الفاسخ يكون دائماً مضمراً في العقود الملزمة للجانبين" (١) .

وإذا كان الشرط الفاسخ الضمني لا يحدث أثره وهو إنهاء الرابطة العقدية إلا بحكم قضائي يقرره ، فإن الشرط الفاسخ الصريح التي نصت عليه المادة ١١٨٣ فرنسي تقرر: "أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط وبغير دخل من القضاء" (٢) .

وقد استلهم المقنن المصري أحكام الخيار من التقنيات الغربية فنص في المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على :

[إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع على ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك] .

وهذه المادة تبين أن خيار العيب أمر يعرفه القانون المدني المصري نتيجة تطور مراحل تاريخية طويلة انتهت إلى مثل هذا النص الصريح في القانون الوضعي .

وهو نفس الحكم الذي نص عليه القانون المدني الكويتي في المادة ٤٨٩ منه .

(١) نفس المرجع السابق ، ص ١٤٢ لذات المؤلف .

(٢) الأستاذ/ حسين عامر ، إلغاء العقد ص ٣١٤ - ٣١٥ ط ١٩٥٣ م .

وخلاصة القول أن الأمم القديمة وشرائعها عرفت نظرية الخيارات من خلال الأخذ بنظرية الشروط (الخيارات الإرادية) وبخاصة الشرط الفاسخ الصريح التي تعطي الحق لأحد المتعاقدين أو الغير حق فسخ العقد والرجوع فيه ، كما عرفت النظم القانونية القديمة والحديثة نظرية الخيارات الإرادية والقانونية كخيار ضمان العيب من خلال النصوص التي تقرر فسخ العقد بظهور عيب خفي في المبيع ومعالجة حالات تدليس العيب وغيره من عيوب الإرادة^(١) .

٥ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في التطور التاريخي للخيار:

إذا كنا قد انتهينا إلى أن شرائع الأمم القديمة - كالقانون الروماني - قد عرفت شيئاً عن الخيار في العقود كالشروط التي كانوا يدرجونها في عقودهم ، ومعالجة أمور الغش فيها بحق العاقد المغبون في فسخ العقد وأن العرب في جاهليتهم لم يعرفوا هذه الخيارات فإننا نقرر أن الشرائع القديمة كانت أسبق تاريخياً في معرفتها للخيار من العرب لأن الأخيرين لم يعرفوه إلا منذ صدر الإسلام ، غير أن تنظيم الفقه الإسلامي للخيار بلغ شأواً لم تستطع أرقى النظم القانونية في العالم أن تسايره ، حيث أن مباحث الخيار في الفقه الإسلامي حظيت بعناية الفقهاء عناية أدت بهم إلى خلق نظرية متكاملة فيه من حيث الصياغة والأحكام والآثار وهذا ما لم تتوصل إليه أرقى النظم القانونية الوضعية حتى اليوم كما سنرى.

٦ - الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي تمنع لزوم العقد :

مما لا شك فيه أن الأثر الجوهري والأساسي للخيار هو منع لزوم العقد - بوجه عام - فيجعل العقد اللازم غير لازم ، وإذا انتفى اللزوم أصبح حق الفسخ

(١) أنظر د/ حسن الزنون - المرجع السابق ص ١٦٨ ، د/ عبد الستار عبد الكريم - المرجع السابق ص ٧ ، د/ عبد الناصر العطار : استقراء لماهية العيب وشروطه ضمانه في القانون المصري ، بحث بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٣ العدد الثاني ص ٣١٥ وما بعدها .

والرجوع في العقد أمراً جائزاً ومسلماً لمن كان له حق الخيار "ثبتت الخيار لأحد العاقدين في فسخ العقد معناه سلب القوة الملزمة من العقد اللازم في أصله ، ولذا اعتبر الفقهاء من شرائط لزوم العقود اللازمة ألا يكون فيها خيار لأحد العاقدين ، وهذه الخيارات منها ما يتوقف ثبوته على إرادة المتعاقدين عليه فلا يثبت إلا بإشتراطهما فيعتبر من قبيل الشروط العقدية وذلك خيار الشرط وخيار النقد (وخيار التعيين) ومنها ما يثبت بإيجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين صيانة لحقوقه فيعتبر من قبيل عيوب الرضا .. فيعق لصاحب العقد فسخ العقد أو إمضاؤه ما لم يوجد مسقط للخيار أو مانع يمنع ممارسته" (١) ومن ثم فإن للمشتري في خيار الرؤية أو العيب أو لمن شرط له خيار الشرط ولو كان البائع نفسه إمضاء العقد بالرضا به أو عدم إمضائه بفسخه (٢) .

ويلاحظ أن الخيارات كلها لا يترتب عليها هذه الأحكام ولا تنتج تلك الآثار في جميع العقود فبعضها يختص بعقود دون أخرى ، بل لا يختص بعضها إلا بعقد واحد معين ، كما هو الشأن في خيارات البلوغ والكفاءة ، والعقود فإنها لا تدخل إلا في عقد النكاح فقط.

ومادام بحثنا غير متعلق بالخيارات أساساً ، وإنما يتعلق بالقواعد العامة فيها وفي نطاق أثرها في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لمن له حق الخيار فإننا نود التنبيه إلى أننا سنتناول فقط تلك القواعد العامة حتى لا يجنح بنا البحث إلى مزدلف غير مرغوب فيه.

وعلى ضوء هذه القواعد العامة فإننا نقرر أن إجماع الفقهاء (٣) المسلمين قائم على أن أثر الخيار هو سلب القوة الملزمة - بوجه عام - وأن لمن شرط أو قرر له الخيار بمقتضى الشرط أو الشرع أن يرجع في العقد بإرادته المنفردة ، دون

(١) المدخل الفقهي العام للحقوق المدنية - مصطفى الزرقا - ج ١ ص ٢٨٦ - ٢٨٧ ط ١٩٥٢ /

(٢) أنظر د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد ص ٤٧٩ ط ١٩٧٢ ، الشيخ أحمد أبو الفتوح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ص ٢١٤ ط ١٣٤٠ هـ - ١٩٢٢ م.

(٣) أنظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٦٥ ط ٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٥ ط ١٩٧٥ م ، والمجموع للنووي ج ٩ ص ٢١١ ط مطبعة إدارة الطباعة المنيرية ، المغني ج ٤ ص ٦٩ ، والبحر الزخار ج ٣ ط ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م.

تثريب عليه وسواء رضي العاقد الآخر بذلك أم لا ؛ ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا أهل الظاهر فإنهم يمنعون الخيار وعندهم أن "كل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً أو لغيرهما خيار ساعة أو يوم أو ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل فهو باطل تَخيراً إنفاذه أو لم يتخيراً..."^(١) هذا وبغض الطرف عن مدى وهن هذا الرأي لمخالفته جمهور الفقهاء ، فإننا سنقتصر على ذكر ما تقدم في مدى سلب القوة الملزمة للعقد بمقتضى الخيار فقط.

٧ - مؤدي الخيار في العقد في فقه القانون الوضعي :

لا يخرج أثر الخيار في القانون الوضعي عنه في الفقه الإسلامي حيث يؤدي إلى تحول العقد اللازم إلى غير لازم أي أنه يسلب القوة الملزمة للعقد ويعطي لمن له الحق فيه إنهاء العقد بإرادته المنفردة عند اختيار الفسخ سواء قلنا أن هذا الفسخ بمقتضى الخيار معلق على شرط إرادي بحت - أي على مجرد إرادة المدين كما هو الشأن في خيار الشرط - أم كان معلقاً على أمر خارجي عن إرادة الدائن والمدين كفوات الوصف المرغوب فيه كما هو الشأن في خيار الوصف المشروط الذي يعطي للمتعاقد الذي شرط لمصلحته حق فسخه بفواته^(٢) ... الخ أنواع الخيارات الإرادية أو القانونية التي سنعرف أحكام بعضها تفصيلاً في حينه ، "فاستعمال خيار الشرط - مثلاً - يتم بفسخ العقد أو إمضائه في مدة الخيار وذلك بالإرادة المنفردة لمن يثبت له الخيار..."^(٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٧٠ مسألة رقم ١٤٢٠ ط بيروت .

(٢) د/ حسن الزنون - المرجع السابق ص ١٧٠ .

(٣) د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص ٩٢ ط

١٩٧٥ م ، د/ لبيب شنب - نظرية الالتزام ص ١٢٥ ط ١٩٧٦ م - ١٩٧٧ م .

٨ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مؤدى الخيارات في العقود:

لا يحتاج الأمر هنا إلى كبير عناء ، إذ أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان تماماً في أن الخيار - أخذاً من ماهيته في كليهما - يعطي من له الحق فيه سلطة إمضاء العقد أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة ، وإذا اختار الأمر الثاني فإن الرابطة العقدية تنتهي دون توقف على رضا الطرف الآخر أو حكم حاكم - كما سنعرفه مستقبلاً .

٩ - أنواع الخيارات في الفقه الإسلامي :

لا شك أن علماء الفقه الإسلامي قد أثروا ذلك الفقه إثراءً لا يملك المرء أمامه إلا أن ينحني إجلالاً وإكباراً لهذا الجهد الخارق الذي أحكم كل قاص ودان حول ما قد يمكن تصوره من تصرف شرعي يقترن أو ينبغي أن يكون فيه خيار من الخيارات سداً للذرائع في مثل هذه العصور المتأخرة التي تفشي فيها تلمس المخارج للخروج على أحكام الفقه الإسلامي بحجة تطبيق روح الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ، وأظن أن ذلك لن يكون عند وجود نص فقهي مدعم بالأدلة والبراهين - أو على الأقل فإن هذه النصوص الاجتهادية ستقلل من حجم تلمس هذه المخارج رفعاً للحرص أو خوفاً مما قد ينبري لهم مستدلاً بتلك الاجتهادات الفقهية التي لم تترك ثغرة لأحد أن يتناول على شرح الله الحكيم كما هو الشأن في بحث الخيارات بحثاً عاماً وكاملاً من قبل فقهاء المسلمين ، ومن ثم فإن هذا البحث في الخيارات من قبل هؤلاء الفقهاء ليس إفراطاً منهم أدى إلى حجب معالم نظرية الفسخ العامة كما ذهب إلى ذلك البعض^(١) لأن هذا البحث وإن دنا إلى مرتبة الكمال منهم ، فلا زال - رغم ذلك - موضع بحث الباحثين ومنهلاً ينهل منه كل من أراد أن يعطي قطرة في محيط تلك الشريعة الغراء ، ثم إن لنا أن نتساءل : إذا كانت نظرية الخيارات ذات صلة بنظرية الفسخ على أساس أن الخيار هو نوع من الفسخ ولكنه فسخ مستمد من طبيعة المعاملة العقدية شرطاً أو

(١) د/ حسن الزنون - المرجع السابق ص ١٦٦ .

شرعاً ، فهل يؤدي هذا القول إلى اعتبار أن الفسخ مرادف للخيار ؟ لاشك أن الإجابة معروفة ومن ثم انتفى أساس استدلاله .

وعلى كل حال فلقد كان لجهد الفقهاء في مبحث الخيارات أثره في اختلافهم نحوها فقد ذكر ابن عابدين^(١) أنها تبلغ تسعة عشر خياراً وهي :

- ١ - خيار الشرط .
- ٢ - خيار الرؤية .
- ٣ - خيار العيب .
- ٤ - خيار التعيين .
- ٥ - خيار الغبن .
- ٦ - خيار النقد .
- ٧ - خيار الكمية .
- ٨ - خيار الاستحقاق .
- ٩ - خيار التغرير الفعلي .
- ١٠ - خيار كشف الحقيقة .
- ١١ - خيار ظهور الخيانة في بيع المرابحة .
- ١٢ - خيار ظهور الخيانة في بيع التولية .
- ١٣ - خيار ظهور الخيانة في بيع الوضعية .
- ١٤ - خيار فوات الوصف المرغوب فيه .
- ١٥ - خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع .
- ١٦ - خيار إجازة عقد الفضولي .
- ١٧ - خيار ظهور المبيع رهوناً أو مستأجراً .
- ١٨ - خيار الإقالة .
- ١٩ - خيار التحالف .

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٤ ص ٥٦٥ - ٥٦٧ .

وقد أوصلها الشافعية في بعض كتبهم^(١) إلى حوالي ثلاثين خياراً للعقد في عقد البيع فقد قالوا أنه "إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد أسباب سبعة ، خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف المشروط ، والإقالة ، والتخالف ، وهلاك المبيع قبل القبض ، وزيد عليه أمور : خيار تلقي الركبان ، وتفريق الصفقة ، دواما وابتداءً وفلس المشتري ، وما رآه قبل العقد إذا تغير عن وصفه ، وما لم يره على قول ، والتغريير الفعلي ، من التصرية ونحوها ، وجهل الدكة تحت الصبرة ، وجهل الغصب ، مع القدرة على الانتزاع ، وطريان العجز مع العلم به ، وجهل كون المبيع مستأجراً ، والامتناع من المشروط غير المعتق ومن العتق على رأي ، وتعذر قبض المبيع لغصب ونحوه وتعذر قبض الثمن ، لغيبة مال المشتري إلى مسافة القصر ، وظهور الزيادة في الثمن في المرابحة وظهور الأحجار المدفونة في الأرض المباعة إذا أضر القلع أو الترك أو القلع فقط ولم يترك البائع الأحجار ، واختلاط الثمرة ، والمبيع قبل القبض بغيره إن لم يسمح البائع ، وتعيب الثمرة بترك البائع السقي والتنازع في المسقى وإذا أضر الثمرة وضر تركه الشجرة ، وتعذر الفداء ، بعد بيع الجاني والخيار في الأخير لأجنبي لا للبائع ولا للمشتري.

فهذه نحو ثلاثين سبباً وكلها يباشرها العاقد دون الحاكم إلا فسخ التخالف .. ولقد أوصلها بعض الباحثين المعاصرين^(٢) إلى حوالي ٣٤ أربعة وثلاثون خياراً وقسمها إلى طوائف (زمر) تضم كل طائفة الخيارات التي تتدرج تحت سبب واحد أو أسباب متشابهة وهي كما يلي :

أولاً : زمرة خيارات التروي وتشمل خمسة خيارات :

- ١ - خيار المجلس .
- ٢ - خيار الرجوع .
- ٣ - خيار القبول .
- ٤ - خيار الشرط .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي د/ عيسى البابي الحلبي .

(٢) د/ عبد الستار عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٥ - ١٦ .

٥ - خيار الحيوان.

ثانياً : زمرة خيارات النقيصة وتشمل ثلاثة خيارات :

١ - خيار العيب .

٢ - خيار الاستحقاق .

٣ - خيار تفريق الصفقة.

ثالثاً : زمرة خيارات الجهالة : وتشمل أربعة خيارات :

١ - خيار الرؤية .

٢ - خيار الكمية .

٣ - خيار كشف الحال .

٤ - خيار التعيين .

رابعاً : زمرة خيارات التغيرير وتضم أربعة أنواع من الخيارات وهي :

١ - خيار التدليس الفعلي (بالتصرية ونحوها).

٢ - خيار التغيرير القولي .

٣ - خيار النجش .

٤ - خيار تلقي الركبان .

خامساً : زمرة خيارات الغبن ، وتشمل ثلاثة خيارات هي :

١ - خيار غبن المساواة .

٢ - خيار المسترسل .

٣ - خيار غبن القاصر وشبهه.

سادساً : زمرة خيارات الأمانة ، وتشمل أربعة خيارات هي :

١ - خيار المرابحة .

٢ - خيار التولية .

٣ - خيار التشريك .

٤ - خيار المواضعة.

سابعاً : زمرة خيارات الخلف ، وتشمل ثلاثة خيارات هي :

١ - خيار فوات الوصف المرغوب .

٢- خيار فوات الشرط.

٣- خيار اختلاف المقدار .

ثامناً : زمرة خيارات اختلال التنفيذ وتضم أربعة خيارات وهي :

١ - خيار التأخير .

٢ - خيار بيع المأجور .

٣ - خيار بيع المرهون .

٤ - خيار بيع المزروع .

تاسعاً : زمرة خيارات امتناع التسليم ، وتضم أربعة خيارات وهي :

١ - خيار الفقد .

٢- خيار تعذر التسليم

٣ - خيار تسارع الفساد .

٤- خيار التفليس .

فهذه حوالي أربع وثلاثون خياراً اقتصر فيها جهد الباحث على تجميع الخيارات من المذاهب المختلفة وضمها إلى بعضها لتصل إلى هذا الكم ، وحسناً فعل صنعاً بتقسيمها إلى هذه الطوائف حتى يسهل معرفة أسباب كل خيار وعلته وأثره من حيث منع ابتداء الحكم أو منع تمامه أو منع لزومه^(١) .

ونحن في غنى عن تعريف هذه الخيارات - لخروجها عن نطاق بحثنا ومن أراد الوقوف على ماهية كل منها فعليه بالمطولات والأبحاث العديدة في هذا الشأن^(٢) وما يهمنا هو أيا كان عدد الخيارات وأنواعها وأقسامها فإنها تؤدي إلى غرض واحد وهو حق من له الحق فيها في فسخ العقد إذا اختار عدم إمضاءه.

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ج ٢ ، ص ٢٣ ، ط بيروت .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٥٦٥ ، وما بعدها وبداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٢٨٥ ، والمغني ج ٤ ،

ص ٦٧- ١١٩ ، والبحر الزخار ، ج ٣ ، ص ٣٤٧ ، وما بعدها .

١٠ - أنواع الخيارات في القانون الوضعي :

لم تحظ نظرية الخيارات في القانون الوضعي بمثل ما حظيت به في الشريعة الإسلامية من بحث وتمحيص وتقعيد وتنظير ، ومن ثم فإنها لم تلق عناية كافية من قبل الفقه الوضعي ببحثها على غرار ما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية بشأنها وذلك لأن التقنيات الوضعية لم تتناول أياً من هذه الخيارات بنصوص محددة كما فعلت الشريعة الإسلامية حيث أن جُلّ الخيارات فيها ثابت بنصوص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس ، ومن ثم فقد اقتضت معالجة "نظرية الخيارات" في القانون الوضعي على بعض المحاولات الفقهية ، وحتى هذه المحاولات تعرضت لتلك الخيارات عرضاً وهي بصدد معالجة موضوع رئيسي فيها ، كما هو الشأن حينما تعرض بعض الفقه لبعض الخيارات وهو بصدد معالجة نظرية الفسخ ، أو نظرية الشروط في العقد ، أو نظرية عيوب الرضا ، أو معالجة نظرية العقد بوجه عام ... الخ . وذلك لصلة الخيارات بكل هذه الموضوعات .

وعلى العموم : فإننا نستطيع أن نقرر أن القوانين المدنية الحديثة لم يرد فيها نص أو نصوص تبين وتحدد أنواع الخيارات ، مثلما وردت هذه الأنواع في الفقه الإسلامي ، كما أن مبحث الخيارات في التقنيات الوضعية لم يرد بشأنه - على وجه العموم - أية نصوص تحدد ماهيته وأنواعه وشروطه وآثاره .. الخ. ومن ثم فإن معالجة فقهاء القانون الوضعي لموضوع الخيارات جاءت قاصرة ومبتسرة في غالب الأحيان .

وأزاء ما سبق ذكره فإنه لا يسعنا إلا أن نقرر أن القانون المدني المصري يعرف جميع أنواع الخيارات الإرادية التي تثبت بمقتضى إرادة المتعاقدين أو ما يسمى بالخيارات الشرطية ، أي التي تثبت بمقتضى شرط يدرجه المتعاقدان في العقد يخول لمن شرط لمصلحته أن يفسخ العقد ويرجع فيه بإرادته المنفردة ما لم ير إمضاء العقد وإنفاذه .

ومعرفة القانون الوضعي لهذا النوع من الخيارات يأتي من خلال "الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه في المادة ١٥٨ مدني مصري (١١٨٣ فرنسي) التي تنص على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون

حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعني من الأعدار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

كما تنص المادة ١/٢٦٩ من القانون المدني المصري على أنه " يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض" وهو نفس الحكم الذي تنص عليه المادتان ٣٢٧ ، ٣٢٨ من القانون المدني الكويتي من تجريد الشرط واقفاً كان أو فاسخاً من أثره الرجعي إذا أصبح كل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب لايد للمدين فيه (١) .

ويستبين من هذه النصوص أن القانون المدني المصري يعرف الخيارات الإرادية (الشرطية) في العقود اللازمة كالفقه الإسلامي تماماً ، ومن ثم "فلا يثبت الحق في العدول إلا بالاتفاق عليه بين المتعاقدين ، أي باشتراطه عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق ولذلك يسميه الفقهاء الشرعيون بخيار الشرط (٢) .

وعلى هذا فإن حق العدول عن العقد الذي يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما يؤدي — عند استعماله — إلى إنهاء العقد بإرادة من كان له الحق فيه بإرادته المنفردة وهو ذات الخيار في الفقه الإسلامي وإن كان لم يعرف بهذا الاسم والمصطلح في التقنين الوضعي وفقهه.

كما أن العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد صحيح نافذ ولكنه مهدد بالزوال إن تحقق الشرط وبتحققه ينفك العقد ويزول لزومه (٣) . أما الخيارات القانونية (الشرعية) أي التي تثبت بمقتضى القانون ولا دخل لإرادة المتعاقدين في إثباتها أو نفيها فإن القانون المدني المصري يعرفها في نصوص متفرقة ، وكأنه يقررها على استحياء منه ولعل أوضح الأمثلة على مثل هذا النوع من الخيارات هو خيار العيب في القانون المدني المصري المقرر بمقتضى المادتين ٤٤٧ — ٤٤٨ وخيار

(١) أنظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ط ١٩٩٩م ، ص ٢٩١.

(٢) د: لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ ، د: جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، ص ٣٠٢ ، ص ١٩٧٤م.

(٣) د: جميل الشرقاوي — النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ص ٣٠٠ ، ط ١٩٧٤م .

الرجوع المقرر بنص المادة ١/٩٤ وخيار القبول المقرر بنص المادة ٢/٩٤ من التقنين المدني المصري.

ولا داعي لذكر نصوص هذه المواد وشرحها - لخروجها عن نطاق بحثنا - ولكننا أشرنا إليها فقط لنقرر أن مضمونها يقرر أن القانون الوضعي يعرف الخيارات الحكيمة (القانونية) وإن كان يعرفها بمسميات غير مسمياتها في الفقه الإسلامي ، كما أن القانون الوضعي لا يعرف كثيراً من الخيارات الشرعية التي يقرها غالب الفقه الإسلامي كخيار المجلس مثلاً.

١١ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مدى معرفتهما لأنواع الخيارات :

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أمور ويفترقان في أخرى:

أولاً : يتفقان في أن كلا منهما يعرف ويقرر الخيارات الإرادية ، أي التي تثبت بمقتضى الاتفاق عليها بإرادة المتعاقدين كخيار الشرط وخيار النقد.

ثانياً : يتفقان في أن كلا منهما يقرر الخيارات الشرعية (القانونية) وهي الخيارات التي تثبت بمقتضى الشرع أو القانون حيث يجوز لأي من المتعاقدين أو كلاهما حق فسخ العقد والرجوع فيه ولو لم يوجد اتفاق على ذلك كما هو الشأن في خيار العيب.

ثالثاً : يختلف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يلي :

(أ) الفقه الإسلامي يقرر الخيارات الإرادية بنصوص واضحة محددة وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ... الخ مصادر الأحكام الشرعية ، بينما لا توجد نصوص قانونية تقرر هذه الخيارات ، واقتصر تقريرها على اجتهادات الفقه القانوني أخذاً من الأحكام المنظمة لنظرية الفسخ أو نظرية الشروط في العقد أو حق العدول عنه ، أو نظرية العقد بوجه عام ... الخ ، كما سبق بيانه.

(ب) الخيارات الإرادية محددة في الفقه الإسلامي على سبيل الحصر وهي خيارات ثلاثة: خيار الشرط وخيار التعيين وخيار النقد وبقية

الخيارات هي خيارات شرعية ، بينما كانت الخيارات الإرادية في فقه القانون الوضعي غير محصورة لأنها تثبت بكل ما يتفق عليه المتعاقدان أيا كان محل العقد وظروف التعاقد ، وهو أمر غير محصور ؛ ومن ثم كان القانون الوضعي أكثر اتساعاً لنطاق مثل هذا النوع من الخيارات ، بينما ضيق الفقه الإسلامي من نطاقها وفي هذا مالا يخفى على أحد من دقة وحسن هذا التنظيم الإسلامي الذي يمنع الغرر والضرر ويحقق استقرار المعاملات.

(ج) أيضاً حدد الفقه الإسلامي أنواع الخيارات الشرعية وهي تصل إلى حوالي ثلاثين خياراً أو يزيد ، بينما لم تحدد حتى الآن هذه الخيارات أو حتى بعضها - إلا قليلاً منها على ما سبق ذكره - من خلال النصوص القانونية الوضعية أو الفقه الوضعي كما سبق ذكره.

(د) لم يأخذ القانون الوضعي ببعض الخيارات المقررة في الفقه الإسلامي كما هو الشأن في خيار المجلس وخيار الرؤية وبيان ذلك :
(١) بالنسبة لخيار المجلس :

التقنيات العربية - ومن بينها القانون المصري - لم تأخذ بخيار المجلس الذي يبيح لأي من المتعاقدين التحلل من الرابطة العقدية طالما لم ينفذ مجلس العقد نزولاً على رأي الأحناف والمالكية^(١) من فقهاء المسلمين الذين لم يجيزوا هذا الخيار ، بينما أجازه فقهاء الشافعية والحنابلة^(٢) ، وقد ذهب فقه القانون إلى أن الأخذ به يؤدي إلى الإخلال بالقوة الملزمة للعقد ويجعل مصير العقد معلقاً إلى حين انفضاض المجلس وهو أمر غير منضبط كما أن "استقرار التعامل يقتضي قيام العقد صحيحاً في هذه الحالة"^(٣).

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٨ - ٨٢ ، ط ١٣١٦هـ ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، ص ٩١ ، ط ١٣٠٩هـ .

(٢) المهذب للشيرازي ، ج ١ ، ص ٢٦٦ ، ط ١٣٧٩هـ ، والمغني ، ج ٤ ، ص ٦ .

(٣) د: عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ٢ ، ص ٣٧ ، ط ١٩٧٨م .

غير أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي^(١) ونفر من الفقه الوضعي هو القول بخيار المجلس لأن التعليل المقول به في نفي هذا الخيار ضرب من الشكلية "فطالما أن مجلس التعاقد لازال قائماً لم ينفذ فإن الحرص على تمام التراضي يقتضي أن يكون لكل منهما فرصة الرجوع عن العقد حتى ينفذ المجلس"^(٢).

(٢) بالنسبة لخيار الرؤية :

لا يوجد في نصوص التقنين المدني المصري ما ينبئ عن معرفته لخيار الرؤية الذي يبيح للمشتري نقض العقد عند رؤيته للمبيع ، أي أن محل البيع هو المعمول عليه في هذا الخيار ، وحينما تحدث القانون المدني المصري عن محل الالتزام بوجه عام ذكر في المادة ١٣٣ منه أنه :

- ١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.
- ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

وهو نفس الحكم الذي تنص عليه المادة ١٧١ من التقنين المدني الكويتي. ويستبين من هذا النص أن محل الالتزام إذا كان غير معين بذاته أو بنوعه أو بمقداره فإن العقد يكون باطلاً ، ومن ثم فليس هنالك مجال لخيار الرؤية في القانون الوضعي إلا في حالة وحيدة ما إذا اقتصر على تعيين المبيع تعييناً نافياً

(١) أنظر : المغني ، ج ٤ ص ٦ وما بعدها ، والمجموع للنوي ، ج ٩ ، ص ١٨٤ ، ط مطبعة إدارة الطباعة المنيرية ، والمهذب ، ج ١ ص ٢٦٦ ، والبحر الزخار ، ج ٣ ، ص ٣٤٥ ، والمطحي ، ج ٨ ، ص ٣٥١ ، مسألة رقم ١٤١٧ ، شرائع الإسلام ، ج ١ ، ص ١٦٨ ، ط بيروت.

(٢) د: عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، ص ٧٧ .

للجهالة الفاحشة غير أنه لم يوصف وصفاً مميزاً يمكن به التعرف عليه ، ولم يقر المشتري في العقد أنه عالم بالمبيع ولم يكن قد سبق له رؤيته : فهنا - في هذا الفرض النادر - يثبت للمشتري خيار الرؤية (١) .

أما الفقه الإسلامي فإن الرأي الراجح فيه يقر الأخذ بخيار الرؤية حيث يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد أو بمضيه عند رؤية محله إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه.

وخلاصة القول أن القانون الوضعي لم يعرف كثيراً من الخيارات الشرعية كخيار المجلس وخيار الرؤية وغيرهما، ولم يستطع القانون الوضعي وفقهه حتى الآن أن يواكب ما قرره الشريعة الإسلامية منذ قرون عديدة ، ومنه يعلم مدى قصب السبق للشريعة الإسلامية في هذا المضمار.

هذا ويلاحظ أننا تحدثنا عن كثير من أحكام الخيارات بصورة غير شاملة سواء من ناحية تعداد هذه الخيارات أم من ناحية الإحاطة بأحكامها وذلك لسببين : أولهما : أن بحثنا غير منصب على الخيارات ومن ثم كانت الإشارة إليها على النحو السابق على سبيل المثال فقط.

ثانيهما : أننا نهدف من هذه الإشارة العابرة إلى التركيز فقط على أمر وحيد هو محور اهتمامنا وهو أن الخيار - أي كان نوعه وأياً كان مدى الأخذ به في أي من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أو أحدهما - يعطي من له الحق فيه سلطة الرجوع في العقد بمقتضاه.

١٢ - تمييز الخيار عما قد يشتبه به من مسميات :

إذا كان الخيار يعني : قدرة العاقد على حق إمضاء العقد أو فسخه والرجوع فيه فإنه بهذا المعنى قد يشتبه بغيره من أشباهه في الاصطلاح أو المعنى ، غير أن هنالك فرقاً بين الخيار بالمعنى السابق وبغيره من المسميات ، ونتناول في هذا الشأن أهم الفروق بين الخيار وبين ما قد يشتبه به من مسميات على النحو التالي :

(١) السنهوري ، المصدر السابق ، ج ٤ ، ص ١٢٤ .

١٣ - الفرق بين الخيار والالتزام التخييري في الفقه الإسلامي والقانون المدني:

يقسم الفقه الإسلامي الحكم التكليفي إلى : واجب ، ومحرم ، ومندوب ، ومكروه ، ومباح.

والواجب فيه : هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً حتماً بأن اقترن طلبه بما يدل على تحريم فعله كالصيام فإنه واجب لأن الصيغة التي طلب بها دلت على تحريمه (١) إذ قال سبحانه وتعالى : "كتب عليكم الصيام" (٢) وكإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت وبر الوالدين وغير ذلك من الأمور التي وردت صيغة الأمر بها مطلقة دالة على تحريم الفعل. ومن تقسيماته المعروفة أنه ينقسم إلى واجب مخير وواجب معين ، فالأخير هو : أمر طلبه الشارع بعينه من المكلف به كالصلاة والصيام وبر الوالدين . أما الواجب المخير : فهو ما كان مطلوب الشارع فيه واحداً من أمور معينة كأحد خصال الكفارة الثلاث من عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ، فقد ترك للمكلف الاختيار لو احد منها بالفعل وتبرأ ذمته بأداء إحداهما (٣) .

وعلى ذلك فإنه وإن كان هنالك شبه ضئيل بين الواجب المخير وبين الخيار إلا أن ثمة فرق بينهما لأن قوام الأخير هو إمضاء العقد أو فسخه فقط ولا وسط بينهما كما أن الخيار يتعلق بالعقود (المعاملات) أما الواجب المخير فإنه يتعلق بالعبادات كما سبق ، كما أن محل الواجب المخير هو اختيار أحد أعيان الواجب لفعله بينما الخيار لا يعني هذا الواجب إذ هو يقف عند حد إمضاء العقد أو فسخه عكس الواجب المخير (أو الالتزام التخييري).

والأمر عينه في فقه القانون الوضعي : فإن الخيار فيه هو نفس معناه في الفقه الإسلامي ، أما الالتزام التخييري (وهو ما يقابل الواجب المخير في الفقه الإسلامي) Abligation alternative فإنه يعني الالتزام بأحد شيئين أو أحد أشياء

(١) الشيخ/ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ١٠٥ ، الطبعة الثامنة.

(٢) سورة البقرة ، الآية ١٨٣ .

(٣) الأحكام في أصول الأحكام للأدي ، ج ١ ص ٥٠ ط صبيح - مصر .

ثلاثة أو أربعة لفعله ، بمعنى تخيير المتعاقد في تنفيذ التزام من الالتزامات التي التزم بها ، أي أن محل الالتزام يكون أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها وعلى هذا تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدني المصري بقولها "ويكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك" (١) .

وهكذا يستبين الفرق بين الخيار ، والالتزام التخييري ، وهو نفس الفرق بين الخيار ، والواجب المخير في الفقه الإسلامي المنوه عنه فيما سلف.

١٤ - الفرق بين الخيار والإباحة في الفقه الإسلامي والقانون المدني :

الإباحة هي : التخيير بين الفعل والتترك سواء ثبتت بنص شرعي كما إذا نص الشارع على عدم الإثم عند الفعل فهذا يدل على الإباحة ، كقوله تعالى : "فإن خفتم ألا يقيموا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به" (٢) أم ثبتت بالبراءة الأصلية وهي ما لم يرد بشأنها من الشارع نص على حكم العقد أو التصرف الشرعي أو الفعل ولم يقد دليل شرعي آخر على حكم فيه ؛ فإن هذا العقد أو التصرف الشرعي أو الفعل يكون مباحاً بالبراءة الأصلية لأن الأصل في الأشياء الإباحة (٣) .

ويتضح مما سبق أن الإباحة - أيا كانت طريقة ثبوتها - ليست من الخيار في شيء في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لكونها لا تخرج عن أنها حكم تخييري لا يترتب على فعلها أو تركها أثر ما ، بينما الخيار يكون له أثره عند الإمضاء أو الفسخ وهو اعتباره كأن لم يكن عند الفسخ - كما سنعرف تفصيلاً في حينه - ومن ثم كان الفرق بينهما ذا أثر فعال يجب مراعاته.

(١) د: حسن الزنون - المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩ .

(٣) الشيخ/ علي الخفيف - التصرف الإرادي والإرادة المنفردة ، ص ١١٥ ، ط ١٩٦٤م.

المبحث الأول

في

الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

١٥ - تمهيد :

تحدثنا في المبحث السابق عن الأحكام العامة للخيارات من حيث ماهيتها وأنواعها ومقتضاها ، والفرق بينها وبين ما قد يشتبه بها من مسميات .
وإذا كنا قد تحدثنا عما سبق في عجلة وإيجاز حسب طبيعة المراد من البحث :
فإننا سنتحدث في هذا المبحث عن "الرجوع في العقد بمقتضى الخيار" وهو الهدف الأساسي من هذا المبحث ، وذلك في مطلب أول ، ثم نتبعه بالحديث عن كيفية الرجوع أو وسيلته بمقتضى الخيار في مطلب ثان .

المطلب الأول

الرجوع في العقد بمقتضى الخيار

١٦ - تحديد منطقة العقد محل البحث :

العقد في اصطلاح الفقهاء هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره (شرعياً) في المحل^(١) ويشتمل هذا التعريف على أركان العقد الثلاثة وهي: الصيغة والعاقدان والمحل وهذا هو رأي جمهور الفقهاء^(٢) في أركان العقد ومقوماته ، ومن ثم فإن العقد لا بد لاكتمال وجوده من توافر مقوماته - أركانه - الثلاثة فإذا تخلف أحدها : فإن العقد يكون غير تام الوجود.

(١) انظر في ذلك: فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٤ ، ط ١٣١٦هـ ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، ص ٥ ، والمغني لابن قدامة ج ٤ ، ص ٣ ، البحر الزخار ، ج ٣ ، ص ٢٩٧ .

(٢) أنظر الخرشي ج ٣ ص ٣٥٩ الطبعة الثانية ١٣١٧هـ ، ومغني المحتاج ج ٢ ص ٣ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢ ، ط ١٣١٩هـ .

فإذا كان هنالك خيار في عقد اكتملت أركانه فإن هذا الخيار هو المعنى في بحثنا ، كما إذا تلاقى إيجاب البائع - في عقد البيع - مع قبول المشتري على محل معين ذاتا ووصفا ، كقول البائع بعثك منزلي هذا بألف جنيه فيقول المشتري قبلت.

أما إذا لم يرتبط الإيجاب بالقبول (أو ما يقوم مقامهما من الكتابة والإشارة المفهومة والمراسلة والتعاطي) فإن العقد يكون قد فقد أهم أركانه ومن ثم فلا يطلق عليه لفظ العقد قبل اكتمال وجوده ، كما إذا أطلق الموجب إيجابه بما يدل على رضاه بالتعاقد على أمر معين يعرضه على غيره ولم يقترن به قبول القابل وهو ما يطلق عليه - تجاوزاً - "خيار الرجوع" والأمر عينه فيما يسمى "بخيار القبول" وخيار المجلس " الذي سنتحدث عن كل منهما - في إيجاز - لبيان أن هذه الخيارات - وأمثالها - غير مقصودة في مفهوم "الرجوع في العقد بمقتضى الخيار" الذي نحن بصدده وذلك لعدم اكتمال مقومات العقد فيها.

١٧ - مدى انطباق خيار الرجوع على محل البحث في الفقه الإسلامي والقانون المدني:

إذا كانت الخيارات كلها ترتبط بعقد استكمل وجوده باستكمال مقوماته وأركانه فإن خيار الرجوع يكون غير ذي صفة لعدم ارتباط الإيجاب بالقبول فيه ، ومع هذا فإن "خيار الرجوع" قد يكون فيه روح الخيار بشكل خاص كما قد يشتم من رائحة مسماه ، فإذا كانت الخيارات تدور بين الفسخ والإمضاء ، فإن هذا الخيار فيه روح هذا المعنى إذ هو يعني: قدرة الموجب على إهدار إيجابه قبل قبول القابل لهذا الإيجاب أو الإمضاء بمعنى الاستمرار على إيجابه حتى قبول القابل فيلزم العقد في حقه.

فالإيجاب - عند الحنفية^(١) - هو ما يصدر من أحد العاقدين أو لا غير ملزم ، فإذا أوجب أحد العاقدين العقد سواء كان الموجب هو البائع أو المشتري : فإن

(١) انظر : البحر الرائق ، لابن نجيم ج ٥ ، ص ٢٨٣ - ٢٨٤ ط ١٣٣٤ هـ .

جمهور فقهاء المسلمين^(١) على أنه يجوز له الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، ولم يشذ عن ذلك إلا المالكية حيث قالوا بلزوم العقد في حق الموجب فلا يجوز له الرجوع عن إيجابه ، ويبقى حق الخيار للقابل فقط^(٢) وهذا يتسق مع مذهبهم في أن إرادة العاقد المفردة لها إلزام ؛ غير أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر (خيار الرجوع) لأن القول بذلك ليس فيه إبطال لحق الغير ، كما أن الثابت بالإيجاب هو حق التملك للعاقد الآخر وحق الملك للموجب وهو لازال أقوى من حق التملك^(٣) .

ونخلص مما سبق إلى أن خيار الرجوع يعطي للموجب حق الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول ، ويطلق عليه خيار الرجوع تجاوزاً لأن حقيقة الأمر أن العقد لم يستكمل مقومات وجوده لعدم ارتباط القبول بالإيجاب حتى يدخله الخيار ، ومن ثم فإن هذا الخيار يسقط من ثانياً بحثنا في الخيارات العقدية التي تجيز للعاقد حق الرجوع في العقد تام الانعقاد.

وإذا كان ذلك في الفقه الإسلامي : فإن الأمر عينه في فقه القانون الوضعي فقد أخذت التقنيات المصرية والكويتية والليبية والسورية والعراقية واللبنانية والتونسية بوجهة نظر الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، حيث قررت أن للموجب في الأصل أن يرجع عن إيجابه ما لم يقترن به قبول موافق له، فتنص المادة ١/٩٤ من القانون المدني المصري على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل"^(٤) .

(١) فتح القدير ج٥ ص ٧٨ ط ١٣١٦ هـ ، والفتاوي الهندية ج٣ ، ص ٨ ط ١٣١٠ هـ ، وشرح النيل وشفاء العليل ج٢ ص ١١ ط ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م.

(٢) الخطاب ج٤ ص ٢٤٠ ط ١٣٢٣ هـ ، وبداية المجتهد ج٢ ، ص ١٨٨ .

(٣) أنظر : الهداية ح ٣ ، ص ١٧ ، وفتح القدير ج٥ ، ص ٨٢ .

(٤) يقابل هذه المادة في التقنيات العربية : التقنين المدني الليبي والسوري م١/٩٥ والتقنين المدني العراقي م٨٢ ، والتقنين اللبناني م١٨٣ ، والتقنين المدني التونسي م٣٠ ، والتقنين المدني الكويتي م٤٦ .

فالقاعدة أن الإيجاب غير ملزم في الأصل للموجب ويجوز له الرجوع فيه سواء كان قد اتصل بعلم الموجه إليه أم لا ، والأصح أنه يطلق اصطلاح "العدول" عن الإيجاب إذا لم يتصل الأخير بعلم الموجه إليه ، واصطلاح "الرجوع" عن الإيجاب إذا اتصل بعلم الموجه إليه دون اقترانه بالقبول (١) .

على أن الإيجاب يكون ملزماً استثناءً من الأصل إذا كان قد عين ميعاد للقبول سواء جاء هذا التعيين صراحةً أم ضمناً ، فالموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه إذا حدد موعداً لقبول الإيجاب صراحةً أو ضمناً لأنه أراد ذلك (٢) .

وعلى ذلك فإن القانون الوضعي يتفق والفقهاء الإسلامي في أن الإيجاب الغير مقترن بميعاد للقبول غير ملزم أي أن العقد يكون غير تام يجوز فيه للموجب الرجوع عنه.

١٨ - مدى انطباق خيار القبول في الفقه الإسلامي والقانون المدني على محل البحث:

يمكن تعريف خيار القبول بأنه حق إمضاء العقد أو فسخه لمن وجه إليه الإيجاب إذ القبول عند الأحناف : هو ما يصدر ثانياً من أحد العاقدين بعد إيجاب الأول (٣) فباقتران القبول بالإيجاب موافقاً له يكتمل العقد ، فإذا صدر الإيجاب من الموجب كان لمن وجه إليه (القابل) مطلق الإرادة في قبول هذا الإيجاب أو رفضه وهو ما يطلق عليه "خيار القبول" إذ " لو لم يثبت له (للقابل) الخيار (خيار القبول)

(١) السنهوري ، الوسيط ج ١ ص ١٩٦ ط ١٩٦٨ م ، وانظر : د/ عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص ٧١ ، د: لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٠٩ ، د/ حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ط ١٩٥٤ م ص ٩٥ ، د/ إسماعيل غلتم ، مصادر الالتزام ص ١٠٨ ط ١٩٦٨ م .

(٢) د/ لبيب شنب - المرجع السابق ص ١١٠ - ١١١ ، د/ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ٩٥ ، ج/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٧٢ ، نقض مدني في ١٠ أبريل سنة ١٩٥٨ م مجموعة النقص المدني س ٩ - ٤٠ - ٣٥٩ .

(٣) البحر الرائق ج ٥ ، ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

يلزم حكم البيع من غير رضاه" (١) وهذا لا يجوز ، ومن ثم فإن القابل يظل على خياره حتى ينفذ مجلس العقد ما لم يرجع الموجب في أثناء قيام المجلس ، أي أن هذا الخيار ينتهي برجوع الموجب عن إيجابه أو بانفضاض مجلس العقد ، وهكذا ترى أن هذا الخيار يتعلق بانعقاد العقد وليس بحق الرجوع فيه ومن ثم كان خارجاً عن محل البحث.

وقد أخذت التقنيات الوضعية العربية بوجهة نظر الفقه الإسلامي السابقة "فأخذت تشريعات (تقنيات) مصر والكويت وسوريا وليبيا والعراق ولبنان وتونس، بمذهب جمهور فقهاء المسلمين في خيار القبول فأجازت المواد ٢/٩٤ مدني مصري ، ٤٦ مدني كويتي ، ٢/٩٥ مدني سوري ، ٢/٩٤ مدني ليبي ، ٨٢ عراقي ، ١٨٣ لبناني ، ٢٧ ، ٣٢ تونسي أن يترأخي القبول عن الإيجاب حتى ينفذ مجلس العقد على أن يتم العقد إذا توافر أمران أحدهما أن الموجب لم يعدل عن إيجابه قبل صدور القبول والثاني أن يصدر القبول قبل أن ينفذ مجلس العقد" (٢) .

فإذا كان الأصل هو حرية التعاقد فإن هذه الحرية تقتضي أن يكون في مكنة من وجه إليه إيجاب ما حرية رفض أو قبول هذا الإيجاب دون البحث في بواعثه ودافعه (٣) .

وهكذا كان الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على وفاق تام في أن القبول في العقد هو الشطر الآخر لقيامه ووجوده بجانب الإيجاب وأن للقابل حق رفض العقد أو قبوله وهو ما يطلق عليه "خيار القبول" تجاوزاً على ما رأينا سابقاً.

(١) الهدية ج ٣ ص ١٧ ، وانظر فتح القدير ج ٥ ص ٨٢ ، والفتاوي الهندية ج ٢ ص ٧ ط ١٣١٨ هـ

الخطاب ج ٤ ص ٢٤٨ ، شرح النيل وشفاء العليل ج ٢ ص ١١ .

(٢) د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٧٤ - ٧٥ .

(٣) أنظر: د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١١٤ ، د/ حشمت أبو سنتيت ، المرجع السابق ص ١٠٠

، د/ لبيب شنب - السابق ص ١١٦ .

١٩ - خيار المجلس ومدى انطباقه على محل البحث في كل من الفقه الإسلامي
والقانون المدني :

بغض النظر عن مدى مشروعية خيار المجلس من عدمه ، لخروج هذا الخلاف عما نحن بصدده - فإن القائلين بخيار المجلس وهم جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة والأباضية^(١) - وهو الراجح - يرون أنه: حق شرعي يثبت بمقتضاه للمتعاقدين أو أحدهما حق إمضاء العقد أو فسخه والرجوع فيه مادام في مجلس العقد لم يتفرقا بأبدانهما أو يتخايرا. ومن ثم فإن خيار المجلس - عند القائلين به هو أن يكون لكل من المتعاقدين أن يرجع عن العقد بإرادته المنفردة طالما لم ينفذ مجلس العقد ، إذا العقد يظل غير لازم وغير منعقد حتى ينفذ المجلس ، وكذلك الحال إذا انقضت مجلس العقد واقترن العقد بخيار الشرط فإن العقد أيضاً يظل جائزاً ويحق لأحد طرفيه أو كلاهما حق الرجوع فيه بمقتضى خيار الشرط.

وعلى هذا القول فإننا نرى أن خيار المجلس هو عبارة عن خيار الرجوع والقبول السابق الحديث عنهما في البندين السابقين ، أي أن هذا الخيار يتعلق بانعقاد العقد ، فطالما لم ينفذ مجلس العقد فإن العقد يظل غير تام الوجود لأن حكمة مشروعية هذا الخيار تلافي ندم العاقدين أو أحدهما على ما قد يقدم عليه من تعاقد دون ترو فأباح لهما الشارع حق نقض العقد وفسخه طالما كان مجلس العقد قائماً ، أي أن العقد يظل غير قائم طيلة قيام المجلس ومن ثم كان هذا الخيار خارجاً أيضاً عن نطاق بحثنا لأن ما نحن بصدده يتعلق بالعقد التام كامل الأركان والشروط وأصبح لازماً ، ولا ينفك عنه هذا اللزوم إلا بمقتضى الخيار.

أما القانون الوضعي فإنه لا يأخذ بخيار المجلس على الإطلاق وهو أمر يتفق ووجهة نظر الحنفية والمالكية^(٢) الذين يرفضون الأخذ بهذا الخيار فإذا صدر

(١) المجموع للنوي ج٩ ص ١٨٤ ، المغني ج٥ ص ٦ ، ٧ ، والمحلي لابن حزم ج٨ ص ٣٥١ مسألة رقم ١٤١٧ ، شرائع الإسلام ج١ ص ١٦٨ ط بيروت ، البحر الزخار ج٣ ص ٣٤٥ ، والمختصر النافع ص ١٢١ - ١٢٢ ، ط ١٣٧٦هـ .

(٢) أنظر : فتح القدير ج٥ ص ٧٨ - ٨٢ ، بداية المجتهد ج٢ ص ١٨٨ .

القبول من القابل موافقاً للإيجاب واتصل بعلم الموجب تم العقد وأصبح لازماً لا يجوز للعاقدين أو أحدهما أن يرجع فيه بإرادته المنفردة لأن ذلك يؤدي إلى الإخلال بالقوة الملزمة للعقد ويهدد استقرار المعاملات بين الناس (١) .

غير أن ما عليه جمهور فقهاء المسلمين من مشروعية خيار المجلس وهو ما أخذ به بعض الفقه القانوني المعاصر (٢) هو الرأي الأولي بالقبول لرجاحة منطوقه وسلامة أدلته من المآخذ ، وهذا التفضيل لا يعيننا بقدر ما يعيننا القول بأنه على تقدير الأخذ به ومشروعيته فهو خارج عن محل بحثنا "الرجوع في العقد بمقتضى الخيار" لأن العقد فيه لم يستكمل مقوماته وأركانه بعد.

المطلب الثاني

أثر الخيار في عقود المعاملات في الفقه الإسلامي

٢٠ - تمهيد :

يجب أن يكون واضحاً منذ البداية أننا نعني بأثر الخيار في العقد : النتيجة التي يحدثها الخيار من حيث إمضاء العقد أو فسخه والرجوع فيه وذلك في نطاق عقود المعاملات المالية فقط.

وإذا كنا قد انتهينا سلفاً من تحديد مفهوم العقود محل البحث لدينا وهي العقود التي استكملت أركانها ومقوماتها واستبعدنا "خيار الرجوع" ، "خيار القبول" ، "خيار المجلس" من طائفة الخيارات التي نحن بصددنا والتي تتعلق بعقد استكمل كل أركانه: فإن ذلك كان على سبيل المثال لا الحصر وذلك لشيوعها وخاصة في أبحاث الفقهاء المعاصرين (٣) ومن ثم فإن ما سنتحدث عنه يجب أن يكون مفهوماً

(١) السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ٣٩ ، د/ حسن الزنون ، المرجع السابق ص

(٢) د/ عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ص ٧٧ .

(٣) د/ عبد الستار عبد الكريم - الخيارات وأثرها في التصرفات - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة عام ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥ م على الآلة الضاربة ، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص ٧٠ - ٧٩ ، ولفس المؤلف - أحكام العقود في الشريعة الإسلامية =

بأن المقصود به : هو الرجوع في عقد من عقود المعاملات بمقتضى الخيار بعد أن يكون العقد قد استكمل أركان قيامه وشروط صحته.

٢١- الخيار في العقد يصير العقد اللازم غير لازم :

إن الأثر الأول والهام - وهو ما يعنينا - هو أن الخيار يجعل العقد اللازم غير لازم ، ومقتضى رفع اللزوم هو جواز الرجوع في العقود بالإرادة المنفردة لمن كان له حق الخيار ، فالخيار يعتبر مانعاً من لزوم العقد ، وإن كان هذا المانع يختلف من خيار إلى آخر ، فخيار الشرط - وهو مثال للخيارات الإرادية يمنع ابتداء الحكم ، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم ، وخيار العيب يمنع لزوم الحكم^(١) . غير أن الأثر الأساسي للخيار - أي كانت صفة منعه للحكم - هو صيرورة العقد غير لازم بعد أن كان لازماً وسواء في ذلك الخيارات الإرادية أم الخيارات الحكيمة ، ومن ثم فإن العقد المقترن بخيار يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لمن كان له الحق فيه.

وهناك من النصوص الفقهية العديدة ما يؤيد ما ذهبنا إليه ، نجتزئ منها ما جاء في البدائع من قوله : " .. وأما صفة هذا الحكم - حكم عقد البيع المقترن بخيار التعيين - فهو أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشتري أن يرددهما جميعاً لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية؛ فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ ... " (٢) ، وجاء في حاشية الدسوقي " ... يصح فيما وقع فيه البيع على البت أن يجعل أحدهما لصاحبه أو كل منهما للآخر الخيار .. " (٣) .

= والقانون المدني - عقد البيع ص ١٢٥ - ١٢٧ ، ١٣٨ - ١٤٢ ، د/ عبد الحي حجازي - عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذي ص ٢٣٠ ط ١٩٥٠ م.

(١) أنظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٢٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٩٢ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ط ١٣٢٨ هـ ، ج ٧ ، ص ٣٢٨٩ ، وانظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٨٦ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٩٣ ط البابي الحلبي ، وانظر بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٣٥ .

وجاء في المهذب " وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والخيار إلى أن يتفرقا أو يتخيرا .. فإن باعه على أن لا خيار له ففيه وجهان من أصحابنا من قال يصح لأن الخيار جعل رفقا بهما فجاز لهما تركه ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه وقال أبو إسحاق يصح وهو الصحيح ... " (١) .
وجاء في المغني " ... والعقود على أضرب :

أحدها : عقد لازم يقصد منه العوض وهو البيع وما في معناه وهو نوعان :
أحدهما : يثبت فيه الخيارات : خيار المجلس (يثبت بمقتضى الشرع) وخيار الشرط (يثبت بمقتضى إرادة واتفاق المتعاقدين) وهو البيع فيما لا يشترطه فيه القبض في المجلس والصلح بمعنى البيع والهبة بعوض على إحدى الروايتين والإجارة في الذمة...
النوع الثاني : ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة ...
الضرب الثاني : لازم يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما خيار ...
الضرب الثالث : لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن فلا يثبت فيه خيار ...
الضرب الرابع : عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والوكالة والوديعة والوصية فهذه لا يثبت فيها خيار استثناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها .
الضرب الخامس : وهو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة والظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار وقد قيل هما لازمان ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان .

(١) المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٦٥ وانظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٢ ص ٤٣ ، ٤٤ ، والمجموع للنووي ج ٩ ص ٧٥ ، حاشيتا قلوبوي وعميره ج ٢ ص ٩٠ ، ٩١ ، ط ١٣٥٣ هـ .

الضرب السادس: لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحوالة والأخذ بالشفعة فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ... " (١) .

ويقول البهوتي : "والأصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط .." (٢) .
ويقول ابن حزم : "فإن وجدي مشتري السلعة الغائبة ما اشترى كما وصف له فالبيع له لازم وإن وجده بخلاف ذلك فلا بيع بينهما إلا بتحديد صفة أخرى برضاها جميعاً .." (٣) .

وجاء في البحر الزخار "وخيار المجلس قبل تفرق الأبدان مشروع في كل عقد ولو مشاركة أو صلحا لا النكاح إذ شرع لدوام العشرة والخيار ينقضه .. وهو قبل التفرق بالأقوال ثابت إجماعاً .. ولا خيار بعده إذ لزم البيع بنفس العقد فلا يثبت بعده إلا بشرط .." (٤) .

ويؤخذ من هذه النصوص جميعها : أن العقد اللازم — كعقد البيع — يرتفع عنه وصف اللزوم بمقتضى الخيار ، وإذا ارتفع اللزوم أصبح جائزاً ، وإذا أصبح جائزاً جاز للعاقدين أو أحدهما بعينه — حسب نوع الخيار — أن يرجع في العقد بإرادته المنفردة دون تثريب عليه من الطرف الآخر في هذا الرجوع ، اللهم إلا ما كانت مراعاته واجبه من قبل من يرجع في العقد من حيث توافر شروط الرجوع في العقد وانتفاء موانعه وقيوده — المبسوطه في موضعها — يستوي في ذلك أن يكون الرجوع في العقد بمقتضى خيار ثابت بالشرط أو بالشرع مادام لم يختر إمضاء العقد والاستمرار فيه.

(١) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ١١٩ — ١٢٢ الطبعة الثانية ١٣٤٧هـ .

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج ٢ ص ١٦٩ ط ١٣٦٦هـ — ١٩٤٧م .

(٣) المحلي لابن حزم ج ٨ ص ٣٤١ — ٣٤٢ مسألة رقم ١٤١٢ .

(٤) البحر الزخار ج ٣ ص ٣٤٥ ط ١٣٦٧هـ — ١٩٤٨م .

المطلب الثالث

أثر الخيار في عقود المعاملات في القانون الوضعي

٢١ - الخيار في العقد يرفع اللزوم عنه :

من المسلم به أن أثر الخيار في القانون الوضعي هو ذات هذا الأثر في الفقه الإسلامي وهو : أنه يرفع اللزوم عن العقد اللازم ويجعله غير لازم ، ومن ثم كان لمن له حق الخيار في العقد أن ينهيه ويرجع فيه بإرادته المنفردة .

غير أننا نؤكد أن القوانين الوضعية قد جهلت موضوع الخيارات دهرًا طويلاً لازل سارياً حتى الآن ، وإن كانت هناك نظم قانونية قد أغنت عن هذه الخيارات إلى حد ما كنظام " الشرط الواقف " و"الشرط الفاسخ " و"ضمان العيوب الخفية في المبيع" ... الخ ومن ثم فإنه - على أحسن الفروض - كانت مبادئ القانون المدني - من خلال مثل هذه النظم - تحاول في خطى حثيثة أن تلحق بركب التطور التشريعي الذي أرسى مبادئه الشريعة الإسلامية في كل جوانب المعاملات، وكان مبحث الخيارات فيها من أهم وأغنى المباحث التي أحاطته بما قد يعتري العقد من خيار إرادي أو حكمي إحاطة شاملة ومانعة بأحكام لم يستطع القانون الوضعي وفقهه وقضائه أن يرقى إليها أو حتى يدنو منها.

وعلى العموم فإنه كانت هنالك محاولات فقهية مشكورة في القانون الوضعي حاولت معالجة أثر الخيار في العقد - بعد أن عجزت التقنيات عن معالجة هذا الموضوع معالجة كافية ، وهذه المحاولات الفقهية تقرر بوضوح أنه إذا كان العقد غير لازم بحسب أصله الذي وضعه القانون كعقد الوكالة ، فلا محل لاشتراط حق العدول فيه (الخيار) ويترتب على ذلك أن العقود اللازمة كعقد البيع التي يجوز اشتراط حق العدول فيها هي العقود اللازمة بطبيعتها ، وأي عقد لازم يجوز اشتراط الحق في العدول عنه ^(١) ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية "

(١) د/ لبيب شنب - المرجع السابق ص ١٢٦ - ١٢٧ ، د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص

بأن الأصل في عقد المعاولة أنه عقد لازم ، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل في التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول^(١) .

وعلى ذلك فإن الفقه والقضاء المصري على أن الخيارات لا تدخل إلا على العقود اللازمة فتجعلها غير لازمة ويستطيع بمقتضاها من له الحق فيها أن يعدل ويرجع عن التعاقد دون تثريب عليه من الطرف الآخر ، بل أن بعض الفقه كان أكثر تأصيلاً لمسألة الخيارات حين قرر أن "القوانين اللاتينية بوجه عام أخذت بدلالة العدول ، وبعضها الآخر – وهذه هي القوانين الجرمانية – أخذت بدلالة البت وإن كان كل من الداليتين يقبل إثبات عكسه .. أما القانون (المدني المصري) الجديد فقد رأى أن يزيل التردد بتغليب إحدى الداليتين في مجال العقود على الأخرى ، وقد انتهى به الأمر إلى أن يغلب دلالة العدول كما هو منزع القوانين اللاتينية " ^(٢) ، ومن تطبيقات هذا المبدأ في القانون المدني المصري دفع "عربون" Les arrhes كشرط لحق العدول عن العقد وهو ما نصت عليه المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري بقولها :

(١) دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

(٢) فإذا عدل من دفع العربون: فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر". ويقابل هذه المادة في التقنين المدني الكويتي المادة ٧٤ منه .

نخلص من ذلك – وبعبارة عن تفصيلات أحكام العربون لخروجه عن نطاق بحثنا – أن الحق في الرجوع في العقد لا يثبت إلا بنص القانون أو بالاتفاق عليه، فحيث لا يوجد نص في القانون يجيز العدول فلا يثبت الحق في العدول إلا

(١) نقض مدني مصري في ١٦ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض المدني – السنة ١٨ قاعدة رقم ١٥٠ ص ١٠٠٥ .

(٢) د: حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ١١٢ – ١١٣ ، د/ عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ٩٦ ، د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٢٧ ، د/ جميل الشراوي ، المرجع السابق ص ٣٠٢ .

بالاتفاق عليه بين المتعاقدين ، أي باشتراطه عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق^(١) (خيار الشرط) ، فإذا نص القانون أو تضمن العقد حق عدول الطرفين أو أحدهما فإن أثر هذا الخيار يدور بين أمرين :

١ - أن يبقى على العقد مع ما يوجبه من حقوق ويقرره من التزامات.

٢ - أن ينقض العقد ، أي أن يزيل قوته الملزمة ويعتبره كأن لم يكن .

واستعمال هذا الخيار يتم بالإرادة المنفردة لمن كان له الحق فيه ، فلا يشترط لنفاده موافقة الطرف الآخر " ويبدو ذلك واضحاً في حالة ما إذا كان الشرط مقرراً لأحد المتعاقدين فقط ، ذلك أنه إذا اختار هذا المتعاقد الإبقاء على العقد فلا يستطيع المتعاقد الآخر إرغامه على التحلل منه ، وبالعكس إذا اختار صاحب الشرط نقض العقد ، فإن العقد ينتهي ولو كانت رغبة المتعاقد الآخر في بقاءه"^(٢).

وهكذا فإن أثر الخيار القانوني أو الاتفاقي في القانون الوضعي هو نفس الأثر في الفقه الإسلامي وهو : قدرة من له الحق فيه على الرجوع في العقد بإرادته المنفردة دون توقف على رضا الطرف الآخر ما لم يختار إمضاء العقد وتنفيذه ، ومن هنا كنا في غنى عن الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذا الصدد .

وإذا كان جل حديثنا قد تركز حول الخيار الإرادي الذي يجيز حق الرجوع في العقد ، فإن الأمر عينه في أثر الخيار القانوني على حق من له الحق فيه بحيث يثبت ، بمقتضاه حق المتعاقد في الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة ، سواء في ذلك القانون الفرنسي والمصري على السواء ، فالمادة ١٦٤٤ من القانون المدني الفرنسي تقضي بأنه يترتب على وجود العيب (خيار العيب) الذي يضمه البائع حق المشتري في الخيار بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين الاحتفاظ بالمبيع واسترداد جزء من الثمن يتناسب مع ما نقص من قيمة المبيع بسبب وجود العيب وفقاً لتقدير أهل الخبرة.

(١) د: لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٢٦ - ١٢٧ .

(٢) د: لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٢٩ .

وقد استقى القانون المدني المصري القديم نفس الحكم من القانون الفرنسي فنص في المواد ٣١٣ - ٣١٥ منه على أنه إذا كان العيب في المبيع جسيماً بحيث يكون غير صالح للاستعمال فيما أعد له أو عندما يكون نقص قيمة المبيع بسبب العيب بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء : هنا يكون المشتري مخيراً بين فسخ البيع وبين طلب نقصان الثمن مع التعويض في الحالتين إذا ثبت علم البائع بالعيب الخفي ، أما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب فالمشتري له الخيار فقط بين فسخ المبيع واسترداد الثمن والمصاريف التي تترتب على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه (١) .

وقد سار التقنين المدني المصري الجديد على نفس المنوال الذي أخذ به القانون الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي في المادة ٣٣٨ منه وهي تقرر نفس الحكم؛ والقانون الألماني في المواد ٤٦٢ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ منه وهي لا تقرر إلا حق المشتري في فسخ العقد بإرادته المنفردة أو إنقاص الثمن ، وكذلك المادة ٣٢٥ من القانون البولوني وهي تقرر نفس الحكم : فنص التقنين المدني المصري في المادتين ٤٤٦ ، ٤٤٧ ، على ضمان البائع لعيوب المبيع حيث أن "العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء العيب مع التعويض طبقاً لما تقضي به القواعد العامة" (٢)

٢٣ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مدى رفع اللزوم عن العقد بمقتضى الخيار :

القانون الوضعي يقرر أن أثر الخيار : هو قدرة من له الحق فيه على الرجوع في العقد - إذا لم يختر إمضاء العقد - بإرادته المنفردة ، وسواء أكان هذا الخيار ثابتاً بمقتضى اتفاق المتعاقدين كخيار الشرط ، أم كان ثابتاً بمقتضى القانون كخيار العيب، وفي هذا يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي تماماً.

(١) انظر فيما سبق د: منصور مصطفى منصور - تحديد فكرة العيب الموجب للضمان ، بحث بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى - العدد الثاني - يوليو سنة ١٩٥٩ ص ٥٥٦ - ٥٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٤ ص ١٢٣ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي ص ٣٨٠ وما بعدها.

المبحث الثاني

آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في عقود المعاملات

٢٤ - تمهيد :

إذا انفسخ العقد اللازم برجوع المتعاقد الذي يملك حق الخيار فيه : فإن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار يكون ذا أثر رجعي ينسحب على الماضي ، أي أن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار يجعل العقد كأن لم ينعقد من أصله (١) وذلك باتفاق بين فقهاء المسلمين وفقهاء القانون الوضعي على السواء ، لأن الخيار في العقد يسلب القوة الملزمة للعقد ، فيجعله كالعقد غير اللازم بطبيعته وإن كان الأول يختلف عن الثاني في أن هذا لا يكون له انعطاف وأثر رجعي يستند إلى الماضي .

وستحدث في هذا المبحث عن أثر الرجوع في العقد بمقتضى الخيار تفصيلاً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير كل في مطلب مستقل.

(١) د: مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية ج ١ ص ٢٨٧ ، السنهوري ، المصدر السابق ج ٤ ص ٢٠٩ .

المطلب الأول

آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار فيما بين المتعاقدين

الفرع الأول

آثار الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي فيما بين المتعاقدين :

٢٥ - تحديد نطاق البحث :

لاشك أنه من الصعب - إن لم يكن ذلك مستحيلاً - وضع قواعد عامة تنظم الخيارات جميعها سواء فيما يتعلق بأحكامها وآثارها أم فيما يتعلق بآثار الرجوع بمقتضاها وذلك لكثرة عدد الخيارات من ناحية ، واختلاف المذاهب الإسلامية وفقهاؤها من ناحية أخرى في الأحكام العامة للخيارات .

وإزاء ذلك فإننا سنحاول وضع ضوابط لآثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار ، وهي وإن لم تعم الخيارات جميعها فهي تسري على أكثريتها وبذلك نتلقى الحديث عن آثار الرجوع في كل خيار على حدة ، ومنع التكرار الممل لهذه الآثار التي قد تكون متفقه في معظم الخيارات .

٢٦ - الأصول العامة التي يستند إليها أثر الرجوع في العقد بمقتضى الخيار:

يمكننا أن نرد أثر الرجوع في العقد بمقتضى الخيار إلى أصلين :-
أولهما : مستمد من تعريف الرجوع في العقد بمقتضى الخيار ، وهو لا يخرج عن كونه إنهاء للرابطة العقدية بمقتضى الخيار بالإرادة المنفردة .
ثانيهما : مستمد من محل الرجوع ذاته وهو أنه لا يرد إلا على محل العقد اللازم القابل للفسخ (١) .

(١) أنظر : البدائع ج ٨ ص ٣٣٩٣ ، د/ حسن الزنون ، المرجع السابق ص ٢٥٣ .

وعلى هذا فإن الملك في البدلين كقاعدة عامة يكون لصاحبه ، لأن فسخ العقد بالعيب والخيار : يستند إلى سبب مقارن للعقد ، إذ هو رفع للعقد من أصله (١) ومن الطبيعي أن رفع العقد يقتضي إلغاء الآثار المتولدة عنه ، أي أن الأمر يستلزم إرجاع المتعاقدين إلى حالتها وقت التعاقد ، ففي جميع عقود المعاوضات القابلة للفسخ والمقترنة بخيار إرادي أو شرعي يجب على البائع - في عقد البيع فيها مثلاً - أن يرد إلى المشتري ما قبضه من ثمن للمبيع ، وعلى المشتري أن يرد المبيع إلى البائع (٢) نزولاً على القواعد العامة في نظرية الفسخ ، على أن يراعى أمران :

أولهما : قاعدة " الخراج بالضمان " (٣) وهو أن كل ما خرج من الشيء تكون غلته لحائزه في مقابل ضمان أصل الشيء ، وعلى هذا فإن من اشترى داراً فسكنها ، أو دابة فركبها مدة الخيار ثم فسخ البيع بالرجوع فيه بمقتضى الخيار : فإنه لا يلزم رد مقابل الاستعمال عند الرجوع لأن الغلة كانت في مقابلة الضمان.

ثانيهما : تعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح إذا كان لذلك محل طبقاً لقواعد التعويض (الضمان) عن المسؤولية في الفقه الإسلامي (٤) ومن ثم يرتفع العقد من وقت انعقاده لا من وقت الرجوع فيه ما دام من عقود المعاوضات القابلة للفسخ.

٢٧ - أثر الرجوع في العقد بمقتضى خيار إرادي :

أن الخيارات المانعة من ابتداء الحكم هي الخيارات الإرادية كلها وأظهرها خيار الشرط (٥) فهذا النوع من الخيارات يمنع تمام الانعقاد لاختلال ركن الرضا ومن ثم انسحب أثر ذلك على الحكم .

(١) أنظر القواعد لابن رجب ص ٢٨٥ قاعدة رقم ١١٦ ط ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م.

(٢) انظر د/ حسن الزنون ، المرجع السابق ص ٢٥٣ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥١ ط ١٣٨٧ هـ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ .

(٤) البدائع ج ٧ ص ٣٢٣٨ ، د/ علي مرعي ، السابق ص ٤٥ .

(٥) أنظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٦٥ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٣ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٦١ .

وإذا اختار من له حق أي من هذه الخيارات الرجوع في العقد فإن كان الخيار للبائع في عقد البيع - أي أحد العاقدين - لا يخرج المبيع عن ملكه ويخرج الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع ، في قول أبي حنيفة ، وفي قول صاحبيه يدخل الثمن في ملكه مدة الخيار ، وإن كان الخيار للمشتري فلا يخرج الثمن عن ملكه في قولهم جميعاً ويخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند الصحابين يدخل^(١) وإن كان الخيار لهما فإن المبيع لا يخرج عن ملك صاحبه والثمن لا يخرج عن ملك المشتري ، ويترتب على ذلك عدة نتائج :

النتيجة الأولى : أن الملك زمن الخيار للبائع^(٢) والثمن للمشتري ، أي أن الخيار إذا كان لكل من المتعاقدين ، فلا يخرج شيء من مبيع أو ثمن عن ملك كل منهما ، وإذا هلك محل العقد في يد البائع وكان الخيار له انفسخ البيع ، وإن تعيب المبيع بفعله سقطت حصة المعيب من الثمن^(٣) وأن تعيب بفعل الغير خير المشتري بين تركه وأخذه بكل الثمن ، أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع سواء كان ذلك بإذن البائع أم بدون إذنه وهلك في يده في مدة الخيار فإن المشتري يضمن المبيع بقيمته يوم قبضه ، لأنه بيع موقوف يفسخ بالهلاك ، ولا نفاذ له بدون بقاء المحل فيبقى المبيع مقبوضاً في يد المشتري على سوم الشراء وفيه القيمة ، أما إذا كان الهلاك بعد مضي مدة الخيار بلا رجوع فإنه يلتزم بثمنه لسقوط الخيار في حقه.

وإذا كان الخيار للمشتري : فإن المبيع يخرج عن ملك البائع ويكون بيعاً لازماً في جانب البائع ، ومن ثم فإن المشتري يلتزم

(١) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٤٩ ط ١٣٢٢ هـ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥ - ٢٦ ، وانظر بداية

المجتهد ج ٢ ص ٢٣٧ .

(٢) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٠٣ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٣٣٣٨ .

بثمنه إذا قبضه وهلك في يده ، ومن باب أولى يكون الحكم لو استهلك المشتري محل العقد في مدة الخيار (١) .

النتيجة الثانية : يتأثر حق الرجوع في العقد بتغيير محل العقد من حيث الزيادة والنقصان .

وبيان ذلك : إن زيادة المبيع - في عقد البيع - في مدة الخيار : أما أن تكون زيادة متصلة بالمبيع أو منفصلة عنه ، وفي كل أما أن تكون متولدة عن الأصل أولاً ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الزيادة المتصلة المتولدة عن الأصل كزيادة قيمة المبيع وسمنه (الزيادة الحكيمة) والزيادة المتصلة الغير متولدة عنه كصبيغ الثوب وزرع شجرة في البستان ، والزيادة المنفصلة المتولدة عن الأصل كنتاج الماشية ولبنها : تمنع الرد والرجوع بمقتضى الخيار ، وتبقى صورة الزيادة المنفصلة الغير متولدة عن الأصل ، وهي لا تمنع من الرجوع في العقد (٢) لأن منع الرجوع في الصور الثلاث الأولى يمتنع فيها الرجوع ، إما مراعاة لحق الشرع وهو تحريم الربا وشبهته ، وإما مراعاة لحق أحد المتعاقدين ، وإما لأن العقد لم يرد على محل الزيادة فيحصل الضرر لأيهما بالرجوع بدونها أو بها حسب ظروف كل متعاقد ، أما الصورة الرابعة وهي : ماذا حصل الرجوع في العقد بمقتضى خيار إرادي وكان هنالك زيادة منفصلة غير متولدة من عين ومحل الشيء كأجرة الدابة في زمن الخيار : فإنها لا تمنع من الرجوع بدون هذه الزيادة طبقاً لقاعدة "الخراج بالضمان" لأن هذه الزيادة للمشتري إذا كانت العين في يده - في مقابل ضمان أصلها ، ولأن هذه الزيادة ليست جزءاً من العين إذ هي خارجة عن محل العقد (٣) . وذهب بعض الفقهاء (٤) وهم الحنابلة ومن وافقهم إلى أن نماء المبيع وغلته تكون للمشتري حتى ولو رجع في العقد تأسيساً على أن

(١) أنظر في ذلك حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٧٣ - ٥٧٤ ، والمجموع ج ٩ ص ٢١٩ - ٢٢١ ، وانظر الشرح الكبير لابن قدامه المقدسي ج ٤ ص ٧٠ ، والبحر الزخار ج ٩ ص ٢٥٠ - ٢٥١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٧٥ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٠٩ .

(٣) أنظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٥١ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ .

(٤) المغني ج ٤ ص ٧١ ، وشرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٧١ - ١٧٢ ط ١٣٦٦ هـ ، القواعد لابن رجب ص ١٧٧ - ١٧٨ .

الملك في العقد المقترن بخيار ينتقل إلى المشتري بنفس العقد فتكون له غلته وثمرته وفي هذا يقول ابن قدامه "ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان ، وهو أحد أقوال الشافعي ، وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما أو للبائع وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع .. فما حصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه ، قال أحمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفريق ثم اختار البائع العبد فالملك للمشتري ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "الخراج بالضمان" .. وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له ، ولأن الملك ينتقل بالبيع .. فيجب أن يكون نمائه للمشتري كما بعد إنقضاء الخيار .. (١) .

ولكننا نرى أن الرأي الأولي بالقبول هو : أن النماء المتصل يكون تابعاً للمبيع بكل حال^(٢) والنماء المنفصل لا يمنع الرجوع في العقد وتكون الزيادة للبائع تأسيساً على أن ملك العين لا ينتقل إلى غيره في مدة الخيار وهو رأي وسط بين الاتجاهين السابقين ويحقق العدالة ويمنع الضرر ، أما عن تأثير نقصان محل العقد على الرجوع فإنه يكون غير مؤثر على الإطلاق إذا كان نقصاً حكماً كنقصان القيمة لاختلاف الأسواق وذلك بالإجماع^(٣) فيحدث الرجوع أثره ويعود كل من البديلين إلى صاحبه بالحالة التي كان موجوداً عليها عند الرجوع ، ومن البديهي أن هذا النقصان يتعلق بأحد البديلين فقط وهو المبيع إذ لا يتصور نقصان الثمن (النقود) اللهم إلا بانخفاض قيمتها في الأسواق العالمية.

أما النقصان الحقيقي في عين محل العقد فإنه يمنع الرجوع في العقد ومن ثم لا يكون هناك محل للخوض في أحكامه ، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين^(٤)

(١) الشرح الكبير لابن قدامه المقدسي ج ٤ ، ص ٧١ .

(٢) المرجع السابق - الموضوع السابق .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠١ .

(٤) د: حسن الزنون - المرجع السابق ص ٢٧٦ .

غير أن الصحيح أن النقص الحادث في محل الخيار والمؤثر في القيمة : تتنازعه
ثلاثة آراء :

الأول : أنه يمنع الرجوع في العقد ، ولمن له حق الخيار أن يرجع بقيمة النقصان
فقط ، وبذلك قال الشافعي في الجديد وأبو حنيفة.

الثاني : وهو للشافعي في القديم والثوري : أن النقصان الحسي المؤثر في القيمة
يوجب الرجوع ويقترن بهذا الرجوع رد مقدار العيب الذي حدث عند من
كان محل الخيار عنده.

الثالث : وهو قول مالك : أن المشتري إذا رجع في العقد بمقتضى الخيار وكانت
عين الشيء في يده مدة الخيار وحصل لها هذا النقصان فهو مخير بين
أن يمسك العين ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يردده على
البائع ويعطيه ثمن المعيب الذي حدث عنده (١).

النتيجة الثالثة : يترتب على اعتبار العقد كأن لم يكن إذا زال بمقتضى خيار
إرادى فيه: أن يلتزم المشتري بمصاريف الرد (٢) أي أن مؤنة رد
العين محل الخيار هي على الدائن (٣) .

ونحن نرى أن مصاريف رد العين محل العقد إذا حدث الرجوع لها بمقتضى
الخيار على هذا النحو أمر تمليه قواعد العدالة وتتفق مع نفس قواعد رد
المصرفات في حالة الرجوع في الهبة تماما.

٢٨ - أثر الرجوع في العقد بمقتضى خيار شرعي :

لا تختلف أحكام آثار الرجوع في العقد هنا عن أحكام آثار الرجوع بمقتضى
خيار إرادى: إلا في أن هذا النوع من الخيار - الذي نحن بصددده - لا يمنع
انقضاء العقد كسابقه وإنما الخيار يرفع "وصف" اللزوم عن العقد فقط، ومن ثم فإن
اختلاف أساس الرجوع يؤدي إلى نتيجة منطقية وهي أن الخيارات الشرعية

(١) أنظر في ذكر هذه الآراء : بداية المجتهد ج٢ ص ٢٠١ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٠٨ .

(٢) البحر الرائق ج٦ ص ٣٧ .

(٣) د: حسن الزنون ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

تترتب عليها جميع آثارها وأحكامها منذ انعقادها ، ويكون معها العقد نافذا ، فيثبت الملك في البديلين للعاقدين ، كل في بدله عقب العقد مباشرة (١) ، ويترتب على هذه النتيجة أن المبيع في زم الخيار يكون ملكاً للمشتري ، والثمن ملكاً للبائع "فإن اختار - المشتري - الفسخ رد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفاً فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع ، فيردها إليه مع الأصل ، وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري" (٢).

وجملة القول في أثر الرجوع في العقد بمقتضى خيار شرعي كخيار الرؤية : أن المشتري إذا رجع في العقد فإما أن يكون محل العقد لم يتغير ، وإما أن يكون قد اعتراه زيادة أو نقص ، فإن كانت عين المحل بحالها ورجع المشتري - في عقد البيع - رده وأخذ الثمن ، وإن اعتراه زيادة بعد العقد وفي مدة الخيار فذلك قسمان :

أولهما : إن كانت الزيادة متصلة بمحل العقد ككبر الدابة ، وسمنها ، وتعلم صنعه أو حرفة فإن الرجوع يقتضي رد العين ونماؤها إلى البائع.

ثانيهما : إن كانت الزيادة من غير عين محل العقد كالكسب والأجرة ، وما يوهب له أو يوصي له فهو للمشتري في مقابلة ضمانه ، "لأن المبيع لو هلك كان من مال المشتري وهو معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) ولا نعلم في هذا خلافاً ، وقد روى ابن ماجة بإسناده عن عائشة أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده ، فقال يا رسول الله إنه استغل غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الخراج بالضمان" رواه أبو داود وبهذا قال أبو حنيفة ومالك

(١) د: عبد المجيد مطلوب - خيار الرؤية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ١٨ - العدد الأول ، يناير ١٩٧٦ ص ٥٠٠ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ٣٣٠٩ .

والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافه^(١) ومن ثم فإنه يجب رد جميع زوائد وفوائد المبيع مع الرجوع سواء كانت زوائد أصلية أم فرعية خلافاً للشريعة الزيدية الذين قالوا : "برد الفوائد الأصلية"^(٢) فقط .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة ومتولده من عين محل العقد كولد الماشية ولبنها وثمره الزرع : فقد ذهب الحنابلة^(٣) إلى أن المشتري إذا رجع في العقد فإنه يلزم برد الأصل دون الزيادة تمشياً مع قادة "الخراج بالضمان أيضاً" وذهب الأحناف إلى أن الزيادة المنفصلة المتولدة عن الأصل تمنع الرجوع في العقد من أصله^(٤). أما آراء بقية المذاهب فلا داعي لذكرها في هذا الصدد لأن جميعها - عدا الأحناف - ينكرون خيار الرؤية^(٥) .

وما عدا ما ذكرنا فإن الرجوع في العقد بمقتضى خيار شرعي يأخذ نفس الأحكام السابق الحديث عنها في البند السابق من حيث آثار الرجوع بمقتضى خيار إرادي ، وهي في الجملة تؤدي إلى اعتبار العقد كأن لم يكن ويعود المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد أي أن الأثر الرجعي بمقتضى الخيار هو أمر مسلم ومتفق عليه لدى فقهاء المسلمين كقاعدة عامة.

الفرع الثاني

آثار الرجوع في العقد في القانون الوضعي فيما بين المتعاقدين

٢٩ - الأثر الرجعي للرجوع :

إذا أردنا أن نبين أثر الرجوع فيما بين المتعاقدين في فقه القانون الوضعي ، فإنه ينبغي أن نذكر أن إنهاء العقد بمقتضى خيار فيه هو : فسخ للعقد ، ومن ثم

(١) الشرح الكبير للمقدسي ج ٤ ص ٨٧ ، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥١ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ .

(٢) البحر الزخار ج ٣ ص ٣٥٢ .

(٣) الشرح الكبير للمقدسي ج ٤ ص ٨٨ .

(٤) البدائع ج ٧ ص ٣٣٠٨ .

(٥) انظر في عرض آراء المذاهب في هذه المسألة الشرح الكبير للمقدسي ج ٤ ص ٨٨ .

فإن الأثر الرجعي للفسخ هو الذي يحكم آثار الرجوع في العقد بمقتضى خيار اتفاقي أو قانوني.

وكقاعدة عامة : إذا اختار من له حق الخيار : الرجوع في العقد انفسخ العقد منذ إبرامه بأثر رجعي ^(١) وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٦٠ من التقنين المدني المصري بقولها : "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض" علماً بأن المادة ٢١١ من التقنين المدني الكويتي تنص على نفس الحكم الذي تنص عليه المادة ١٦٠ مدني مصري.

وعلى ذلك فإذا انحلت الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بمقتضى "شرط الخيار" في العقد (الشرط الفاسخ الصريح) أو بمقتضى خيار قانوني (ولابد أن يكون بحكم قضائي) كخيار الرؤية - على ما سبق بيانه - فإن كلا من المتعاقدين يسترد حريته نحو الآخر ، إذ أن إنهاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الفسخ الاتفاقي أو القضائي أو القانوني سواء فيما يتعلق بالماضي أو فيما يتعلق بالمستقبل.

فبالنسبة للماضي يعتبر العقد كأن لم يكن ولا يكون له من أثر بالنسبة للمتعاقدان ويعاد كل شيء إلى أصله ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى مع مراعاة أنه لا يكون هناك محل للحكم بالتعويض إذا انقضى العقد من تلقاء نفسه .

وأما في العقود المستمرة أو التي نفذت دفعات منها كعقد الإيجار فإن كلا من المتعاقدين يتحمل ما تم من التعاقد من آثار سابقة لانحلاله. أما بالنسبة للمستقبل فإن إنهاء العقد ينهي كل أثر بالنسبة للمستقبل ، إذ ليس ثمة عقد يمكن أن تتولد عنه التزامات أو حقوق ^(٢) .

(١) انظر د: عبد الناصر العطار - نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص ٩٤ .

(٢) الأستاذ/ حسين عامر - إلغاء العقد ص ٣٣٦ ط ١٩٥٣ م وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص

٣٢٩ ونقض مدني في ٢٨ أبريل ١٩٧٠م ، ص ٢١ - ١١٥ - ٧٠٩ .

وعلى ذلك فإن الرجوع في العقد يكون ذا أثر رجعي ، فيعتبر العقد كأن لم يكن، ومن ثم فإن الفسخ أو الرجوع بمقتضى الخيار يكون كالإبطال في العقد الباطل بطلاناً نسبياً^(١) وإن اختلف أساس كل منهما: إلا أنهما يتفقان في الأثر إذ يعتبر العقد في الحالتين كأن لم يكن.

٣٠ - الالتزام برد البدلين بمقتضى الرجوع :

إذا تم الرجوع في العقد لخيار فيه : فإذا كان من رجع في العقد قد نفذ التزامه — كالمشتري إذا كان قد دفع الثمن — فإنه يسترد ما أوفى به إذا كان الاسترداد ممكناً، فيرد المشتري المبيع وثمراته سواء كانت متولدة عنه أم لا ، وسواء كانت منفصلة عنه أم متصلة به ، ويرد البائع الثمن وفوائده محسوبة بالسعر القانوني المقرر.

فإذا لم يمكن رد البدلين أو أحدهما — لهلاك المبيع مثلاً أو استحالة التنفيذ العيني — كان التعويض عن هذه الاستحالة هو المخرج الوحيد في مثل هذه الحالة سواء بني هذا التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وذلك حينما يفترض خطأ المدين في استحالة رد البديل ، أم بني على أساس المسؤولية العقدية كاستحالة التنفيذ العيني أو التأخير فيه .

أما إذا كان من رجع في العقد بمقتضى الخيار قد سلم المبيع واحتفظ بالثمن لديه، فإن كلا العاقدين لا يلتزم بشيء بدهاءة ، إذ تنفك الرابطة العقدية ويتحلل كل منهما من أي التزام^(٢).

(١) أنظر د/ إسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٣٣٤ ، بند ١٦٩ ط ١٩٦٨ م ، د: حشمت أبو ستيت ،

المرجع السابق ص ٣٤٧ بند ٣٨٣ ، د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٢٩٦ .

(٢) د: حشمت أبو ستيت (بتصرف) المرجع السابق ص ٣٤٨ ، د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص

٣٣٤ ، د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ جميل الشراوي ، المرجع السابق ص ٣٨٤ .

٣١ - نماء المبيع أو نقصانه في مدة الخيار :

إذا حدث الرجوع في العقد بمقتضى الخيار ، فإن البديلين (المبيع والتمن) - في عقد البيع على سبيل المثال - يعود كل منهما إلى صاحبه كما ذكرنا في البند السابق ، فيرد المشتري المبيع وثمراته إلى البائع ويرد الأخير الثمن وفوائده - وهي ربا - إلى المشتري ، وأما إذا حدث نقص في المبيع في مدة الخيار : فإن الظاهر في الفقه القانوني ^(١) يرى أن النقصان الحكمي كانخفاض سعر السلعة في السوق يستوجب تعويضاً تكميلياً فوق رد المبيع ذاته للبائع على أساس أن هذا النقص ضرر أصاب البائع ، ولا يكفي لإزالته مجرد الفسخ والاسترداد ، إذ يكون "له فوق استرداد المبيع أن يطالب بتعويض عن فرق السعر ، والرأي الغالب أن التعويض في هذه الحالة يبني على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فالعقد بعد أن فسخ لا يصلح أساساً للتعويض" ^(٢) .

أما النقصان الحسي أو الحقيقي في محل الرجوع كهزال الماشية فإنه وإن كان الفقه القانوني لم يتعرض لمعالجته إلا أنه ينسحب عليه في رأينا - حكم النقصان الحكمي من باب أولى ومن ثم فإن المشتري يلتزم بتعويض تكميلي فوق رد العين للبائع كتعويض عما أصاب الأخير من ضرر يتمثل في نقصان المبيع إذا كان ناتجاً عن إهماله وعدم العناية برعايته (أي إذا نسب إليه تقصير أدى إلى هذا النقصان).

٣٢ - ضمان محل العقد كأثر للرجوع :

تحدثنا فيما سبق عن رد البديلين إلى ذويهما بفوائدهما وثمراتهما بمقتضى الرجوع، وعن حكم الزيادة والنقصان في محل الرجوع ، فما الحكم فيما لو هلك محل العقد الذي ينتهي بالرجوع ؟

(١) د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٣٤ .

(٢) المرجع السابق - الموضوع السابق

تجيب على هذا التساؤل نظرية "تحمل التبعية" Theorie des risqu والرأي السائد في الفقه (١) أنه لا صعوبة في الأمر ، إذا كان العقد الذي تم الرجوع فيه ملزماً لجانب واحد إذ ينقضي التزام المدين ويتحمل الدائن تبعاً الاستحالة ، ففي عقد الهبة إذا هلك الشيء وكان لازال في يد الواهب فإن عقد الهبة سينحل بقوة القانون ويترتب على ذلك أن يفقد الموهوب له حقه على ذلك الشيء ، ومن ثم فهو الذي يتحمل الخسارة الناشئة عن انحلال العقد بالهلاك ، أما الواهب فهو لم يخسر شيئاً لأنه كان سيفقد الشيء الموهوب ولو لم ينحل عقد الهبة إذ كانت ملكيته تنتقل إلى الموهوب له .

أما إذا كان العقد ملزماً للجانبين وهلك محل العقد — كما في هلاك محل عقد البيع — فإن تبعاً الهلاك تقع على المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه لتخلف السبب ، ففي عقد البيع إذا هلك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري بسبب أجنبي لا يد له فيه فإن التزام البائع بالتسليم ينقضي باستحالة تنفيذه ، وينقضي تبعاً لذلك التزام المشتري بوفاء الثمن وينفسخ البيع (مادة ٤٣٧ مدني مصري) ويترتب على ذلك أن يلتزم البائع برد الثمن إلى المشتري إذا كان قد قبضه منه أو أن تبرأ ذمة المشتري إذا كان لم يف به للبائع (٢) هذا إذا كان هلاك محل الرجوع بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة .

أما إذا هلك محل العقد الذي رجع فيه نتيجة فعل المدين (البائع إذا استهلك أو أهلك الثمن ، والمشتري إذا أهلك أو استهلك المبيع) فإن قواعد المسؤولية العقدية هي التي تحكم هذا الهلاك ، أي أن طريق التعويض هو الطريق الأوحيد أمام الدائن في هذه الحالة طبقاً لقواعد المسؤولية لاسترداد حقه والتعويض عما أصابه من ضرر إذا كان له مقتض .

(١) د: حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ٣٥١ ، د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٣٨ —

٣٣٩ ، د/ لبيب شنب المرجع السابق ص ٣١٣ .

(٢) انظر: د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٣١٣ — ٣١٤ ، وانظر نقض مدني مصري في ١٦ فبراير

١٩٧١ مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٢ — ٣٢ من ص ١٨٨٠ ، ونقض مدني مصري في ٢

مارس ١٩٧١ م ، مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٢ — ٤٠ ص ٢٤٤ .

٣٣ - الآثار الجانبية للرجوع بين المتعاقدين بمقتضى الخيار :

الرجوع في العقد بمقتضى الخيار هو إحد التطبيقات العملية لنظرية الرجوع في العقد بوجه عام ومن ثم فإن مراعاة شروط الرجوع وأهمها شرطي جدية مبرر الرجوع ومرور فترة الأخطار أمر ضروري إذا كان سيجري على الإنهاء الفجائي وعدم الجدية في المبرر للرجوع ضرر للمتعاقد الآخر ، ويراعى أن عدم مراعاة شروط الرجوع جميعها ومن بينها شرطي المهلة وجدية مبرر الرجوع لا يترتب إلا تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بعدم مراعاة هذه الشروط، ومن ثم فإن العقد ينتهي ولو لم يراع أي منها مع الالتزام بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية عدا حالة اتفاق المتعاقدين على استبعاد أي من هذه الشروط إلا ما يكون قد حظره القانون بوجه خاص (١) .

٣٤ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في آثار الرجوع في العقد

بمقتضى الخيار فيما بين المتعاقدين :

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في المبادئ العامة لآثار الرجوع بمقتضى الخيار ، إذ أن الرجوع فيهما يكون ذا أثر رجعي ينسحب إلى الماضي ويعتبر العقد كأن لم يكن.

غير أنهما يختلفان تماماً بعد ذلك في بقية آثار الرجوع وذلك في نواح عديدة أهمها:

١ - تعرض الفقه الإسلامي لأدق تفصيلات الرجوع : فهو يمنع الرجوع إذا

كانت هنالك أية زيادة في محل العقد عدا حالة الزيادة المنفصلة الغير متولدة عن أصل العقد ، وهنا يكون الرجوع بدون الزيادة طبقاً لقاعدة "الخراج بالضمنان" أما القانون الوضعي فإنه يوجب رد البديلين في جميع الحالات ، أي رد الثمن وفوائده بما فيها من ربا واضح ورد المبيع وثمراته سواء كانت متولدة منه أم لا وسواء كانت منفصلة أم لا ، وفي هذا من الغرر والغبن والضرر ما يجعل فساد تنظيم القانون الوضعي لآثار الرجوع أمر تشتمز منه

(١) أنظر: الأستاذ/ حسين عام - المرجع السابق ص ٣٣١ - ٣٣٥ .

النفوس ويرفع العدالة من محرابها إلى سماء الجور والظلم في أبهى معانيه
ومن ثم كان حسن تنظيم الفقه الإسلامي لهذه الآثار صياغة وأسلوباً وأحكاماً
مثار إعجاب وتقدير يحسن بالمقنن الوضعي السير على منواله في هذا
الصدد.

٢ - يرى الفقه الإسلامي أن نقصان محل العقد في مدة الخيار غير ذي أثر على
الإطلاق ولا يستوجب تعويضاً مع الرد عند الرجوع ، والقانون الوضعي
عكس ذلك تماماً ، فهو يوجب التعويض عن النقص الحكمي كنقص السعر
في الأسواق ، وفي هذا من الضرر وعدم العدل مالا يخفي ، فما هو ذنب
المشتري في نقص قيمة المبيع في الأسواق ؟ دون ذنب جناه أو دخل له فيه
وينسحب هذا الحكم على النقصان الحسي من باب أولى .

٣ - لم نعثر - حسب اجتهادنا - في فقه القانون الوضعي على أي حكم ينظم
النقصان الحقيقي في قيمة محل العقد ، أو قيمة مصروفات الرجوع ، بينما
استطاع الفقه الإسلامي منذ قرون عديدة تنظيم مثل هذه المسائل بدقة بلغت
مبلغ الأحكام والإعجاز بطريقة تمنع التنازع والمتخاصم بين الأطراف عند
وقوعها.

ولذلك فإننا لا نملك إلا أن نشير بحسن تنظيم الفقه الإسلامي لآثار الرجوع في
العقد فيما بين المتعاقدين تنظيمياً بلغ حد الكمال ، ولا زالت التقنيات الوضعية
تحاول اللحاق به في هذا المضمار دون جدوى ، ونحن نهيب بالمقنن الوضعي أن
ينحي منحي الفقه الإسلامي في هذا الصدد - وغيره - حتى يتلاشى ذلك القصور
في تنظيمه لأحكام المعاملات الشرعية الذي لا زال يتخبط في متاهاته حتى الآن .

المطلب الثاني

آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير

الفرع الأول

آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار

بالنسبة للغير في الفقه الإسلامي

٣٥ - المبادئ العامة :

لعل ما ذهب إليه بعض الفقه المعاصر^(١) من أن علماء الشريعة الإسلامية لا يبحثون في أثر الرجوع على الغير ، بل يبحثون ويتعرضون لأثر حقوق الغير على الرجوع وتأثر الأخير بحقوق الغير ، كان ذا نظرة ثاقبة فيما ذهب إليه ، لأن حق الغير عند الفقهاء المسلمين أقوى - كما سنعرف حالا - ، من الرجوع إذا كان قد اكتسب حقاً من محله أو ترتب له عليه حقاً ، لأن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار مبني على أساس انسلاخ اللزوم عن العقد بسبب طارئ وهو الخيار ذاته ، ومن ثم فهو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بلزوم العقد ووجوب الوفاء به : وقرره المشرع والقانون لأسباب خاصة ودواع معينة وهي رفع الغبن والضرر أو تحقيق المصلحة والعدالة للعاقدين أو لأحدهما أو لأجنبي كما سبق ذكره وبيانه .

ونتيجة لهذه المبادئ العامة فإن القواعد العامة في الفقه الإسلامي تقضي بأنه إذا كان من شأن الرجوع في العقد الإضرار بالغير فإن الرجوع يمتنع حتى ولو كان سيترتب على عدم الرجوع ضرر ما لمن له الحق فيه ، لأنه لا يجوز لشخص أن يرفع الضرر عن نفسه بإضرار شخص آخر نزولاً على قاعدة "الضرر لا يزال

(١) د: حسن النون (بتصرف) ، المرجع السابق ص ٣١٨ .

بالضرر " (١) وما تفرع عنها من قواعد ويبقى لمن له حق الرجوع حق مطالبة المتعاقد الآخر بالتعويض (الضمان) عما عساه أن يكون قد لحقه من ضرر (٢) . ويقصد بالغير هنا معناه القريب والضيق وهو المتعاقد الآخر في العقد المقترن بخيار وليس له حق الرجوع فيه .
أما الغير بالمعنى الواسع أو البعيد : وهو كل ما كان ليس طرفاً في التعاقد المقترن بخيار فهو ما سنتحدث عنه في البنود التالية .

٣٦ - تحديد منهج البحث :

سبق أن أوضحنا في المطلب السابق أن الخيارات الإرادية تمنع انعقاد العقد ، وبالتالي تمنع انتقال الملك ، حيث ذهب الأحناب إلى أن الخيار إذا كان ثابتاً للمتعاقدين فلا ينتقل الملك في المعقود عليه بحال ، ففي عقد البيع يبقى المبيع على ملك البائع والتمن على ملك المشتري ، وذلك طيلة مدة الخيار ، وإذا كان الخيار للبائع فقط فلا يخرج المبيع عن ملكه ويخرج الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع عند الإمام ، ويدخل في ملكه عند الصاحبين ، والأمر عينه إذا كان الخيار للمشتري ، فإن الثمن يبقى في ملكه طيلة مدة الخيار ويخرج المبيع عن ملك البائع وينتقل إلى المشتري عند الصاحبين ولا يدخل في ملكه على رأي الإمام (٣) أي أن العقد يكون موقوفاً لعدم تمام الرضا .

بينما ذهب المالكية إلى أن الملك في العقد المقترن بخيار إرادي لا ينتقل عن صاحبه بحال ، وهو المعتمد لديهم ، بينما ذهبوا في قول آخر إلى انتقال الملك في البدلين بالعقد المقترن بخيار إرادي ، وإن كان ملكاً غير تام لاحتمال فسخه والرجوع فيه ، وضمان الهلاك على من كان له الخيار (٤) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥ .

(٢) أنظر د/ حسن الزنون ، المرجع السابق ص ٣٢٨ .

(٣) أنظر ما سبق بند ٢٧ من هذا البحث .

(٤) انظر حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٠٤ .

وزهد الشافعية إلى أن ملك المعقود عليه يكون ثابتاً لمن كان له حق الخيار في مدة الخيار ، فإذا كان الخيار للبائع فالمبيع على ملكه ، وإن كان الخيار للمشتري انتقل الملك إليه ، وإن كان الخيار لهما فالملك موقوف لا يعرف حاله ، وهذا هو أظهر الأقوال عندهم ، فإن تم العقد بالإمضاء انتقل الملك في البدلين من حين العقد وإلا عاد كل من البدلين لصاحبه من حين العقد أيضاً^(١) في الخيارات الإرادية وضمنان الهلاك أو الإلتاف على المالك.

وزهد الحنابلة إلى أن الملك في البدلين ينتقل من وقت العقد في ظاهر المذهب عندهم ، وروى أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي زمن الخيار^(٢).

أما الخيارات الشرعية من حيث آثار الرجوع بمقتضاها فهي تنفق وآثار الرجوع في العقد بمقتضى خيار إرادي ولا تختلف عنها إلا في نقطة وحيدة وهي أن الخيارات الشرعية لا تمنع انعقاد العقد ، وإنما ترفع "وصف اللزوم" عن العقد المقترن بها فقط مما يؤثر على منع تمام الحكم بمقتضاها ، ويترتب على ذلك أن الملك في البدلين ينتقل إلى صاحبه مباشرة عقب العقد ، فينتقل ملك المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع عقب العقد مباشرة ويترتب على ذلك أن تلف المبيع أو هلاكه في زمن الخيار يكون على من في حوزته .^(٣)

وقد عمدنا إلى هذه المقدمة لنستخلص منها معياراً للدائن والمدين في العقد المقترن بخيار ، حتى نستبين وجه الحق في حقوق الغير الأجنبي عنهما الذي كسب حقاً على المعقود عليه محل الخيار .

وعلى ضوء ما تقدم فإن الدائن في العقد المقترن بخيار هو من كان صاحب الحق في الرجوع بمقتضى الخيار ، والمدين هو : من لا يملك الرجوع في العقد لعدم أحقيته في الخيار ، فإذا كان الخيار لهما : كان كل منهما يكون دائناً على ما سنتبينه تفصيلاً في حينه وبمقتضى هذا الوصف يكون لكل منهما حق الرجوع .

(١) أنظر المهذب ج ١ ص ٢٦٥ - ٢٦٧ .

(٢) أنظر المغني ج ٦ ص ٢٦ - ٢٧ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك : الشرح الكبير للمقدسي ج ٤ ص ٧٥ - ٧٦ .

٣٧ - أثر الرجوع بمقتضى الخيار بالنسبة للغير الذين تعاملوا مع الدائن :

إذا تصرف من له حق الرجوع في العقد في محل العقد أثناء مدة الخيار بأي نوع من أنواع التصرفات إلى الغير بأن باعه إياه أو أجره له أو رهنه له أو أعاره .. إلخ ، فإن هذا التصرف يكون إمضاء للعقد ، ومن ثم فإن الإمضاء في العقد ممن له حق الخيار يمنع الفسخ ومن ثم يتمتع - في رأينا - عليه الرجوع في العقد ، فإذا تصرف الدائن مع الغير على محل العقد المقترن بخيار امتنع الرجوع في العقد طبقاً لقاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه" ومن ثم فإذا فرض ووقع الرجوع فإنه لا ينتج أثره في حق الغير ، فإذا كان الدائن قد تصرف في الشيء محل العقد المقترن بخيار تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو غيرها من التصرفات الناقلة للملكية ، أو كان قد رتب على الشيء الموهوب حقاً عينياً كحق رهن أو حق انتفاع أو حق إرتفاق أو غيرها من الحقوق: فإن هذه التصرفات تمنع الرجوع في العقد حماية للغير حسن النية ، وهو التكيف الصحيح لمثل هذا التصرف ولا يقال أن الرجوع ليس له أثر رجعي بالنسبة للغير الذين تعاملوا مع الدائن اتساقاً مع أحكام النظرية العامة للرجوع.

وتطبيقاً لذلك قرر الفقهاء أنه " لو باع بعد الرؤية على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو عرضه على بيع أو وهب ولم يسلم بطل خياره" (١).

فإذا تصرف الدائن في محل العقد المقترن بخيار في مدة خيار الشرط أو قبل رؤية المحل في خيار الرؤية بطل الخيار وامتنع الرجوع ، ويقول في ذلك ابن قدامة "ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الشرط تصرفاً يختص الملك بطل خياره كإعتاق العبد وكتابته وبيعه وهبته ووطء الجارية أو مباشرتها أو لمسها بشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجة أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع ، فهو رضاء بالمبيع ويبطل خياره" (٢) .

(١) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٥٧ ، وانظر البدائع ج ٧ ، ص ٣٣١٠ ، وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٩٩ ،

والمهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٦٦ - ٢٦٧ ، والمغني ج ٤ ص ١٤ ، والبحر الزخار ج ٣ ص ٣٥١ .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ١٤ - ١٥ ، وانظر الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٥٧ .

وحاصل القول :

أن من له حق الرجوع في العقد (الدائن) بمقتضى الخيار فيه يتمتع عليه الرجوع ويبطل الخيار ويلزم العقد في حقه إذا تصرف في محل العقد المقترن بخيار في مدة الخيار تصرفاً شرعياً صحيحاً إلى الغير سواء كان هذا التصرف ناقلاً ملكية الشيء محل العقد أو مرتباً عليه حقاً من الحقوق ، وذلك حماية للغير الذي تعامل مع الدائن تعاملًا صحيحاً ، وإذا وقع الرجوع رغم ذلك فإنه يكون منعدماً وباطلاً ولا أثر له في حق الغير الذي ملك الشيء محل العقد أو اكتسب حقاً عينياً عليه ، وسواء أكان الخيار هو خيار إرادي أم شرطي باتفاق الفقهاء في هذا الصدد ، وإن كان اختلافهم قد انحصر في مدى أحقية رجوع الدائن على المدين في العقد المقترن بخيار بنقصان العيب ؟

والراجح لديهم أن الدائن يرجع على المدين بنقصان العيب مع امتناع الرجوع إذا تعيب المبيع عند المشتري بفعله أو بفعل أجنبي أو بأفة سماوية ثم علم بعيب كان في المحل عند البائع (1) .

أما لو تصرف الدائن في العين محل العقد المقترن بخيار عيب تصرفاً يوجب حقاً للغير : فإنه يسقط حق الدائن في الرجوع بمقتضى الخيار وفي الرجوع على المدين بنقصان العيب سواء كان تصرفه قبل الإطلاع على العيب أم بعده وعلمه به ، إذ أن سقوط الحق في الرجوع كان لترتب حق الغير على العين المبيعة ، وأما سقوط حق الرجوع على المدين بنقصان العيب فلأن امتناع الرجوع من أصله كان نتيجة لفعل صادر منه وهو تصرف في العين المبيعة ، هذا إذا كان تصرفه في محل العقد قبل الإطلاع على العيب ؛ أما بعد الإطلاع عليه فإن امتناع الرجوع بمقتضى الخيار وامتناع الرد على المدين بنقصان العيب كان دليلاً ضمناً منه وقرينة قاطعة على رضاه بالعيب ، ومن مسائل هذا الوضع الشائك " لو

(1) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٧٤ ، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٣ - ٣٦ - ط ١٣٨٦ هـ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٣٢٨ .

اشترى أرضاً فجعلها مسجداً ثم وجد بها عيباً فإنه لا يرد في قولهم ، واختلفوا في الرجوع بنقصان العيب ، والمختار للفتوى أنه يرجع" (١).

فالرجوع هنا بنقصان العيب رأي مرجوح ، والمختار أن عدم الرجوع بنقصان العيب هو الراجح ، وإن كانت هذه المسألة لا تعنيا في كثير أو قليل لخروجها عن نطاق بحثنا إلا أن ما يعنيا هو أن الرجوع في العقد من الدائن يمتنع لترتب حق الغير على العين محل العقد ، وتكون العلاقة قائمة بينه وبين الدائن وتكيف طبقاً لموضوع العقد وأحكامه الأصلية وما يرتبه من أحكام وآثار باعتبارها علاقة جديدة ومنفصلة - بالنسبة للغير - تماماً عن علاقة المدين بالدائن بمقتضى العقد الذي كان محله العين الذي ترتب لهذا الغير عليها حقاً شخصياً أو عينياً .

٣٨ - أثر الرجوع بمقتضى الخيار بالنسبة للغير الذين تعاملوا مع المدين :

إذا تعامل الغير الأجنبي مع المدين على محل العقد المقترن بخيار وترتب له حق شخصي أو عيني على هذا المحل بمقتضى هذا التعامل فإنه تثار مشكلة ملكية هذا الشيء ، لمن تكون ؟ أتكون للغير أم تكون الملكية للمدين إذا كان المحل في حوزته كالمبيع إذا كان الخيار للمشتري واحتفظ به البائع في مدة الخيار وترتب عليه للغير حقاً؟

تنازع هذا الوضع الشائك رأيان في الفقه الإسلامي :

أحدهما : يرى أن علماء الشريعة الإسلامية لا يعترفون بنظام الملكية المزدوج وهو النظام المعروف في النظم المدنية وبمقتضاه تكون العين مملوكة لأحد الطرفين ملكية معلقة على شرط واقف ومملوكة للثاني على شرط فاسخ ، ويرى أصحاب هذا الرأي أنه إذا امتلك شخص على عين معينة كل شيء فقد الثاني عليها كل شيء ولهذا قالوا بأن بيع الوفاء ليس في حقيقته إلا رهناً على الصحيح عند القائلين به وحكمه حكم الرهن ومضمونه أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك على من

(١) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٧٥ ، وانظر البحر الرائق ج ٦ ص ٥٤ ، الشيخ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤٠ - ٢٥٣ ، ١٩٦٤م ، د/ حسن الزنون ، المرجع السابق ص ٣١٨ .

الدين على أنى متى قبضته فهو لي^(١)، ومن ثم فلا يملك المشتري وفاء العين ولا يستطيع الانتفاع بها أو التصرف فيها إلا بإذن مالِكها ، فإذا رتب عليها حقوقاً للغير دون استئذان مالِكها الحقيقي فإن هذا التصرف يكون باطلاً لصدوره عن لا يملكه ، ولا يمكن أن يحتج به في مواجهة المالك الحقيقي^(٢).

ثانيهما : وهو ما يمكن استنتاجه من رأي بعض الفقه^(٣) أن الملكية المزدوجة نظام تعرفه الشريعة الإسلامية ، فخيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف وخيار العيب بمثابة شرط فاسخ ، فإذا اجتمع - بناء على هذا الرأي - في عقد من العقود خيار الشرط وخيار العيب - وهو أمر جائز شرعاً - فإن ذلك يؤدي إلى القول بمعرفة الشريعة الإسلامية لنظام الملكية المزدوجة ؛ ونحن من جانبنا نميل إلى هذا الرأي ونرى أنه الأولى بالقبول ، لأن مسألة "بيع الوفاء" الذي استدل بها صاحب الرأي الأول خارجة عن محل النزاع مطلقاً إلا تأسيساً على القول بأنه بيع موقوف على إجازة المالك فيه ، وهو الشق الأول من الرأي الأخير - الذي رجحناه.

وعلى ذلك فإن تصرف المدين في العين محل العقد تصرفاً ناقلاً للملكية أو تصرفاً يرتب على المحل بمقتضاه حقاً عينياً كحق الرهن وحق الارتفاق للغير هو في - رأينا - بيع موقوف من جهة ومعلق على شرط فاسخ من جهة أخرى فهو موقوف لأن المدين تصرف في ملك غيره (الدائن) بدون إذنه فيكون بيع فضولي يتوقف على إجازته ممن له الحق فيها (الدائن) وهو معلق على شرط فاسخ لأن هذا التصرف - إذا كان بيعاً مثلاً - يفسخ إذا اختار الدائن إمضاء العقد ويعود إليه ملكية محل العقد المقترن بخياره.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٦ .

(٢) د/ حسن الزنون ، المرجع السابق ص ٣١٨ .

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ هامش ١ ص ١٩٨ ؟

ومثال ذلك : في خيار الشرط مثلاً : إذا كان الخيار للمشتري فإن العين محل العقد تخرج من ملك البائع — كما رأينا آنذاك — ومن ثم فهو لا يستطيع أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات ، فإذا ما أقدم على هذا التصرف ببيعها أو رهنها أو إجازتها فإن هذا التصرف يكون موقوفاً على إجازة الدائن ، فإذا أجازته نفذ البيع وانقضى الخيار بينه وبين المدين ، وإن لم يجزه بأن اختار إمضاء العقد — لا الرجوع فيه — بينه وبين المدين بطل تصرف الأخير للغير في حق الدائن تماماً ، وعلى الغير الأجنبي أن يرجع على المدين بالتعويض والضمان طبقاً لقواعد الضمان.

ويستبين من ذلك أن رجوع الدائن في العقد المقترن بخيار ما هو إعمال "للشرط الفاسخ" فينتج الرجوع أثره بالنسبة للغير الأجنبي الذي تعامل مع المدين على النحو السابق.

الفرع الثاني

آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار
بالنسبة للغير في القانون الوضعي

٣٩ — القاعدة العامة : الرجوع في العقد بمقتضى الخيار يكون ذا أثر رجعي في حق الغير:

رغم أنه لا يوجد نص في القانون المدني المصري ينظم أحكام آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير الذين تعاملوا مع أي من طرفي العقد المقترن بخيار بأي نوع من أنواع التعامل على الشيء محل العقد في مدة الخيار ، إلا أن هناك محاولات فقهية مهترئة نحاول من خلالها أن نعالج أثر الرجوع بمقتضى الخيار بالنسبة للغير.

فنقول : إن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي بمعنى أن زواله يستند إلى وقت انعقاد العقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للأغيار ، فالرجوع في العقد — كقاعدة عامة — يجاوز أثره العاقدين إلى الغير ،

بحيث إذا كان العقد المقترن بخيار بيعاً وباع المشتري العين إلى آخر (شخص ثالث) أو رتب عليها حقاً عينياً كحق انتفاع أو رهن في مدة الخيار ، ثم حدث الرجوع في العقد من قبل المالك - إذا كان هو صاحب الحق في الرجوع بمقتضى أن يكون الخيار مقررأ له - فإن العين تعود إلى ملكه خالية من كل حق عليها تطبيقاً لمبدأ : أنه متى زال حق المتصرف زال حق المتلقي وقاعدة : أنه لا يجوز للشخص أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك ، فالمشتري يكون قد باع شيئاً مملوكاً لغيره ، ولذلك يكون للبائع الأصلي أن يسترد العين من الغير الأجنبي (المشتري من المشتري) باعتباره لا يزال مملوكاً له ^(١) وبديهي أن الرجوع في العقد يمتنع أصلاً إذا كان المتصرف للغير في العين محل العقد هو صاحب حق الخيار لأن تصرفه هذا دليل وقرينة قاطعة على إمضاء العقد.

٤٠ - حالات خاصة ينعدم فيها الأثر الرجعي للرجوع في حق الغير :

من الواضح أن الأثر الرجعي للرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير على النحو السابق قد يضربه ضرراً فاحشاً في بعض الحالات التي يكون فيها الغير حسن النية لا يعلم وقت نشوء حقه السبب الذي أدى فيما بعد إلى الرجوع في العقد ألا وهو الخيار ، وبهذا فإنه يجب مراعاة القواعد المقررة لحماية الغير حسن النية.

وقد حاول المشروع التمهيدي لنص المادة ١٦٠ من التقنين المدني المصري معالجة الأثر الرجعي في حق الغير حسن النية إذا زال العقد باستعمال الخيار لمن له الحق فيه حيث كانت المادة ٢/٢٢١ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تنص على "أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ" ^(٢) .

(١) أنظر : د/ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ٣٤٧ - ٣٤٨ ، د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٣٠٩ - ٣١٠ ، حسين عامر ، المرجع السابق ص ٣٣٦ ، د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٣٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢٦ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي ص ٢٠١ - ٢٠٢ .

ثم قدم المشروع النهائي واستبدلت المادة ٢٢١ بفقرتها وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي ثم انتهت لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ إلى تعديل المادة المذكورة وأصبح رقمها ١٦٠ في القانون المدني التي تنص على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

ومن ثم فقد خلا القانون المدني المصري من نص يبين حماية الغير حسن النية من الأثر الرجعي للفسخ والرجوع في العقد بوجه عام، واضطلع الفقه بمحاولات مشكورة منه في هذا الصدد لعلاج هذا القصور.

ونحن نستطيع أن نستخلص من مبادئ القانون المدني المصري وأقوال الفقه أن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار يكون غير ذا أثر رجعي بالنسبة للغير في حالات ثلاث :

الحالة الأولى :

إذا كان الشيء موضوع التعاقد منقولاً وتسلمه الغير بحسن نية استناداً إلى سبب قانوني صحيح كعقد بيع مثلاً فإنه يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحياز في المنقول سند الحائز طبقاً للمادة ٩٧٦ مدني مصري ، ويكتسب الغير ملكية هذا المنقول بالحيازة^(١) ، فإذا وقع الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في هذه الحالة : فإنه لا ينتج أثره في حق الغير الذي حاز وتسلم المنقول بحسن نية استناداً إلى سبب صحيح ، ومن ثم لم يبق أمام المتعاقدين الأصليين في العقد المقترن بخيار إلا نفاذه ولزومه فيما بينهما وعلى من أضير منهما - أي من له حق الخيار ولم يتصرف في العين إلى الغير - أن يلجأ إلى مطالبة المتعاقد معه بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

(١) أنظر: د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٣٥ ، د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٣١٠

هامش ٢٠ .

الحالية الثانية :

إذا كان الشيء الذي تم التصرف فيه إلى الغير عقاراً وكسب هذا الغير عليه حقاً شخصياً أو عينياً - وكان هذا الشيء هو محل العقد المقترن بخيار - وقام هذا الغير بتسجيل ما كسبه من حق قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع طبقاً لأحكام المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقاري بحسن نية منه فإن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار لا ينتج أثره بالنسبة للغير الذي كسب حقه وقام بتسجيله قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع لحماية لاستقرار المعاملات بين الناس ، فإذا كانت صحيفة دعوى الرجوع قد سجلت فإن الرجوع في العقد يكون بأثر رجعي حتى في حق الغير الأجنبي إذا كان هذا الأخير عالماً بسبب الرجوع وقت أن تلقى حقه ^(١) وعلى ذلك فإن الغير حسن النية الذي يكون قد قام بتسجيل ما كسبه من حق على العين محل العقد المقترن بخيار لا يتأثر بالرجوع في العقد ولا ينتج هذا الرجوع أثر ماذا كان قد سجل ما كسبه من حق قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع "ومؤدي هذا أن يظل حق الغير قائماً ويرد العقار مثقلاً به رغم فسخ العقد الناقل للملكية .. وهذا الاستثناء يكفل قسطاً معقولاً من الحماية للغير حسن النية ويهيئ بذلك للتعامل ما يخلق به من أسباب الاستقرار" ^(٢).

الحالة الثالثة :

وهي حالة الحقوق التي يتلقاها الغير بحسن نية بمقتضى عقد من عقود الإدارة كعقد الإيجار ، فالرجوع في العقد المقترن بخيار كعقد الإيجار هذا لا يؤثر في حقوق الغير الذي تلقاها على محل العقد ، ويعود الشيء محل العقد بمقتضى الرجوع إلى ذويه محملاً بما قد يكون الغير قد كسبه عليه بحسن نية ^(٣).

(١) السنهوري ، المرجع السابق ص ٢٠٢ ، ج/ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ٣٤٩ ، د/

إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٣٥ ، د/ لبيب شنب ، المرجع السابق هامش ٢٠ ص ٣١٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢٩ .

(٣) أنظر : د/ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ٣٤٩ ، د/ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص

٤١ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أثر الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير :

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مبدئين هاميين :
أولهما : أن الرجوع في العقد بمقتضى الخيار يكون ذا أثر رجعي في حق المتعاقد والغير الأجنبي كقاعدة عامة .

ثانيهما : أن الدائن (من له حق الخيار) يتمتع عليه الرجوع في العقد المقترن بخيار إذا كان قد تصرف في الشيء محل العقد تصرفاً شرعياً (قانونياً) بأي نوع من أنواع التصرفات سواء كان تصرفاً نهائياً في الشيء كالبيع والهبة أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية ، أم رتب على هذا الشيء للغير حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن أو غير ذلك من الحقوق العينية ويترتب على ذلك أن الغير لم يتأثر بهذا الرجوع الذي لو فرض وتم فإنه لن ينتج أثره في جانبه .

ويختلف الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في :

أولاً : القانون الوضعي قد بالغ في حماية الغير حسن النية إذا كان قد كسب حقاً على الشيء محل العقد بحسن نية وكان منقولاً أو عقاراً أو وارداً على محل عقد من عقود الإدارة على النحو السابق ، والفقه الإسلامي يضيق من هذه الحماية رعاية منه في حماية الحقوق ، ومن ثم فهو لم يفرق بين العقار والمنقول من حيث عدم وجوب تسجيل الحق المكتسب عليه قبل تسجيل حق الرجوع لأنه لا يعترف بمثل هذه الشكليات التي يجبها القانون الوضعي في بعض التصرفات كوجوب شهر عقد الرهن الرسمي .

ثانياً : يختلف تكييف الفقه الإسلامي لملكية العين الذي تصرف فيها المدين (من ليس له حق الخيار في العقد) عن تكييف القانون لها ، فالأول يعتبره ملك موقوف على إجازة المالك (الدائن) بينما يعتبره الفقه القانوني ملك نافذ لازم بين المدين والغير إذا تملكه الأخير بحسن نية وكان منقولاً ، أو كان عقاراً وسجل حقه عليه قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع ، وهو أمر لا

يخلو من الغرر والضرر والغبن للمالك (الدائن) ومن ثم كان مسلك الفقه
الإسلامي أحسن أحكاماً وتنظيماً وأدق بياناً لأثر الرجوع بمقتضى الخيار
في العقد بالنسبة للغير الأجنبي.

الخاتمة

أهم مقومات البحث ونتائجه

ربما كان توطنتي لهذا البحث بخاتمة أبين فيها مقومات البحث ونتائجه هو خطوة على الطريق في سبيل الوصول بموضوع البحث "أثر الخيارات في عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" إلى تلك الغاية المرجوة من كل بحث علمي ؛ ألا وهي ابراز الشريعة الإسلامية في صورتها الأصيلة والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد حتى تكون تلك الدراسة مساهمة متواضعة في تصحيح مسار النظام القانوني والاجتماعي للدول الإسلامية وهي بصدد وضع أو تعديل نظمها القانونية الوضعية .

ولقد كانت دراستي لموضوع البحث تركز على مقومات معينة وانتهيت إلى نتائج محددة تخلص فيما يلي :

أولاً : ثبت من البحث أن منهج الفقه الإسلامي يغير منهج الفقه الوضعي تماماً في كثير من القضايا التي تناولها البحث ، وهذا يؤكد مدى أصالة الفقه الإسلامي وأنه ذو نزعة استقلالية في بحثه واصطلاحاته وأحكامه ، فلم يأخذ عن غيره ، بل أخذ الغير عنه والسير في رحابه.

ثانياً : تختلف الفلسفة التي يقوم عليها نظام الفقه الإسلامي عن تلك الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني في المجتمع ، حيث يكون كل اهتمام النظام الأخير هو تنظيم علاقات الأفراد ببعضهم البعض أو بالدولة ، بينما يقوم النظام الفلسفي الإسلامي على فكرة توازن العلاقات الدينية والدينية على أسس من الحق والعدل ومصالح الأنام ، ومراعاة مصالح المجتمع واستقرار المعاملات في ذات الوقت.

أما عن أهم نتائج البحث فهي تخلص فيما يلي :

١ - الرجوع في العقد بمقتضى الخيار وأن كان أمراً متفقاً عليه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : ألا أن مبحث الخيارات في الفقه الإسلامي من حيث ماهيته وحكمة تشريعه وتطوره التاريخي وأحكامه وأثاره وأساسه ... الخ كان من أهم المباحث الذي بذل فقهاء المسلمين فيها جهداً وعناية فائقة تستحق الإعجاب والتقدير حتى أنه أضحي نظرية علمية متكاملة واضحة المعالم والحدود ، بينما كان مبحث الخيارات في الفقه القانوني الوضعي مشوباً بالقصور والسطحية - فيما ورد فيه بشأنه - بل أن القوانين المدنية الحديثة لم يرد فيها نص أو نصوص تبين وتحدد ماهية الخيارات وأنواعها وأحكامها وأثارها مثلما كان ذلك في الفقه الإسلامي ، مما حدا بنا أن نضع - من جانبنا - تعريفاً للخيار في الفقه القانوني - بأنه : "سلطة للعاقدين أو أحدهما في فسخ العقد أو تقريره وإمضائه لمسوغ قانوني أو اتفاق إرادي" كما حاولنا استخلاص مشروعيته الخيار وحكمته وتطوره التاريخي والفرق بينه وبين ما يقاربه من النظم في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من خلال بعض النصوص المتناثرة هنا وهناك وبعض أقوال الفقهاء في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

٢ - يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تقرير جواز الرجوع في العقد بمقتضى خيار حكمي أو إرادي ، كما يتفق في أن الخيار في العقد - على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي - والقانون الوضعي ، يجعله عقداً موقوفاً ، فيوقف تنفيذ آثار العقد حتى بمضي أو يفسخ بالرجوع فيه لمن كان له حق الخيار ، أو أن الخيار في العقد ، على رأي مرجوح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - يسلب للزوم عنه فيجعله عقد جائزاً يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة .

٣ - يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في اثر الخيار في العقد - على النحو السابق - بالنسبة لطرفيه وللغير الأجنبي - مع اختلاف بينهما في التفاصيل التي كان للفقه الإسلامي بشأنها باعاً أوسع نطاقاً وأحكاماً أدق منطقاً عن القانون الوضعي على نحو ما ارتأيناه في حينه.

٤ - كانت نظرة الفقه الإسلامي ثاقبة حينما قرر جواز الرجوع في العقد المقترن بخيار إرادي أو شرعي بالإرادة المنفردة لمن كان له الحق فيه ، بينما لا يقر القانون الوضعي وفقهه جواز الرجوع في العقد المقترن بخيار حكومي (قانوني) إلا بطلب فسخ العقد أمام القضاء في جميع الأحوال ، وليس ثمة شك أن مسلك الفقه الإسلامي لكيفية الرجوع - على نحو ما ذكرنا - كان أكثر إحكاماً وأدق تنظيمياً وأحسن أسلوباً لأنه مستمد من شريعة الله الخالدة وقطوفها الدانية .

وبعد :

فلا يسعني إلا أن أختم بحثي بقول الله عز وجل :
" رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً
ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين "
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .

أ.د/ إسماعيل عبد النبي عبد الجواد
الأستاذ في كلية الشريعة
بجامعتي الأزهر الشريف والكويت

ثبت بأهم المراجع

أولا : القرآن الكريم .

ثانيا : من كتب الحديث وعلومه :

- (١) سبل السلام : لمحمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني - الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م .
- (٢) نيل الأوطار - منتقى الأخبار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني - ط ١٣٤٠هـ .

ثالثا : من مراجع اللغة العربية :

- (١) مختار الصحاح : للرازي - ط ١٣٤٥هـ - ١٩٢٦م .
- (٢) المصباح المنير في غرائب الشرح الكبير : للعلامة أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي - ط ١٣١٥هـ - ١٣١٦هـ .

رابعا : من مراجع المذاهب الفقهية :

(أ) المذهب الحنفي :

- (١) البحر الرائق - شرح كنز الدقائق : للعلامة زين الدين بن نجيم - ط ١٣٣٤هـ .
- (٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني - ط ١٣٢٨هـ - ١٩٧١م .
- (٣) حاشية ابن عابدين : ط ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- (٤) الدر المختار شرح تنوير الأبصار : مطبوع مع حاشية ابن عابدين سألقة البيان .
- (٥) فتح القدير : للكمال بن الهمام - ط ١٣١٦هـ .

- (٦) الفتاوى الخانية : لقاضي خان - ط ١٣٢٢هـ .
- (٧) الفتاوى الهندية : لمجموعة من علماء الهند - ط ١٣١٨هـ .
- (٨) المبسوط : للإمام أبي بكر شمس الدين بن محمد السرخسي - ط ١٣٣٤هـ .
- (٩) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : لعبدالله بن محمد بن سليمان ، المعروف بدامادا أفندي - ط بيروت .

(ب) المذهب المالكي :

- (١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد (الحفيد) - ط ١٩٧٥م .
- (٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : لابن عرفة - ط ١٣٠٩هـ ، ١٢٢٩هـ .
- (٣) شرح الخرشي على مختصر خليل : لأبي عبدالله محمد محمد الخرشي - ط ١٣١٧هـ .
- (٤) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل : للحطاب - ط ١٣٢٩هـ ، ١٣٥٩هـ .
- (٥) المقدمات الممهديات : لابن رشد - ط ١٣٣٣هـ .

(ج) المذهب الشافعي :

- (١) حاشيتا قليوبي وعميرة : للإمامين شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة - ط ١٣٥٣هـ .
- (٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : للشيخ محمد الشربيني الخطيب - ط ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م .
- (٣) المجموع وشرح المذهب : للنووي - ط مطبعة دار الطباعة الميمنية .
- (٤) المذهب : لأبي إسحاق الشيرازي - ط ١٣٧٩هـ - ١٩٥٥م .

(د) المذهب الحنبلي :

- (١) شرح منتهى الإرادات : لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي - ط
١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م .
- (٢) كشف القناع : للبهوتي - ط ١٣١٩هـ - ١٣٢٠هـ .
- (٣) المغني : لابن قدامة - ط ١٣٤٧هـ .

(هـ) المذهب الظاهري :

المحلى : لابن حزم الظاهري - ط بيروت .

(و) مذهب الشيعة الزيدية :

البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار : لأحمد بن يحيى بن
المرتضى - ط ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م .

(ز) مذهب الشيعة الإمامية :

المختصر النافع : لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي - ط
١٣٧٦هـ .

(ح) مذهب الإباضية :

شرح النيل وشفاء العليل : للشيخ محمد أطغيش - ط ١٣٩٢هـ -
١٩٧٢م .

خامسا : من كتب القواعد الفقهية :

- (١) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان : لابن نجيم - ط
١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م .

(٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروق فقه الشافعية : للسيوطي - ط عيسى البابي الحلبي .

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي : لابن رجب الحنبلي - ط ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

سادسا : مؤلفات حديثة في الفقه الإسلامي :

- (١) الشيخ / أحمد إبراهيم : المعاملات الشرعية المالية - ط ١٩٣٦ .
- (٢) الشيخ / أحمد أبو الفتاح : المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية - ط ١٣٤٠هـ - ١٩٢٢م .
- (٣) الشيخ / علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية - ط ١٩٦٤م .
- (٤) فضيلة المرحوم الشيخ / عبدالوهاب خلاف : علم أصول الفقه - ط الثانية (بدون تاريخ) .
- (٥) الأستاذ الدكتور / محمد مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية - ط ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م .
- (٦) فضيلة الدكتور / محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد - ط ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م .

سابعا : المراجع والكتب القانونية :

- (١) الأستاذ الدكتور / إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ط ١٩٦٨م .
- (٢) الأستاذ الدكتور / جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ط ١٩٧٤م .
- (٣) الأستاذ الدكتور / حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد - ط ١٩٥٤م .
- (٤) الأستاذ / حسين عامر : إلغاء العقد - ط ١٩٥٣م .

- (٥) الأستاذ الدكتور / صوفي أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون — ط ١٩٦٧ م .
- (٦) الأستاذ الدكتور / عبدالرزاق السنهوري :
- (أ) الوسيط في شرح القانون المدني — ط ٥٢ ، ١٩٦٤ م .
- (ب) مصادر الحق في الفقه الإسلامي — ط ١٩٦٨ م .
- (٧) الأستاذ الدكتور / عبدالناصر توفيق العطار :
- (أ) نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية — ط ١٩٧٥ م .
- (ب) أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (عقد البيع) — ط ١٩٧٦ م .
- (٨) الأستاذ الدكتور / لبيب شنب : مصادر الالتزام ط ١٩٧٦ — ١٩٧٧ م .

ثامنا : الرسائل العلمية :

- (١) د/ حسن الزنزن : النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني — ط ١٩٤٦ م .
- (٢) د/ صلاح الدين الناهي : الامتاع المشروع عن الوفاء — ط ١٩٤٥ م .
- (٣) د/ علي مرعي : فسخ العقد في الشريعة الإسلامية — ط ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م .
- (٤) د/ عبدالستار عبدالكريم أبو غدة : الخيارات وأثرها في التصرفات (على الآلة الضاربة) — ط ١٩٧٦ م .

تاسعا : البحوث والمقالات :

- (١) استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري : للدكتور / عبدالناصر توفيق العطار — بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية — السنة الثالثة عشرة العدد الثاني — يولية ١٩٧١ م .

- (٢) تحديد فكرة العيب الموجب للضمان : للدكتور / منصور مصطفى منصور
 — بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية — السنة الأولى —
 العدد الثاني يولية ١٩٥٩ م .
- (٣) خيار الرؤية — دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :
 للدكتور / عبدالمجيد مطلوب — بحث منشور بمجلة العلوم القانونية
 والاقتصادية — السنة الأولى — العدد الثاني — يولية ١٩٥٩ م .
- (٤) مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ : للدكتور / عبدالحى حجازي —
 بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية — السنة الأولى — العدد
 الثاني — يولية ١٩٥٩ م .

عاشرا : الدوريات والأحكام :

- (١) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية — تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين
 شمس — مصر . بدأ صدورها عام ١٩٥٩ م .
- (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .
- (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي .
- (٤) مجموعة القواعد القانونية — نقض مصري في خمس وعشرين سنة
 ١٩٣١ — ١٩٥٢ م .
- (٥) مجموعة أحكام النقض المدني المصري الذي يصدرها المكتب الفني
 بمحكمة النقض المصرية .

فهرس الموضوعات

الصحيفة	الموضوع
٣ - ١	المقدمة
٢٦ - ٤	مبحث تمهيدي في : الأحكام العامة للخيار
٤١ - ٢٧	المبحث الأول في : الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .
٣٣ - ٢٧	المطلب الأول : الرجوع في العقد بمقتضى الخيار
٣٦ - ٣٣	المطلب الثاني : أثر الخيار في عقود المعاملات في الفقه الإسلامي
٤١ - ٢٧	المطلب الثالث : أثر الخيارات في عقود المعاملات في القانون الوضعي
٦٨ - ٤٢	المبحث الثاني في : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار في عقود المعاملات
٥٦ - ٤٢	المطلب الأول : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار فيما بين المتعاقدين
٥٠ - ٤٢	الفرع الأول : آثار الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي فيما بين المتعاقدين
٥٦ - ٥٠	الفرع الثاني : آثار الرجوع في العقد في القانون الوضعي فيما بين المتعاقدين
٦٨ - ٥٦	المطلب الثاني : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير
٦٣ - ٥٦	الفرع الأول : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير في الفقه الإسلامي
٦٨ - ٦٣	الفرع الثاني : آثار الرجوع في العقد بمقتضى الخيار بالنسبة للغير في القانون الوضعي
٧١ - ٦٩	الخاتمة
٧٧ - ٧٢	أهم مراجع البحث
٧٨	فهرس البحث

تم بحمد الله