



AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW



ISSN:3006- 0605

DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية

العدد: ٣ المجلد: ٢٦ آب ٢٠٢٤

Received:2/6/2024

Accepted: 13/7/2024

Published: 1/8/2024



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International \(CC BY-NC 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Option to Select in Contracts: Its Validity and Rules According to Iraqi Civil Code(A Comparative Study)

Assistant Lecturer.

Ahmed Abbas Ali

Ahmed313@gmail.com

Assistant Lecturer.

Taqwa Mohammed Adnan

taqwamohammad@gmail.com

Abstract

Option to select in sales contracts (Multi-choice Obligation)¹ is one of the most important rights (options) that were investigated by scholars from both legal and Islamic jurisprudence point of view, who offered their thoughts and opinions on the issues related to it. Whereas some scholars have accepted this option, others did not. These scholars realize that the option to select may be associated with the Conditioned Option² and may not, but they agree that it has different rules, hence why this research paper attempted to expound on the opinions related to this option in terms of the concept and the difference from other options and concepts as it is an option that focuses on several items as a subject matter of choice for the person who owns this right. This option has goals and objectives that may result in benefiting either or both of the buyer and seller in case they agreed to it, however, this agreement

¹ These are direct translations of the name of this type of option as there are no similar types of options in English and legal taxonomy.

² Conditioned Option refers to the idea when one or both parties to a sales contract add a condition whereby, they have the option to accept the terms or the product of the contract or reject it, within a period of time, whether because they want to test the product or make an informed decision on it before purchase or for any other reason.

may encounter some issues when one or more of the items subject matter of the option either destroyed or defected. This research paper attempts to expound on these issues with analysis and comparison to legislations in some neighboring countries to Iraq and Islamic jurisprudence, and it offers some recommendations hoping it may be taken into consideration.

Key Words: Option to Select, Multi-Choice Obligation, Legal Options, Destruction of Sale items, Defection of Sale Items.

خيار التعيين في العقود: مشروعيته وأحكامه في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)

م.م. تقوى محمد عدنان

م.م. احمد عباس علي

وزارة التعليم العلي والبحث العلمي / الدائرة القانونية وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الملخص:

يعد خيار التعيين (الإلتزام التخييري) من أهم الخيارات التي ناقشها فقهاء الشريعة والقانون وبينوا آراءهم بين قابل ورافض له ، ولعلمهم يجمعون أنه ليس بأهمية خيار الشرط إلا أنه يمثل احد الخيارات التي قد تتصل وقد لا تتصل بخيار الشرط ومع ذلك له أحكام مختلفة عنه ، لذا عمل هذا البحث على بيان هذه الآراء وتوضيح مفهوم هذا الخيار وتمييزه عن غيره من الشروط والمفاهيم لأنه ينصب على عدة أشياء تكون جميعها محلاً للخيار وواحداً منها محلاً للعقد ولهذا الخيار أهداف ومقاصد قد تكون ذات نفع لكل من البائع والمشتري عند التوصل إلى اتفاق بشأنها إلا ان هذا الإتفاق قد تعترضه جوانب تتعلق بهلاك أو تعيب واحد أو أكثر من الأشياء محل الخيار وهو ما حاوله هذا البحث بقصد رفع اللبس عن هذه الأحكام وخلص البحث إلى عدة نتائج بعد إجراء المقارنة مع عدد من القوانين والتشريعات للدول العربية والنظر كذلك في الآراء الفقهية في هذا الشأن وقدم بعض المقترحات آملين الأخذ بها.

الكلمات المفتاحية: الإلتزام التخييري، خيار التعيين ، الخيارات القانونية ، هلاك المبيع، تعيب المبيع.

المقدمة

يهتم علماء وفقهاء الشريعة والقانون في تنظيم الأحكام والأمور التي تخص شؤون العباد والبلاد وسبر غور بحور العلم والمعرفة للوصول إلى المقاصد الحقيقية أو أقربها للشارع أو المشرع ، وعلى الرغم من أن أحكام خيار التعيين أو ما يسمى بالإلتزام التخيري هو من الأمور التي لا نجد لها تطبيقات واسعة وكثيرة في حياتنا اليومية، إلا أنه يعد من أهم الخيارات التي تدخل في جوانب مهمة من حياة كل فرد منا ، وقد يكون لها تطبيقات أكبر وأكثر في المستقبل، لاسيما في ظل التطور العلمي والتكنولوجي وكثرة الخيارات التي تعرض ، وهو ما يعطي المشتري في عقد البيع ، على سبيل المثال ، نوعاً من الأمان في إختيار الأسلم والأفضل لنفسه، وتتبع هذه الأهمية من الإرادة التي يتمتع بها البشر في إتخاذ القرارات التي تكون نافعة لهم ولمن يهمهم أمرهم ، فعندما نتجول في الأسواق أو نتبضع من المواقع الإلكترونية على الشبكة العنكبوتية ، نجد أن هنالك أكثر من نوع واحد من نفس البضاعة التي نريد شراءها كأن تكون (سيارة) أو (حاسوب) ولا نملك من الخبرة والمعرفة في أي منها هو الأفضل أو الذي نرغب بشرائه وفقاً للحاجة أو وفقاً للقدرة المادية ، ولنا في ذلك ان نتفق مع البائع على أن يكون لنا الخيار في تعيين البضاعة التي نرغب بشرائها مقابل ثمن معين ولمدة محددة، وفي بعض الأحيان قد يطلب البائع أن يكون له الخيار في عقد البيع وهو ، على فرض صحته ، ما قد يكون له تبعات وآثار على العقد، حيث سيجعل المشتري تحت رحمة البائع لأن الأخير سيكون قادراً على الإلغاء أو الفسخ بإرادته المنفردة. أضف إلى ذلك أنه قد يحصل في أحيان أخرى أن تطرأ ظروف معينة تؤدي إلى هلاك أو تعيب المبيع في البيع المقترن بخيار التعيين ، مما يستلزم الوقوف على حكم كل من هذه الجوانب والنظر في أحكامها ومدى اختلاف حكمها عن القواعد العامة في أحكام الهلاك والتعيب.

يرد خيار التعيين في العديد من العقود المدنية كعقود البيع والمقايضة والهبة المشروطة بثمن ، إلا أن هذا البحث ركز في معظم جوانبه على عقد البيع لأنه الأبرز بين هذه العقود والأكثر شيوعاً ، وعلى الرغم من ان البحث في هذا الموضوع ليس من الأمور الحديثة، إلا أن لنا رأي في بعض جوانبه قد تكون ذات نفع لمن يرغب في التعمق في البحث في هذا الخيار أو على الأقل لتسليط الضوء على جانب أو أكثر من جوانب خيار التعيين أو الخيارات المشابهة له وبذلك يكون من المهم بيان أهداف البحث وجوانب ولمحات من الإشكاليات التي قد ترد فيه.

١. أهداف البحث: يهدف البحث إلى النظر في التعريف بخيار التعيين وبيان أحكامه في حالات الهلاك والتعيب التي قد تصيب الشيء أو الأشياء محل الإلتزام والنظر كذلك في الأسباب التي تؤدي إلى سقوط وانتقال الخيار والوقوف على سلامة كل منها.
٢. إشكالية البحث: تبرز في أحكام خيار التعيين عدة إشكاليات لا بد من النظر فيها بدءاً بمشروعية الخيار ومدى صحته ومدى لزوم العقد المقترن به وكذلك في مدى ترتيب هلاك أو تعيب الشيء أو الأشياء محل الإلتزام للآثار القانونية المقصودة منه وهل يسقط الخيار أم ينتقل إلى جهة أخرى سواء كانت طرفاً في العقد من عدمه.
٣. منهجية البحث: انتهج البحث منهجاً تحليلياً مقارناً بين القانون المدني العراقي والفقهاء الإسلامي مع الإشارة إلى بعض القوانين العربية على سبيل الإستئناس لا التمحيص والتقيب .

٤. خطة البحث : قسم البحث إلى مطلبين ، ينظر في أولهما إلى ماهية خيار التعيين وعلى أساسه يقسم الى أربع فروع: يبحث الفرع الأول التعريف بخيار التعيين والفرع الثاني بشروط خيار التعيين أما الفرع الثالث فتولى النظر في تمييز خيار التعيين عما يشتهبه

من أوضاع بشكل مقتضب وكذلك نظر الفرع الرابع فيما اذا كان خيار التعيين من حق البائع أم من حق المشتري أم لكلاهما.

وينظر المطلب الثاني في أحكام خيار التعيين حيث قسم الى ثلاثة فروع ، يبحث فيها الفرع الأول بأحكام خيار التعيين بين لزوم العقد وعدمه، أما الفرع الثاني فيبحث في أحكام الهالك أو التّعيب في محل الالتزام ، وينظر الفرع الثالث في أحكام سقوط وانتقال خيار التعيين بين الأطراف المتعاقدة أو أطراف أجنبية عن العقد.

المطلب الأول

مفهوم خيار التعيين وعائديته

يعد خيار التعيين من الخيارات القانونية التي تثبت للمتعاقد بحكم الاتفاق بين الاطراف ، فلا بد أولاً من تحديد مفهوم خيار التعيين والانتقال الى بيان اهم شروطه وفي طور ذلك يمكن ان نميز هذا الخيار عن ما يشته به من أوضاع أخرى والذي بدوره يحتم علينا معرفة من يملك حق الخيار ، وهذا ما سيتم تناوله تباعاً:

الفرع الأول

التعريف بخيار التعيين

الخيار لغةً هو الإختيار أي الإصطفاء والإنتقاء^(١) ويكون للفرد الحق بإختيار ما يشاء والتخير بين عدة أشياء وعرفه أبو بكر الرازي في مختار الصحاح بأن الإختيار هو الإصطفاء^(٢). والتعيين هو التخصيص او التخليص وعرفه أبو بكر الرازي بأنه تخليص من الجملة أي من المجموعة وهو ما قال به ابن منظور أيضاً "فعينت على السارق تعييناً اذا خصصته من بين المتهمين" وإنتقاء بعضاً من الناس هو أيضاً مفاد قوله سبحانه وتعالى " وَأَخْتَارَ مُوسَىٰ قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا أَلَمِيْقَتَيْنَا " ^(٣)

أما إصطلاحاً ، فيقصد بخيار التّعيين أختيار شيء من جملة أشياء حيث عرفه المالكية بأنه "بيع بت في بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه"^(٤) وعرفه الحنفية بأنه "شراء أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أياً شاء"^(٥) أو كما عبر عنه بعض الفقهاء من أنه "حق تحديد شيء من شيئين أو ثلاثة ورد عليها العقد"^(٦) ويرجع أصل هذا الخيار إلى الفقه الإسلامي إذ يجد جذوره في العديد من الأحاديث والكتب الفقهية حيث أجازته المالكية وأستحسنه الحنفية^(٧) ولم يجزه بعض الحنفية ومنهم الإمام زفر ابن الهذيل وكذلك الشافعية والحنابلة على إعتبار أن خيار التّعيين يجعل محل العقد مجهولاً ولأنهم يأخذون بالقياس فلم يجيزوه واعتبروا

(١) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري ، ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٩. ج٤، ص٢٦٤

(٢) الإمام محمد بن أبو بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٦ ، الصفحة ٨١.

(٣) القرآن الكريم ، سورة الأعراف ، الآية (١٥٥).

(٤) د. عبد الستار ابو غدة ، الخيار وأثره على العقد ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥ الصفحة ٥٧٩.

(٥) د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر نفسه ، ص٥٧

(٦) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١١ ، الصفحة ٨٧.

(٧) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ١٩٨٦ ، الصفحة ٢٦١.

العقد فاسداً^(١)، أما الإمامية والظاهرية فلم يأخذوا به وأنكروه إنكاراً شديداً لأنه قد يكون سبباً للتغريب والنزاع^(٢).

وقد ورد هذا الخيار في نصوص القوانين المدنية لعدد من البلدان كالأردن ومصر وتونس ولبنان والسعودية وغيرها ، ونجده كذلك في مجلة الأحكام العدلية حيث عرفته على أنه " لو بَيَّنَّ البَائِعُ أَثْمَانَ شَيْئَيْنِ أَوْ أَشْيَاءَ مِنْ الْقِيمَاتِ كُلِّ عَلَى حِدَةٍ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَأْخُذُ أَيَّ شَاءَ بِالْثَمَنِ الَّذِي بَيَّنَّهُ لَهُ أَوْ البَائِعُ يُعْطِي أَيَّ أَرَادَ كَذَلِكَ صَحَّ البَيْعُ وَهَذَا يُقَالُ لَهُ خِيَارُ التَّعْيِينِ"^(٣) وهنا نجد ان المجلة قد أعطت الخيار للمشتري أو للبائع وألزمت صاحب الخيار بتحديد المدة في المواد اللاحقة ، وقد عرفه القانون المدني الأردني في المادة (١٨٩) منه بأنه "يجوز الاتفاق على ان يكون المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلاثة ويكون خيار تعيينه من بينها لأحد العاقدين وذلك بشرط بيان بدل كل منها ومدة الخيار"^(٤) وكذلك عرفه القانون المدني المصري في المادة (٢٧٥) منه بأنه "ويكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها."^(٥) ، أما في العراق فقد أورده المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل في الباب الثالث (الأوصاف المعدلة لآثار الإلتزام) / الفصل الثاني (تعدد محل الإلتزام) / الفرع الأول (الإلتزام التخييري (خيار التعيين))^(٦) في المواد من (٢٩٨ – ٣٠١) إذ عرفه في المادة (٢٩٨) بأنه "يصح أن يكون محل الإلتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو الدائن" ، يفهم مما سلف أن خيار التعيين هو حق للمشتري (وقد يكون للبائع) في اختيار واحدٍ من مبيعين أو أكثر خلال مدة محددة ويجب أن يكون متفقاً عليه في العقد.

بصورة عامة ، نجد أن هنالك اختلافاً واسعاً بشأن مشروعية خيار التعيين في عقد البيع^(٧) لما يتضمنه من جوانب ذات أهمية لضمان استقرار المعاملات العقدية وتلافي الوقوع في مطبات المنازعات بين المتبايعين إلا أنه وبصرف النظر عن أية اعتراضات تتعلق بخيار التعيين^(٨) ، نؤيد رأي بعض الفقهاء بأنه وسيلة ناجحة لدفع الغبن وتيسير معاملات الناس^(٩) وله من الحسنات ما تجعله راجحاً يسمو على أية مساوئ ينطوي عليها أو تشوب عقد البيع.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث ، جامعة الدول العربية – معهد الدراسات العربية العالية ، مجموعة محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية ، ١٩٥٧ ، الصفحة ٢٣٥ ؛ ينظر فيكذلك د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ٨٩.

(٢) آية الله العظمى الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المجمع الثقافي للتقريب بين المذاهب الإسلامية – المعاونة الثقافية، طهران، الجزء الأول، ٢٠١١، الصفحة ٥٢٥، ينظر كذلك في أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مصدر سابق، الصفحة ٩٢.

(٣) المادة (٣١٦) من مجلة الأحكام العدلية لسنة ١٨٧٦.

(٤) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

(٥) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٦) عاب بعض الباحثين على المشرع العراقي الإستعمال المزدوج لتسمية الإلتزام التخييري وخيار التعيين ؛ ينظر فيم.م. حيدر حسين كاظم الشمري ، أحكام هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار – دراسة مقارنة ، مجلة أهل البيت ، المجلد الأول ، العدد الخامس ، الصفحة ٣٢٩ وهو ما لانويده حيث ان تسمية الإلتزام التخييري لا تختلف عن خيار التعيين إلا من حيث جهة النظر إلى هذا الخيار.

(٧) قد يرد العقد أياً على أنواع أخرى من العقود كالهبة بعوض مشروط في العقد أو الصلح الذي هو في معنى البيع. ينظر فيد. محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ ، الصفحة ٤٢٨.

(٨) د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ ، الصفحة ١٦٩.

(٩) أستاذنا د. عزيزكاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ٨٩.

الفرع الثاني

شروط خيار التعيين

يجب ان تجتمع عدة شروط لكي يثبت خيار التعيين ويرتب آثاره القانونية ولم ينص القانون المدني العراقي على شروط هذا الخيار كافة وانما اقتصر على بعض منها وترك البعض الآخر من دون ذكر مما يعني إمكانية تطبيق القواعد العامة بشأنها والتي سنعرض لها حسب التراتبية المنطقية في التعاقد إذ ان على المتبايعين ، ابتداءً ، أن يحددوا محل الإلتزام من أشياء تكون هي محلاً لخيار التعيين ومن ثم أوصاف هذه الأشياء ومدى الحاجة إلى اشتراط خيار التعيين من عدمه وتحديد مدته وحسب المقاصد الآتية:

المقصد الأول

تعدد محل الإلتزام

لا يتحقق معنى التخيير في خيار التعيين ما لم يكن هنالك حاجة فعلية للإختيار من بين أكثر من مبيع تتوفر فيه الشروط العامة لصحة محل العقد اذ ان عدم تعدد محل الإلتزام يجعل منه التزاماً بسيطاً لا موصوفاً حيث ان الأصل في محل الإلتزام أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة^(١) ، وقدر تعلق الأمر بخيار التعيين فقد اختلف الفقهاء في مدى وحدود تعدد المبيع حيث نجد ان الحنفية ذهبوا إلى تحديد الأشياء محل الخيار بإثنين أو ثلاثة أشياء وأن الزيادة عن ذلك تخالف الحكمة من إجازة خيار التعيين^(٢) في حين ذهب آخرون (كالزيدية) إلى جواز زيادة الأشياء محل الخيار إلى أكثر من ثلاثة تماشياً مع حاجة الناس وهو ما أيده عدد من الفقهاء المعاصرين^(٣) تأييداً لمتطلبات المجتمع والناس والتطورات العلمية والتكنولوجية التي تشهدا المجتمعات الإنسانية.

ونجد كذلك ان التشريعات المدنية الحديثة قد اختلفت في مسألة تعدد محل خيار التعيين أيضاً حيث ذهب القانون المدني المصري إلى جواز زيادة عدد الأشياء عن ثلاثة ويستفاد هذا من نص المادة (٢٧٥) منه وكذلك هو ما ذهب إليه قانون الموجبات والعقود اللبناني^(٤) في المادة (٥٦) منه وكذلك سيرج ذلك في نظام المعاملات المدنية السعودي الجديد^(٥) في المادة (٢١٠) منه وكذلك المواد (٣١٦) و(٣١٧) من مجلة الأحكام العدلية ، في حين ذهب القانون المدني الأردني إلى تحديد ذلك بشيئين أو ثلاثة وفقاً لنص المادة (١٨٩) منه متوافقاً في ذلك مع المذهب الحنفي ، أما القانون المدني العراقي فقد ذهب إلى جواز تعدد محل الإلتزام لأكثر من ثلاثة حيث نصت المادة (١/٢٩٨) منه على أنه "يصح أن يكون محل الإلتزام أحد أشياء مثلية أو قيمية من أجناس مختلفة.." أي ان القانون لم يحدد عدد الأشياء وانما أوجب أن تكون متعددة أي أن الخيار يجب أن يقع بين مبيعين على الأقل ونرى صحة ذلك حيث ان حصر عدد

(١) ينظر في المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي.

(٢) دوهية الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥ ، الصفحة ٥٢٦ ، ينظر كذلك احمد ابراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، المطبعة الفنية ، القاهرة ، الصفحة ١٢٣.

(٣) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ١٠٥ ؛ ينظر في ذلك د. احمد مصطفى الزرقا ، عقد البيع ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠١٢ ، الصفحة ٥٣ ؛ وينظر كذلك في د. عبد الستار أبو غدة ، الخيار وأثره في العقود ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، الجزء الثاني ، الصفحة ٥٨٩ ، د. محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الصفحة ٤٢٨.

(٤) قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ المعدل.

(٥) تم تشريع نظام المعاملات المدنية في شهر حزيران ٢٠٢٣ على أن يكون نافذاً بعد (١٨٠) يوماً من تاريخ نشره.

الأشياء بسقف الثلاثة لا يتوافق مع المتطلبات الإجتماعية والإقتصادية للأفراد لاسيما في الوقت الحاضر ويجب أن يقع الخيار على أحد هذه الأشياء وليس أكثر ما لم يكن الإتفاق الأصلي هو لإختيار شيئين أو ثلاثة من أربعة أشياء أو أكثر فلا نرى مانعاً من ذلك من حيث الأصل وهو ما نفهمه من صياغة المشرع المصري الذي أفاد بأن ذمة المدين تبرأ إذا أدى واحداً منها ولم يمنع من أداء اثنين أو أكثر إلا المشرع العراقي ذهب إلى اشتراط اختيار أحد الأشياء. ولا بد أن يثار التساؤل في مسألة مدى جواز أن يكون أحد الأشياء محل خيار التعيين شيئاً مستقبلياً لا وجود له وقت الإتفاق حيث ان القواعد العامة في التعاقد تشير إلى إمكانية أن يكون المبيع موجوداً أو قابل للوجود وهو ما اشارت اليه المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على جواز " .. أن يكون محل الإلتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.. " وهو ما نرى صحته في خيار التعيين حيث يجوز أن يكون أحد الأشياء ممكن الحصول مستقبلاً وتتوفر فيه كافة شروط الشيء محل التعاقد كالثمن وغيرها كأن يكون الخيار بين ثوبٍ موجودٍ وثوبٍ ثانٍ سيخيطة البائع في وقت لاحق شريطة أن يكون الثوب موجوداً أو أن تتم خياطته ضمن مدة الخيار وبخلافه لا محل لخيار التعيين في الأمر، إن كان خيار التعيين يتعلق بشيئين لا أكثر، ويتركز العقد على الشيء الآخر.

المقصد الثاني

تفاوت الأشياء محل الإلتزام

يعد أحد أهم عناصر العمل التجاري هو التنوع والتجدد الذي يؤدي إلى النمو والتطور في هذه الأعمال التجارية وبذلك نجد العديد من أنواع البضائع التي تعرض للبيع بشكل يومي ويقابل ذلك تنوع الرغبات لدى الناس وقد يرغب المشترون في النظر في أكثر من بضاعة أو سلعة من أنواع وأجناس مختلفة ، وقد تعلق الأمر بخيار التعيين ، لا بد أن تكون الأشياء التي يرد عليها عقد البيع من أجناس مختلفة وذات صفات متفاوتة ليكون هنالك خيار فعلي أمام المشتري أو البائع (في حال كان الخيار له) وهو ما أجمع عليه معظم إن لم يكن جميع الفقهاء حيث لا صحة للخيار في حال تماثلت الأشياء جنساً فالألبيسة والمفروشات من جنسين مختلفين إلا ان الكتب من جنس واحد وبذلك لا يصح الخيار بينها^(١) وقد سارت العديد من التشريعات المدنية^(٢) على إهمال هذا الشرط في نصوصها إلا أن ذلك لا يعني جواز تماثل الأشياء في الأوصاف وإلا كان النص على خيار التعيين عبثياً وهو ما لا يفترض في المشرع ولمناقته للحكمة والغرض من وجود الخيار بين البائع والمشتري ، أما القانون المدني العراقي^(٣) فقد كان صريحاً في اشتراط التفاوت حيث نصت المادة (٢٩٨) على أن يكون المبيع " .. أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة.. " أي يصح أن تكون الأشياء محل خيار التعيين مثلية أو قيمية أو كلاهما طالما كانت من أجناس مختلفة وتوفرت فيها شروط محل العقد المنصوص عليها في القانون.

(١) ينظر في د.وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٢٦ ؛ ينظر كذلك في الإمام الكاساني ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٦١ .

(٢) ينظر في القانون المدني المصري واللبناني والأردني ونظام المعاملات السعودي الجديد والتي اشترطت جميعها تعدد محل الإلتزام إلا أنها لم تشترط التفاوت في الأوصاف .

(٣) لم تنص القوانين المدنية المصري والأردني والسعودي على طبيعة محل الإلتزام إن كان مثلياً أو قيميماً او من أجناس مختلفة بشكل صريح وبذلك تطبق بحقها القواعد العامة وهي نفس ما ورد في القانون العراقي.

المقصد الثالث

اشتراط خيار التعيين في العقد

يثبت خيار التعيين في العقود اذا تم إدراج نص فيه يمنح الخيار لأحد الطرفين حيث ان هذا الخيار ، على خلاف خيار الرؤية وخيار المجلس ، لا يثبت تلقائياً وانما يجب أن يشترط في العقد^(١) وهو ما أجمع عليه الفقهاء^(٢) وبخلافه يبطل الخيار ويلزم العقد طالما كان المحل محدداً ولا ينعقد العقد اذا كان المحل غير محدد لجهالة محله حيث يشترط فيه أن يكون معرّفاً وموصوفاً بوصفٍ نافٍ للجهالة.

المقصد الرابع

تحديد مدة خيار التعيين

خيار التعيين يستلزم بطبيعته إمهال أحد الطرفين مدة معينة لغرض اتخاذ القرار المناسب بشأن المبيع المراد شراؤه واختياره ولا يتحقق معنى الإختيار إذا تم تحديد المبيع وقت التعاقد ولذلك فإن مدة الخيار من أساسيات وطبيعة خيار التعيين وقد أجمع الفقهاء والمشرعين على أن يختلفوا في مدى وجوبه^(٣) والمدة المراد منحها في خيار التعيين ، اذ نجد ان الحنفية^(٤) أوجبوا المدة وحددوها بثلاثة أيام على إعتبار ان خيار التعيين يماثل خيار الشرط وبذلك تماثل مدته مدة خيار الشرط وان عدم اشتراط المدة وعدم تحديدها يوجب الجهالة ولا يصح العقد ، في حين ذهب البعض إلى الآخر إلى عدم وجوب تحديد المدة ما لم تقترن بخيار الشرط فطالما كان هنالك أثر في العقد تكون المدة لازمة أما خيار التعيين فلا أثر له في العقد حيث ان فوات المدة لا يؤدي إلى اختيار المبيع تلقائياً^(٥).

أما في التشريعات المدنية الحديثة ، فنجد أن المشرع الأردني في المادة (١٨٩) قد أشرط تحديد مدة الخيار إلا أنه لم يحددها وترك ذلك للمتبايعين إلا أن ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (١/٢٧٦) هو إلزام المدين صاحب الخيار (واحداً كان أو متعدداً) بتحديد مدة الخيار ، فإن إمتنع عن ذلك أو لم يتفقوا ، جاز للطرف الآخر أن يطلب من القضاء تحديد الأجل الذي يختار فيه المدين المبيع وفي حال تعذر ذلك ، ألزم القاضي الذي ينظر في الموضوع بإختيار المبيع ، أما الفقرة (٢) من نفس المادة ، فقد نظمت حالة امتناع الدائن الذي يملك خيار التعيين عن تحديد مدة الخيار وألزم القاضي الذي ينظر الموضوع تبعاً لطلب من المدين أن يحدد الأجل ، فإن إنقضى الأجل ولم يحدد الدائن المبيع ، انتقل الخيار بذلك إلى المدين ، وهو أيضاً ما سار عليه المشرع السعودي في قانونه المدني الجديد في المادة (٢١١) من أن تحديد مدة الخيار تكون للمحكمة في حال إمتناع صاحب الخيار عن تحديدها وفي حال مضت المدة ولم يتم تحديد المبيع من قبل صاحب الخيار ، إنتقل الخيار إلى الطرف الآخر.

(١) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ١٠٣.

(٢) ينظر في دوهية الزحيلي ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٢٦ ؛ وكذلك ينظر في د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٣٤ ؛

(٣) أشار إلى ذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٣٧ وأشار إليه كذلك صاحب البدائع ، الصفحة ١٥٧ ؛ وكذلك أشار إليه أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ١١٠.

(٤) ينظر في دوهية الزحيلي ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٢٦ ؛ ينظر كذلك في د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٣٧.

(٥) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ١١٠.

أما المشرع العراقي ، فقد ألزم المدين صاحب الخيار في المادة (٢٩٩) بتحديد المدة وفي حال امتنع عن ذلك أو تعذر عليه تحديد المدة ، " .جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى تعيين محل الإلتزام.. " وكذلك في حال كان الخيار للبائع وامتنع عن الإختيار ، انتقل الخيار إلى المشتري ، ونرى أن ما سار عليه المشرعان المصري والعراقي فيه شيء من التعسف بحق المشتري حيث ان إمتناعه أو ترده في تحديد المدة قد يكون نابعاً من ترده في إختيار مبيع معين أو ترده في الشراء أو لأي سبب آخر وإن تدخل القاضي في تحديد المبيع يفرغ خيار التعيين من غايته التي شرع من أجلها ويفقد العقد ميزانه وركنه الذي يستند إليه ألا وهو التراضي ونرى أن الأولى هو منح المشتري مدة جديدة يفسح له فيها المجال لتعيين المبيع وبخلافه يكون قد تعسف هو بحق البائع.

الفرع الثالث

تمييز خيار التعيين عما يشتهبه من أوضاع

يتمتع خيار التعيين بعدة مميزات تجعله يختلف عن سائر الخيارات ويتمتع بعدة مميزات أخرى تجعله مشابهاً في بعض الأحكام والشروط لأوضاع وحالات قانونية أخرى مشابهة من حيث الشروط والآثار وبعد أن تم التعريف بخيار التعيين وتحديد شروطه يكون من اللازم تمييزه وبشكل مقتضب عن هذه الأوضاع والحالات المشابهة الأخرى لتفادي أي لبس قد يقع عند النظر فيها ووفقاً للترتيب الآتي:

المقصد الأول

الإلتزام متعدد المحل وخيار التعيين (الإلتزام التخييري) والإلتزام البدلي

قد تتعدد الأشياء محل الإلتزام فتكون موصوفة بالتعدد وتقسم إلى ثلاثة أنواع وهي الإلتزام متعدد المحل والإلتزام التخييري والإلتزام البدلي^(١) ويكون الإلتزام متعدد المحل إذا كان هنالك عدد من الأشياء تكون محلاً للعقد (عقد البيع مثلاً) كما لو كان المشتري قد اشترى بيتاً وسيارة معاً فيكون على البائع تسليم كليهما وبذلك يكون الإلتزام بسيطاً لأنه التزم لا يختلف عن الإلتزام بتسليم مبيع واحد ، لكن الإلتزام التخييري هو التزم متعدد المحل بطبيعته وفق ما بينا آنفاً إلا أن واحداً من الأشياء هو ما يكون محلاً للإلتزام أخيراً أي ان العقد يبرم بعد اختيار واحد منها وتبرئ ذمة المدين بإختياره فلو اتفق المشتري على أن يشتري واحداً من بيت أو سيارة أو باخرة والتي يريد بيعها البائع على أن يختار واحداً منها خلال أسبوع ، يكون هذا التزمًا تخييرياً وتبرئ ذمة المشتري بإختيار واحد منها بحلول أجل الخيار ، في حين ان الإلتزام البدلي هو التزم بسيط يقع على محل أو مبيع واحد إلا ان للمدين أو المشتري أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً عنه ويعتبر الإلتزام منقضيًا بذلك فلو التزم أحد الطرفين بإعطاء أرض واحتفظ بالحق بإعطاء النقود بدلاً عن الأرض للوفاء بالتزامه ، يكون التزامه بدلياً صحيحاً ، ويعد الإلتزام متعدد المحل والإلتزام البدلي التزامان بسيطان ويكون العقد فيهما نافذاً لازماً في حين ان الإلتزام في خيار التعيين يكون التزاماً نافذاً لازماً^(٢) ولكن من دون تحديد محله مع الإشارة ان بعض الفقهاء أشار إلى أن العقد في خيار التعيين يكون نافذاً غير لازم^(٣).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الصفحة ١٣٣ .

(٢) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ٩٦ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٣٨ .

المقصد الثاني

خيار التعيين وخيار الشرط

يتفرع خيار التعيين من خيار الشرط^(١) ويمثله في الكثير من الأوصاف فخيار الشرط في أصله شرط يمنح الخيار ولذلك سمي بخيار الشرط أي أن لأحد الطرفين أن يشترط خياراً معيناً لنفسه كأن يكون له الحق بفسخ العقد خلال مدة محددة في حال لم يرغب بجانب معين من العقد ولتمييز خيار التعيين عن خيار الشرط نورد مميزات كل منهما وفقاً للجوانب الآتية:

١. من حيث الإشتراط: كلاهما يشترطان في العقد صراحة وبخلافه لا يصحان.
٢. من حيث تحديد المدة: كلاهما تحدد فيهما مدة معينة ، فخيار التعيين تحدد فيه المدة لإختيار محل الإلتزام في العقد في حين تحدد المدة في خيار الشرط لإبرام العقد أو فسخه ويكاد يجمع الفقهاء جميعاً على أن مدة خيار الشرط هي ثلاثة (٣) أيام ، في حين اختلف الفقهاء في مدة خيار التعيين فمنهم من قال ثلاثة (٣) أيام ومنهم من أطلقها.
٣. من حيث مصدر الخيار: يكون مصدر الإشتراط فيهما هو العاقدين ولا يصح من غيرهما.

٤. من حيث صاحب الخيار: يكون كلا الخيارين من حق طرفي العقد ولهما أن يشترطا الخيارين لأنفسهما أو كلاهما أو لأحدهما الآخر فيجوز أن يشترط البائع الخيار لنفسه أو للمشتري أو لنفسه وللمشتري سوية ولكن اختلف الفقهاء بشأن جواز إشتراط الخيارين لأجنبي وهو ما سنعرض له لاحقاً.

٥. من حيث الأثر: يكون العقد في خيار الشرط والتعيين نافذاً ويتوقف اللزوم من عدمه في العقد على نتيجة استخدام خيار الشرط من قبل صاحب الشرط ، فإن أجاز له لزم وإن لم يجزه فُسخ ، في حين أن العقد في خيار التعيين يكون نافذاً لازماً وفي حال رفض الدائن إختيار محل الإلتزام ، ينتقل الحق إلى المدين ، وكذلك إذا كان الخيار للمدين ولم يُعْمَلْه ، جاز للطرف الثاني اللجوء إلى المحكمة لتتولى إختيار محل الإلتزام^(٢).

٦. من حيث الميراث: إن توفي صاحب خيار الشرط ، فلا ينتقل الخيار إلى وارثه في حين أن خيار التعيين ينتقل إلى الوارث^(٣).

الفرع الرابع

من يملك خيار التعيين

يثبت خيار التعيين لأي من المشتري أو البائع في عقد البيع وقد يكون لأجنبي عن العقد في بعض الأحوال ويثبت هذا الحق من خلال اتفاق الطرفين أو بحكم القانون ويعد خيار التعيين من الوسائل والأدوات التي استخدمها الفقهاء والمشرعون لأغراض حماية الطرف الضعيف في العقد ومحاولة موازنة العلاقة العقدية إذ إن أحد أهم أسباب وجود خيار التعيين هو فسخ المجال أمام المشتري (أو البائع) لإختيار المبيع الأفضل والأكثر ملائمة لحاجاتهم ومن أهداف خيار التعيين أيضاً تسهيل أمور الناس ممن لا يمكنه الانتقال إلى الأسواق والتبضع منها^(٤)

(١) المصدر نفسه ، الصفحة ٢٣٤.

(٢) ينظر في المادة (٢٩٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٧٦) من القانون المدني المصري والمادة (٢١٠) من نظام المعاملات المدنية السعودي الجديد ، في حين نص القانون المدني الأردني صراحة على أن يكون العقد المقترن بخيار التعيين نافذاً غير لازم ، فإن تم الإختيار لزم العقد.

(٣) المادة (٣٠٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٩٢) من القانون المدني الأردني.

(٤) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ٩٩ ، ينظر كذلك في د. عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٦٨.

وبذلك فإن خيار التعيين هو في الأصل للمشتري ، وهو ما أجمع عليه أغلب من اجازوا خيار التعيين وقالوا بمشروعيته ، أما بالنسبة لثبوت الخيار للبائع ، فهو أمر مختلف فيه ، إذ ان من اجازوا خيار التعيين لم يروا في منح البائع هذا الخيار أية فائدة ترجى إذ أنه هو من يملك المبيع وهو من لديه حيازته ، وعلى الرغم من ذلك وجد بعض الفقهاء تبريراً لذلك في أنه إن جاز للمشتري فيجوز للبائع لأنه يكون بحاجة إلى الرأي في ما يبيعه أيضاً^(١) ، ويكون خيار التعيين للمشتري عادةً لأنه ، افتراضاً ، الطرف الضعيف في العقد ولا فرق في أن يكون المشتري نفسه أو البائع من اشترط أن يكون الخيار للمشتري طالما أن المشتري هو صاحب الخيار إذ ان اتفاق الطرفين هو المعيار الأساس في ذلك وقد يكون الخيار للبائع أيضاً وهو ما أكدته عدد من القوانين المدنية التي أجازت ذلك^(٢).

كما ان الخيار قد يثبت لأحد الطرفين بموجب القانون ومن ذلك اذا انتقل خيار التعيين إلى الوارث^(٣) وكذلك ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (١/٢٧٦) من أن الخيار يكون للقاضي في حال امتنع المدين عن الإختيار لأي سبب كان ، فللدائن أن يطلب من القاضي تحديد مدة يتولى فيها المدين تعيين الشيء وفي حال لم يحصل ذلك ، فللقاضي أن يختار الشيء محل العقد ، وهو ما ذهب إليه القانون المدني العراقي في المادة (٢/٢٩٩) وأضاف انه اذا كان الخيار للدائن ، فينتقل الخيار للمدين في حال امتنع عن التعيين ، في حين ان نظام المعاملات المدنية السعودي في المادة (٢/٢١٠) نص على انتقال الخيار إلى الطرف الآخر ولم يمنح المحكمة سوى الحق في تحديد أجل لتعيين محل الإلتزام ، وأورد القانون المدني الأردني^(٤) نصاً مماثلاً في حال لم يتم تحديد المدة أو لم يتم إختيار محل الإلتزام بأن أعطى للمحكمة الحق ، بناءً على طلب الطرف الآخر ، في تحديد المدة أو تحديد محل الإلتزام ، ومن المهم الإشارة إلى ان العقد لا يصح في حال تم اشتراط خيار التعيين لكلا الطرفين في آن واحد لأن العقد سيكون مشوباً بالجهالة الفاحشة وسيؤدي إلى النزاع لإحتمالية اختلاف رغبتهما أو عدم توافقهما^(٥).

ولا بد أن نتساءل فيما اذا كان يجوز اشتراط خيار التعيين لشخص ثالث أجنبي عن العقد فهل يحق للطرفين أو لأحدهما اشتراط خيار التعيين لشخص ثالث أجنبي عن العقد كأن يقول المشتري اشتريت منك أحد التلغافين على أن يختار احدهما الخبير الفلاني ويكون الخيار في هذه الحالة للأجنبي ، وعلى الرغم من أن البعض أجاز ذلك وبرره بأنه من القواعد العامة ، إلا أننا لا نؤيد هذا الرأي ونرى ان خيار التعيين انما شرع في الأصل لمصلحة المشتري وأنه هو صاحب الخيار بذلك وله أن يستعين بأي رأي من شخص ثالث أجنبي عن العقد ، إلا ان القرار الأول والأخير في تعيين محل الإلتزام يكون للمشتري ولا يجوز التوسع في تفسيره ، وهو ما سارت عليه العديد من التشريعات المدنية الحديثة ومنها القانون المدني العراقي والسعودي والأردني وغيرها من التشريعات التي لم تشر ولم تجز أن يكون الخيار لشخص

(١) حاشية ابن عابدين ، مصدر سابق ، الصفحة ١٤٠ .

(٢) ينظر في المادة (٢٩٨) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٧٥) من القانون المدني المصري والمادة (١٨٩) من القانون المدني الأردني ونظام المعاملات المدنية السعودي الجديد.

(٣) ينظر في المادة (٣٠٠) من القانون المدني العراقي والمواد (١٩٢) و(٤٠٩) من القانون المدني الأردني وغيرها من التشريعات التي أجازت أن ينتقل الحق في خيار التعيين إلى الوارث.

(٤) ينظر في المادة (٤٠٨) منه.

(٥) د.عبد الستار أبو غدة ، الخيار وأثره في العقود ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٩١ .

ثالثاً أجنبي عن العقد في حين تركت بعض التشريعات الأخرى الباب مفتوحاً أمام الطرفين ليتفقوا على أن يكون الخيار لأجنبي ومنها المشرع المصري^(١). وفي كل الأحوال ، يكون لكل من ثبت له خيار التعيين أحكام خاصة تتعلق بمحل الإلتزام والتي نتولاها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

أحكام خيار التعيين

يترتب على خيار التعيين عدة آثار وأحكام لا بد من التعرض لبعضها والنظر في مضامينها لما لها من أهمية ترتبط بمدى نفاذ ولزوم العقد المتعلق بخيار التعيين وكذلك حقوق والتزامات طرفي العقد سواء في تنفيذ التزاماتهما أو في حالات الهلاك أو التعييب التي قد تصيب محل الإلتزام ولا بد كذلك من النظر في الأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الخيار أو انتقاله إلى جهة أو طرف آخر ، ونرى أن ننظر في جميع هذه الجوانب ونعالجها وفقاً للآتي:

الفرع الأول

خيار التعيين بين لزوم العقد وعدم لزومه

نصت المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" ويقابله نصوص مماثلة في القوانين المدنية المصرية^(٢) والأردنية^(٣) والسعودية^(٤) وقد أجمع فقهاء الشريعة والقانون على أن العقد المتعلق بخيار التعيين هو عقد نافذ بين طرفي التعاقد على إعتبار وجود الإرادة من الطرفين في ترتيب الآثار القانونية للعقد في معظم ، إن لم يكن في جميع جوانبه ، إلا ان الإختلاف في الآراء والتوجهات جاء في مدى لزوم العقد المتعلق بخيار التعيين حيث أيد لزوم العقد كثيرون^(٥) وعارضه آخرون^(٦) في حين ذهب آخرون^(٧) إلى أنه لا يصح ولا يلزم ما لم يقترن بخيار الشرط ، ولكلٍ منهم أسبابه وحججه التي استند إليها في ذلك. فمن يرى ان العقد يكون نافذاً غير لازم يردون عدم لزومه لإقتران العقد بشرط خيار التعيين^(٨) ويكون المشتري صاحب الخيار مالكاً من دون عين^(٩) ، أي من دون أن تعرف العين محل الإلتزام على وجه التحديد ، وفي حال تم إعمال الخيار يثبت لزوم العقد ويعد محل الإلتزام متعيناً من تاريخ العقد وليس من تاريخ الإختيار ، أما في حال عدم إعمال الخيار فيكون للمشتري صاحب الخيار أن يرد الأشياء إلى البائع ولا يكون عليه شيء ويعتبر العقد مفسوخاً ، أما اذا كان الخيار للبائع ، فالأشياء محل الإلتزام تبقى في ملكه وله أن يلزم المشتري بأي منها على إعتبار ان الخيار له ، أما اذا تصرف في الأشياء ، فله الحق في ذلك

(١) وهو ما يفهم من منطوق المادة (٢٧٥) منه.

(٢) المادة (١٤٧) منه.

(٣) المادة (١٩٩) منه.

(٤) المادة (٩٤) منه.

(٥) ينظر في د.وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٢٦ ، د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ ، الصفحة ١٦٩ .

(٦) ينظر في الكاساني ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٦١ ، وينظر كذلك في د.محمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، الصفحة ٤٣٠ .

(٧) هذا ما ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي وآخرون ، ينظر في د.محمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، الصفحة ٤٢٩ .

(٨) د.عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، الصفحة ٢٣٨ .

(٩) ذهب آخرون إلى أن المشتري لا يكون مالكاً إلا بعد التعيين ، ينظر في د. انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠ ، الصفحة ٢١ .

ولا يشوب ذلك أي شائبة ويعتبر البائع قد تصرف في ملكه ، ويرى بعض الفقهاء^(١) ان العقد يكون نافذاً غير لازم بالنسبة للبائع ونافاً لازماً بالنسبة للمشتري على اعتبار أن الخيار هو للبائع وأنه لا يمكن للمشتري فسخ العقد لأنه لا يملك خيار التعيين وبذلك فلا نرى حاجة للتوسع في تفسيره والإبقاء عليه مجرد خيار للتعيين لا للفسخ.

أما من يقول بأن العقد يكون نافذاً لازماً^(٢) فإن مرد ذلك هو ان الخيار يمنح المشتري حق التروي واختيار الشيء المبيع لا حق الفسخ أي أن ملك المشتري يثبت في الشيء المبيع وليس له العدول عن ذلك أو فسخ العقد ولا فرق في ذلك فيما اذا كان الخيار للمشتري أو للبائع. ومن ناحية التشريعات المدنية الحديثة ، نجد ان مجلة الأحكام العدلية^(٣) قد اعتبرت العقد لازماً وان المشتري ليس له حق رد المبيع أو فسخ العقد وانما له تحديد وتعيين المبيع خلال مدة الخيار ، وسارت بعض القوانين المدنية الأخرى بهذا الإتجاه كالقانون العراقي^(٤) والمصري^(٥) والسعودي^(٦) والتي أيضاً اعتبرت ان العقد يعتبر نافذاً لازماً وليس للمشتري حق الفسخ وهو ما يفهم من إمكانية إلزام المشتري بذلك من خلال اللجوء إلى المحكمة لإختيار وتعيين المبيع أو تحديد الأجل ، في حين نجد أن القانون المدني الأردني قد نص صراحةً على أن العقد يكون نافذاً غير لازم وبذلك يكون بإمكان من له الخيار فسخ العقد إن شاء.

إن مسألة لزوم العقد مسألة ذات أهمية كبيرة في ترتيب الآثار القانونية والتزامات الاطراف المتعاقدة ولعل مسألة الخلاف بشأن مدى لزوم العقد تعود للنظر في الأمر من حيث واقع الحال لمن يرون عدم لزومه أو من حيث المآل لمن يرون لزومه ، فتجد ان من يرى عدم لزوم العقد يرد ذلك إلى الشرط المقترن بخيار التعيين وليس من خيار التعيين ذاته^(٧) ، كما أن محل الإلتزام غير معين تعييناً نافياً للجهالة وفق ما عرضناه سابقاً وان العقد بذلك يكون غير لازم لما قد يسببه من إرهاب للمشتري في إلزامه بشراء سلعة قد لا يرغب فيها وان هذا الخيار انما شرع لمنح المشتري نوعاً من الإطمئنان في أن المبيع هو ما رغب في شراؤه منذ البداية ، وأما من يرى لزوم العقد فهم يرون أن العقد أمر حتمي ولزومه حتمي من حيث المآل فيرون أن المشتري إنما تعاقده لشراء سلعة عارفاً عالمياً أنه إلتزم بشراء شيء يريده هو وان المسألة محض إختيار بين نوعين أو أكثر وما تبقى هو الكشف عن محل الإلتزام الذي يمثل أحد الأشياء التي عرضت عليه وأنه لابد وان يختار أحدها^(٨).

وما نراه هنا هو أن خيار التعيين يجعل العقد نافذاً لازماً وان وجود الخيار انما هو إستثناء من الأصل الذي يستلزم تحديد وتعيين محل الإلتزام تعييناً نافياً للجهالة سواء كان شيئاً واحداً أم أشياء متعددة ونرى أنه

(١) أستاذنا د. عزيزكاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية ، مصدر سابق ، الصفحة

١١٩.

(٢) المصدر نفسه ، الصفحة ١١٥.

(٣) المادة (٣١٩) منها.

(٤) المادة (٢٩٩) منه.

(٥) المادة (٢٧٦) منه.

(٦) المادة (٢١٠) منه.

(٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

١٩٥٢ ، الصفحة ١٤٢.

(٨) وهو ما ذهب إليه أستاذنا د. عزيزكاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، الصفحة ١١٥.

لا يجوز التوسع في تفسير الإستثناء^(١) من خلال فسح المجال للمشتري بفسخ العقد ذلك أنه قد يؤثر على التوازن العقدي والتعسف في استعمال الحق من قبل المشتري لاسيما اذا كان عقد البيع في سياق الأعمال التجارية.

الفرع الثاني

أحكام الهلاك أو التعيب في محل الإلتزام

بمجرد انعقاد العقد تترتب عدة آثار على هذا الإنعقاد ويقع على عاتق أطراف التعاقد التزامات يحددها العقد أو القانون والتي يجب تاديتها وفق ما اشتمل عليه العقد وبما يوجبه القانون وما تقتضيه مبادئ العدالة وحسن النية في التعامل وحيث ان عقد البيع ، على سبيل المثال ، يترتب عدة آثار ومنها التزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية وضمنان الإستحقاق والتعرض وضمنان العيوب الخفية^(٢) ، فقد يكون لخيار التعيين دور في تحقق أو عدم تحقق أو تأخير أي من هذه الآثار والإلتزامات المترتبة على عاتق أطراف العقد لاسيما في حال تعرض الشيء أو الأشياء المباعة إلى الهلاك أو التعيب خلال فترة الخيار سواء قبل أو بعد قبض الأشياء محل الإلتزام ، مما يقتضي معه الأمر النظر في هذه الجوانب ذات الصلة بخيار التعيين ، ولقبض المبيع جوانب مهمة أكد عليها الفقه الإسلامي ، حيث ان حيازة الشيء تكون إما حيازة المالك أو غير المالك ، وغير المالك تكون حيازته إما حيازة ضمان أو أمانة^(٣) فمن وضع يده على مال غيره كانت يده على هذا المال يد ضمان ، أما اذا دفعها إليه المالك ، كان مؤتمناً عليها ولكل منها أحكامه الخاصة بذلك.

لا شك في ان تعرض محل الإلتزام للهلاك أو التعيب أمر وارد لاسيما في الأعمال التجارية والمعاملات اليومية ولا بد من معالجته والنظر في أحكامه وفقاً للاوضاع القانونية التي يمكن أن تحصل ، والهلاك يعني " ..هلك هُلكاً وهُلكاً وهلاكاً: مات .."^(٤) اي فناء الشيء والتعيب هو وجود عيب " ..ينقص الثمن عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح.." ^(٥) في الشيء يجعل منه إما غير صالح للغرض الذي يراد منه أو ناقصاً ويمكن أن يكون الهلاك أو التعيب قد حصل بسبب البائع أو بسبب المشتري أو بسبب أجنبي عنهما ، ولم يتعرض القانون العراقي لكافة أحكام الهلاك والتعيب في المواد المخصصة لأحكام خيار التعيين^(٦) وانما أشار إلى جانب واحد منها وبذلك تكون بقية الحالات خاضعة لأحكام القواعد العامة في الهلاك والتعيب ، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي اعتبر ان المشتري هو (المدين) وان البائع هو (الدائن) عند النظر في أحكام الهلاك في المادة (٣٠١) منه على خلاف ما انتهجه المشرع المصري ، على سبيل المثال ، حين اعتبر ان البائع هو (المدين) وان المشتري هو

(١) ينظر في قراري مجلس الدولة المرقمين (٢٠١٣/٥٠) في ٢٢/٥/٢٠١٣ و(٢٠٢٢/٨٧) في ٢٢/٩/٢٠٢٢ وكذلك ينظر في قراري محكمة التمييز الاتحادية المرقمين (٢/الهيئة العامة/٢٠٢١) في ٢٣/٢/٢٠٢١ و(٥/الهيئة العامة/٢٠٢٠) في ١٧/٣/٢٠٢٠ والتي أكدت المبدأ القانوني في عدم جواز التوسع في تفسير الإستثناء أو القياس عليه.

(٢) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي ، الكتاب الثاني (الآثار) ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٧ ، الصفحة ١١ .

(٣) الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، مصدر سابق ، الجزء الأول ، الصفحة ٢٥٢ .

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، الجزء ١٥ ، الصفحة ١١٦ .

(٥) المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي .

(٦) ينظر في المادة (٣٠١) منه .

(الدائن) مع ان كلاهما هو دائن ومدين في نفس الوقت ولا ضير في أي منهما ، وسنعرض لأحكام الهلاك وفق ما انتهجه المشرع العراقي ووفقاً للآتي:

١. هلاك أو تعيب المبيع بسبب المشتري: اذا هلك الشئان معاً في يد البائع ، فإن العقد يفسخ حكماً بهلاك المحل وتقع تبعة الهلاك على المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري^(١) وللبيع الحق بالمطالبة بالتعويض ، إن كان له مقتضى^(٢) ، أما اذا هلك أحد الشئين في يد البائع والخيار للمشتري ، فلا يفسخ العقد ويتركز الخيار على الشيء الذي هلك ما لم يختار المشتري الشيء الذي لم يهلك ، أما اذا كان الخيار للبائع فله أن يلزم المشتري بالشيء الذي هلك ، أو أن يختار الشيء الذي لم يهلك وللبيع أن يرجع على المشتري بقيمة الشيء الهالك^(٣).

أما اذا كان الشئان في يد المشتري وهلكا معاً فيفسخ العقد حكماً بهلاك المحل وعليه أن يدفع قيمة آخر شيء هلك^(٤)، أما اذا هلك أحد الشئين في يد المشتري وبسببه فيكون قد استوفى حقه وعليه أن يعيد الشيء الآخر لأن يده يد أمانة وله أن يختار الشيء الذي لم يهلك ويدفع قيمة الشيء الهالك^(٥) ، أما اذا كان الخيار للبائع ، جاز له إلزام المشتري بالشيء الذي لم يهلك أو اختيار الشيء الهالك وعلى المشتري أن يعيد الشيء الذي لم يهلك.

أما اذا تعيب الشئان في يد البائع بسبب المشتري فللمشتري أن يختار أحدهما ويضمن قيمة العيب ، أما إذا تعيب أحد الشئين بسبب المشتري فيتركز حقه في الشيء المعيب ويتحمل تبعة ذلك ولا يحق له أن يطلب إنقاص الثمن لأنه هو من تسبب بالعيب وهو من اختار الشيء المعيب ، أما اذا اختار الشيء غير المعيب فللبائع أن يرجع على المشتري بقيمة ما نقص من قيمة الشيء المعيب ، أما اذا كان الخيار للبائع ، فله أن يختار الشيء المعيب وليس للمشتري أن يطلب إنقاص الثمن لأنه هو من تسبب بالتعيب. ولا بد من الإشارة إلى أن أحكام التعيب الذي يصيب الشيء المبيع بصورة عامة انما تهدف إلى الحفاظ على التوازن بين طرفي العقد أي أن لها دوراً إيجابياً في حماية الطرفين وليست سبباً للخلاف بينهما فلا يصح التشدد في شروط العيب الموجب للضمان ولا يصح التماهل فيها^(٦) فإذا كان العيب مؤثراً في ثمن المبيع ، فإنه من الإنصاف أن يتم إنقاص الثمن إلى الحد الذي يجد فيه الطرفان التوازن وهو ما ذهب إليه المشرع العراقي بإعتماده المعيار الموضوعي في ذلك ، في حين ان بعض الفقهاء اشترطوا أن يكون النقصان في الثمن فاحشاً ليس يسيراً ليكون مؤثراً^(٧) وهو ما لا نؤيده لأن المعيار الموضوعي في تقدير مدى نقصان الثمن هو الأقرب للواقع وإن كان لا يصح في بعض الحالات الأخرى.

(١) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية ، مصدر سابق ، الصفحة

١١٩.

(٢) تطبيقاً للقواعد العامة وهو يسري على كل الحالات المماثلة.

(٣) ينظر في د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء ٣ ، الصفحة ١٧٠.

(٤) المادة (٣٠١) من القانون المدني العراقي.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الإيجار – المقاوله) ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، الصفحة ١٢٣.

(٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الرابع ، الصفحة ٣٤٨ نقلاً عن د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، الصفحة ١٣١.

٢. **هلاك أو تعيب المبيع بسبب البائع:** اذا هلك الشئان معاً في يد البائع ، لا فرق إن كان الخيار للبائع أو للمشتري ، فيفسخ العقد حكماً وللمشتري أن يرجع على البائع بقيمة أحدهما وله كذلك حق المطالبة بالتعويض ، إن كان له مقتضى^(١) ، وفي حال هلاك أحد الشئين ، فيتركز الخيار على الشيء الذي لم يهلك ما لم يختار المشتري الشيء الهالك فله الرجوع على البائع بقيمته ، أما اذا كان الخيار للبائع وهلك أحد الشئين فله أن يختار الشيء الهالك ويطلب رد الشيء الذي لم يهلك مع تعويض المشتري وله كذلك أن يختار الشيء الذي لم يهلك ولكن ليس له أن يطالب بقيمة الشيء الهالك لأنه هلك بسببه هو.

أما اذا كان الشئان في يد المشتري وهلكا معاً فيفسخ العقد حكماً بهلاك المحل وتقع تبعة ذلك على البائع^(٢) ، أما اذا هلك أحد الشئين في يد المشتري فيتركز الخيار في الشيء الذي لم يهلك وليس عليه شيء آخر لأن الشيء الهالك هلك بسبب البائع وله أن يختار الشيء الهالك ويرجع بقيمته على البائع ويرد الشيء الذي لم يهلك ، أما اذا كان الخيار للبائع ، جاز له اختيار الشيء الهالك وعليه أن يرد قيمته إلى المشتري وأن يطلب من المشتري أن يعيد الشيء الآخر.

وفي حال تعيب الشئين بسبب البائع فللمشتري أن يختار أحدهما وله أن يطلب من البائع إنقاص الثمن ، أما إذا تعيب أحد الشئين فللمشتري أن يختار أحدهما ، فإذا اختار الشيء المعيب ، فله أن يطلب من البائع إنقاص الثمن ، أما اذا اختار الشيء غير المعيب فليس للبائع أن يرجع على المشتري بشيء لأن التعيب كان بسببه هو ، فإن كان الخيار للبائع ، فليس له أن يطالب المشتري بقيمة الشيء الذي تعيب بسببه هو.

٣. **هلاك أو تعيب المبيع بسبب أجنبي:** إذا كان الشئان في يد البائع ، فيفسخ العقد ويتحمل هو تبعة الهلاك لأنه في ملكه وحيازته^(٣) ، أما اذا هلك أحد الشئين ، فيتركز الخيار على الشيء الذي لم يهلك ، فإن كان الخيار للبائع ، فله أن يلزم المشتري بالشيء الذي لم يهلك ويتحمل هو تبعة الهلاك^(٤).

أما اذا هلك الشئان محل الإلتزام في يد المشتري ، فتقع تبعة الهلاك على المشتري^(٥) ويعد كمن قد استوفى حقه وللبائع أن يرجع على المشتري بقيمة أحدهما ذلك ان هلاكهما معاً يعني عدم إمكانية تمييز الشيء الذي يختاره المشتري من الشيء الآخر الذي يعد أمانة بيده ويرى بعض الباحثين أن المشتري يتحمل نصف الثمن الكلي للشئين من

(١) تطبيقاً للقواعد العامة والتي تسري على الحالات المماثلة.

(٢) تطبيقاً للقواعد العامة والتي تسري على الحالات المماثلة.

(٣) المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري ؛ ينظر كذلك في د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، الصفحة ١٠٢ ؛ وينظر كذلك في د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، صفحة ١٧١ ؛ كما أيد ذلك بعض الفقهاء ومنهم آية الله العظمى السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري (قدس الله روحه الطاهرة) في مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، المجلد ١٧ ، دار التفسير ، قم ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، الصفحة ٢٨٢ ؛ ينظر كذلك في د. أحمد مصطفى الزرقا ، مصدر سابق ، الصفحة ١٢٢.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، الصفحة ١٧٢.

(٥) د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع - الإيجار - المقاوله) ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، بدون سنة ، الصفحة ١١٠.

حيث الإنصاف والعدالة ذلك ان أحدهما قد يكون أعلى سعراً من الآخر^(١) ، فإن هلك أحدهما وكان الخيار للبائع ، فله ان يختار المبيع الذي هلك ليكون محلاً للإلتزام وله أن يطلب رد المبيع الآخر ، فإذا كان الخيار للمشتري ، كان له أن يختار الشيء الذي لم يهلك وللبائع أن يرجع على المشتري بثمن الشيء الهالك أو أن يختار الشيء الهالك ويعيد الشيء الذي لم يهلك إلى البائع وكلها تطبيقات للقواعد العامة.

أما في حالة تعيب الشئين محل الإلتزام معاً في يد البائع ، فللمشتري فسخ العقد أو اختيار أحد الشئين وله أن يطلب إنقاص الثمن ، فإذا كان الهلاك لأحد الشئين فللمشتري أن يأخذ أحدهما وليس له أن يطلب إنقاص الثمن لأنه اختار شيئاً معيناً طالما لم يحصل غش من البائع^(٢) ، أما في حال تعيب الشئين بعد القبض ، فتقع تبعة التعيب على المشتري^(٣) وله اختيار أحدها وليس عليه تعويض البائع لأن يده على الأشياء هي يد أمانة وليست يد ضمان وليس للمشتري أن يطلب إنقاص الثمن لأن التعيب حصل وهو في يده وهذه الأحكام تطبيق للقواعد العامة.

الفرع الثالث

سقوط وانتقال خيار التعيين

يقصد بالسقوط زوال الشيء وعدمه أو عدم وجوده أو كما بينه ابن منظور ان "السقطة هي الواقعة الشديدة وسقط يسقط سقوطاً فهو ساقط.. وأسقطت المرأة ولدها إسقاطاً وهي مسقط: ألقته لغير تمام من السقوط"^(٤) وبذلك نعرف أن سقوط الخيار هو زواله بأن لا يكون لصاحبه الحق في الخيار ، وكذلك الأمر في انتقال خيار التعيين ، اذ قد لا يسقط الخيار عن العقد وإنما يسقط عن طرف وينتقل إلى الطرف الآخر أو غيرهما حسب ما سنبينه ، ولسقوط خيار التعيين أسباب اتفق على بعضها الفقهاء والتشريعات واختلفوا على بعضها الآخر وفق تفصيل آت ، بل ان بعض الفقهاء بين "ان خيار التعيين يسقط بما يسقط به خيار الشرط"^(٥) وسقوط خيار الشرط له أسباب قد تجتمع وقد لا تجتمع في مسقطات خيار التعيين وبذلك نجد أنه لا بد لسقوط خيار التعيين من أسباب وأثار يرتبها هذا السقوط والتي ينبغي لنا أن نعرض عليها ونوضح بعضاً من أحكامها حيث ان بعض هذه المسقطات تكون بإرادة طرفي العقد أو أحدهما وقد تكون خارجة عن إرادتهما مما يحدو بنا أن نقسمها فيما يأتي إلى مقصدين أولها للأسباب الإرادية والثاني للأسباب اللاإرادية وفق التفصيل الآتي:

(١) د. عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٩٣ ؛ م.م. حيدر حسين كاظم الشمري ، مصدر سابق ، الصفحة ٣٣٥.

(٢) المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٥٦٢) من القانون المدني العراقي.

(٤) ابن منظور ، مصدر سابق ، الجزء ٧ ، الصفحة ٣١٦.

(٥) د. عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، الصفحة ٥٩٤ نقلاً عن الشيخ نظام الدين ، الفتاوى الهندية ، ص ٥٦ وهو أيضاً ما أورده أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية وأثرها على العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص ١٢٥.

المقصد الأول

الأسباب الإرادية في سقوط أو انتقال خيار التعيين

وهي تلك الأسباب التي ترتب آثاراً بناءً على ما أراه طرفي العقد أو صاحب الخيار من خلال القيام بعمل كتعيين المبيع أو الإمتناع عن عمل كمضي مدة الخيار من دون تعيين المبيع وهذه الآثار تنعكس على العقد ذاته أو على الطرف الآخر وما له من حقوق ، ونوجزها وفقاً للآتي:

١. **فسخ العقد:** قد يرى البائع والمشتري أن يفسخا العقد المقترن بخيار التعيين والمبرم بينهما وفسخ العقد يسقط الخيار معه وهو تطبيق للقواعد العامة في التعاقد ، أما إذا أراد أحد طرفي العقد فسخ العقد بإرادته هو ، فلا يكون له ذلك لما ثبت لنا من أن العقد المقترن بخيار التعيين إنما هو عقد نافذ لازم يرتب آثاره القانونية ، إلا أنه قد يصح أن يتم فسخ العقد بإرادة صاحب الخيار لمن يقول بأن العقد نافذ غير لازم لصاحب الخيار ونافذ لازم للطرف الآخر وفق ما بينا سابقاً وهو رأي لا نؤيده ولا نتفق مع حيثياته.

٢. **تعيين المبيع:** يسقط خيار التعيين إذا تحقق اختيار أحد الأشياء محل الإلتزام وتعيينه أي أن الإلتزام أصبح التزاماً موصوفاً وتحدد فيه المبيع ونفذ من تاريخ التعاقد لا من تاريخ تعيين المبيع حيث ان العقد أصبح نافذاً لازماً كما أسلفنا ولم يبق منه سوى تعيين محل الإلتزام بصورة نهائية ، ويكون هذا التعيين والإختيار إما صراحةً ، بالقول أو الفعل ، أو ضمناً ، كأن يتصرف المشتري صاحب الخيار بالشئ المبيع ، وقد أشار بعض الفقهاء^(١) إلى ان تعيين المبيع يؤدي إلى انتهاء الخيار وليس سقوطه ويردون ذلك إلى ان السقوط يكون عادة لأسباب لا إرادية لا دخل لإرادة صاحب الخيار فيها وكما عبر القانون المدني العراقي ، فإن الساقط لا يعود^(٢).

٣. **عدم تحديد مدة لخيار التعيين:** لا يصح خيار التعيين ما لم يقترن بمدة لتعيين المبيع وهو ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية^(٣) ما لم يشترط معه خيار الشرط وكذلك اشترط القانون المدني العراقي تحديد المدة في المادة (١/٢٩٩) منه والقانون المدني الأردني أيضاً في المادة (١٨٩) منه ومن دون تقييد لأمدها ، فيمكن أن تكون أي مدة يختارها الطرفان وهما بذلك حسب رأينا قد وضعا هذا الشرط لصحة العقد ولصحة الخيار في نفس الوقت ذلك ان عدم تحديد المدة سيؤدي وفقاً للقانون العراقي والأردني إلى الجهالة بمحل الإلتزام ويجب أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة ليكون العقد صحيحاً ، أما التشريعات المدنية الأخرى ، كالمصري مثلاً^(٤) ، فلم تشترط تحديد مدة للخيار حيث بينت المادة (٢٧٦) أنه "إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون.." وبذلك يكون المشرع المصري قد أوجب على المحكمة تحديد مدة للخيار في حال لم يتم إختيار المبيع وهو بذلك يكون قد نقل تحديد المدة ونقل الخيار في نفس الوقت إلى المحكمة ويكون الخيار بالنسبة لصاحب الخيار قد سقط.

(١) ينظر في د. عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، الجزء الأول ، الصفحة ٣٠٢.

(٢) المادة (٢/٤) منه.

(٣) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية ، مصدر سابق ، الصفحة

١٠٩.

(٤) المادة (٢٧٦) منه.

٤. **انتهاء مدة الخيار:** أثبتنا سابقاً ان أحد شروط ثبوت خيار التعيين هو تحديد المدة التي يكون بموجبها لصاحب الخيار أن يعين الشيء المبيع من أشياء عدة إلا أن مضي هذه المدة ، بصرف النظر عن مقدارها ، من دون تحديد الشيء المبيع ، يؤدي في واقع الحال إلى سقوط هذا الحق وانفساخ العقد وفق ما يراه من يقول بأن العقد غير لازم بالنسبة للطرف الآخر غير صاحب الخيار وفق ما بيناه سابقاً ، في حين يرى آخرون ان الحق انما ينتقل إلى الطرف الآخر في العقد^(١) وقد ذهبت بعض التشريعات المدنية الحديثة إلى وضع أحكام خاصة في هذه الحالة لكي يرتب مضي المدة من دون تعيين المبيع آثاره كما هو الحال في ما ورد في المادة (٢/٢٩٩) من القانون المدني العراقي التي اشترطت أن يطلب الدائن (البائع) تدخل المحكمة لتحل الأخيرة محل المدين (المشتري) واذ كان الخيار للبائع ولم يستخدم الخيار ومضت المدة ، فينتقل خيار التعيين إلى الطرف الآخر أي يسقط عن الأول وهو الأثر الذي يترتب انتهاء مدة الخيار.

المقصد الثاني

الأسباب اللارادية في سقوط أو انتقال خيار التعيين

وهي الأسباب التي لا يكون لطرفي العقد شأن بها ولا دخل لهم في حصولها وتكون عادةً طارئة على العقد وتؤدي إلى سقوط خيار التعيين أو إنتقاله من صاحب الخيار إلى الطرف الآخر أو شخص ثالث أجنبي عن العقد وهي كالاتي:

١. **موت صاحب الخيار:** سبق أن بينا ان انتهاء مدة الخيار من دون تعيين المبيع انما هي تؤدي إلى انتقال الخيار لا إلى سقوطه أو على الأقل انها سقوط لطرف وانتقال للطرف الآخر ، اذ نجد ان أغلب التشريعات المدنية الحديثة^(٢) قد نصت على توريث خيار التعيين وبذلك يكون هذا انتقال للخيار ليكون للوريث الحق بممارسة دور مورثه في إختيار الشيء الأنسب والأفضل له هو

لا للمورث ما لم يكن هنالك اعتبار شخصي في الموضوع قدر تعلق الأمر بالاختيار.
٢. **هلاك الأشياء محل خيار التعيين:** بصرف النظر عن سبب الهلاك ، سبباً أجنبياً كان أو أحد طرفي العقد ، يسقط خيار التعيين في حال هلاك الأشياء محل الإلتزام جميعاً اذ لا يكون هنالك محل للإلتزام ويترتب عليه انفساخ العقد وبالتالي سقوط خيار التعيين وكذلك هو الأمر في حال هلك أحد الشئيين (على فرض ان محل خيار التعيين هو شيئان لا اكثر) ، اذ يتركز الخيار على شيء واحد وبذلك يكون الإلتزام موصوفاً ويسقط خيار التعيين وفقاً لذلك ويلزم العقد.

٣. **تغيّب الأشياء محل خيار التعيين:** قد يحصل أن تتغيّب الأشياء محل خيار التعيين وفي حال كان الخيار للمشتري وتغيّب هذه الاشياء أو أحدها في يده ، فإن ذلك مانع من رد الشيء المعيب ويؤدي إلى سقوط الخيار أو تركز الخيار على أحد الشئيين.

(١) وهو ما نصت عليه التشريعات المدنية الحديثة كالقانون المدني العراقي والمصري والأردني ونظام المعاملات السعودي الجديد بأن ينتقل الخيار من أحد الطرفين إلى الآخر أو إلى المحكمة.

(٢) ينظر في المادة (٣٠٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٩٢) من القانون المدني الأردني.

الخاتمة

- أولاً: الاستنتاجات:** وقد خرج البحث بعدة استنتاجات يمكن تلخيصها بما يأتي:
١. أن مشروعية خيار التعيين لا تزال محل خلاف بين فقهاء الشريعة والتشريعات المدنية الحديثة ، إلا ان الأعم الأغلب منهم أجازوه وفق شروط محددة وهو ما نؤيده لما له من منافع ومكاسب للأطراف المتعاقدة مع أننا لم نجد تطبيقات عملية وقضائية واسعة لهذا الخيار.
 ٢. اختلف الفقهاء كذلك في لزوم العقد المقترن بخيار التعيين إلا أننا نرى أن هذا العقد يعد عقداً نافذاً لازماً وليس لصاحب الخيار سوى اختيار المبيع الذي يناسب حاجته ويتلائم مع ما دعاه إلى اشتراط خيار التعيين ولا نؤيد من ذهبوا إلى أن العقد غير لازم أو أن العقد غير لازم لصاحب الخيار ولازم للطرف الآخر.
 ٣. اشترطت بعض التشريعات المدنية الحديثة ومنها القانون العراقي تحديد مدة لخيار التعيين من دون أن تضع لها سقف محدد ورتبت هذه التشريعات آثار قانونية قد تؤدي إلى بطلان العقد أو فسخه أو إلى انتقال خيار التعيين أو سقوطه وهو ما نؤيده إلا أننا نرى ضرورة تحديد سقف لهذا الخيار.
 ٤. يثبت خيار التعيين للمشتري أو للبائع حصراً إلا أنه يفهم من بعض التشريعات المدنية الحديثة كالقانون المدني المصري مثلاً أنها أجازت أن يكون خيار التعيين لأجنبي عن العقد وأطرافه وهو ما لا نؤيده.
 ٥. أقر فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية الحديثة بتطبيق القواعد العامة في الهلاك والتعيب التي تصيب المبيع في خيار التعيين خلال مدة الخيار مع إستثناءات بسيطة أوردتها بعض التشريعات التي نظمت جزيئة واحدة أو اثنتين من أحكام الهلاك أو التعيب كما هو الحال في المادة (٣٠١) من القانون المدني العراقي.
 ٦. يسقط خيار التعيين أو ينتقل إلى جهة أخرى من خلال أسباب إرادية وأخرى لا إرادية ولا نرى انه انتقال لخيار التعيين في بعض الحالات وانما هو انتقال من جهة وسقوط من جهة أخرى.

ثانياً: المقترحات: نورد بعض المقترحات التي نأمل أن يتم النظر فيها والأخذ بها مستقبلاً ومنها الآتي:

١. نظراً لعدم وجود تطبيقات عملية وقضائية بشأن خيار التعيين حيث لا نجد تطبيقات عملية كثيرة بشأنه مما يستلزم معه الأمر أن يتم توضيح بعض بنود خيار التعيين الواردة في القانون المدني العراقي بشكل أكثر لئلا يزيد الإجهاد في أية تطبيقات مستقبلية لاسيما في زماننا هذا الذي يزداد فيه التنوع والإختلاف ويكون فيها العرض والطلب والأعمال التجارية قائمين على قدمٍ وساق وبمختلف الأنواع التي قد تجعل من خيار التعيين محل نزاع بين الأطراف المتعاقدة.
٢. نقترح أن يتولى المشرع العراقي النص بشكل صريح على أحكام الهلاك والتعيب في خيار التعيين لتكون واضحة وجلية من دون لبس ومن دون رجوع للقواعد العامة بإستثناء حالات بسيطة وأن يفرد لها المشرع فصلاً خاصاً بها من دون إسهاب أو توسع.
٣. لم ينص المشرع العراقي صراحةً على إمكانية أو عدم إمكانية اشتراط الخيار لأجنبي مما يجعلنا نقترح ضرورة النص بشكل صريح على عدم جواز أن يكون خيار التعيين

لأجنبي عن العقد لما لذلك من أثر على أطراف التعاقد والذي إلى قد يؤدي إلى عدم الإنصاف بين طرفي العقد.
 ٤. نقتراح على المشرع العراقي كذلك بيان أسباب سقوط وانتقال خيار التعيين بشكل جلي وواضح لئلا يزيد من الإلتباس وليسهل حل الإشكالات التي ترافق العقود المقترنة بهذا الخيار.

المصادر

أولاً: كتب اللغة:

١. الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرريقي المصري ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٩ .
٢. الإمام محمد بن أبو بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٦ .

ثانياً: الكتب:

١. احمد ابراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، المطبعة الفنية ، القاهرة ، ١٩٣٦ .
٢. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ١٩٨٦ .
٣. آية الله العظمى السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري (قدس الله روحه الطاهرة) في مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، المجلد ١٧ ، دار التفسير ، قم ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ .
٤. آية الله العظمى الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، المجمع الثقافي للتقريب بين المذاهب الإسلامية – المعاونة الثقافية ، طهران ، الجزء الأول ، ٢٠١١ .
٥. د. احمد مصطفى الزرقا ، عقد البيع ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠١٢ .
٦. د. انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠ .
٧. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الإيجار – المقاوله) ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثانية .
٨. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ .
٩. د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع – الإيجار – المقاوله) ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، بدون سنة .
١٠. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
١١. د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث ، جامعة الدول العربية – معهد الدراسات العربية العالية ، مجموعة محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية ، ١٩٥٧ .
١٢. د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي ، الكتاب الثاني (الآثار) ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٧ .

١٣. د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية وأثرها على العقود – مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١١ .
١٤. د. محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ .
١٥. د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥ .
١٦. عبد الستار ابو غدة ، الخيار وأثره على العقد ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥ .
١٧. كتاب قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠١٣ .
١٨. كتاب قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠٢٢ .

ثالثاً: البحوث:

م.م. حيدر حسين كاظم الشمري ، أحكام هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار – دراسة مقارنة ، مجلة أهل البيت ، المجلد الأول ، العدد الخامس.

رابعاً: القوانين والتشريعات:

١. مجلة الأحكام العدلية لسنة ١٨٧٦ .
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.
٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٥. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ المعدل.
٦. نظام المعاملات المدنية السعودي لسنة ٢٠٢٣ .

خامساً: القرارات القضائية:

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢/الهيئة العامة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٢/٢٣ .
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٤/٥/الهيئة العامة/٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٣/١٧ .