

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد

The right to choose and its effect on the binding force of the contract

م.م نور اياد حسن

Asst.Inst.Noor Ayad Hassan

Noor.ayad@saduq.edu.iq

جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) كلية القانون

Imam Ja'afar Al-Sadiq University College of Law

الملخص

من خلال الأبحاث والدراسات القانونية العلمية، أصبح من المنطق عليه أن تكوين العقد وتنفيذه ما هو إلا واقعة تنشئ مركزاً قانونياً لأطراف العقد يلتزمون مع الغير باحترامها، إذ يجب النظر إلى هذه الواقعة الفعلية التي حصلت في الواقع ورتب عليها القانون آثارها من حقوق والتزامات، ومع ذلك لا يمكن أن يبقى العقد منعزلاً عن المجتمع الذي نشأ فيه، معنى ذلك ضرورة أن يكون للعقد وجود خارجي يضمن له فعالية آثاره وهذا الأثر الخارجي يمس كافة العقود دون استثناء.

ومع ذلك فإن التردد المطلق لقاعدة النسبية تجعل من تنظيم التصرفات حبيسة اطرافها، ولا يمكن أن يمتد ذلك إلى غيرهم، ولكن هذا التصور لا يجري على إطلاقه، إذ يكون للإرادة والنص القانوني دوراً في مدى القضاء بتنظيم العقد لاسيما عهد مهمة تنظيم اثار العقد واحكامها بالنسبة للأطراف والخلف على السواء.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد.....م.م.نور اياد حسن

يتعلق الحق في الخيار بالرضا والذي هو قوام العقود جميعها وركيزتها الأساسية، إذ يبدو الخيار بأنه ميزة قانونية تُمنح للمستفيد يتمكن بها من التحلل من العقد بالإرادة المنفردة لعدم اكتمال رضاه، مما يجعل العقد المقترن بخيار يمر بمرحلة حرجة ودقيقة يكون فيها العقد غير لازم نظراً لأثر الحق في الخيار في سلب لزوم الرابط العقدي.

ولقد استأثر الفقه الإسلامي بدراسة حقوق الخيار في نطاقها العام بشكلٍ يتميز عمّا نظّمته القوانين الوضعية من أحكام لها إضافةً إلى تناول الفقه الإسلامي مسألة انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف والذي يُعد من أهم مباحث الحق في الخيار رغم اختلاف مسالكهم في تقدير أحكام ذلك.

Abstract

Through scientific legal research and studies, it has become agreed upon that the formation and implementation of the contract is nothing but a fact that establishes a legal position for the parties to the contract that they are obligated to respect with others, as it is necessary to look at this actual incident that took place in reality and the law has arranged its effects on rights and obligations, however The contract cannot remain isolated from the society in which it was raised, meaning that the contract must have an external presence that guarantees the effectiveness of its effects, and this external impact affects all contracts without exception. Nevertheless, the absolute repetition of the rule of relativity makes the regulation of behavior confined to its parties, and this cannot be extended to others, but this perception does not take place at all, as the will and the legal text have a role in the extent of the judiciary in organizing the contract, especially the era of the task of organizing the effects of the contract and its provisions for the parties. And backward both.

The right to the option relates to consent, which is the basis and basic pillar of all contracts, as the option appears to be a legal advantage granted to the beneficiary by which he can dissolve from the contract unilaterally because of his lack of consent, which makes the contract associated with an option passes through a critical and delicate stage in which the contract is not necessary due to the effect of the right. In option to take away the redundancy of the nodal link.

Islamic jurisprudence has excluded the study of option rights in their general scope in a way that is distinct from what man-made laws have in terms of their provisions, in addition to Islamic jurisprudence dealing with the issue of transferring the right to options backward, which is considered one of the most important discussions of the right to choice despite their different approaches in assessing the provisions of that .

المقدمة

إن مقدمة موضوع البحث تتطلب منا أن نستعرض أهم محاورها وذلك من خلال تقسيمها إلى الفقرات الآتية:

أولاً- التعريف بفكرة البحث:

ومن أجل ذلك ظهر الحق في الخيار كأحد فروع النظرية العامة للعقد، إذ يجد الفقه المعاصر⁽¹⁾ أنه يفرض على سبيل الاستثناء ؛ وذلك لأن القاعدة العامة في العقود تقضي بلزومها متى ما التقت أرادتا المتعاقدين لإبرام العقد وكانتا غير معيبتين - قام العقد - وأصبح الرجوع عنه بالأرادة المنفردة امرا متعذرا .

وفي البحث عن مبررات هذا الاستثناء يجد الفقه بأن نظرية عيوب الأرادة بمفهومها التقليدي أصبحت عاجزة عن حماية المستهلك والتي وان توفرت فهي لا توفر له الحماية الكافية ألا في فروض معينة حصرها المشرع في الغلط ، التدليس ، الأكره والاستغلال مما تطلب الأمر إفساح المجال أمام فكرة الحق في الخيارات لتلعب الدور المنوط بها في توفير تلك الحماية⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك، فقد تعتري عوارض تزعزع الثقة بين المتعاقدين في فترة التعاقد والتي ليست من مصلحة أي من الأطراف في أن تجتاح العقد في تلك الفترة وتقلع جذوره بالبطلان ، فالرضا كما هو معروف قوام العقود جميعا ومن ثم يتوجب حمايته من كل ما يطرأ عليه من عيوب .

فهو (أي الخيار) يوفر الحماية اللازمة للمستفيد منه في مختلف مراحل التعاقد ابتداءً من مرحلة التحضير لفكرة العقد والعمل على إبرامه (المرحلة السابقة على التعاقد) وما يحيط بها من ملابسات تحت ظل نوعين من الخيارات وهما خيارا الرجوع والقبول وصولاً إلى المرحلة التي يأخذ فيها العقد ابعادا حقيقية (المرحلة اللاحقة على التعاقد) والتي يملك بموجبها المستفيد من مضمون الحق في الخيار أن ينهي عقدا تم بشكل صحيح أو أن يمضي فيه .

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، مقال منشور في مجلة المحامين الكويتية ، العدد الثالث ، السنة الثانية ، 1985 ، فق 12 ، ص 16 .

(2) المصدر السابق ، فق 87 ، ص 98 .

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

كما وإن هذه الحماية تمتد من المستفيد إلى خلفه عاما كان أم خاصا، إذ بمجرد انتقال الحق في الخيار إليهما بسبب وفاة السلف أو بسبب إبرامه تصرفا معيناً يمكن الخلف في الاستفادة من تلك الحماية التي كان يقررها مضمون الحق في الخيار للسلف.

ثانياً - إشكالية البحث:

تتركز مشكلة البحث الأساسية حول مدى تأثير الخيار على القوة الملزمة للعقد ومدى سريان الخيار إلى الخلف وذلك لأهمية الآثار المترتبة على انتقال الأثر والتي تتعلق بمركز الطرف الآخر ومركز المستفيد من حق الخيار.

كما وإن البحث في موضوع القوة الملزمة وكذا الخيار يثير تساؤلات عدة والتي تمثل مشكلات علمية حقيقية نحاول الإجابة عنها من خلال البحث والتحليل في بعض الأحكام الخاصة بمسألة آثار العقد والتي تكاد أن تكون متناثرة ومتفرقة بين المؤلفات الإسلامية المختلفة وبعض الأحكام الواردة في التشريعات المدنية ومؤلفات الفقه القانوني المدني، فمن خلال جمعها وتحليلها نحاول الإجابة عن التساؤلات الآتية:

- ما طبيعة الحق الذي يتضمنه الخيار؟ هل هو حق من فئة الحقوق المعروفة في ظل النظرية العامة للالتزامات أم إنه حق من فئة خاصة؟
- مع عدم تنظيم المشرع لكل أحكام الخيارات ولاسيما المتعلقة منها بالعقد، ما هو المبدأ أو النظرية التي يمكن الاستعانة بأحكامها لتطبيقها على ذلك؟
- الخيار أمر عارض على العقد يهدد الرابطة العقدية بالزوال نظراً لما يحمله من مضمون سالب للزوم العقد، فهل إن ذلك يبقى مستمراً حتى مع انتقال الحق فيه إلى الخلف؟
- هل يكون لاستعمال الخلف مضمون الحق في الخيار من فسخ أو إجازة انعطافاً إلى الماضي أم إن ذلك يسري على المستقبل فقط؟ وما هي الأحكام المتعلقة بضمان هلاك المعقود عليه في أثناء فترة سريان الخيار وفي حالتها الفسخ والإجازة؟

ثالثاً - نطاق البحث:

ينحصر نطاق بحثنا في موضوع اثر الحق في الخيار على القوة الملزمة للعقد في ضرورة بيان مدى اثر الامور العارضة على العقد في الحد من انطلاق القوة الملزمة ، اذ كما هو معلوم ان الظروف الطبيعية للعقد تحتم على الأطراف الالتزام ببوده المرعية.

فضلال عن ذلك ضرورة الإشارة الى النطاق الشخصي للموضوع واقصد به مدى سريان الأثر في مواجهة اطراف العقد وكذا خلفائهم والاعيار .

بعد ذلك يسير نطاق البحث نحو بيان اهم الآثار التي تترتب على استخدام مضمون الحق في الخيار اي ما يترتب من اثار في حال اجازة العقد او فسخه فضلا عن بيان الأثر الرجعي لكل منهما.

رابعاً - أهمية موضوع البحث:

يستمد موضوع البحث أهميته من خلال ارتباطه بالأحكام المتعلقة بمدى اثر الخيار على القوة الملزمة للعقد والذي كان ولازال مهذاً للأبحاث والدراسات الفقهية والقانونية، إضافةً إلى أن موضوع الخيارات بحد ذاته يتعلق بالنظرية العامة للعقد بالنظر إلى الأثر الواضح والمهم الذي تؤديه الخيارات على أركان العقد وعلى القواعد والمبادئ التي تحكمه كأثر الخيار على مبدأ القوة الملزمة للعقد نظراً لما يملكه مضمونها من القدرة على تقييد مبدأ سلطان الإرادة، أضف إلى ذلك أن انتقال الحق في الخيار إلى غير المستفيد يجعل من ذلك خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، لذا تبرز أهمية ذلك في تحديد الأحكام التي تنظم تلك العملية إضافةً إلى ارتباط أهمية البحث بالمشكلات والفرضيات سالفة الذكر.

خامساً - منهج البحث:

سنعتمد في بحثنا هذا المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تتبع أحكام حقوق الخيار في الفقه الإسلامي بمتابعة الأحكام الواردة في المذاهب الإسلامية كافة، ويتحدد وجه المقارنة بشكل أساسي ببيان أحكام الخيار في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي. فضلاً عن متابعة الأحكام القانونية الخاصة بتنظيم كل جوانب العقد من مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ وفي كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، إضافةً إلى بيان أحكام ذلك في إشارات ثانوية عن القانون المدني اللبناني، الأردني، اليمني، الإنكليزي، والألماني كلما دعت ضرورة المقارنة إلى ذلك، أما عن تعزيز المواقف في التطبيقات القضائية والذي يُعد من إحدى صعوبات البحث، فلم يسعنا إلاّ الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية المتوفرة وفي مواقف مختلفة.

سابعاً - خطة البحث:

من أجل أن يأخذ موضوع البحث بعده العلمي، عمدنا على تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول (مفهوم الحق في الخيار) وعمدنا فيه إلى تحديد المفاهيم الواردة فيه، إذ انقسم إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول مفهوم الحق في الخيار، وفي المطلب الثاني بحثنا في الطبيعة القانونية للحق في الخيار.

أما المبحث الثاني حيث ركزنا فيه على اثر الحق في الخيار على القوة الملزمة للعقد وسواء كان سريان ذلك الأثر في مواجهة الأطراف أو الخلف، وقسمنا ذلك البحث في مطلبين مستقلين.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

ثم بحثنا في المبحث الثالث (الآثر الرجعي بعد استخدام الحق في الخيار)، وقد قسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول الحق في فسخ العقد، أما في المطلب الثاني فبحثنا في الحق في اجازة العقد ثم الخاتمة وتحتوي على النتائج والمقترحات.

المبحث الأول

مفهوم الحق في الخيار

تمهيد وتقسيم

لا ممارسة في القول بأن مصطلح الخيار كان قد نال القسط الكافي من الأهتمام البحثي ولو من جهة الفقه الإسلامي، ولعل من المفيد قبل ولوج مضمون البحث، أن نبين مفهوم الحق في الخيار، وكل ما يندرج في نطاق المفهوم من تعريف وخصائص وشروط وطبيعة قانونية، فضلا عن ذلك فإن موقف الفقه الإسلامي والقانوني مختلف بشأن تحديد الطبيعة التي يتمتع بها ذلك الحق. ولذلك فإن هذا المبحث سينقسم على مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه مفهوم الحق في الخيار، وفي المطلب الثاني سنبين المواقف الفقهية والقانونية من تحديد طبيعة الحق في الخيار، وبحسب التفصيل الآتي:

المطلب الأول

التعريف بالحق في الخيار

التعريف الفقهي: تصدى الفقهاء المسلمون للخيار بتعريفات عدة غير أن هذه التعريفات وإن كانت تختلف في الصياغة إلا أنها متحدة في المضمون، إذ عرّف بعضهم الخيار بأنه (الحق المقرر للمتعاقد بين إمضاء العقد أو عدم إمضائه بفسخه)⁽¹⁾، وعرّف أيضاً (الخيار أن يكون للمتعاقد الحق بين إمضاء العقد (الإبقاء عليه) وعدم إمضائه أي بفسخه إن كان خيار شرط أو خيار عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان خيار تعيين)⁽²⁾.

(1) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1952، ص466.
(2) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، مطبعة البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر، ص43.

وعرّف أيضاً بأنه (خير الأمرين بين إمضاء العقد أو فسخه)⁽¹⁾، ومن الفقهاء من عرّف الخيار بأنه مكنة مقررة لأحد العاقدين أو كليهما أو للغير في فسخ العقد أو إمضائه، إذ عرّف الخيار بهذا المعنى بأنه (إمكانية فسخ العقد من قبل المتعاقدين أو أحدهما أو من قبل شخص ثالث)⁽²⁾ وبموجب هذا التعريف فإن الخيار مقرر ليس فقط لأطراف العقد، إذ أن من الخيارات كما سنلاحظ لاحقاً ما يمكن أن يقرر للغير استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقد.

ومن التعريفات أيضاً من جعلت الخيار بمعنى السلطة، إذ عرّف بأنه السلطة والهيمنة على فسخ العقد بأن يكون لصاحبه الإرادة والاختيار بعد العقد سلطة إبقاء العقد أو فسخه⁽³⁾، أو هو حق الاصطفاء من الفسخ وعدمه وسلطة ذي الخيار على الفسخ، فالخيار من مقولة الحق وهو سلطة خاصة للمتعاقد على تعيين أحد الطرفين⁽⁴⁾.

ومن الملاحظ على التعريفين الأخيرين نجدهما قد اعتبرا الخيار بمثابة السلطة على الفسخ، أن الخيار لا يمكن أن يرد بهذا المعنى وإنما الخيار معناه الحق في إعمال الإرادة (عن طريق تقريب الخيار من مساعي صاحب الإرادة)، والقدرة على الفسخ من عدمه، وإن السلطة أو الهيمنة أوسع مدلولاً من الخيار، فهي تصدق على الهبة مثلاً، فالواهب تكون له السلطة في الرجوع عن الهبة من عدمها، إذ أن كل شخص يملك السلطة في فعل أو تصرف معين من عدمه، وهذه السلطة غير مختصة بالجواز الحقي⁽⁵⁾.

التعريف التشريعي: وبالنسبة لموقف القوانين المقارنة من تعريف الخيار وعلى وجه التحديد موقف

المشرع العراقي والمصري، فهما لم يضعا تعريفاً صريحاً للخيار، وهذا موقف يحمده عليه إذ ليس من اختصاص المشرع وضع تعريفات لمفاهيم معينة وإنما يختص بوضع تنظيم قانوني لها، فنجد المشرع العراقي

(1) الشريبي، مغني المحتاج، ج2، المصدر السابق، ص43؛ وبنفس المعنى أشار إليه: علاء السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ، ص125.

(2) السيد محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج4، ط1، دار الحجة البيضاء، النجف، 2014، ص474.

(3) عواد الماجدي، شروط وأداب البيع، مؤسسة الرحمن الإسلامية، بغداد، دون سنة نشر، ص14.

(4) جعفر السبحاني، المختار في أحكام الخيار، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، 1401هـ، ص34، 6، 47.

(5) باسم علوان العقابي وماهر محسن عبود الخيكاني، نطاق خيار التأخير، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، 2017، ص920.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

قد تناول بعض أنواع الخيارات بالتنظيم تاركاً مسألة التعريف لاختصاص الفقه، كما هو الحال بالنسبة لخيار الشرط، إذ نظم أحكامه في المواد (509-513)، وكذلك الأمر في خيار العيب، إذ تناوله بالتنظيم في المواد (559-570) .

وكذا المشرع المصري⁽¹⁾، فهو لم يشر صراحةً إلى تعريف الخيار بمضمونه العام وكما فعل المشرع العراقي وإنما جاءت أحكام بعض الخيارات متناثرة ضمن أحكام القواعد العامة في البيع، كما هو الحال بالنسبة للمواد (420-425) التي نظم فيها الأحكام الخاصة ببعض صور خيار الشرط والذي لم ينظمه بصورة صريحة، وإنما أشار إلى بعض صورته وتطبيقاته التشريعية كخيار التجربة وخيار النقد، وكذلك الأمر بالنسبة للمواد (419 و430) والتي نظم فيها أحكام خيار الرؤية ضمن الأحكام الخاصة بضرورة العلم في المبيع.

ويسايرهم في هذا الموقف المشرع الفرنسي⁽²⁾، إذ لم يشر بصورة صريحة إلى تعريف الخيار، بل حتى الخيارات المعروفة في ظل التشريعين المصري والعراقي، فهو لم يعرف صورها بالشكل والمضمون الذي تبدو عليه في ظل هذين التشريعين ، بل أشار إلى أحكام الخيارات بصورة متناثرة وفي ظل قوانين أصدرها مؤخراً رغبةً منه في حماية المستهلك في العلاقة العقدية ومن تلك الأحكام ما نص عليه في المادة (1182) من القانون المدني، إذ نصت (عندما يعقد الالتزام مقروناً بشرط معلق، يبقى الشيء موضوع الاتفاق على مسؤولية المدين الذي لم يلتزم بتسليمه إلا في حالة تحقق الشرط، إذا هلك الشيء هلاكاً كاملاً دون خطأ المدين يسقط الالتزام، وإذا تعيب الشيء دون خطأ المدين، فيكون للدائن الخيار بين إلغاء الالتزام أو المطالبة بالشيء بحالته الرهنة دون تخفيض الثمن، وتعيب الشيء بخطأ من المدين يحق للدائن أما إلغاء الالتزام وأما المطالبة بالشيء بحالته الرهنة مع التعويض عن العطل والضرر)⁽³⁾.

(1) عرّف المشرع اليمني الخيار بشكل صريح في المادة (227) من قانونه المدني والتي نصت على (الخيار هو أن يكون للمتعاقدين أو أحدهما إمضاء العقد أو فسخه...).

(2) كذلك الموقف بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، إضافة إلى مبادئ اليونيدرو المتعلقة بعقود التجارة الدولية لسنة 1994، إذ من تتبع نصوصها لا نجد أية إشارة إلى تعريف الحق في الخيار سواء بشكل صريح أو ضمنى.

(3) Article (1182): (La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé.

والتعريف الذي نرتأيه هو أن الخيار (الخيار أمرٌ عارض محقق الوقوع يرد على العقد الصحيح يستهدف تعطيل آثار العقد لا إلغائها، وبموجبه يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لشخص اجنبي، الحق في إجازة العقد أو فسخه خلال مدة معلومة وأياً كان مصدر هذا الحق سواء أكان الاتفاق أم نص القانون) .
ولما كانت الخاصية تستمد من ذاتية الشيء، إذ يمكن ان نجمل خصائص الحق في الخيار فيمالي تباعا:

اولاً- إن الخيار أمر محقق الوقوع، مما جعل منه كأحد أوصاف الالتزام وإن لم يعالجه المشرع ضمن الأوصاف المعدلة للالتزام؛ إذ أن زمنية الحق في الخيار تحتم اقترابه من الأجل والشرط مع الفارق، كأحد أوصاف الالتزام حيث لا يرد على العقد إلا في فترة نشوئه، فالعقد دون خيار يكون بسيطاً، منجزاً وفوري التنفيذ، إضافة إلى أن هذه الصفة لا تنتقي عن الخيار وإن كان لا يرد إلا على الحقوق المالية⁽¹⁾.
ثانياً- أن الخيار لا يرد الا على العقد الصحيح اللازم ، ألا انه يؤثر عليه فيجعله غير لازم⁽²⁾، فهو لا يرد على العقد الباطل والعقد غير اللازم بطبيعته؛ لأن الأول لا يرتب أي أثر من الآثار التي ترتبها العقود الصحيحة إضافة إلى كون الثاني سهّل أمر فسخه دونما الحاجة إلى خيار⁽³⁾، لذلك فالخيار لا يرد إلا على العقد اللازم ضماناً لاستقرار المعاملات، وسنغني البحث عن العلاقة بين الخيار ولزوم العقد في المبحث الثاني من هذا البحث.

ثالثاً- لو فرضنا عدم تقييد المستفيد من الخيار بمدة محددة لا يؤدي إلى حرية مطلقة فقط، وإنما يجعل من المستفيد إرادة دكتاتورية في العقد، ومن أجل ذلك بات لزاماً أن يكون المستفيد من الخيار ملزم بفترة زمنية محددة من حيث الاستعمال أو عدمه.

ولذلك فالمدة من اخص خصائص الخيار، إذ لا يمكن تشريع الحق في الخيار لما شاء المتعاقدين من الزمن لأن فيه تعطيل وخرق لنظام استقرار المعاملات في العقود، فالمدة في الخيار أمر لازم وذلك من

Laconfirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers.

(1) المشرع اليمني اعتبر الخيار وصفاً من أوصاف الالتزام، إذ نظمها تحت عنوان الأوصاف المعدلة للالتزام وذلك في المواد (227-301).

(2) محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص124.

(3) حدد المشرع في المادة (177) من القانون المدني العراقي آلية فسخ العقود الملزمة للجانبين، وستتناول ذلك تفصيلاً عند بحث حق الخلف في فسخ العقد.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

أجل إسباغ العقود قدرأ من المرونة، فيما لو كشف أحد العاقدين انه قد تعرض رضاؤه للغبن وكان بإمكانه دفعه خلال مدة الخيار التي شرعت لمصلحته.

اما عن انواع حقوق الخيار، فهي متنوعة ومتعددة لا بل على الأكثر من ذلك ان جانب من الفقه الإسلامي يكاد ان يصل بتعداد حقوق الخيار إلى ثلاثة وثلاثون نوعا، وبغض النظر عن أي جانب فأن الخيارات المعروفة في المعاملات هي (الشرط، التجربة، التعيين، المذاق، الشفعة، القبول، وخيار الرؤية).

المطلب الثاني الطبيعة القانونية للحق في الخيار

الحق من وجهة نظر الفقه الإسلامي لم يرد فيه تعريف عام شامل، وذلك لأنهم يرون بوضوح المعنى في الحق أو بتعبير أدق انهم لم يخرجوا في استخدامه عن المعاني اللغوية الواردة في تعريفه والذي يرد بمعنى الوجوب والثبات⁽¹⁾، مما غابت الحاجة عندهم في تعريفه فهم يرون فيه الحقيقة المثلى أو بمعنى اليقين أو العدالة، وهو قرينة للمثل العليا⁽²⁾.

وحيث ما توصلنا إليه هو إن الخيار هو أمر عارض على العقد يستطيع به العاقدان أو أحدهما الإبقاء على العقد أو التحلل منه، فربما يسأل سائل عن طبيعة هذا الأمر العارض هل هو حق بالمعنى القانوني الدقيق أم انه مجرد ميزة قانونية خاصة بأحد المتعاقدين ظهرت كمرادف للرخصة؟

ومن الجدير بالذكر هو أن فكرة الحق تعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية⁽³⁾، لذا قيل في تعريفه بأنه (سلطة يعترف بها القانون بغرض حماية مصالح ذاتية يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها)، وهذا هو التعريف الشخصي للحق⁽⁴⁾، غير أن جوهر الحق ليس كونه قدرة إرادية بل يجب أن ينظر إلى موضوعيته، فقول إنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، وهذا هو التعبير عن الحق من وجهة نظر موضوعية، إذ أن المصلحة هي العنصر الأول للحق والحماية القانونية تمثل عنصره الثاني⁽⁵⁾.

(1) مجد الدين محمد بن الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ج3، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر، ص222.

(2) جعفر كاظم المالكي، ينتهي الحق عندما تبدأ حقوق الآخرين، مقال منشور على الموقع الالكتروني:

iraqinfocenter@yahoo.com.

(3) عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، 1996، ص433.

(4) حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص33.

(5) جميل الشراوي، دروس في أصول القانون، نظرية الحق، القاهرة، 1966، ص18، عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك، القاهرة، دون سنة نشر، ص233.

وتقيماً للموقف فلا يمكن التسليم بأن جوهر الحق هو المصلحة إذ هي في الحقيقة ليست جوهر الحق، بل هي الغاية منه، فحتى مع التسليم بأن الحق مصلحة من المصالح فالعكس لا ينتج عن ذلك دائماً، إذ أن هنالك الكثير من المصالح تتحقق لبعض الأشخاص لا ترتقي إلى مرتبة الحق، ومع ذلك فهم لا يملكون الحق في فرضها⁽¹⁾. إضف إلى ذلك لا يمكن التسليم أيضاً بأن الحماية القانونية جزءاً من الحق وكأن الحق لا يثبت إلا إذا فرضت له الحماية القانونية، لا بل على العكس من ذلك حيث إن الحماية القانونية لاحقة على الحق⁽²⁾.

أما بالنسبة للرخصة فهي (مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات التي يقرها القانون)⁽³⁾. فالرخصة تمثل إتاحة من المشرع لكافة الأفراد لاستعمال الحريات العامة على السواء ودون تمييز بينهم، وهذا يعني وجود سبب أو واقعة معينة مستمدة من القانون⁽⁴⁾، فعلى سبيل المثال رخصة الموصى له في قبول الوصية أو رفضها، وكذلك رخصة الشفيع (رخصة خاصة) في طلب الشفعة من عدمه، فهو مالك للشيء المبيع بعد طلب الشفعة وقبلها فهو يملك رخصة التملك (رخصة عامة)⁽⁵⁾.

ومن ذلك ذهب جانباً من الفقه بأن الخيار ظهر كمرادف للرخصة، فالرخصة تفيد الخيار الممنوح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له القانون أن يعدل مركزه القانوني وفقاً لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة، إذ هي نوع من حق الاختيار المستمد من القانون لتعديل مركز قانوني معين كالرخصة الممنوحة للشريك في المال الشائع في أن يطلب القسمة أو لا يطلبها والرخصة الممنوحة للموصى له بأن يقبل الوصية أو يرفضها⁽⁶⁾.

وبالضد من ذلك يسبب آخرون بأن الحق في الخيار يثبت بسبب معين بذاته وليس بالإذن العام بواسطة المشرع وهو (أي الخيار) أما أن يثبت بنص في القانون أو بمقتضى اتفاق المتعاقدين على الأغلب⁽⁷⁾.

(1) عبد المنعم البدرابي، المصدر السابق، ص 443.

(2) المصدر السابق، نفس الصفحة.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ص9.

(4) محمود حسين علي، تطور مفهوم الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الرابع، السنة التاسعة، العدد الثاني والثلاثون، 2004، ص118.

(5) للمزيد عن الحق والرخصة أنظر مؤلف الدكتور عدنان حمودي جليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة، القاهرة، 1974-1975.

(6) عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1981، ص22.

(7) المصدر السابق، ص29.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد.....م.م.نور ايااد حسن

وأمام اختزال مضمون الفكرة المتقدمة يبرز التساؤل الآتي فلو اسلمنا بأن الخيار هو حق، فمن أي طائفة من الحقوق ينتمي؟

وحيث ان الخيار يمنح صاحبة ميزة قانونية فعالة فهو يمثل حق لا رخصة وتتهيء لصاحبه سلطة مباشرة على العقد تمكنه من الامضاء او الفسخ فضلا عن ميزة وضع اليد على مضمون العقد، هذا من جانب.

ومن جانب اخر، فإن هنالك من يرى بأن العلاقة أو الرابطة بين الدائن والمدين هي رابطة شخصية والتي تميز الحق الشخصي⁽¹⁾، فهي موجودة أيضاً في الخيار، إذ يتضمن علاقة قانونية واضحة بين من تقرر الخيار لمصلحته وبين من يمارس الخيار في مواجهته، حيث يخضع الأخير لصاحب الحق في الخيار.

تقييماً للمواقف السابقة، فنحن لا نرى بشخصية الحق في الخيار وما ذهب إليه أنصار هذا الرأي لتبرير اتجاههم، فهذا لا علاقة له بالرابطة العقدية إذ أن الحق الشخصي يتمثل دوره في المطالبة بتنفيذ الالتزامات، أما الحق في الخيار فهو شرع لدفع الضرر الذي قد يلحق بالمتعاقدين ليس من المقتضى الأصلي للعقد وإنما من مخالفة المتعاقد الآخر لمقتضاه.

ومن وجهة نظرنا نرجح ما ذهب اليه الفقه القانوني الحديث والذي يرى بأن الخيار حق ارادي محض، حيث تبرز الطبيعة الذاتية للحق في الخيار لكون معايير حق الخيار هي في الحقيقة معايير مبهمة وفضفاضة، فسيكون الميل في تحديد طبيعته إلى تضمين الفرضيات اللانهائية والتي تنتقل بين العديد من الاحتمالات المادية أو القانونية طالما كان الحق في الخيار مظهر من مظاهر الإرادة⁽²⁾.

فالحق في الخيار مرده إلى الحقوق الإرادية المحضة والتي بمقتضاها يتمكن صاحب الحق من التأثير على المراكز القانونية السابقة واللاحقة، إذ يتناولها بالتعديل أو الإنهاء أو إنشاء مراكز قانونية جديدة وبالإرادة المنفردة⁽³⁾.

(1) المادة (69) القانون المدني العراقي عرفت الحق الشخصي بأنه (رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل).

(2) Naggar, le droit d'option contribution a letude du potestatif et de lacte unilateral, Op.Cit, No 11, p.13.

(3) محمود عبد علي حميد الزبيدي، النظام القانوني لانقضاء الدعوى الإدارية من دون الحكم بالموضوع (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص36.

فالتبعية والخضوع حالتان تتولدان تلقائياً لدى من يمارس هذا الحق في مواجهة الطرف الآخر ولمصلحة صاحب الحق⁽¹⁾، ويتميز الحق الإرادي بمضمونه إذ يخول صاحبه سلطة أقل اتساعاً وبشكل محدد ودقيق، وكما هو الحال في الخيار بمعناه الدقيق أي الخيار بين البدائل المتاحة له مسبقاً⁽²⁾، ويتميز أيضاً بمضمونه المجرد فهو لا يمنح عيناً أو شيئاً مادياً كما في الحق العيني ولا حقاً شخصياً كما في الحق الشخصي، وإنما يتمتع صاحب الحق في الخيار بمركز قانوني مجرد⁽³⁾.

كما وأن هذه الميزات المتقدمة تنطبق بمجموعها على الحق في الخيار، ومن ثم يخضع الأخير لذات الأحكام التي يخضع لها الحق الإرادي المحض، مما يؤكد على استقلالية الحق في الخيار. ومن بعد ذلك نرى ضرورة التأكيد على أن الصعوبة لا تجافي الحقيقة في تحديد طبيعة الحق في الخيار، إذ أن لكل اتجاه مبرراته في تكييف الحق في الخيار، ومع هذا الاقتراب الواضح بين الحقين ومع تشابه الأحكام بينهما، إلا أننا لا نرى بأحقية تكييف طبيعة الحق في الخيار على أنه حق عيني وذلك بالنظر الى طبيعة العلاقة التي يخلقا الحق العيني والحق الشخصي والتي تربط المستفيد منهما بالمحل والطرف الآخر على التوالي، ومن ثم فلا يمكن أن تكون طبيعة العلاقة التي تربط المستفيد بالحق في الخيار بأي حال من الأحوال علاقة عينية أو شخصية الأمر الذي يقودنا إلى تأييد موقف الفقه الفرنسي في جعل الحق في الخيار حقاً ذاتياً محضاً، إذ تبدو استقلالية الحق في الخيار واضحة بشكل تام بالنسبة إليهم، حيث لا يمكن اختزال الحق في الخيار ضمن طائفة الحقوق الشخصية أو العينية، فهو حق قانوني يسمح لصاحبه من خلال عمل أحادي الجانب بتعديل الحالات القانونية القائمة ويستجيب إلى حالات عملية ملحة جداً، فهو عامل أمني يضمن سلامة التجارة القانونية رغم أنه لا يعطي تلك الحرية المطلقة للمستفيد⁽⁴⁾.

(1) Naggar, Le droit d'option, Op.Cit, No 108, p.111.

(2) الفقه الفرنسي يعبر عن الحق الإرادي المحض بمصطلح الحق الإرادي الحكري والذي ينتج عن الالتزام التخييري وليس عن الخيار، فالأول يؤدي إلى نشوء حق إرادي حكري لصالح الشخص الذي يتعين عليه الاختيار من البدائل دون معارضة الدائن، فهذا العمل وإن كان بالإرادة المنفردة فهو ليس حق في الخيار، إذ أن الالتزام التخييري يولد عندما يكون المدين ملزماً بفائدة معينة فهو يقدم للمدين تسهيلات تتمثل في اختيار طريق تنفيذ الالتزام الذي يتقل عليه.

Naggar, Le droit d'option, No 133, p.139.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، المصدر السابق، ص 57 وما بعدها.

(4) Roubier, Revue interinational de droit compare, droit subjectives et situations juridiques, Paris, 1963, No 102, p.265.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

اخيرا وليس اخرا نتمكن من القول، أن الحق في الخيار حق إرادي محض يتمثل بقدرة الإرادة المنفردة نحو التأثير على مراكز قانونية مملوكة للغير ودون التوقف على رضا ذلك الغير، وهذه الميزة القانونية لا تمنح إلا لمن توافرت فيه شروطها.

المبحث الثاني

اثر الحق في الخيار على القوة الملزمة للعقد

تمهيد وتقسيم

ينبغي القول بأن أي عقد من العقود يُعد من قبيل إعمال التعبير عن الإرادة وعنصر التوقع والاحتياط في المستقبل⁽¹⁾، لذلك فإن حق الخيار الناشئ عن العقد والذي يمكن أن يطرح في بداية تشكيله يملك القدرة الكافية كما قلنا مسبقاً للتحكم في الماضي والتنبؤ في المستقبل من خلال تعديل المراكز القانونية للمستفيد منها⁽²⁾، وفي الواقع وبالرغم من إدراج حق الخيار ضمن مجموعة من الحدود الزمنية إلا انه يثير حالة من الريبة والشك والتي لا بد من وضع حدٍ لها، ففي الفترة التي تسبق ممارسة الحق يبدأ الخوف من انعدام الأمان القانوني لطول فترة الانتظار التي تنتاب المستفيد مما يجعل من حق الخيار عامل ركودٍ اقتصادي⁽³⁾. وذلك بالنظر إلى آثاره التي قد تنتج فيما لو تمت ممارسته بصورة تعديل المركز القانوني للطرف الآخر الذي يبقى خاضعاً للمستفيد طول مدة الحق، فهل ينسحب أثر هذه الممارسة إلى الماضي من خلال اعتبار الأثر على استعماله بمثابة العنصر الأساسي لخطة الانسحاب من العقد الذي شُرِع في ظله الحق في الخيار وسواء كان ذلك في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الخلف⁽⁴⁾. ومن اجل الوقوف على تلك الأحكام، نرى من الضروري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول منه سريان اثر الحق في الخيار في مواجهة الأطراف، اما المطلب الثاني سنبحث فيه سريان اثر الحق في الخيار في مواجهة الخلف.

المطلب الأول

سريان الأثر في مواجهة الأطراف

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 639.

(2) Naggar, Le droit d'option, Op.Cit, N°313, P.325.

(3) Roubier, Droits subjectifs et situations suiv juridiques, Dalloz, Paris, 1963, P.165.

(4) Naggar, Op.Cit, N°34, P.36.

من تقصي حقيقة اثر الحق في الخيار على القوة الملزمة للعقد، وجدنا أن لفقته كلمته في رسم الحدود العامة لمدى انصراف أثر الحق في الخيار في مواجهة الأطراف وكذا خلفائهم، كما وإن التحليل المنطقي لأية فكرة قانونية يطرحها الفقه للاجتهد يجب أولاً استظهار معناها وحقيقتها والطبيعة التي تتمتع بها، ومن ثم البحث في مدى انطباقها على العقود والتصرفات القانونية⁽¹⁾، وما ينشأ عنها من حقوق، كل ذلك من أجل أن تكون الدراسة علمية وسليمة.

مما يستتبع القول في أن فاعلية الأثر إن وجدت فهي متباينة التأثير تجاه أطراف العقد وخلفائهم، وحتى بالنسبة للغير الذي يتعامل معهم، فعلى سبيل المثال لو حكم ببطلان عقد ما فإن العقد يزول بأثر رجعي بحق أطرافه وفي حدود غير تامة تنتقل الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف فيما لو توفي أحدهم أو تصرف أحدهم بالمعقود عليه أثناء مدة سريان العقد⁽²⁾، مما يدل ذلك على إن أثر العقد يمس الطرف والخلف والغير في آن واحد⁽³⁾.

وإزاء هذا التباين في تلك الفاعلية تباينت المواقف الفقهية في مدى جدية الأخذ بفكرة الأثر الحقيقي للخيار على القوة الملزمة للعقد وبالنسبة لتقرير الحقوق الناشئة عن العقد ومدى الاعتراف بها لصالح مكتسبيها، إذ أن المعتاد عليه في العقود هو الأخذ بفكرة الأثر الأقوى لها⁽⁴⁾ من حيث ما ينشأ لأطرافها من حقوق والتزامات حاسمة بذلك المراكز القانونية للأطراف، ويكون ذلك عندما يسير العقد سيراً طبيعياً لا يعترى سبيله أي عامل من العوامل التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي تقريراً للأثر الأقوى له⁽⁵⁾.

وحيث تشير النظرية العامة للعقد إلى أن عماد مصادر الالتزام هو العقد، فالعقد ملزم لعاقديه من لحظة ولادته، غير أن دخول الحق في الخيار على العقد يمثل بمثابة الفرصة المتاحة للأطراف أو لأحدهما

(1) غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج1، شركة العاتك، القاهرة، دون سنة نشر، ص243.

(2) نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1986، ص9.

(3) غني حسون طه، ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج1، المصدر السابق، ص244 وما بعدها.

(4) ضمير حسين المعموري ونبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، 2008، ص265 وما بعدها.

(5) راجع في ذلك: مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1987، ص229، وكذلك نص المادة (211) القانون المدني العراقي، وم(373) القانون المدني المصري، وم(1234) القانون المدني الفرنسي، وعن عامل القوة القاهرة. أنظر: حامد شاكر الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2002، ص137.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور ايااد حسن

للتحفظ من مدى لزوم العقد، أما لسببٍ ناشئ من لحظة إبرام العقد عن طريق اشتراط خيار من الخيارات، أو لسبب طارئ بعد إبرام العقد وذلك بالنظر إلى الأسباب التي يجد المشرع فيها ضرورة تشريع الخيار لسبب طارئ حينما يظهر في المعقود عليه أمراً يجعله المشرع موجباً لقيام الخيار، مما يجعل الحق في الخيار المادة الخصبة لتقييد لزوم العقد⁽¹⁾.

واستناداً إلى حديث الرسول (ص) (المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)⁽²⁾، فالفقه الإسلامي يقر للأفراد بإنشاء أيّ كان من العقود وتضمينها ما شاءوا من الشروط ولو بشكل نسبي بما يتفق والغايات المنشودة⁽³⁾ المبدأ الذي تلقفه المشرع العراقي وصاغه بموجب أحكام ذابت في نص المادة (131) من القانون المدني العراقي والذي لا مثيل له في القانون المدني المصري، إذ نصت بالقول (1) - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة، 2- كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً⁽⁴⁾.

فالعقد هو قانون عاقدية، إذ يتدرج العقد من حيث قوته فيبدو في صورته الإيجابية (منعقد، صحيح، نافذ ولازم)، وفي صورته السلبية (باطل، فاسد، موقوف وغير لازم أو مخير)، ولكن تبقى الصورة الأصلية والسليمة للعقد هو أن يكون عقداً لازماً وما يطرأ عليه من شروط فهي أمور عارضة على لزومه.

ومن ذلك بدا لزاماً أن نبين مدى تأثير الحق في الخيار على إلزامية العقد، ونبتدئ القول في ذلك أن العقد يعتبر من أهم الوسائل القانونية الفعالة لضبط المعاملات بين الأطراف⁽⁵⁾، وعندما ينشئ الأطراف عقداً ما فهم لا ينشئون حالة قانونية تربطهم وحسب بل إنهم يضعون وينشئون قواعد قانونية يلتزمون باحترامها وتطبيق ما ورد فيها من بنود ويلتزم الآخرون باحترام الآثار التي يربتها العقد بين طرفيه، مما

(1) عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المصدر السابق، ص 10.

(2) أخرجه الترمذي في كتابه الأحكام، باب الصلح بين الناس، ج3، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1352 هـ ، ص 403.

(3) فالقاعدة الفقهية تقضي بأن (العبادات إنذن والمعاملات طلق) أي أن العبادات لا تكون إلا بإذن الشارع، أما المعاملات فلا يشترط لصحتها سوى عدم ورود نص يحرمها أو يحظرها. محمد سراج، نظرية العقد، المصدر السابق، ص 318.

(4) تقابل المادة (164) القانون المدني الأردني، والمادة (266) القانون المدني اليمني.

(5) عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1991، ص 1.

أصبح من غير الممكن أن يتدخل شخص آخر من غير المتعاقدين لتعديل بنود العقد في الوقت الذي يكون ذلك رهناً بيدهم⁽¹⁾.

ويبرر جانب من الفقه القانوني⁽²⁾ ذلك في أن الأثر النسبي للعقد مستمد من مبدأ سلطان الإرادة، إذ ليس للعقود من أثر إلا بين أطرافها وخلفائهم، وهذا الأثر لا يمس الغير حيث إنه لا يتمكن من تلقي الحق إلا بإرادته واختياره، كما ولا يمكن التمييز والفصل بين الطرف في المصدر والطرف في الأثر، فأثر العقد لا يمكن أن ينصرف إلى الشخص الذي لم يشارك في طقوس إبرامه، ولم يكن بالإمكان انصراف آثار العقد إلى الشخص الذي لم يشارك في إنتاج آثاره بإرادته من ذلك فرض تلازم بين وصف العاقد في المصدر وبين وصف الطرف في الأثر.

وهذا مسلك جانباً من الفقه الفرنسي إذ يرى بأن إقرار مبدأ سلطان الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد يجعل من العقد بمثابة أداة تأمين ضد تغير ظروف العلاقة العقدية، حيث إن العقد ليس مجرد علاقة شخصية تربط بين أطرافه بل على العكس من ذلك إن العقد يولي الاعتبار والاهتمام للأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي يروم تحقيقها إضافة إلى تشكيل آلية يتمكن الأطراف بموجبها التنبؤ بكل ما يطرأ في المستقبل على لزوم العقد أو أثناء فترة تنفيذه⁽³⁾.

وفي اتجاه مغاير لما سبق وهو ان هنالك من يقر بأن المساواة هي أساس القوة الملزمة للعقد، حيث إن العقد ملزم من الناحية الدينية والقضائية وأن أساس تحقيق صفة اللزوم في العقود يوجد في مبادئ (العدالة التبادلية)، إذ يعتبر من المبادئ التي تسود العلاقات بين الأفراد ويكون قادراً على الموازنة بين المنافع والأداءات بالنسبة لأطراف العلاقة العقدية⁽⁴⁾.

(1) Larroumet (CH), Droit civil introduction aletude du droit praive, Tom 15, econonisa call, Droit Civil, 2008, N°24 et 25, P.17 et P.18.

(2) السنهوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص99؛ جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيو، مفاعيل العقد وآثاره، المصدر السابق، ص423. محمد عاطف كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، مصر، 1976، ص176.

(3) Ghestin (J), La formation du contract, Op Cit, P.78.

(4) نورس عباس العبودي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد-كلية القانون، 2018، هامش رقم (2)، ص160.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

ولكن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي⁽¹⁾ يرى أن إلزامية العقد تجد أساسها في القانون وذلك لأن العقد لا يملك تلك القوة بذاته ولا يجد أساس ذلك في سلطان الإرادة، حيث إن هنالك عوامل عديدة تتكفل في تحديد مضمون العقد وآثاره بعيداً عن الإرادة مما يثير الشك حول سلامتها كأساس للقوة الملزمة للعقد. والحجة في ذلك هو أن الفقه يجد بأن القوة الملزمة للعقد لا تثار أو لا يكون لها دور إلا عند رفض أحد الأطراف تنفيذ الالتزام والذي يجعل من ذلك أن تظهر القوة الملزمة للعقد بمعناها الفني باعتبارها التزاماً محدداً يتمثل في أن العقد ينشئ قاعدتين أساسيتين، القاعدة الأولى قاعدة قانونية تقرر مخاصمة الأغير بضرورة التزامهم باحترام العقد وعدم المساس بأحكامه، والقاعدة الثانية هي قاعدة قانونية أمره أو ناهية تخاطب الأطراف ذاتهم وتلزمهم بمضمون العقد⁽²⁾.

ويعود ذلك لسببين (أولهما): أن المتعاقد ينفذ التزامه العقدي بإرادته وعنصر الإلزام في ذلك يجد أساسه في القانون وليس في الرابطة العقدية ذات المصدر الإرادي، و(ثانيهما) أن القوة الملزمة للعقد ذي المصدر الإرادي تجد أساسها في القانون⁽³⁾.

مبرر آخر وهو أن الظروف التعاقدية هي التي روعيت عند وضع النصوص التشريعية وهي التي كانت وراء سيادة مبدأ سلطان الإرادة، فكان من الضروري إعادة النظر في كل نظام قانوني يحكم العقود نتيجة لظهور أنواع جديدة من المعاملات القانونية غير المألوفة في النظرية التقليدية للعقد⁽⁴⁾، كما وإن أغلب الفقه الذي يتناول المجموعة العقدية بالبحث يرى أن مبدأ المفعول النسبي يقف عائناً أمام قيام تلك المجموعة التي تناولوها في كنف أبحاثهم والذي لم يكن بحثاً بشكل مختص في حل إشكالية الطرف في العقد، خاصة إذ ما أخذنا بنظر الاعتبار المفهوم المتحول والمتغير للعقد، ومن ثم فإن مجموعة العقد أصبحت من أهم مظاهر المرونة في التصرفات القانونية⁽⁵⁾.

ومن أجل تبرير بقاء أثر الحق في الخيار على القوة الملزمة للعقد واستمراره حتى في مواجهة الخلف، وبغض النظر عن مصدر تلك القوة ينبغي إيجاد الحد الفاصل بين مرحلة تكوين العقد ومرحلة

(1) Gibeili, La relativite de conventions et les groups de contracts, Op.Cit, P.69, et Carre De Maibery , Confrontation de les theorie de la formation du droit par degrees, Sivery 1933, N°57, P.90, et Batifole (H), Le crise du contract et saportee, archives de philosophie du droit du sociologie suridigue, 1968, P.13.

(2) محمد عبد الوهاب الزبيدي، تدرج القواعد العقدية، المصدر السابق، ص84 وص85.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، ج1، الأحكام العامة، المجلد (1)، ط5، 1992، ص210. -Kelson (H), La there ie juridique de la convention, APD, 1940, N°90, P.36.

(4) سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المصدر السابق، ص33.

(5) Gibeili, La relativite de conventions et les groups de contracts, Op.Cit, P.227.

تنفيذه، فهذا يمثل الشيء الوحيد لتبرير بقاء ذلك الأثر⁽¹⁾، كما ينبغي ضرورة توسيع مفهوم العقد وعدم حصر نطاقه ومفهوم الطرف فيه بالشخص الذي شارك بإرادته في إبرام العقد، ويتم ذلك من خلال طرح المفهوم الموضوعي للعقد والذي يُشير إلى أن كل من سيشترك في عملية تبادل المنافع التي يهدف العقد إلى تحقيقها فهو يعتبر طرفاً ويكون الرائد في ذلك مبدأ حسن النية⁽²⁾.

وكل ما تدل عليه الفقرات المتقدمة هو أن القوة الملزمة للعقد مرت بمراحل هيمنت الإرادة في بدايتها على العقد واعتُبرت هي المصدر الوحيد للالتزام فيه، بعد ذلك تقرر القانون كأساس لمبدأ الحرية التعاقدية والذي لا يستمد قوته من إرادة الأطراف وإنما من نص القانون⁽³⁾.

المطلب الثاني

سريان الأثر في مواجهة الخلف

يبحث الفقه المعاصر مسألة سريان اثر القوة الملزمة للعقد تجاه الخلف في كنف فكرة العدل التبادلي كأساس للتوازن العقدي، وتتجلى الفكرة الأساسية منه في أن العقد في مفهومه يقوم بدور نقل وتبادل المنافع الاقتصادية بين الأطراف وخلفائهم، أما الأمان التعاقدية فينتقل من الفكرة الأساسية التي تقضي بأن التقاء إرادتين لتبادل ثروة أو مصلحة أو دين تكمن في ثقة الأشخاص الذين أبرموا التصرف القانوني، والتي تتمثل في إمكانية ضمان أحدهما للآخر حقوقه التي من أجلها أبرم العقد ومدى قابلية انصراف تلك الحقوق إلى الخلف، مما يوفر الأمان التعاقدية للأطراف والذي هو ليس بقاعدة قانونية وإنما يستنتج من جوهر النشاط العقدي⁽⁴⁾.

ومن أجل ذلك اتجه الفقه الفرنسي نحو أن ثمة حالات تتيح توسيع القوة الملزمة للعقود إلى خارج دائرة المتعاقدين وتبقى محترمة لمقتضيات العدالة التبادلية⁽⁵⁾، ويتجلى ذلك في حالتين:
الحالة الأولى: عندما يكون الدين عبارة عن مبلغ من النقود يطالب به الغير ويمثل ذلك المبلغ المقابل للالتزام الذي يخضع له الغير والذي ينتفع منه المدين المتعاقد، فعلى سبيل المثال في حالة الإيجار من الباطن فإن دعوى الإيفاء المقدمة من المؤجر ضد المستأجر من الباطن ترمي إلى تنفيذ البديل للالتزام

(1) سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المصدر السابق، ص 208.

(2) Gibeili, La relativite de conventions et les groups de contracts, Op.Cit, P.132.

(3) Gibeili, Op.Cit, P.92.

(4) Chistin, Traite des contract la formation, L.G.D.J, 1995, P.145.

(5) Gibeili, La relativite de conventions et les groups de contracts, Op.Cit, P.69.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور ايااد حسن

المقابل والمتمثل بنقل الانتفاع بالمال موضوع الإيجار الملقى على عاتق المؤجر والذي ينتفع منه المستأجر⁽¹⁾.

الحالة الثانية: عند خرق الالتزام العقدي من طرف المدين العقدي فسيسبب ذلك ضرراً ليس فقط للدائن العقدي وإنما للغير أيضاً، فوفقاً لنظام المسؤولية المدنية ووفقاً للعدالة التبادلية يستوجب التعويض عن الضرر الناشئ عن العقد، حيث إن الغير تعرض للضرر والسبب في ذلك يعود إلى أن الالتزام الذي يعد بمقتضاه دائماً مطابقاً للالتزام الذي يربط بين الدائن العقدي المباشر والمدين العقدي، وفي هذه الحالة فإن توسيع القوة الملزمة للعقد لا يخترق ولا يعتدي على مبدأ العدالة التبادلية⁽²⁾.

الأمر الذي جعل من القوة الملزمة للعقد تعتبر بمثابة الآلية التنفيذية لتحقيق العدالة العقدية بين أطراف العقد، فهي تحدد كل ما لهم وما عليهم، مما يعني ذلك أن القانون أساس لتلك القوة وأن تدخله في تنظيم العقود كافة يعود لطبيعة الحياة القانونية التي تستوجب التنظيم والتي هي ميزة من ميزات المجتمع المحترم للقانون⁽³⁾، ويسري ذلك في مواجهة كافة سواء كانوا أطرافاً أو خلفاء في العقد أو حتى من الغير⁽⁴⁾. فقد فهمنا من الطرح التقليدي السابق للقوة الملزمة هو إنها تشكل عائقاً أمام حل إشكالية انصراف أثر العقد إلى الخلف أو الغير للتوصل إلى تكريس نظام المجموعة العقدية، الأمر الذي استدعى توسيع مفهوم الالتزام⁽⁵⁾، رغم أن جانباً من الفقه⁽⁶⁾ يرى خلاف ذلك، إذ يرى أن الخلف يمكن أن تطاله القوة الملزمة من دون تغيير في صفته، إذ يبقى بالرغم من ذلك من فئة الغير.

ومن ذلك نرى أن الفقه الفرنسي⁽⁷⁾ على حق عندما يقرر بأن توسيع مبدأ القوة الملزمة للعقد بعد أن يكون القانون أساساً له وليس الإرادة يمكن ذلك من طرح مفهوم حديث للطرف في العقد والذي يُعد بدوره آلية لتكريس مبدأ التوقع من جهة ووسيلة لتحقيق مبدأ العدالة التبادلية من جهة أخرى، مما يمكن ذلك تبعاً من إمكانية الغير والخلف بالاحتجاج بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه.

⁽¹⁾ وللمزيد عن ذلك أنظر عادل ناصر حسين، انتقال الحقوق والالتزامات الواردة في عقد الإيجار المبرم مع الزوج إلى الزوجة ماعدا بدل الإيجار (تعليق على حكم محكمة التمييز)، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، المجلد الأول، 2017، ص45-48.

⁽²⁾ Gibeili, Op.Cit, P.158.

⁽³⁾ نسيم رفيق، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المصدر السابق، ص327.

⁽⁴⁾ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الألتزام، المصدر السابق، ص294.

Chestin, Traite des contracts la formation, Op.Cit, P.145 et P.146.

⁽⁵⁾ Gibeili, Le relative, Op Cit, P.157.

⁽⁶⁾ Chistin, Traite des contracts la formation, Op.Cit, P.85.

⁽⁷⁾ Gibeili, la relative de convention, Op cit, P.92 et P.95.

حيث نتيجةً لتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية، فقد تعرضت النظريات التي قيلت بصدد بيان أساس لزوم العقد إلى انتقادات شديدة، الأمر الذي جعل من ذلك ضرورة البحث عن أسس جديدة لها، وبما أن الواقع الاجتماعي يمثل المحيط الذي ينشأ فيه أي نشاط قانوني فلا يمكن الفصل بينه وبين القانون، مما أدى ذلك إلى انحصار النشاط العقدي لعدم تطور النشاط الاقتصادي وحركة التصنيع، فهيمنت الإرادة من جديد على تفسير إلزامية العقد.

مما ساعد ذلك اتجاه الفقه في البحث عن أسس أكثر واقعية للقوة الملزمة في العقد، حيث اتجه الفقه في الوقت الحاضر للبحث في قواعد مبدأ العدالة التبادلية بغية تحديد مضمون حقوق الطرف وحقوق خلفه انطلاقاً من البحث في مبدأ النسبية لتكريس مبدأ العدالة التبادلية⁽¹⁾.

وهذا ناجم عن أن فكرة العقد تبنى أساساً على فكرة التوقع، إذ هو يمثل عملاً يطمح الأطراف إلى تحقيقه في المستقبل، فالطرف يتوقع أساساً إمكانية تنفيذ العقد مع الطرف الآخر من قبل خلفه⁽²⁾.
مما اصبح من المألوف والمعقول القول بأن العقد يُعد وسيلة للتأثير في المستقبل، بمعنى أنه سينشئ حقوقاً من الحاضر لتمتد إلى المستقبل، بما ينتج عن ذلك إمكانية القول بأن حق الخيار المقترن بالعقد وسيلة فعالة للتحكم بالماضي والتنبؤ بالمستقبل⁽³⁾.

وحيث أن الأصل في العقود هو اللزوم، فالحق في الخيار لا يشكل سوى أمر عارض وطارئ على العقد وهو قيد استثنائي من أصالة اللزوم، في حين يعتبر عدم اللزوم في العقود غير اللازمة أمر ذاتي فيها ومن طبيعتها لا من شيء خارج عنها⁽⁴⁾، ولما كانت النتيجة المتوقعة من العقود غير اللازمة تتمثل في الفسخ، ولما كان الأخير يشكل عاملاً مشتركاً بين العقود غير اللازمة والحق في الخيار، فإن الأمر يختلف بالنسبة للنتيجة المتحققة عن الفسخ في كل منهما، إذ ليس للفسخ أثر رجعي في العقود غير اللازمة ويكون ذلك على العكس من الفسخ في حق الخيار.

(1) Chestin, Les Effects du contract, edition by L.G.D.J, 1995, P.159.

(2) Chestin, Les effets du contract, Op.Cit, P.193.

(3) Naggar, Le droit d'option, Op.Cit, N°325, P.313.

(4) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص305.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

من ذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها أن مضمون الحق في الخيار شيء ومضمون القوة الملزمة للعقد شيء آخر، فالعقد اللازم لا مجال للإجازة فيه كما سنرى لاحقاً لأن الاستمرار فيه يعني عن إجازته، ولكنه عقد يحتمل الفسخ فقط، أما الحق في الخيار فهو يتيح للمستفيد إجازة العقد أو فسخه⁽¹⁾. كما وإن استعمال المستفيد لمضمون الحق في الخيار سواء كان حق الفسخ أو حق الإجازة يعني أن العقد قد كان غير لازم من جانبه هو، فيجوز له الرجوع عن العقد أو الاستمرار فيه بقرار يتخذه بالإرادة المنفردة، وبنفس الوقت يكون العقد لازماً في مواجهة الطرف الآخر هذا من جانب⁽²⁾. فمن جانب نرى بأن الحق في الخيار سالباً للزوم العقد، إذ يبدو أثره على العقد متمثلاً في مدى التحفظ من انطلاق القوة الملزمة للعقد، ولكن ذلك التحفظ في الخيار يختلف عن أثر الشروط في التحفظ من لزوم العقد، إذ أن اقتران العقد بشرط يهدف منه إلى تعديل مقتضى العقد تحقيقاً لمنفعة أحد الأطراف، أما الحق في الخيار فهو يهدف من التحفظ إلى سلب لزوم العقد وتجميد أثره⁽³⁾.

ومن جانب آخر، فالقوة الملزمة للعقد مبدأ يوجب القانون احترامه وتنفيذه في العقود اللازمة فقط، ولا يتقرر ذلك في مواجهة أي طرف آخر إلا من كان العقد غير لازم بالنسبة إليه، لذلك لا يكون الحق في الخيار يمثل أي اعتداء على القوة الملزمة للعقد بقدر ما يتضمن من مادة خصبة لتقييد مبدأ سلطان الإرادة فيه⁽⁴⁾.

(1) عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المصدر السابق، ص 105.

(2) أحمد السعيد الزقود، حق المشتري في إعادة النظر في عقد البيع بواسطة التلفزيون، المصدر السابق، ص 170 وما بعدها.

(3) عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المصدر السابق، ص 29.

(4) ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 28.

المبحث الثالث

الأثر الرجعي بعد استخدام الحق في الخيار

تمهيد وتقسيم

كان ولا زال الفقه يضع كلمته في رسم الحدود العامة لمدى انصراف أثر الحق في الخيار إلى الماضي أو من لحظة استعماله، كما وإن التحليل المنطقي لأية فكرة قانونية يطرحها الفقه للاجتهد يجب أولاً استظهار معناها وحقيقتها والطبيعة التي تتمتع بها، ومن ثم البحث في مدى انطباقها على العقود والتصرفات القانونية⁽¹⁾، وما ينشأ عنها من حقوق، كل ذلك من أجل أن تكون الدراسة علمية وسليمة.

فالفقه يعرف الأثر الرجعي للحق في الخيار بأنه (ثبوت الحكم في الحال لتحقيق علته، ولكنه يثبت مستنداً ومضافاً إلى وقت سابق معين تحققت فيه علة ذلك الحكم)، ففي خيار الشرط مثلاً يستند الحكم إلى وقت تحقق سببه فيما لو اختار المستفيد إجازة العقد ولو بعد مرور مدة طويلة⁽²⁾.

مما جعل الفقه يتجه نحو تقرير أن فاعلية الأثر الرجعي إن وجدت فهي متباينة التأثير تجاه أطراف العقد وخلفائهم، وحتى بالنسبة للغير الذي يتعامل معهم، فعلى سبيل المثال لو حكم ببطلان عقدٍ ما فإن العقد يزول بأثر رجعي بحق أطرافه وفي حدود غير تامة تنتقل الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف فيما لو توفي أحدهم أو تصرف أحدهم بالمعقود عليه أثناء مدة سريان العقد⁽³⁾، مما يدل ذلك على إن أثر العقد يمس الطرف والخلف والغير في آنٍ واحد⁽⁴⁾.

ومن أجل بيان اثر استخدام الحق في الخيار من ناحية رجعية اثاره وفي كلا الخيارين الفسخ والأجازة، سنعمد نحو تقسيم المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول خيار الفسخ واما خيار الاجازة سنبحثه في المطلب الثاني.

(1) غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج1، شركة العاتك، القاهرة، دون سنة نشر، ص243.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج3، المصدر السابق، ص269.

(3) نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1986، ص9.

(4) غني حسون طه، ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج1، المصدر السابق، ص244 وما بعدها.

المطلب الأول

خيار الفسخ

بادي ذي بدء ينبغي علينا ان نحدد المقصود من الفسخ، أذ يعرف الفسخ في اصطلاح الفقه القانوني فيُعرف بأنه (جزء عدم تنفيذ أحد العاقدين لما رتبته العقد في ذمته من التزامات)⁽¹⁾، أو هو (انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ أو للامتناع عنه أو للإخلال به)⁽²⁾.

والأسباب متعددة في الفسخ، إذ يقرر الفقه الإسلامي الفسخ⁽³⁾ بأكثر من حالة تتمثل في الإخلال بتنفيذ الالتزام، العقود غير اللازمة كالوكالة والوديعة والإعارة، الخيارات، فساد العقد إذا لم يطرأ ما يمنع الفسخ⁽⁴⁾، خيانة الأمانة في بيوع الأمانة، إفلاس المشتري أو إساراه بعد القبض وقبل دفع الثمن والظرف الطارئ إضافة إلى كل ما يجعل العقد قابلاً للإبطال في القانون يجعله قابلاً للفسخ في الفقه الإسلامي⁽⁵⁾.

والفسخ لا يُدرج ضمن العيوب التقليدية للرضا، وإنما يتعلق بالرضا ذاته ليس في شكله التقليدي، وإنما في مظهره الجديد وهو عيب التسرع في التعاقد، إذ لا يتحدد مجال الحماية فيه بالنظر إلى سلوك ومركز المتعاقد الآخر، وإنما ينظر إلى ضرورة حماية المستهلك من ضعفه الشخصي وعدم خبرته في موضوع المعاملة العقدية⁽⁶⁾.

من ذلك اصبح إن للفسخ في مضمون حق الخيار يبدو من أحد الوسائل القانونية لحماية حق المستهلك في الوقت الذي تتسم فيه العقود الاستهلاكية بعدم وجود صلاحية التفاوض من جانب المستهلك، وبذلك قررت محكمة النقض الفرنسية بأن (خيار الفسخ ليس بنداً جزائياً قابلاً للتخفيض من قبل القاضي)⁽⁷⁾،

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، المصدر السابق، ص611.

(2) المحمدي أحمد أبو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص36.

(3) أقرب القوانين لحالات الفسخ في الفقه الإسلامي هو القانون المدني العراقي وذلك في المواد (177) وستناولها بالبحث لاحقاً، والقانون المدني الأردني في المواد (170-198) والقانون المدني اليمني في المواد (222-260).

(4) الزيلعي، تبين الحقائق، ج4، المصدر السابق، ص64.

(5) عبد الرحمن جمعة الحلالشة، بيع ملك الغير، ط1، دار وائل، عمان، 1998، ص154 وما بعدها. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص58.

(6) Berenger (F), Le droit commun les contracts a l'epreuve du droit speciale de la consummation, renouvellement, Tome 1, Presses universitaires d'alx Marseille, Paris, 2007, P.58.

(7) قرار محكمة النقض المدنية افرنسية 3، 15 شباط/ فيراير 2006.

حيث لا يتوقف معنى الفسخ في حق الخيار على الإخلال بتنفيذ الالتزام حتى يُشرع الفسخ، كما هو الحال في النظرية العامة له، فالفسخ في حق الخيار يمكن إعماله رغم تنفيذ العاقد الآخر جميع التزاماته ودون الحاجة إلى حكم، وإنما يترتب ذلك بصورة تلقائية ويتوقف على محض إرادة الخلف من استعمال حقه والذي قد تقرر مقدماً لسلفه⁽¹⁾.

مما يدل ذلك على إن النظرية العامة للفسخ في الالتزامات كافة تختلف عن مضمون الفسخ في حقوق الخيار، فالفسخ في النظرية العامة يحمل وظيفة مزدوجة، فهو وسيلة من وسائل حماية الضمان العام من جانب الدائن، ومن جانب المدين يتمثل في صورة جزاء قانوني قائم على أساس الارتباط في تنفيذ الالتزامات، وهذا ما يقضي به أصل اللزوم وهو التنفيذ العيني الذي يحتمه مبدأ حسن النية في العقود⁽²⁾.
فالفسخ نظام مقتصر على الرابطة العقدية فأية علاقة تكون بين طرفين إن لم تكن عقداً لا يرد عليها الفسخ، وليس معنى ذلك أنه لا يجوز نقضها أو العدول عنها، فهذا أمر جائز في الحدود التي يقرها القانون⁽³⁾.

الأمر الذي ابرز خصوصية العقد المقترن بخيار، إذ يكون عقد لازم من جانب وغير لازم من جانب آخر، أو قد يكون غير لازم في حق الطرفين على السواء، فالمستفيد من الخيار لا يلتزم بالعقد أصلاً وحكم العقد لا يسري في مواجهته، وعليه لا ينتقل ملك ما بيده إلى يد من له الخيار طول مدة الخيار، وهذا ما يخالف العقود التبادلية في أصلها العام من حيث تبادل المنفعة بين الطرفين⁽⁴⁾.
وهناك من يعرض تبرير ذلك الموقف من الفقه القانوني⁽⁵⁾ في القول (إن الفقه الإسلامي يعرف نظرية الفسخ ولكنه في غير الأحوال التي يكون العقد فيها غير لازم بطبيعته أو غير لازم لقيام خيار من الخيارات، فهو يضيق من المدى الذي تفسخ فيه العقود تضييقاً ملحوظاً، وسبب ذلك واضح فإن فسخ العقد أي حله بعد عقده يُعد أمراً خطيراً، فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ما أمكن).

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المصدر السابق، ص273؛ وكذلك: عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن العقد في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد الثاني، 2018، ص111.

(2) حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق، ص32. المحمدي أحمد أبو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص41.

(3) مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، المصدر السابق، ص5.

(4) شفيق أيوب، خيار الشرط في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص104.

(5) السنهوري، مصادر الحق، ج2، المصدر السابق، ص215.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

إضافةً إلى ذلك، فإن جانباً منهم⁽¹⁾ يرى أنه حتى في القوانين محل المقارنة نجد نصوصاً تقصر نطاق الفسخ على العقود الملزمة للجانبين وذلك في المادة (1/177) ق.م. العراقي والتي نصت بـ(1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ...)⁽²⁾، وكذلك نص المادة (1/157) من ق.م. المصري حيث تضمنت ذات المضمون الوارد في النص المماثل من القانون المدني العراقي⁽³⁾.

أما موقف القانون المدني الفرنسي، فنجد الحكم يتقرر في المادة (1184) منه، إذ نصت على (يعتبر الشرط الملغى مفترضاً على الدوام في العقود المتبادلة، وذلك في الحالة التي يتمتع فيها أحد الطرفين عن تنفيذ تعهده)⁽⁴⁾.

وعن الفقه الفرنسي فيتأسس الحق في الفسخ من وجهة نظرهم استناداً إلى قواعد العدالة ومبدأ حسن النية⁽⁵⁾، فالفسخ عندهم حق إرادي محض يبتعد عن فكرة الجزاء المعروفة بموجب النظرية العامة للفسخ، كما ولا يترتب على المستفيد دفع أي تعويض وذلك بالنظر إلى هدفه المتمثل في حماية رضا المستفيد من الحق سيما تعلقه بمهلة التريث والتهمل عند إبرام العقد.

(1) السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص778.

(2) يقابل نص المادة (221) القانون المدني اللبناني والمادة (239) القانون المدني اليمني ولا مثل ذلك النص في القانون المدني الأردني.

(3) أحمد نجيب الهلالي بك، شرح القانون المدني في العقود، ج1، البيع، الحوالة والمقايضة، مطبعة الاعتماد، بغداد، 1925، ص471، وخروج المشرع الفرنسي عن تلك القاعدة، أنظر المواد (816-824) من ق.م. الفرنسي.

(4) Article (1184) Code civil Francais (Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien).

مشار إليه لدى:

Dalloz, Droit civil laws, 2009, Op.Cit, N°2, P.118.

(5) القضاء الألماني تبني مبدأ حسن النية كأساس لإبطال الشروط التعسفية في العقد استناداً إلى نص المادة (142) من القانون المدني الألماني والتي يفهم منها ضرورة العلم بوضع الطرف الآخر من مدى إمكانية فسخ العقد أو كان من المفترض أن يعلم بمدى صحة المعاملة العقدية، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية. راجع نص المادة أعلاه والتي قضت بـ:

(1) If a voidable legal transaction is avoided, it is to regarded as having been void from the outset. (2) A person who knew or ought to have known of the possibility of avoidance is treated, in case of avoidance, as if he had known or ought to have known of the invalidity of the legal transaction).

حيث ان حق الفسخ في الفقه الفرنسي لا يمثل ممارسة أية اعتداء على مبدأ الرضائية في العقود بقدر ما يحتويه من اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك بالنظر إلى أن تكوين العقد يتراخى إلى نهاية الأجل الذي يتضمنه حق الخيار خصوصاً فيما لو مارس الخلف مضمون ذلك الحق في الفسخ، ومن ثم يُعد ذلك علاجاً قاسياً لحماية رضاه وإن كان لا يُشكل اعتداءً على مبدأ رضائية العقود بقدر ما يحمله من إهدار للقوة الملزمة لها⁽¹⁾.

ويمكن تلطيف ذلك الأثر بالنظر إلى أنه لا يمكن إعمال القواعد التقليدية التي يكرسها مبدأ سلطان الإرادة في مصلحة صاحب الحق في الخيار وذلك باعتبار أن قواعد القانون المدني تعند بالمساواة القانونية، معنى ذلك ضرورة أن ينظر إلى المتعاقد الآخر فقد يكون رجلاً عادياً أو متوسط الحيلة والحذر، بينما قد يكون صاحب الحق في الخيار طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية، ومن ثم يصبح تدخل القانون أمراً ضرورياً لحمايته بموجب قواعد خاصة، ومن خلال تكريس حق الخيار لمصلحته وذلك بالنظر إلى إمكانية فسخ العقد إن شاء، ومن ثم تصبح هذه القواعد استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽²⁾.

واساس الفسخ لا يقتصر على نوع واحد من العقود، إذ ان للفسخ في التصرفات المتعلقة كما النافذة أثراً رجعياً مستنداً إلى وقت إبرام التصرف، وهذا ما كان مجالاً للبحث عند أغلب شراح القانون⁽³⁾، حيث يمثل الأثر الرجعي للفسخ تنويجاً للقواعد التي تحمي حق الملكية، إذ بموجبه تعود الملكية خالية من القيود والحقوق التي ترتبت عليها وذلك بفضل رجعية الفسخ.

بالشكل الذي جعل من محاولات الفقه لتبرير عدم رجعية أثر الفسخ محاولات مصطنعة، حيث على الرغم من أن مبدأ الرجعية في الفسخ من المبادئ المستقرة في القانون المدني إلا أن هنالك من يقترح بها لأنهم يرون أنها تبسط ظلاً كثيفاً على النظم القانونية وتهدر كثيراً من الحقوق حتى وإن كانت الغاية من الرجعية تنظيم العلاقات بين أطراف العلاقة العقدية المفسوخة، إلا أنها لا تثار في أغلب العقود، كالعقود الواردة على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فلا يمكن القول بالأثر الرجعي فيما لو عُهد إلى طبيب

(1) Carbonner (J), Les beins, Les obligation, Tom 2, PUF, 2004, P.221 et Berenger (F), Le droit commun, Op.Cit, P.82.

(2) Berenger (F), Le droit commun, Op.Cit, P.397.

(3) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي (للفسخ كأصل عام أثر رجعي يرتد إلى تاريخ إبرام العقد)، مصادر الالتزام في القانون الكويتي، ج1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون دار نشر، الكويت، 1983، ص178.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

بإجراء عملية جراحية وياشر فيها ولكنه لم يبذل العناية المعتادة، فبماذا يفيد الأثر الرجعي حينئذ، إذ لا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك ورغم تقرير رجعية الفسخ في العقود إلا أن جانباً من الفقه القانوني⁽²⁾ يقصر نطاق تطبيق رجعية الفسخ على العقود فورية التنفيذ دون المستمرة رغم عمومية النصوص المقررة للفسخ، ولما كان العقد المقترن بخيار من الخيارات من العقود الزمنية فلا رجعية للفسخ فيها من وجهة نظر هذا الاتجاه، وإنما يكون الفسخ إلغاءً للعقد تمييزاً عن الفسخ العادي الذي يلحق العقود الملزمة للجانبين فورية التنفيذ⁽³⁾.

وحجتهم في ذلك هي استنادهم إلى نظرية الاستحالة، والتي تعتبر من إحدى الحالات التي يبرر فيها الاتجاه الرافض لفكرة الأثر الرجعي في الفسخ والتي لا تتعلق بطبيعة العقود المستمرة، فهم يرون أن مثل هذه العقود يقصد فيها الزمن لذاته، إذ يعتبر الزمن هو المعقود عليه وما فات منه فلا يمكن استرجاعه، فعندما يفسخ عقد الإيجار لا يتمكن المستأجر من أن يقوم برد المنفعة التي حصل عليها، فالمدة انقضت وبقيت محتفظة بآثارها حتى مع الفسخ⁽⁴⁾.

ومن كل ما تقدم نجد أن اختلاف الفقه في تقرير الأثر الرجعي للفسخ من عدمه قد يعود إلى جدية الآثار التي تترتب على تلك الرجعية، لذا ومع حق الخلف في فسخ العقد يتطلب الأمر منه أن يتخذ قراره في الفسخ بصورة قاطعة الدلالة⁽⁵⁾، إذ يجب أن يكون من يختار الفسخ مؤهلاً لهذا الخيار بحيث يكون في وضع

(1) نبراس ظاهر جبر، الحد من الأثر الرجعي للفسخ، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الثامن، 2017، ص160.

(2) السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص478؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص376؛ مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، المصدر السابق، ص356؛ حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق، ص50 وص51 وص54؛ سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، المصدر السابق، ص16. وعن الفقه الفرنسي أنظر:

Laurent, Principes de droit civil francais, Op.Cit, P.121, Capitant, De la cause des obligation, Op.Cit, P.350, Carbonnier, Droit civil, les obligation, Op.Cit, P.294.

(3) ياسر كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص21.

(4) راجع: ياسر الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، المصدر السابق، ص11 وما بعدها.

(5) خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقص، ط3، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، دون سنة نشر، ص1020.

يجعله قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وذلك بالنظر إلى أن الفسخ يمثل قراراً قاسياً في بعض الحالات⁽¹⁾.

ومع ملاحظة أن القانون المدني العراقي يقر بفكرة الأثر الرجعي للعقد، فإذا تحقق شرط الخيار باستعمال المستفيد لحقه في الفسخ، فإن آثار العقد تزول من لحظة انعقاده لا من وقت استعمال الحق وتحقيق الشرط، إذ يلتزم المشتري بإعادة المبيع إلى البائع ويلتزم البائع بإعادة الثمن إلى المشتري⁽²⁾. وهذا ما اقر به المشرع العراقي، إذ اعتبر العقد المعلق على شرط الخيار عقداً ناقلاً للملكية وذلك في المادة (509)، إذ نصت على (.....)، لا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي).

وأما القانون المدني الفرنسي، إذ نجد المشرع يجعل من تبعة الهلاك على المشتري كأصل عام، فهو يتحمل ذلك بمجرد انعقاد العقد وسواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً مادامت الملكية قد انتقلت إلى المشتري وكان البائع قد نفذ التزامه الرئيسي وهو نقل الملكية، إذ يعتبر التسليم في ظل هذا القانون بمثابة التزام تبعي طبقاً لحكم المادة (1138)⁽³⁾ التي قضت ب(يكون التزام تسليم الشيء تاماً برضاء الأطراف المتعاقدين وحده،

(1) الفقه الإنكليزي يرى في حق الفسخ وأثره الرجعي، مما يمكن للمتعاقد الخيار بين إجازة العقد أو فسخه نتيجة الغش، فإذا وجدت حالات الغش يصبح العقد قابلاً للإبطال وللطرف المخدوع الخيار بين إجازة العقد أو فسخه ويترتب على الفسخ أثر رجعي مستنداً إلى الماضي، ولكن القضاء الإنكليزي يشير إلى أن رجعية الفسخ لم تكن حتمية فيما إذا وقعت حوادث بعد العقد أصبح معها من المستحيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه في الماضي =

(It is a fundamental principle that the effect of misrepresentation is to make the contract voidable and not void, this means that the contract is valid unless and until it is set aside by the representee on discovering the misrepresentation on the representee may elect to affirm or to rejoin the contract).

-Look it, Tretel, Law of contract, Op.Cit, P.251 and P.291.

(2) غزوة إبراهيم كاظم، تبعة هلاك المبيع في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1982، ص89.

(3) يماثل نص المادة (282) القانون المدني اللبناني وم(396) القانون المدني اليمني، وم(207) القانون المدني المصري ولا مثيل لهذا النص في القانون المدني الأردني.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

وهو يجعل الدائن مالكاً ويحمله مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسليمه، ولو لم يتم التسليم على الإطلاق إذا كان المدين قد أذّر بوجوب التسليم، ففي هذه الحالة يتحمل الأخير مخاطر الشيء⁽¹⁾.

مما اثر ذلك على تغذية الرأي في الفقه الفرنسي⁽²⁾ إذ اتجه جانباً من الفقه نحو بيرر موقف المشرع الفرنسي من تقدير تلك الأحكام استناداً إلى قاعدة (الغنم بالغرم)، وبموجبها يلتزم المستفيد من نشاط معين بتحمل تبعه هلاكه، إذ أن الزيادة الحاصلة في المبيع بعد البيع وقبل التسليم تكون للمشتري من دون زيادة الثمن عليه، فيكون من العدل أن يتحمل تبعه الهلاك في ذلك الوقت، وكذلك الأمر بالنسبة للنقص الحاصل في المبيع بعد البيع وقبل التسليم، فإن أي نقص أو هلاك يطرأ على المبيع يتحمل المشتري تبعه ذلك فهو الذي يتحمل خسارة نقص أو هلاك المبيع أو تلفه.

مع كل ما تقدم، نتمكن من القول انه من الممكن استبعاد الأثر الرجعي للفسخ بإعمال الإرادة الضمنية للمتعاقد⁽³⁾، معنى ذلك أنه يجوز للأطراف الاتفاق مقدماً على أن لا يكون للفسخ أثر رجعي وذلك بالنظر إلى أن أحكام الفسخ ليست من النظام العام⁽⁴⁾، ومن ثم يجوز استبعادها، ولكن لا يمكن أن نفترض ذلك دون النص عليه بصورة صريحة ضمن بنود العقد لأن افتراض إرادة الأطراف⁽⁵⁾ على استبعاد الأثر الرجعي للفسخ سيفتح باب التخمين أمام القضاء، إذ يبدو من الضروري النص عليه صراحةً، ومن ثم يصبح

(1) Article (1138) Code Civil Francais: (Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivenc).

(2) Games (R), Bridges- William (D), The second conflicts restatements, California, Law, Val, Li, 1963, P.766, et Colin et Captin, Cours elements, De droit civil, Tome 2, 10 edition, Paris, 1952, P.145.

نقلاً عن: مثني محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007، ص174.

(3) المشرع الألماني لم يأخذ بنظرية إعمال الإرادة الظاهرة بغية استقرار المعاملات، وذلك ما جاء في نص المادة (119) والتي تصت على (كل شخص يستطيع أن يعبر عن إرادته بحرية تامة وكما الإعلان عنها، وأن الخطأ في مضمون تلك النية يعتبر خطأ في ركن التعاقد ولا يجوز الإعلان عن الإرادة إلا بالفهم الحقيقي لمحتوى التعاقد).

-Article (119) from code civil Germany: (1- A person who, when making a declaration of intent, was mistaken about its contents or had no intention whatsoever of making a declaration with this content, may avoid the declaration if it is to be assumed that he would not have made the declaration with knowledge of the factual position and with a sensible understanding of the case).

(4) تعتبر القواعد التي تنظم الفسخ من القواعد المكملة وليست الأمرة والتي يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولكن مع ذلك يجب أن لا يتم استبعادها بالتذرع بوجود اتفاق ضمني أو مفترض اقتضى ذلك.

(5) أنظر في الافتراض ودوره في الأثر الرجعي: عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص150.

استبعاد الأثر الرجعي للفسخ مسألة من مسائل الواقع، فهي تتحقق فعلاً عندما يتم التأكد من أن إرادة الأطراف اتجهت نحو ذلك، مما يجعل ذلك ليس من طبيعة العقود المستمرة وإنما إعمالاً لإرادة الأطراف⁽¹⁾.

المطلب الثاني

خيار الأجازة

تعرف الأجازة بأنها (تصرف قانوني من جانب واحد تتجه فيه إرادة من توقف العقد لمصلحته نحو النزول عن الحق في طلب نقض العقد الموقوف)⁽²⁾.

والإجازة وسيلة لتنفيذ العقد الموقوف وترتيب آثاره عليه، وهذا ما كان مجالاً للبحث لدى فقهاء المذهب الحنفي⁽³⁾، إذ لا نجد مثيلاً لتلك التعريفات لدى غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى، وعنهم أخذ الفقهاء المحدثين أساساً لتعريفهم للإجازة، إذ عرفوها بأنها (تصرف شرعي في العقد بالإبقاء توجب نفاذه وترتب عليه حكمه أما مستنداً إلى وقت وجوده أو مقتصرأ على حال صدوره)⁽⁴⁾.

وعلى المستوى التشريعي فقد تناول المشرع العراقي الإجازة دون تعريفها وذلك في ظل تنظيمه لأحكام العقد الموقوف وفي أكثر من مناسبة، منها ما هو الحال في نص المادة (134) ق.م. العراقي، إذ قضت (1) - إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغيير جاز للعاقدين أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغيير كما إن له أن يجيزه،).

وعن أحكام الإجازة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، إذ نظم كلا القانونين أحكام الإجازة ولكن في ظل تنظيمه لأحكام العقد القابل للإبطال خلافاً للمشرع العراقي الذي اصطلح على ذلك بالعقد الموقوف تأثراً منه بالفقه الإسلامي، لذا فالعقد المقترن بخيار في القانون المدني المصري والفرنسي يصنف ضمن العقود القابلة للأبطال.

(1) ياسر الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، المصدر السابق، ص31.

(2) غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص307.

(3) انظر في ذلك الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المصدر السابق، ص151 وما بعدها، ابن عابدين، رد المحتار، ج4 وحج6، المصدر السابق، 142.

(4) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص202.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياذ حسن

وتتقرر احكام الاجازة في المادة (139) ق.م. المصري، إذ نصت على (1- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية)⁽¹⁾. كما جاء الحكم في نص المادة (1338) من ق.م. الفرنسي، إذ قضت هذه المادة ب(لا يكون سند التأييد أو التصديق على الالتزام يجيز القانون دعوى إبطاله أو فسخه، قانونياً، إلاّ عندما يتضمن جوهر هذا الالتزام ذكر سبب دعوى الفسخ والنية لتصحيح العيب المسند إليه في هذه الدعوى، وفي حالة عدم التأييد أو التصديق، يكفي تنفيذ الالتزام اختيارياً بعد المدة التي يمكن خلالها التأييد أو التصديق قانوناً...)⁽²⁾.

فالإجازة لا تلحق العقد الباطل في ظل أحكام القانون المدني العراقي، واستناداً إلى نص المادة (141) والذي ينص على (إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)، الحكم الذي لا مثيل له في القوانين المقارنة إضافةً إلى إجماع الفقه القانوني على ذلك، فالعقد الباطل والعدم سواء، وكل ما في الأمر هو أن المشرع المصري والفرنسي عبّر عن العقد الذي تلحقه الإجازة بالعقد القابل للإبطال وليس العقد الباطل في ذاته⁽³⁾.

ونظير ذلك الموقف في القانون المصري ، مما جعل جانب من الفقه⁽⁴⁾ يبرر موقف القانون المدني المصري في إلحاق الإجازة بالعقد القابل للإبطال، وذلك من خلال النظر إلى أنه ليس المقصود من العقد القابل للإبطال هو العقد الباطل في ذاته، وإنما القصد من ذلك إلحاق العقد القابل للإبطال بالعقد الموقوف، إذ تلحق الإجازة الأول كما الثاني، فتكون الإجازة بذلك مجرد تنازل الخلف عن حق التمسك بالبطلان، كما هو الحال بالتمسك بالفسخ في العقد الموقوف، دون إضافة أو تغيير في أي عنصر من عناصر العقد،

(1) تقابل نص المادة (236 و237) من القانون المدني اللبناني ولا مثيل لهذا النص في القانون المدني اليمني والقانون المدني الأردني.

(2) Article (1338) Code civil francais: (Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur. Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence).

(3) السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص514؛ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص189؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص285؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، المصدر السابق، ص482؛ حسن علي الذنون، نظرية العقد، المصدر السابق، ص513.

(4) ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1992، ص457؛ حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004، ص208.

فالإجازة لا تتضمن أية إضافة أو استبدال أو انقصاص في عناصر العقد، حيث إن عيب البطلان يبقى قائماً حتى مع إجازة العقد القابل للإبطال.

وغني عن البيان أذ ينقرر الحق في الإجازة إلى كل من وقف العقد لمصلحته، فيملك الحق في إجازة التصرف أو رفضه، ففي التصرفات المقترنة بحق من حقوق الخيار يكون حق الإجازة لأحد الأطراف أو لكليهما أو للخلف بحسب الأحوال أو بحسب قابلية الحق في الخيار للانتقال من عدمه، أما في التصرفات الموقوفة فيكون حق الإجازة للمالك في تصرفات الفضولي، ومن تعلق له حق في المعقود عليه والولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته⁽¹⁾.

وحيث ان المشرع لم يقرر شكلية التعبير عن الإرادة من حيث الأصل، أما قانوناً، فلا يشترط صدور الإجازة بشكلٍ معين وذلك استناداً إلى نص المادة (137) ق.م. العراقي⁽²⁾ وم(1/139) ق.م. المصري، وقد تقدم ذكرها وبموجبها لم يشترط المشرع أن تتخذ الإرادة شكلاً خاصاً في التعبير عن إجازة العقد، فقد تكون صريحة أو ضمنية، ولا مثل لهذا الحكم في القانون المدني الفرنسي. ومن ذلك نستنتج أن الإجازة تبدو بمظهرين، فقد تكون صريحة أو قد تكون ضمنية، فالإجازة الصريحة هي التي يفصح فيها الخلف عن إرادته بطريقة مباشرة ودون الحاجة إلى قرينة تدل عليه كأن يقول "أجزت" أو "رضيت"، أما الإجازة الضمنية فتتمثل بقيام الخلف بأفعال تدل على رضاه كأن يستعمل المبيع الذي تحت تجربته استعمالاً فعلياً يتجاوز فيه قصد التجربة والاختبار الذي كان قد شرع لمصلحة سلفه، ويعد ذلك نزولاً ضمناً عن حقه في الفسخ، أو قيامه ببيع الشيء الذي اشتراه بموجب عقد قابل للإبطال⁽³⁾

ولما كانت حقوق والتزامات المتعاقد الآخر التي رتبها العقد سارية المفعول تجاهه ودون تغيير في مركزه، فلا ضرورة للعلم بالإجازة، فالإجازة تنتج آثارها بمجرد صدورهما ممن يملك الحق فيها ودون الحاجة إلى علم الأخير، وبموجب ذلك يسقط الحق في الإبطال أو الفسخ ويستقر العقد بشكله النهائي⁽⁴⁾.

(1) صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص124-127.

(2) المادة (29) من قانون الإثبات العراقي .

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، المصدر السابق، ص234.

(4) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المصدر السابق، ص214.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

مما جعل ذلك يهدم الحكم الوارد في نص المادة (91) من القانون المدني المصري والتي لا مثيل لها في القانون المدني العراقي والفرنسي، والتي نصت على (ينتج التعبير أثره في الوقت الذي يتصل بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك)، فهذا النص على ما يبدو عليه نص عام مطلق يسري على التصرفات القانونية عموماً، إذ بموجبه يكون الأصل فيه هو علم الطرف الآخر بالإجازة.

فالإجازة تجعل من العقد مع الخيار عقداً لازماً بعد أن كان غير لازم فيستقر العقد بإجازته، فإذا كان من شأن حق الخيار أن يوقف ترتيب آثار العقد، ولكن بإجازته ستترتب جميع آثاره بالنظر إلى أن الخيار كان مانعاً من لزوم العقد ومن ترتيب آثاره⁽¹⁾.

ومن هنا يظهر لنا الأثر المحبذ للإجازة والذي يتمثل في انتهاء حالة الريبة والشك التي تنتاب الطرف الآخر في مواجهة المستفيد من الحق في الخيار وانتهاء الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال، إذ بالإجازة يستقر العقد بصورة نهائية ويصبح باتاً ويكون له أثر كاشف للتصرف غير منثني له ومستنداً إلى وقت إبرام العقد المقترن بحق الخيار⁽²⁾.

وبالرغم من كل ما تقدم، إلا أن مواقف الاختلاف تبقى محتفظة بمكانتها بالنسبة لكل واحد منهم، وبالنظر إلى أثر الإجازة، فأثرها يتحقق مستنداً إلى الماضي في العقد الموقوف، ولكن ذلك يتحقق منذ لحظة إبرام العقد القابل للإبطال مؤكداً ما أنتجه العقد من آثار سابقة ومنصرفاً إلى المستقبل⁽³⁾.

ومن جانب آخر، فإن صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً لاسيما صدورها من الخلف في العقد المقترن بخيار يجعل من آثارها مستندة إلى الماضي، وذلك بالنظر إلى أن الإجازة لا تنشئ العقد الموقوف إنشأاً وإنما تنفذه إنفاذاً، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد ينتج آثاره من لحظة ولادته، ومنذ ذلك الحين يكون مهدداً بالزوال وبالإجازة يزول عنه هذا الخطر، ويصبح بعد ذلك العقد مستقراً بصورة نهائية ويستكمل إنتاج آثاره نحو المستقبل⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المصدر السابق، ص267.

(2) إحسان ناجي الصوفي، الإكراه بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1973، ص295.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ص171.

(4) مريم زيدون، إجازة التصرفات القانونية، المصدر السابق، ص65.

والرأي المعارض لذلك من الفقه المصري⁽¹⁾ هو من يرى بأن طبيعة العقد القابل للإبطال ومضمون الإجازة فيه يتعارضان مع مضمون فكرة الأثر الرجعي، فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لآثاره بشكل كامل والإجازة ليس من شأنها تصحيح العقد حتى يقال أن لها أثراً رجعياً فيه، كما وإن صدورهما من المستفيد لا يجعل من ذلك منتجاً لآثار لم ينتجها العقد من قبل، لذلك لا يتصور أن يكون للإجازة أثر رجعي مستند إلى الماضي؛ لأن فكرة الأثر الرجعي ستفقد مضمونها الحقيقي من وجهة نظر هذا الاتجاه.

ومما تجب ملاحظة هو أن المشرع المصري اشترط في نص المادة سالفه ضرورة أن لا يؤثر الأثر الرجعي للإجازة في العقد القابل للإبطال على الحقوق التي اكتسبها الغير في الفترة بين إبرام العقد وإجازته - الحكم- الذي لا مثيل له في القانون المدني العراقي، وكان ذلك نتيجة إغفال غير متعمد من جانب المشرع، ولكن ذلك الحكم تقضي به قواعد العدالة واستقرار التعامل، ومن ثم لا مانع من الأخذ به⁽²⁾.

ودليل ذلك نجده في نص المادة (139) من ق.م. المصري الذي يقطع دابر الخلاف في الرجعية من عدمها، إذ ينص على (2)- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير)، وبذلك يكون للإجازة أثر رجعي في العقد القابل للإبطال، كما هو الحال في العقد الموقوف، وهذا ما يتفق مع نص المادة (1/136) ق.م. العراقي، إذ قضت ب(1)- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد....).

مما نتج عن ذلك أيضاً أن العقد المقترن بخيار إذا كان مرتباً لآثاره، أي أن الخيار لم يمنع من ترتيب آثاره، فإن أثر الإجازة يبدو في الاقتصار على زوال حق الفسخ الذي كان يهدد العقد بالزوال ولا حاجة لتقرير الأثر الرجعي للتصرف من عدمه مادام أن العقد نشأ صحيحاً وترتبت آثاره عليه⁽³⁾. أما إذا كان العقد المقترن بخيار لم يرتب آثاره في حق الأطراف، فإن الإجازة لا يقتصر أثرها على زوال حق الفسخ وحسب وإنما يستند أثر ذلك إلى وقت إبرام العقد⁽⁴⁾.

(1) (إن فكرة الأثر الرجعي وهي من بعد فكرة عقيدة وغير ذات موضوع أصلاً لأن العقد القابل للإبطال قبل إجازته عقد صحيح ومنتج لآثاره ومن ثم، فهو ليس بحاجة إلى أن ترد الإجازة إلى ماضيه لتحقيقه من وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحاً)، هذا ما قاله الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في مؤلفه، نظرية العقد والأرادة المنفردة، المصدر السابق، ص 477.

(2) رائد صيوان عطوان، الإجازة في التصرفات القانونية، المصدر السابق، ص 186.

(3) القانون المدني العراقي انظر المادة (289) منه.

(4) كمال ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد البيع، المصدر السابق، 1973، ص 60؛ السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المصدر السابق، ص 209.

الخاتمة

وبعد...

فليس من وسعنا الإحاطة بكل شيء فهذا من صفات الكمال التي اختص بها الباري عز وجل ((وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ)) (يوسف/76)، وحسبنا صدق المحاولة وحسن النية والسعي من أجل المعلومة، ونسأل الله عز وجل التوفيق والسداد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

بعد أن وصلنا بالبحث إلى نهايته، يتحتم علينا أن نُدلي بأهم ما توصلنا إليه من نتائج، وكذلك بعض التوصيات التي نأمل أن يأخذ بها المشرع العراقي لمعالجة مواطن الخلل التي لا تخلو منها أياً من القوانين الوضعية.

أولاً- النتائج:

- 1- يقصد من الحق في الخيار أمر عارض على العقد لا يرد إلا على العقد اللازم في ظل مجموعة من الحدود الزمنية كوصف من أوصاف الالتزام، فالعقد فيه صحيح ونافذ ولكنه غير لازم لتعلق حق الخلف فيه بالإجازة أو الفسخ.
- 2- وفيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للحق في الخيار ، حيث لا يمكن تحديد طبيعة الحق في الخيار إلا باعتباره حقاً إرادياً محضاً والذي يمنح ميزة قانونية فعّالة للمستفيد منه، يتمكن بموجبها استعمال مضمون الحق في الخيار، مما ينتج عن ذلك أن الحق في الخيار يتمتع بطبيعة قانونية مستقلة.
- 3- وعن موقف المشرع الفرنسي وبالرغم التطور الذي لحق بتنظيم أحكام القانون المدني الفرنسي، إلا أنه لم ينص على تنظيم حقوق الخيار وإنما أشار إلى حالات تعد مشابهة لأحكامها كالحق في العدول أو الرجوع عن العقد مقارنةً بالقانون المدني العراقي الذي نظم ولو بعضاً من حقوق الخيار بموجب أحكام قانونية مستمدة في مجملها من أحكام الشريعة الإسلامية وعلى الأخص من أحكام المذهب الحنفي.
- 4- النتيجة الحتمية هي ان الخيار سالب للزوم العقد، ذلك الأثر الذي لا يتوقف لمجرد الوفاة أو إبرام التصرف، حيث إن أثر الحق في الخيار على القوة الملزمة للعقد يبقى ساري المفعول حتى بعد انتقال الحق فيه إلى الخلف، وتتأكد إلزامية العقد باستعمال الخلف للمضمون الإيجابي لحق الخيار.

- 5- نقصد من الإجازة تصرف قانوني شرعي وهي وسيلة من وسائل استقرار التعامل تتضمن إسقاطاً لحق (حق الفسخ) وإزالةً لمانع (مانع النفاذ) بغض النظر عن وسيلة التعبير عنها.
- 6- وجدن في المبحث الثالث بأن للحق في الخيار أثر رجعيّ مستنداً إلى الماضي مصدره القانون ولا يمثل ذلك أي خروج عن الحقيقة الطبيعية والقانونية القائمة على إن الأفكار والمبادئ القانونية وُجدت كوسيلة لتلبية الحاجات الاجتماعية، فتلك الأفكار قابلة للنقل والتحويل مع تقييد ذلك في حدود المصلحة التي يجد المشرع ضرورة رعايتها والتي تتمثل في أن الأثر الرجعي يمثل ضماناً أكيدة لحماية صاحب الحق من منازعة الطرف الآخر والغير.
- 7- يعد الفسخ الوسيلة الحمائية التي يستطيع بموجبها الخلف عدم الالتزام بعقود سلفه، إذ يتمكن بموجبه من أن يقي ذمته من تنفيذ الالتزام الوارد في العقد.

ثانياً- التوصيات

بالنظر إلى التطور العلمي والتقني الذي تمر به العقود في وقتنا الحاضر، نأمل من المشرع العراقي أن يضع من الأحكام ما يعالج به مسألة انتقال آثار العقد ومنها أحكام انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف العام والخلف الخاص. حيث ينبغي على المشرع العراقي الانتباه إلى ضرورة النص على أن لا يكون للأثر الرجعي بصورة عامة والأثر الرجعي في الإجازة على وجه الخصوص آثار ضارة بحقوق الغير أسوةً بموقف المشرع المصري وضماناً لاستقرار المعاملات، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بالحكم الوارد في الفقرة الثانية المادة (139) ق.م. المصري والتي تنص على (2)-وتستند الأجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير)، حيث تصبح الفقرة الأولى من المادة (136) ق.م.العراقي بالنص الآتي(أجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الأجازة). ولأهمية البحث في موضوع الخيارات بصورة عامة ولما يتركه الخيار من أثر على القوة الملزمة للعقد والتي تعتبر من أحد أركان النظرية الأم (النظرية العامة للعقد)، ندعو المشرع العراقي إلى بسط أحكام الخيارات ولاسيما في انتقال الحق فيها وبيان الحدود والضوابط التي تبين معالم الخيارات الرئيسية موضعاً في

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

ذلك أسباب قيام كل خيار من الخيارات ونطاقه من حيث الأشخاص، المدة، العقود التي تجري فيها الخيارات إضافة إلى بيان حكم كل خيار من الخيارات وأثره على العقد وعلى انتقال الملكية وتبعية الهلاك.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولاً- كتب الفقه الإسلامي:

1. السيد محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج4، ط1، دار الحجة البيضاء، النجف، 2014.
2. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، مطبعة البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر.
3. علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1986.
4. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1986.
5. علاء السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ.
6. فخر الدين الحنفي الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع (البيع- الدعوى)، ط1، 1314هـ..
7. 29. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، دار الكتاب، بيروت، دون سنة نشر.
8. 30. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط1، دار الفكر دمشق، 1985.

ثانياً- الكتب القانونية:

9. إبراهيم نجار، الزواج وجنسية الزوجة في القانون اللبناني، ط3، دون دار نشر، 1965.
10. جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 2000.
11. حسن علي الذنون، أصول الالتزامات، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
12. الذنون، النظرية العامة للفسخ، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1946.
13. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1991.
14. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفق القانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المصادر الإرادية، الكويت، دون دار نشر، 1982.
15. حجازي، النظرية العامة للالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج9، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

17. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1997.
18. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
19. السنهوري، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
20. عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج1، ط3، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985.
21. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون الكويتي، ج1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون دار نشر، الكويت، 1983.
22. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
23. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج2، أحكام الالتزام، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2008.
24. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، 1996.
25. فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1960.
26. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج1، شركة العاتك، القاهرة، دون سنة نشر.
27. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1969.
28. كمال ثروت الوندابي، شرح أحكام عقد البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، ط1، 1973.
29. محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة نظر الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1998.
30. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1987.
31. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

ثالثاً - الرسائل والأطاريح الجامعية:

32. إحسان ناجي الصوفي، الإكراه بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1973.
33. حامد شاكر الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، جامعة بابل-كلية القانون، 2002.
34. حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004.
35. حيدر حسن علي، مدى انتقال حقوق المورث إلى الوارث، رسالة ماجستير، جامعة النهدين-كلية الحقوق، 2006.

الحق في الخيار واثره على القوة الملزمة للعقد..... م.م.نور اياد حسن

36. رائد صيوان عطوان، الإجازة في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2006.
37. سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2018.
38. غزوة إبراهيم كاظم، تبعة هلاك المبيع في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1982.
39. مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007.
40. محمد عاطف كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، مصر، 1976.
41. محمد عبد الوهاب الزبيدي، تدرج القواعد العقدية، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، كلية القانون، أطروحة دكتوراه، 2016.
42. مريم زيدون، أجازة التصرفات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميره بجايه، الجزائر، 2013.
43. نسيم رفيق، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014.
44. نورس عباس العبودي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2018.
45. نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1986.
46. ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1992.

رابعاً- البحوث والمقالات:

47. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1994.
48. حيدر حسن كاظم الشمري، أحكام هلاك المبيع أو تعييه في خيار التعيين خلال مدة الخيار، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت (ع)، العدد الخامس، 2016.
49. عادل ناصر حسين، انتقال الحقوق والالتزامات الواردة على عقد الأيجار المبرم مع الزوج إلى الزوجة ماعدا بدل الأيجار (تعليق على حكم محكمة التمييز)، منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، المجلد الأول، 2017.



50. نبراس ظاهر جبر، الحد من الأثر الرجعي للفسخ، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الثامن، 2017.

خامساً- القوانين والمذكرات الإيضاحية:

51. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.
52. مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية لسنة 1994.
53. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
54. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
55. القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، لبنان، طبعة دالوز الثامنة بعد المائة 2019.
56. قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب المرسوم (137) لسنة 2003.
57. القانون المدني الألماني.
58. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
59. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
60. قانون الملكية العقارية اللبناني رقم (3339) لسنة 1930.
61. القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002.
62. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ج1.
63. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج1 وج2.
64. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ج2 وج3.
65. مجلة الأحكام العدلية.

سادساً - المصادر الأجنبية:

66. Batifole H., Le crise du contract et saportee, archives de philosophie du droit du sociologie suridigue, 1968.
67. Berenger F., Le droit commun les contracts a l'epreuve du droit speciale de la consummation, renouvellement, Tome 1, Presses universitaires d'alx Marseille, Paris, 2007.
68. Carbonnir J., Les beines (les obligations), Tome 2, edition by P.U.E, Paris, 2004.
69. Chestin, La formation du contract, Tom 1, Le contract le consentement, 4 edition, 2013.
70. Chestin, Les Effects du contract, edition by L.G.D.J, 1995.
- 71.
72. Dalloz, Code civil, Edition 2003, Paris, 2003.
73. Dalloz, Droit civil law, 2009.
74. Gibeili, M.B., La relativite de conventions et les groups de contracts, L.G.D.J., 1996.
75. Ibrahim Naggar, Le droit d'option contribution a letude du droit potestatif et de lacte unilateral, Preface de Pierre Raynaud, Paris, 1967.
76. Ibrahim Naggar, Le Marige et la nationalite de la femme en droit libananis, 1965.
77. Kelsen H., Pure theory of law (La theorie juridique de la convention), translation from the second (Revised and Enlarged), California, 1978.
78. Larroumet CH., Droit civil introduction aletude du droit praive, Tom 15, econonisa call, Droit Civil, 2008.
79. Laurent, Le cession de contract et les operations juridiques atrios personnes, Paris, 1984.
80. Roubier, Droits subjectifs et situations suiv juridiques, Dalloz, Paris, 1963.
81. Terietel, The law of contract, Second edition, Butter Worthes, London, 1979.
82. Well A. et Teree F., droit civil, les obligation , edition 4, Dalloze, 1986.

سابعاً - المواقع الإلكترونية:

83. Arab_ency.com.
84. [http://www.conseil-constitutionel.fr/constitutionel/ Francais.du-conseil/cashier-n-17/le-contract-loi-des-Paries.51956.html](http://www.conseil-constitutionel.fr/constitutionel/Francais.du-conseil/cashier-n-17/le-contract-loi-des-Paries.51956.html).
85. iraqinfocenter@yahoo.com.