



جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

التراخي في الخيار وأثره على العقد
(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

رسالة تقدمت بها الطالبة

أسيل هادي جاسم

إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري



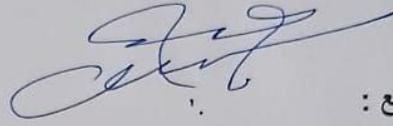
(فَسَحَّرْنَا لَهُ الرِّيحَ تَجْرِي بِأَمْرِهِ رُخَاءً حَيْثُ أَصَابَ)

صَدِيقُ اللَّهِ الْعَظِيمِ.

سورة ص اية (36)

إقرار المشرف

اشهد ان رسالة الماجستير الموسومة بـ (التراخي في الخيار واثره على العقد -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) المقدمة من قبل الطالبة (اسيل هادي جاسم) الى مجلس كلية القانون -جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة مع التقدير



التوقيع :

الاسم :أ.د حيدر حسين كاظم الشمري

الاختصاص :القانون المدني

جامعة كربلاء -كلية القانون

بسم الله الرحمن الرحيم

(أقرار الخبير اللغوي)

أشهد أن رسالة الماجستير الموسومة بـ (التراخي في الخيار واثره على العقد - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) للطالبة (اسيل هادي جاسم) تمت مراجعتها لغوياً، وتصويب ما ورد فيها من أخطاء نحوية وإملائية وأسلوبية مما جعل الرسالة مؤهلة للمناقشة العلمية.



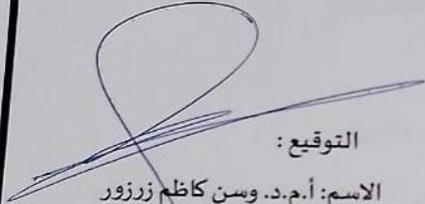
التوقيع

الأستاذ الدكتور فليح خضير شني

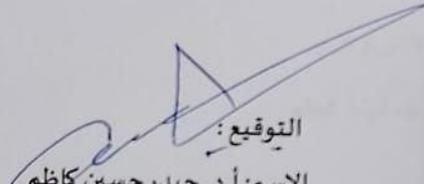
جامعة واسط - كلية الآداب

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (التراخي في الخيار و اثره على العقد "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالبة (اسيل هادي جاسم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعقد إنها جديرة بالقبول لتلبي درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (امتياز) .

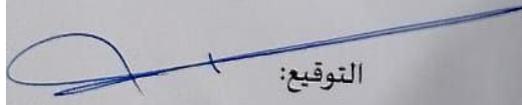

التوقيع:
الاسم: أ.م.د. وسن كاظم زرزور
(عضواً)
التاريخ: 2024 / /


التوقيع:
الاسم: أ.م.د. عبدالله عبدالامير طه
(رئيساً)
التاريخ: 2024 / /


التوقيع:
الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم
(عضواً ومشرفاً)
التاريخ: 2024 / /


التوقيع:
الاسم: أ.م.د. عباس سمير حسين
(عضواً)
التاريخ: 2024 / /

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة


التوقيع:
أ.د. باسم خليل نايل السعيدى
م.م. عميد كلية القانون / جامعة كربلاء
التاريخ: 2024 / /

الاهداء

الى أعظم رجل احبه قلبي...

الى من اختار لي اسمي ومنحني اسمه ليبقى معي ولأفخر به حتى موتي ...

الى ابتسامتي عند الحزن .. ونور قلبي عند الظلام ... وقوتي عند الضعف..

واماني عند الخوف...

الى فريد قلبي النائم في كنف الرحمن.. والدي

اليك اهدي ما تمنيت أن احققه لك أهديك ثمرة حلمنا الصغير الذي زرعناه وسقيناه معاً ولم

يسمح لك القدر ان تكون حاضرا عند اكتماله

كنت دائما تجعلني أنمو والمع، وبوجودك معي كنت أعلم أنه لا توجد عاصفة قادرة أن تقتلع

أشجار امنياتي مدينة لك بكل ما أنا عليه الان

دمت لي حياً وميتاً عزيزي وعزتي وعزي

رحم الله وجهك الذي كان يحمل طمأنينة العالم

أسيل

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين والشكر له لأنه وضعني في هذا الطريق وجعلني اسلك دروبه، فيسر لي ما كان صعبا بقدرته وتدبيره، فلك الحمد يا ألهي حتى ترضى.

وانطلاقا من مبدأ ((من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق)) لا يسعني الا أن أتقدم بالشكر والامتنان لكل من ساعدني لإكمال مسيرتي العلمية واخص منهم بالذكر...

مشرفي واستاذي الفاضل (الدكتور حيدر حسين الشمري) ، فله شكري و عرفاني لكل ما قدمه لي من نصح وتوجيه ومعلومات قيمة اثرت بها هذه الرسالة ، فضلا عن صبره ومتابعته العلمية الجادة رغم مشاغله الكثيرة وضيق وقته فكلمات الثناء لا تفيده حقه وكل عبارات الشكر لا تصف مدى امتناني له ...شكرا جزيلا دكتور حيدر المحترم.

كما وأتقدم بالشكر والامتنان لعمادة كلية القانون في جامعة كربلاء والتي اعتز بالانتساب إلى حرمها الجامعي والى اساتذتي الافاضل في الكلية جميعهم واخص منهم بالذكر اساتذتي في السنة التحضيرية ، الذين افاضوا علينا بعلوم القانون دوم ملل أو كليل فشكري ودعائي لهم لا ينقطع ...كل الشكر والعرفان لكم .

كما تعجز الكلمات والحروف عن الشكر والامتنان لعائلتي الحبيبة (والدتي -اخوتي- واخواتي) اذ كنتم خير سند وعون لتجاوز جميع ما مررت به من صعوبات ...ادامكم الله ذخرا لي.

كما واتقدم بالشكر الجزيل والعرفان ممن مد يد العون لي اثناء مشواري الدراسي وساعدني كثيرا في جمع المصادر وتقديم النصيحة والمعلومة واخص منهم بالذكر الاستاذ (رائد هادي) ، فجزاه الله خير الجزاء ووفقه لما يحب ويرضى.

والشكر موصول لكل من فاتني ذكره، ممن قدم لي المساعدة بالنصيحة أو المصدر أو الدعاء ... شكرا لكم وجزاكم الله عني كل خير.

أسيل

المخلص:

إن التراخي مصطلح فقهي ينسب لفقهاء المسلمين في أصله ، وهو وسيلة يتمكن من خلالها احد المتعاقدين في الحصول على مهلة من التروي والتفكير في أمور العقد قبل الاقدام على ابرامه بصورة نهائية، فالهدف الأساسي للتراخي هو حماية المتعاقد من تسرعه في ابرام العقد وعدم تانيه ومن ثم قد يقع تحت طائلة الغش والخداع وقد يكون التسرع سبباً في تكبده خسائر جسيمة يصعب تداركها لذلك شرع التراخي .

وبالرغم من أهمية التراخي ألا أنه لم يرد في اغلب التشريعات المدنية كونه مصطلح غريب وغير معروف الا ان المشرع اليمني قد ذكره في بعض من النصوص المتناثرة في متنه وذلك باعتبار أن المشرع اليمني قد اقتبس اغلب نصوصه من الشريعة الإسلامية ، بعكس المشرع العراقي والمشرع المصري فبالرغم من اعتمادهم على الشريعة الإسلامية كمصدر الا اننا وجدنا خلو النصوص من ذكره ، هناك مشروع اخر قد نص على هذا المصطلح لكنه تحت مسمى اخر وهو المشرع الفرنسي حيث أشار إلى مصطلح التروي في تعديل قانونه الأخير والتي بين من خلالها أهميته وكذلك ضوابطه والمهلة المناسبة لممارسته بل نجد ان المشرع الفرنسي اعتبره كألية حمائية للمتعاقد لذلك يرى بانه من النظام العام وان مخالفته تستوجب تعويض المتعاقد الآخر عما يتكبده من خسائر، لذلك نرى بان المشرع الفرنسي قد أصاب في تنظيمه لفكرة التروي الا انه ما يؤخذ عليه انه جعل هذه الفكرة فقط قبل ابرام العقد وبعد الابرام هناك ما يسمى بمهلة العدول الا اننا نرى بان مهلة التروي تسود العقد سواء قبل الابرام أو بعد الابرام لكون المتعاقد بحاجة اليها في جميع مراحل العقد ، لذلك كانت دعواتنا إلى المشرع العراقي إلى تنظيم هذه الفكرة مثلما فعل المشرع الفرنسي وجعلها تساير التطورات التي حدثت في الآونة الأخيرة والتي تتطلب امهال المتعاقد مهلة من التفكير والتدبر في امر العقد قبل الاقدام عليه وابرامه بصورة نهائية.

ويتمثل التراخي بصورة رئيسية في الخيارات ولهذا وجدنا بانه يرتب اثار قد تكون منشئه وهذا يكون في الخيارات الارادية والتي تتمثل بخيار (الشرط والتعيين)، وقد تكون كاشفة كما في الخيارات الحكيمة والتي تتمثل (رد المبيع لعيبه وخيار المجلس وأيضاً خيار الرؤية) وطالما ان المشرع لم يحصر الخيارات فهي كثيرة ومتعددة فنجد ان التراخي قد يمثل في اغلبها ، ليس هذا فقط بل نجد ان التراخي يرد أيضاً في التصرفات القانونية والتي قد تكون صادرة بإرادة منفردة أو صادرة بإرادتين كما في حق الشفعة والتي نجد اهتمام الفقهاء والمشرع اليمني بهذا الحق وما يولده التراخي من تأثير على هذا الحق .

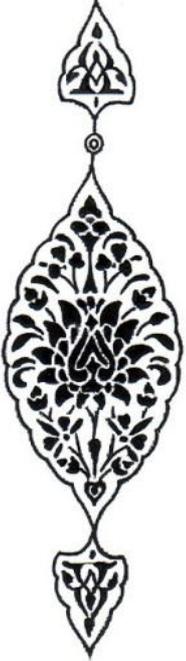
قائمة المحتويات

رقم الصفحة	المواضيع
6 - 1	المقدمة
122 - 7	الفصل الأول / مفهوم التراخي
71 - 9	المبحث الأول / ماهية التراخي
39 - 9	المطلب الأول / التعريف بالتراخي
23 - 9	الفرع الأول / تعريف التراخي لغة واصطلاحاً وقضاء
39 - 24	الفرع الثاني / سمات التراخي
71 - 39	المطلب الثاني / أساس التراخي وطبيعته
63 - 39	الفرع الأول / أساس التراخي
71 - 63	الفرع الثاني / طبيعة التراخي القانونية
122 - 71	المبحث الثاني / ذاتية التراخي
111 - 71	المطلب الأول / تمييز التراخي عما يشته به من المفاهيم القانونية
85 - 72	الفرع الأول / تمييز التراخي عن التأخير
96 - 86	الفرع الثاني / تمييز التراخي عن السكوت
111 - 96	الفرع الثالث / تمييز التراخي عن نظرة الميسرة
122 - 111	المطلب الثاني / اقسام التراخي
116 - 111	الفرع الأول / التراخي الارادي
122 - 116	الفرع الثاني / التراخي اللاإرادي
230 - 123	الفصل الثاني / احكام التراخي في الخيار
157 - 125	المبحث الاول : آثار التراخي وحالات سقوطه
144 - 126	المطلب الأول / آثار التراخي
138 - 127	الفرع الأول / الأثر المنشأ للتراخي
144 - 138	الفرع الثاني / الأثر الكاشف للتراخي
157 - 144	المطلب الثاني / حالات سقوط التراخي
152 - 144	الفرع الأول / سقوط التراخي بصفة أصلية
157 - 152	الفرع الثاني / سقوط التراخي بصفة تبعية

230 – 157	المبحث الثاني /تطبيقات التراخي
203 – 158	المطلب الأول /تطبيقات التراخي في الخيارات
184 – 159	الفرع الأول / الخيارات الارادية
203 – 184	الفرع الثاني / الخيارات الحكمية
230 – 204	المطلب الثاني /تطبيقات التراخي في التصرفات القانونية
218 – 205	الفرع الأول /التصرفات الناشئة بإرادة منفردة
230 – 218	الفرع الثاني /التصرفات الناشئة بإرادتين
236 – 232	الخاتمة
267 – 238	قائمة المصادر
i -ii	Abstract

(1)

المقدمة



المقدمة

أقول ابتداءً ومن الله التوفيق " بسم الله الرحمن الرحيم " الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على سيد الخلق اجمعين محمد الأمين وعلى اهل بيته الطيبين الطاهرين .

وبعد ...

أن اهم ما يميز الشريعة الإسلامية بانها لا تبلى على مر الزمان وتغير المكان ، وذلك
لان الذي قدر فهدى لا يمكن ان يكون حكمه متأثراً بزمان أو مكان ، ولان الشريعة الإسلامية
التي ارتضاها الله تعالى لنبي البشر أجمعين وبيقين مطلق بقدره الدين الإسلامي على حل
المعضلات والتي كانت مثار جدل على مر العصور معا ، وهذا يؤكد لفقهاء القانون بان
التشريع الإسلامي كان ولا زال سلاحا للمسلمين بل ان وجوده يعلم أنه انتهل تقدمه هذا لتذليل
صعوبات الحياة ورفع الضيق والحر ج .

ومن ثم فان التطرق إلى المقدمة يتطلب منا بيان الأوجه الآتية :

أولاً- التعريف بالموضوع

لقد أنعم الله سبحانه وتعالى على عباده بشريعة مقصدها الأساسي تقوم على جلب
المصالح لهم وتكميلها، ودرء المفسد وتقليلها وصولاً إلى نظام متكامل للحياة بالتالي لم يترك
للمرء حاجة الاقضاها بما يصلحه ويصلح المجتمع، لذلك شرعت المعاملات المالية في
الإسلام لتحقيق تلك المصالح دون ظلم أو تعد أو اجحاف ، وقطعا لكل أسباب الضرر والنزاع
والخصام لذلك كان تشريع العقود الخاصة بهذه المعاملات المالية لتقديم نموذج امثل في تنظيم
حياة الناس والتيسير عليهم وفق منهج شرعي تتحقق معه المصالح وتدرأ به المفسد والمشاق
فان أي تصرف أو تعامل لا يحقق ذلك يعتبر اهدار وافساد وتضييق للحقوق ومن هنا برز
التراخي كإجراء في تيسير العقود على المتعاقد ومنحه مهلة من التروي والتفكير لكي لا
يؤدي تسرعه إلى وقوعه تحت طائلة الغش والخداع ؛ ومن ثم تكبده خسائر جسيمة لا يحمده
عقباه لذلك كان التراخي وسيلة من الوسائل التي وضعت لحماية رضا المتعاقد الذي يتعرض
له نتيجة الحيف والجور، وتحقيق توازن عقدي بين المتعاقدين وهذا يكون عن طريق حماية
الأداء على وفق إرادة المتعاقد ؛ من ثم يقوم توازن على الأداء الكيفي للمتعاقد، ولهذا نجد ان
التشريعات قد قدست حرية الإرادة والمساواة امام القانون وذلك عندما وجد المشرع الفرنسي
بأن التجريد لا يحقق التوازن والمساواة حيث يرى بأن العقد هو وسيلة تنمية الثروة العامة
بدون المساس بالأوضاع الأساسية للأطراف كون أن العدالة لا تكمن في التساوي بل في

نجاحة وكفاية العقد لذلك اخذ المشرع على عاتقه معالجة من خلال تنظيم العلاقة العقدية بعقود خاصة والنظر إلى حاجة المجتمع إلى العدالة الاجتماعية واولية المصلحة العامة ، لهذا نجد ان المشرع الفرنسي كان سابقا في حماية المتعاقد وتكريس الحماية له وذلك عندما خرج بتصوير جديد وهو منح مهلة التروي والتفكير حيث نص المشرع الفرنسي عليه في قانونه المعدل لسنة 2016 وتحديداً في نص المادة (1122) ولم يكتف بهذا فقط بل عاد ونظم أيضا العلاقة العقدية في قانون الاستهلاك رقم 494/93 والذي بموجبه اعتبر المستهلك طرفا ضعيفا غير قادر على الدفاع عن حقوقه ومصالحه تجاه الطرف القوي اقتصاديا، ونرى بان المشرع الفرنسي كان موفقا بذلك في تعامله مع التراخي أو كما يسميه بالتروي ، ولا يمكننا انكار موقف المشرع اليمني باستخدامه لمصطلح التراخي في قانونه المدني والذي يعتمد على الشريعة الإسلامية بشكل أساسي في صياغته لهذا القانون بعكس المشرع العراقي الذي اكتفى بان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله، وهذا ما يعد قصورا تشريعيا يسود قانوننا العراقي وعليه سنحاول بيان ذلك في أروقة رسالتنا والتي سنقف بموجبها على آراء الفقه الإسلامي والفقه القانوني وموقف التشريعات التي عالجت ذلك لغرض تحقيق الفائدة العلمية من هذا الموضوع .

ثانيا- أهمية الموضوع

تأتي أهمية اختيار هذا الموضوع بسبب ازدياد المعاملات المالية اليومية ، وكون ان المتعاقد قد يقدم على التعاقد من دون ان يأخذ مهلة من التروي والتفكير في التعاقد قبل اصدار قراره النهائي فلجوء المتعاقد إلى التراخي يكون سبب في حمايته من الوقوع في الغش والخداع وهذا يساعد على استقرار المعاملات المالية وضمان حفظ حقوق المتعاقدين، وكذلك ادراك المتعاقد للأليات المتعلقة لحمايته حتى يتمكن من التعاقد وهو على بينة من امره، وهذا يكون في ظل الاقبال المتزايد للسلع والخدمات والرغبة الجامحة في اقتناءها مهما كانت الظروف دون ان يتأكد من ملائمتها لأغراضه من التعاقد، فضلا عن سلامة الرضا عند تكوين العقد وحق المتعاقد التي تتعلق بضمان العيوب الخفية ومطابقتها للمواصفات وممارسة حق التروي والتفكير، فضلا عن ذلك أن موضوع التراخي في الخيار يكون بحاجة ماسة إلى تحديد مفهومه وبيان ضابطه بشكل دقيق، فالإحكام المترتبة عليه كلزوم العقد أو عدمه أو ثبوت الخيار أو سقوطه تبين للعاقد ماله وما عليه فيكون ذلك مدعاة له على الالتزام فمعرفة ذلك تؤدي إلى الحد من حدوث منازعات بين المتعاقدين ونبذ الخلافات التي قد تنتج عن جهل الناس بأحكام القانون المتعلقة بالتراخي.

ثالثاً-أسباب اختيار موضوع الدراسة

أن أسباب اختيار موضوع الدراسة يعود ال سببين وهما السبب الموضوعي والذاتي ويعود السبب الذاتي إلى

1-ان البحث في هذا الموضوع يتوافق مع الأسلوب العلمي الصحيح كونه يتناول جزء من المواضيع القانونية والتي يتطلب التوسع في البحث عنها ومناقشتها تفصيلاً كون ان الدراسات في هذا الموضوع معدومة، بالإضافة إلى ذلك التطورات الأخيرة التي طرأت استدعت بالضرورة إيجاد حلول تكفل حماية المتعاقدين .

2-ان القانون المدني العراقي يشوبه القصور التشريعي في نصوصه المتعلقة بالعقد كونه قد اكتفى بان العقد شريعة المتعاقدين أي انه لا يجوز الخروج عن العقد أو تعديله أو اضافته الا إذا طرأت حوادث استثنائية لكن هذا الامر لا يمكن الاخذ به كون أن التراخي يعد حقاً من الحقوق الخاصة التي كفلتها بعض القوانين لحماية المتعاقد من تسرعه وعدم تأنيه في اقدامه على ابرام العقد فكان الاجدر بالمشرع العراقي معالجة ما يستجد من أمور وتطورات لمواكبة ذلك من اجل حماية المتعاقد كما فعل المشرع الفرنسي .

3- السبب الموضوعي : فيعود إلى عدم وجود دراسة متخصصة افردت هذا الموضوع بالشكل المفصل واعتنت به بشكل خاص، وسلطت الضوء على مسائله وقضاياها بصورة محددة، كما يشكل ندرة الكتابات المتخصصة حافظاً قويا من اجل دراسة هذا الموضوع بشكل خاص وبيان الجوانب السلبية والايجابية له فضلا عن ذلك معرفة موقف القضاء منه .

رابعاً-إشكالية الدراسة

يثير موضوع التراخي اشكاليات قانونية بصورة عامة ، ويعود السبب في ذلك إلى جهل المتعاقد بأحكام هذا النوع من الحقوق، وذلك لعدم النص عليه من قبل المشرع العراقي بصورة صريحة وواضحة والسبب يكمن في ان المشرع العراقي مازال مكتفي بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين لكن في ظل التطورات التي ظهرت في الآونة الأخيرة والأزمات التي استدعت الوقوف في بعض العقود نتيجة لتراخي المتعاقد وعدم اصدار قراره بصورة نهائية كونه بحاجة إلى مهلة من التأني والتفكير في امر العقد، لكون ان الإسراع في التعاقد يؤدي إلى اصابته بالضرر وتكبد المتعاقد بخسائر جسيمة يصعب تعويضه عنها نتيجة لتسارعه في ابرامه للعقد، استدعت بالضرورة الوقوف ومعرفة مصير هذه الحق ، فالأسئلة التي تثار في

هذا الصدد هو إلى أي مدى امكان القواعد العامة في القانون ان تحقق حماية فعالة للمتعاقد وما هو دور النصوص الخاصة والتي تتعلق بمنح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير هل تكون كافية لحمايته وتحقق له التوازن العقدي ؟

خامسا-الدراسات السابقة

عند البحث حول هذا الموضوع لم نجد من تطرق اليه بالبحث بصورة مفصلة فبالرغم من اننا قد عثرنا على رسالة واحدة تضمنت بعض المواضيع من رسالتي إلا أنه تم التطرق اليه بمنهجية تختلف عن المنهجية التي اتبعتها في دراستي فضلا عن التطرق اليه بصورة غير مفصلة، فلم يتم التطرق اليه بالصورة التي تطرقت له في هذه الرسالة ومن هذه الدراسات هو التراخي في العقود المالية وهي رسالة ماجستير للطالبة زينب جبار احمد حيث تناول الباحث مفهوم التراخي من الجانب الفقهي كذلك بينت أنواع التراخي ومن ثم تطرقت إلى التطبيقات فلم يتطرق الباحث إلى تمييز التراخي وكذلك إلى احكام التراخي وحالات سقوطه وبيان موقف القانون في كل جانب من جوانب الرسالة والذي لم استغن عنه في كل الجوانب الخاصة بالرسالة كلها .

سادسا-منهجية الدراسة ونطاقها

سنعتمد في دراستنا لموضوع التراخي في الخيار واثره على العقد على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القانون ذات الصلة بالموضوع وذلك من خلال الاستعانة بأراء فقهاء القانون والاشارة إلى ما يشوب النصوص من قصور وابهام وغموض وابداء الراي في كيفية معالجتها .

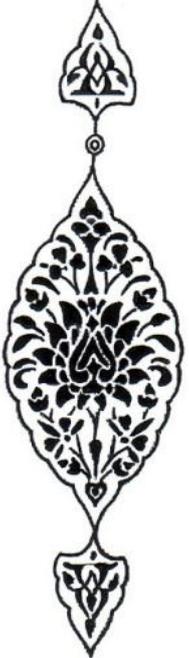
بالإضافة إلى ذلك سوف نعتمد أسلوب البحث العلمي مقارن وذلك من خلال مقارنة موقف القانون العراقي بالفقهاء الإسلامي على مذاهبه الخمسة (الفقه الامامي-والفقه الحنفي -والفقه الشافعي-والفقه الحنبلي -والفقه المالكي) كذلك المقارنة مع كل من القانون العراقي و المصري و اليمني و الفرنسي.

وسوف يكون اعتمادنا في المقارنة بين هذه القوانين على نصوص قوانينها المدنية ونصوص قوانينها الخاصة المتعلقة بموضوع رسالتنا، إضافة إلى استعراض موقف القضاء المقارن أيضا ، فالمنهج المعتمد هو المنهج التحليلي المقارن.

سابعاً- هيكلية الدراسة

لتوضيح موضوع رسالتنا الموسومة ب((التراخي في الخيار واثره على العقد-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)) من جميع جوانبه والاحاطة بها سنقوم بتوزيع هذه الدراسة إلى فصلين ، سنتكلم في الفصل الأول عن مفهوم التراخي ، حيث سنوزعه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول ماهية التراخي وقد قمنا بتقسيمه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول التعريف بالتراخي ، أما في المطلب الثاني فقد بينا أساس التراخي وطبيعته ، أما في المبحث الثاني فقد بينا ذاتية التراخي وقد قمنا بتقسيمه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول تمييز التراخي عما يشته به من مفاهيم قانونية ، أما في المطلب الثاني تناولنا فيه اقسام التراخي ، أما في الفصل الثاني فسوف نقوم ببيان الاحكام المترتبة عن التراخي وسنوزعه إلى مبحثين نبيين في المبحث الأول احكام التراخي في الخيار، وبدوره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول اثار التراخي وفي المطلب الثاني حالات سقوط التراخي ، أما في المبحث الثاني فسوف نبين تطبيقات التراخي والذي بموجبه قسمناه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول تطبيقات التراخي في الخيارات وفي المطلب الثاني تطبيقات التراخي في التصرفات القانونية ومن ثم ننهي دراستنا بخاتمة نبين فيها ابرز النتائج والتوصيات ان شاء الله تعالى .

الفصل الأول
مفهوم التراخي



الفصل الأول

مفهوم التراخي

تمهيد وتقسيم

لقد حظى موضوع الخيارات باهتمام كبير سواء أكان على الصعيدين الفقهي أم القانوني، والتي وضعت لدفع الضرر عن المتمسك بها وتخفيف العبء عن كاهله، حيث تمنح صاحبها الخيار بين رضا المتعاقد أو الفسخ مع التعويض فصاحب الخيار مخير بين القبول أو الرد، لهذا اعطى فقهاء المسلمين موضوع الخيارات عناية كبيرة فقد فصلوا في عقد البيع وجعلوا موضوع الخيارات من اهم مباحث العقد وتوسعوا في كتاباتهم لأنواع من الخيارات.

لكن هل ان الاكتفاء بالخيارات فقط يؤدي إلى إزالة العبء عن المتعاقد وتخفيف عن كاهله ؟

جوابا بالقول: ان فقهاء المسلمين اوجدوا كثيراً من التراخيص المستمدة عن الشريعة الإسلامية والتي تؤدي إلى تخفيف العبء أيضاً عن الأطراف المتعاقدة. ودفع المشقة عنه، بمعنى انه في مواجهة الصعوبات يوجد حافز لتسهيل الامر وتهوينه وإيجاد رخصة له، و من هذه الرخص التي وجدت هي رخصة (التراخي) وهو لفظ إسلامي في اصله يتمكن من خلاله احد المتعاقدين في الحصول على مهلة للتروي والتفكير والتدبر في العقد قبل التسرع وإصدار القبول، أي فترة من الاستمهال تمنح لاحد المتعاقدين لأجل التروي في العقد.

أما فقهاء القانون فلم يتطرقوا إلى هذا المصطلح بصورة صريحة وانما كان استعمالهم لمصطلح التروي بديل عن التراخي، وهو المصطلح الذي استخدمه المشرع الفرنسي في متن قانونه، بعكس المشرع العراقي الذي خلا قانونه من ذكر هذا المصطلح وانما كانت الإشارة إليه في قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969 .

والسبب برائنا في اغفال المشرع العراقي عن ايراد هذا المصطلح يعود انه مازال يقف عند حدود القواعد العامة في القانون المدني ، وفي مقدمة هذه القواعد ان (العقد شريعة المتعاقدين) بالإضافة إلى اعتمادهم بصورة أساسية على الخيارات، وكذلك رؤية انه يقع على عاتق المتعاقد السهر على حماية حقوقه ومصالحه، وليس له الحق ان يدعي بانه خدع بوسيلة أو أخرى بسبب عدم منحه المهلة الكافية للتروي .

ولأجل ذلك وللإحاطة اكثر بجوهر موضوع التراخي في الخيار، سنقسم هذا الفصل إلى بحثين نتكلم في المبحث الأول عن ماهية التراخي، وفي المبحث الثاني نتكلم عن ذاتية التراخي من خلال تمييزه واقسامه وكالاتي:

المبحث الأول

ماهية التراخي

لفظ التراخي هو لفظ فقهي إسلامي لذلك يعد غريباً على واضعي التشريعات بشكل عام والمقارنة خاصة، فبالرغم ان بعض التشريعات العربية جعلت من الفقه الإسلامي مصدراً احتياطي لاستنباط احكامه القانونية ولكنها مع ذلك لم تبين لفظ التراخي ضمن نصوصها كالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، وذهبت تشريعات أخرى إلى استعمال الفاظ أخرى تدل على التراخي ومنها لفظ التروي كالتشريع الفرنسي من خلال التعديلات التي اجراها على متن قانونه، وتشريعات أخرى قد وسعت من نطاق التراخي وجعلته يثبت في اكثر من عقد ويظهر في اكثر من موضع ، كالتشريع اليمني .

ولتوضيح ما تقدم ذكره سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن تعريف التراخي، وفي المطلب الثاني نتكلم عن أساس التراخي وطبيعته.

المطلب الأول

التعريف بالتراخي

ان أساس فكرة التراخي مبنية على التروي والتفكير في الامر، اذ يمنح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير ليتفادى تسرعه في الرد .

لكن فكرة التروي المتولدة عن التراخي تكاد تكون غير معروفة عند الكثير من فقهاء القانون ، وايضا عند البحث في التشريعات المقارنة نجد خلوها من استخدام هذا اللفظ باستثناء القانون اليمني والفرنسي .

ويستلزم ذلك توضيح هذا اللفظ من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً وبيان معالمه وسماته وذلك من خلال فرعين، نتكلم في الفرع الأول عن تعريف التراخي لغة واصطلاحاً، أما في الفرع الثاني فسنتكلم عن سمات التراخي وكالاتي :

الفرع الأول

تعريف التراخي

لأجل الإحاطة بتعريف التراخي فان ذلك يستلزم توضيح معناه في اللغة أولا ، اذ ان المعنى اللغوي للمصطلحات يساعد كثيراً في تقريب المعنى الاصطلاحي ، ليكون منطلقاً في تحديد مضمونه ومن ثم تحديد معناه في الفقه والتشريع والقضاء وكالاتي :

أولاً- التعريف اللغوي للتراخي

ابدى اللغويين إهتماماً كبيراً بتعريف التراخي من الناحية اللغوية، فبالرغم من كثرة التعاريف التي أطلقها اللغويين إلا انها تدل على نفس المعنى والتي سوف نبينها :

حيث ذهب بعض اللغويين إلى ان أصل التراخي هو (ر خ ا) أي شيء (رَخُو) والرَّخُو كَلِمَةٌ مُتَلَثَّةٌ الرَّاءِ أَي تَأْتِي بِكَسْرِ الرَّاءِ وَفَتْحِهَا وَضَمِّهَا (1) ، ففي قوله تعالى (فَسَخَّرْنَا لَهُ الرِّيحَ تَجْرِي بِأَمْرِهِ رِخَاءً حَيْثُ أَصَاب) (2) ، فالرِّخَاءُ جَاءَتْ هُنَا بِالضَّمِّ وَقَدْ يَأْتِي الرِّخَاءُ بِمَعْنَى الرِّيحِ اللَّيِّنَةِ فِي سِرِّهَا وَهُبُوبِهَا يُقَالُ (أَصَابَ اللهُ لَكَ خَيْرًا) أَي أَرَادَ اللهُ بِكَ خَيْرًا ، وَقَدْ تَأْتِي بِمَعْنَى طَيْبَةٍ ، وَأَيْضًا بِمَعْنَى الْمُطِيعَةِ ، قَوْلُهُ تَعَالَى (رِخَاءً حَيْثُ أَصَاب) (3) ، بِمَعْنَى كَانَتْ الرِّيحُ مُطِيعَةً لِسُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ تَهَبُ عِنْدَمَا تَرِيدُ وَتَتْرَكُهَا عِنْدَمَا تَرِيدُ ، وَلَكِنْ رُبَّمَا بَعْبَارَةٌ أُخْرَى بِالنِّسْبَةِ لِسُلَيْمَانَ هَبَّتِ الرِّيحُ تُعْصِفُ عَصَفَتْ وَإِذَا أَرَادَتْ أَنْ تُرْخِيَ أَرَخَتْ .

وَلَكِنْ رُبَّمَا سَأِلَ يَتَسَاءَلُ كَيْفَ يُنْمَ الْجَمْعُ بَيْنَ قَوْلِهِ (رِخَاءً) وَبَيْنَ قَوْلِهِ تَعَالَى فِي آيَاتٍ أُخْرَى (وَلِسُلَيْمَانَ الرِّيحُ عَاصِفَةٌ تَجْرِي بِأَمْرِهِ إِلَى الْأَرْضِ الَّتِي بَارَكْنَا فِيهَا وَكُنَّا بِكُلِّ شَيْءٍ عَالِمِينَ) (4) .

أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا سَهْلٌ فَهِيَ رِخَاءٌ أَي لَيْسَ فِيهَا زَعْرَعَةٌ وَهِيَ عَاصِفَةٌ أَي سَرِيعَةٌ ، لِأَنَّ صِبَاحَهَا شَهْرٌ وَرُوحَهَا شَهْرٌ ، وَهَذَا يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا سَارَتْ فِي الصَّبَاحِ لَمْ يَأْتِ غُرُوبُ الشَّمْسِ إِلَّا وَقَدْ قَطَعَتْ مَسَافَةً

(1) ينظر: احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان ، 1987، مادة (رخو)، ص85.

(2) سورة ص، اية رقم (36).

(3) ينظر: الشيخ ابي علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن ، ج7 ، ط1، دار للمرتضى للطباعة والنشر ، 2006، ص743، وينظر ايضا ، محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، تفسير الطبري ، جامع البيان عن تأويل أي قران ، ج25، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان ، القاهرة، 2001، ص638، و ينظر كذلك ابي الفضل شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الالوسي البغدادي ، تحقيق علي عبد الباري عطية ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، ج23، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415 هـ ، ص203 .

(4) سورة الأنبياء ، جزء من اية 81

لمدة شهر، وكذلك رياء لينة ليس فيها ازعاج وهذه من آيات الله (حيث أصاب) أي يُريد ان يسيرها
حَيْثُ أَرَادَ (1).

وَفِي الْحَدِيثِ الشَّرِيفِ " أَذْكَرُ اللَّهِ فِي الرَّخَاءِ يَذُكْرُكَ فِي الشَّدَّةِ " وَأَيْضًا " الْمُؤْمِنُ شُكُورٌ عِنْدَ الرَّخَاءِ " فَهُنَا
الرَّخَاءُ جَاءَتْ بِمَعْنَى سَعَةِ الْعَيْشِ وَلِينَةِ وَيُقَابِلُهُ الشَّدَّةُ يُقَالُ (رَاحَ الْإِخْوَانُ فِي اللَّهِ) الْخَاءُ هُنَا مُعْجَمَةٌ مِنْ
(المراخاة) وَجَاءَتْ ضِدَّ التَّشَدُّدِ (2).

يَقُولُ الشَّاعِرُ أَبُو ذُؤَيْبٍ: تَعُدُّوْهُ بِهٖ خِوَصَاءٍ يَفْصِمُ جَرِيْهَهَا حَلَّقَ الرَّحَالَهٖ فَهِيَ رِخْوٌ تَمْرَعُ
وَالرِّخْوُ جَاءَ هُنَا بِمَعْنَى (هَشْنٍ) وَرَخَى الْأَشْيَ يُرَخِي، وَرَخُو أَيْضًا يَرِخُو إِذَا صَارَ رِخْوًا ، أَيَّ
سَهْلَةً مُسْتَرْسِلَةً .

مِنْ خِلَالِ فَهْمِ مَعْنَى الرِّخْوِ نَرَى بَانَ التَّرَاخِي يَأْتِي بَعْدَهُ مَعَانِي وَهِيَ كَالآتِي :

1- يُقَالُ بَانَ مُعْنَى التَّرَاخِي هُوَ اِمْتِدَادُ الزَّمَانِ (3) ، فَيُقَالُ تَرَاخَى الامر تَرَاخِيَا أَي بِمَعْنَى
اِمْتَدَّ زَمَانُهُ ، وَفِي الامر تُرَاخ أَي فُسْحَةٌ وَاِمْتِدَادٌ ، يُقَالُ تُرَاخَى عَنِ الامر ، تَقَاعُدٌ ،
وَتَرَاخَى مَا بَيْنَهُمَا تُبَاعَدُ ، وَتُرَاخَى الزَّمَانُ اِتَّسَعَ ، يُقَالُ تَرَاخَى الْفَرَسُ فِي عَدْوِهِ أَيَّ
فُنِرَ ، وَيُقَالُ تَرَاخَى الرَّجُلُ فِي عَمَلِهِ تَبَاطَا وَفُنِرَ ، وَأَيْضًا يُقَالُ تَرَاخَى لَهُ أَيَّ تَسَاهَلَ وَلَمْ
يَتَشَدَّدْ مَعَهُ (4).

2- وَيُقَالُ بَانَ مُعْنَى التَّرَاخِي بَانَهَا مِنْ مَصْدَرِ (تَرَاخَى) وَالتِّي تَأْتِي بِمَعْنَى التَّقَاعُدِ عَنِ
الْأَشْيِ وَالتَّقَاعُصِ عَنْهُ وَالْإِبْطَاءِ (5) ، أَي بِمَعْنَى الْفُتُورِ وَالتَّأخِيرِ ، فَيُقَالُ تُرَاخَى عَنِ
حَاجَتِهِ فُنِرَ وَتَأَخَّرَ أَيَّ تَبَاطَا ، يُقَالُ تَرَاخَتْ السَّمَاءُ أَبْطَاتٍ بِالْمَطَرِ (6).

(1) ينظر: العلامة محمد بن صالح العثيمين ، تفسير القرآن الكريم (سورة ص)، ط1، دار الثريا للنشر، الرياض ،2004،
ص170.

(2) ينظر: فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، ج1، ط2، مكتب النشر للثقافة الإسلامية، 1408هـ، ص180.

(3) ينظر: ابي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ،دار حديث ،القاهرة ،2009،
مادة (رخو) ، ص434.

(4) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ،ج4 ، دار الفكر ، بيروت، مادة (رخو) ،
ص333

(5) ينظر: حسن سعيد الكرمي ، الهادي إلى لغة العرب ،ج2، ط1، دار لبنان للطباعة والنشر، لبنان، 1991، مادة
(رخو) ، ص149.

(6) ينظر: مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ،ج38 ، ط1، الكويت ،2001، ص140.

3- وَقَدْ يَأْتِي التَّرَاخِي بِمَعْنَى السَّعَةِ وَالْإِرْخَاءِ أَيْ ضِدَّ التَّوْسِيعِ وَالتَّضْيِيقِ وَالْإِسْرَاعِ يَقُولُ الشَّاعِرُ طَفِيلُ الْغَنَوِيِّ :

فَإِذَا وَاسْتَرَخَى بِهِ الْخُطْبَ بَعْدَمَا اسَافَ وَلَوْلَا سَعِينَا لَمْ يُوْب

وَيُرَادُ بِهِ حَسَنَتُ حَالِهِ يُقَالُ هُوَ فِي عَيْشِ رَخَى، وَيُقَالُ رُخِي الْبَالُ أَي فِي نَعْمَةٍ ، وَاسْتَرَخَى حَالَهُ أَي وَقَعَ فِي حَالٍ حُسْنَةٍ بَعْدَ الضِّيقِ وَالشَّدَّةِ ، يُقَالُ ارْخَتِ النَّاقَةُ إِذَا اسْتَرَخَى صِلَاهَا⁽¹⁾.

4- وَقَدْ يَأْتِي بِمَعْنَى الرَّخَاوَةِ وَهِيَ اللَّيْنُ وَالنُّعُومَةُ ، يُقَالُ رَخَى الشَّيْءُ يَرُخَى رَخَاوَةً أَي لَيِّنَ وَالرُّخُوَ وَالرُّخْيَّ بِمَعْنَى اللَّيْنِ النَّاعِمِ الطَّرِيِّ وَيُقَابِلُهُ الصَّلْبُ⁽²⁾.

فَيَتَّضِحُ أَنَّ التَّرَاخِيَّ عِدَّةُ مَعَانِي وَهَذِهِ الْمَعَانِي تَدُورُ كُلُّهَا حَوْلَ الْإِبْطَاءِ وَالتَّمَهُّلِ فِي عَمَلِ الشَّيْءِ وَالتَّرْوِي فِيهِ يُقَالُ تَرَخَى فِي الْإِتْيَانِ إِذَا ابْطَأَ وَتَمَهَّلَ وَتَرَوِي .

ويرى الباحث بان التراخي الذي يأتي بمعنى السعة والارخاء وهو ضد الإسراع هو اقرب المعاني الينا ، لذلك بالإمكان تعريفه بانه " التمهل في إتيان الامر بدل السرعة لاجل التروي والتفكير في الامر " .

ثانيا-التعريف الاصطلاحي للتراخي

بما أن التراخي هو احد المصطلحات الواردة في الفقه الإسلامي، وقد يكون اهم ضمانات تمام الرضا في العقود التي يبرمها المتعاقد عن طريق منحه فرصة التروي والتفكير في شان العقد ، وللوقوف على تعريفه اصطلاحا يتحتم علينا ان نبين ما قيل بشأنه سواء أكان من جانب الفقه ام التشريع وذكر تعريفه ان وجد في الفقه الإسلامي وعند الفقهاء القانونيين ومن ثم نبين موقفه عند التشريعات محل المقارنة والقضاء وكالاتي :

أولاً- التعريف الفقهي: سنبين في هذه الفقرة تعريف الفقه الإسلامي للتراخي ان وجد، وتعريف فقهاء القانون وكالاتي :

(1) ينظر: الخليل بن احمد الفراهيدي ، كتاب العين ، ترتيب ، ج2، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003، مادة

(رخو) ، ص109، وينظر ايضا : ابي نصر إسماعيل الجوهري ، مصدر سابق ، ص434.

(2) ينظر: احمد بن فارس بن زكريا الرزاي ، معجم مقاييس اللغة ، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر ، دمشق ، 1979 ، ص 386 ، وينظر ايضا -د- احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ، ط1، مطابع المدوخل ، الدمام ، 1995، (باب الناء) ، ص207 .

1-تعريف الفقه الإسلامي : يعتبر الفقه الإسلامي القانون الأساسي للنظام البشري المتكامل ، لأنه يمثل قوة فكرية تشريعية هائلة تصلح لمختلف العصور مصدرها التشريع السماوي المتمثل با (القران الكريم ، السنة النبوية الشريفة) الصادرة عن المعصومين (عليهم السلام) قولاً، وفعلاً، وتقريراً، وجهود الفقهاء في استنباط الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين واحكامهم سواء التكاليفية ام الوضعية ،ولما كانت المعاملات المالية تمثل العمود الفقري لهذا القانون في جنبته الدنيوية ، وفيها مجال واسع للتجديد والعطاء وحاجة الانسان اليها من حيث أهميتها في أسس التعامل المادي والاقتصادي للفرد المسلم، فقد خصها الفقهاء بالبحث والتنقيح والاستقصاء وبيان الآراء والأدلة على كل معاملة، ومن بين العقود اللازمة للطرفين القائمة على أساس الرضا هي (البيع ، الاجارة ،الشفعة ،.....)(1) ، بدون فحص ولاتاني ؛ ومن ثم قد يلحقه الضرر من ذلك ، فوجود الخيار يتيح للمتعاقد طلب خير الامرين أما امضاء البيع أو فسخ المعاملة فيما لو اشتملت على سبب يؤدي إلى ثبوت احد الخيارات(2) .

ليس هذا فقط بل ذهب الفقهاء لحماية الطرف المتعاقد وذلك عن طريق منحه مهلة من التروي قبل الاقدام على الارتباط في العقد نهائيا وذلك عن طريق ما يسمى (بالتراخي).

لذلك جاءت مؤلفات الفقهاء زهيدة بتناول هذا المصطلح وكان النصيب الأكبر لفقهاء الامامية فقد تناولوا التراخي في اكثر من خيار ضمن مؤلفاتهم وعقد، حيث ذهب جانب منهم إلى تعريف التراخي بصورة عامة، والجانب الاخر اكتفوا بذكره في عدد من المواضيع (الخيارات والتصرفات)، حيث جاء في كتاب البيع بتعريفه للتراخي " كون المستند له دليل نفي الضرر " وان المقصود بالمستند له هو الشرط الضمني الذي قد لا يظهره المتعاقد في ابرام العقد، واما نفي الضرر فمجمل القول فيها " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (3) .

(1) ينظر: د-عبد الرحمن بن عثمان، احكام لزوم العقد، ط1، دار كنوز اشبيليا لنشر والتوزيع، 2007 ، ص30.
(2) يفسر الخياران فيه المنفعة والخير والاصطفاء والخيار، اسم من الاختيار وهو(تخويل العاقد بالرجوع عن العقد في ظروف محددة أو التحلل من العقد أي يكسب العقد مرونة لم يكن فيها من قبل)للمزيد ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ،الخيار واثره في العقود ،ج1، ط2، مطبعة مقهوي ،الكويت ،1985،ص28
(3) لا يجوز إيقاع الضرر بالطرف الاخر، ولا ان يقابل الضرر بمثله، للمزيد ينظر: محيي هلال السرحان تبسيط القواعد الفقهية شرحها ودورها في اثراء التشريعات الحديثة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2005 ، ص53 وما بعدها.

فالإسلام يزيد المسلم خيراً ولا يزيده شراً ؛ ومن ثم رفع الحرج والضيق والمكروه ، وهو بذلك يحتمل ان يكون النفي في قاعدة نفي الضرر في المقام متوجهاً إلى عموم (1) ، وقد استندوا إلى قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (2).

وأيضاً جاء في كتاب الخيارات ان خيار الغبن هو خيار عقلائي فالخيار في العقد متى وجد، يرتفع بدليل نفي الضرر وجوب الوفاء به في القطعة الاولى من الزمان ، فيجعله متمكناً من الفسخ بعد مالم يكن كذلك ، ومع ترك الفسخ اختياراً يكون اللزوم ضروري فيما بعد الزمان الأول مستندا إلى اختياره وليس إلى اختيار الشارع ، لكن هذا لا يمنع التراخي من ان يكون دليلاً على رفع الضيق والحرج ، لان نفي الضرر حكم قانوني كلي حاكم على الاحكام القانونية الكلية ونتيجتها التخصيص أو التقييد فيه من غير نظر إلى المصاديق الخارجية ، وكذلك فإن التراخي في الخيار لا يؤدي بقاءه إلى الابد أو إلى زمان الاعقاب اللاحقة ، بل يكون إلى حد التواني الموجب لرفع الحرج أو الضرر أحياناً ، بل قد يكون إلى حد العرف، أي عدم التواني والتسامح من دون غرض عقلائي أو شخصي (3).

اما تعريف التراخي عند المذاهب فلم نجد تعريف خاص للتراخي في الخيار يذكر عند بقية فقهاء المسلمين ، جل ما وجد هو بعض التعريفات الخاصة بالتراخي ، ومنها ما عرف بانه (مشروعية فعل العبادة في وقتها الممتد (4) ، وهو ضد الفور (5) ، كالحج (6).

- (1) ينظر: الامام الخميني، كتاب البيع، ج4، ط1، مطبعة مؤسسة العروج، 1421هـ، ص559-564، وينظر أيضاً، الشيخ محمد حسين الاصفهاني، حاشية كتاب المكاسب، ج4، ط1، المطبعة العلمية، قم، 1419هـ، ص320.
- (2) سورة المائدة، آية رقم (1).
- (3) ينظر: الشيخ محمد علي الارابي، الخيارات، ط1، مطبعة مهر، قم، 1414هـ، ص244-245، وينظر ايضاً، جعفر سبحاني، المختار في احكام الخيار، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام، قم-ايران، 1414هـ، ص157، وينظر كذلك الشيخ محمد رضا الانصاري القمي، العقد النضيد، ج7، ط1، مطبعة تكمين، 1390هـ-2008م، ص467.
- (4) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج11، ط2، دار السلاسل، الكويت، 1970، ص155، وينظر أيضاً، عائض بن دخيل بن سعد الحارثي، التطبيقات الفقهية لدلالة الفور والتراخي في كتاب الاسرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1434هـ، ص16.
- (5) لفظ الفور تدل على الإسراع والتعجل والمبادرة في إيقاع المكلف للفعل حين الاستطاعة وهو ضد التراخي والذي يأتي بمعنى الثاني والتمهّل في إتيان الفعل، للمزيد ينظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، مصدر سابق، ج1، ص6.
- (6) فقهاء الامامية والحنفية وأيضاً محمد بن الحسن الشيباني، وكذلك مالك يرون، بان الحج واجب على التراخي واستدلوا على الموازنة بين اقوال الرسول (ﷺ) التي تدل على التعجيل وافعاله التي تدل على التراخي، ولكن قيدوا التراخي في الحج بشروط سيأتي ذكرها فيما بعد، للمزيد ينظر، محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، دار الجواد، بيروت-لبنان، 1421هـ، ص191، وينظر السمر قندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، ج1، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1414هـ-1994، ص579.

وعرف الحنفية بانه (جواز تأخير الفعل عن وقته الأول إلى ظن الفوت فيشتمل تمام العمر، ويقال بانه لغة الغليان ثم استعير للسرعة ثم سمي به الساعة) (1).

وكذلك بأنه (تأخير فعل الشيء عن اول وقت الإمكان إلى بعد حين وهو ضد الفور ، كرد المغصوب إلى صاحبه ولو بعد حين) (2).

وذهب الحنابلة إلى تعريفه بانه (تأخير الامتثال عن انقضاء الامر زمنا يمكن إيقاع الفعل فيه فصاعداً) (3).

كذلك عرف التراخي بانه (التأني والتأخير والتسهيل والتمهل في إتيان الفعل ، وعدم تحديد وقت بعينه وان كان الأفضل المسارعة في اتيانه) (4).

ولا يختلف فقهاء الشافعية والمالكية في تعريفهم للتراخي بانه (خيار المكلف بين الأداء فوراً عند سماع التكليف، وبين التراخي إلى وقت اخر مع ظن قدرة المكلف على اتيانه في ذلك الوقت ، فبإمكان المكلف التراخي في إتيان الفعل عن اول وقته إلى وقت اخر) (5).

(1) ينظر: محمد علي التنهاوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ،ج1 (أش) ، ط1، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت -لبنان ،1996، ص406، وينظر ايضا ، محمد عميم الاحسان المجندي البركتي ،التعريفات الفقهية ،معجم يشرح الالفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والاصوليين وغيرهم من علماء الدين ، ط1، دار الكتب العلمية ،بيروت -لبنان ،1424هـ-2003م، ص594 ، وينظر كذلك ، سلمان عبود يحيى الجبوري ،تحقيق قول الحنفية في افادة الامر المطلق للفور أو التراخي ،بحث منشور على الموقع الالكتروني لكلية العلوم الإسلامية ، جامعة ديالى ، ص 268.

(2) ينظر: معجم مصطلحات العلوم الشرعية ، مجموعة من المؤلفين في الرياض ، مجلد الأول (حرف الالف-تاء)، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية ،1439هـ ، ص426-427.

(3) ينظر: نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القومي بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفي ، شرح مختصر الروضة ،ج2، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ،1408هـ-1988م ، ص387 ، وينظر أيضا ، هند موسى هاشم زمزمي ،الفور والتراخي واثرها في احكام المعاملات ، بحث منشور في حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، السنة الثامنة-العدد 27، ص289.

(4) ينظر: علي جمعة علي الرواحنة ، حكم التراخي في أداء الحج بعد وجوبه (دراسة مقارنة) ، بحث مقدم إلى جامعة جامعة القصيم ، العدد 1/مجلد 8 ، منشور في مجلة العلوم الشرعية على الموقع <http://searah.almandymah.com/630323>.

(5) ينظر: منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ، قواطع الأدلة في الأصول،ج1، ط1 ، دار الكتب العلمية، لبنان ،بيروت ،1997، ص78، وينظر ايضا ، علاء الدين عبد العزيز احمد البخاري ،كشف الاسرار عن أصول البيزدي ،ج1، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، بلا سنة نشر ، ص373، وينظر كذلك ، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة ، المهذب في علم اصول الفقه والقانون ،ج1، ط1، مكتبة الرشد ، الرياض ،1999، ص1387، و ينظر كذلك ، عزة كامل مصطفى الجعفري ، الامر والنهي عند الأصوليين ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الخرطوم ، كلية السودان ،2009، ص67.

وهناك من عرفه بأنه (تأخير ارتباط الإيجاب بالقبول أو ما يقوم مقامهما بمثله، أو ما يترتب عليهما عن وقته الأول إلى ظن الفوت) (1).

فيوضح من التعاريف التي أوردها الفقهاء والخاصة بالتراخي وكتاباتهم أعلاه الملاحظات الآتية :

1- أن مصطلح التراخي ليس بمعنى التأخير والذي ورد في اغلب تعريفات فقهاء المسلمين باستثناء فقهاء الإمامية حيث بينوا أن التراخي يأتي بمعنى رفع الضيق والحرص حتى وان ادعى الجهل بالعلم ، وذلك لأن أساس الخيار مبني على قاعدة نفي الضرر، وبما أن الحكم بنفي الضرر يوجب زوال العجز وزوال الحكم أيضا ، فان فرض الجاهل يوجب الحكم بأصل من الأصول وبما انه يوجب صيروه الجاهل عالما ، ومع صيرورته عالما فليس هناك مجالا للأصول التي يكون موضوعها الجاهل فالحكم إذا في المقام هو التراخي لعمومية قاعدة لا ضرر حتى وان كان التأخير موجبا للضرر المالي ، فبمقتضى قاعدة لا ضرر أيضا التراخي، ولكن إلى الحد المعقول أما لو سلم اطلاق الخيار، فالحكم أيضا هو التراخي لجريان الاستصحاب في المقام (2).

2- بما ان العقد له القوة الملزمة وبفضل هذه القوة اعتبر من مصادر الالتزام ، وتعادل القوة الإلزامية للشرع ، والتي مسندها في الشريعة الآيات الامرة بالحفاظ على العهد كما في قوله تعالى (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (3)، وقوله تعالى (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) (4) ، لكن هذه القوة الإلزامية للعقد تحدها الكثير من القيود التي تخفف من وطأتها حيث أورد البعض في معرض بيان ما يتراخى عنه بعض احكامه فذكر عقد البيع بالقول ان (يقترن الانعقاد والصحة باخر حروفه على الاصح ويتراخى لزومه إلى الاجازة والافتراق وانقضاء خيار الشرط) (5).

2-تعريف الفقه القانوني

أما على صعيد الفقه القانوني ، فنجد أن غالبية فقهاء القانون لم ينطرقوا إلى تعريف التراخي في كتاباتهم وفي اعتقادنا ان السبب وراء ذلك يكون غرابة هذا المصطلح عند بعضهم وغير معروف عند الاخرين

(1) ينظر: زينب جبارة احمد الاسطل ، التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الإسلامية بغزة ، كلية الشريعة والقانون ، 1438هـ-2017م ، ص114.

(2) ينظر: السيد محسن الخرازي ، تعليقات على المكاسب (البيع -الخيارات) ، ط2، مطبعة قم المشرفة ، قم ، 1428هـ ، ص73.

(3) سورة المائدة ، آية (1)

(4) سورة الاسراء ، آية (34)

(5) ينظر: عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص66-67.

لكونه مصطلح فقهي إسلامي لذلك ذهب بعضهم إلى تعريف التراخي على انه التروي ولا نرى هناك فرق بين المصطلحين ، فقد عرفه بعضهم على انه (خيار يمنح للمتعاقد مهلة إضافية ، للتروي والتدبير في امر العقد الذي ابرم مع المحترف لدرء الاخطار التي قد تلحق به لتسريعه في التعاقد)⁽¹⁾.

يتبين من التعريف أعلاه انه جعل التراخي بمثابة خيار يمنح للمتعاقدين ، والحقيقة ان التراخي ليس بخيار يمنح للمتعاقدين بل هو حق من نوع خاص ليس بحق شخصي أو عيني بل يمنح لاحد المتعاقدين خلال مهلة زمنية معينة أو غير معينة لغرض التروي والتفكير قبل الارتباط النهائي بالعقد .

وذهب آخرون إلى تعريفه بانه "مكنة قانونية تتيح للمتعاقد المفاضلة أو الاختيار بين امضاء العقد أو الرجوع فيه خلال مهلة زمنية محددة " ⁽²⁾.

مما يؤخذ على التعريف أعلاه انه خلط بين حق التفكير والتروي ، وخيار الرجوع في التعاقد كون أن فترة التروي والتفكير تهدف إلى الاستيثاق من رضا المتعاقد والتي تتعلق بمرحلة تكوين العقد فهي شكلية جديدة أي (آلية وقائية لحماية الطرف الضعيف من التسرع في التعاقد) جوهرها المدة الزمنية فلا تكفي الرضائية لانعقاد العقد بين اطرافه بل لابد من مرور مهلة لاتخاذ قرار ابرام العقد من عدمه ، أما الرجوع عن العقد فانه يكون عن عقد تام أصلا ، لكن يؤخر تنفيذه خلال فترة زمنية محددة قانونا مع إمكانية فسخه خلال مهلة التراجع فمهلة التروي تهدد انعقاد العقد باعتبارها مهلة ارتباط ، أما التراجع فهو خطوة قهرية أو قيد يهدد زوال العقد لكونه مهلة التحلل من العقد ذلك من غير المعقول اعطاءهما نفس الحكم نظراً لاختلاف أدوار كل منهما وكذلك الغاية من تشريعهما .

وكذلك عرفه آخرون بانه (وسيلة يسمح بمقتضاها المشرع لاحد العاقدين بان يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به سابقا) ⁽³⁾.

(1) ينظر: د- إبراهيم دسوقي ابوالليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة المحامي ، جمعية المحامين الكويتية ، الكويت ، العدد الثالث ، 1985، ص17 .

(2) ينظر: د- هدير اسعد احمد ، نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1433 هـ - 2012م ، ص304 ، وينظر ايضا ، سليمان براك دايج الجميلي ، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهريين ، كلية الحقوق ، المجلد 8، العدد 14 ، 2005، ص168.

(3) ينظر: د- احمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994، ص83.

ومما يؤخذ على هذا التعريف انه خلط كذلك بين التراخي وبين إعادة النظر ولا يمكن اعتبارهما واحد لان لكل منهما دوره في العقد وغايته.

وذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى تعريفه بانه (تقنية تأخير تكوين العقد لغرض إعطاء المستهلك مكنة التفكير والتروي والتدبر، المسبق للعقد خلال مهلة زمنية محددة ، وهذه المهلة لا يجوز انتهاكها والا اعتبر العقد باطلا لانتهاك هذا التقييد)⁽¹⁾ ، ومما يؤخذ على تعريف الفقه الفرنسي كونه تناول مهلة التروي في ثلاثة جوانب وهما قبل الاقدام على العقد ويكون من خلال الزام الموجب بإيجابه خلال مدة زمنية محددة ، وكذلك من خلال تقييد قبول المستهلك بعدم صدوره الا بمرور فترة زمنية محددة ، وقد يتحقق أيضا بعد ابرام العقد من خلال حق المستهلك في الفسخ، وهذا ما يهمننا الا اننا نرى بان التروي في جميع مراحل العقد ودون استثناء كون المتعاقد بحاجة اليه .

جملة التعاريف المتقدمة والتي اطلقها الفقه القانوني كانت مختلفة ومتعددة الا اننا لم نلتمس منها تعريفا جامعاً للتراخي بصورة عامة ، لذلك سوف نحاول إعطاء تعريف شامل ووافي للتراخي فيما بعد .

ثانياً - التعريف القانوني للتراخي

بعد الاطلاع على التعاريف التي أوردها فقهاء المسلمين وكذلك فقهاء القانون ، والخاصة بالتراخي اقتضى ان نبين الموقف التشريعي التراخي في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ، بالإضافة إلى موقف القضاء من تعريف التراخي وكالاتي :

أولاً - التعريف التشريعي

أما على صعيد التشريع ، فنجد أن المشرع العراقي لم يشر إلى تعريف التراخي بصورة صريحة سواء أكان في نطاق القانون المدني العراقي ام في نطاق اخر ، ونعتقد ان المشرع حسنا فعل بعدم ذكر تعريف للتراخي ، ذلك أن إعطاء تعريف محدد (للتراخي) قد يؤدي إلى حصر مدلوله في نطاق ضيق لا ينسجم مع تطور الحياة وازدياد الاقبال على ابرام العقود ، فضلا عن ذلك ان تحديد معيار التراخي يكمن أما في نصوص القانون أو اتفاق

(1)alain benabent,droit civil,les contrats spesiaux civils commerciaux,lextenso edition,8,mai,2008,p60.

المتعاقدين ، فبالرجوع إلى القانون المدني العراقي لم نرى ذكر مصطلح التراخي ضمن نصوصه، على الرغم من ان المشرع العراقي قد استمد اغلب احكامه تارة من الشريعة الإسلامية ولاسيما فيما يتعلق بالخيارات ، وتارة أخرى من مجلة الاحكام العدلية ، والتي تعتمد على الفقه الإسلامي في وضع احكامها⁽¹⁾.

اما في التشريعات محل المقارنة ، فلم نجد الإشارة إلى التراخي بصورة صريحة في اغلب التشريعات العربية ومنها التشريع المصري ويعود السبب الرئيسي وراء ذلك كون ان المشرع مازال يقف عند حدود القواعد العامة وفي مقدمتها ان (العقد شريعة المتعاقدين) حيث نص في المادة (1/147) من القانون المدني المصري على ان "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون"⁽²⁾.

في المقابل هناك تشريعات محل مقارنة بالرغم من عدم ايرادها تعريف لمصطلح التراخي ، الا انها نصت على التراخي في عدد من النصوص القانونية ضمن متنها ومنها (التشريع اليمني) والذي يعتبر الاستثناء الوحيد الذي تناول مصطلح التراخي في قانونه⁽³⁾ ، حيث نص على التراخي بصورة صريحة في عدد من النصوص المتناثرة منها ما جاء في نص المادة (1269) على انه " تبطل الشفعة ويسقط حق الشفيع فيها بأحد الأمور منها :- تراخي الشفيع الغائب عن مجلس العدل بعد علمه به بشهادة كاملة على التصرف ولو بغير لفظ الشهادة أو تراخيه بعد علمه بالعقد بخبر يفيد الضن مدة تزيد على ما يمكنه فيه طلب الشفعة مالم يكن معذورا .."⁽⁴⁾

ومن خلال النص يتبين لنا أن المشرع اليمني قد تبنى لفظ التراخي في متن قانونه بصورة صريحة والسبب من وجهة نظرنا كون ان المشرع اليمني استمد بعض احكامه من الشريعة

(1) نصت المادة (182) من مجلة الاحكام العدلية على انه "المتبايعان بالخيار بعد الايجاب إلى اخر المجلس مثلا لو اوجب احد المتبايعين البيع في مجلس البيع بان قال بعث هذا المال أو اشتريت ولم يقل الاخر على الفور اشتريت أو بعث بل قال متراخيا قبل انتهاء المجلس ينعقد البيع وان طالت المدة للمزيد ينظر، علي حيدر ،درر الاحكام شرح مجلة الاحكام العدلية، مجلد1، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003 ، ص153

(2) ينظر: القانون المدني المصري رقم (131) لسنة1984 المعدل النافذ

(3) تجدر الإشارة إلى انه القانون المدني القطري قد استخدم لفظ التراخي في نص المادة (102) حيث أشار في الفقرة الثانية "على انه إذا قعد احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه في الاجل المحدد أو تراخى في ذلك مدة تجاوز المألوف ، جاز للمتعاقد الاخر ان يعتبر ذلك عدولا منه عن العقد " للمزيد ينظر القانون المدني القطري رقم(22) لسنة 2004، الصادر بتاريخ 2004/6/30 ، المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد 11 بتاريخ 2004/8/8 المعدل النافذ.

(4) ينظر: الفقرة الثامنة من المادة (1269) من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 المعدل النافذ.

الإسلامية مباشرة ، والتي تعتبر المصدر الرئيسي للقانون اليمني الذي استقى منه المشرع نصوص احكامه ، اذ بين في نص المادة الأولى على انه " يسري هذا القانون المأخوذ من احكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تناولها في نصوصه لفظا ومعنى فاذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون ، فاذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا ، فاذا لم يوجد عرف بمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية ، ويشترط في العرف ان يكون ثابتا ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة " (1).

اما في التشريع الفرنسي ، فقد حرص المشرع الفرنسي على أهمية الرضا وحمائته ، ومواكبة التطورات القانونية وتأكيدا لهذا فقد أورد مهلة التروي في صلب قانونه وذلك بموجب التعديل الجديد لقانونه ، والتي لا نرى اختلاف بين المصطلحين كون ان كل من التراخي والتروي هدفهما هو حماية الطرف المتعاقد وعدم الضغط عليه وهذا يكون من خلال منحه مهلة من التروي والتفكير في امر العقد قبل التسرع في اصدار قبوله، ولهذا كان للمشرع الفرنسي دور في تقرير ما يسمى (بالتروي)، وهذا ما أكدته المادة (1122) على انه " يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة التفكير ، وهي المهلة التي لا يستطيع متلقي الايجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها أو على ميعاد العدول ، وهو الميعاد الذي يستطيع المستفيد منه العدول عن موافقته قبل انقضائه " (2) ، فهدف المشرع الفرنسي من هذه المهلة هو إعادة التوازن العقدي ، ومنح المتعاقدين مهلة من التروي والتفكير والتبصر في العقد ، ولكي يتحقق ذلك ذكر المشرع الفرنسي مجموعة من القيود التي تحفظ التوازن العقدي والتي منها تحديد المدة الممنوحة للتروي وبيان كيفية ممارستها ، فقد تكون خاضعة لتقدير المتعاقد نفسه فقد يحتاج المتعاقد إلى استشارة غيره، وقد يملك المتعاقد من الإمكانيات الذاتية التي تغنيه عن استشارة الغير، بالإضافة إلى ذلك فان المشرع الفرنسي عندما قرر منح هذه المهلة لم يخضعها لشكل معين أو اجراء خاص ، انما كان ضابطه الوحيد هو الممارسة

(1) ينظر: القانون المدني اليمني المعدل النافذ.

(2) المادة (1122) القانون الفرنسي المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 131 لسنة 2016 باللغة الفرنسية:

Art.1122-12" loole contrat peuvent prévoir un duquel le destinataire de delai de reflexion, qui est le avant Texpiration Folire ne peut manifester son acceptation ou un délai delai avant l'expiration de rétractation, qui est le duquel son bénéficiaire peut rétracter son consen- lement

خلال فترة محددة ، وهذا يقودنا إلى ان التروي في العقد يكون مفترضا خلال المدة المحددة، وبانقضائها تصبح قرينة قانونية غير قابلة لأثبات العكس، لان هدف المشرع هو الحفاظ على مبدا استقرار المعاملات ، وتحقيق العدالة بين اطراف العقد ، لان بقاء المراكز القانونية فترة طويلة من غير تحديد مهلة يؤدي إلى اضطراب وزعزعة في مراكز المتعاقدين القانونية⁽¹⁾.

ثالثا-التعريف القضائي

من المتفق عليه ان الغاية الأساسية لوجود سلطة قضائية، هو لأجل تطبيق احكام القانون على الناس كافة والفصل في المنازعات وإصدار الاحكام والقرارات ، وتحقيق العدالة وضمن الحقوق العامة والخاصة ، فلا قيمة للحكم أو القرار لا يتم احترامه وتنفيذه من دون تأخير أو مطالة أو امتناع ، وهذا ما نصت عليه القوانين⁽²⁾.

لكن هناك كثير من المصطلحات التي يجهل بعض معناها وقد استعملها القضاء في العديد من القرارات القضائية ومنها مصطلح (التراخي).

فبالرغم من وروده في نصوص قليلة جدا في قانون العقوبات⁽³⁾، وكونه مصطلح شائع في الحياة العامة الا ان القضاء العراقي لم يبين معناه بالرغم من تكراره في العديد من القرارات التمييزية ، لذلك فالسؤال الذي يثار حول ماذا اعتبر القضاء العراقي التراخي هل هو سبب من أسباب انقضاء الدعوى، ام انه وسيلة لسقوط الحق ، ام ان هناك راي اخر كان للقضاء ؟

(1) ينظر: نبيل إبراهيم سعد ، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص24.

(2) ينظر: إبراهيم البرغوثي ، تنفيذ الاحكام القضائية وضمانات حسن سير العدالة ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1977 ، ص3.

(3) جاء في نص المادة (271) من قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969 المعدل النافذ على انه "كل موظف أو مكلف بخدمة عامة كلف بالقبض على شخص أو بحراسة مقبوض عليه أو محجوز أو موقوف أو محبوس أو بمرافقة أي منهم فمكته من الهرب أو تغافل عنه أو تراخي في الإجراءات اللازمة للقبض عليه قاصدا معاونته على الهرب..." .

سبق وأن أوضحنا أن مصطلح التراخي قد ورد في اللغة بعدة معاني منها (التكاسل - والتقاعس - والتواني - والتهمل - والتسهيل) ، وهذه المعاني قد اعتمدت من قبل محكمة التمييز في عدة قرارات ، حيث وردت عبارة التراخي بمعنى (التقاعس- والتواني - والتكاسل) في القرار محل التعليق ، وذلك عندما عدت محكمة التمييز ان " الزوجة متراخية في المطالبة عن الطلاق التعسفي إذا مضت ثلاث سنوات وهذه المدة هي حد زمني لتحديد فترة التراخي ، وبهذا التوجه جعلت محكمة التمييز التراخي بمنزلة تقادم مسقط "(1).

لكننا نجدها في قرار آخر كان محل التعليق اعتبرت المحكمة ان التراخي يتجسد في إقامة الدعوى بعد مرور سنين عديدة من تاريخ العلم (2).

وذهب القضاء في قرار آخر بان التراخي يعد مسقطاً للحق وذلك بعد انتهاء المهلة لإقامة دعوى الفسخ وبذلك يكون قد سقط الحق لمرور المدة المحددة (3).

(1) ذهب القضاء في احدى قراراته إلى ان " الزوجة تعتبر (متراخية) في المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي مدة تزيد عن ثلاث سنوات هي الحد الزمني وان هذا التراخي يتنافى مع مفهوم حق المطلقة بالتعويض عن طلاقها التعسفي والذي يتمثل بجبر الضرر الذي تتعرض له المطلقة سواء كان معنوياً او مادياً وقت وقوع الطلاق لتستطيع مواجهة الحياة بعد وقوعه مما يجعل دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني ،وجعلت هذا التراخي سبب من أسباب رد دعوى المدعية بالمطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي " ،قرار منشور على الموقع الالكتروني ،<http://iraqlid.hgc.iq> عدد 5214، تسلسل 5195 ،بتاريخ 2022/3/29، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 11:11 p.m.

(2) ذهب القضاء في احدى قراراته إلى ان "المميزة قد علمت بزواج زوجها بعد زواجه بأسبوعين وهذه المدة لا تعتبر تراخي لان ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ان التراخي يتجسد في إقامة الدعوى بعد سنين عديدة من تاريخ علم الزوجة بذلك " احدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية منشور على الموقع الالكتروني <http://iraqlid.hgc.iq> ، عدد 3040 هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ،تسلسل 3176 لسنة 2016، وفي توجه آخر اعتبرت محكمة التمييز "ان مضي مدة سبعة اشهر على علم الزوجة بزواج زوجها ثانية لا تعتبر مدة تراخي وان الدعوى المدعية ليس لها سند من القانون فكان على المحكمة الاستجابة لها كون انها اقامت الدعوى خلال فترة سنة وهذا ما استقر عليه القضاء في العديد من القرارات وقد قضت المحكمة ببرد الدعوى "قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني <http://iraqlid.hgc.iq>، العدد 2879 لسنة 2023/2/13، تاريخ الزيارة 2023/7/14، تاريخ الزيارة 2023/7/14 الساعة 11:11 p.m.

(3) ذهب القضاء في احدى قراراته إلى اعتبار "ان المدعية متراخية في طلب توجيه الإنذار وهذا يعد اسقاطاً للحق حيث ان الميزة تقر بانها اكتشفت العيب بعد استلام الماجور والمباشرة باستحصال إجازة الترميم فكان ينبغي عليها توجيه الإنذار الاصولي وإقامة دعوى الفسخ أو انقاص الأجرة والمطالبة بالتعويض وفقاً للاحكام المتقدمة لكنها تراخت عن ذلك ووجهت انذارها بطلب الفسخ والتعويض قبل انتهاء مدة العقد بفترة وجيزة جدا وهذا يعد اسقاطاً لحقها بطلب الفسخ أو انقاص الأجرة أو التعويض " قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني ، <http://iraqlid.hgc.iq> ، رقم (1717) استئنافية عقار لسنة 20/6/2006، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 11:11 p.m.

فمن خلال الاطلاع على قرارات محكمة التمييز نجد انها لم تستقر على مفهوم محدد للتراخي ، ولم تبين المهلة المحددة للتراخي ، فتارة تحدد المدة بسنة وتارة أخرى بثلاث سنوات وذهبت في البعض الآخر إلى عدم تحديد المدة ، ونجدها في بعض القرارات اعتبرت ان التراخي مسقط للحق وحرمان المدعي من المطالبة بحقه وهذا أساس الاشكال الذي نبحث عليه ، فإسقاط الحق كما معروف لا يكون الا بنص قانوني جازم وواضح ؛ ومن ثم يجب ان تفسر المدة بأضيق الحدود فالحقوق التي تتقدم بمدد خاصة يتعين تفسير نصوصها تفسيراً ضيقاً لا يخرج عن النطاق ، فالتقدم بمثابة جزاء للشخص المهمل أو الذي يماطل في القيام بما يلزمه القانون القيام به خلال الفترة المحددة ، فيبدو من ذلك ان الزمن عنصر من عناصر التقدم الأساسية ، وقد وجدنا بان محكمة التمييز لم تستقر على مهلة محددة للتراخي وأيضاً وجدناها تارة تعتبر التراخي سبباً لسقوط (1) ، لذلك تركت الامر لاجتهاد المحكمة وحسب وقائع الدعوى والتي كان من الاجدر على القضاء تحديد المهلة الخاصة بالتراخي دون تركها من غير تحديد لان هذا يؤدي إلى ضياع الحقوق وعدم الاستقرار في المعاملات ؛ ومن ثم اخلال في التوازن العقدي ، فالتراخي إذا هو حق من نوع خاص قد يؤدي اللجوء اليه إلى كسب الحق في بعض الحالات وفي حالات أخرى يؤدي إلى سقوط الحق.

وبعد تسليط الضوء على تعريف التراخي وبيان موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ، بالإضافة إلى موقف القضاء من مصطلح التراخي بالإمكان إعطاء تعريف جامع للتراخي ، فمن وجهة نظر الباحث القول بانه:

(حق خاص يمنح لاحد المتعاقدين خلال مدة زمنية معلومة لغرض التروي والتفكير قبل الارتباط النهائي في العقد وهو بذلك يسعى إلى حماية المتعاقد من التسرع وعدم تانيه ؛ ومن ثم عدم تكبده خسائر فادحة نتيجة عدم تروييه وتانيه في العقد).

عد التراخي بانه حق لكن ليس حق عيني يتمثل بسلطة مباشرة على الشي وكذلك ليس بحق شخصي أي يتمثل بوجود رابطة ، انما هو حق من نوع خاص هدفه التروي والتفكير ، كذلك لم ينص القانون على وجوده بصورة صريحة ، أيضاً هذا الحق قد يكون محدد بمهلة زمنية ، وقد يكون غير محدد ، كذلك ان المتمسك بالتراخي قد يؤدي إلى تغيير في المراكز القانونية للمتعاقدين ، وطالما ان بحثنا ينصب على فكرة التراخي في الخيار لهذا سوف نحاول معرفة

(1) سالم روضان الموسوي ، مفهوم التراخي في المطالبة القضائية (تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية) ، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني، <https://www.ahewar.org> ، لسنة 2022/2/10 .

مدى تاثر الخيار بالتراخي سواء كان في الخيارات الارادية أو الحكمية، لكن قبل ذلك سوف نبين ابرز السمات التي يتمتع بها التراخي وكالتالي:

الفرع الثاني

سمات التراخي

بعد أن قمنا بتحديد معنى التراخي وبيان مفهومه في اصطلاح الفقه والقانون ، يتوجب علينا ان نبين اهم السمات التي يتمتع بها التراخي والتي سوف نتناولها بالتفصيل وكالاتي :

أولا- التراخي رخصة شرعية

من المعلوم ان الاخذ بالرخص نابع من يسر الشريعة الإسلامية ، ودفعها المشقة عن المكلف، وهذا معنى القاعدة الكلية التي تعتبر الحاضن الأكبر للرخص فالمشقة تجلب التيسير ، بمعنى ان الصعوبة التي تصادف في شي تكون سببا باعثا على تسهيل وتهوين ذلك الشئ ، فالمشقة الشديدة جعل الشارع منها مخرجا ، ولكن لابد للمكلف ان يتحرى عن المخرج الشرعي من هذه المشقة وان لم يفعل ذلك وقع محظورين ، احدهما مخالفته لقصد الشارع ، والثاني سد أبواب التيسير عليه ، فهناك حكمة من تشريع الرخص وهي لتحقيق مبدا اليسر، والسماحة في الإسلام تحقيقا عمليا تطبيقيا ، والرخص التي ذكرها القران الكريم كثيرة ومتعددة تجلت في العديد من آياته ، وجميعها كانت هادفة إلى التيسير ورفع المشقة عن المكلف منها جاء في

قوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾⁽¹⁾ ، وايضا قال جل ذكره ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ

أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا ﴾⁽²⁾ ، ففي كل امر هناك تخفيف للإنسان سواء أكان في

الأمر الدينية⁽³⁾ ، أم في المعاملات المالية ؛ فالفقه الإسلامي يرى في التراخي انه رخصة شرعية تمنح صاحبها لغرض التيسير والتسهيل ولرفع المشقة عليه وقد اتفقت اغلب المذاهب على ذلك فاذا كانت الرخصة ثابتة في الأمور الدينية ، هل الامر ذاته ينطبق في المعاملات المالية وبالأخص في الخيارات الشرعية كون التراخي رخصة تمنح لاحد المتعاقدين ؟

جوابا بالقول: أن المتتبع لكتابات فقهاء المسلمين يجد بانهم اعتبروا التراخي بمثابة رخصة شرعية في العديد من الخيارات والتصرفات ، وكان الغرض هو الترويح وإعطاء المتعاقد الحرية في فحص المبيع وقبوله ، والمعروف ان الخيارات قد تثبت بحكم المتعاقدين وتسمى (بالخيارات الارادية) ، وقد تثبت بحكم الشارع وتسمى (بالخيارات الحكمية) فهي ثابتة لديهم . فقهاء الامامية كان لهم الدور الأكبر في تناول هذا الموضوع وذلك بموجب الروايات الواردة عن اهل البيت والتي نستدل منها كون التراخي هو بمثابة رخصة شرعية في العديد من الخيارات منها ، قول الامام الصادق (عليه السلام) " البيعان بالخيار مالم يتفرقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما "⁽⁴⁾ .

يفهم منها أن وجه الرخصة في خيار المجلس هي انه عندما أجاز عقد البيع من كلا المتبايعين بخيار المجلس مع وجود البيع الذي الأصل فيه اللزوم ، ولان المقصود منه نقل الملكية وحل التصرف مع الامن من فسخ الطرف الاخر وهذان فرعان عن لزوم البيع ؛ ومن ثم لزومه ينافي مشروعية خيار المجلس⁽⁵⁾ ، فكان خيار المجلس رخصة لمنافاته

(1) سورة البقرة ، جزء من اية (185).

(2) سورة النساء ، جزء من اية (28)

(3) حيث جاء في منهاج الصالحين للسيد الخوئي (ان السبب المحرم لوجوب الصوم هو شهود الشهر قائم ، لكن حرمة الإفطار غير قائمة على الفور وانما ثابتة بالتراخي فهناك رخصة للمكلف باتيانه على التراخي وان كان الاحوط اتيانه استحبابا من دون تأخير) للمزيد ينظر ، فتاوى اية الله السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج1 ، ط8 ، مطبعة مهر ، قم ، 1410هـ ، ص284 ، رقم المسألة (1047).

(4) ينظر: جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج1 ، تحقيق مؤسسة ال البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث ، ط1 ، مطبعة سنارة ، قم ، 1420هـ ، ص515 ، وينظر أيضا ، السيد محمد هادي الحسيني الميلاني ، كتاب البيع ، تقرير وشرح السيد محمد هادي الميلاني ، ط1 ، مطبعة وفاء ، قم ، 1429هـ ، ص250 .

(5) فقد استدلل القائلون بعدم مشروعية خيار المجلس ، بادلة تدل على ان الأصل في البيع اللزوم ، قوله تعالى "يأبها الذين امنوا اوفوا بالعقود " سورة المائدة ، اية (1).

مقتضى البيع ، كذلك ان خيار المجلس فيه نوع من الجهالة أي انه قد يطول المجلس وقد يقصر فليس هناك وقت محدد للمجلس لذلك ذهب القائلون بانه على التراخي (1) .

فبالرغم من وجود الجهالة في خيار المجلس إلا انه شرع مع ما فيه من الجهالة رخصة استثناء من عموم النهي أي تغيير الحكم من الصعوبة إلى السهولة ، وذلك بجواز خيار المجلس مع وجود سبب الحكم الأصلي وهو الجهالة وقد تغير الحكم لوجود العذر.

الامر ذاته ينطبق أيضا على خيار الرؤية ، إذ إن خيار الرؤية رخصة شرعية خاصة بالمشتري تمنح في حالة إذا كان العذر بالجهل في مورد الوفاء به ضروريا لا يتسامح فيه، حيث جاء (ان اسناد الخيار إلى الرؤية لأنه في قوة ان يقال لكان له الخيار وقت الرؤية فتوقيت الخيار بوقت الرؤية ينافي تأخيره عن هذا الوقت ، ولكنه غير سديد وذلك لكون خيار الرؤية كالغبن ، فكما ان خيار الغبن اسند إلى نفس الغبن، كذلك خيار الرؤية، أسندت إلى الرؤية نفسها والخيار مطلق غير مقيد بوقت) (2) ، فخيار الرؤية يمتد بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية ، فاذا كان المشتري جاهلا بالحكم فالجهل بثبوت الخيار ليس عذرا ، فاذا لم يكن الخيار متراخياً فوجب بيان ذلك للسائل الا إذا كان الوفاء ضروريا لا يتسامح فيه (3) ، إذن هناك رخصة منحت للمشتري لرؤية المبيع وفحصه حتى وان كان البائع جاهلا ذلك .

وذهب الحنفية إلى القول بان هناك الكثير من الرخص وجدت في الخيارات سواء كانت في الخيارات الارادية أو الشرعية ، ومن بين هذه الخيارات التي اعتبر فيها ان التراخي رخصة هو خيار الرؤية ، ودليلهم قول الرسول محمد (ﷺ) "من اشترى شيئا لم يراه فله الخيار إذا راه " ، فعدم الرؤية هي سبب ثبوت الخيار فاذا شاء اخذه وان شاء رده .

وهنا اطلاق للنص أي غير مقيد بمدة زمنية ؛ ومن ثم تأتي رخصة الخيار فيإمكان المشتري معاينة المبيع والنظر اليه بتروى ولو كان ما اشتراه موافقا لما وصف اليه في العقد ، فهو خيار مدى العمر فجهالة المعقود عليه في هذا الخيار في بعض جوانبه لا تفضي إلى

(1) ينظر: الحلي ، تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، ج1، ص515 .

(2) ينظر: الانصاري القمي ، العقد النضيد ، ج8 ، مصدر سابق ، ص189، و ينظر ايضا السيد محسن الخرازي ، تعليقات على المكاسب ، مصدر سابق ، ص88 .

(3) ينظر: جعفر السبحاني ، دراسات موجزة في الخيارات والشروط ، قم ، 1381هـ، ص95 و ينظر ايضا ، محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، حاشية كتاب المكاسب ، ج3، ط1، مطبعة ستارة ، 1423هـ-2002م ، ص49.

المنازعة وانما إلى احداث خلل في رضا المتعاقد ، وهذا ما يرمي اليه التراخي بان يصدر رضى المتعاقد بتروى وتفكير وتدبر⁽¹⁾.

اما جمهور الفقهاء من الحنابلة و الشافعية فقد بينوا ان خيار الرؤية يثبت للمشتري سواء ثبت الخيار ام لا ، فالمشتري مخير عند روية المعقود عليه أما الرضا أو الفسخ ، فالخيار ثابت حتى وان كان المعقود عليه موافقا للوصف لان يعرف بخيار الرؤية⁽²⁾.

وميز فقهاء المالكية بين إذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد ، وهنا يجب النظر اليه بشرط ان لا يؤدي ذلك إلى الحاق ضرر بالمتعاقد ويجوز ان يقوم الوصف مقام الرؤية⁽³⁾، أما المعقود عليه الذي يكون في خارج البلد، فاذا زادت المدة اللازمة لرويته عن يوم ولم يتمكن المتعاقدين من رويته بحيث يشق الوصل اليه ولا يمكن وصفه ، فيلزم المتعاقد باشتراط خيار الروية لمصلحة المتعاقد ولمصلحة المعاملة أي منح المتعاقد مهلة من الرؤية تكفيه للتروى والنظر اليه⁽⁴⁾ ، فهناك إذاً اجماع لدى المذاهب على وجود رخصة التراخي في الأمور الدينية والمعاملات المالية، الغرض منها هو رفع المشقة ولمنح المتعاقد مهلة من التروى والتفكير فيما اقدم عليه.

اما بالنسبة إلى التشريعات محل المقارنة ، فبما ان المشرع العراقي لم ينظم التراخي ولم يشر اليه بصورة صريحة ؛ ومن ثم عدم بيان تأثره في الخيار، إلا ان فكرته لم تكن بعيدة كل البعد فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي نلاحظ تناثر النصوص القانونية التي تناولت الخيارات في التطبيقات المختلفة والتي نستدل بها عن طريق الدلالة على وجود التراخي، فنجد ان المشرع العراقي قد اعطى لاحد اطراف العلاقة القانونية أو للمحكمة أوحق خاص بموجبه ينتقي خيار قانوني وارد بالنص من بين خياريين أو اكثر(خيار التعيين) كذلك يتبين

(1) ينظر: وهبة الزحيلي ، الفقه الحنفي الميسر ، ج1، ط1، دار الفكر، دمشق، 1431هـ-2010م ص488، وينظر ايضا ، الزيلعي جمال الدين عبد الله بن يوسف ، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية ، ج4، الدار الحديث ، بلا تاريخ نشر ، ص9، وينظر كذلك شمس الدين أبو بكر محمد بن احمد بن سهل السرخسي ، المبسوط ، ج13، ط1، دار المعرفة ، بلا مكان نشر ، 1406هـ-1986م ، ص70.

(2) ينظر: موفق الدين بن عبدالله بن قدامة ، الكافي، ج2 ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994 ، ص9، وينظر ايضا، يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين ، ج2، دار الفكر ، بيروت ، 1995، ص25، و ينظر أيضا ، يحيى بن شرف النووي روضة الطالبين ، ج3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص42.

(3) ينظر: شمس الدين محمد بن احمد الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج3، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص13.

(4) ينظر: أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدة للمدونة ، ج2، ط1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت -لبنان ، 1408هـ-1988م ، ص227 .

للمشتري بعد ابرام العقد عدم حاجته للمعقود عليه وتسارعه في التزامه بالعقد ، رغم سابق رويته (خيار الرؤية) ، وفي نفس الوقت جاء العقد خالياً من أي شروط اتفاقية تمنحه حق الرجوع عن العقد (خيار الشرط) ، كذلك افساح المجال للتروي والتفكير خلال مهلة العقد (مجلس العقد) ، ومن علم بالعيب واخر الرد لا يسقط خياره مهما طال الوقت (خيار العيب) وبسبب تطور وسائل العيش وتفاوت في السلع التجارية ، وتعقيدها في المظهر والمضمون ، وتعرضها لأنواع من الخلل لأسباب خفية ، كذلك رواج التزييف والغش ومشاورة المؤتمن الناصح ليتم هذا بصورة تحفظ له فرصة التعاقد التي اتاحت له ، فقد تضيق فترة التعاقد أو تتسع ، وقد تكون المساومة عن استيعاب طرائق تثبت من اصلاح الشئ للحاجة أو حصول تكافؤ بين البدل والمبدل ، وهذا لا يكون الا عن طريق مهلة من التروي والتفكير والتدبر والتي يسمى بالتراخي

وبما أن الخيارات القانونية لا عد لها ولا حصر، فقد ذهب الفقه القانوني إلى توسيع نطاق الفسخ في العقود اللازمة وخاصة في الحالات الطارئة ، بهدف منح المتعاقدين حق التروي والتفكير وحماية المتعاقد من التسرع في ابرام العقد دون تروي ، (1).

ومن ثم يحول دون انضمامه لشروط تعاقدية من دون معرفته جيداً بها ، لاسيما وان كانت تلك الشروط تتسم بطابع التعسف والجور.

ففي خيار الرؤية اورد المشرع العراقي في تقنينه المدني والذي نص على ان (العلم بالمعقود يتحقق بموجب رويته) وبذلك يكون المشرع العراقي قد ميز بين قواعد الرؤية وبين القواعد العامة بوصفها تعيين المعقود عليه أو قواعد الغلط ، فهناك رخصة منحت للتراخي وهو ان خيار الرؤية هو شرط للزوم العقد وليس لصحته ؛ ومن ثم يكون صاحب الحق مخير بين الفسخ أو الامضاء عند الرؤية ، وهذا ما اوضحته المادة (517) من القانون المدني العراقي بفقرته الأولى على انه "1- من اشترى شيئاً لم يراه كان له الخيار حين يراه فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع، ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يراه" وما لاحظناه أيضاً ان القانون المدني العراقي قد اخذ بالمعنى الواسع للرؤية (2).

(1) ينظر: عبد الستار أبو غدة، مصدر سابق ، ص30 .

(2) نصت الفقرة الثانية من المادة (517) من القانون المدني العراقي على انه "والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشئ ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق " للمزيد اكثر ينظر: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في العراق والمملكة الأردنية والكويت ، بلا مكان نشر ، 1984 ، ص176.

وبما أن خيار الرؤية شرع للتروي ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لصاحبه في استعماله ما لم يصدر منه ما يدل على إجازة العقد أو قبوله بالمعقود عليه أو تصرفه فيه وقد حاول المشرع العراقي التوفيق بين اطلاق الخيار وتوقيته ، بالرغم انه أورد حكماً بسقوط الخيار إذا مضت مدة معينة بعد ممارسة الخيار ورؤية المعقود، إلا أنه لم يحدد طبيعة هذه المدة حيث تركها لاتفاق الطرفين وهذا يقودنا إلى القول ان المشتري له مطلق المدة في التأكد من المبيع ورويته بتروي وتفكير قبل اصدار اجازته ، لكنه عاد واردف هذا الحكم بحكم اخر أجاز فيه الخيار للمشتري بالتراخي في استعمال حقه في الخيار، لكن بمضي وقت كافي يمكن للمشتري من خلاله رؤية المبيع وتأمله استعمال حقه في الخيار، و بذلك يكون قد حقق الغاية المبتغاة من هذا الخيار بجعل المدة غير مطلقة لكنها كافية ، وغرضه من ذلك هو دفع الضرر عن المشتري .

وهذا يعني أن المشرع العراقي قد أشار إلى التراخي ولكن بصورة غير مباشرة ، وذلك عندما منح لمن يتضرر من ذلك الخيار تحديد مهلة مناسبة لأبداء رائيه ، فبتحديد المهلة المناسبة للتروي في خيار الرؤية يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية .

لأن بقاء العقد معلقاً لفترة غير محددة قد يؤدي إلى الاضرار في بعض الحالات بأحد العاقدين ، مع تحقق مصلحة صاحب الخيار⁽¹⁾ .

اما بالنسبة إلى القوانين التي تجري مقارنتها ، فنجد ان المشرع اليمني، قد سار على نهج المشرع العراقي في استنباط قواعد خيار الرؤية والنص عليها ، وأيضا الفصل بين خيار الرؤية وبين الغلط وبين التعيين ، ويبدو ذلك جليا من خلال نصوصه والجزاء المترتب على تخلف تعيين المعقود عليه وهو البطلان⁽²⁾ ، بينما الفسخ هو الحق الذي منحه المشرع للمتعاقد والذي لم ير المعقود عليه باستعمال خيار الرؤية من دون أن يحدد المهلة اللازمة للرؤية بل

(1) ينظر : نص المادة (523) من القانون المدني العراقي ، وللمزيد من المناقشة ينظر ، د-غني حسون طه ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 ، ص 77 ، وينظر أيضا 2 ، سعيد مبارك ، طه ملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ، الوجيز في العقود المسماة البيع والمقاوله ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، 1993 ، ص 33 ، وينظر كذلك ، عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، مطابع شتات دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011 ، ص 237 ، وكذلك ينظر ، صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، المصدر السابق ، ص 190 .

(2) نصت المادة (473) من القانون المدني اليمني النافذ على انه "يلزم تعيين المبيع حال العقد بذاته أو بذكر جنسه ووصفه أو بالإشارة إليه مع بيان مكانه "

تركها للمتعاقد وهو ما جاءت به المادة (239) من القانون المدني اليمني⁽¹⁾ ، فهنا يكون المشرع قد اعطى للمتعاقد مهلة التراخي في خيار الرؤية .

لكن مما يؤخذ على المشرع اليمني محاولته الجمع بين قواعد خيار الرؤية التي قننها وبين ما اقتبسها من التشريع المصري المتمثل بقاعدة العلم بالمبيع⁽²⁾ ، وما هو معروف ان المشرع المصري أراد بالنص على هذه القاعدة ان يقرب بين قواعد خيار الرؤية والقواعد العامة .

وهذا لا يمكن ان يتلائم مع ما يتضح من نصوص التقنين المدني اليمني الخاصة بالنسبة لخيار الرؤية⁽³⁾.

ولهذا نجد ان المشرع العراقي فعل حسنا عندما اكتفى بنصوص خيار الرؤية دون ان يورد قاعدة العلم بالمبيع ، لان اصل القاعدة هو خيار الرؤية فليس هناك فائدة من الجمع بينهما وبين نصوص الخيار⁽⁴⁾ .

اما القانون المدني المصري ، فانه حاول التقريب بين قواعد الشريعة الإسلامية المتمثلة بخيار الرؤية وبين القواعد العامة ، أي قواعد تعيين المعقود عليه أو قواعد الغلط في القوانين الحديثة وقد حصر القانون المدني المصري هذه القواعد في مادة واحدة وهي المادة (419) والتي جاء فيها على انه "يجب ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع ووصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه "

(1) نصت المادة (239) من القانون المدني اليمني النافذ على انه " من تعاقد على مالم يراه فهو مخير عند رويته المميزة ان شاء قبل وامضى العقد وان شاء فسخه وله الفسخ قبل الرؤية وعقبها مالم يسقط حقه أو مالم يرض بعد الرؤية قولاً أو فعلاً ، ويثبت الخيار للاعوى بما يقوم مقام الرؤية" .

(2) ينظر: نص المادة (481) من القانون المدني المصري النافذ.

(3) ان هذا الامر ينطبق ما ذهب اليه المشرع الأردني اذ انه تناول احكام خيار الرؤية بشكل مستقل عن القواعد العامة الا انه وقع في ذات الالتباس الذي وقع فيه القانون المدني اليمني من حيث الجمع بين نصوص الخيار وقاعدة العلم بالمبيع والتي اقتبسها من المشرع المصري وكان يغنيه عن ذلك الاكتفاء بنصوص الخيار ، للمزيد ينظر المواد (467-466-184-161-185) من القانون المدني الأردني النافذ .

(4) الجدير بالذكر ان القانون التركي قد منح الحرية للمشتري بقبول المبيع أو رده وذلك من خلال نص المادة (219) عندما بينت على انه "المشتري حر بقبول المبيع أو رده في البيع المشروط فيه التجربة والمعابنة ويبقى المبيع بملك البائع إلى حين صدور القبول وان دخل في قبضة المشتري "القانون المدني التركي رقم 6089 المعدل في 11 يناير 2011 النافذ.

فمن خلال استقراء نص هذه المادة نلاحظ ان المشرع المصري قد وقع في اللبس ، وذلك عندما حاول التقريب بين احكام خيار الرؤية وقواعد تعيين المبيع التي نص عليها في المادة (133)⁽¹⁾ .

وقواعد الغلط التي نص عليها في المادة (120-121)⁽²⁾ .

وهذا يعني خروج المشرع المصري على قواعد الشريعة الإسلامية التي استمد منها قاعدة العلم بالمبيع، لان اصل هذه القاعدة هو خيار الرؤية⁽³⁾ .

ويرى الباحث بان المشرع المصري قد وقع في اللبس ، حيث أن التعيين هو مرحلة العلم وعدم تعيين المعقود عليه يؤدي إلى بطلان العقد لان التعيين شرط صحة ، بينما العلم بالمبيع هو شرط للزوم العقد ؛ ومن ثم تخلفه يؤدي إلى اثبات الخيار وقابلية العقد للفسخ .

اما بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي ، فانه يعرف بيع مماثل لخيار الرؤية الا وهو التعاقد على شراء بضاعة موجودة عند البائع ولم يسبق للمشتري رويتها فان كان قد رآها فله الحق أما ردها أو اخذها ، ويسمى هذا البيع بالبيع مع الاحتفاظ بحق العدول⁽⁴⁾ .

ونجد بان المشرع الفرنسي أورد حكما يتضمن ضرورة تعيين المعقود عليه ، فإن لم يعين فينبغي أن يكون قابلا للتعيين والإِ عَدَّ العقد باطلا وهذا ما نصت عليه المادة (1129) .

(1) نصت المادة (133) من القانون المدني المصري النافذ على انه "1- اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا ،2-ويكفي ان يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد استطاع به تعيين مقداره واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف اخر التزم المدين بان يسلم شيئا من صنف اخر " .

(2) نصت المادة (120) من القانون المدني المصري النافذ على انه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له ان يطلب ابطال العقد ان كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه ان يتبينه" .

وكذلك نصت المادة (121) من نفس القانون على انه 1-يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ،2-ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص ،اذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية ، واذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد " .

(3) للمزيد ينظر: د-مصطفى الجمال، البيع في القانونيين اللبناني والمصري ، مطبعة الدار الجامعية ، 1986 ، ص102 .

(4)abriel Marty, Pierre Raynaud, doit civil, les obligations tome?, 2eme edition, (4) 1998, Sirey, p. 41

وان الغلط الذي يكون موجب للبطلان في القانون المدني الفرنسي هو الغلط الجوهرى في مادة الشى (1).

ثانياً- التراخي عبارة عن مدة تروي واجتياز لاتخاذ القرار الحاسم

بما ان الأصل في قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هو ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض ارادتهما يلزمهما ، فالإرادتان اللتان حددتا عناصر الالتزام هما اللتان تملكان ، تعديل أي عنصر من عناصره فلا تستطيع إرادة واحدة منهما ولا إرادة خارجية عنهما ، اجراء هذا التعديل كمبدأ عام ؛ ومن ثم يكون للعقد المبرم قوة ملزمة في موضوعه أي ان المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من جهة ولا يلتزم الا به من جهة أخرى ، فالعقد في قوته الملزمة يساوي القانون في قوته الملزمة (2) ، من ثم ؛ يترتب على هذه قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) عدم جواز نقض العقد أو تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون مع وجوب مراعاة حسن النية في العقد من جهة أخرى ، وهذا ما اكد عليه القانون العراقي ، في الفقرة الأولى من المادة (146) " إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي " (3) ، فالقاعدة الأساسية تقضي بعدم جواز نقض العقد أو تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو بمقتضى احكام القانون وليس هناك خلاف في احكام هذه القاعدة حيث اتفقت عليها التشريعات الأخرى (4).

(1)Professeur a la faculte de Droit de Nantes, A Vant , propos de pierre C.ATALA. Professeur a Unversite de Droit. d Ecomie et de scierce Sociales , de paris , CODE CIVIL, 27 place Dauphine 75001 paris, 1994-1995, p. 572-573

(2) ينظر: الياس نصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، مفاعيل العقد ، ج2، ط2، بلا مكان طبع ، 1998، ص15.
(3) جاء في احدى القرارات القضائية " ان عدم تسديد المدعى عليه بدل الاجار في المدة المحددة رغم انذاره فيكون ملزماً بدفع الغرامات التأخيرية عن مدة التأخير وتكون دعوى المدعي لها سندها القانوني لان العقد شريعة المتعاقدين ويقتضى تنفيذه بحسن النية لأنه إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي " قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq> ، نوع الحكم مدني ، رقمه 1 الهيئة الموسعة المدنية ، تاريخ إصداره 2020 ، جهة الإصدار محكمة التمييز ، 2023/7/14 الساعة 11:11 .p.m.

(4) المادة (245) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه " لا يمكن في الأساس ان تفسخ العقود الا بتراضي جميع الذين انشؤوها ماخلا العقود التي تنتهي بوفاة احد المتعاقدين مع قطع النظر عن الفسخ بمعناها " وأيضاً المادة (246) "يصح الفسخ من جانب فريق واحد إذا كان منصوصاً عنه في العقد أو في القانون " ، تقابلها المادة (148/ف1) من القانون المدني سوري رقم 84 لسنة 1949.

كالقانون المدني المصري⁽¹⁾ ، والقانون المدني اليميني⁽²⁾ ، وأيضاً القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ ، وبما انه لا يمكن لاي طرف من اطراف العقد الرجوع عنه ، نظرا للقوة الملزمة التي يتمتع بها العقد فمتى تم النقاء الايجاب بالقبول قام العقد واصبح تنفيذه ملزماً لا رجعة فيه ، فالمستهلك متى ابرم عقدا للحصول على سلعة أو خدمة استهلاكية ما فانه يلتزم بذلك العقد وبتنفيذه أيا كانت ظروف العقد حتى لو تبين فيما بعد ان هذه السلع لا تفي بالغرض الذي يسعى اليه أو لا تفيده أصلاً⁽⁴⁾ ، ونتيجة لذلك ففي ظل التطور الذي تعرضت له البشرية ، وتعقيد الامور وظهور المخاطر وكثرتها ، واختلال ميزان القوة في العلاقة التي تقوم بين المنتج أو البائع وبين المستهلك من جهة أخرى ، فانه من غير الجائز ان يترك مجال واسع لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على اعتبار انه كاف لتحقيق مصالح الأطراف ، اذ ان المستهلك باعتباره فرد لا تتوافر له القدرات الفنية والقانونية والوقت الكافي للتروي والتفكير في جميع ما يبرمه من صفقات للاستهلاك ، فيحتاج إلى حماية خاصة في هذا الشأن عن طريق التخفيف من غلو مبدأ القوة الملزمة للعقد ؛ ومن ثم وجب منحه خيارات عديدة منها مهلة التراخي أي التروي والتدبر والتفكير بأمر العقد ، فالعقود التي يبرمها في عجلة من امره ، والتي يقع فيها ضحية الاغراء الدعائي المبالغ نتيجة الافتقار السليم في الاختيار، ولكي يتجنب ذلك منح للمستهلك حق فسخ العقد بإرادته المنفردة لكن ضمن مهلة معينة ، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، وهذه المهلة اطلق عليها المشرع الفرنسي بمهلة (التروي أو التفكير)⁽⁵⁾ .

فالمبرر الأساسي في منح هذه المدة ، هو ضرورة الحماية القانونية للمستهلك إلى المراحل اللاحقة لا برام العقد وعدم قصرها على مرحلة ما قبل التعاقد ، فالمشرع حين يفرض هذه

(1) ينظر: نص المادة (147) من القانون المدني المصري، وكذلك نص المادة (106) من القانون المدني الجزائري ، وايضا نص المادة (148) من القانون المدني سوري على انه "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للأسباب التي يقرها القانون "

(2) نصت المادة (211) من القانون المدني اليميني النافذ على انه "العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون الشرعي"

(3) نص المادة (1134) من القانون الفرنسي المعدل النافذ باللغة الفرنسية :
Art (1134) code civil francais: "elles ne peuvent être revoquées que de leur consentement mutuel, ou 7 pour les causes que la loi autorise".

(4) ينظر: د-عبد المنعم إبراهيم ، حماية المستهلك ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007، ص69.

(5) ينظر: د- محمد رياض دغمان ، الزامية العقد (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية والأدبية ش.م.م ، البقاع ، 2010 ، ص68.

المهلة قد اضافها باعتبارها شرطاً يرتبط بتحقيقه انعقاد العقد ، فقد يصدر رضا المتعاقد ولكنه في الواقع لا يعبر عن رغبته الحقيقية أو ارادته الفعلية كان يكون نتيجة تسرعه أو يكون قد اقدم على التعاقد من دون ان يتخذ الوقت الكافي للتأمل والتروي والتفكير وقد يكون مفتقر إلى الخبرة لاسيما فيما يخص التعاقد ، كذلك وجود صور جديدة للبيع لم يالفها نظامنا القانوني من قبل منها البيوع التي تتم في المنازل والبيوع التي تتم بالمراسلة ، فهنا لا يستطيع المستهلك بحسب الأصل الانفراد بالعدول أو الرجوع عن العقد، وذلك اعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد⁽¹⁾ ، فمن خلال مهلة التروي والتفكير يتمتع هؤلاء المستهلكين بمهلة قانونية معقولة ليتدبروا في بنود العقد على مهل وتروي ويتيح لهم أيضاً استشارة من يريدون استشارته من استشارته من معارفهم أو من أصحاب الخبرة⁽²⁾.

ويرى الباحث أن القانون الفرنسي يتفق بذلك مع الفقه الإسلامي وذلك من خلال ما جاء في ذلك بالقول ان " الانسان قد يدعوه خاطره إلى بيع ماله فيجري العقد عليه باختياره ثم يندم فيتطلب العلل والتخريجات من مضايقة العقد فمنح الخيار يقطع دابر مادة الشجار وافساح مجال للمتعاقد (للتروي والتفكير) فيما هو الصالح و لكي لا تذهب مكانة العقد وتسقط قيمته بسبب التسرع " ⁽³⁾.

فلكي يكون المتعاقد في مأمن عندما يروم التعاقد يجب عليه ان يتريث في الامر قبل الاقدام عليه لان التسرع وعدم التروي قد يؤدي أحيانا إلى ضياع الحقوق وقد يكون سبب في الحاقه بخسارة لا يمكن تعويضها ، لذلك كانت دعوتنا إلى المشرع العراقي بالنص على مصطلح التراخي والتأكيد عليه في قانوننا المدني لما له من دور كبير في حماية الطرف الضعيف.

ثالثاً- التراخي عبارة عن مدة مؤقتة

لأجل المحافظة على توازن العقد ومصالح المتعاقدين، قيد ممارسة هذه المهلة من قبل التشريعات المختلفة ، فلم تجعله حقاً مطلقاً بل مقيد بفترة زمنية محدودة جداً من اجل رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة ، فعندما اقر المشرع الفرنسي مهلة التروي والتفكير فانه اعقبه

(1) المشرع اللبناني اعطى الحق للمستهلك بالرجوع أو العدول عن العقد في قانون حماية المستهلك ، رقم 659 الصادر بتاريخ 4 شباط 2005، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 10 شباط/ 2005 .

(2) ينظر: د-محمد رياض دغمان ، المصدر السابق ،ص75-76 .

(3) ينظر: الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة ،ج1، مطبعة السرور ، طهران ،1422،ص474

بتحديد المدة الزمنية المخصصة لذلك لانه من غير المعقول ان يبقى المتدخل بعد ابرام العقد بمدة طويلة عرضة لممارسة العدول عليه من طرف المستهلك ، أما إذا انقضت المدة المحددة ولم يمارس فيها هذه المكنة سقط الحق وتحرر المتدخل من هذا العبء ، فالهدف الأساسي إذا هو حماية المتعاقد من تسرعه وعدم تبصره بصورة جيدة للعقد وانهاء العقد قبل انقضاء الفترة المحددة⁽¹⁾.

فبالرغم من أهمية تحديد المدة الزمنية للتراخي إلا أننا لم نجد من ذهب إلى تحديدها ، حتى التشريعات التي اقرت التراخي ونصت عليه (كالقانون اليميني)، فلم نجد أي إشارة منها لتحديد المهلة الزمنية الخاصة بالتراخي انما تركتها مطلقة من غير تحديد والتي كان من الاجدر تحديد المهلة التي يستطيع بموجبها صاحب الحق استعمالها.

وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي فنجد أن المشرع العراقي لم يخط الخطوة التشريعية التي سارت عليها التشريعات وبالأخص التشريع (الفرنسي) بتنظيمه لفكرة التروي وتحديد المهلة اللازمة ، والسبب في ذلك كما قلنا سابقا يعود إلى أن المشرع العراقي مازال يقف عند حدود القواعد العامة الواردة في القانون المدني وفي مقدمتها ان (العقد شريعة المتعاقدين) والتي ندعوه الى تنظيم ذلك والنص عليه لأهميته في المحافظة على التوازن العقدي .

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي فعندما اقر مهلة التروي والتفكير فقد وضع قيود عند اقراره لهذه المهلة ومن هذه القيود هو تحديد المهلة التي بموجبها يستطيع المستهلك التروي والتدبر وبالتالي العدول عن العقد .

حيث أوضح في قانون حماية المستهلك رقم 93-939 لسنة 1993م في المادة (ق-121-20)، على انه ((يكون للمستهلك مهلة سبعة أيام صريحة لاستعمال حقه بالعدول من دون ان يلزم بابداء الأسباب المبررة ولا لدفع غرامات فيما عدا عند الاقتضاء نفقات الإعادة)⁽²⁾.

(1) ينظر: د-موفق حماد عبد ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بغداد، 2011 ، ص235 .

(2) النص باللغة الفرنسية :

(Article L121-20 "Le conformateur dispose d'un delay de sept our francs pour exerted son droit de retractation senator à justifier de motifs ni à payer de penalties, à exception, le cosecant, des frais de retour " .

فالمهلة المحددة لممارسة خيار العدول مدة مبدئية لا يمكن تجاوزها قانوناً أي إذا صادفت فترة العدول عطلة قانونية مثل عطلة نهاية الأسبوع أو غيرها فان اجل العدول يمدد إلى يوم العمل الموالي أما إذا لم يتم المتدخل بالتزامه في اعلام المستهلك بحقه في العدول قبل ابرام العقد فان مهلة العقد يمدد إلى سنة كاملة الا إذا تدارك المتدخل هذا الخطأ خلال السنة وقام بأعلام المستهلك ففي هذه الحالة فان مهلة أربعة عشر يوماً المحددة للعدول تسري من اليوم الذي يقدم فيه المتدخل المعلومات الكافية للمستهلك، ولهذا نجد بان المشرع الفرنسي كان تدخله محدوداً بصدد بعض أنواع البيوع يرى بأهميتها الخاصة من العقود فاضاً مدة محددة يعتقد بكفايتها ليدرس المستهلك خلالها العقد ، لكنه في الآونة الأخيرة توسع في الاخذ بهذا الحق وذلك في أنواع عديدة من عمليات البيوع الاستهلاكية حيث اعطى بموجبه للمشتري ان ينقض اتفائيته مع البائع في مهلة معينة بعد ابرام العقد (1) .

ومن التشريعات من استخدمت عبارة المدة الكافية لفترة التروي لكن دون ان تقوم بتحديدتها ، وهذا قد يرجع حسب اعتقادنا ؛ إلى طبيعة هذه العقود فهناك عقود تحتاج إلى مهلة طويلة لأجل فحص العقد واستشارة اهل الخبرة نظراً لخطورتها ، وهناك عقود لا تحتاج إلى مدة طويلة وانما مدة معقولة يتم فيها دراسة العقد، لهذا يكتفي المشرع بذكر المدة الكافية دون التطرق إلى احكام تلك الالية ، لذلك كان من الأفضل تحديد المهلة الزمنية المخصصة للتراخي لكي يتسنى للمتعاقد معرفة حقوقه وما يريده خلال مهلة معلومة ومحددة ولكي لا يكون التراخي عبئاً أو عائقاً امام المتعاقد الاخر فوجب ان يكون خلال مهلة محددة ومعلومة لكلاهما ، لذلك كان من المستحسن النص عليه كما فعلت بعض التشريعات وذلك لانها ترى في التراخي أو التروي بانه يشكل ضمان للمستهلك حتى لا يبقى لفترة طويلة على العرض الصادر منه ينتظر الرد من قبل المستهلك(2) ؛ ومن ثم قد يلحقه خسارة فادحة لذلك كانت

(1)Didier Ferrier, les dispositions dodder public visant préserver la reflexional des (41) contract ants, D, 1980, chrono, p. 177

(2) نصت المادة (55) من قانون حماية المستهلك اللبناني على انه "خلافاً لاي نص اخر ، يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لاحكام هذا الفصل ، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها ، أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال عشرة أيام تسري اعتباراً أما من تاريخ التعاقد ، فيما يتعلق بالخدمات ،ام من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة " ، قانون حماية المستهلك اللبناني، رقم 659، الصادر بتاريخ 4 شباط 2005، منشور في الجريدة الرسمية اللبنانية، بتاريخ 10 شباط 2005، وينظر المادة (36) من قانون حماية المستهلك المغربي رقم 03-31 ،القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، الصادر في 18 شباط، 2010، منشور في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، بتاريخ 7 ابريل 2011، وكذلك الفصل 30 من قانون رقم 2000/83 الصادر في 9 اوت 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، الصادر بتاريخ 11 اوت 2000، وينظر أيضاً ، المادة (1/14) من عقد القرض الاستهلاكي

دعوتنا إلى المشرع العراقي بالنص على مهلة الترووي وتحديد المدة اللازمة لها ليتسنى مناقشة أمور العقد والتأكد منه ضمن مهلة معينة ، ليس هذا فقط بل وجب ان تكون مهلة التراخي من النظام العام الحمائي أي يجب ان تكون اجبارية وملزمة لكلا طرفي العقد ، ولهذا نجد ان المشرع الفرنسي جعل لمهلة الترووي مصدران هما (نص القانون والاتفاق) فان كان مصدرها القانون باعتبارها مقرررة لحماية الطرف الضعيف ؛ ومن ثم تكون قاعدة امرة لا يجوز الاتفاق على مخالفته وان كان مصدره الاتفاق فتكون من بنود العقد ويجب احترامها خاصة وان محكمة النقض الفرنسية اعتبرت في كثير من قراراتها ان مهلة الترووي من النظام العام ولا يجوز مخالفتها⁽¹⁾.

رابعا - التراخي حق مقرر لمصلحة احد الأطراف لا كلاهما

من السمات الأساسية والتي يتمتع بها التراخي كونه حق مقرر لاحد الأطراف وليس لكلاهما، أي ان التراخي يقرر لاحد المتعاقدين وليس لكلاهما فلا يمكن ان يكون لكلا المتعاقدين لان هذا يؤدي إلى زعزعة واستقرار المعاملات فلا يكون لكل منهما التراخي بل بالإمكان الاتفاق فيما بينهما على ذلك ، فبالرجوع إلى القانون المدني العراقي نجد ان هناك كثيراً من النصوص التي تناولها بالرغم من عدم الإشارة إليه بصورة صريحة الا انه عن طريق الدلالة استفهمنا بان الترووي في بعض الخيارات مقرر لمصلحة احدهما وليس كلاهما ، سواء أكان في الخيارات الارادية أم الحكمية ، فهو يقتصر على احد المتعاقدين كما في البيع بشرط مذاق فانه قائم على تذوق المشتري الشخصي ، فان المشتري هو الذي يقوم بتذوق المبيع للتأكد من حاجته الشخصية⁽²⁾ ، فندرة ما نجد ان يستعين المشتري باخر للتذوق⁽¹⁾ ، وعلى

الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 15-114، الصادر في 12 مايو، 2015 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 10، الصادر بتاريخ 13 مايو 2015، وأيضاً ينظر المادة التاسعة من التوجه الأوربي في قانونه المرقم 83-2011 (حيث حددت مدة العدول بأربعة عشر يوماً بعد ما كانت تتراوح بين سبعة أيام وشهر كامل يبدأ احتسابها من تاريخ التسليم وهو النهج الذي سار عليه التشريع الفرنسي في المادة (210) وللمزيد أكثر ينظر: احمد رباحي ، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوربي رقم 38-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الاغواط ، العدد 3، الاغواط ، جانفي ، 2016 ، ص144.

(1) ينظر: الطيب جربوع ، وعمر بن الزويبر، مهلة التفكير الية لحماية المستهلك ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، مجلد الخامس ، سنة 2012، ص18.

(2) ينظر: د-سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، بلا مكان نشر، 2009م، ص90 ، وينظر أيضاً : د-احمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء ، ط3، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص69.

البائع ان يمكن المشتري من تذوق الشيء والتأكد من مطابقته لذوقه ومزاجه الشخصي ، لذلك يجب ان يعلن المشتري قبوله بعد ان يتم التذوق في المكان والزمان المتفق عليه اذ ان سكوته لا يكفي للقبول ، بل انه يعتبر رفضا (أي قبول المبيع) ، لذلك يوصف بانه وعد ملزم لجانب واحد فمن تاريخ اعلان المشتري قبوله ينعقد البيع ، ولهذا فان حق المشتري في قبول المبيع أو رفضه لا ينتقل إلى الورثة ، وعليه فاذا مات المشتري قبل القبول بالمبيع أو رفضه اصبح العقد باثا وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي والمصري⁽²⁾، لذلك يجب على المشتري ان يتذوق المبيع إذا مكنه البائع من ذلك والا اعتبر مخلا بالتزامه ، وجاز الحكم بالتعويض عليه بناء على طلب البائع كذلك للبائع الحق بدلا من طلب التعويض المطالبة بالتنفيذ العيني⁽³⁾.

فبالرجوع إلى القانون العراقي نجد ان المشرع العراقي قد قصر التذوق عليه فقط أي اعطى الحق للمشتري فقط بتذوق المبيع وهذا ما ينطبق على حق التراخي بانه حق قاصر على احدهما دون كلاهما ليس هذا فقط بل عاد بالقول ان هناك مهلة محددة يجب على المشتري ان يعلن قبوله خلاله والا اعتبره السكوت رفضا للمبيع وهذه المهلة أما ان يحددها الاتفاق أو العرف⁽⁴⁾.

ويرى الباحث بان المشرع قد أصاب في ذلك عندما ترك تحديد المدة إلى المتعاقدين كونهم الاعرف بذلك لكن كان من الأفضل ان يبين المشرع ماهية هذه المدة أي يجب ان تكون معلومة وان تكون مالوفة في التعامل لكي لا يؤدي تراخي المشتري إلى فقدان التوازن بين المتعاقدين وعدم استقرارهم .

(1) المشرع الأردني ومن خلال نص المادة (477) من قانونه لم يشترط ان يتم التذوق من قبل المشتري بل أجاز لغير المشتري ان يتذوق المبيع ، للمزيد ينظر: عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، الإصدار الأول، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص94.

(2) ينظر: د-علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق اخر تعديلات، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014-1435 م ، ص45-46.

(3) ينظر: د-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بلا سنة طبع ، ص35، وينظر ايضا، سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002-2003، ص345 ، وينظر كذلك ، عبد الله مبروك النجار، مبادئ عقد البيع ، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1417هـ-1997م، ص113.

(4) نصت المادة (525) على انه " إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري ان يقبل البيع ان شاء ولكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذي تم فيه الإعلان ".

ولا يختلف المشرع المصري⁽¹⁾ ، والمشرع الفرنسي⁽²⁾ ، في ذلك عندما جعلوا التذوق مقصوراً على المشتري فقط ، حيث ان شرط التذوق قد يكون شرطاً صريحاً أو قد يكون شرطاً ضمناً يستخلص من الظروف والملابسات التي تحيط بالمبيع منها طبيعة المبيع، حيث ان هناك بعض المأكولات تختلف باختلاف اذواق الناس فاذا بيع شي ولم تدل الظروف على ان المتبايعين أراد استبعاد شرط المذاق فقصده المتبايعان ان البيع لا يكون الا بعد تذوق وقبول المشتري له⁽³⁾ .

اما المشرع اليمني فانه لم يورد نصوص خاصة بالبيع بشرط المذاق وذلك لأنه اعتبر كخيار التجربة ، لكنه اشترط ان يعلن القبول بعد التذوق والا سقط حقه بالخيار، فهذا يفسر بانه جعل أيضاً الخيار قاصر على المشتري فقط وذلك عند ايراده بالنص ان يعلن القبول والذي قصد من خلاله ان يعلن المشتري القبول⁽⁴⁾ .

بعد الانتهاء من ذكر السمات الخاصة بالتراخي والتي من خلالها توصلنا إلى ان التراخي هو بمثابة رخصة شرعية عند الفقهاء ، وكذلك من سمات التراخي الرئيسية كونه مدة مؤقتة وبرائنا انها تعد اهم السمات فالتراخي حق مؤقت قائم على التروي لفترة معلومة قد يحددها القانون وقد يتفق المتعاقدان عليها لكي نصل إلى الغرض الذي وضع العقد من اجله فبدونه تنزع مكانة العقد ويفقد سماته الأساسية ، كذلك فإن التراخي مقرر لاحد المتعاقدين فلا يمكن ان يكون لكليهما والغرض الذي نسعى إلى اليه في كل هذا هو لاجل التروي والتفكير في العقد والذي يعد سمة ضرورية بل الهدف الأساسي للتراخي .

(1) نصت المادة (422) من القانون المدني المصري على انه "اذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري ان يقبل البيع ان شاء ولكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد الا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان".

(2) نص المادة (1587) من القانون الفرنسي باللغة الفرنسية:

Art(1587) "choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées.

(3) ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة ، مجلد 4، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص104.

(4) نصت المادة (482) من القانون المدني اليمني على انه " إذا كان البيع بشرط التجربة كان المشتري بالخيار بين قبول المبيع أو رده بعد ان يمكنه البائع من تجربته في مدة معقولة تعين في العقد أو بحسب العرف فاذا انقضت المدة مع التمكن من التجربة سقط خيار المشتري وكذلك الشأن بالنسبة للبيع بشرط المذاق ولكن البيع لا ينعقد الا بعد اعلان المشتري قبوله في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف" وذهب المشرع الأردني إلى ذلك أيضاً بالقول ان تذوق المبيع وسيلة لتجربته متى كان من الأشياء الاستهلاكية أي اخضعها لنفس احكام البيع بشرط التجربة وذلك عندما نص في الفقرة الأولى من المادة (477) على انه "تسري احكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق الا ان خيار المذاق لا يورث "

لكن هذا لا يكفي لمعرفة التراخي بل يجب البحث عن أساسه في الفقه الإسلامي وعند الفقه القانوني لكي يتسنى لنا الرجوع اليه ومعرفة الاحكام الخاصة به وهذا ما سنتطرق اليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

اساس التراخي وطبيعته

معالم التراخي لا يمكن ان تكتمل الا بمعرفة الأساس الذي يقوم عليه التراخي وكما معروف ان الفقه الإسلامي يرى في التراخي بانه رخصة شرعية سواء أكان في العبادات أم المعاملات ؛ لأن الهدف الأساسي هو التسهيل والتخفيف عن المتعاقد، أما فقهاء القانون فقد وضعوا عدة أسس للتراخي في الخيار وبينوا اثرها في كل منها الامر لا يكتفي بذلك انما يجب معرفة ماهي طبيعة التراخي هل هو حق ام مكنة قانونية ام ان هناك رأي اخر للباحث وهذا ما سنبينه في فرعين نتناول في الفرع الأول أساس التراخي ، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول طبيعة التراخي وكالاتي :

الفرع الأول

أساس التراخي

للتراخي أساس فقهي واساس قانوني وكلاهما يختلف عن الاخر وبناء عليه سوف نحاول بيان ما قيل بشأن أساس التراخي عند فقهاء المسلمين وكذلك عند القانونيين وكالاتي:

أولاً- اساس التراخي لدى الفقهاء المسلمين

بالرغم من أن فقهاء المسلمين قد تناولوا التراخي في عدد من الخيارات والعقود الا انهم لم يبينوا ما هو الأساس الشرعي له ، فقد اکتفوا بذكر ان التراخي قد يعود إلى الرخص التي أوردها القران والسنة لكن بالمقابل هناك جانب اخر وهم الأصوليون الذين بينوا ان التراخي قد يرجع أساسه إلى الرخصة في العبادات وقد يرجع إلى الامر وهذا ما سنبينه من خلال فقرتين الأولى نخصصها إلى التراخي الذي أساسه الرخصة ، واما الثانية فسوف نخصصها إلى التراخي الذي أساسه الامر وكالاتي :

1- التراخي أساسه الرخصة

لقد أورد الأصوليين تعريفات عديدة للرخصة (1) ، وبالرغم من كثرة التعاريف التي أوردتها الأصوليين إلا أنها جاءت بالمعنى ذاته وهي تحقيق اليسر والسماحة في الإسلام تحقيقاً عملياً تطبيقياً .

فيقال إن الشارع رخص لنا كذا ترخيصاً وارخص إرخاص إذا يسره ، وسهله وهي الطرى اللين (2) . فقد ذهب البعض إلى تعريفها بأنها (كل تحريم اندفع بالعدر والخوف مع إمكان تركه يسمى اندفاعه رخصة) (3) ، وذهب آخرون إلى القول بأن الرخصة هي (الحكم الشرعي الذي غير من الصعوبة إلى سهولة لوجود العذر ، مع قيام السبب للحكم الأصلي) (4) ، وقيل بأنها (ما وسع للمكلف فعله لعذر فيه مع قيام السبب المحرم، فالرخصة اطلاق بعد الحظر لعذر تيسيراً ، فهي تغيير الأمر من عسر إلى يسر بواسطة عذر في المكلف) (5) ، فضلاً إلى أن المتتبع من التعاريف نلاحظ بأن الرخصة جاءت استثناءً من الأصل الكلي يعني أن الشارع يجيز للمكلف ويبيح له استثناء العمل أو الامتناع عن الفعل ، أو ترك الفعل من أصل يقتضي المنع المطلق ، والسبب هو تسهيله للمكلف فقد يعتري المكلف مرض أو عجز فيصعب على المكلف أداء العمل فيقتضي هنا لجوء المكلف إلى الرخصة (6) . ولهذا يذهب الأصوليون إلى أن أساس التراخي يعود إلى الرخصة ، فالأصل هو أداء العمل دون تأخر أو تباطؤ ومقيد بمدة زمنية ، لكن في التراخي اعطى الوقت للمكلف للتدبير في الأمر والتروي فيه ، لذلك يرى الأصوليون بأن التراخي أساسه الرخصة في العبادات وذلك استناداً إلى الآيات القرآنية التي وردت في القرآن الكريم وكذلك ما أكده فقهاء المسلمين في كتاباتهم ، حيث أكد القرآن الكريم على التيسير والتخفيف ورفع المشقة عن المكلف في العديد من الآيات القرآنية منها جل ذكره قوله تعالى

﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (7) .

- (1) والسبب في إيراد تعريفها لدى الأصوليين ، لأنهم أفردوا لها مبحثاً في كتبهم ، واعتنوا بتعريفها أكثر من الفقهاء الذين إن ذكروا تعريفاً للرخصة يكون غالباً في سياق التعليل لاعتبار الحكم رخصة.
- (2) ينظر: أحمد بن محمد علي الفيومي المقرئ ، مصدر سابق ، ص85 ، وينظر الشيخ صالح الطائي ، مصطلحات فقهية ، بلا طبعة ، النجف الأشرف ، 1433هـ ، ص53 .
- (3) ينظر: الغزالي محمد بن محمد أبو حامد الطوسي ، المستصفي ، ج1 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، 1413هـ-1993م ، ص79 .
- (4) ينظر: مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي ، المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي ، ج3 ، ط1 ، مطبعة مكتب الاعلام الإسلامي للحوزة العلمية ، قم ، 1424هـ-2004م ، ص39 ، وينظر أيضاً ، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي ، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ، ج2 ، دار الكتب العلمية ، 2009 ، ص26 .
- (5) ينظر: التنهاوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج1 ، مصدر سابق ، ص850 .
- (6) ينظر: د-عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع ، بغداد ، 1976 ، ص52 .
- (7) سورة البقرة ، جزء من آية (185) .

وكذلك جل ذكره ﴿ يُرِيدُ اللهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴾ (1) ، ففي كل امر هناك تخفيف للإنسان في التكاليف الدينية والشرعية ، وبما ان العلل الشرعية جائز تراخي الحكم عنها لورود النص بذلك فيتحمله بخلاف ادلة الوجوب للأيمان فأنها عقلية قطعية لا يتصور التراخي فيها عقلا ولا شرعا فيقوم الحرمة بقيامها وتدوم بدوامها، (كافطار المسافر) فان السبب الموجب للصوم والمحرم للإفطار هو شهود شهر رمضان وتوجه الخطاب العام (2) ، لعموم قوله تعالى (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) (3) ، هنا إيجاب حتم على ان من شهد استهلال الشهر أي كان مقيما في البلد حين دخل شهر رمضان وهو صحيح في بدنه أن يصوم لا محالة له ، لكنه عاد وتراخي لقوله تعالى ﴿ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ (4) .

فالاصل هو اداء العمل من دون تأخر أو تباطا ، ومقيد بالمدة الزمنية كما في صيام شهر رمضان لكن هناك رخصة أعطت للمكلف في حالة المرض أو السفر أو العجز وهي الإفطار في شهر رمضان بسبب المشقة ولغرض التسهيل على المكلف اعطى المكلف رخصة التراخي في اداء العمل في أي وقت دون تحديد ، حيث جاء (ان السبب المحرم لوجوب الصوم هو شهود الشهر قائم لكن حرمة الإفطار غير قائمة على الفور وانما ثابتة بالتراخي فهناك رخصة للمكلف بإتيانه على التراخي وان كان الاحوط اتيانه استحبابا من دون تأخير) (5)

وجاء أيضا بانه (اذا افطر الصائم يوما من رمضان لعذر كالمرض المانع من الصوم أو السفر مثلا -فوجب عليه القضاء حينئذ بان يختار يوما من أيام السنة ، غير العيدين يصومه عوضا عن ذلك اليوم الذي مرض فيه أو سافر فيه) (6) .

(1) سورة النساء ، اية (28)

(2) ينظر: عمر عبد الله محمود محمد ، التفسيرات الاحمدية في بيان الايات الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2010 ، ص73

(3) سورة البقرة ، جزء من اية (185)

(4) سورة البقرة ، جزء من اية (184)

(5) ينظر: فتاوى اية الله ، السيد الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج1، مصدر سابق ، ص482

(6) ينظر: عبد الهادي محمد تقي الحكيم ، الفتاوى الميسرة (العبادات -المعاملات) وفق فتاوى سماحة السيد علي الحسيني السيستاني ، ط1، مطبعة سنارة ، قم ، 1416هـ، ص207، وينظر ايضا، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي ، المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي ، ج3، مصدر سابق ، ص39.

فهنا اعطى للمكلف الصيام في أي يوم يختاره دون تحديد فسبب الصيام قائم الا أن حكمه قد تراخى لوجود سبب الإفطار .

ولا يختلف فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الشافعية في ذلك ، حيث جاء في مرأة الوصول في شرح مراقاه الوصول ان (سبب وجوب الصوم هو شهود الشهر موجود في حق المريض والمسافر فالحكم هو وجوب الأداء لكنه متراخي عنهما ، فالقضاء يجب بالسبب الذي يجب به الأداء، لان سبب وجوب الصوم هو شهود الشهر في حق المريض والمسافر لكن الأداء متراخي عنهما إلى الصحة والإقامة ، فيجب عليه القضاء بذلك السبب فالفريضة باقية لا تسقط بحقهما بالتأخير ولان السبب والحكم موجودان في الحال فاذا اريد سبب وجوب الأداء وهو الخطاب فهما متراحيان لان تراخي الحكم عن السبب لا يستقيم في أي حال)⁽¹⁾، فالآية القرآنية كانت عامة للمسافر والمريض فالخطاب موجود في حقهما لكنه متراخ عنه⁽²⁾.

ويذهب بعض فقهاء الشافعية الى ان المكلف مخير أما الصوم أو الإفطار، وقد استندوا إلى حديث النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) عندما قال ان الإفطار "هو رخصة من الله تعالى فمن اخذ بها فحسن ومن أحب ان يصوم فلا جناح عليه" ومجمل الحديث وذلك (عندما اسرد اليه رجل، يصوم في السفر وقد خيره الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) بين الصوم وتركه من غير نظر إلى فرض أو نفل ، أو يعتبر السبب كونه شابا خصوصا ويجد القوة فيرى ان الصوم اهون عليه من الإفطار لكون الصوم يبقى ديننا فخيره الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) (3) .

وذهب جمهور الفقهاء من الحنابلة والمالكية إلى القول بان هناك رخصة للشيخ والمرأة الكبيرة والمريض وهما يطبقان الصيام ، ان يفطرا ويطعما مكان كل يوم مسكينا استنادا إلى قوله تعالى (وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ)⁽⁴⁾.

(1) ينظر: محمد بن فراموز الشهير بملا حسرو، مرأة الوصول في شرح مراقبة الوصول ، ج1، دار صادر ، بيروت ، 1425-1426هـ ، ص283، وينظر ايضا ، ابن امير الحاج الحلبي ومحمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي ، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه (الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية) ، ج2، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 1999، ص191 .

(2) وذلك لانهم تمسكوا بقوله تعالى ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ ، سورة البقرة، جزء من اية (184).

(3) ينظر: ابن العطار علاء الدين علي بن إبراهيم بن داود ، العدة في شرح العمدة ، ج1 دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2023، ص211.

(4) سورة البقرة ، جزء من اية (184)

بمعنى ان العاجز عن الصوم لكبر أو مرض لا يرجى بروه فانه يطعم لكل يوم مسكينا عنه دون ان يحدد الزمان والمكان انما هناك تكليف للمكلف لكن في الوقت نفسه تراخي في اتيان الفعل (1).

وهذا يفسر لنا ان الفقه الإسلامي يرى في الرخصة بانها أساس التراخي والسبب لكونها منحت للمكلف لغرض رفع الحرج والمشقة على العباد ، وكما ان هناك تسهيلا وتيسيرا في العبادات فهناك أيضا ترووي وتدبر وتفكر اقره الفقهاء في المعاملات المالية وخاصة جانب الخيارات والتي تم ذكره سابقا(2).

لكن إذا كان التراخي في جانب العبادات أساسه الرخصة هل بالإمكان عد الرخصة أساس التراخي في المعاملات المالية أيضا؟

جوابا نقول، ان التعبير بالملك للتنبيه على أن الخيار يعتبر من الحقوق لا من الاحكام ، وذلك كونه صريح في تفسير الملك بالقدرة أي القدرة الشرعية على الفسخ ، والمرجع في ذلك إلى جوازه شرعا وهذا لا يكون الا مع جواز العقد وعدم لزومه في الشرع ، فالجواز والخيار ثبت في كل مورد كما في زمان انعقاد العقد ، والافتراق في خيار المجلس وكذلك الثلاثة أيام، في خيار الحيوان ، وزمان ظهور العيب والغيب في الخيار والذي ثبتا على التراخي ، كذلك مدة الشرط في خيار الشرط ، ففي كل هذه الخيارات يذهب الفقهاء(3)، على ان هناك رخصة تراخي تمنح للمتعاقد سواء أكانت في الخيارات الارادية و التي تكون باختيار المتعاقدين كخيار الشرط ، وقد تكون هذه الخيارات ثابتة بأصل الشرع والمتمثلة بخيار العيب ، فبالرغم من كونه خيار حكمي الا انه ثبت على التراخي من خلال منح المتعاقد مهلة للترووي وفحص المبيع وذلك لان ظاهرة ظهور العيب هي سبب لتزلزل المبيع مقابل الخيار على الرغم من كونه سبب من أسباب الخيار، كذلك بظهور العيب ما كان الخيار لنقص العوضين وانما لعدم تمامه ، الامر ذاته في خيار المجلس فان ثبوته في اول ازمة الانعقاد لا ينافي كونه في حد ذاته مبنيا على اللزوم ، ذلك ان الخيار حق خارجي قابل للانفكاك فلو كان في

(1) ينظر: بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، العدة في شرح العمدة ، ج1، دار المصادر ، القاهرة ، 1971، ص164، وينظر أيضا ، أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي الاندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان، 1415هـ-1995م ، ص63، وينظر كذلك عبد الله محمد بن احمد بن محمد عليش المالكي ، منح الجليل في شرح مختصر خليل ، ج2، دار الفكر ، بيروت ، 1409هـ-1989م، ص120.

(2) ينظر: راجع ص25- 29 من هذه الرسالة كون الرخصة من سمات التراخي

(3) مرتضى الانصاري ، كتاب المكاسب هداية الطالب إلى اسرار المكاسب ، ج4، ط1، مطبعة سيماي كوتر، قم ، 1388 ش-1430ق، ص11-13.

اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم فنرى في اغلب الخيارات هناك حق خاص للمتعاقد غرضه التروي واعطاء مهلة من الوقت لكي يراجع العقد وإصدار قبوله ، ومن وجهة نظر الباحث يرى بان الفقهاء لم يعطوا للتراخي أهميته عندما وصفوه بالرخصة كون ان الرخصة ادنى مرتبة ولا يمكن تصور التراخي بذلك بالرغم من ذكره في العبادات والمعاملات ؛ فهناك حق يوصف بانه حقا خاص للمكلف أو المتعاقد هدفه التمهّل والخروج من الصعوبة إلى السهولة ، كذلك فإن الرخصة تعتبر استثناء من الأصل والتراخي ليس باستثناء بل هو حق للمتعاقد في التفكير والتروي قبل الاقدام على العمل .

2 - التراخي أساسه الامر

كما معلوم ان في كل امر يقتضي إيجاد فعل معين لا بد له من زمن لكي يقع ذلك الفعل فيه وهذا الامر قد يحدد له زمن معين ، وفي هذه الحالة يسمى الامر المقيد بوقت والواجب الحاصل مؤقت ، وقد يكون الأمر غير محدد بزمن معين ويسمى في هذه الحالة مطلق عن الوقت والواجب الحاصل فيه مطلق غير مقيد وهذا ما يدخل في دراستنا لان الامر المقيد المؤقت يجب ادائه على الفور ؛ ومن ثم لا يجوز تأخيره من دخول الوقت إلى نهايته ، ما يهمننا هو الوقت غير المقيد والذي يجب ادائها في أي وقت من اوقاته أي بالمعنى التراخي في إتيان الامر لذلك كان هناك خلاف بين العلماء حول إتيان الامر المطلق على التراخي⁽¹⁾ وهل ان الامر يفيد التراخي سواء كان لمرة واحدة أو عدة مرات ؟

من الملاحظ أن الامر يأتي بصيغة الطلب أي طلب الفعل ، ويكون أما أداء الفعل أو الامتناع عنه⁽²⁾ ، فكيف يمكن تفسير بان هذا الامر على التراخي وان كان كذلك فكيف بالإمكان عد أساس الامر تراخي ؟

جوابا نقول ، إن التراخي يثبت بقريضة تدل عليه ، فعندما يقول (اسقني متى شئت) ، أو كان الحال لا يدل على الاستعجال وقد تنعدم القريضة التي تدل على كون ان الامر أساسه

(1) ينظر: إبراهيم بن علي الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ج1، بلا طبعة ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص51، وينظر ايضا ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ارشاد الفحول إلى تحقيق عالم الأصول ، ط1، دار الفكر ، بيروت ، 1992، ص178.

(2) ينظر: د.مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج1، ط10، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2011، ص351.

التراخي⁽¹⁾ ، وهذا هو الخلاف في المسألة الأصولية ، وكان له اثر واضح في الخلاف الفقهي ، ولم يقتصر الخلاف بين أصحاب المذاهب ، انما كان بين أصحاب المذهب نفسه ، والسبب هناك جانب من العبادات استدعت التوقف فيها والنظر في تكيفها ، كون ان هذه العبادات بالرغم من اطلاق الامر بوجوب اتيانها على الفور ، الا ان الجانب الأكبر يرى بالإمكان التوقف والتمهل في اتيانها أي انها على التراخي .

وعند بحثنا في الفروع الفقهية التي تندرج تحت هذه المسألة وجدناها كثيرة منها الوفاء بالنذر والعبادات ، والكفارات ، لذلك سوف نقتصر دراستنا على جانب واحد من العبادات وهو (الحج) وبمعرفة سوف نحاول بيان هل ان التراخي يرجع إلى أساس الامر ام لا؟

فمسألة الحج هي احدى المسائل التي كانت موضع اختلاف الفقهاء في كيفية اتيانها ، فيما ان الحج يعتبر فريضة من الله⁽²⁾ ، الا ان هناك اختلاف بين جمهور الفقهاء حول ادائه فقد ذهب جانب من جمهور الامامية إلى القول بان (الله فرض الحج على اهل جدة في كل عام ، فان حمله على وجوب البدل ، فمن وجب عليه الحج ولم يستطع ان يفعل في السنة الأولى ، بإمكانه الاتيان في الثانية وهكذا في كل عام أو النذب أو تأكده ، واستدلوا أيضا بقول الامام الصادق (عليه السلام) (ان التاجر سوف يحج قال ليس له عذر فان قدر الرجل على الحج ثم دفع ذلك وليس له شغل يعذره به يقال قد ترك شريعة من شرائع الإسلام)⁽³⁾ ، وقد استدلوا إلى قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾⁽⁴⁾.

(1) ان الامر المطلق لا يفيد الفور أو التراخي وذلك لان المأمور يتوقف بكل منهما لعدم رجحان احدهما على الاخر، فالتوقف في الامتنال قد يأتى ان بادر أو ان اخر لعدم احتمال وجودهما لكن ان قامت قرينة على احدهما فبالإمكان الاخذ بها ، للمزيد ينظر لجنة تأليف القواعد الفقهية والاصولية التابعة لمجمع فقه اهل البيت ، قواعد أصول الفقه على مذهب الامامية ، ط1، مركز الطباعة والنشر المجمع العالمي لأهل البيت (عليهم السلام)، 1423هـ ، ص93 .

(2) يعرف الحج بانه ركن وفريضة وامر من الله وكفى ، يحدث هذا مع الصلاة ومع الصيام ويحدث أيضا مع الزكاة بدرجة اقل لكنه يحدث مع الصلاة ومع الحج تحديدا بوضوح ، حيث ان الصلاة والحج وهما اكثر شعائرية من سواهما يقدمان ما يجعل الكثيرين يفضلون ان يقولوا انها فرض وكفى لا يفضلون الإبحار في معانيها ما داموا يودونها ويحرصون على تأديتها ، للمزيد ينظر د-احمد خيرى العمري ، طوفان محمد صلى الله عليه وسلم ، دليل الحاج إلى مناسك العمران ، مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر ، 1435هـ ، ص75 .

(3) ينظر: السيد احمد خوانسارى ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، ج2، ط2، مؤسسة اسماعيليات للطباعة والنشر والتوزيع ، قم -ايران ، 1364هـ-ش-1405هـ.ق، ص254-255، وينظر أيضا الشيخ محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ، ج4 ، ط1، منشورات الفجر ، لبنان ، 1428هـ-2007م، ص175 .

(4) سورة ال عمران ، جزء من اية (97).

واتفق الشافعية⁽¹⁾، ورواية عن ابي حنيفة⁽²⁾، والبعض من جمهور المالكية⁽³⁾، وبعض الحنابلة⁽⁴⁾ مع الامامية في هذا القول على الرغم (من انهم يرون وجوب الحج فوري ولا يجوز تأخيره عن اول ازمة الإمكان ولكن يصح حجه ، ويكون أداءه لو اتى به فيما بعد ففي تأخيره ليس بعصيان فبالإمكان اتيانه فيما بعد)

وذهب بعض الامامية إلى القول :أن الحج واجب فوري وليس على التراخي ولا يمكن التأخير في اتيانه لكن إذا توفرت شروط فيجوز تأخيره واتيانه على التراخي ومن هذه الشروط وهو ان لا يفوته في العمر وان لا يخشى المرض ، و من يعزم على الفعل بالمستقبل فانه يعزم على الفعل فيما بعد ؛ إذا هناك رخصة وإباحة منحت للعباد عند زوال الامر بعد الحضر والتي بإمكانهم التراخي في أداء الأمور الدنيوية إذا لم يكون هناك مانع يمنع من اداها فورا واتفق معهم البعض من جمهور المالكية وبعض الحنابلة⁽⁵⁾.

اما بعضهم الاخر كان لهم رأي مختلف حيث يذهبون إلى القول بان الحج واجب على الفور وان تأخيره فيه هلاك ويجب المبادرة على الفور في اول العام مع الاستطاعة ولو توقف على مقدمات من سفر فانه وجب الأداء فوراً على وجه يدرك كذلك ، وهذا رأي اجماع الفرقة المحقة⁽⁶⁾، ويتفق معهم البعض الاخر من فقهاء الحنفية والشافعية⁽⁷⁾.

وقد استدلوا على قوله تعالى (وَرَبِّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً)⁽⁸⁾، وقوله تعالى (الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ)⁽¹⁾.

-
- (1) ينظر: أبو الحسن الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، ج4، ط4، دار الكتب العلمية، 1994، ص26، وكذلك ينظر محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج2، ط2، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م، ص128-129
- (2) ينظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط2، مطبعة الامام، القاهرة، 1424هـ-2003م، ص108.
- (3) ينظر: محمد الأمير المالكي، الاكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، مصر، 1232هـ-1817، ص112.
- (4) ينظر: عبد الله بن محمد ابن قدامة، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م، ص463.
- (5) ينظر: السيد محسن الطباطبائي الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج17، ط1، دار الهلال، 1441هـ-2020م، ص13، مسألة (1) وينظر أيضا، محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة (الجعفري -الحنفي -المالكي -الشافعي -الحنبلي) العبادات -الأحوال الشخصية، طبعة أخيرة دار الجواد، بيروت -لبنان، 1421هـ، ص191.
- (6) يقصد بالفرقة المحقة وهم الشيعة الامامية الاثنى عشرية، أي اتباع مذهب اهل البيت (ع) وللمزيد ينظر محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللعة دمشقية، ج2، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، بلا سنة طبع، ص127
- (7) ينظر: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ-1994م، ص139، وينظر ايضا، السرخسي، المبسوط، ج4، مصدر سابق، ص2.
- (8) سورة ال عمران، جزء من اية (97).

ووجه الدلالة في الآيتين فقد اوجب الله تعالى في الآية الأولى الحج في وقت مطلق للمستطيع، ولم يقيد بوقت معين، وبين في الآية الثانية ان وقته في اشهر معلومات، فيؤدي الحج في اشهر معلومة مطلقة من العمر، لكن وقته هو العمر مطلقا .

من خلال تطرق الأصوليين واختلاف كلمة الفقهاء حول ماهية الامر وهل يعد الامر أساسا للتراخي ام لا بل ليس الاختلاف بين المذاهب انما كان هناك انقسام بين المذهب الواحد حول الامر، وان المكلف بإمكانه التراخي في إتيان الامر، بالرغم من أن الأصوليون والفقهاء بتناولهم مصطلح التراخي لم يبنوا أساسه بالشكل الصحيح ؛ بل اكتفوا على قياسه على العبادات بان هناك عبادات يمكن اتيانها على التراخي كالنذر والحج والصوم والصلاة ، بمعنى ان هناك امر مكلف بإتيانه من قبل الشارع بالمقابل وضع الشارع رخص في حالة عدم القدرة على إتيان الامر كان يكون هناك عذرا فيجوز التراخي في اتيانه فيما بعد دون تحديد للزمان فهناك امر ورخصة أيضا وضعها الشارع لرفع المشقة والحرص هذا في مجال العبادات ، لكن السؤال الذي يثار هل بالإمكان اعتبار الرخصة والامر كأساس للتراخي في الخيارات أيضا ؟

ويرى الباحث ، بما ان هناك خيارات ارادية والتي توضع من قبل المتعاقد كخيار الشرط والتعيين والتي بإمكان المتعاقد الاشتراط في الخيار والتنازل عنه بمعنى من حق صاحب الخيار الاتفاق على تعيين شرط يقضي بالتراخي في إتيان الامر، وهناك خيارات حكومية مقررة بحكم الشارع وبالرغم من انها مقررة من قبل الشارع الا انه بالإمكان التراخي فيها كما في خيار رد المبيع لعيبه ، فالتراخي يجد أساسه في كلتا الخيارات فهناك امر مكلف بإتيانه وهناك رخصة أيضا وضعت في هذا الامر، فحق التراخي هو حق خاص مقرر للمكلف والمتعاقد، وبإمكان المتعاقد التراخي في اتيانه، ومن وجهة نظر الباحث بان كل من الرخصة والامر كلاهما مكمل للأخر ولا يمكن الفصل بينهما وان كان لا بد من ترجيح احدهما فيرجح الامر على الرخصة وذلك لكونه متروك للمكلف اتيانه متى شاء، وهنا يكون ضمن موضوعنا أي من دون ضغط فعندما يأمر المكلف بإتيان الامر، وبإمكان المكلف التراخي في اتيانه فحقه في التراخي هو حق خاص وهذا ما يرمي الباحث إلى ايضاحه بان التراخي هو حق خاص يتمتع به صاحب الخيار سواء أكان في الخيارات الارادية أم الحكيمية .

فبالرغم من انها موضوعة من قبل الشارع وثابتة ولا يجوز اشتراط امرا يخالفها الا ان طرا العيب فأدى إلى زلزلة المبيع ولأهميته في المعاملات اعطى الشارع حق للمتعاقد بالتاني في فحص المبيع والتراخي في الرد دون ان يكون هناك امرا ملزما به وهذا أساس الخلاف وبما ان الفقهاء لم يتطرقوا

إلى ذلك وانما كان اكتفاءهم بذكره في مجال العبادات وتركوا الامر في مجال المعاملات مفتوحا ، قد يكون لعدم اتفاهم ، أو لغاية لم يفصحوا عنها فنرى ان أساس التراخي يرجع أما إلى اتفاق المتعاقدين كما في الخيارات الارادية والى الشارع كما ثبت في الخيارات الحكمية .

ثانيا -أساس التراخي في القانون

هناك عدة أسس يطرحها الباحث لمعرفة ما هو الأساس القانوني الأقرب لهذا المصطلح كونه مصطلحاً فقهياً إسلامياً ولان القوانين التي ذكرت هذا المصطلح لم تبين معالمه واساسه القانوني، ومن خلال دراستنا ترى بان هناك عدة أسس نطرحها لمعرفة الأساس الذي ينصب عليه التراخي وخاصة في مجال الخيارات ، فهل بالإمكان ان يكون أساس التراخي راجع إلى نصوص القانون ، ام انه يرجع إلى اتفاق المتعاقدين ، ام ان أساس التراخي يكمن في العرف ، ام ان أساس التراخي يرجع إلى التعبير الضمني وهذا ما سنبينه .

1- التراخي أساسه نص القانون

ان اكثرية التشريعات تقر بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) الا انها لا تطلق العنان لهذا المبدأ بل تفرضه من النصوص القانونية ، والتي يقصد بها حماية الصالح العام فتجعل من حرية المتعاقدين مكبلة للأيدي امام هذه القواعد المرتبطة بالنظام العام والآداب العامة .

وبما ان التراخي لم يرد ذكره في القانون المدني العراقي⁽¹⁾ ؛ ومن ثم يعتبر حقا خاصا يعطى بموجبه للأفراد مجالا من الحرية بان يوجه نشاطهم على النحو الذي يروق لهم⁽²⁾.

لذلك يثار التساؤل حول الأساس القانوني للتراخي بالرغم عدم ورود ذكر هذا المصطلح بل حتى التشريعات التي أوردت ذكره فأنها لم تتطرق إلى بيان ما هو الأساس القانوني الذي يستند عليه التراخي ، فقد يتبادر إلى الذهن ان أساس التراخي يرجع إلى فكرة(التكوين المتدرج للعقد) من حيث ان مفاد هذه الفكرة تقوم على ان عقود الاستهلاك لا تتكون في لحظة زمنية واحدة وانما ينعقد على شكل فترات متتالية ، وهي فترة التفكير والتروي وهذه الفترة تسبق العقد ومرحلة الايجاب والقبول وهي مرحلة ابرام العقد ، ومرحلة قرار المستهلك أما الاستمرار بالعقد أو الرجوع عن رضاه ، وهذه المرحلة هي مرحلة تنفيذ العقد

(1)لفظ التراخي ورد في المادة (271) من قانون العقوبات العراقي النافذ الواردة الذكر سابقا

(2)ينظر:د-علي إبراهيم ، منهجية البحث القانوني، ط1، بلا مكان طبع، 1997، ص49

أو العدول عنه كما ذهب المشرع الفرنسي ، وهذه الفكرة لا تتناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وذلك لان العدول وقع ضمن مهلة قانونية ممنوحة للمستهلك كي يمارس حقه بالتروي استنادا إلى النص القانوني .

فإعطاء المشرع هذه المهلة لأنه كان هناك شك في الرضا الأول عند قبول المستهلك الايجاب الذي عرض عليه بسبب دعاية المهني ؛ ومن ثم فإن المستهلك لم تكن له الفرصة الكافية لدراسة مدى ملاءمة العقد وعدم تسرعه في القبول (1) .

وهذا يعني ان فكرة (التكوين المتدرج للعقد) تؤدي إلى تجزئة الرضا إلى جزئين ، فهناك ارادة مبدئية لكنها غير كاملة ؛ ومن ثم لا ترتب أي اثار قانونية ، أما الجزء الاخر وهو الذي يرتب إرادة مؤكده وهذه الإرادة تؤدي إلى ابرام العقد فقبول المستهلك لوحده لا يرتب اثر ولا ينشا عقد انما لابد من قبول الاخر لإتمام العملية التعاقدية وتأكيدهما(2) .

ويتفق الباحث مع الراي الذي يذهب إلى القول بان التكوين المتدرج للعقد هو أساس التراخي هو قول غير مقبول ، والسبب في ذلك هو ان الاخذ بهذه الفكرة يؤدي إلى مجافاة في القواعد العامة في ابرام العقود فالمتعاقد يعبر عن ارادته مرة واحدة عند ابرامه للعقد فلا تتجزأ ارادته إلى عدة مرات ؛ ومن ثم يؤدي هذا إلى ازدواجية في رضاه ، لأنه بحاجة إلى مهلة من التروي والتفكير وهذا ينافي ما يذهب اليه التراخي ، فالتراخي لا يمنع من انعقاد العقد بل ان العقد ينقذ صحيحا ، لكن المتعاقد في بعض الحالات يكون بحاجة إلى مهلة من التروي والتفكير قبل اصدار قراره النهائي ، كذلك ان الغاية الاساسية للتراخي هو حماية رضا المتعاقد في العملية العقدية وفق إرادة حرة مستتيرة دون تدخل من جهة أخرى (3) .

ففكرة التكوين المتدرج للعقد وان كانت قدمت تفسيراً مقبولاً إلى حد ما الا انها لا تتسجم مع الواقع ، فقد عجزت عن تفسير اثر التراخي في تكوين العقد لذلك يصعب الاخذ بها .

هناك راي اخر ذهب بالقول ان أساس التروي والتفكير والتي اقرها المشرع بنصوص قانونية لا تؤثر على العلاقة العقدية ، لكون العقد قد اكتمل من شروط وأركان وان المتعاقد قد ابرم العقد وأصبح تاماً

(1) ينظر: لخضر داخحة ، حق المستهلك في العدول عن التعاقد ،رسالة ماجستير في الحقوق مقدمه إلى جامعة الشهيد حمد لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص14.

(2) ينظر: د- مصطفى محمد جمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001 ، ص222.

(3) ينظر: د- يوسف شندي، اثر خيار المستهلك في الرجوع على تحديد لحظة ابرام العقد ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة الامارات العربية المتحدة، عدد43، سنة 2010، ص261.

ونفذه ؛ ومن ثم ان المشرع قد منح حق العدول عن العقد وبإمكان المتعاقد استخدام هذا الخيار والعدول عنه بالإرادة المنفردة في المهلة التي حددها المشرع ، لان غرضه من هذا العدول هو حماية المتعاقد من التسرع في ابرام العقد⁽¹⁾، لكن هذا القول غير سليم ولا يمكن الاخذ به فكيف القول بان مهلة التروي والتفكير أي التراخي في الخيار ليس لها اثر من الناحية القانونية ، فكيف تفسر إذن ضمان البائع للعيوب الخفية للمشتري ؟ بالرغم من مرور فترة غير محددة ، فالمشرع لم يترك ضمان العيوب الخفية للقواعد العامة ، وانما ترك على عاتق البائع التزاما خاصاً بضمان العيوب الخفية وشبهه بالالتزام بضمان التعرض والاستحقاق⁽²⁾، فعندما يتسلم المشتري المبيع يجب عليه ان يقوم بفحصه والتأكد من مطابقته للمواصفات التي اتفق عليها بموجب عقد البيع المبرم ؛ ومن ثم التأكد من سلامة المبيع من العيوب ، وفي حالة اكتشاف المشتري عيبا يجب عندئذ يجب عليه اخطار البائع بالعيوب بمجرد كشفه العيب لكن دون ان يحدد مهلة الاخطار انما ترك للمشتري الوقت الكافي لفحص المبيع والتأكد من سلامته ، فحتى وان تراخى المشتري في رد المبيع فلا يؤثر ذلك ؛ لان المشرع اعطى مهلة غير محددة للمشتري وفي حالة رضاه بالمبيع فيجب اخبار البائع بانه رضى بالمبيع وبعيبه ، وهذا ما اوضحته المادة (560) من القانون المدني العراقي⁽³⁾.

ويرى الباحث بان المشرع العراقي حسنا فعل بعدم تحديد مدة الاخطار بل ترك تقديرها إلى القاضي بان يحددها حسب الأحوال والقرائن وما تعارف عليه الناس ؛ لأنه بذلك يكون قد فسح المجال لتحقيق مبدأ العدالة بين المتعاقدين⁽⁴⁾.

واكد المشرع المصري على ذلك أيضا في المادة(449) ، وذلك عندما اوجب على المشتري عند تسلم المبيع ، بان يتحقق من حالته وان يخطر البائع بذلك ولم يحدد المشرع مهلة الاخطار انما ترك ذلك إلى الظروف والقرائن ، كون المشتري مسؤول عن التحقق عن حالة المبيع والتأكد من خلوه من العيوب فان

(1) ينظر: د-منصور حاتم محسن ، واسراء خضير مظلوم ، العدول عن التعاقد في العقد الاستهلاك الالكتروني ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، كلية القانون ، العدد 2، مجلد 4، ص 57.

(2) ينظر: د-سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص 289.

(3) نصت المادة (560) من القانون المدني العراقي على انه "1- اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخباره عنه فان اهمل في شي من ذلك اعتبر قابلا للمبيع ، 2- اما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع " تقابلها المادة (380) من القانون المدني الجزائري

(4) جاء في احدى القرارات القضائية بانه "يجب التحقق من حالة المبيع بمجرد تمكن المشتري من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره فان اهمل ما تبين فيعتبر قابلا للمبيع ولم يبين المهلة المحددة لأخبار البائع انما تركها للظروف والقرائن "قرار قضائي رقمه 4269/تميز /10-7-2019، منشور على الموقع الالكتروني <http://iraql.d.hgc.iq> ، تاريخ الزيارة 2023/7/14 ، الساعة P,M11:11.

ظهر عيب وجب ان يبادر بأخطار البائع خلال مدة معقولة أي بإمكانه التروي في فحص المبيع واذا كان المبيع بحاجة إلى الكشف عليه إلى خبرة فنية فعليه ان يفعل ذلك ، أما إذا أهمل المشتري في الفحص أو أهمل في اخطار البائع فهنا اعتبر قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه بالضمان ، وفي كل الأحوال فان الضمان يسقط بمضي سنة من التسليم⁽¹⁾، وذهب المشرع اليمني إلى نفس الاتجاه عندما نص على ذلك في المادة (547) من القانون المدني اليمني⁽²⁾.

اما المشرع الفرنسي فقد نص على ان البائع ملزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما اعد له، أو التي تنقص فعلياً من هذا الاستعمال إلى حد ان المشتري لما كان اشتراه أو لا اشتراه بسعر اقل لو علم بوجوده ، وهذا يؤدي إلى القول ان المشرع الفرنسي قد وضع معيارين للأخذ بالعيوب الخفية وهو عدم صلاحيته للاستعمال ، وانتقاص الاستعمال دون ان يحدد المهلة اللازمة للكشف عن المبيع واخبار البائع⁽³⁾ ، فكيف بالإمكان انكار الأساس القانوني للتراخي ، فيما ان هناك خيارات قانونية ثبتت بالقانون كخيار العيب ، فيرى الباحث ان التراخي قد يثبت أساسه بالقانون أيضاً من خلال النصوص التي تنص عليه أو يمكن عن طريق الدلالة التوصل إلى التراخي إذا هناك أساس ينبع من نصوص القانون كالخيارات القانونية ، وبما ان المشرع العراقي قد اغفل النص على التراخي فدعواتنا لإعادة النظر والنص عليه كونه يشكل حماية قانونية للمتعاقد والمحافظة على حقوقه.

2- التراخي أساسه اتفاق المتعاقدين

بما أنه مبدا (العقد شريعة المتعاقدين)، لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو وفقا لما يقرره القانون من أسباب ، كما ان القاضي لا يجوز من تلقاء نفسه ، تعديل ما اتفق عليه الأطراف بملء ارادتهم ، الا ان تعديل مضمون العقد أو مراجعة شروطه اصبح امراً

(1) ينظر: نص المادة (449) من القانون المدني المصري، وللمزيد اكثر ينظر ،د- محمد كامل مرسى باشا ،شرح

القانون المدني العقود المسماة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005، ص331-332

(2) ينظر: نص المادة (547) من القانون المدني اليمني ، تقابلها المادة 446-448 من قانون العقود اللبناني لسنة 1932النافذ ، وتقابلها المادة (417) من القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 النافذ .

(3) نص المادة (1641) من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :

Art" Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus

مألوفاً وذلك بقصد تحقيق هدفين ، الأول هو مراعاة جانب العدالة والثاني تحقيق المنفعة العامة⁽¹⁾.

ولكي يتكيف هذا المبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ، مع مستجدات المجتمع المعاصر يجب ان يتمتع بمرونة كبيرة، وتترجم هذه المرونة بالسماح بوجود استثناءات عليه ، وعدم تركه جامدا وهذه الاستثناءات يفرض التعامل وجودها ، أو لحماية المستهلك كونه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، وبهذا التوجه هناك اثر كبير لحرية الافراد بان يتعاقدوا مع الشخص الذي يرتضونه أو ادراج شروط في العقد بما يحقق الفائدة لهم ، فقد يتفق المتعاقدان على وضع حد لتعاقدتهما سواء كان باتفاق بعد اجراء التعاقد والمباشرة بتنفيذه ، أو عند نشوء العقد ، وذلك بتعيين اجل معين ينفذ العقد خلاله ، كأن يتفقا على ان يمنح كل منهما حق فسخ العقد في أي وقت ، وحتى دون موافقة الطرف الاخر فهذه الحالة لم تات بشكل مطلق انما جاءت لحماية المتعاقد⁽²⁾ ، وعملا بمبدأ التعسف في استعمال الحق⁽³⁾ ، فعندما يتفق المتعاقدان على ادراج شرط يقضي بفسخ العقد أو امضاء العقد خلال مهلة معينة ، فيكون اتفاقهم بمثابة الزام لكليهما كما لو نص القانون عليه باعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين⁽⁴⁾ ، وكذلك ان العقد وليد ارادتين لا يمكن ان يحل بإرادة واحدة⁽⁵⁾.

لكن السؤال الذي يثار في هذا الخصوص هو كيفية جعل اتفاق المتعاقدين أساسا للتراخي ؟

الجواب يكون في الخيارات الارادية أو الاشتراطات التي يشترط بموجبها المتعاقدان بان يضمنوا العقد شرط كان يكون شرطا للتروى أو خيار التعيين ، فهنا الامر يكون متروك لإرادة المتعاقدين للتروى والتفكير في شروطهم ، وبما ان التراخي جزءاً من هذه الخيارات

- (1) ينظر : د-عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010، ص46-49.
- (2) ينظر: د- مصطفى العوجي ، القانون المدني ،العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ج1، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007، ص697
- (3) ان العقود ما شرعت لتكون وسائل تقضي إلى تكوين اضرار تصيب المتعاقدان لان هذا يناقض ويضاد من الغاية التي شرعت من اجلها وهي التيسير في معاملاتهم وقضاء حوائجهم ، لذلك لا يمكن ان يجبر انسان على الزام نفسه بضرر لان هذا الالتزام الضرري يتنافى مع مقررات الشرع والقانون ، للمزيد اكثر ينظر، د-مجيد محمود سعيد ، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، الإصدار الأول ، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 ، ص25.
- (4) ينظر: د-علي فيلاي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008، ص360.
- (5) ينظر: د-عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام (العقد - العمل غير المشروع - الاثراء بلا سبب - القانون)، ج1، دار احياء التراث العربي ، لبنان ، ص624-625.

فانه بالإمكان جعل اتفاق المتعاقدين أساسا للتراخي في الخيارات الارادية ، لكن ما مصير الخيارات الحكيمة أو القانونية والتي يرتب القانون اثرها ؛ ومن ثم لا يمكن للمتعاقدين تضمينها شروطا بالترووي أو التفكير الا انه بالإمكان عن طريق الدلالة الاستنتاج على جعلها أساسا للتراخي وكما بينا سابقا في خيار العيب فان رضا المشتري لا يمكن قبوله الا بعد ان يؤيده بالقول رضيت بالمبيع وفي بعض الأحيان قيامه بالتصرف بالمبيع رغم عيوبه يدل على رضاه بالعقد .

اما أساس التراخي في الخيارات الارادية فقد نجدها في خيار الشرط والذي يسمى بخيار الترووي ، وهذا الخيار يشترطه احد المتعاقدين لمدة ثلاثة أيام أو اقل من هذه المهلة⁽¹⁾ .

وجاء في عقد البيع بانه (الشرط الذي يشترطه احد العاقدين، أو كلاهما ان يكون له ، أو لشخص اجنبي خيار فسخ العقد ، أو امضائه ، خلال المدة المقررة لذلك)⁽²⁾ .

ويثبت هذا الخيار لمن اشترطه في العقد ، فكما يصح ان يشترطه البائع يصح ان يشترطه المشتري او كلاهما معا ، كما يجوز ان يشترطه الشخص الأجنبي وقد نظم المشرع العراقي البيع بشرط الخيار في خمس مواد (509-513) وقد اقتبسها جميعها من الشريعة الإسلامية.

وهذا يعني ان خيار الشرط لا يثبت الا لمن اشترطه في العقد فقط ، فقد يكون لاحد المتعاقدين دون الاخر، كما إذا قال البائع بعث على اني بالخيار، أو قال للمشتري اشتريت على اني بالخيار وقد يشترط كل من المتعاقدين هذا الخيار لنفسه فيكون لكل منهما حق فسخ العقد أو امضائه خلال المدة المتفق عليها ، ويجوز أيضا ان يشترط احد المتعاقدين هذا الخيار لعاقده الاخر عن العقد كان يكون لشخص اجنبي⁽³⁾، وهذا ما أكده المشرع العراقي في نص المادة (509) بالقول بان (للبيع أو للمشتري أو لهما معا أو لأجنبي)⁽⁴⁾، فهنا المشرع اعطى حق للمتعاقدين بان يوردوا شروطا تحقق منافع لهم وقد تؤدي هذه الشروط إلى حمايتهم من التسرع ومنحهم مزيدا من الوقت للتروي والتفكير، كذلك نلاحظ ان المشرع العراقي لم يحدد مدة الخيار انما اكتفى بالإشارة إلى صحة البيع بخيار الشرط خلال مدة

(1) سمي بخيار الترووي ،لانه شرع للترووي وهو النظر والتفكر في الامر والتبصر فيه قبل ابرامه ،فقهاء الشافعية هم اكثر من يستعمل هذه التسمية، للمزيد ينظر ،د-عبد الستار أبو غدة ،مصدر سابق ،ص114.

(2) ينظر: د-سعيد مبارك واخرون ، الموجز في العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص50 ، و ينظر ايضا : د-غني حسون طه ، عقد البيع ، ج1 ، مصدر سابق ، ص132.

(3) ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص135.

(4) ينظر: الشطر الأخير من نص المادة (509) من القانون المدني العراقي النافذ .

معلومة⁽¹⁾، ولا يختلف المشرع اليمني عن المشرع العراقي في تقريره لخيار الشرط وذلك عندما الزم ان يكون خيار الشرط خلال مدة معينة، والسبب كون ان المشرع اليمني أيضا اخذ برأي جمهور الفقهاء في كون مدة الخيار غير محددة ، والتي ترك تحديدها لحرية المتعاقدين وفي حالة سكوتها فاعتبر مدة الخيار ثلاثة أيام وهنا تكون المدة قانونية لا اتفقيه⁽²⁾.

فخيار الشرط يعد من الخيارات الارادية وان جاء على خلاف القياس ، لان الغاية التي يسعى اليها هو التروي والتفكير وخشية الغبن في المعاملات ؛ ومن ثم يترك تحديد المدة الكافية للمتعاقد ، والسبب لان كل شخص يكون معلوم بحاله فقد لا تكفي المهلة التي يحددها القانون فقد يود المتعاقد باستشارة اشخاص غير موجودين معه وانما غائبين بالتالي يكون بحاجة إلى مهلة يحددها بنفسه ، فالتراخي قد يجد أساسه في اتفاق المتعاقدين وهذا ما لمسناه من خلال خيار الشرط ، فنرى ان اتفاق المتعاقدين هو اقرب الأسس القانونية التي يستند اليها التراخي لكن يجب ان يكون خلال قيود معلومة للمتعاقدين والا اختل الغرض الذي يصب اليه التراخي .

3- التراخي اساسه العرف

كما معلوم ان العرف يعد قانونا ملزما إذا توافر عنصره (المادي والمعنوي) ، وهذه القوة الملزمة قد ترجع أما إلى رضا المجتمع أو إلى الضرورات الاجتماعية ؛ أي ان العرف ذات قوة ذاتية وهناك من يرى ان القضاء هو مصدر القوة الإلزامية للعرف ، ورغم تعدد الآراء الا انه لا يمكن انكار عنصر الالزام للعرف حيث جاء في المرتبة الثانية في البلدان العراق ومصر والمرتبة الثالثة في القانون اليمني في سد الفراغ التشريعي ؛ ومن ثم تؤخذ منه القاعدة القانونية حين افتقاد النص، وهذا ما جاءت به المادة الأولى في فقراته¹-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها²-فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فاذا لم

(1) ينظر: نص المادة (177) من القانون المدني الأردني والذي بموجبها ترك الحرية للمتعاقد في تحديد المدة الكافية .

(2) ينظر: نص المادة (230) من القانون المدني اليمني النافذ لاستعمال الخيار.

يوجد فبمقتضى قواعد العدالة⁽¹⁾ ، وبنفس الاتجاه ذهب المشرع المصري والمشرع اليمني أيضا⁽²⁾.

وعلى الرغم من كون العرف احد المصادر التشريعية الا اننا نجد عدم اتفاق القانونيين حول تعريف موحد للعرف بالرغم من كون التعاريف التي تناوله قريبة من حيث المضمون من بعضها البعض ، فقد ذهب البعض إلى تعريفه بانه (اعتیاد الافراد على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، ويتولد لديهم بالزاميته وضرورة احترامه كونه قاعدة قانونية تستوجب معاقبة من يخالفها)⁽³⁾.

وذهب آخرون إلى تعريفه بانه (ما يتكرر استعماله من قول أو فعل حتى يكتسب صفة الاستقرار في النفوس وتتقبله العقول)⁽⁴⁾ ، ويرى الباحث ان التعريفين الآخرين هما الأكثر قبولاً لدينا ، والسبب لانهم بينا ان العرف قد ينشا عن قول أو فعل متكرر ولكي يكون قاعدة قانونية ملزمة وجب ان يتولد عن الالزام عقوبة لمن يخالفه.

وبما ان للعرف دور مهما في نشوء حكم قانوني ، كالقاعدة القانونية لكونه احد المصادر القانونية لهذا نجد دوره المهم لا يقتصر على فرع معين من فروع القانون وانما يعم جميع فروع القانون الخاص باستثناء الأحوال الشخصية⁽⁵⁾، والسبب كون المشرع العراقي حصر مصادر هذا القانون بمصدرين هما (التشريع والشريعة الإسلامية)⁽⁶⁾ ، وعلى الرغم من الدور الهام الذي لعبه العرف في المعاملات المالية الا انه لم يصل إلى مستوى العرف

(1) ينظر: نص المادة الأولى من القانون المدني العراقي النافذ ، وتقابلها المادة (3/2) من القانون المدني الأردني.
 (2) ينظر: نص المادة الأولى من القانون المدني المصري النافذ، وكذلك المادة الأولى من القانون المدني اليمني النافذ.
 (3) ينظر: د-عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية والحق وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) ، جامعة الكويت ، 1970 ، ص72، وينظر ايضا ، د-حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ط5، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ، ص351 ، وينظر كذلك ، د-عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، 1965، ص122 وكذلك ينظر، استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري وصباح عريس عبدالرؤوف ، دور العرف في تفسير العقد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الاداب ، جامعة الكوفة ، 2021، ص85.
 (4) ما تكرر استعماله فاصبح حقيقة عرفية كالفظ الولد ، للمزيد ينظر د-مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه ، ج1، مصدر سابق ، ص77.

(5) بالإمكان الرجوع إليه في المسائل الأخرى (مهر المثل -الكفاءة -البيت الشرعي -التعسف).
 (6) نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل "1-تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها 2- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون". للمزيد ينظر، استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري ، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي ، ط1، مطابع دار الوارث ، كربلاء المقدسة ، 1442هـ-2020م ، ص9 .

التجاري وذلك لوروده بكثرة في نصوص القانون المدني، منها ما نصت عليه المادة (133) من القانون المدني العراقي على انه " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة" (1) ، ونصت المادة (150) منه أيضا على انه "1-يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية 2-ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " (2) .

فالقاعدة العامة هي حسن النية التي تهيمن على تنفيذ جميع العقود ، بل انها تسود العقد في جميع مراحل العقد ابتداء من مرحلة ابرام العقد وحتى تنفيذه وانتهائه ، ليست مبدا حسن النية فقط هو الذي يسود العقد وانما لمبدا حرية التعاقد أيضا الجانب الأساسي الاكبر في العقد، لذلك يتخذ العرف أساسا لتحديد الالتزامات والحقوق التي لم يرد نص في العقد ، وكذلك ما جاءت به المادة (163) على انه " 1-المعروف عرفا كالمشروط شرطا 2-والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم 3-والممتنع عادة كالممتنع حقيقة "، حيث ان الأمور المعروفة بالعرف العام والمعتادة عليها الناس في المعاملات تعد مشروطة في معاملاتهم، فقد يجري العقد على أمور تُعد من لوازم العقد على احد الطرفين حسب العادة ، كما لو كانت تلك الأمور مشروطة صراحة في العقد ويجب تنفيذها ، أيضا الامر ذاته ينطبق على العرف الخاص كعرف التجار في المعاملات التجارية هو المشروط بينهم ، أما الممتنع عادة كالممتنع حقيقة والممتنع عرفا فهو كالمستحيل حقيقة (3).

وكذلك ما اقرته القواعد الفقهية حول جعل العرف أساسا في العقود "كل ماسكت عنه نص العقد ، فالمرجع في تحديده إلى العرف" (4)، كذلك ما وضحته القاعدة الثالثة والاربعون بان "المعروف عرفا كالمشروط شرطا " أي ان إذا تعارف الناس عليه واعتادوا عليه في التعامل

(1) ينظر: نص المادة (133) من القانون المدني العراقي النافذ

(2) نص القانون المدني العراقي هذا يتطابق مع نص القانون المادة (148) من القانون المدني المصري ، وكذلك يتطابق مع نص المادة (155) من القانون المدني اليمني، تقابلهم المادة (149) من القانون المدني السوري ،والمادة (202) من القانون الأردني النافذ رقم 43 لسنة 1976 ، والفصل (231) من قانون الالتزامات والعقود المغربي ، تقابلها المادة (107) من القانون المدني الجزائري لسنة 1975.

(3) ينظر: د-عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة) ، دار الكتب العلمية ، 2015 ، ص 375.

(4) ينظر: د-مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج1، ط10، دار الفكر ، 1387هـ-1968م ، ص 41.

بدون اشتراط صريح فهو مرعي ؛ ومن ثم يعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، فالشرط الصريح المتعارف عليه إذا لم يكن معتبر شرعا، فلا يكون معتبرا إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط ، فاذا تعارف الناس على تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعد ولا تقصير منه، فهنا لا يعتبر تعارف ؛ ومن ثم لا يراعى لأنه مضاف للشارع، ليس هذا فقط بل ان هناك قاعدة أخرى لا تختلف عن هذه القاعدة تناولت العرف أيضا الا ان هذه القاعدة قاصرة على عرف التجار وهي ما اوضحته القاعدة (44) على انه " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" ، أي إذا وقع تعارف واستعمال بينهما على شيء وكان غير مصادم للنص فيتبع وينصرف اليه عند الاطلاق ولا تسمع دعوى إرادة خلافه كما لو باع التاجر شيئا ولكن العرف جرى على ان يكون البعض من الثمن حالا، او عليه دفع كل الثمن فهنا يكون العرف مرعيا وبمنزلة الشرط الصريح، وكذلك القاعدة (45) وهو " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" كما لو استأجرت دارا من دون بيان من يسكن فيها أو من غير بيان ما يعمل فيه ؛ ومن ثم له ان ينتفع فيها بجميع أنواع الانتفاع من دون ان يسكن فيها حدادا أو غيره من دون اذن المؤجر⁽¹⁾.

فشرط علم المتعاقدين ما هو الا افتراض لإرادة تحيل إلى العرف، لكن بطبيعة الحال لاتعد إرادة حقيقية على اعتبار ان مجرد العلم بوجود العرف لا يعد قاطعا على اتجاه إرادة المتعاقدين عليه ، بل قد لا يرتضي تحقق الموافقة على مضمونه ؛ وذلك من اجل ان يصبح تعبيرا عن ارادتهما الحقيقية ، فقد يؤدي البحث عن علم المتعاقدين بوجود العرف إلى نتيجة سلبية وهي عدم علمهم ؛ ومن ثم تكون مشكلة بحاجة إلى حل من قبل المحكمة ؛ ومن ثم تتجه المحكمة إلى العرف المتبع في التعامل وذلك بوصفه حل امثل يحقق مصلحة المتعاقدين ؛ ومن ثم على القاضي عند استناده إلى احكام العرف، التأكد أولا من عدم مخالفته لنصوص القانون الإلزامية، لكنه بالمقابل يجوز للنصوص الغير الزامية الاعتماد على احكام العرف حتى لو كان مخالف لها، وكذلك التأكد على عدم وجود ما يدل على ان المتعاقدين قد استبعاده العرف في العقد صراحة أو ضمنا أو ما يدل على مخالفة احكامه⁽²⁾.

فسكوت المتعاقدين وعدم اتفاقهما في العقد من قيود أو شروط ، فالمرجع في تحديدها إلى ما هو متعارف عليه بين الناس كسكوتهما عن بيان طريقة استعمال المأجور وكيفية دفع

(1) ينظر: د-مصطفى احمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم ، بيروت ، 1409-1989م، ص237-241.
 (2) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم ود-صباح عريس عبد الرؤوف، دور العرف في تفسير العقد (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص97.

الأجرة ، وسكوته في البيع عن تحديد النقد والسير والحمولة، كل هذا يتبع فيه عرف الناس⁽¹⁾.

وقد ينص العقد على شرط الخيار ويسكت المتعاقدان عن تحديد المدة ، فانه يضرب للسلعة مدة تختبر في مثلها حملا على عرف الناس وعادتهم⁽²⁾.

ففي البيع بشرط المذاق يرى الباحث بان هذا البيع لا يتم الا إذا تذوق المشتري المبيع وارتضاه لكن بشرط ان يعلن قبوله عن البيع خلال مدة أما متفق عليها أو يقضي بها العرف، بمعنى ان للعرف دوراً كبيراً يتم الرجوع اليه في حالة عدم اتفاقهم على المدة⁽³⁾.

لكن وبالرغم من ذلك ومن خلال التمعن في النصوص نجد اعتبار العرف كأساس للتراخي من الصعوبة ، والسبب في ذلك ان العرف بطبيعته يكون معرض للتغيير والتبدل من زمن إلى اخر ؛ ومن ثم ان الأحكام التي تبنى على العرف تكون مائلة إلى التغيير إذا ما تغير العرف فلا نستطيع تغيير الاعراف في البلد الواحد ، لكن إذا انتقل العالم من بلد إلى اخر وجب عليه مراعاة عرف البلد الذي انتقل اليه ، فضلا عن صعوبة اثبات العرف ، لكن بالإمكان الرجوع إلى العرف في معرفة ما يتعلق بالشئ المبيع مدته لكن من الصعوبة الاعتداد به وجعله أساس للتراخي ، فالتراخي حق خاص املته الضرورة لحماية المتعاقد من التسرع وعدم تبصره بالعقد وتحقيق مبدء التوازن العقدي ، فالمتعاقد عندما يبرم عقدا يكون بحاجة إلى مهلة من التروي والتفكير قبل الاقدام على الموافقة النهائية للعقد .

لذلك كانت دعواتنا إلى المشرع العراقي إلى التأكيد على التراخي والنص عليه وبيان أساسه القانوني بصورة صريحة لكي يتسنى لنا فهم معناه ومعرفة أحكامه ويكون المتعاقدان على علم به عند اللجوء اليه والغاية الأساسية منه والتي نسعى إلى تحقيقها .

(1) جاء في احدي القرارات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية على انه المادة (762) من القانون المدني العراقي تنص " أيا كان الماجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له ووفقا لما يقتضيه العرف وفي حالة المخالفة للمؤجر حق طلب الفسخ بعد الإنذار" قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني ، <http://iraqlid.hgc.iq> ، رقم الحكم 1818، عقد ايجار، تاريخ اصدار الحكم 2008، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 10:10 p.m. .

(2) ينظر: سعيد الشوية ، العرف والقواعد الضابطة له ودورها في تحديد المسكوت عنه وضبطه ، بحث منشور في مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة غرداية ، الجزائر، مجلد 5، العدد 1، 2021، ص165.

(3) ينظر: راجع ص 36-38، من هذه الرسالة والتي تكلمنا فيها عن البيع بشرط المذاق.

4-التراخي أساسه التعبير الضمني

من المعلوم ان التعبير عن الإرادة في القانون المدني، هو التجسيد الخارجي الملموس للإرادة الحقيقية أو الإرادة الباطنة للمتعاقد، وهذا التجسيد الخارجي هو ضرورة فعلية ومنطقية اذ لا يتصور ان تلتقيا ارادتان من دون ان يفصح عنهما خارجيا بمظاهر مادية ملموسة ومحسوسة. فالتعبير هو الإفصاح عن الإرادة وبه تنتقل من أعماق النفس إلى العالم الخارجي قادرة على توليد اثار قانونية وليس هناك طريقة خاصة أو شكل معين، ووفقا للقواعد العامة تكون حرية التعبير عن الإرادة للمتعاقد من غير تقييد بطريقة قد تكون صريحة كما في محرر مكتوب يتم صياغته من قبل المتعاقدين وقد يكون التعبير ضمنيا ، ويستشف بطريقة غير مباشرة من ظروف التعاقد والتي يكشف عن إرادة الأطراف المتعاقدة (1).

ولهذا نجد فقهاء القانون لم يفرقوا بين النية والإرادة فالنية مع العزم تعد إرادة باطنة ، فالإرادة في جوهرها حقيقة باطنة يأتي في مقدمتها ان يتجه الانسان بتفكيره إلى امر معين ؛ ومن ثم يتدبره ويستقر على إنجازها بان يعقد العزم أما الإرادة فهي كامنة في النفس ، ولا ترتب أي اثر قانوني ما لم يتم التعبير عنها وتتخذ مظهرا خارجيا (2)، لذلك ذهب البعض بتعريفه للإرادة الضمنية على انها (عمل نفسي ينعقد العزم به على شي معين وطالما انها كامنة في النفس فلا يعلم بها الا صاحبها ولا يعلم بها غيرها) (3)، وعرفه اخرون بانه (التعبير الضمني الغير معروف عند الاخرين ، لكنه في ظروف خاصة بين المتعاقدين، يفسر على انه تعبيراً عن الإرادة فبقاء المستأجر في الدار بعد انتهاء مدة عقد الايجار يعد تعبيراً ضمناً من قبل المستأجر برغبته في تجديد عقد الايجار (4) .

ويرى الباحث بان هذا التعريف هو اقرب لتفسير معنى الإرادة الضمنية ، كونه بين بان التعبير الضمني غير معروف ؛ بل انه مسألة كامنة في النفس لكن هناك ظروف خاصة

(1) ينظر: د-جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد (دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي)، مكتبة السنهوري ،بغداد، 2012، ص32.

(2) ينظر: د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ج2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1954، ص39.

(3) ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مجلد1، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2000، ص184.

(4) ينظر: د-سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية -مصر، 2005، ص33، وينظر ايضا ، مصطفى الخطيب ،الموجز في النظرية العامة للالتزامات (مفهوم الالتزام -انواعه-مصادره-نظرية العقد)، مطبعة قرطبة حي السلام ،اكادير، 2019، ص60.

تفسر بوجود الإرادة ، وقد اخذ المشرع العراقي بالإرادة الظاهرة وذلك من خلال تعريفه للعقد الذي أورده في المادة (73) بانه " ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه " فالعبرة إذا عند المشرع العراقي هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة⁽¹⁾.

كذلك ان المشرع العراقي اخذ بالإرادة الباطنة في تفسيره للعقد وذلك من خلال الفقرة الأولى من نص المادة (155) على انه " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"⁽²⁾ ، حيث بين المشرع بصورة صريحة لجوئه إلى الإرادة الباطنة وكذلك بين عند تفسير العقد لا يمكن للقاضي الوقوف عند حرفية النصوص، فهو بذلك اعطى للقاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهذا يفسر لنا ان المشرع العراقي قد اخذ بالإرادة الضمنية إلى جانب الإرادة الظاهرة⁽³⁾ ، وهو بذلك يكون قد وافق الفقه الإسلامي واخذ بالنظريتين دون ان يغلب احدهما على الأخرى⁽⁴⁾.

ومن خصائص الإرادة الضمنية هو قابليتها للتفسير الواسع فهناك تعابير للمتعاقدين تبدو واضحة لكن إرادة المتعاقدين تكون غير واضحة فالوضوح هنا هو وضوح ظاهري مجرد، وليس وضوحاً حقيقياً في المعنى وهو بذلك يعطي مبرراً للقاضي لتفسير نية المتعاقدين بصورة تزيل اللبس وترفع الغموض الذي يعترضهم ، ولا يقوم القاضي بذلك الا بعد الاستناد إلى دليل يظهر لديه بوجود إرادة حقيقية لم يعبر عنها في العقد صراحة بل كانت مفهومة ضمنية من اطراف العقد، فضلا عن ذلك فان الإرادة الضمنية تعد مسلكاً إيجابياً يستخلص من تصرف الأطراف المتعاقدة أي ان هناك مظاهر مادية يكشف عنها ؛ ومن ثم ليس هناك شك في حقيقة مقصود صاحبها تدل على رضاه⁽⁵⁾.

ففي خيار العيب وبالتحديد في الفقرة الثانية من المادة (560) من القانون المدني العراقي والتي أوضحت على انه ، (إذا استلم المشتري المبيع وجب عليه ان يقوم بفحص المبيع خلال

(1) ينظر: د-منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط1، منشورات نارس ، أربيل -العراق، 2006، ص89.

(2) ينظر: نص المادة (155) من القانون المدني العراقي النافذ

(3) ينظر: د-حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام -احكام الالتزام -اثبات الالتزام) ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، 1976، ص47.

(4) ينظر: د-عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع (المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد، 1967، ص113.

(5) ينظر: د-كاظم حمادي يوسف الحلفي ، الإرادة الضمنية واثرها على العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ،جامعة بغداد، 2018، ص19-20.

المدة المعقولة ، وفي حالة عدم قيامه بالفحص فيعتبر قابلاً للمبيع بعيبه) ، وهذا يعني سقوط حقه بالضمان ، فالقواعد العامة تقضي بان حق المشتري لا يسقط بالضمان ان هو اهمل في اخبار البائع أو فحص المبيع خلال المدة المعقولة ، إذا كان البائع يعلم بوجود العيب لكنه تعمد اخفائه عن المشتري غشاً منه (1) ، فيعتبر التزام البائع بضمان العيوب الخفية حقاً مقررراً لمصلحة المشتري ، لكن قد يتنازل عن هذا الحق بصورة صريحة أو ضمنية وهذا ما اقرته المادة (567) من القانون المدني العراقي (2) .

والتنازل الصريح من قبل المشتري قد يكون باستخدام عبارات صريحة وواضحة تدل على قبوله بالمبيع رغم عيبه، أما التنازل الضمني والذي يفهم من تصرفات المشتري كقيامه باستعمال المبيع باي طريقة ممكنة أو بيعه أو اهمال المشتري بعدم فحص المبيع، فالتصرفات التي يجريها المشتري كالاستعمال والاستغلال والانتفاع تؤدي إلى اتلاف المبيع ، كتمزيق الثوب ، أو تصرفات قانونية يجريها المشتري والتي تخرج المبيع عن الملك كالهبة، ففي كل هذه الأمور تؤدي إلى تنازل المشتري عن حقه بالضمان ؛ ومن ثم لا يحق له الرجوع على البائع بالضمان لان كان عالماً بالمبيع واعتبر راضياً به ، فبالرغم من ان المشرع لم يبين وسائل الضمان وكيفية سقوطها ؛ الا انه يمكن استخلاصها من خلال قبول المبيع الضمني وسكوته، ولهذا اعتبرت محكمة التمييز سكوت المشتري عن العيب حتى إقامة الدعوى عليه ببقية الثمن قرينة تدل على رضاه ضمناً بالمبيع المعيب (3) ، وبنفس التوجه ذهب المشرع المصري أيضاً والتي سبق ان تم ذكرها (4) .

اما المشرع اليمني فقد كان اكثر وضوحاً في تفسيره للمادة (248) عندما نص على انه " إذا كان المتعاقد قد قبل العيب بعد العقد أو علم به وسكت عنه ولم يخبر به العاقد الاخر في مدة معقولة سقط حقه في الخيار به ، ويعتبر العاقد عالماً بالعيب إذا كان مما يظهر عند الفحص المعتاد وتسلم الشيء دون ان يخبر بالعيب على الفور ، أما إذا كان العيب مما يحتاج ظهوره إلى فحص غير معتاد فلا يسقط حقه الخيار به الا بمضي مدة يمكن فيها الفحص غايتها سنة

(1) ينظر: د-جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، 2012، ص173-174 .

(2) ينظر: نص المادة (567) من القانون المدني العراقي النافذ ، تقابلها نص المادة (515) من القانون المدني الأردني .

(3) قرار محكمة تمييز العراق ، رقم القرار 99/ب/1946، في جلسة 1946/6/25، مشار إليه ، عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني - لأحكام محكمة تمييز العراق مرتبة وفق حروف الهجاء ، العراق ، 1957، ص203 .

(4) ينظر: نص المادة (449) من القانون المدني المصري النافذ .

من تاريخ القبض وان كان العيب مما لا يظهره الفحص أصلاً فلا يسقط الخيار به مطلقاً ، فالمشروع اليمني هنا ومن خلال استخدامه عبارة الفور بدلالة ضمنية على عدم تراخي المشتري في فحص المبيع والا سقط حقه بالخيار⁽¹⁾، فمن خلال ذلك نرى بان المشروع العراقي والمشروع اليمني قد حسما موقفهما من خيار العيب ، وذلك من خلال فحص المبيع والتأكد من سلامته واعتبر اهمال المشتري في الفحص دليل على الرضا والقبول بالمبيع؛ ومن ثم يسقط حقه في الخيار.

اما المشروع الفرنسي فلم نجد أي إشارة صريحة تخص منه سكوت المشتري وقبوله الضمني بالعيب حيث اكتفى في نص المادة (1641) على انه " البائع ملزم بضمان عيوب المبيع الخفية التي تجعله غير صالحة للاستعمال في ما اعد له أو التي تنقص فعلياً هذا الاستعمال إلى حد ما ان المشتري لما كان اشتراه أو لا اشتراه بسعر اقل لو علم بوجودها " ، فكرة ضمان العيوب الخفية لم تكن مطبقة بشكل واضح في القانون الفرنسي انما خضعت للأعراف المحلية والعادات السائدة ، لكن هناك ما يميزها وهو قصر مدتها حيث تتراوح بين ثمانية أيام إلى أربعين يوماً⁽²⁾.

نستنتج مما تقدم ان الارادة الضمنية قد يكون لها اثر في حالة تراخي المشتري عن الرد وعدم اخبار البائع على الفور بالعيب فسكوت المشتري يدل دلالة على انه قد قبل بالمبيع ضمناً وارتضا به لكن هذا لا يفسر انه بالإمكان الرجوع إلى الإرادة الضمنية كأساس للتراخي وذلك لأنه بالإمكان الاستدلال على التراخي من خلال ظروف أخرى تكون اقرب اليها في تفسير أساس التراخي بالرغم ان اغلب الخيارات سواء كانت ارادية أو حكومية قد وجدنا لجوها إلى التراخي لكن بصورة ضمنية ، ويرى الباحث ذلك فالنص بصورة صريحة على التراخي هو اقرب اليها من بقاءه بصورة ضمنية ، لذلك كانت دعواتنا إلى المشروع العراقي إلى النص على التراخي بصورة صريحة في الخيارات بصورة خاصة والاختذ به ، ليس فقط في جانب الخيارات بل بالإمكان أيضا النص عليه في العقود كون ان الغاية الأساسية من التراخي هو حماية المتعاقد والحفاظ على حقه من التسرع ومنحه مهلة من الثاني.

(1) ينظر: القانون المدني اليمني النافذ.

(2) ينظر: نص (1804) من القانون المدني الفرنسي المعدل، وللمزيد ينظر د اسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، 3، دار اقرء ، بيروت ، 1983، ص15.

وبعد تطرقنا إلى أكثر الأسس التي رأيناها والتي تكمن في جعلها أساسا للتراخي في القانون ادركنا بوضوح ان التراخي يعد حق خاص للمتعاقد وهذا الحق املته الضرورة ، الا اننا نجد ان المشرع قد اغفل عن ذكره ولكنه من جانب اخر فسخ المجال للمتعاقد من خلال الاتفاق على النص عليه ومنح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير، وهذه تعتبر ميزة يمنحها المشرع للأطراف المتعاقدة بالخروج عن القواعد العامة وهذا وفقا للمبدأ الأساسي للعقد ، ان المتعاقد ملزم وفقا لما ورد فيه ؛ كون العقد هو قانون الأطراف المتعاقدة ، لكن في ظل التطورات الأخيرة التي حدثت والتي تسببت في تراخي إتمام بعض العقود استدعت إيجاد حلول لذلك ومنه التراخي لذلك سمح لأطراف العقد بالخروج عن القانون؛ أي اتفاق المتعاقدين وبذلك يرى الباحث ان اتفاق المتعاقدين هو اقرب الأسس التي نجدها أساسا للتراخي، وهذا ما لمسناه في الخيارات الإرادية والتي تثبت بإرادة الأطراف وبإمكانهما الاتفاق على التراخي ، وهنا لا يوجد خلاف لكن الخلاف يدب حول إذا كانت الخيارات الحكيمة والتي تثبت بإرادة المشرع فكيف بالإمكان معرفة أساس التراخي في الخيارات والتي لا يكون للإرادة دخل فيها فهنا سوف تكون اجابتنا بحسب الخيار والتي سوف نتطرق اليهما في مجمل رسالتنا .

الفرع الثاني

طبيعة التراخي القانونية

أن البحث عن حقيقة التراخي هل هو حق ام مكنة قانونية ، ضرورة تتطلبها مقتضيات البحث لكي نتوصل من خلالها إلى معرفة ماهي طبيعة التراخي، لأجل ذلك سوف نبين طبيعة التراخي في نقطتين، الأولى كون التراخي حق ، والثانية كون التراخي مكنة قانونية وكالاتي :

أولا- التراخي حق

لقد استنبط الفقهاء لكلمة الحق أنواع كثيرة تختلف باختلاف الاعتبارات التي يقوم عليها الحق، فقد ذهب البعض إلى تقسيمه باعتبار صاحب الحق ومحلّه، وهذا التقسيم يقوم على تقسيم الحق إلى ثلاثة اقسام وهي، حق الله وحق العبد وهناك حق مشترك بينهما، والمقصود بحق الله تعالى، هو امتثال أوامره واجتناب النواهي، وهذا ما يتعلق بالنفع العام مما لا يختص به احد ولعلو وقدّر هذا الحق وعظم خطره ؛ لذلك اضيف هذا النوع من الحقوق إلى الله تعالى، أما الاحكام المتعلقة بهذا النوع وهي كون ان هذه الحقوق لا تورث، وأيضا لا تقبل الاسقاط سواء كانت هذه الحقوق عبادات كالصلاة أو عقوبات كالحودود أو كونها مترددة بينهما

كالكفارات⁽¹⁾، باستثناء التعزيز⁽²⁾، والذي بموجبه اجيز اسقاطه وعدم استيفائه ، ويرجع في كل ذلك إلى تقديره ؛ وذلك لان تصرفاته تكون منوطة بالمصلحة كما مقرر شرعا⁽³⁾ .

وهناك حق اخر إلى جانب حق الله وهو حق العبد ، والذي يكون وسيلة لتحقيق مصلحة خاصة بالشخص وهذا الحق بالإمكان التنازل عنه واسقاطه وابطائه ، لكنه يمنع إذا كان متعلق بإباحة محرم أو بتفويت حق الغير، فضلا عن ذلك فان هذا الحق يورث ؛ وذلك لان القاعدة "كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال انتقل للوارث، لان المال يورث ، فيورث ما يتعلق به من خيار وعمل ، وكل ما كان متعلقا بيدن الموروث كالنكاح أو رايه وعقله كخيار الأجنبي لا ينتقل لان الوراثة لا يرث عقله ولا بدنه"⁽⁴⁾ ، وهناك أيضا حق مشترك بينهما (حق الله وحق العبد) والحكم هنا يكون للحقوق الغالب منهما.

وهناك من قسم الحق باعتبار محله وينظر إلى هذا النوع من الحق من ثلاثة وجوه ، فهناك من ينظر اليه من حيث المالية والذي يكون حق مالي والذي يتعلق بالمال كحق الشرب وهناك حق غير مالي والذي لا يكون متعلقا بالمال كحق الحضانة⁽⁵⁾ .

اما الوجه الثاني فقد قسم الفقهاء المعاصرين الحق⁽⁶⁾ ، إلى حق شخصي وحق عيني فالحق الشخصي ، هو الحق الذي يقره الشرع لشخص علي اخر، كحق استيفاء الدين أي انها تتعلق بالذمة وقد يكون موضوع الحق أما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، بعكس الحق العيني والذي يكون للشخص على شيء معين قائم بذاته ، كالحقوق المتعلقة بالعقار⁽⁷⁾، الا ان هذا التقسيم قد لاقى رفضا ؛ وذلك باعتبار ان كل من الحقين (الشخصي والعيني) تعبير استعير

(1) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ود عبدالله عبد الأمير طه، مقاربات في نظرية الحقوق في الفقه الإسلامي بين الماضي والحاضر، ط1، دار المسلة ، بغداد -شارع المنتبي، 2023، ص 25-26.

(2) يقصد بالتعزيز هو تاديب دون الحد، ويكون في الجناية ليست موجبة للحد ويكون على قسمين وهما حق الله وحق العبد، فحق الله يجب على الامام ولا يحل له تركه الا إذا كان علم بانه انزجر الفاعل قبل ذلك، ويتفرع عليه هو عدم جواز اثباته بمدعي شهد به فيكون شاهدا إذا كان معه اخر، أما الثاني فيجوز للمولى ان يعزز عبده وامته عند إساءة الادب والحاجة اليه ويكون حقا للعبد بالقذف ونحوه ،لذلك قيل بان الأصل في وجوبه كل من ارتكب منكرا أو اذى مسلما بغير حق، بقول أو فعل هنا يجب التعزيز، للمزيد ينظر: الشيخ نظام ، الفتاوي الهندية في مذهب الحنفية، المجلد الثاني، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1441هـ-2019م، ص 181-182.

(3) ينظر: التهانوي، مصدر سابق، ص 329.

(4) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ود-عبد الله عبد الأمير طه، مصدر سابق، ص 26.

(5) ينظر: وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته، ط3، دار النشر، 1403هـ-1983م، ص 19.

(6) ينظر: عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) ،ج1، منشورات محمد الدابة ،بيروت -لبنان ، 1954ص 62.

(7) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ود-عبد الله عبد الأمير طه ، مصدر سابق ، ص 27.

من الفقه الغربي ، وان الفقه الإسلامي لم يرد فيه عادة هذا التعبير، وأيضاً ان اختلافهم يكمن حول التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي ، فيرون ان التمييز بين العين والدين يختلف عن التمييز بين الحق الشخصي والمالي ، لان الدين ليس كل الحق الشخصي بل هو صورة من صورته وتستغرق العين الحق العيني وبعض من الحق الشخصي (1) .

فضلاً عن ذلك فأن الفقه الإسلامي لم يعرف التمييز بين الحقوق ولا يعد هذا قصورا من جانب الفقهاء ؛ بل انه يكون راجع إلى طبيعة صياغة الفقه الإسلامي (2) .

اما الوجه الثالث للحق والذي يكون من حيث تقرير الحق في محله ، والذي بدوره يقسم إلى حق مجرد والذي يكون بالإمكان الانفراد بالحق عن محله ، كما في حق الشفعة فهو حق مجرد سواء استعمله صاحبه أو اسقطه فلا اثر له في المحل ، فالمحل باقي بكل صفاته سواء اخذه صاحب الشفعة أو اخذه شخص اخر، وهناك حق متقرر اي (غير مجرد)، والذي يكون تعلقه بالمحل تعلق الاستقرار ولا يتصور انفراده عن المحل كما في حق القصاص ، فهو حق متقرر استعماله أو اسقاطه ؛ ومن ثم يحدث اثرا في المحل ، وذلك لان المقتص منه يكون مهدور الدم بالنسبة إلى أولياء المقتول في حالة إذا ثبت الحق ويصبح معصوم الدم إذا سقط الحق (3) ، وهناك من ينظر إلى الحق من حيث الطبيعة المالية ، وذلك بان الدين يقابل العين ، فالأول مال حكمي أما الثاني مال على الحقيقة ، فالذمة تقابل العين وذلك بالنظر إلى كونها محلا لتعلق الحقوق أما الثاني فهو محل لتعلق الحقوق العينية ، أي ان العين في ذاتها ليس حقا لكي تقابل الحق العيني فضلا عن كونه يتساوى ام لا، فهنا يرون ان الحق يقسم إلى حقوق متعلقة بالذمة وحقوق متعلقة بالعين ويعتبرون ان الدين هو من صور الحق الشخصي أو الالتزام (4) .

إن ما يهمنا في مجمل رسالتنا هو معرفة هل ان التراخي حق ام لا؟ وبما اننا استعرضنا اقسام الحق ونرى بان تقسيم الحق من حيث تعلقه بالشخص أي الحق الشخصي والحق العيني هو الأقرب إلينا لمعرفة ماهي طبيعة التراخي فضلا عن كون ان هذا التقسيم هو التقسيم الذي

(1) ينظر: د-علي كحلون قاض ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام -احكام الالتزام)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس، 2015، ص37-38.

(2) ينظر: د-مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مصدر سابق، ص23.

(3) ينظر: ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ود-عبد الله عبد الأمير طه، مصدر سابق، ص27-28.

(4) ينظر: د-احمد محمود الخولي ، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ج1، ط1، دار السلام ، مصر، 1423هـ-2003م، ص195.

أورده فقهاء القانون، لذلك سوف نحاول بيان كل من الحق الشخصي والحق العيني وبيان مدى انطباقهما على التراخي فبمعرفة مفهوم كل منهما سوف يتحتم علينا بيان طبيعة التراخي، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى فقرتين نتناول في الفقرة الأولى الحق الشخصي ، أما في الفقرة الثانية فسوف نبين الحق العيني وكالاتي :

1-الحق الشخصي : يمثل الحق الشخصي بانه رابطة بين شخصين ، هو الدائن بالحق في مطالبة المدين به بالقيام بأداء معين ، فالدائن في الحق الشخصي ، يتعامل مع المدين ، ويمارس حقه في مواجهته مباشرة ، فجوهر الحق الشخصي هو تدخل المدين ، لاستيفاء الدائن حقه، فهو "رابطة قانونية ، بين الدائن ، والمدين ، يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بأداء معين ، أما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء معين" (1) ، وعرفه المشرع اليمني بانه " ما تعلق بذمة الغير دون تخصيص بمال معين ، ويقابلها بالنسبة للغير الديون أو التعهدات أو الالتزامات المتعلقة بالذمة (2) .

ومن اهم مميزات الحق الشخصي هو كونه ينتج واجبا خاصا يقع على عاتق الملتزم ، وان محل الحق الشخصي هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ولا يجوز ان يكون محل الحق الشخصي معيناً بالذات ويجوز ان يكون متعلق بشي من الأشياء المستقبلية أو من الأشياء المعينة بالنوع ، وكذلك ان الحقوق الشخصية غير محدودة فقد تتولد مباشرة عن قواعد قانونية كنتيجة مباشرة لتطبيقها (3) ، فالحق الشخصي يفترض إذا رابطة قانونية وشخصية ومالية وتتصرف الرابطة القانونية إلى الزام المدين قانونا بخلاف الحقوق الطبيعية ، حيث تبقى خارجة عن أي الزام قانوني كما في تقادم الحق ، حيث يبقى عنصر المديونية ويسقط عنصر المسؤولية أي إمكانية الزام المدين ، أما الرابطة الشخصية فتتصرف إلى علاقة الدائن بالمدين وكل التزام شخصي به مدين ودائن ولا يمكن ان يستخلص الدائن دينه الا عبر

(1) ينظر: نص المادة (69) من القانون المدني العراقي النافذ .

(2) ينظر: نص المادة (122) من القانون المدني اليمني النافذ.

(3) ينظر: د-عبد المجيد الحكيم ،د-عبد الباقي البكري ،د-محمد طه البشير ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،ج1، مكتبة السنهوري ،بيروت ،2015، ص6.

المدين (1) ، ولهذا يذهب البعض إلى اعتبار التراخي بأنه حق شخصي ، والسبب في ذلك كونه ينشأ بالاعتماد على الرابطة العقدية بين الدائن والمدين (2) .

لكن في الواقع لا يمكن التسليم بهذا الرأي القائل ان التراخي حق شخصي ، لان التراخي لا يخول صاحبه سلطة اقتضاء أداء معين وبصفة عامة لا يمنحه السلطات التي يمنحها الحق الشخصي لكونه لا يفرض القيام بأداء معين ولا يواجه شخص المدين بالمعنى المميز للحق الشخصي ، فالشخص الذي يملك التراخي لا يمكن مطالبته باي أداء سلبي أو إيجابي ، فالتراخي هو حق لكنه حق من نوع خاص الغرض منه منح المتعاقد مدة من التروي والتفكير ؛ ومن ثم يكون للمتعاقد الخيار أما هدم العقد بعد ابرامه أو الإبقاء عليه .

2- الحق العيني

الجانب الاخر ذهب إلى القول ان التراخي هو حق عيني ، وذلك لأنه يقع على عين معينة ، بحيث يعطي لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء ، محل التعامل يتمثل بإمكانية نقض العقد أو امضائه (3) .

لكن هذا الامر لا يمكن التسليم به كون ان الحق العيني هو (سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص على شيء معين ، وبمقتضى ذلك الحق يكون لهذا الشخص سلطة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه) (1) .

(1) ينظر: د-علي كحلون قاض ، التعليق على مجلة الحقوق العينية ، ط3، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص234 .

(2) ينظر: د-عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ط2، منشأة المعارف جلال ، الإسكندرية ، 2004، ص770.

(3) ينظر: د-ناصر خليل جلال ، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونياً عن بعد، بحث منشور في مجلة الحقوق البحرانية ، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، مجلد9، عدد1، ص345.

فالحق العيني يتميز أساسا بتلك السلطة التي يملكها صاحبها على الشيء محل الحق ، ويخضع بمقتضاها الشيء كلياً أو جزئياً إلى صاحب الحق فهناك علاقة واضحة ومباشرة لذلك لا يمكن عد التراخي بأنه حق عيني ، لأنه لا يقدم لصاحبه مثل هذه السلطة فهو ليس الشيء بذاته إنما إمكانية إزالة العقد بعد إبرامه (2) .

والحق العيني يجب ان يتوفر فيه عنصران وهما ، الشخص صاحب الحق فضلا عن الشيء محل الحق ، كذلك ان الحق العيني له يعطي للشخص سلطة مباشرة على شيء معين بالذات ؛ ومن ثم يخول صاحبه استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه كحق الانتفاع.

فضلا عن هذه السلطة هناك سلطة مباشرة أخرى يقرها الحق العيني على الشيء محل الحق والتي تكون تابعة لحق شخصي ومرتبطة به كالرهن (3) .

وبما ان التراخي يرد في العديد من الحقوق الشخصية والعينية الا اننا سوف نقتصر على خيار التأخير كونه احد الحقوق التي اقرها الفقهاء والمشرع العراقي لكن بطريق الدلالة .

حيث ان خيار التأخير هو نوع من الخيارات التي اختص به بعض المذاهب (4) ، فهو حق يرد على عقد صحيح غير لازم بطبيعته وبموجبه يمنح صاحبه أما امضاء العقد أو فسخه ؛ ومن ثم يرفع اللزوم عن العقد، حيث جاء في مستند الشيعة في احكام الشريعة على انه (من باع شيء ولم يقبض الثمن ولا المبيع، فيلزم البيع لثلاثة أيام فان جاء المشتري بالثمن، والا فللبائع الخيار) (5) ، فاذا لم يفي احد المتعاقدين بالتزامه كان يكون امتنع عن دفع الثمن، فهنا اعطى الحق للبايع فسخ البيع بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ العقد، فهو تأخير اقباض الثمن والمثمن (6) ، بالرغم من كون هذا الخيار محدد بمهلة ثلاثة أيام الا انه لا يسقط بالمطالبة بعد

(1) ينظر: د-محمد طه البشير وغني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج1، ط3، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009، ص5

(2) ينظر: د-إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المصادر الارادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني ، ط1 ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995، ص219.

(3) ينظر: د-فؤاد عبد الباقي ، نظرية الحق ، بلا طبعة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر، ص19.

(4) وهم فقهاء الامامية والبعض من فقهاء الحنابلة منهم ابن تيمية، للمزيد ينظر: سيد علي محمد علي الطباطبائي الحائري ، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع ، ج2، ط1، مطبعة سيد الشهداء عليه السلام ، قم ، 1409 هـ ق ، ص43، وينظر ايضا د-عبد الستار أبو غدة، مصدر سابق ، ص752-753.

(5) ينظر: هاشم معروف الحسيني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بلا مكان طبع ، 1416 هـ-

1996م، ص411، وينظر ايضا: الحائري ، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع ، ج2، مصدر سابق ، ص43.

(6) ينظر: احمد بن محمد مهدي التراقي، مستند الشيعة في احكام الشريعة ، ج12، مؤسسة ال البيت لاهياء التراث ، بلا سنة طبع ، ص238، وينظر السيد احمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، ج3، مصدر سابق ، ص163.

مضي ثلاثة أيام أي ان هناك حق لكنه من نوع خاص اعطي في خيار التأخير للمطالبة بالثمن والسبب قد يكون لدفع ضرر عن المتعاقد بإعطاء هذا الحق أو قولهم ان اللزوم واحد ومستمر، فاذا ارتفع فالعودة تحتاج إلى دليل، وبما ان دليل اللزوم غير موجود فيستصحب عدم اللزوم هنا⁽¹⁾.

وهذا يفسران هناك حق اخر لهذا الخيار ليس بحق شخصي بل بالإمكان القول حق من نوع خاص غرضه التروي وامهال المشتري مهلة إضافية للتدبير في أمور العقد .

اما موقف المشرع العراقي فبالرغم من كونه جاء خاليا من تناول هذا الخيار بصورة صريحة الا اننا لمسناه بانه قد اعترف بخيار التأخير بطريق الدلالة وذلك عندما بين في المادة (581) من القانون المدني العراقي على انه " إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه أو اخل بالالتزامات الأخرى التي نشأت عند عقد البيع فالبائع بالخيار، أما ان يلزم المشتري بالتنفيذ واما ان يطلب فسخ البيع " (2)، أما في التشريعات المقارنة فلم نجد أي إشارة إلى ذكر هذا الخيار سواء كان بصورة صريحة أو ضمنية.

أن منح المتعاقد مهلة إضافية للتروي والتدبير في امر العقد ، والذي يكون قد ابرمه درءاً للأخطار التي قد تلحقه أو نتيجة لتسرعه في التعاقد ، بالأخص ما تميزت به المعاملات في الآونة الأخيرة من جذب واغراء وكذلك انتشار الأوبئة دفعت الكثير من المتعاقدين إلى إيجاد وسيلة تضمن لهم حقوقهم ومنحهم حق التروي والتفكير في العقد لتحقيق التوازن العقدي؛ ومن ثم تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين ، ويرى الباحث بان التراخي هو حق لكنه ليس بالحق الشخصي أو العيني ؛ وذلك لان المشرع لم ينص عليه أو يتناوله كونه حق ذات طبيعة خاصة غرضه التروي في العقد ويكون قاصراً على احد المتعاقدين دون كلاهما وليس مؤبداً بل انه محدد بمهلة معروفة وقد تكون غير معروفة الا انها معلومة لكلاهما .

ثانياً- التراخي مكنة قانونية

وهناك رأي يذهب إلى ان التراخي يخول صاحبه مرتبة ادنى من الحق وهو ما يسمى (بالمكنة القانونية)⁽³⁾ ، والمقصود بالمكنة القانونية بانها (قدرة الشخص التعبير عن ارادته

(1) ينظر: محمد حسن باقر، جواهر الكلام في ثوبه الجديد، ج12، ط1، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي، 1431هـ-2010م، ص05.

(2) ينظر: نص المادة (581) من القانون المدني العراقي النافذ.

(3) ينظر: د-محمد مرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008، ص87.

المنفردة دون الحاجة إلى تدخل الغير قاصدا احداث اثار قانونية بصورة مباشرة أو غير مباشرة تتمثل في انشاء أو تعديل أو محو مراكز قانونية دون الزام المقابل باي اداء (1)، وعرفت كذلك بانها (ميزة ينطوي عليها الحق لكنها ليس الحق ذاته) (2)، وهناك من ذهب إلى تعريفها بانها (قدرة الشخص على استحداث تعبير عن الإرادة، اثارا قانونية أماله مصلحة فيه أو إزالة وضع قانوني ضار به) (3).

ويرى الباحث بان جميع التعاريف التي قيلت بحق المكنة القانونية متشابهة في المعنى والمضمون فهي التعبير عن الإرادة الذي يؤدي إلى احداث اثار قانونية بالمراكز، الا ان الباحث يرى بان التعريف الذي بين بان المكنة هي " ميزة ينطوي عليها الحق لكنها ليس الحق ذاته" فهي ليس بحق بل هي ميزة حديثة نسبيا على الفكر القانوني، هو الأقرب لتفسير معنى المكنة.

فكرة المكنة القانونية هي فكرة حديثة يكتنفها بعض الغموض والابهام ، لكنها تستعمل كمرادف للحرية ، وقد تستخدم كمرادف للحق أيضا بمعناه الدقيق وان كانت تختلف عن الحق في بعض الوجوه ، لذلك قيل بانها حق من نوع خاص ، كذلك وقوعها في مرتبة وسطى بين الحق والحرية العامة (4).

والمرتبة الوسطى التي تتميز بها المكنة القانونية تقع بين الحق والحرية أي التي يتدرج ضمنها التراخي، أي قدرة صاحبه على ان يحدث اثر قانوني بتجرد ارادته المنفردة، دون ان تقف على إرادة شخص اخر، تطبيقا لدور الإرادة في التصرفات القانونية والقدرة على انشاء هذه التصرفات وتعديلها وهدمها ومنحه مهلة من التروي وهذا ما يتميز به التراخي.

فالمكنة القانونية تقتصر على تخويل صاحبها الخيار بين عدة خيارات أخرى تكون محددة سلفا ومن مميزاتها ؛ كونها قاصرة على صاحبها أي لا يشاركه احد فيها وقد تكون مكنة قانونية منشئة والتي يترتب على استعمالها بعد تحقق شروطها اثار قانونية تتمثل في انشاء

(1)ينظر: د-نارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني ،دار شتات ،مصر ،2010،ص103-104 .

(2)ينظر: د-نارام محمد صالح سعيد ، المصدر السابق، ص101.

(3)ينظر: د-عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص119.

(4)ينظر: د-عبد العزيز المرسي حمود ، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع والتي تتم عن بعد ،جامعة المنوفية، 2005، ص78.

حقوق أو مراكز قانونية جديدة منها مكنة التمسك بالشفعة وهناك مكن قانونية معدلة ، والتي ينشأ عن استعمالها تعديل مراكز قانونية كانت موجودة من قبل .

وهناك مكن قانونية قاضية ، والتي يترتب على استعمالها القضاء على المراكز القانونية كانت موجودة وقائمة من قبل، ومن الامثلة على هذا النوع هو سقوط الدين في ذمة المدين وذلك بإبراء الدائن له (1) . وهذا يعني ان المكنة القانونية قد تتشابه مع فكرة الحق الارادي ، حيث ان كليهما يهدفان إلى تعديل المراكز القانونية للغير.

والمكن القانونية التي أوردها المشرع العراقي عديدة ، وردت في نصوص متناثرة من القانون المدني العراقي(2) ، والتي نجد للتراخي دور واثر كبير منها ، استعمال خيار الاجازة أو النقص في العقد الموقوف ، فخيار الاجازة ليس بحرية أو حق شخصي أو عيني انما هو في مرتبة اعلى من الحرية لكن مع هذا لا يصل إلى مرتبة التسلط والاقتضاء كما في الحق الشخصي والعيني، لكنه يمنح صاحب الخيار أما العمل أو عدم العمل ، وفي كلتا الحالتين يترتب اثار قانونية تكون بمحض إرادة صاحبه من دون ان يتمكن المقابل أيا كان من التدخل في اعمال هذه الإرادة، بل ان للمقابل هذا مركز يخضع ويمثل لهذه الاثار، لذلك يعد خيار الاجازة أو النقص مكنة قانونية بمعنى الكلمة مقررة قانونا يتم استعمال هذه المكنة من خلال إرادة من تقرر لمصلحته فحتى وان تراخي صاحب الاجازة عن الرد ، وعلى الرغم من ذلك لا يمكن تفسير التراخي بانه مكنة بالمعنى الصحيح على الرغم من اقترابه من المكنة .

الا أن الباحث يرى في كل الآراء التي ذكرت حول طبيعة التراخي بالرغم من اقترابها منه الا انها بعيدة عنه فلا يمكن عد التراخي بانه مكنة قانونية ، فالمكنة القانونية تنصب على اختيار احد الخيارات وتؤدي إلى تعديل في المراكز القانونية للمتعاقدين لكنها لا تمنح الافراد التروي في الاختيار كما يفعل التراخي والنتيجة بان التراخي هو حق من نوع خاص غرضه التروي والتفكير والتدبر في أمور العقد وهذا الحق مكيف وفق مهلة خاصة ومعلومة وقد تكون غير معلومة هدفه الأساسي هو تحقيق التوازن العقدي و المساواة في ضل التطورات التي حدثت في الآونة الأخيرة فلكي يبرم المتعاقد العقد يجب ان يكون في تروي وتفكير ومن دون تسرع أو ضغط من طرف اخر لكي يكون في مأمن من ذلك .

(1) ينظر: د-نارام محمد صالح سعيد ، مصدر سابق ،ص110-111-112.

(2) ينظر نص المادة (2/1/194) من القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني

ذاتية التراخي

قد يرتبط التراخي بالتأخير رابطة الموافقة إذا يصدق على التأخير أحيانا ان يكون تراخي ، وهذا يكون من خلال ان التأخير قد يرتبط مع التراخي في فعل العبادة إلى اخر وقتها لكن الخلاف يكون من حيث إيقاع العبادة خارج الوقت فاذا اخر الفعل عن اول وقته ولم يتجاوز به اخر الوقت فقد تراخي ، وقد يفسر سكوت المتعاقد في بعض الحالات بانه تراخي ، بالرغم ان الفقه الفرنسي أجاز في ما يسمى بمهلة التروي وهي المهلة التي تمنح للمتعاقد لأجل التدبر والتفكير في العقد لان التسرع في الأمور قد يؤدي إلى نتائج وخيمة في بعض الأحيان، وقد يفسر التراخي بانه اجل يمنح للمتعاقد التراخي لغرض تحقيق التوازن في العلاقات العقدية التي تنشأ بين الافراد ولأجل فسح المجال امام المدين للوفاء بالتزاماته ، وهذا قد يكون بإرادة المتعاقد ويسمى (بالتراخي الارادي)، وقد تطرا ظروف طارئة يتطلب في هذه الحالة التراخي في ابرام العقد ويسمى هنا (التراخي اللارادي).

وبناء عليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تمييز التراخي عما يشته به من مفاهيم قانونية ، وفي المطلب الثاني سوف نبين اقسام التراخي وكالاتي :

المطلب الأول

تمييز التراخي عما يشته به من مفاهيم قانونية

للقوف على خصوصية التراخي وجب تمييزه عما يشته به من مفاهيم قانونية والتي تشترك معه من حيث الأثر المترتب عليه حيث ان اللجوء إلى التراخي يؤدي اعماله أما (زوال العقد) أو (إتمام العقد) حيث ان المتمعن للتراخي يجد انه قد يختلط اختلاطا كبيرا بالتأخير ، وهناك من يفسر سكوت المتعاقد على انه تراخي، وعندما يمنح المتعاقد مهلة لغرض التروي يفسر على انها كالمهلة القضائية .

ولأجل ذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، حيث سنبيين في الفرع الأول تمييز التراخي عن التأخير، وفي الثاني نخصه لتمييز التراخي عن السكوت ، وفي الثالث سيكون لتمييز التراخي عن نظرة الميسرة وكالاتي .

الفرع الأول

تمييز التراخي عن التأخير

لتمييز التراخي عن التأخير يجب أولاً بيان تعريفهما ومن ثم التطرق إلى أوجه الشبه والاختلاف بين التراخي والتأخير وكالاتي :

أولاً-تعريف التأخير

1- في اللغة: عرف بانه ضد التقديم ، ومؤخر الشيء، خلاف مقدمه ، والمستأخر نقيض المستقدم ، وهو مشتق من الجذر الثلاثي (اخر) ⁽¹⁾ ، وجاء في قوله تعالى ﴿لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ﴾ ⁽²⁾ ، أي "لا يتأخرون بالبقاء في الدنيا ولا يتمتعون بالحياة فيها عن وقت هلاكهم وحين حلول اجل فنائهم" ⁽³⁾ .

2-اما اصطلاحاً: فقد أولى فقهاء المسلمين موضوع التأخير أهمية كبيرة ، سواء على صعيد المعاملات أو العبادات ⁽⁴⁾ ، حيث استعملوا التأخير بمعناه اللغوي ، وذلك ظاهر في اطلاقهم له ، ولجلاء المراد به ، وعدم مغايرتهم للمعنى اللغوي فقد ضرب الفقهاء عن تعريفه ، فلم نجد من الفقهاء من عرفه ⁽⁵⁾ والباحث بدوره يؤيد ذلك كوننا لم نجد من عرف التأخير من قبل الفقهاء، باستثناء تعريف واحد ذكر في (التأخير واحكامه في الفقه الإسلامي) فقد عرفه بانه "يطلق ويراد به تأخير فعل الشي عن اول وقته سواء فعل في حيز الوقت ام خارجه وهو في كل تعرض له الاحكام الخمسة" ⁽⁶⁾ .

(1) ينظر: مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، (باب اخر) ،ج3، ص8، وينظر أيضاً: جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ،مجلد رابع ،ط1، دار المعارف ،القاهرة،1302هـ (،باب الراء) ، ص12.

(2)سورة الاعراف، جزء من اية (34)

(3)ينظر: الطبري، مصدر سابق، ص34.

(4) في الموسوعة الفقهية ورد مصطلح "تأخر" وهو "فعل الشي في اخر وقته المحدد له شرعا ، كتأخير الزكاة ، والدين ويظهر بانه غير جامع لأنه اخرج تأخير الفعل عن اول الوقت إلى ما قبل اخره فيسمى تأخيرا في اللسان الفقهي ، للمزيد ينظر، الموسوعة الفقهية الكويتية ، مصدر سابق ،ج10،ص6

(5) بالرغم من ان فقهاء الامامية لم يعالجوا التأخير الا انهم عالجوا خيار التأخير ضمن كتاباتهم وافردوا له بابا مستقلا ضمن الخيارات ،وكذلك الحنابلة دون غيرهم من المذاهب الأخرى فقد عرفه بانه (خيار حكمي، لا يحتاج إلى شرط، وهو تأخير اقباض الثمن، واجراه بعضهم في تأخير المثمن (المبيع)،وهناك من عرفه (حق البائع في الفسخ ، بعد تأخر المشتري في إعطاء الثمن في المدة المحددة شرعا) فتمام موضوع في خيار التأخير هو ، تأخير الثمن ،ولا اعتبار بقبض المبيع وعدمه للمزيد ينظر ، عبد الستار أبو غدة ،مصدر سابق ، ص751، وينظر ايضا، محمد كاظم المصطفوي ، فقه المعاملات ، بحوث استدلالية حول المعاملات المالية ، المجمع العالمي لأهل البيت ، ص73،و ينظر كذلك، السيد تقي الطبطبائي القمي ، عمدة المطالب في التعليق على المكاسب ،ج3، ط1، مطبعة سيد الشهداء،(عليه السلام) ، 1415هـ ، ص442.

(6)ينظر: د-محمد عبد الكريم عيسى ، مصدر سابق ،ص34.

اما على صعيد الفقه القانوني، فنجد ان غالبية فقهاء وشراح القانون في الدول لم يعطوا لتعريف التأخير أهمية تذكر، انما يرد التأخير في مؤلفاتهم اثناء بحثهم عند عدم التنفيذ وبذكر تطبيقات له، لكن هذا لا يعني خلوهم من تعريف يذكر له وجدناها.

فهناك من ذهب إلى تعريف التأخير بانه " الاتيان بالفعل الملتزم به بعد الوقت الذي يجب اتيانه فيه "(1)، ويذهب هذا الراي إلى كون ان التأخير يتعلق بالوقت وليس بكيفية التنفيذ أو كميته، فضلا عن ذلك إلى انه حلل التأخير إلى عنصرين ، الأول سلبي والذي يتمثل بعدم تنفيذ الالتزام إلى حين حلول الاجل ، أما الإيجابي فانه يتمثل بالتنفيذ ولكن بعد فوات الوقت الذي يجب ان ينفذ فيه ؛ ومن ثم لا يمكن عد الاخلال بالتنفيذ على انه تأخير إذا توفر هذان العنصران(2) ، والباحث بدوره يرى بان التأخير يتعلق بوقت الالتزام وليس بكيفيته أو كميته وهذا ما يميز التأخير عن صور الخطأ العقدي الاخر، فالتأخير وتنفيذ للالتزام بأكمله ولكن بعد انقضاء الميعاد المحدد له ، فقد يبدأ بامتناع وينتهي هذا الامتناع بتنفيذه لكن بعد تجاوز الوقت المخصص له .

وهناك من ذهب إلى تعريف التأخير بانه "حلول اجل الالتزام دون وفاء المدين بالتزامه فاذا لم يحن موعده بعد فلا يكون هنالك تأخير "(3).

مما يؤخذ على هذا التعريف انه جعل من التأخير كونه عدم الوفاء عند حلول الاجل ، لكن التأخير ليس بعدم الوفاء ، بل انه وفاء كامل لكن بعد حلول الاجل، فعدم الوفاء هو عدم تنفيذ الالتزام وليس تأخيرا وهذه صورة من صور الخطأ العقدي ، هذا في الشق الأول من التعريف أما في شقه الثاني ، والذي كان محل نظر إذا اعتبر إلى انه لا تأخير قبل حلول الاجل ، وهذا الامر يرد عليه اذ قد تتوفر ظروف وعوامل تتنبأ باستحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه في موعده ، فلأمر لا يقتصر على انتظار حلول الاجل حتى يمكن القول بان المدين قد تأخر في تنفيذ التزامه بل بالإمكان تصور التأخير قبل حلول الاجل إذا وجدت عوامل تؤكد حدوثه ويعد هذا اخلال مسبق بأخذ صورة تأخير، أيضا هناك من ذهب إلى تعريفه لكن في اطار عقد

(1)ينظر: د-باسم علوان العقابي، خيار التأخير، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل ، العدد الخامس، 2014، ص280،

(3)ينظر: د-ماهر محسن عبود الخيكاني، التنظيم القانوني لخيار التأخير (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون -جامعة كربلاء، 2017، ص19.

(4)ينظر: د-محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ط1، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية-مصر، 2008، ص484.

النقل ، حيث عرف بانه " تجاوز الميعاد "⁽¹⁾ ، لكن هذا الاتجاه اشترط بان تكون هناك مدة محددة للتنفيذ فاذا تجاوز المدة اعتبر متأخرا ، ومما يؤخذ على هذا التعريف ان التأخير لا يتوقف على وجود ميعاد معين ، فهناك عدة معايير يمكن الاستناد اليها لمعرفة اجل الالتزام منها معيار المعقولية وغيرها. ولذلك تعرض هذا التعريف إلى العديد من الانتقادات.

وذهب البعض إلى القول بان التأخير هو "تجاوز الميعاد المحدد في حالة وجود اتفاق على هذا التحديد ، والتجاوز الغير عادي للميعاد المعقول في حالة عدم التحديد المسبق لميعاد النقل"⁽²⁾، وأيضا ان هذا التعريف لا يصلح للتأخير لان المقصود بتجاوز الميعاد هل ان التنفيذ بعد المجاوزة قد تم ام لا، كذلك اقتصره على معيار وقت تنفيذ الالتزام ، وهما معيار الاتفاق ومعيار المعقولية ، بالرغم من وجود معايير أخرى يمكن الاستناد اليها لمعرفة هذا الوقت ، وهناك من ذهب إلى تعريفه بانه "تنفيذ المدين لالتزامه العقدي بعد انتهاء الوقت المحدد لتنفيذه بموجب اتفاق أو نص في القانون أو قضاء أو عرف ، أو هو الوقت الذي يقضي به العقل ، أو كونه الوقت الذي يؤدي تجاوزه إلى ضرر يصيب الدائن "⁽³⁾ ، ومما لاحظناه على هذا التعريف بانه اعتبر التأخير تنفيذ للالتزام وليس الامتناع عن التنفيذ ، لكن هذا التنفيذ قد خالف الملتزم فيه عنصر الوقت لان الاخلال يتعلق بوقت تنفيذ الالتزام ، كذلك ان التأخير هو تنفيذ الالتزام بصورة كلية وليس جزئية أو معيبة .

فقد ينفذ المدين التزامه بشكل كامل في الغالب وغير منقوص ، لكنه يخالف شرط الوقت،وقد يكون شروط العقد الأخرى ، وهذه الشروط تتعلق بكيفية الالتزام وكميته ، وهذه تجتمع في صورة من صور الخطأ العقدي ، فيمكن للتأخير ان يجتمع مع التنفيذ الجزئي والتنفيذ المعيب لكنه من غير الممكن ان يجتمع مع عدم التنفيذ ؛ بالإضافة إلى كونه يستند على العديد من المعايير منها ، الأساسية وهي (المعايير الاتفاقيه والمعايير القانونية) ، وهناك معايير أخرى يمكن اللجوء اليها في حالة تخلف المعايير الأساسية وهي (القضاء والعرف ومعيار المعقولية أو معيار مقترح) ، والباحث بدوره يرجح هذا التعريف كونه واضح معنى التعريف بصورة منطقية وواضحة فضلا عن كونه جامعاً للمعايير كافة .

(1)ينظر: د-محمد فريد العريني، ود-محمد السيد الفقي ، القانون البحري والجوي ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان ، 2005، ص581.

(2)ينظر: محمد فريد ومحمد السيد الفقي، المصدر السابق، ص584.

(3)ينظر: بيداء عبد الجبار حسوني الخفاجي ، التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2023 ، ص11.

اما من الناحية التشريعية، فقد نصت التشريعات محل المقارنة على التأخير في مواضع متعددة ، اذ يعد التأخير الصورة الأكثر شيوعا من صور الخطأ العقدي كونه لا يقتصر على العقود التي تتمتع بطابع مدني فقط انما تأثيره أوسع في العقود التجارية ، والسبب لكون الوقت له أهمية كبيرة في العمل التجاري ، لذلك لم يحظى تعريفه بأهمية كبيرة على الصعيد التشريعي وقد يعود السبب لرغبة المشرع في معاملة التأخير معاملة المصطلحات القانونية الأخرى لذلك ترك تعريفها للجانب الفقهي ، فضلا عن ذلك ان إعطاء تعريف لهذه المصطلحات يؤدي إلى حصر مدلوله في نطلق ضيق ، لكن هناك استثناء ورد في المادة (36/أولا) من قانون النقل العراقي⁽¹⁾ ، والتي نصت على انه " يعتبر تأخيرا في تسليم الشيء إذا لم يتم في الموعد المحدد وعند عدم تحديد موعد فمن تاريخ انقضاء الوقت الذي تستغرقه عملية النقل التي يقوم بها الناقل الحريص في الظروف ذاتها".

ويستدل من هذا التعريف بان التأخير هو عدم تسليم الناقل للشيء محل النقل في الموعد المتفق عليه وفي حالة عدم تحديد موعد فيحسب من تاريخ انتهاء المدة التي يستغرقها الناقل الحريص، فالتأخير من وجهة نظر المشرع هو عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين في الموعد المتفق عليه ، أو بانتهاء الموعد الذي يستطيع الشخص الحريص تنفيذ التزامه فيه ، كذلك نلاحظ بان المشرع عند وصفه للتأخير استخدم عبارة (اذا لم يتم) أي في حالة عدم تسليم الشيء ، فالمشرع خلط هنا بين عدم التنفيذ والتأخير وشتان ما بين الاثنين فعدم التنفيذ صورة مستقلة عن التأخير، لكن أحيانا قد يحدث تداخل بينهما وهذا يكون بشكل واضح في عقود المدة سواء كانت دورية التنفيذ أو مستمرة التنفيذ⁽²⁾ ، فكان الاجدر بالمشرع ان يصيغ النصوص القانونية بصورة اكثر دقة لكي لا يكون النص محل تأويل أو ان يحمل اكثر من معنى ، فضلا عن ذلك كون ان الخلط لم يقتصر على جانب المشرع العراقي فقط ، بل وجدنا ان القضاء أيضا قد خلط بين المصطلحين في بعض الاحكام القضائية والصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية حيث جاء " يفسخ العقد ويلزم المدعى عليه بدفع الغرامات التأخيرية مادام انه استلم مبلغ العقد ولم ينفذ التزامه بتسليم المواد المتعاقد عليها"⁽³⁾ ، فقد اعتبر عدم

(1) ينظر: قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 المعدل النافذ .

(2) ينظر: د-عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1950، ص180-182.

(3) ينظر: قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية ، نوع الحكم مدني ، رقمه 429/فسخ العقد /2008/بتاريخ 2008/5/6، منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq>، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 11:11 p.m. .

قيام المدين بتنفيذ التزامه نهائيا وليس متأخرا كصورة من صور الخطأ العقدي ، فالتعويض هنا عن عدم التنفيذ وليس عن التأخير في التنفيذ .

اما في القانون المصري، فبالإمكان استنتاج تعريف التأخير من خلال احدي القرارات القضائية لمحكمة النقض المصرية ، والتي استندت فيها إلى حكم المادة (18/ب) من قانون ايجار وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم 136 لسنة 1981، إذا بينت هذه المادة ان تكرار تأخير دفع الأجرة يوجب اخلاء الماجور، ويعتد بالتأخير في حالة دفع الأجرة بعد رفع الدعوى ، أما إذا تم الدفع قبل رفع الدعوى فلا يعد المستأجر في حالة تأخر يوجب اخلاء للماجور) .

فرى بان المشرع قد حدد الوقت الذي يكون فيه المدين متأخرا ، وهنا اعتبر ان دفع الأجرة بعد رفع الدعوى هو تنفيذ للالتزام بعد الموعد الذي ينص عليه القانون ، محكمة النقض المصرية قضت بان " الحكم بالإخلاء في دعوى الاخلاء لتكرار الامتناع أو التأخير في الوفاء بالأجرة (مناطه) ثبوت الامتناع أو التأخير إلى ما بعد رفع الدعوى دون مبرر مقبول (م18/ب ق 136 لسنة 1981) فالوفاء بالأجرة المستحقة الحاصل قبل رفع الدعوى مبرى لزمة المستأجر من دين الأجرة لانتفاء التأخير كشرط لتوافر حالة التكرار اثر ذلك "(1) .

اما المشرع اليميني، فقد ذهب بنفس المعنى الذي ذهب به المشرع المصري وذلك عندما بين أنه الوفاء بالأجرة المتأخرة هي قرينة على الوفاء بالأقساط للمدد السابقة (2) .

اما المشرع الفرنسي، فقد استخدم مصطلح (Retard) والذي يدل على التأخير في تنفيذ الالتزام، فالمشرع الفرنسي لم يورد تعريف للتأخير انما بالإمكان استنتاج معناه من خلال القرارات الصادرة من المحاكم الفرنسية ، حيث جاء في احد القرارات القضائية لمحكمة

(1) قرار محكمة النقض المصري رقم 1870 لسنة 74 قضائية بتاريخ 2017/1/19، كما نصت المادة (18/ب) من القانون المصري رقم 136 لسنة 1981 على انه " اذا لم يقيم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر، ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة في الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير سداد الأجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والالتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط ان يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر فاذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره في الوفاء بالأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد بحسب الأحوال " .

(2) نصت المادة (722) من القانون المدني اليميني على انه " الوفاء بقسط الأجرة لمدة متأخرة قرينة على الوفاء بالأقساط للمدد السابقة عليها مالم يقيم دليل على عكس ذلك .

استئناف باريس إلى ان " حتى لو كان المدين قد نفذ التزامه الا ان الفائدة المتوقعة من العقد لم يتم الوصول اليها بسبب التأخير في الأداء" (1)، فالتأخير وفقا للقانون الفرنسي هو ان ينفذ المدين التزامه التعاقدى بعد انقضاء فترة التسليم ، فالتنفيذ المتأخر يمنع الدائن من الوفاء بالتزاماته (2) .

ثانيا -أوجه الشبه بين التراخي والتأخير: قد يتعدد أوجه الشبه بين التراخي والتأخير من نواح كثيرة منها :

1-من حيث معالجات العقد : ان المعالجات التي استخدمها المشرع لمعالجة حالة التأخير والتراخي تتشابه فيما بينها كالحكم بالفسخ أو التعويض كجزاء للتأخير أو التراخي ، كما ان كل منهما قد يرد على التزام يكون محله القيام بعمل كالتزام المستعير برد الوديعة أو الشيء المستعار ، وكذلك التزام رد المبيع إذا وجد عيبا فيه ، لكن قد يمتنع أحيانا عن الرد كان يتأخر أو يتراخي في رد الشيء محل العقد ، فالزمن له أهمية في العقود التي لا يقتصر على التزامات المدين ، لان هذه الالتزامات يقابلها حقوق الطرف الاخر في العقد ، ويتجاوز المدد القانونية يؤدي إلى سقوط حق الدائن في المطالبة بحقه ؛ ومن ثم تبرء ذمة المدين من التزاماته ، فاذا تأخر الدائن في المطالبة بحقه يجعله خارج نطاق الحماية القانونية ، والسبب لتراخيه عن المطالبة بتلك الحقوق في المهلة المحددة من الزمن، أيضا ان التأخر قد لا يعود إلى المدين وحده بل قد يرجع أيضا إلى الدائن، ويعرف هذا النظام بالتقادم والذي اخذت فيه جميع التشريعات، بالرغم من اصطدامه مع العدالة لان قد يخلص المدين من التزامه بطرق أخرى غير الوفاء الا ان غاية المشرع والتي يرمي إلى تحقيقها هو الاستقرار الاجتماعي والعقدي والتي جعلت التشريعات محل المقارنة تقره في قوانينها المدنية (3) .

(1)Dictionnaire français-arabe, bureau des 2e,tudes et recherches, 2eme, dar al-kotob al-ilmiah, lebanon, 2004, p689

(2)La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 16 juin 1952 "avait précisé que même sile débiteur ait exécuté son obligation, l'intérêt attendu par le contrat n'a pas été atteint, du fait du retard dans cette execution" , "les juges du fond ont pris soin de relever que le délai de livraison était « fatal » et que l'exécution tardive empêché l'acquéreur d'exécuter ses propres obligations vis-à-vis d'un tiers, ce qui a eu pour effet de supprimer l'intérêt de l'acquéreur au maintien du contrat" Hariz Saidani. La rupture du contrat. Droit. Université de Toulon, 2016, p41-42.

(3)ينظر: د-عبد المنعم البدر اوي، اثر مضي المدة في الالتزام ، مطبعة جامعة فواد الأول ، مصر، 1950، ص3

فالتقادم لا يمنع ان يكون علاجاً لتأخر المدين في تنفيذ التزامه أو تراخيه في ذلك ، وهذا ما لمسناه من خلال احدى القرارات القضائية والتي تتلخص (بأبرام عقد مقاوله لإنشاء شبكة للراي والبزل ، اذ تضمن العقد شرطاً للدفع على ان يتم تسديد 60% من مبلغ المقاوله بالدولار الامريكى في تاريخ الاستحقاق وهو 1983/1/1، الا ان رب العمل قد تأخر في سداد المبلغ الذي قام بتسديده على دفعات من عام 1999 لغاية عام 2001، الامر الذي دفع بالمقاول إلى المطالبة بالتعويض عن فوات المنفعة عن المبالغ المستحقة للمدة من تاريخ استحقاق مبلغ المقاوله إلى تاريخ سداده (1) .

2:- من حيث الأثر: ان التأخير في تنفيذ الالتزام يكون سببه المدين في تنفيذ التزامه ، كما ان الالتزام الذي يتم التأخير فيه أو التراخي في تنفيذه قد يكون التزام أساسى أو ثانوي (2) .

فالمدين قد يتأخر في تنفيذ الالتزام بصور متنوعة ، كمن يكون المبيع من الأشياء المعينة بالبيع ، فالمبيع لا ينتقل في هذا البيوع بمجرد ابرام العقد ، بل يكون انتقالها من الوقت الذي يتم فيه التعيين ، فقد يتأخر البائع في نقل الملكية ؛ ومن ثم يودي إلى تحقيق المسؤولية العقدية (3) ، كذلك التزام المشتري بدفع الثمن ، فالتأخر في تنفيذ هذه الالتزامات وغيرها من الالتزامات يجعل المتعاقد المكلف مسؤول عنها إذا كان التأخير أو التراخي بإرادته ولم يكن هناك سبب يعفيه من المسؤولية ، كما ان الالتزام بضمان سلامة المبيع من العيوب من اهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ، ومن هذه الأمثلة ما يتعلق بالالتزام المجهز بالأعلام وتحذير المستهلك في كيفية استعمال السلعة فيتصل الالتزام بالأعلام مع الالتزام بضمان السلامة فتأخر المجهز بأعلام المستهلك عن الطرق والكيفية التي يبين فيها كيفية استعمال السلعة أو تأخره في تحذيره من الاضرار التي قد تترتب نتيجة الاستعمال الخاطى ، والتي يعرض سلامة المستهلك للخطر، لذلك نصت جميع القوانين المقارنة على الالتزام بالأعلام ووجوب ان يتم الاعلام والتحذير في العقد المبرم بين الأطراف قبل عملية البيع أو الشراء (4) .

(1) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 1165 الهيئة الاستئنافية /منقول/ 2009، تاريخ القرار 2010/2/3، مشار اليه في فلاح كريم وناس ال جحيش ، الموسوعة القضائية المدنية ، ج2، دار السنهوري ، بيروت ، 2021، ص200-202

(2) د-حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص141-142 (3) ينظر: د-جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع الايجار المقاوله (دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية)، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص 76 ومابعدها.

(4) ورد هذا الالتزام في قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم 344 والصادر في سنة 2014 اذا نصت المادة (1/111) على ما يلي :

3- من حيث المعيار: ان الأصل في الالتزامات ترد إلى نوعين الأولى هي التزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية ، فيكون المدين ملتزم التزام بتحقيق نتيجة ، وذلك عندما يلتزم بتحقيق نتيجة معينة كالتزام المقاول بإكمال عملية البناء خلال مدة معينة ، أيضا التزام المستعير برد الشيء المستعار في وقت معين ، فهذه الالتزامات يكون هدفها تحقيق نتيجة معينة والتي تكون مقصودة لذاتها ، كذلك ان النشاط الذي يبذله المدين لتحقيق النتيجة ليس الا مجرد وسيلة وليس محل الالتزام وبإستطاعته التخلص من المسؤولية في حالة عدم تحقيق النتيجة ، بأثبات ان هناك سبب اجنبي قد حال دون تحقيقها⁽¹⁾، وهذا ما وجد في التراخي كونه حقاً مؤقتاً ، يمارس خلال فترة زمنية معينة الهدف منها التروي والتفكير ، فعندما يعطى مهلة للمشتري للتأكد من تجربة المبيع يكون الهدف من ذلك هو للتأكد من صلاحية المبيع للغرض الذي اعد له والذي يوالم حاجات المشتري ، أما إذا كان التزام المدين ببذل عناية ، فهنا محل الالتزام ليس لأجل تحقيق النتيجة ، وانما ببذل النشاط لتحقيق تلك النتيجة ؛ ومن ثم يكون المدين بحاجة إلى بذل مقدار من العناية التي يبذلها لمطابقة مقدار العناية المطلوبة منه وفي كلتا الحالتين يكون المدين مسؤول ولا يستطيع التخلص من مسؤوليته الا بأثبات السبب

« Art. L. 111-1. - Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique, de manière lisible et compréhensible, au consommateur les informations suivantes : « 1° Les principales caractéristiques du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; « 2° Le prix du bien ou du service conformément aux articles L. 113-3 et L. 113-3-1 « 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou exécuter le service ; « 4° Les informations relatives à son identité et ses activités, aux garanties, aux fonctionnalités du contenu numérique et le cas échéant à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en oeuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat, riel particulier"»

وكذلك ما تضمنته المادة (7/أولا) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 النص على الالتزام بالاعلام إذ جعلته من الواجبات التي تقع على كاهل المجهز، إذ نصت على انه "يلتزم المجهز والمعلن بما يأتي.. اولا: التأكد من تثبيت البيانات والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج وخاصة بدء وانتهاء الصالحية وبلد المنشأ قبل طرحها في السوق أو قبل اجراء عملية البيع أو الشراء أو الاعلان عنها". ولم يختلف المشرع المصري عن التشريعات المقارنة إذا نص على هذا الالتزام في المادة (4) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2218 إذ نصت على انه "يلتزم المورد بأعلام المستهلك بجميع البيانات الجوهرية عن المنتجات وعلى الاخص مصدر المنتج وثمانه وصفاته وخصائصه الأساسية، واي بيانات اخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون بحسب طبيعة المنتج." بخلاف المشرع اليمني الذي لم يقر هذا الحق في قانون الاستهلاك (1) ينظر: د-عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج1، دار احياء التراث العربي ، بيروت -لبنان ، بلا سنة نشر ، ص660-661.

الأجنبي ، الامر ذاته في التراخي وهو ان يبذل المشتري ما بوسعه للكشف عن المبيع والتأكد من خلوه من العيوب، وفي حالة تسبب المشتري بهلاك المبيع فان خياره يسقط في هذه الحالة ويكون له الحق في المطالبة بانقاص الثمن فقط إذا كان غير عالم بالمبيع، لكن المسؤولية تنتفي في حالة إذا كان الهلاك راجعا إلى قوة قاهرة أو افة سماوية أو غير ذلك (1) .

ثالثا-أوجه الاختلاف بين التراخي والتأخير: بالرغم من أوجه التشابه بين التراخي والتأخير، الا ان هذا لا يعني تطابق كل منهما بشكل كامل اذ ان هناك اختلافات جوهرية بينهما والتي يمكن بينها :

امن حيث المعنى لكل منهما : هناك الكثير من الفروقات بين المعنيين إذا ان هناك اختلاف لغوي من حيث معنى كل منهما فالتراخي في اللغة معناه التسهيل وهو ضد الإبطاء والتأخير (2) ، أما التأخير فمعناه جعل الشيء بعد موضعه (3) .

اما المعنى عند فقهاء القانون فالتراخي هو " مكنة قانونية تمنح للمستهلك خلال مدة محددة لدراسة امر التعاقد والتفكير فيه قبل ابرام العقد وبعد ابرامه، من دون ان يلتزم بالتعويض عند ممارستها (4) ، أما التأخير فهو المماطلة في تنفيذ الالتزام (5) ، فيتضح من المعنى ان التراخي ليس بتأخير، وانما هو التروي في الامر والتدبر والتفكير، أما التأخير فهو القيام بالعمل، ولكن خارج الوقت المحدد، فالتراخي قد يكون عنصر إيجابي أو سلبي، ويتمثل الإيجابي في بعض الخيارات والتي يستفهم دلالة انه قد يكون موقف إيجابي وذلك عندما يتراخي المشتري في البيع بشرط التجربة ويسكت عن الرد مع تمكنه من التجربة فيفسر سكوته على انه قبول للبيع (6) ، وقد يفسر سكوت المشتري في البيع بشرط المذاق على انه

(1) ينظر: د-محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص415

(2) ينظر: احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ،مصدر سابق ،ص105

(3) ينظر: مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية، المعجم الوسيط ، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص8.

(4) ينظر: أسامة شهاب الجعفري، حق المستهلك بالتروي والتفكير، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العدد2، السنة 2017، ص629.

(5) ينظر: د-محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، ط2، تونس، 1997، ص286

(6) ينظر: نص المادة (1/524) من القانون المدني العراقي، وبنفس المعنى جاءت نص المادة (421) من القانون المدني المصري، وكذلك بنفس المعنى جاءت المادة (482) من القانون المدني اليمني

رفضاً للبيع ، وذلك في حالة سكوته وتراخيه عن الرد (1) ، أما التأخير فبالرغم من كونه يتكون من عنصرين العنصر الايجابي والسلبى والذي يتمثل عدم التنفيذ وهذا يختلف عن العنصر السلبى في التراخي كونه في التراخي لا يمتنع عن التنفيذ انما يسكت عن الرد بعد فوات المهلة المحددة له ، أما العنصر الإيجابي للتراخي فقد يتشابه مع العنصر الإيجابي للتأخير في كون كل منهما يتأخر أو يتراخى عن تنفيذ الالتزام بعد فوات المهلة المحددة ، لكن المدين في حالة التأخير يعتبر مخطأ ويتحمل تبعاً لذلك المسؤولية العقدية بعكس التراخي (2) .

2- من حيث التنظيم التشريعي: فقد اهتمت التشريعات المقارنة اهتمام كبير بالتأخير لكونه احد صور الخطأ العقدي للمسؤولية العقدية لذلك جاء النص عليه في اكثر من النصوص المتناثرة منها ما نصت عليه المادة (168) من القانون المدني العراقي على انه " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عبئاً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لا يد له فيه وكذلك الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " (3) .

اما في ما يتعلق بالتراخي فانه بالرغم من ان المشرع اليمنى والمشرع الفرنسى قد نظما التراخي الا انهما اغفلا عن ذكره في حالة تخلف المتعاقد عن الالتزام به هل يستحق الطرف المتضرر المطالبة بالتعويض أما لا ، فالمشرع الفرنسى اكد على مجانية ممارسة هذا الحق لكونه ممارسة للحرية لكن بدون قيد، ويعود السبب لان المستهلك عندما يبرم العقد قد يكون له اكثر من سبب للرجوع عما تعهد به ، فقد يكون قد اساء تقدير امكانياته المادية أو كون البضاعة لا تستجيب لحاجته فتجعل من العملية مرهقة ؛ ومن ثم ابرامه للعقد قد يشكل اختلال اقتصادي له ، لذلك من الصعوبة ممارسة هذا الحق وجعله يخضع لرقابة قضائية من شأنها ان تحد من هذا الحق ، أو تتكرر على المستهلك أسباب رجوعه عن العقد وذلك بعد امهاله مهلة التروي ، لذلك تم منح هذا القيد لصالح المستهلك بصورة مطلقة ودون ترتيب تعويض، وأيضاً جعله بإرادة المستهلك المنفردة لكونه ثمرة تفكير شخصي ومسير لمسار نفسى (4) .

(1) ينظر: د-احمد عبد العال أبو قرين، مصدر سابق ، ص69.

(2) ينظر: د-باسم العقابى، مصدر سابق، ص281-282.

(3) ينظر: بنفس المعنى جاءت المادة(215) من القانون المدني المصري ،وكذلك المادة (1/1231) من القانون المدني الفرنسى، وكذلك المادة (347) من القانون المدني اليمنى ، تقابلها المادة (252) من قانون الموجبات اللبناي .

(4) «La rétractation se présente en principe comme un phénomène individuel, fruit d'une réflexion personnelle, elle est alors l'aboutissement d'un processus psychotique »

3-من حيث الاعذار: يعد الاعذار وجه اخر من أوجه التمييز بين التأخير والتراخي ، فمن المعروف ان الاخلال في التأخير ليس اخلال نهائي ، فقد يسكت الدائن في بعض الأحيان عن تأخر مدينه والذي يفسر سكوته بانه تسامح ، فيجب على الدائن اعذار المدين برغبته بعدم التسامح وانه قد تعرض للضرر نتيجة التأخير (1) ، بل ان هناك صورة أخرى يرتبط فيها التعويض عن التأخير والاعذار فلا يتم احتساب التعويض الا من تاريخ الاعذار وهذا ما نصت عليه المادة (256) من القانون المدني العراقي على انه "لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك" ، بالرغم من ان الراي الفقهي في العراق يذهب إلى عدم الحاجة إلى اعذار المدين للمطالبة بالتعويض(2) ، فالأعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير بصورة عامة بل ان المشرع المصري اعتبره احد شروط التعويض والذي ينسحب على موضوع التأخير، وهذا ما نصت عليه المادة (218) من القانون المدني المصري على انه "لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص على غير ذلك" (3) .

وذهب المشرع اليميني إلى جعل التعويض في حالتين، الأولى في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه ونتيجة لتأخر الحق ضررا بصاحب الحق ، والثانية عندما اعتبر ان التعويض نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق (4) .

اما المشرع الفرنسي فقد ذهب قبل تعديل القانون المدني الفرنسي في عام 2016، إلى اشتراط الاعذار لاستحقاق التعويض من غير قصر هذا الشرط على صورة معينة وهذا ما جاءت به المادة (1146) والتي نصت على انه "تكون التعويضات مستحقة فقط في حالة تلقي المدين اشعار للوفاء بالتزامه" (5) ، ولكن بعد التعديل تغير موقف المشرع الفرنسي حيث وضحت المادة (1231) على انه " ما لم يكن عدم التنفيذ نهائيا لا يكون التعويض مستحقا الا اذا تم

(1) ينظر: حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس-فلسطين ، 2011، ص81.

(2) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم واخرون، نظرية الالتزام الاحكام، ج2، مصدر سابق، ص49.

(3) تقابلها المادة (361) من القانون المدني الأردني والتي جاءت بنفس المعنى لكن بدون الشروط

(4) ينظر: نص المادة (315) من القانون المدني اليميني

(5) Art. 1148 "There is no occasion for any damages where a debtor was prevented from transferring or from doing that to which he was bound, or did what was forbidden to him, by reason of force majeure or of a fortuitous event"

اعذار المدين مسبقا بالتنفيذ خلال مدة معقولة " (1) ، وهذه دلالة على ان المشرع قد عدل عن موقفه ولم يشترط الاعذار للمطالبة بالتعويض ، فضلا عن ذلك فان للأعذار خصوصية فيما يخص الفائدة القانونية فألى جانب كونه شرطا لاستحقاقها يعتبر أيضا احدى محددات قيمتها ، لأنها تحسب على أساس نسبة معينة من اصل الدين عن مدة زمنية معينة وبداية هذه المدة التي تحسب الفائدة يكون أما الاعذار أو المطالبة ، أما التراخي فكما قلنا بانه حق غير مقيد فلا يكون ملزما وانما اللجوء اليه بإرادة الأطراف دون قيود ؛ ومن ثم ان عدم اللجوء اليه لا يجعل من الطرف الاخر مطالبته باي تعويض ، فاللجوء إلى التراخي أما يؤدي إلى إجازة العقد أو فسخ العقد ، وهذا ما لمسناه من بعض الخيارات والتي يرتب فيها التراخي اثرا كخيار الشرط وخيار الرؤية .

4- من حيث المدة : ان التأخير يرد في مدة معلومة(2) ، فلكي يعتبر متأخرا في التزامه يجب ان يكون قد استحق اداؤه فاذا كان الالتزام لم يحن موعده بعد فلا يكون هناك تأخير، إذا هناك اجل محدد للقيام بالالتزام فاذا لم يحل موعد الاجل فلا يكون هناك تأخير، لكن هل المطالبة بالتعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه باي نوع من الالتزام ، فهنا يجب ان نميز بين التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبين التأخير في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من المال ، فالالتزام المدين بدفع مبلغ من المال هو التزام بتحقيق نتيجة ؛ ومن ثم ان خطأ المدين في هذه الحالة هو مجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ المعلوم المقدار وقت الطلب عن الموعد المتفق عليه ، وذلك لان هناك تطابق بين الغاية المبتغاة من هذا الالتزام وهي نقل ملكية النقود، وعدم تحقق النتيجة يعتبر في ذاته عدم تنفيذ الالتزام ، فالخطأ العقدي يكون في حالة الفائدة القانونية لاشي غير التأخير في الوفاء بالمبلغ عن الاجل المعين ، أما الالتزامات الأخرى غير الالتزام بدفع مبلغ من المال (الفائدة القانونية) سواء كانت التزامات تصنف ضمن التزام، بتحقيق نتيجة أو عناية فانه وبالعودة إلى التأخير في تنفيذ هذه الالتزامات يعطي للدائن الحق في طلب التعويض عن التأخير وهي بذلك لا تفرق هذه القوانين في التعويض عن

(1) art 1231 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 "A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable".

(2) الجدير بالذكر ان فقهاء الامامية قد حددوا التأخير بثلاثة أيام وذلك من خلال كتاباتهم حيث بينوا "عدم لزوم العقد بالتأخير عن الثلاثة، وانقلاب اللازم جائزا خياريا " للمزيد ينظر: الشيخ محمد حسين الاصفهاني ، حاشية كتاب المكاسب ، ج4، ط1، المطبعة العلمية، قم ، 1419هـ، ص344.

التأخير ببذل عناية أو تحقيق نتيجة⁽¹⁾، وهذا يفسر لنا ان التأخير ذات اجل محدد وبانتهاؤه يعتبر المدين متأخرا في أداء التزامه ؛ ومن ثم يعد مرتكبا خطأ في الالتزام العقدي بعكس التراخي والذي يرد في اغلب الخيارات سواء الارادية أو القانونية بمهلة غير معلومة فقد يترك تحديد المهلة إلى المتعاقدين أو ما تسمح به ظروف الحال ومن هذه الخيارات التي ورد فيها التراخي كونه ليس مطلق المدة بل يرد في مدة معلومة وغير معروفة المدة هو خيار التعيين، فهو ليس بمطلق المدة بل تترك تحديد مدته إلى اطراف العقد وهو ما اخذت به معظم التشريعات المقارنة ، فقد ينفرد بها الدائن أو المدين أو معا حسب الظروف ولهذا نجد ان المشرع العراقي ذهب إلى ضرورة تحديد مدة خيار التعيين من قبل الأطراف لكون مدة الثلاثة أيام غير كافية للتعين لكنه يرى بان تكون هذه المدة معقولة حسب المألوف في التعامل أي لا يجوز ان يستفرد الافراد في عدم تعينهم للمدة لأنها تكون مدعاة لعدم التوازن العقدي ؛ ومن ثم تؤدي إلى عدم استقرار في المعاملات المالية ، ولهذا نجد ان المشرع العراقي وتحديدا في نص المادة (299) في فقرته الثانية ، أشار إلى ضرورة تحديد المدة التي يكون فيها خيار التعيين من قبل الأطراف ، فبالرغم من جعل المدة متروكة لاشتراط المتعاقدين و أجاز ان تزيد المدة عن ثلاثة أيام ، لكنه أراد ان تكون هذه المدة معقولة حسب المألوف في التعامل وفي حالة حدوث خلاف حول تحديدها فان المحكمة هي المختصة عن تحديد المدة حسب الأحوال والظروف⁽²⁾ ، وتناول المشرع المصري خيار التعيين في الالتزام التخييري وذلك عندما أجاز للمتعاقدان ان يتفقا على تعيين مبيع واحد إذا كان متكون من شيئين أو اكثر، والخيار يكون للمدين أو حسب الأحوال وبالتالي تبرء ذمة المشتري إذا أدى واحدا منها⁽³⁾ .

فشرط وصف التخيير بالالتزام ان يكون هناك تعدد يرد عليه على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار، ولا يجوز لكل منهما (الدائن أو المدين) ان يقصر الوفاء بشق من احد محلي التخيير وشق من المحل الاخر⁽⁴⁾ ، فيما ذهب المشرع الفرنسي إلى تناول خيار التعيين في ما

(1) ينظر: محمد مصطفى بركات الطراونة ، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون ، دقهلية، العدد 23، ج، 2021، ص 2463-2464

(2) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، احكام هلاك المبيع أو تعييه في خيار التعيين خلال مدة الخيار (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت (عليهم السلام) العدد 5، ص 334

(3) نصت المادة (275) من القانون المدني المصري النافذ على انه "يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها ويكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك " تقابلها المادة (275) من القانون المدني السوري ، وكذلك المادة (408) من القانون المدني الأردني

(4) بنفس المعنى ذهب المشرع اليمني في تناوله لخيار التعيين إذا نص على هذا الخيار ايضا في الالتزامات التخييرية في المواد (271-272-273-274).

يسمى بالالتزام البديل وذلك عندما بين في نص المادة (1307) على انه "يكون الالتزام بديلا عندما يتعلق بعدة خدمات وأداء احدها يسقط الاخر عن المدين" (1)، وبين ان الاختيار يجب ان يكون في وقت متفق عليه بين المتعاقدين أي في غضون فترة زمنية معقولة(2).

5- من حيث الطبيعة: تكمن أهمية التمييز بين التراخي والتأخير من حيث طبيعة كل منهما، فكما نعلم ان التأخير هو صورة من صور الخطأ، والخطأ هو ركن أساسي في المسؤولية التعاقدية وبدونها لا يمكن مساءلة المدين عن الاضرار التي تصيب الدائن ولكي تتحقق المسؤولية لا بد من عد تأخره خطأ عقديا يكون بحسب طبيعة التزامه سواء كان تحقيق نتيجة أو بذل عناية والتي تم الإشارة اليه مسبقا (3)، لهذا لا يمكن عد التأخير بانه حق (4).

او رخصة لكونه التأخير قد ينطوي على ضرر يصيب الاخرين بعكس التراخي فبالامكان وصفه بانه حق (خاص) غايته إعادة توازن العقد عن طريق حماية رضا المستهلك؛ ومن ثم منح المتعاقد مهلة للتروي والتفكير في امر العقد يكون درءا للأخطار التي قد تلحق به نتيجة تسرعه في التعاقد؛ ومن ثم تعتبر حماية متميزة في العلاقة التعاقدية بصورة عامة وحماية مضاعفة لرضا المستهلك بصورة خاصة (5).

(1) نص المادة (1307) باللغة الفرنسية :

Art(1307) " L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestationset que l'exécution d'elles libère le débiteur"

(2) نص المادة (1/1307) باللغة الفرنسية :

Art(1307/1)"

Le choix entre les prestations appartient au débiteur. Si le choix n'est pas exercé Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat. Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif".

(3) ينظر: راجع ص 83، من هذه الرسالة.

(4) الجدير بالذكر ان فقهاء الامامية اعتبروا خيار التأخير بانه حق، وهذا ما بينته كتاباتهم بالتعبير على انه (المالك) لكون الخيار من الحقوق وليس من الاحكام ولسلطنة صاحبه على فسخ العقد حتى وان اكره الطرف الاخر للمزيد ينظر : السيد الشهيد محمد الصدر، منهج الصالحين، ج3، هيئة التراث السيد الشهيد الصدر، النجف الاشرف، 1430، ص05، ليس هذا فقط بل ان الفقه القانوني بالرغم من عدم بحثهم للطبيعة القانونية لخيار التأخير الا انه البعض أشار إلى فكرة الخيار بصورة عامة بكونه يدخل في زمرة الحقوق لأنه يمنح صاحبه سلطة فسخ العقد أو اجازته، للمزيد ينظر: عبد الله عبد الله العلفي، احكام الخيار في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري) أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص29

(5) Jean-Pierre Pizzio ; La protection des consommateurs par le droit commun des obligations R.TD con 1988, janv- mars ,p52

الفرع الثاني

تمييز التراخي عن السكوت

أن التعبير الضمني لا يخضع لشكل معين فالشخص يعبر عن ارادته بالوسيلة التي يراها مناسبة له وقد يتم التعبير صراحة أو ضمناً، فيكون التعبير صريح إذا كان الموقف المتخذ موضعاً للكشف عن الإرادة يفهم مباشرة دون تخمين أو استنتاج كان يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال للكشف عنه، وقد يكون التعبير ضمناً وهذا يكون في حالة إذا كان الموقف المتخذ ليس موضعاً للكشف عن الإرادة ولا يتم التعرف على إرادة المتعاقد مباشرة وإنما عن طريق الاستنتاج ؛ ومن ثم هناك الكثير من البيوع تتخذ مسلكاً للسكوت في القبول ؛ ومن ثم عندما يأخذ المتعاقد فترة من التروي دون معرفة احد هل يعد سكوته قبولا في كل الحالات ، وهذا ما يتوجب البحث عنه من خلال تمييزه عن التراخي في ثلاث فقرات وكالتالي :

أولا -تعريف السكوت: يستوجب بيان تعريف السكوت في اللغة أولا ومن ثم اصطلاحا

أ- في اللغة: ورد السكوت بمعاني عديدة في اللغة منها:

يقال بان السكوت خلاف النطق، والكلام، فسكت ، السكت ، والسكوت ، خلافاً⁽¹⁾ ، وقد يأتي السكوت أيضا بمعنى الصمت ، يقال سكت الصامت ، يسكت سكوتا إذا صمت⁽²⁾ ، وقد يأتي السكوت كذلك بمعنى، قطع الكلام وتركه، يقال تكلم الرجل ثم سكت بغير الف⁽³⁾ ، إذا انقطع كلامه فلم يتكلم ، وايضا يأتي بمعنى، الاعراض المتعمد عن الكلام⁽⁴⁾ ، وقد يأتي أيضا بمعنى السكون⁽⁵⁾ ، ومنها قوله تعالى (وَلَمَّا سَكَتَ عَنْ مُوسَى الْغَضَبُ)⁽¹⁾ ، أي سكن غضبه.

(1) ينظر: بطرس البستاني ، محيط المحيط، ج1، مكتبة لبنان، بيروت، 1286هـ، (مادة سكت)، ص972.

(2) ينظر: محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، مجلد 1، ط1، مطبعة الخيرية ، مصر، 1036هـ، (مادة سكت)، ص553.

(3) ينظر: أبو القاسم سليمان بن احمد الطبراني، المعجم الوسيط، ج1، (مادة سكت)، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ-1995م، ص440.

(4) ينظر: ابن منظور، لسان العرب ، ج2، مصدر سابق، ج3، (مادة سكت)، ص2046-2047.

(5) ينظر: محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح ، طبعة جديدة منقحة ، دار الحديث ، القاهرة ، 2008 ، مادة سكت ، ص171، و ينظر ايضا : احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت -لبنان ، 2020. ص301.

2- أما اصطلاحاً: لم يتطرق فقهاء المذاهب الإسلامية إلى تعريف السكوت ، بل يرون بان المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي للسكوت ، لكن هناك جملة من الفقهاء اتفقوا على تعريفه بأنه " التزام حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شي يحمل معنى التعبير عن الإرادة ، وقد يكون ساكناً في ظاهره و باطنه "(2) ، ويرى الباحث بان هذا التعريف ينطبق على معنى السكوت باعتبار ان السكوت موقف سلبي محض ، لا يدل بذاته وانما يستفاد منه في الرضا أو عدمه من خلال الظروف والملابسات التي تحيط به ، و احياناً يستفاد منه أيضاً من العرف السائد بين الناس لذلك من هنا قيلت عبارة (لا ينسب إلى ساكت قول) (3) .

- اما في اصطلاح الفقه القانوني: يكاد يتفق الفقه القانوني على ان السكوت هو موقف سلبي لا يدل على شيء بحسب الأصل ، لكن ان أحاطت بهذا السكوت ظروف أو ملابسات تجعله يأخذ على تعبير معين فانه يعتد على هذا النحو به وهذا ما يعرف بالسكوت الملايس ؛ ومن ثم تجعله يفيد القبول دلالة ، فالتعاريف التي ذكرها فقهاء القانون كثيرة ومتعددة منها حيث عرفه البعض بأنه (انعدام التعبير عن الإرادة بنوعيه الصريح والضمني ؛ ومن ثم لا يصلح للتعبير عن الرضا ولان الرضا عمل إيجابي فالسكوت شي سلبي) (4) .

مما يؤخذ على هذا التعريف انه أوضح بان السكوت لا يمكنه ان يكون تعبيراً عن الإرادة سواء كانت الإرادة صريحة أو ضمنية ؛ ومن ثم جعل السكوت حالة سلبية في جميع الأحوال وهذا لا يمكن تصوره، لكون السكوت إذا لابسته ظروف وقرائن معينة بالإمكان ان يكون قبولاً، فالتعريف قد اعدم كل اثار السكوت في كل الأحوال .

وذهب اخرون إلى القول بان السكوت "اتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة" (5) ، مما يؤخذ على هذا التعريف بأنه اعدم كل اثار السكوت وفي كل انواعه سواء كان سكوت ملايس أو غيره وهذا الكلام غير منطقي.

(1) سورة الأعراف ، جزء من آية (154).

(2) ينظر: د-محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، مصدر سابق ، ص219 ، وينظر أيضاً: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر، 1979، ص264 ، و ينظر كذلك د- رمضان علي السيد الشربناصي، السكوت ودلالته على الاحكام الشرعية ، دار الفكر العربي، بلا مكان نشر ، 1984م، ص16.

(3) ينظر: د- رمزي محمد علي دراز، احكام السكوت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في ضوء قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان) ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت -لبنان ، 2011، ص56.

(4) ينظر: د عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 1998، ص9، و ينظر أيضاً: د-عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، مصدر سابق ، ص172.

(5) ينظر: د- عبد الودود يحيي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر-الاحكام -الاثبات)، دار النهضة العربية ، مصر، 1994، ص24.

وهناك من ذهب إلى تعريفه بأنه (الصمت وعدم الكلام لكنه قد يحمل معنى التعبير عن الإرادة

إذا لابسته ظروف معينة)⁽¹⁾.

ويرى الباحث بان هذا التعريف هو أقرب إلى حقيقة السكوت كونه لا يولد أي اثر السكوت، وذلك بوصفه موقف سلبي غير مصحوب باب فعل الا إذا لابسته ظروف أو قرائن توحى بأنه تعبير؛ ومن ثم يولد آثار قانونية.

ومن خلال ذلك يرى الباحث بان تعريف السكوت في اصطلاح اهل القانون لا يختلف عن معناه اللغوي ، وذلك بالنظر اليه بوجه عام أو مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة بأنه عدم الكلام أو الكتابة.

اما من الناحية التشريعية: فقد تناولت التشريعات المختلفة السكوت بالرغم من عدم ذكر تعريفها وذلك لأنها ليست من صلاحيتها إعطاء تعريف لبعض المصطلحات ، وهذا يعتبر مسلك إيجابي لها ، لكن بالرغم من ذلك فقد تعرضت اغلب التشريعات المقارنة إلى ذكر السكوت وقد اتفقت على ذكره وان تباينت في ذلك بعض الفاظ الصياغة الا انها جاءت متشابهة في معنى النص ، حيث نصت المادة (80) من القانون المدني العراقي على انه "1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا، 2- ويعتبر السكوت قبولا يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه كذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط " ، وقد قصد المشرع بالسكوت هنا بالصمت وعدم الكلام⁽²⁾.

(1) ينظر: د-علي محيي قرّة داغي، مبدا الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، ج1، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 2008، ص1169.

(2) ينظر: بنفس الصياغة جاءت المادة (98) من القانون المدني المصري والتي نصت على ان " يعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه" كذلك الامر بالنسبة إلى القانون المدني اليمني حيث جاء في بنفس الصياغة في المادة (159) على انه "اذا كانت عادة المعاملة أو العرف التجاري أو ما يدل على ان الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الاجل في المدة المعقولة لعودة الرد إلى الموجب ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الاجل بهذا التعامل أو كان الاجل لمنفعة من وجه اليه محضا "، تقابلها نص الفقرة أولا من المادة (359) من القانون المدني السوداني ، والمادتان (374-391) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (68) من القانون المدني الجزائري

الامر لا يختلف في التشريع الفرنسي حيث بين المشرع في المادة (1120) وبصياغة مقاربة أيضا على انه "لا يعد السكوت قبولا مالم يتبين عكس ذلك من نص القانون أو من العرف أو علاقات الاعمال أو الظروف الخاصة"⁽¹⁾.

فالمعروف من هذه النصوص، انها قصدت بالسكوت الصمت وعدم الكلام ووضعت أصلا عاما اساسه القاعدة الفقهية وهي " لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " فلا يقال لساكت انه قال شيء، فالسكوت عدم والساكت لم يعبر عن ارادته فهذا هو الأصل العام.

لكن هناك قاعدة استثنائية اتبعت وهي تجيز ان يكون السكوت دلالة على التعبير عن الإرادة⁽²⁾، والتي بموجبها وردت في النصوص القانونية التي تضع القاعدة العامة لهذا الاستثناء وحددت معنى المقصود من السكوت والذي يعتبر كدليل على الإرادة، والامر كذلك عند القضاء فهو يعول كثيرا على دلالة السكوت استنادا إلى (لا ينسب إلى ساكت قول) وذلك عندما قضت محكمة التمييز في احدى قراراتها على انه (التنازل عن الحق يعد اسقاطا له نظرا لخطورة اثاره فلا يحمل على سكوت المدعي امام الشهود على انه تنازل عن حقه في الشفعة)⁽³⁾، لكن السكوت إذا رافقته ظروف وملابسات يعتبر قبولا ويعتد به، وذلك عندما قضت محكمة النقض المصرية على ان "تعبير المستأجر عن ارادته في التخلي عن العين المؤجرة يكون صريح أو ضمني، باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على انصراف قصده إلى احداث اثار قانونية"⁽⁴⁾، فبالرغم من كون السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة الا انه وسيلة سلبية للتعبير عن هذه الإرادة⁽⁵⁾.

(1) نص المادة (1120) من القانون الفرنسي المعدل النافذ باللغة الفرنسية :

Art(1120) " Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières"

(2) ينظر: د-مصطفى احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مصدر سابق، ص337-338.

(3) ينظر: قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية، رقم 3224/الهيئة الاستئنافية، عقار، بتاريخ 2010/10/10، غير منشور.

(4) قرار محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 1979/12/15، طعن ذي الرقم 1046، س48ق، مشار اليه في مجموعة احكام النقض، المكتب الفني، عدد3/لسنة1979، ص284.

(5) نصت المادة (67) من مجلة الاحكام العدلية على سبيل الاستثناء، على انه " لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان" أي لا يقال لساكت انه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان، فاذا رايت احد يتصرف في شي كتصرف المالك، بلا اذن منك وسكت بلا عذر بعد ذلك اقرارا بانك غير مالك له، فاذا أراد شخص شراء مال وفيما هو يستلمه من صاحبه اخبره رجل بان في المال عيبا، فسكت، فسكوته يعتبر رضا بالعيب منه فاذا اشتراه بعد ذلك فليس له ان يرده بخيار العيب، للمزيد ينظر: علي حيدر، مصدر سابق، ص67.

ثانيا-أوجه التشابه بين السكوت والتراخي : هناك أوجه كثيرة يتشابه فيها التراخي والسكوت وهي :

1- من حيث الدلالة : من المعلوم ان التعبير عن الإرادة قد يكون بغير اللفظ أي كان يكون بغير الكتابة ام بالإشارة وفي هذه الحالة يتشابه فيه السكوت والتراخي، حيث قد لا يشتمل كل من التراخي والسكوت على التعبير عن الكلام أو النطق.

أي كأن يكون عن طريق الدلالة (1) ، فكما قلنا سابقا بان السكوت موقف سلبي غير مصحوب بقول أو فعل ، فالسكوت يفترض بانه غير مصحوب بقول من الساكت أو فعل أو ان يتخذ أي موقف يمكن ان يدل على الإرادة لكن هذا الموقف السلبي قد تصاحبه ظروف وملابسات يمكن ان يفسر بانه قبول أو رفض التعبير عن الإرادة في بعض الحالات ، فدلالة السكوت قد تتحدد من خلال نص أو عرف أو اتفاق وهذه الدلالة تتم بطريقة الاستنتاج العقلي وذلك من خلال ملابسات وظروف معينة(2) ، وهذا ما لمسناه في التراخي أيضا فمن صور التعبير عن الإرادة دلالة نجدتها في مجال الوصية، إذا ان رجوع الموصي عن الوصية تعد من مبطلاتها، فالوصية عقد غير لازم في حياة الموصي ؛ ومن ثم له ان يرجع عنها كلا أو بعضا في أي وقت يشاء، وقد يكون الرجوع صراحة ، وذلك عندما يصرح بنفسه ذلك أو من ينوب عنه، وقد يكون أيضا بطريق الدلالة ، أي عن طريق الأفعال التي تدل على الرجوع ، وذلك عن طريق تصرفه بالشئ الموصي به كان يكون بيعه أو هبته أو غيرها من الأفعال والتي تدل عرفا أو عادة على الرجوع (3) .

2-من حيث طرق اللجوء اليهما: أن كل منهما يتم اللجوء اليه لحاجة ماسة اليهما وذلك عند الحاجة فكما نعلم ان التعبير عن الإرادة بطريق الصريح هو الأقوى فلا يمكن الاعتداد بسكوت المتعاقد مع وجود التعبير الصريح، فاللجوء اليه يكون عند الحاجة لكن لا بد من وجود دليل أو قرينة أو نص أو عرف يدل عليهما فقد يكون للحاجة أو لدفع الحرج والمشقة،

(1)التعبير بطريق الدلالة يعبر عنه في القانون الوضعي بانه التعبير الضمني ، للمزيد ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام ،مصدر سابق ،ص176، وكذلك ينظر :د-أنور سلطان ،الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،1970 ،ص62

(2)ينظر: د-رمزي محمد علي درار، مصدر سابق، ص140.

(3)ينظر: د-عبد الملك عبد الرحمن السعدي، فقه المواريث المقارن ويليهِ الوصية الواجبة والمنذوبة والوصي (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، 1438هـ-2017م ، ص171-172

كذلك الحال بالنسبة إلى التراخي فالأصل في (العقد بانه شريعة المتعاقدين)⁽¹⁾ ، وهذا ما متفق عليه بين التشريعات محل المقارنة أي لا يجوز الخروج، عما تفق عليه.

لكن هناك ضرورات اوجدها القانون والقضاء للضرورة وهي جزء من التغيير، وذلك بعد تراجع سلطان الإرادة امام التطورات الاجتماعية والاقتصادية والتي اصابته المجتمعات، كذلك الحاجة إلى حماية الطرف الضعيف ؛ ومن ثم تحقيق عدالة عقدية، وهذا يكون عن طريق إعادة التوازن اليها⁽²⁾ ، ولهذا دفع الأطراف وكذلك المشرع إلى إيجاد وسيلة تعيد تنظيم العقد وتضمن التوازن الاقتصادي إذا اختل وتمثلت هذا الوسيلة بمهلة التروي والتي اقرها المشرع الفرنسي في المادة (1122) من تشريعه الجديد والتي اوجب من خلاله هذه المهلة ان لا تؤدي إلى الحاق اضرار جسيمة ، وكذلك ان لا تكون سببا في تكبد المتعاقد الاخر خسارة ويجب ان تكون وفق مهلة معقولة أو معينة.

3- من حيث التعبير: أن كل منهما وضع القانون لهما احكاما لمسائل معينة افترض فيها توجه ارادة الساكت إلى رفض الشيء أو قبوله فحددها بالنص ، وهذه الإرادة مستمدة دلالة من السكوت في الاطار العام للاستثناء ، وفي بعض الأحيان يذهب المشرع إلى ان السكوت لا ينصرف معناه مما يحيط به غالبا الا ما حدده ونص عليه⁽³⁾ ، ففي البيع بشرط التجربة اوجب القانون على البائع ان يمكن المشتري من تجربة المبيع فاذا تحقق هذا الشرط قبل المشتري المبيع بعد تجربته انتج البيع جميع اثاره لكن من وقت الابرام لا من وقت القبول، أما إذا رفض المبيع بعد تجربته فهنا يكون قد تخلف الشرط واعتبر البيع كان لم يكون ، لكن القانون اوجب على المشتري في حالة رفضه للمبيع ان يعلن عنه في المدة المتفق عليها أو المدة التي يحددها البائع لتجربة المبيع وفي حالة انقضاء المدة ولم يصدر عن المشتري رفض صريح أو ضمني بالرغم من تمكنه من تجربة المبيع لكنه سكت عن الإعلان عن رايه اعتبر

(1) ينظر: نص المادة (1/146) من القانون المدني العراقي النافذ ،تقابلها بنفس المعنى المادة (1/147) من القانون المدني المصري ،كذلك بنفس المعنى جاءت المادة (13) من القانون المدني اليمني ،وأیضا المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

(2) ينظر: د-سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني في القانونيين اللبناني والفرنسي ، ط1، دار الفكر اللبناني للطباعة والنشر، بيروت -لبنان، 1987، ص313.

(3) ينظر : د-كاظم حمادي يوسف، الإرادة الضمنية والسكوت المعبر عنها (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط ، العدد55 ، ج2، مايو، 2020، ص53.

سكوته قبولا للمبيع ؛ ومن ثم يتمتع عليه إعادة المبيع⁽¹⁾ ، وهذا ما أكدته المادة (524) من القانون المدني العراقي⁽²⁾.

وكذلك القوانين محل المقارنة⁽³⁾ ، فهنا القانون عالج مسألة معينة وهي في حالة سكوت المتعاقد اعتبر دلالة على قبوله للمبيع وليس هناك مجال للبحث عن دلالة أخرى غير السكوت.

ثالثاً- أوجه الاختلاف بين السكوت والتراخي

على الرغم من كونهما يتشابهان في بعض الصفات الا ان هذا لا يعني بعدم وجود اختلاف فيما بينهما فهناك العديد من أوجه نقاط الاختلاف بين السكوت والتراخي وتتمثل بما يلي :

1-من حيث المفهوم : لقد قلنا في بداية حديثنا ان هناك اختلاف بين مفهوم كل منهما فالسكوت هو عدم النطق بالسكون⁽⁴⁾ ، بخلاف التراخي فانه يأتي بمعنى التمهّل وامتداد الزمان والتساهل وترك الاستعجال والمبادرة⁽⁵⁾ ، فضلا عن ذلك ان التراخي حق خاص يكون خلال مهلة معينة يمنحها القانون لغرض اتاحة الفرصة لدراسة العقد والتروي قبل الاقدام النهائي لإبرامه⁽⁶⁾ ، أما السكوت فانه حالة سلبية غير مصحوبة بإشارة أو لفظ أو فعل شي يبني عليه الإرادة ويدل عليه⁽⁷⁾ .

فنلاحظ ان هناك تمييز كبير بينهما ولا يمكن ان يكون التراخي بانه سكوت ففي السكوت عدم النطق وعدم النطق يوحي بتفسيرات عديدة في جميع الأحوال ، أما التراخي فيإمكان المتعاقد

(1)ينظر: د-حسنى محمد احمد جاد الرب ، تجربة المبيع واثرها على التزامات الطرفين في عقد البيع (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص86 .

(2)ينظر: نص المادة (524) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ.

(3)ينظر: بنفس المعنى جاءت المادة (421) من القانون المدني المصري ، وكذلك المادة (482) من القانون المدني اليمني ، أما المشرع الفرنسي فلم نجد إشارة منه على ذلك بل اكتفى بالقول بان البيع بشرط التجربة بيع معلق وذلك في المادة (1588) من قانونه المعدل النافذ.

(4)ينظر: ابن منظور، مصدر سابق، ص2046-2047.

(5)ينظر: محمد بن احمد بن بطال الركابي النظم المستعذب في تفسير غريب الفاظ المهذب ، ج2، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة، 1988م، ص7.

(6)ينظر: د-سعدى محمد امين ود-رباحي احمد، مهلة التفكير كآلية وقائية لحماية رضا المستهلك، بحث منشور مجلة صوت القانون، مجلد التاسع، العدد 1، 2022، ص107.

(7)ينظر: عبد الرحمن جمعة ، اثر السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقا للقانون المدني العماني ، بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون ، مجلد 36، عدد1، 2009، ص230.

البوح بما فيها المهلة التي يراها مناسبة للتروي في العقد، وكذلك بالإمكان الاتفاق مع الطرف الآخر فقد يكون سكوته استثناء لكنه ليس في كل الحالات.

2- من حيث التنظيم التشريعي: نرى بان فقهاء المسلمين بالرغم من عدم اعتدادهم بالسكوت بصورة مطلقة وخروجهم الا انهم اعتدوا بالسكوت الملابس الذي إذا اقترن بظروف وملابس تجعل دلالاته تحمل على الرضا (1).

حيث جاء في باب بيع الفضولي " .. واما إذا بيع في غير حضرة المالك وعلم وسكت عاما من حين علمه والحال انه ليس هناك مانع يمنع من القيام ، لكنه إذا سكت بعد العلم اقل من عام أو اكثر من مانع من ذلك لم يلزمه البيع" (2) ، فهنا إذا علم وسكت مع وجود مانع يمنعه من ذلك و توفرت ظروف مانعة من ذلك يلزم البيع ، لكن في حالة عدم وجود أي ظرف يمنعه من ذلك وسكت فان البيع لم يلزمه .

وكذلك ما بين في حق الشفعة بان " حق طلب الشفعة يكون في وقته وهو وقت علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفيعته" (3) ، لكن في حالة إذا توفرت الظروف اللازمة فان الشفعة لا تبطل بل بالإمكان المطالبة بالشفعة .

اما في التشريعات المقارنة فنجد ان معظم التشريعات قد اهتمت بالسكوت واعطت له جانب كبير في قوانينها، منها ما جاء به الفقرة الثانية من المادة (81) من القانون المدني العراقي على انه "ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط" (4) .

فهنا بين حالات الاعتداد بالسكوت في حالة القبول وهو كون السكوت في معرض الحاجة بيان فالمتعاقدين الذي يوجه له الايجاب يعتبر قبولا إذا اقترن ما يجعله دالا على الرضا أي انه اعتد بالسكوت فقط في حالة القبول ، وكذلك في حالة ما إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه وهذه في حالة إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل فسكوت

(1) ينظر: وحيد الدين سوار، مصدر سابق ، ص266

(2) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص12.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، ج5، ص24، وينظر أيضا: ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق، ج6، ص8.

(4) تقابلها بنفس المعنى المادة (98) من القانون المدني المصري ، وكذلك المادة (159) من القانون المدني اليمني

المؤمن له عن الجواب خلال مدة معينة على اخطار شركة التامين له بشأن تمديد العقد يعد قبولاً منه بتجديد عقد التامين (1).

وهذا يفسر لنا تنظيم المشرع للسكوت في اكثر من نص ، أما التراخي فلم نجد الاهتمام به من جانب المشرع بنفس الطريقة التي اتبعها في السكوت على الرغم من كون التراخي حق ضروري و اساسي في العملية العقدية، الا اننا نجد اغفال المشرع له بالنص عليه وان كانت هناك بعض الطرق والتي التمسنا فيها عن طريق الدلالة إلى وجود التراخي لكن هذا لا يعني الكفاية وانما مطالبتنا إلى المشرع بالنص عليه بصورة صريحة في قانونه وهذا فيما يخص المشرع العراقي والمصري .

أما المشرع اليمني فقد اكتفى بالنص عليه في عدد من النصوص المتناثرة في متنه (2)، اما الأولية فكانت إلى المشرع الفرنسي والذي نص عليه في المادة (1122) (3)، والتي بينت مفهومه ومدته بصورة صريحة وواضحة .

3- من حيث الطبيعة : ان طبيعة السكوت تختلف جذريا عن طبيعة التراخي فالسكوت يوصف بكونه وسيلة أو سلوك سلبي محض، بمعنى الصمت وعدم الكلام فهو يشمل السكوت الحقيقي والسكوت الحكمي ، فمن لم يتكلم برأيه حيال امر معين فيكون قد سكت حقيقة ، ومن لم يبدي موقفه خلال المدة القانونية يعد ساكتا حكما ، لكن ان صاحب السكوت موقف معين فسوف يخرج من الحالة السلبية إلى دلالة التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا، فوجود القرائن والظروف أو الاوصاف القانونية أو الشرعية ماهي الا قيد يخرج السكوت المجرد بانتقاله من الموقف السلبي وحالة العدم إلى الوجود ، كما في إجازة الفضولي فسكوت المالك لا يعد إجازة لبيع الفضولي سواء اطالت المدة أو قصرت وذلك لكونه سكوت مجرد لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة وهذا يعني ان السكوت بوجه عام لا يصلح دليلا للرضا

(1) ينظر: د-مرتضى عبد الله خيرى ، السكوت المعبر ودوره في بعض البيوع المدنية (دراسة مقارنة في قانون المعاملات المدنية العماني)، بحث منشور في مجلة اكااديمية ، العدد6، 2017، ص4-5.

(2) ينظر: نص المادة (7/395) وكذلك ينظر المادة (915)، وأيضا ينظر المادة (1266)، وكذلك المادة (1305) من القانون المدني اليمني والتي ذكر فيها لفظ التراخي .

(3) ينظر: نص المادة (1122) باللغة الفرنسية :

Art.1122-12" loole contrat peuvent prévoir un duquel le destinataire de delai de reflexion, qui est le avant Texpiration Folire ne peut manifester son acceptation ou un délai delai avant l'expiration de rétractation, qui est le duquel son bénéficiaire peut rétracter son consen- lement».

ولا الاجازة لأنه " لا ينسب إلى ساكت قول" وفي هذا نصت المادة (2/396) من مرشد الحيران على ان "سكوت المالك عند بيع الفضولي ماله بلا اذنه لا يكون رضاء منه بالبيع".

لكن بالإمكان اعتباره ليس (سكوتا مجردا) في حالة إذا أحاطت به ظروف أو قرينة تدل على الرضا كان يكون حضور المالك وسكوته حتى انقضاء المجلس وقبض الثمن فهنا يفسر بانه رضا بالعقد ففي هذه الحالة يعد السكوت بطريق الدلالة (1).

اما التراخي فانه حق خاص قد يؤدي إلى ترتيب اثار إيجابية وقد يؤدي إلى ترتيب اثار سلبية فليس هناك فرق لأنه الغرض الذي يسعى اليه التراخي هو حماية الطرف الضعيف في كل الأحوال ، فقد يؤدي اللجوء إلى التراخي إلى ترتيب حق كما في خيار الرؤية فمجرد الرؤية اعتبر المشرع بان المشتري قابلٌ بالعقد ، ولكن في أحيان أخرى يكون التراخي سبباً في سقوط الحق كما في الشفعة إذا ان تراخي الشفيع في طلب الشفعة يؤدي إلى سقوط حقه في المطالبة بها ؛ لأنه منح له المطالبة بهذا الحق خلال مدة معينة وفي حالة عدم مطالبته يسقط حق في الشفعة ، لكن بشرط ان يصرح عن رغبته بالشفعة في عقد رسمي والا كان العقد باطلا (2).

4- من حيث الأقسام: هناك تمييز كبير بين السكوت والتراخي من حيث اقسام كل منهما حيث ان السكوت يقسم إلى سكوت موصوف وسكوت ملابس فالسكوت الموصوف هو السكوت الذي وصفه المشرع وبين احكامه ، فحين يفرض القانون التزاما بالكلام يعتبر فيه ان سكوت المتعاقدين رضا أو رفضا، فيتعهد القانون ببيان احكام السكوت وتنظيمها سواء في النص أو العرف أو اتفاق الطرفين باعتبار ان السكوت رضا (3).

(1) ينظر: رمزي محمد علي دراز، مصدر سابق، ص313-314.

(2) ينظر: نص المادة (1269) من القانون المدني اليمني، تقابلها المادة (799) من القانون المدني الجزائري ، وللمزيد اكثر ينظر د-رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 ، ص253

(3) ينظر: د- عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج1، مصدر سابق ، ص129

ويكون هذا الاتفاق بمنزلة نص القانون أو العرف ، ويعتد به تعبيراً عن الإرادة في كل نص سواء اكان الوصف من نص شرعي أو عرفي، أو قد يرجع إلى اتفاق الطرفين كما في البيع بشرط التجربة (1) .

أي ان السكوت الموصوف يكون في حالة الرضا فقط فعلى المشتري ان يعلن عن رغبته في القبول أو الرفض والا اعتبر سكوته قبولا ، أما السكوت الملايس فهو السكوت الذي تصاحبه ظروف وملابسات تشير بانه يعبر عن الإرادة في معنى معين أي انه ساكنا في ظاهره لكن باطنه متجهاً لأحداث اثر قانوني معين حيث بالإمكان ان يستخلص منه اتجاه الإرادة ، فالسكوت الذي تلابسه وتحيط به ظروف ، فهنا يكون قد قصد قبول الايجاب أي ان سكوته محض ، لكن في حالة إذا صاحبه ظروف وملابسات يصبح موصوف ؛ ومن ثم له الحق في القبول أو الرد (2) .

اما التراخي فان قد يكون تراخي ارادي وقد يكون تراخي لا ارادي وفي كلتا الحالتين يرتب التراخي اثر في العقد ، ففي التراخي الارادي يكون باتفاق المتعاقدين أي بإرادتهما كما في خيار الشرط ، أما التراخي اللاإرادي فانه يكون نتيجة ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين كما في حدوث الظرف الطارئ أو القوة القاهرة والتي تؤدي إلى تراخي المتعاقد لظروف لا يستطيع دفعها والتي سوف نذكرها فيما بعد (3) ، ما يهنا القول ان التراخي في كل اقسامه يؤثر على العقد وهذا ما يميزه عن السكوت .

الفرع الثالث

تمييز التراخي عن نظرة الميسرة

أن نظرة الميسرة أو المهلة القضائية أو الاجل القضائي تعد حالة من الحالات التي يستمد اليها القاضي للتدخل في العقود بتعديلها فهي إذا تعديل حقيقي يقع على احد اوصاف الالتزام وهو الاجل ، مما يكفي لتجديد هذا الالتزام وهذا يؤدي إلى اعتبارها بمثابة اخلال بالقوة الملزمة للعقد وذلك كون ان الالتزامات التي يرتبها العقد الصحيح ان يتم الوفاء بها فوراً، لكن قد يتعرض احد المتعاقدين لبعض العقبات تجعله غير قادر على الوفاء فيكون مهدداً بفسخ العقد

(1) ينظر: د-زيد رجب البشبيش، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، القاهرة ، 2011 ، ص253.

(2) ينظر: زيد رجب البشبيش، المصدر السابق، ص 417.

(3) سوف نبين اقسام التراخي بصورة تفصيلية في المطلب الثاني من هذا الفصل

فيلجا إلى القاضي لطلب منحه اجلا للتنفيذ، وهنا يتدخل القاضي بناء على طلبه وبموجب السلطة التي منحت له بتعديل احد عناصر العقد اثناء فترة التنفيذ وهو (تنفيذ الالتزام العقدي) وهذا ما سنحاول معرفته من خلال تقسم هذا الفرع إلى ثلاثة فقرات وكالاتي :

أولا-تعريف نظرة الميسرة: لمعرفة المقصود بنظرة الميسرة يتطلب الينا البحث في تعريفها أولا في اللغة ومن ثم اصطلاحا ثانيا ، وكالاتي :

1-في اللغة: مصطلح نظرة الميسرة في اللغة ينقسم إلى قسمين هما "نظرة " و"ميسرة"، والنظرة (بكسر الظاء) يقال بانها " التأخير والامهال، فيقال انظره أي اخره"⁽¹⁾ ، استنادا إلى قوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ)⁽²⁾ ، أي انظار.

اما الميسرة فيقصد بها انها (يسر-اليسر) أي اللين والانقياد واليسر واليسار والميسر تاتي بمعنى السهولة والغنى، والميسور ضد المعسور وقد يسره الله لليسر أي وفقه لها⁽³⁾.

2-اما اصطلاحا: ان الشريعة الإسلامية تعتبر الدعامة التي تستند عليها اغلب القوانين الوضعية العربية، في وضع احكامها القانونية أحيانا ومن هذه التشريعات (العراق -مصر- واليمن) والمقصود بمبادئ الشريعة هي القواعد المأخوذة من الكتاب والسنة والتي اقتبسها المشرعين واطفوا عليهم الطابع التشريعي .

فوجد الكثير من القواعد القانونية المدنية استمدت جذورها التاريخية من الشريعة الإسلامية ومن بينها نظرة الميسرة أو ما يسمى بالأجل القضائي، فهي قاعدة من القواعد التي نظمتها الشريعة الإسلامية حيث تعد الأصل التاريخي لها كونها السبابة في تنظيمها ووضع أصولها ، واكبر دليل على ذلك هو ان اصل التسمية مأخوذة من الآية الكريمة تصديقا لقوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)⁽⁴⁾ ، والمقصود هنا ان انظار المعسر واجب في كل دين، ان لم يقدر على ما يفضل من قوته وقوت عياله ،وهنا وجوب امهال المعسر حتى يؤسر فلا يجوز مطالبته بالدين، ولا طلب الدين منه⁽⁵⁾ ، فالحكم

(1)ينظر: ابن منظور، لسان العرب ، مصدر سابق ،مجلد خامس ، (مادة نظرة)،ص219.

(2)سورة البقرة، جزء من اية (280).

(3)ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ، مجلد خامس ، (مادة يسرة)، ص296.

(4)سورة البقرة، جزء من اية (287)

(5)ينظر: السيد محمد حسين الطبطبائي ، الميزان في تفسير القرآن ،ج2،ط1، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ،بيروت ،1417هـ ، ص427.

يدور مع العلة وجودا وعدما لأنه لما كان وجوب الأنظار معللا بالإعسار صار مستمرا إلى ان تزول العلة وهي (العسرة) حتى تجوز مطالبته (فضيلة الأبراء من الدين صدقة والأبراء سنة والآنظار واجب) (1) .

ولكي يستحق المعسر نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي يجب ان يكون الدين ربويا أي دين ناشئ عن المعاملات كما يجب ان تتوفر فيه صفة العسرة ، بحيث لا يكون له مال ولا يمكنه الوفاء وفي حالة اثبات عكس ذلك فانه يجبر على الوفاء (2) .

وعلى الرغم من اهتمام الشريعة الإسلامية بمصطلح نظرة الميسرة الا اننا لم نجد من ذهب إلى تعريفها تعريفا جامع وانما كان اعتمادهم فقط على تفسير قوله تعالى وقد يكون السبب أيضا لاعتمادهم على المعنى اللغوي وكذلك عدم حصرها في تعريف .

اما في الفقه القانوني، فقد تعددت التعاريف التي أطلقها فقهاء القانون على نظرة الميسرة والتي جاءت بنفس المعنى جميعها مع اختلافهم في صياغة تعريفها .

فقد ذهب البعض إلى تعريفها بانها (مهلة التنفيذ أو اجل قضائي يمنحها القاضي للمدين العاثر الحظ لكنه حسن النية في حالة إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر حتى ينفذ التزامه ويتوخى الفسخ (3) .

مما يؤخذ على هذا التعريف كونه قد اشتمل على استعطاف المدين العاثر الحظ فالمدين لا يستعطف ولا يسترحم لأنه يحصل على حق مقرر لمصلحته قانوناً .

وهناك من عرفها، بانها قتل للعقد حيث عرفت بانها "قتل للعقد عندما يخرج المدين في كل مرة يواجه فيها صعوبات في الوفاء بالتزاماته العقدية " (4) .

(1) ينظر: جلال الدين محمد بن احمد بن محمد الحلبي ، وجلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي ، تفسير الامامين الجليلين ، ط9، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر ، 1991، ص47.

(2) ينظر: د-فواد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص465.

(3) ينظر: د-عبد الحكم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1993، ص454 ، وينظر ايضا: طرطاق نوري ، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنغاست ، م جلد 3، عدد 1، جانفي، 2014، ص127.

(4) ينظر: د-بسام احمد حمدان ، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (دراسة مقارنة) ، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2018، ص274.

مما يؤخذ على هذا التعريف هو وصف نظرة الميسرة بانها قتل للعقد وهذا الوصف لا يتناسب مع ما تهدف اليه هذه المهلة فهي لا تؤدي إلى قتل العقد وانما عبارة عن منحة يمنحها القاضي للمدين وهو أصلاً حق من حقوقه ؛ ومن ثم طلب منحه هذا الحق لا يؤدي إلى قتل العقد ، وانما إمكانية تأجيل تنفيذه إلى وقت معلوم ليتمكن المدين من تأدية التزامه .

جانب اخر من الفقهاء ذهبوا إلى تعريفها بكونها (اعفاء المدين من الوفاء بالتزامه في الاجل المقرر للوفاء، مع منحه اجلا اخر يسدد فيه الدين ان اقتضت ظروفه ذلك ولم يلحق هذا التأجيل ضرر يصيب الدائن)⁽¹⁾.

ونرى بان هذا التعريف هو اقرب إلى تفسير مفهوم نظرة الميسرة كونها اجلاً يمنح من قبل القاضي عندما يطلب المدين ذلك بشرط ان لا يؤدي ذلك إلى الاضرار بالدائن على ان يحدد له اجلا معلوم اخر للوفاء بالتزامه.

-اما تشريعياً : بما ان اغلب التشريعات بصورة عامه والتشريعات المقارنة بصورة خاصة قد جعلت من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي الذي تستقي منه احكامها ، لهذا ومن خلال الاطلاع على نصوص القانون المدني العراقي نجد بانه لم يعط تعريفاً لنظرة الميسرة شأنه في ذلك شأن القوانين الوضعية الأخرى كون ان إعطاء التعريف ليس من مهمة التشريعات لذلك اكتفوا بذكر احكامهم ، لهذا نجد ان المشرع العراقي أجاز ان يمنح المدين فيما تسمى ب(نظرة الميسرة) وذلك عندما نص في المادة (1/177) على انه "يجوز للمحكمة في العقود الملزمة للجانبين ان تنظر المدين الذي لم يوف بالتزاماته إلى اجل على الرغم من طلب المتعاقد الاخر فسخ العقد " ⁽²⁾ ، واکد كذلك في المادة (273) على انه " القاضي استناداً من حكم الفقرة الأولى وبناء على طلب المدين المحجوز وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه ان يحكم بإبقاء الاجل أو مدة بالنسبة إلى الديون المؤجلة كما يجوز ان يمنح المدين اجلا بالنسبة إلى الديون الحالية إذا رأى ان هذا الاجراء تبرره الظروف وانه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً " ⁽³⁾ ، ليس هذا فقط بل عاد المشرع ونص في المادة (297) ان " للمحكمة ان

(1)ينظر: د-عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، منشورات الحلبي، بيروت ، 1998 ، ص783 ، وينظر ايضا ، د-عبد القادر العراوي، النظرية العامة للالتزامات والعقود في القانون المدني المغربي ، ج1، مطبعة الفضالة ، المحمدية، 1995، ص260.

(2)ينظر: نص المادة (177) من القانون المدني العراقي، بنفس المعنى أيضا جاءت المادة (221) من القانون المدني اليمني، تقابلهما المادة (119) من القانون المدني الجزائري .

(3)ينظر: نص المادة (273) من القانون المدني العراقي .

تعين ميعاداً مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه ، إذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند عند المقدرة أو الميسرة⁽¹⁾ ، وبين في المادة (394) ان (المحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون⁽²⁾ .

أن تنظر المدين إلى اجل مناسب لدفع دينه إذا لم يكن مؤجلاً أو حل اجله كلما استدعت حالة المدين ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم⁽³⁾ .

اما بالنسبة إلى التشريعات محل المقارنة ، فنجد ان المشرع المصري قد أشار إلى نظرة الميسرة لكن تحت مسمى الاجل الاستعطافي او (الاسترحامي)⁽⁴⁾ .

فيما ذهب المشرع اليمني إلى جواز ان يتفق الطرفان على موعد للوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة وفي حالة اختلافهما يعين القاضي اجلا يراعي فيه حالة الملتزم⁽⁵⁾ ، فالقاضي عند منحه نظرة الميسرة يحدد له اجلا معقولاً يراعي في ذلك موارد المدين وظروفه ، فقد يمتد الاجل إلى عام أحياناً أو اكثر من ذلك فالأمر هنا يترك إلى قاضي الموضوع طالما توفرت الشروط ، أيضاً يجوز ان يمنح القاضي اجالا بتقسيط الدين وللقاضي السلطة المطلقة في منح ما يسمى (بنظرة الميسرة) أو حرمانه منها حتى لو توفرت شروطها ، لكن الامر يختلف في حالة ما إذا حكم القاضي بنظرة الميسرة ولم تتوفر شروطها فان حكمه سوف يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون⁽⁶⁾ .

(1) ينظر: نص المادة (297) من القانون المدني العراقي .

(2) وذلك لان المشرع العراقي اوجب ان يكون تدخل المحكمة عند الضرورة بناء على نص المادة (178) من القانون المدني العراقي والتي بينت على انه "يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا إذا اتفق المتعاقدان على عدم ضرورته" ، بنفس المعنى جاءت المادة (222) من القانون المدني اليمني النافذ.

(3) ينظر: نص المادة (394) من القانون المدني العراقي النافذ.

(4) نصت المادة (346) من القانون المدني المصري على انه "1- يجب الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، 2- على انه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون ان ينظر المدين إلى اجل معقول أو اجل ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " تقابلها الفصل (135) من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(5) نصت المادة (267) من القانون المدني اليمني على انه "اذا كان الطرفان قد اتفقا على الوفاء بالالتزام عند القدرة أو الميسرة أو تبين ذلك من ظروف الحالة و العرف ثم اختلفا عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الاجل مراعي في ذلك موارد الملتزم الحالية والمستقبلية ومقتضيات عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته " .

(6) ينظر: د-أنور طلبة، انتقال الحقوق والالتزامات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006 ، ص196.

ويترتب على منح نظرة الميسرة ان يصبح التزام الدين مضافا إلى اجل واقف ويلتزم الدائن بعدم مطالبة المدين حتى انقضاء الاجل الذي منحه له القاضي ، الا ان الاجل قد يسقط إذا اصبح المدين قادرا على الوفاء به قبل انقضائه ، وهذا يعني ان نظرة الميسرة تقتصر على المدين المختصم في الدعوى دون الغير أي ان ، (المدينين المشتركين معه ولو كانوا متضامنين)، لانها تمنح للمدين نظر لظروفه الشخصية⁽¹⁾.

اما المشرع الفرنسي فانه هو الآخر قد نص على منح نظرة الميسرة إلى المدين وذلك ضمن نص المادة (1228)⁽²⁾ ، تحت تسمية "Délai de grâce".

فمن خلال استقراء هذه النصوص تبين ان للقاضي ان يمنح نظرة الميسرة إلى المدين لكن بشروط وهي:

الشرط الأول: ان تكون ظروف المدين تبرر هذا التمييز أي ان يكون حسن النية في تاخره في الوفاء، وان يكون لديه المال يكفي للوفاء بالدين إذا حل اجل القاضي، ولا يمكن منح المدين المعسر اجلا إذا كان سيء النية أو معسرا، أي يجب ان تكون حالة المدين تستدعي ان يمنحه القاضي اجلا لتنفيذ التزامه ، أي انه كان حسن النية في تأخره بالوفاء أي ان يكون عاثر الحظ لا متعمد في عدم الوفاء وغير مقصر في ذلك ويجب ان لا يكون معسرا⁽³⁾ ، أي انه في ضيق مؤقت ينتظر زواله والا ليس هناك جدوى من منحه اجلا للوفاء بالدين⁽⁴⁾ ، وهذا ما

(1) ينظر: د-أنور طلبية ، المصدر السابق، ص198-199.

(2) نص المادة (1228) من القانون المدني الفرنسي المعدل باللغة الفرنسية :

Article 1228:"Le juge peut, les circonstances,constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du selon accordant éventuellement délai au ébiteur,ou allouer seulementdesdommages et intérêts"

(3) ان العسرة لها وجهان، الأول يجب ان يثبت انه لا يملك مالا على الاطلاق، الا ما استثني لحاجته الضرورية، والثاني ان يكون له مال ولكن لا يستطيع ان يفي بالدين عند حلول الاجل لكونه يملك اعيان لا يستطيع التصرف فيها ، أو انه كان يستطيع التصرف فيها دون ثمن المثل، أو كانت لديه حقوق لدى الغير لم يحن او انه ففي كل هذه الحالات يكون المدين معسرا يستحق الأنظار، للمزيد ينظر: فواد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، مصدر سابق، ص487-488.

(4) ينظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مصدر سابق، ص781.

اوضحه المشرع العراقي في المادة (297) من القانون المدني العراقي عندما ذكر عبارة "مراعية لمركز المدين ومراعاة الحالة الاقتصادية"⁽¹⁾.

فحسن النية يفترض دائماً في كل متعاقد ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك ، وهو بهذا يمثل قاعدة سلوك وهذه القاعدة يقدرها القاضي ولهذا نجد ان هذه القاعدة تستند على مفهومين، الأول شخصي يعتمد على نفسية المدين أي انه يوصف حسن النية إلى ما تشير اليه القرائن والتي تدل على ما يعتقد الشخص حقيقة وما يدار في مكان نفسه ، والثاني هو الموضوعي والذي بموجبه يراعى الإخلاص والأمانة على ما يوجبه العقد من أداء أي يجب إتيان السلوك الصحيح على الأقل⁽²⁾.

اما سيء النية فهو ان يكون المدين عاثر الحظ وغير متعمد في الوفاء وليس مقصراً ، بل انه يمر بأزمة طارئة مؤقتة خارجة عن الإرادة وهذه الازمة كانت سبباً في منعه من تنفيذ التزاماته فيكون بالإمكان تجاوزها وذلك عن طريق منح اجلا له من قبل القاضي ، ومثال على ذلك كان يصاب المدين بمرض استدعى انفاق أموال ؛ ومن ثم اثرت على القدرة على الوفاء وان وفائه بكل الدين قد يلحقه ضرراً جسيماً⁽³⁾.

اما الشرط الثاني: والذي يجب في كل الأحوال ان لا يترتب على منح نظرة الميسرة ضرر يصيب الدائن، أي إذا كان في منح هذه المهلة إلى المدين ان تكون سبباً في ضرر يصيب الدائن، فان القاضي يمتنع عن منحها فمن غير الجائز ان يكون التخفيف على المدين في مقابل الاضرار التي تصيب الدائن ، كان يرغب الدائن في ابرام صفقة مالية مربحة له بتلك الأموال التي موجودة في ذمة المدين فلو ضيع تلك الفرصة ستكون سبباً في خسارة فادحة له حيث ان القاضي مجبر عند منح نظرة الميسرة ان يوازن بين المصلحتين ، لكن مع تغليب المصلحة الدائن في الغالب⁽⁴⁾، وهذا ما لمسناه عند المشرع العراقي في المادة (294)

(1) نصت المادة (297) من القانون المدني العراقي النافذ على انه "اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

(2) ينظر: د-شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط1، دار دجلة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008، ص138.

(3) ينظر: د-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مصدر سابق، ص781.

(4) ينظر: د-بسام احمد حمدان ، مصدر سابق ، ص276.

والمشرع المصري والذي أورده في المادة (346) من قانونه، وكذلك المشرع اليمني في المادة(267).

اما الشرط الثالث: وهو عدم وجود نص قانوني يمنع منح نظرة الميسرة ، فمن المعلوم ان سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة هي سلطة مستمدة من القانون .

وهي تطبيق للنصوص القانونية وذلك لما خوله القانون ، فالمعنى في حالة إذا وجد نص قانوني يمنع القاضي من منح هذه المهلة ، فليس امام القاضي الا احترام ذلك والا اعتبر مخالفا لذلك (1).

ومن الأمثلة على ذلك هو حالة تأخر المشتري عن دفع الثمن وذلك عند حلول ميعاده ، فهنا يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة للمشتري ، الا في حالة إذا وجد اتفاق أو سكوت المشتري فيكون بإمكان القاضي منح مهلة للوفاء بالثمن إلى المشتري (2).

اما الشرط الرابع: يجب ان يكون الاجل معقولا (أي لمدة معقولة) وهذا من شأنه ان يحفز المدين على الوفاء بالتزامه وتقدير ذلك يعود إلى القاضي ، أي يجب على القاضي ان يراعي مصلحة الدائن كما قلنا سابقا ، أي ان يقاس الاجل بقدر ما هو ضروري لكي يتمكن المدين من الوفاء وبالإمكان منحه اجال متعاقبة ، وذلك بتقسيط الدين على أقساط ولكن بشرط ان لا يتجاوز الاجل مدة سنة وهذا ما اقره المشرع الفرنسي في المادة (1228) (3).

ويرى الباحث بانه من الاجدر ان يترك تقدير المدة المعقولة بحسب طبيعة الالتزام ، كون ان هناك التزامات تتطلب منحها مهلة طويلة نظرا لطبيعتها وهناك التزامات تتطلب منحها مهلة متوسطة لذلك كان من الاجدر على المشرع العراقي النص على هذا مراعاة لمن تنقرر له هذه المهلة .

فهنا إذا توفرت هذه الشروط يكون للقاضي كامل السلطة التقديرية لمنح المدين نظرة الميسرة أو رفض منحها حتى وان توفرت الشروط كافة .

(1) ينظر: بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2011-2012، ص374.

(2) ينظر: د-عبد المجيد الحكيم واخرون ، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص273

(3) ينظر: نص المادة (1228) من القانون المدني الفرنسي النافذ المعدل والتي ورد ذكرها سابقا، تقابلها بنفس المعنى المادة(281) من القانون المدني الجزائري .

ثانيا-أوجه الشبه بين التراخي ونظرة الميسرة : هناك عدة أوجه للتشابه بين التراخي ونظرة الميسرة والتي سنبين ذلك .

1-كلاهما طريق من طرق الوفاء في العقد

ليس هناك خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون بان كل من التراخي ونظرة الميسرة طريق من طرق الوفاء ، حيث يذهب البعض من الفقهاء على انه إذا حل اجل الدين ، يجب على المدين الموسر القادر الوفاء بالدين ، ولا يمكن للقاضي ان يمهل المدين الا إذا كان معسرا؛ ومن ثم عدم قدرته على الوفاء بالدين⁽¹⁾ ، لذلك وعلى الرغم من ما ذهب اليه الحنفية بجواز حبس المدين المعسر الا ان القاضي لا يامر بحبسه الا إذا اثبت الحق للمدعي بان يدفع المدين ما عليه من دين فيقال له " قم فارضه، فان عاد به اليه حبسه لانه يحتمل ان يوفي فلا يعجل بحبسه قبل ان يتبين حاله بالامر والمطالبة"⁽²⁾ .

وذهب الحنابلة أيضا إلى القول " ان كان الدين حالا على معسر وجب انظاره ، فان ادعى الاعسار حلف وخلي سبيله الا ان يعرف له مال قبل ذلك فلا يقبل قوله الا ببينة فان كان موسرا لزمه وفاءه فان أبى حبس حتى يوفيه فان كان ماله لا يفي بدينه كله فسال غرماءه الحاكم الحجر عليه لزمه اجابتهم ، فاذا حجر عليه لم يجز تصرفه في ماله ولم يقبل اقراره عليه ويتولى الحاكم قضاء دينه"⁽³⁾ .

والامر ذاته في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ، فلاصل بالالتزام الوفاء به فوراً مالم يكن مضافا إلى اجل اتفاقي أو قانوني ، وهذا مآتم النص عليه في المادة (2/394) من القانون المدني العراقي على انه " فاذا لم يكون الدين مؤجلا أو حل اجله وجب دفعه فوراً...."⁽⁴⁾، فوفاء المدين لالتزامه يكون بمجرد حلول الاجل المتفق عليه بين الأطراف أو الملزم به قانونا متى كان ميسور الحال.

(1)ينظر: السرخسي ، المبسوط ،ج20، مصدر سابق ،ص88-89.

(2)ينظر: ابن عابدين ، رد المحتار ،ج5، مصدر سابق ، ص380.

(3)ينظر : ابن قدامة المقدسي عبد الله بن احمد ، عمدة الفقه ، مكتبة الطرفين الطائف ، بلا مكان، بلا سنة، ص 52.

(4)نصت المادة (2/394) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ على انه " 1-اذا اجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول اجله 2-فاذا لم يكن الدين مؤجلا أو حل اجله وجب دفعه فوراً ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين إلى اجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم"

الا ان المشرع العراقي وكذلك المشرع المصري واليميني عاد وفي نصوص أخرى ومنح المتعاقد مهلة اخرى مراعاة لظروفه الاقتصادية والمالية والتي حالت دون تنفيذه لالتزامه ، لكن بشرط ان تكون هذه المهلة معقولة ومحددة بمدد معلومة ، وان لا تؤدي إلى الاضرار بالطرف الاخر⁽¹⁾.

وهذا ما يقال عن التراخي فمنح المتعاقد مهلة لغرض التروي والتدبر لا يعني عدم رغبته بالعقد بل لأجل التأني والتفكير أو قد يكون بحاجة إلى استشارة ذوي الخبرة فهذا يفسر انه سلك طريق اخر للوفاء ، وذلك عن طريق التروي والتفكير في الامر قبل الاقدام وإصدار قراره النهائي ، لكن بشرط ان لا يؤدي إلى الحاق الاضرار بالمتعاقد وان يكون في مهلة معلومة يحددها الأطراف وقد لا يحددها انما تكون وفق تقدير القاضي⁽²⁾.

2- من حيث النظام العام

أن نظرة الميسرة تعد من النظام العام وذلك لارتباطها بالمصلحة العامة ، وهذا يعني انه ليس بالإمكان الاتفاق على استبعادها والا وقع الاتفاق باطلا⁽³⁾.

وللدور الكبير الذي تلعبه نظرة الميسرة ، ذهب المشرع الفرنسي إلى جعلها من النظام العام ؛ ومن ثم لا يجوز استبعادها من قبل اطراف العقد الا في الحالات المنصوص عليها قانونا .

وهذا يكون حسب ما جاء في المادة (1228)، حيث نص على اعتبار المهلة القضائية من النظام العام وذلك في قانونه السابق وتحديداً في فقرته الثالثة من نفس المادة ، حيث يرى المشرع الفرنسي بان اعتبار المهلة القضائية من النظام ، وذلك لما توفره من حماية نوعية

(1) نصت المادة (297) من القانون المدني العراقي على انه "اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه" ، وبفس المعنى جاءت المادة (346) من القانون المدني المصري المعدل النافذ ، وكذلك المادة (267) من القانون المدني اليميني المعدل النافذ

(2) جاء في احدي القرارات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية " ان نفقة العدة حق شرعي للزوجة ثابت لا يسقط بمضي مدة معينة وبإمكانها المطالبة به باي وقت تشاء بالرغم من ان المحكمة قد قضت برد الدعوى على اعتبار ان المدعية كانت متراخية في المطالبة الا ان هذا الاتجاه غير صحيح فكان الاجدر بالمحكمة انتخاب خبير قضائي لتقدير مقدار نفقة العدة التي تستحقها ومن ثم الحكم على ضوء تقرير الخبرة القضائية لذا قرر نقض القرار وإعادة الدعوى إلى محكمتها " قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني ، <http://iraqlid.hgc.iq> ، نوع الحكم أحوال شخصية رقم الحكم 9430/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، تاريخ اصدار الحكم 2021، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 11:11p,m

(3) ينظر: اكرم محمود حسين، وإسماعيل إبراهيم محمد ، الدور الإيجابي للقاضي في المهلة القضائية ، بحث منشور في كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، مجلد 7، العدد 25، 2018، ص 26.

للمدين من خلال تمكينه من المطالبة بها في جميع مراحل الدعوى كذلك يمكن للمحكمة ان تمنحها تلقائيا ولو بغير طلب المدين ، فضلا عن ذلك بطلان كل بند من شأنه حرمان المدين من إمكانية المطالبة بها، لكن هذا لا يمنع من الاتفاق على مخالفتها ، وذلك من خلال تنظيم التشريعات الحديثة للمهلة القضائية ، اذ ان مقتضياتها جاءت لحماية مصلحة خاصة وهي مصلحة المدين لذلك ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على مخالفتها ، الا ان هناك اعتبارات إنسانية واخلاقية ودينية دفعت إلى تكريس المهلة واعتبرتها من النظام العام (1).

الامر ذاته يقال إلى التراخي وذلك حيث ان المشرع الفرنسي جعل من مهلة التروي والتفكير من النظام العام ، فهي حماية تكفل حق التفكير في العقد والتروي قبل الارتباط النهائي خلال المدة الممنوحة حيث ان المشرع الفرنسي ومن خلال نص المادة (1122) والتي ورد ذكرها سابقا جعل مهلة التفكير مصدرا وهما نص القانون والاتفاق فان كان مصدره القانون وباعتباره مقرر لحماية الطرف الضعيف ، فأنها بذلك تكون قاعدة امرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وان كان مصدرها الاتفاق فتكون من بنود العقد ، ويجب احترامها، فالحكمة المرجوة من تقرير هذه المهلة هو لحماية المتعاقد ؛ ومن ثم تستدعي الضرورة ان تكون هذه الالية من القواعد الامرة بالنظام العام وذلك لطبيعة العلاقة العقدية والتي تقوم على التفاوت بين أطرافها(2).

ولهذا نجد ان المشرع الفرنسي قد نص على هذه الالية ، وذلك في مجال التعليم بالمراسلة، حيث نص المشرع الفرنسي في المادة (8-444) من قانون الاستهلاك على مهلة سبعة أيام وذلك بعد ان يستلم العقد وكذلك الخطة الدراسية ، والتي بموجبها يكون خدمة لطالب التفكير بالعرض؛ ومن ثم حماية له ولهذا نجد ان المشرع الفرنسي قد نص على ان العقد لا ينعقد الا بعد فوات الاجل المحدد له ، ليس هذا فقط بل ذهب المشرع إلى حضر أي (تسبيق لجزء من المال) وذلك خلال تلك الفترة.

والمشرع الفرنسي لم يكتفِ بهذا فقط بل عاد واكد على اهمية جعل حق التروي من النظام العام ، وذلك عندما نص في مجال عمليات التجميل على مهلة (15) يوما على الأقل وتحسب هذه المدة من يوم تسليم النموذج لطالب الخدمة، والتي يكون فيها لطالب خدمة التروي ، والتدبر الجيد، والذي يكون بموجب المادة (6322) من قانون الصحة العامة ، فضل عن ذلك

(1) ينظر: د-سامي بديع منصور، مصدر سابق، ص307.

(2) ينظر: الطيب جربوع وعمر بن الزوبي، مصدر سابق، ص16

يحظر أي تسبيق للثمن خلال هذه الخدمة ، وبهذا النص اعتبره المشرع الفرنسي من النظام العام ، أي لا يجوز التنازل عنه خلال تلك المدة ، حتى وان كان هذا التنازل يصب في مصلحة صاحبه(طالب الخدمة)، فضلا عن ذلك نجد ان المشرع الفرنسي قد اعتمد مهلة التروي والتفكير كألية حمائية من التسرع في انتهاء العقد والذي قد يضر بصاحبه كثيراً، وهذا ما لمسناه في مجال المؤسسات والخدمات فهذه المجالات تقدم خدمات للمسنين أو تقدم لهم المساعدة في الاعمال المنزلية أو خدمات الرعاية أو المساعدة في الاندماج الاجتماعي، وهذه بموجب المادة (311-312) من قانون النشاط الاجتماعي والعائلي، حيث أوضح المشرع على إعطاء مهلة للتروي والتفكير تقدر بـ (48) ساعة يكون خلالها المسن ان يتراجع عن قراره في انتهاء العقد وبهذا يكون للشخص المسن ان يتراجع عن انتهاء عقده دون ان يلزم بأبداء أي أسباب عن ذلك ، أيضا ان المشرع قرر في المادة (2/1313-34) من قانون حماية المستهلك "هو ان عدم اظهار القبول الصادر من قبل طالب الائتمان العقاري قبل مضي مدة عشرة أيام حكما تبدا من تاريخ التسليم"⁽¹⁾، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في احدي قراراتها الصادرة بتاريخ 1998/10/7⁽²⁾

والتي جاء فيها على انه بناء على المادة (26-121) من قانون الاستهلاك" يمنع على المهني التوجيه إلى منزل الزبون قبل انتهاء مهلة التروي والتفكير بشكل مباشر أو غير مباشر، وبأي شكل كان المقابل أو التعهد الذي يطالبه به وينتج عن المادة السادسة من القانون المدني ان مخالفة ذلك يعتبر من النظام العام، ويعاقب عليه فضلا عن العقوبات الجزائية، بطلان العقد... " ، فحكم محكمة النقض الفرنسية وان كان قاصراً على حالة البيع على مستوى المنزل ، الا انه بالإمكان الاستفادة منه في جميع الحالات التي ليس بإمكان الاستفادة من

(1) ينظر: سعد نبيل إبراهيم، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي (دراسة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية -مصر، 2008 ، ص44

(2) "selon l'article L.121-26 al 1er du code de la consommation, il est interdit au professionnel d'obtenir du client démarché a son domicile, avant l'expiration du délai de réflexion, directement ou indirectement, a quelque titre que ce soit une contrepartie ou un engagement quelconque il résulte d l'art 06 du code civil que la méconnaissance de cette disposition d'ordre publique est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat....." Cass. Civ.1re du 01 oct. 1998, JCP, E.2000 J P 279

المهلة الممنوحة في موضوع العقد خاصة في العقود المتفاوتة والتي يكون المستهلك طرفاً فيها⁽¹⁾.

فالنصوص الملزمة لمهلة التفكير والتي تهدف بطبيعتها إضافة إلى حماية رضا مستنير للمستهلك والتي من شأنه ان يبين للمستهلك الظروف العامة للعقد المقدم عليه وهي بذلك تهدف إلى تحقيق التوازن المعرفي والاقتصادي ، لذلك نجد ان بعض التشريعات الحديثة سعت إلى حماية المتعاقد لكن بطريقة غير مباشرة وهذا ما أكدته مهلة التروي والتفكير حيث لا يجوز التنازل عنها فالمتعاقد يكون مجبراً على الاستفادة من المدة الزمنية المحددة كاملة فلا يعتد بقبوله قبل انقضاء الفترة الزمنية المحددة قانوناً⁽²⁾.

ولهذا نجد ان فكرة النظام العام هي فكرة معيارية مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان قوامها المصلحة العامة ، ولكن رغم ذلك نجد ان المشرع العراقي قد أصاب في ذلك ، وذلك عندما بين في المادة (130) على انه "يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة والا كان العقد باطلاً"⁽³⁾ ، وبما ان المحل في التراخي لا يخالف ذلك ؛ ومن ثم يخضع إلى الإلزامية لان ترك القاعدة من دون الزاميتها تصبح بلا جدوى عند العمل بها .

3- من حيث المدة : يشترط في الاجل الممنوح للمدين ان يكون في مدة معقولة ومناسبة ، فلا يجوز للقاضي ان يمنح المدين مدة طويلة للوفاء بالتزامه بل افترض ان تكون مدة معقولة وكافية لتحقيق الهدف منها وهو مساعدة المدين لكي يتمكن من الوفاء بالتزامه⁽⁴⁾ ، الا انه مما يؤخذ على موقف المشرع العراقي انه لم يبين حداً ادنى أو اقصى لهذه المهلة التي يمنحها القاضي للمدين ، بل ترك المدة مفتوحة وغير محددة واكتفى بالنص في المادة (297) من القانون المدني العراقي على انه " عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الاجل "⁽⁵⁾ ، والامر ذاته ينطبق على المشرع المصري عندما ذهب بالقول " ينظر المدين إلى اجل معقول أو اجل

(1) ينظر: د-محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مكتبة الكتب العربية، القاهرة، 2001-2002م، ص59.

(2) Gerard CAS. Didier Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF 1986, P.46.

(3) ينظر : نص المادة (130) من القانون المدني العراقي النافذ، والمادة (200)، وأيضاً المادة (266) من القانون المدني المصري النافذ، أما القانون اليمني فقد اكتفى بالنص على النظام العام في المادة الأولى من القانون اليمني .

(4) ينظر: د-عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص49.

(5) بنفس المعنى جاءت المادة (267) من القانون المدني اليمني على انه " إذا عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الاجل " .

ينفذ فيها التزامه" (1) ، فكان الاجدر تحديد المدة المناسبة للأجل ، وذلك حلا للنزاع الذي يحدث بين المتعاقدين كما فعلت بعض التشريعات (2) .

الامر ذاته ينطبق على مهلة التراخي فبالرغم من عدم ذكر المهلة الخاصة به والتي لمسناها في بعض الخيارات فقد ترك المدة أيضا مفتوحة من دون تحديد بل ذهب إلى القول في بعض الخيارات بان تكون المدة مناسبة أو معقولة دون تحديدها (3) .

لذلك كانت دعواتنا إلى المشرع العراقي النص على التراخي وان يكون ضمن مدة محددة يتراخى فيها المتعاقد لأجل التروي ، وهذه المدة قد يترك تحديدها أما للمتعاقدين أو حسب طبيعة الالتزام حيث ان الغاية من ذلك هو حماية المتعاقد وعدم استخدامه هذه المدة لتحقيق مقاصده والتي قد تكون في بعض الأحيان وسيلة للأضرار بالمتعاقد الاخر في العقد كما فعل المشرع الفرنسي عندما نص على مهلة التروي في قانونه .

فألغرض الذي نسعى اليه هو حماية المتعاقدين وهذه الحماية يجب ان تكون وفق مهلة معلومة ومحددة والا أصبحت عائقا امام تنفيذ العقد فلا يمكن الاعتداد بالتراخي بعد مرور مدة طويلة الا إذا توفرت ظروف مقنعة ، وذلك لان مضي المدة يؤدي إلى فوات الغرض الذي وضع من اجله التراخي وهذا ما ذهب اليه القضاء في بعض القرارات (4) ، لهذا كانت دعوتنا إلى المشرع العراقي هي دعوة هادفة إلى تجسيد إلى ما جاء به الفقه الإسلامي وكذلك القانون الفرنسي كون الغاية الرئيسية والاساسية هي حماية كلا المتعاقدين وضمان حريته .

(1)تقابلها المادة (335) من القانون المدني الأردني والتي نصت "ان تنظر المدین إلى اجل معقول".
(2)نصت المادة (281) من القانون المدني الجزائري "يجب ان يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدین ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك غير انه يجوز للقضاء نظر لمركز المدین ومراعاة للحالة الاقتصادية ان يمنحوا اجالا ملائمة للظروف دون ان تتجاوز هذه مدة سنة وان يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".
(3)نصت المادة (523) من القانون المدني العراقي على انه "البائع ان يحدد للمشتري اجلا مناسباً يسقط بانقضائه الخيار".

(4)جاء في احدى قرارات محكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية على انه "ان المعارضة التحريرية يجب ان تكون متزامنة مع السكن أو احداث الأبنية في العقار محل التعهد ولا يعتد بهذه المعارضة إذا حصلت بعد فترة طويلة جدا واسبقية تاريخ إقامة دعوى منع المعارضة على تاريخ إقامة التمليك غير مؤثرة في دعوى التمليك طالما لم يحصل التزام ولا يؤاخذ المميز في (تراخيه) بإقامة دعوى التمليك إذا قام لديه العذر في ذلك " قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraql.d.hgc.iq> ، نوع الحكم مدني ، رقم الحكم 137، تاريخ اصدار الحكم 2015، تاريخ الزيارة 2023/8/8، الساعة p,m11:11 .

كذلك ما جاء في احدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية على ان " تخصيص الشقة موضوع الدعوى إلى المدعي الا انها لم تسجل باسمه في حينه وذلك (لتراخيه) عن مراجعة الدوائر ذات العلاقة لهذا الغرض " قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraql.d.hgc.iq> ، نوع الحكم مدني ، رقم الحكم 90/تسجيل عقار 2010، تاريخ اصدار الحكم 2010 ، تاريخ الزيارة 2023/8/8، الساعة p,m11:11 .

ثالثاً- أوجه الاختلاف بين التراخي ونظرة الميسرة : بالرغم من أوجه التشابه بين التراخي ونظرة الميسرة إلا ان عدة اختلافات تكمن بينهما ومن هذه الاختلافات .

1- من حيث المفهوم : ان كل من التراخي ونظرة الميسرة لهما مفهوم يختلف عن الآخر، فكما معلوم ان التراخي أو التروي هو ان يمنح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير في امر العقد والذي يكون قد ابرمه لدفع الاخطار التي من الممكن ان تلحق به وذلك كإثر لتسرع في التعاقد ، وهذا بالأخص ما تميزت به المعاملات الحالية من خلال وسائل الجذب والاغراء ؛ ومن ثم تنتزع رضا المتعاقد من غير ان يشعر به (1).

اما نظرة الميسرة فيقصد به (بانها التعبير الذي يطلق عليه الاجل الذي يمنح إلى المدين المعسر حتى يتمكن من الوفاء بدينه) ، ويقصد انها سلطة القاضي في ان يمنح مهلة للوفاء بالدين إلى المدين ، على الرغم من كون الدين حال الأداء اتفاقاً أو قانوناً ودون موافقة الدائن عندما يكون المدين بحاجة إلى ذلك ، وذلك لما يصادفه من صعوبات مؤقتة وبعبارة أخرى قد يكون المدين عاثر الحظ حسن النية وتستدعي حالته منحه تلك المهلة (2)

2- من حيث الأسباب : من المعلوم ان نظرة الميسرة تمنح لسبب واضح وهو اعسار الدين وتفصيله في تنفيذ التزامه كما في اعسار المدين ف تسديد ديونه إلى الغير فهنا ذهب الفقهاء إلى ثبوت اعساره ، أي ليس لديه المال الكافي للوفاء بديونه فهنا لا يمكن ان يتم حبسه ، وذلك لان الحبس يمنعه عن إتمام اموره الدينية والدنيوية ؛ ومن ثم يؤدي إلى تضجره ، لكن بالإمكان تحقيق هذا الغرض بدون الحبس وهذا يكون عن طريق اقاربه واصدقائه والجهات الحكومية التي لها علاقة وذلك عن طريق اقتراضه من صندوق التنمية العقارية كذلك ان الحبس عقوبة ولأذنب له حتى يعاقب عليه لذلك تمنح له نظرة ميسرة لتيسير اموره (3). وكذلك ما روي عن الامام علي (عليه السلام) انه كان يقول " إذا حبس القاضي رجلا في دين ثم تبين له افلاسه وحاجته اخرجته حتى يستفيد مالا ثم يقول له إذا افدت مالا فاقسمه

(1) ينظر: د-هلدير اسعد، مصدر سابق ، ص303.

(2) ينظر: طرطاق نورية، مصدر سابق ، ص 127.

(3) ينظر: د-محمد بن راشد بن علي العثمان ، احكام الاجل في الفقه الإسلامي، ط2، بلا مكان طبع، 1417هـ-1996م، ص317-318.

بين غرمائك" (1).

فالحديث هنا يدل على جواز حبس المدين إذا كان عليه دين في حالة إذا كان متهما بعدم الوفاء ، إلا إذا ثبت افلاسه فإنه يتم الاخلاء عنه إذا ثبت اعساره (2)، وذلك استنادا إلى قول الله عز وجل (وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظْرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (3)

كذلك ان ما جاءت به التشريعات المقارنة على ان منح نظرة الميسرة تكون للمدين المعسر فقط مراعاة لموارده الحالية والمستقبلية وعنايته على الوفاء بدينه، فليس هناك جدوى من منح مهلة الميسرة للمدين الذي ليست له موارد حالية أو مستقبلية فالظروف التي تأخذ بالحسبان هي ظروف شخصية متعلقة بالمدين المعسر (4) ، لذلك فان نظرة الميسرة تقتصر عليه فقط دون غيره من المدينين المشتركين معه ولو كانوا متضامنين لأنها قاعدة خاصة بالمدين المعسر فقط (5) ، أما التراخي فإنه يمنح للمتعاقد لأجل التروي والتفكير وفي كل الحالات فالمتعاقد بلجؤه إلى التراخي لا يعني بانه معسر بل لأجل إعادة تفكيره وتدبره فيما يريد التعاقد عليه ففي خيار الرؤية يكون الغرض منه هو التبصر ورؤية المبيع والتأكد منه فهو ليس بمعسر وانما يكون بحاجة إلى المزيد من التروي في امر العقد لذلك يذهب المشرع الفرنسي بان مهلة التروي هي الية وقائية لحماية الطرف الضعيف من التسرع في التعاقد.

3-من حيث التقرير: نظرة الميسرة هي اجراء قضائي ممنوح من القاضي فهي لا تمنح الا بمقتضى حكم يفصل في دين يتحقق فيه خطأ المدين، وهنا تكون للقاضي السلطة التقديرية

(1)حدثنا محمد ،قال حدثنا محمد بن راشد قال ،حدثنا إسماعيل بن ابان عن غياث عن جعفر عن علي "عليه السلام" (انه كان يحبس الرجل إذا التوى على غريمه فاذا تبين له افلاسه وحاجته اخرجه حتى يستفيد مالا ، ويقول إذا استفدت مالا فاقسمه بين غرمائك) كذلك قال (اذا حبس القاضي رجلا في دين ثم تبين له افلاسه وحاجته اخرجه ، حتى يستفيد مالا ثم يقول له إذا افدت مالا فاقسمه بين غرمائك ، وللمزيد اكثر ينظر: احمد بن عيسى بن زيد بن علي بن الحسين ابن علي بن ابي طالب "عليه السلام"، راب الصدع، تحقيق العلامة علي بن إسماعيل بن عبد الله المؤيد الصنعاني، المجلد الثالث ، ط1، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت -لبنان ، 1410هـ-1990م، ص1509

(2)بان الزوجة لا يحق لها ان تطلب الفسخ من الزوج على الفور وانما يكون ذلك على التراخي أي بعد ضرب مدة لمعرفة ثبوت اعساره واستمراريته ، نظر: د-محمد بن راشد بن علي العثمان ، المصدر السابق ،ص313.

(3)، سورة البقرة ، آية (287).

(4)ينظر: نص المادة (297) من القانون المدني العراقي على انه (عند المقدره أو الميسرة) وكذلك ما جاء في نصت المادة (346)من القانون المدني المصري (إذا استدعت حالته) وكذلك نص المادة (267) من القانون المدني اليمني (عند القدرة أو الميسرة أو تبين ذلك من ظروف الحالة و العرف) ، كذلك ما جاء به المشرع الفرنسي في المادة (1228)

(ordonner l'exécution du selon accordant éventuellement)

(5)ينظر: د-أنور طلبة ، مصدر سابق، ص198-199.

الكاملة أما قبول الفسخ أو الاجبار على التنفيذ أو منح المدين مهلة للوفاء مع مراعاة مصلحة الطرفين في كل الحالات ، وهذا ما أكدته جميع التشريعات المقارنة⁽¹⁾، أما التراخي فقد يكون مصدره الاتفاق كما في الخيارات الارادية والتي تكون بإرادة الأطراف أو قد يكون مصدره القانون كما جاء في التشريع الفرنسي واليميني .

المطلب الثاني

اقسام التراخي

أن الاصل في العقود انها مبنية على التراضي بين الطرفين ، وهذا التراضي ينشأ من توفر الإرادة العقدية بين الطرفين لكن قد يحصل ما يشوب تلك الإرادة ويؤثر على العقد ، وذلك عندما يتراخي المتعاقد بإرادته دون تأثير من احد ، أي يكون التراخي راجع إلى إرادة المتعاقد نفسه ويسمى هنا بالتراخي الارادي ، وهناك تراخي عائد إلى المؤثرات الخارجة عن إرادة المتعاقدين ويسمى هنا بالتراخي اللاإرادي والتي يكون نتيجة الظروف التي تحيط بالمتعاقد وتؤدي إلى تراخي خارج عن الإرادة .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبيين في الفرع الأول منه التراخي الارادي، وفي الثاني منه التراخي اللاإرادي وكالاتي:

الفرع الأول

التراخي الارادي

كما معلوم ان الغرض الذي يسعى التراخي اليه هو لأجل التروي والمشورة وتمحيص الآراء، وتنقيح الإنظار للوصول إلى ما هو اهدى سبيلا وفي هذا استجابة للدعوة النبوية التي تضمنها قول الرسول محمد (ﷺ) " احرص على ما ينفعك " (2).

(1) ينظر: نصت المادة (297) من القانون المدني العراقي (عينت المحكمة) ،وبنفس المعنى جاء التشريع المصري واليميني وكذلك الفرنسي والتي تم الإشارة اليهم سابقا .

(2) عن النبي محمد (ص) " إذا عزم الله تعالى لامرئ على سماع الحديث وحضرته نية في الاشتغال به فينبغي ان يقدم المسألة لله تعالى ان يوفقه فيه ويعينه عليه ثم يبادر إلى السماع ويحرص على ذلك من غير توقف ولا تأخير، لذلك قال احرص على ما ينفعك واستعن بالله ولا تعجزه وليجد الطالب في طلبه " فالمومن القوي خير واحب إلى الله من المومن الضعيف وفي كل خير احرص على ما ينفعك ولا تعجز فان غلبك امر فقل قدر الله وما شاء صنع ، ينظر: ابي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي الحافظ، فتح المغيبي (شرح الفية حديث)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، ص284،

فقد تتجه إرادة المتعاقد إلى التراخي لأحداث ذات الاثار من دون ضغط أو موثر خارجي ولذلك يسمى بالتراخي الارادي .

وهذا النوع من التراخي لم يتطرق له الفقه الإسلامي بصورة خاصة، وذلك لكونهم تطرقوا إلى التراخي بصورة عامة في عدد من العقود والتصرفات من دون ذكر الأقسام .

اما في القانون فالأمر ذاته أيضا وما وجد هو بعض تعريفات التي تكاد تنطبق على هذا النوع من التراخي على الرغم من عدم بيانهم التفصيلات اللازمة لهذا النوع، فقد ذهب البعض إلى تعريفه بأنه (مرفق يحتاط به الانسان لنفسه لإتاحة فرصة التروي والتفكير والمشاورة في العقد) (1) .

وذهب البعض الاخر إلى تعريفه بأنه (التراخي الذي يكون سببه المتعاقد ذاته إذا يكون خالي من المؤثرات الخارجية) (2) .

فالتعريف التي ذكرت بالرغم من كونها تدل على ان التراخي الارادي، والتي اشارت إلى دور الإرادة في هذا النوع والتي يكون بإرادة صاحبه الا انها لم تبينه بالصورة الواضحة هل ان التراخي الارادي مطلق المدة ؟ ام ان هناك مدة محددة يتراخي بموجبها المتعاقد ؟

جوابا نقول، بعد تسليط الضوء على التعاريف التي اطلقت على التراخي الارادي بالإمكان القول بأنه (التراخي الذي تتجه بموجبه الإرادة لاحداث اثار قانونية خلال مهلة معلومة).

حيث ان العقد ينشأ بإرادة الأطراف ، وهذه الارادة التي اوجدت العقد هي التي تملك تعديله فالإرادة في القانون فهي عمل نفسي ينعقد العزم به على شي معين في القانون(3) .

فقد يكون المتعاقد بحاجة إلى المزيد من التروي والتفكير والتدبر في امر العقد لذلك يكون هذا الامر عائداً إلى ارادته من دون ضغط لكن بشرط ان لا تكون هذه الإرادة سبباً في الحاق الاضرار بالمتعاقد الاخر نتيجة ترويه أو تمهله في امر العقد .

وينظر أيضا ، الشريف إبراهيم بن محمد بن كمال الدين الحسيني الحنفي الدمشقي ، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف ، ج1، المكتبة العلمية ، بيروت -لبنان ، 2005، ص96.

(1)ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص62.

(2)ينظر: زينب جبار احمد الاسطل ، مصدر سابق ، ص16.

(3)ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط (نظرية الالتزام) ، مصدر سابق ، ص172

ومن خلال الاستدلال والبحث في نصوص الخيارات التي لمسناها بان هذا النوع من التراخي قد يكون خلال مدة محددة وقد يكون خلال مدة غير محددة .

لهذا سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى منها التراخي الارادي محدد المدة وفي الثانية منها التراخي غير محدد المدة وكالتالي:

أولاً- التراخي محدد المدة

كما معلوم ان هناك بعض الخيارات تكون محددة بمدة معلومة يكون بموجبها التروي والتفكير لكن خلال مدة محددة يجب ان تعلن صراحة وهذا ما لمسناه في خيار الشرط ، حيث اتفق الفقهاء على كون هذا الخيار محدد بمهلة معينة ولذلك يرى فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ ، بان خيار الشرط مشروع للتروي والتفكير والمشورة ، وان هذا الخيار قد يختلف باختلاف السلع ويتفاوت بتفاوتها، فقد يكون الخيار مطلقاً أو مقيداً بثلاث أيام بل اوجبوا ان يكون للخيار مدة معلومة والا فسد العقد. فمن (اتباع شيئاً بشرط الخيار ولم يسم له وقتاً ولا اجلاً بل اطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام ولا خيار له بعد ذلك)⁽²⁾ .

وهناك من ذهب إلى ان خيار الشرط هو خيار تروي ، أي تأمل في ابرام العقد وعدمه ، فيكون لاحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا اشترط ذلك في العقد ، فالبيع الذي فيه خيار الشرط هو بيع وقف بته أي لزمه على امضاء يتوقع ممن له الخيار من البائع أو المشتري أو غيرهما في المستقبل سواء كان المشارط عاقدا لنفسه أو لغيره كالوكيل إذا اذن له الموكل بذلك ، وكالوصي إذا كان له مصلحة في ذلك ، فاذا قال البائع للمشتري مثلاً بعت لك هذه الدار أو هذه السيارة بكذا كان للبائع الحق في فسخ العقد خلال المدة فاذا مضت المدة من غير ان يعلن راية في الامضاء أو الفسخ سقط الفسخ ولزم العقد ، وهذا يفسر لنا بان خيار الشرط هو خيار ذات مهلة محددة وبإمكان المتعاقد الاشتراط في العقد على ان يكون خلال مهلة يراها مناسبة للنظر في امر العقد، وعلى الرغم من كونه

(1)ينظر: أبو جعفر بن محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج3، الطبعة الجديدة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، 1411هـ، ص20.

(2)ينظر: نجم الدين جعفر الحسن (المحقق الحلبي) ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ط1، مطبعة الاداب ، النجف الاشرف ، 1969، ص 16.

ذات مهلة محددة الا ان الفقه اجمع على ان خيار الشرط على التراخي لكونه خيار تروى وتفكير في امر⁽¹⁾ .

اما في التشريعات المقارنة ، فيلاحظ ان خيار الشرط نص عليه المشرع العراقي والمشرع اليمني فقط ، حيث بين المشرع العراقي ان خيار الشرط يجب ان يكون خلال مدة معلومة حيث ان هناك من يرى إلى ان مدة الخيار تكون بحسب طبيعة المبيع ، فاذا كان عقارا جاز ان يمتد مدة الخيار إلى مدة تتراوح بين ستة وثلاثين وثمانية وثلاثين يوما واذا كان المبيع من عروض التجارة أو الدواب الغير معدة للنقل أو الركوب فمدة الخيار تتراوح بين ثلاثة أو خمسة أيام ، وهناك من ذهب إلى إجازة الشرط حتى لو زادت مدته عن ثلاثة أيام وهذا الراى يتفق مع ما ذهبت اليه المادة (509) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (513)⁽²⁾ .

اما المشرع اليمني فيرى ان خيار التروى يجب ان يكون خلال مدة معينة، وان سكوت المتعاقدين عن ذكر مدته فان الخيار يكون لمدة عشرة أيام ينقطع لمن شرط اليه⁽³⁾ .

فخيار الشرط إذا هو احد المكنات المتاحة التي اقرها المشرع للمتعاقد لتمكنه من الرجوع عن العقد من دون مقابل أو جزاء كما في التعاقد بالعربون ؛ ومن ثم يجعل العقد غير نافذ بحيث لا يرتب على العقد اثره في الحال وانما بعد انتهاء الخيار أو اسقاطه ، فاشتراط هذا الخيار يعطي صاحبه فرصة للتأمل والتروى قبل الالتزام بالعقد نهائيا وهو يكون في العقود الملزمة كالبيع والايجار⁽⁴⁾ .

افساح المجال للمتعاقد لأجل التروى والتشاور في العقد هو حق خاص يعود اليه فلا يمكن منعه أو اجباره على التنازل عنه ، ولان الغاية الرئيسية التي تسعى اليها القوانين هي حماية المتعاقد وتحقيق مبدا التوازن العقدي فكان الاجدر النص على ذلك وحماية المتعاقد من تسرعه في ابرام العقود ومنعه من ذلك عن طريق منحه مهلة من التروى لكن بشرط ان لا

(1) ينظر : احمد ادريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص147.

(2) ينظر: د-سعيد مبارك واخرين ، مصدر سابق ، ص49 وما بعدها.

(3) ينظر: نص المادة (232) من القانون المدني اليمني المعدل النافذ.

(4) ينظر: وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والأردني ، دار الفكر ، 2014، ص44، وينظر ايضا، طارق كاظم عجبل ، انعقاد العقد (دراسة معمقة بالفقه الغربي والإسلامي) ، ج1، ط1، دار الحامد ، 2010، ص168.

تؤدي هذه المهلة إلى الاضرار والتعسف على حساب المتعاقد الاخر بل يجب ان تكون معلومة ومحددة اتفاقيا أو تشريعيا.

ثانيا- التراخي غير محدد المدة

أن التراخي ينصب بالدرجة الأساسية في الخيارات التي تكون غير محددة المدة كما في خيار المجلس وكذلك خيار العيب وخيار الرؤية ، فالتراخي هنا يكون مطلق المدة ولا يتقيد بمدة معينة.

وليكن حديثنا عن خيار المجلس كونه ابرز الخيارات التي تكاد تكون مطلقة المدة ، فهو لا يبدا من تاريخ صدور الموجب لا يجابه ، بل من لحاق القبول به مطابقا له أما قبل الوقوع فان العاقدين يملكان خيارا في اجراء العقد أو عدمه وهو خيار القبول وهذا الخيار يسبق إتمام التعاقد .

ففي خيار المجلس ليس المقصود معناه الجلوس ، بل المقصود فيه هو المهلة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد دون ان يطرأ التفرق عن مكان التعاقد ، فاذا تفرق المتعاقدان انقضى المجلس وهنا ينصب حدوث التراخي حيث يكون في المهلة المطلقة للمجلس دون التقيد ، واكثر الفقهاء الذين تناولوا خيار المجلس هم فقهاء الامامية والمالكية والشافعية⁽¹⁾ ،

حيث يرون بان خيار المجلس باق إلى حين التفرق أو التخاير حتى وان طالت المدة ، فعند النظر إلى المتعاقد نجده في الغالب ليس لديه الامكانية الفعلية واللازمة لفحص السلعة ومعاينتها والالمام بجميع تفاصيلها وخصائصها وهنا يجب على المتعاقد التمتع بخيار المجلس ؛ ومن ثم تصدر ارادته واعية ومستنيرة حتى لا يقع في خطأ ويكون تسرعه سببا في بعض الاضرار التي قد تلحقه ، ولذلك شرع له خيار المجلس وبموجبه يجوز التراخي له دون

(1) ينظر: محسن الطباطبائي الحكيم، نهج الفقاهة، ج1، منشورات بهمن، قم، بلا سنة نشر، ص105، وينظر أيضا: ابي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر، بيروت ، بلا سنة نشر، ص180.

تقيد بالمدة لكي يقدم على ابرام العقد وهو في حالة متروية ومن دون أي ضغط ولكي لا يتحسر فيما بعد ويصيبه الندم نتيجة لتسرعه (1).

الفرع الثاني

التراخي اللاإرادي

قد يتراخى المتعاقد عن تنفيذ التزامه في بعض الخيارات ولكن هذا التراخي لا يرجع إلى إرادته بل يكون خارجاً عن إرادته ، فكما نعلم ان القاعدة العامة في العقود هو عدم جواز ان يتحلل اطراف العقد من التزاماتهم ، وذلك لاي سبب كان لكونه من النظام العام ولا يجوز مخالفته، الا ان المشرع سمح وفي ظل ظروف استثنائية الخروج عن هذه القاعدة ومن هذه الظروف الاستثنائية هي قاعدة الظرف الطارئ ، فقد يتراخى المتعاقد عن تنفيذ التزاماته لسبب لا يعود له بل بسبب ظروف قاهرة كانت سبب في تراخيه ؛ ومن ثم قد يكون سبباً في أحداث خلل في ميزان العقد ؛ ومن ثم يولد تراخٍ لا ارادي، فالتراخي اللاإرادي يكون نتيجة ظروف وأوضاع لا ارادية أي خارجة عن إرادتهما، لكن الظرف الطارئ ليس فقط السبب الوحيد الذي يؤدي إلى تراخي اللاإرادي ؛ بل ان الأفعال التي يتسبب بها الغير إلى المتعاقد قد سببا أيضا في تراخي المتعاقد ؛ ومن ثم قد يتسبب في تراخي المتعاقد .

ويرى الباحث بان التراخي اللاإرادي بانه ذلك " التراخي الذي يكون سببه ظروف وأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين وأدت إلى حدوث خلل في ميزان العقد "

وعليه سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى نظرية الظروف الطارئة وفي الثانية منها إلى فعل الغير وكالتالي:

أولاً- نظرية الظروف الطارئة

(1)ينظر: د-محمد بن عبد العزيز الخضير، التراخي في عقد البيع الالكتروني دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الدراسات ،كلية دار العلوم -جامعة المنيا ،ص823-824

تتمثل نظرية الظروف الطارئة بان هناك عقود قد يتراخي تنفيذها، وذلك بسبب حادث، لم يكن يتوقعه المدين؛ ومن ثم اصبح تنفيذ الالتزام شاقا ومرهقا، وهذا اهم ما يميز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة الا وهو معيار الإرهاق الذي يكون في الواقعة ، لذلك قيل بان هذه النظرية تعالج اختلال التوازن العقدي وايضا رفع الغبن في العقد، فالظرف الطارئ، هو حالة استثنائية⁽¹⁾ ، يطرا بعد ابرام العقد وقبل تنفيذه ، وذلك بسبب حادث لم يكن يتوقعه أو كان في حسبانته ، فادى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين ؛ ومن ثم تكبده بخسائر فادحة ، ويصبح تلافيها على المدين من الصعوبة ، وهذا ما يهمننا في مجمل بحثنا .

أن الأثر الزمني يظهر في العقد بصفة خاصة عندما يكون ذا صفة تنفيذية متراخية ، وهذا يكون في العقود التي يحدد فيها الانتفاع بفترة معينة ، والتي تؤثر على سير تنفيذ العقد وتراخي المتعاقد عن تنفيذ التزاماته .

لذلك يثار التساؤل حول ما هو مصير العقد المتراخي احكامه لسبب يكون خارج عن إرادة متعاقديه ، هل يفسخ العقد ام يكون بإمكان المتعاقدين الانتظار لحين زوال هذا الظرف ؟

جوابا نقول في نقطتين ا- : أن فقهاء المسلمين قد اهتموا بالعدر الطارئ وبينوا أهميته على سير تنفيذ العقد وكان في مقدمتهم فقهاء الحنفية ، حيث بينوا دور الجائحة التي تصيب الانسان طرف التعاقد كان يكون هناك مهلة زمنية معينة قد اعترت تنفيذ العقد ، أو ان العقد معلق على احد الخيارات الارادية وان العذر الطارئ يؤثر على العقد بمرور هذه المهلة ؛ ومن ثم يتوقف العقد عن انتاج اثاره والذي يؤدي إلى انفساخه إذا عظم خطر العذر⁽²⁾ ، كما لو غمرت مياه الفيضان الأرض المستأجرة .

اما اراء المذاهب الأخرى فقد ترددوا توسعاً أو تضيقاً بما ذهب اليه الاحناف فيما يخص ان الظرف الطارئ يؤثر على العقد بالفسخ أو بتأثير مدة الظرف الطارئ في العقود المتراخية ؛ ومن ثم إمكانية استئناف العقد بعد زوال هذا الظرف .

جانبا من الفقهاء لا يعتدون بالوقت الذي يعتريه ظرف طاري بل ما يهم هو مقدار التلف الذي يحدث في المبيع باعتبارها من عقود المنافع وهذا ما اخذ به الامامية ، حيث بينوا ان المبيع إذا تلف قبل قبضه وهو في يد المالك بعد انشاء العقد وتمامه بجميع اركانه وشروطه

(1) ينظر: د- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 ، ص254.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ، ج4 ، مصدر سابق، ص176.

فانه يتلف من مال البائع وهو من يتحمل الخسارة وان العقد يفسخ قبل التلف ولو بلحظة ؛ ومن ثم يعود المبيع إلى ملك البائع ويكون الحدث الطارئ موجبا لانفساخ العقد (1) .

اما الشافعية والحنابلة ، فانهم اخذوا بنظرية العذر وطبقوها ولكن في اطار ضيق ، حيث يرون ان المعقود عليه في عقود المنافع كالإجارة انما هو العين ذاتها وليس المنفعة ، فاذا تهدمت الدار بأكملها أو جزء منها هنا تفوت المنفعة بفوات العين ؛ ومن ثم يثبت الفسخ أما في حالة إذا فاتت المنفعة لكن من دون حدوث خلل بالعين فلا يفسخ العقد طالما ان المنفعة قائمة ويمكن الاستفادة منها ، حيث ان القاعدة عند الشافعية ان العقد لا يفسخ بالعذر الا إذا ترتب عليه خلل بالمعقود عليه أو يؤدي إلى نقص في المنفعة أو يتعذر استيفؤها فيما عدى ذلك لا يؤدي العذر في العقد إلى الفسخ ، لكون المعقود عليه موجود ولكن تعذر الانتفاع به لأمر خارج عن ارادته (2) ، وقد اضاف أيضا الحنابلة بالإضافة إلى شرط المنفعة وهو ان يكون العذر شاملا لعامة الناس أي لا يتعلق بشخص العاقد فقط ؛ ومن ثم ان المدة الطارئة والتي أدت إلى تراخي المتعاقد لا تحتسب من مدة الانتفاع المتفق عليها (3) .

اما الظاهرية فقد عرفوا نظرية الاعذار (4) ، وهم بذلك يقتربون من الحنفية في تطبيقها .

الا انهم اضافوا بالإضافة إلى فوات المنفعة التي تؤدي إلى اختلال العين ، فانهم يرون ان هناك اعذار قائمة أيضا على فوات المنفعة ، ، وذلك بسبب اختلال الوسائل التي تستوفي منها المنفعة حتى لو بقيت العين دون خلل (5) .

ويرى الباحث من اراء الفقهاء في العذر الطارئ والذي يلحق بالعقد بمفهومه المؤثر وهو طارئ عليه ، انهم يكادوا يتفقون انه إذا احدث العذر خللا بالعين محل التعاقد بحيث لا يستطيع الاستمرار في إتيان ثمارها فان ذلك يؤدي إلى انفساخ العقد .

(1) ينظر: هاشم معروف الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، مصدر سابق ، ص365.

(2) ينظر: النووي ، المجموع ، ج14، مصدر سابق ، ص325.

(3) ينظر: ابن قدامه ، المغني ، ج 4، مصدر سابق ، ص67-68.

(4) ينظر: يقصد بالعذر، "هو العجز عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر لم يستحق" فالعاقد عندما يبرم عقد ما تكون لديه القدرة على الالتزام بما يرتبه هذا العقد من اثار، لكن في بعض الأحيان قد يتفاجأ بأمر لم تكن في الحسبان لا سيما في العقود التي تكون فورية التنفيذ أي هناك تراخي فيها ؛ ومن ثم يلحق في تنفيذها ضرر مادي أو معنوي؛ ومن ثم يتاثر ميزان التعادل بين العاقدين لفوات حقه، بسبب العذر الطارئ والذي قد حول بينه وبين الوصول إلى الحق ، للمزيد ينظر: عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، احكام لزوم العقد ، مصدر سابق ، ص392-393.

(5) ينظر: محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، الظاهري، المحلي بالاثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري ، ط1، طبعة دار الفكر المصورة ، بيروت ، 2003 ، ص184.

لكن هذه الجزئية خارجة عن جزئية بحثنا ؛ ومن ثم لا يمكن ان يؤدي التراخي اللاإرادي إلى فسخ العقد وذلك لأنه لم يكن الامر عائد اليه ؛ بل كان نتيجة لظروف خارجة عن الإرادة ؛ ومن ثم قد يكون العذر الملم بالتعاقد لا يحول دون الانتفاع ويمكن ان ينحسر خلال فترة زمنية معينة ؛ ومن ثم يزال الظرف ، ولذلك نجد ان الفقهاء قد كيفوا ذلك على خيار العيب بان الامر متروك للدائن ليقرر فسخ العقد أو الاستمرار فيه وتمسكا بالعيب الذي طرأ على العقد في مرحلة نفاذه ، وذلك لان خيار العيب مقرر له دون حاجة لاشتراط التمسك به من حيث كونه خيار حكمي ومن الأمثلة على ذلك " من اكرى ارضاً بيضاء يضع فيها ما يشاء أو لم يذكر انه اكتراها للزرع ثم انحسر الماء عنها في أيام لا يدرك فيها زرعاً فهو بالخيار، بين ان يأخذ ما بقي بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقض مما اكرى" (1).

وهذا يفسر لنا بان تراخي المتعاقد لا يؤدي إلى فسخ العقد سواء كان في الخيارات الارادية أو التعاقدية ، بل ان الظرف الطارئ الذي لحق بالعقد اثناء تنفيذه فانه يكون قد أوقف سريانه بصورة جزئية أو كلية وفي كلتا الحالتين فان العقد يتوقف إذا كان بصورة جزئية ؛ ومن ثم يستأنف مرة ثانية أما إذا كان بصورة كلية فانه بالإمكان الاستفادة من المهلة السابقة.

2- اما اثر الظرف الطارئ في التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة ، فان هذا النوع يكون في مرحلة تنفيذ العقد حيث يطرأ ظرف طارئ مفاجئ وغير متوقع يؤدي إلى إعاقة حركة نفاذ العقد ؛ ومن ثم يؤدي إلى تجميد زمني اثناء وقوع ذلك الظرف . والاصل في معالجة الفقه القانوني لأثار نظرية الظروف الطارئة هو مراعاة الجوانب الاقتصادية التي تنجم عن تلك المتغيرات لتخفيف العبء عن جانب المتضرر نتيجة لحدوث تلك الظروف والتي تسبب للمتعاقد عبئاً وعائقاً وارهاقاً قد يعجزه عن الوفاء بالتزامه إذا لم يتدخل المشرع لإنقاذ الموقف وتخفيفه ، فهذه النظرية لها اثر كبير على المتعاقد بالرغم من كون المتعاقد لا يد له في حدوثها كونها خارجة عن ارادته ؛ ومن ثم تؤدي إلى الاضرار بكلا المتعاقدين لهذا كان تدخل المشرع ضروري لأجل التخفيف ورفع الضيق عن المتعاقد (2).

(1) ينظر: الشافعي ، الام ، ج3، مصدر سابق ، ص234.

(2) نصت المادة (146) من القانون المدني العراقي على انه "اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكون في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وبنفس المعنى جاءت المادة (147) من القانون المدني المصري ، والمادة (211) من القانون المدني اليمني، وكذلك المادة (1134) من القانون الفرنسي، تقابلها الفصل (230) من قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد أضيفت اليه الفقرة أولا والتي تتطابق حتى باللفظ مع المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي ، وأيضا

فالطرف الطارئ يؤثر على العقد وذلك بإفساده للجزء الزمني الذي اعتري العقد خلاله فجعله غير منتج نتيجة عدم التمكن من الاستفادة من نفع العقد أو الرخصة الممنوحة للمدين كالتراخي؛ ومن ثم لا يلزم ان كل من الالتزامين في العقد متراخي التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ بل يكفي وجود التزام متراخي التنفيذ وقد اصبح مرهقا، وان كان التزام المقابل قد تم تنفيذه ولو كان العقد متراخي، حتى وان طرأت ظروف استثنائية عقب صدور العقد مباشرة (1).

ومن خلال البحث في هذه النظرية نجد ان جوهر تنفيذها يكمن في كون العقد من العقود المتراخية التنفيذ ، فهناك فاصل زمني بين صدور العقد وبين تنفيذه كما في الخيارات الارادية التي تكون معلقة التنفيذ لحين انتهاء مهلة الشرط ؛ ومن ثم يسمح بتأثير الحادث الطارئ عليها ، فشرط التراخي هو إذا شرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لكنه كان موضع جدل بين الفقه القانوني حيث يذهب البعض إلى كونه شرطا ضروريا للاستفادة من اثار النظرية وتطبيقها، لكن هناك من يراه ليس ضروريا حتى يستفاد من تطبيق هذه النظرية فهو شرط غالب وليس ضروري (2).

ويرى الباحث ، ان شرط التراخي أساس لهذه النظرية فليس هناك أهمية واثري يذكر إذا طرأ الظرف الطارئ والعقد منتج اثاره ومكتمل ومحدد بمهلة معينة.

ولهذا نجد ان قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العراق قد استقر على "ان نظرية الظروف الطارئة تجيز طلب انقاص الالتزام أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى ولا تجيز طلب تمديد المدة " (3).

تقابلهم المادة (1/148) من القانون المدني السوري والمقتبسة من المادة (1/147) من القانون المدني المصري وكذلك مثل ما جاء في المادة (221) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وأيضا تقابله المادة(106) من القانون المدني الجزائري ، وكذلك ما جاءت به المادة الثانية في فقرته الأولى من القانون المدني السويسري والتي عممت واجب حسن النية على جميع التصرفات الحقوقية "كل انسان ملزم في ممارسة حقوقه وفي تنفيذ التزاماته بمراعاة حسن النية " وهذا التعميم ليس الا تذكري حسنا بان علاقات الناس كلها يجب ان تسودها حسن النية.

(1) ينظر: دتوفيق فرج، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984، ص292.

(2) ينظر: د-عبد الحي حجازي، عقود المدة ، مصدر سابق ، ص166.

(3) ينظر: احدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية المنشورة على الموقع الالكتروني <http://iraqlid.hgc.iq>، نوع الحكم تمييز، رقم الحكم 562، تاريخ الحكم 2008، تاريخ الزيارة 2023/8/8، الساعة 10:10، وفي نفس السياق ، جاء قرار اخر لمحكمة تمييز بخصوص الظرف الطارئ والذي بين ان " طلب انقاص الالتزامات المالية لاحد طرفي العقد للظروف الطارئة التي أدت إلى اخلال التوازن الاقتصادي لطرفي العقد بحيث أصبحت الالتزامات مرهقة عليه استنادا لأحكام المادة (2/146) مدني ويجب ان يتم هذا الطلب ضمن مدة النفاذ والا اعتبر راضيا بالتزاماته التعاقدية وتكون

ومن الحوادث الاستثنائية التي شهدتها العالم مؤخراً ، هو فيروس كورونا وما اصطلح على تسميته بفيروس (covid19) الذي انتشر وعم العالم بأقطابه الأربعة واستهدف بالدرجة الأولى العنصر البشري .

فقد بدأت الدول بفرض حالة الطوارئ ، وفي خضم هذه الجائحة برزت إلى الوجود معضلة عدم تنفيذ الالتزامات القانونية أو التراخي في تنفيذها ؛ ومن ثم شكلت تهديد على كل الالتزامات التعاقدية التي تزامنت فيها مرحلة التنفيذ مع اعلان هذه الجائحة ولم يكن لاي من المتعاقدين دخلا فيها ، ومن ثم اصبح مبدا العقد شريعة المتعاقدين ، غير قابل للتطبيق في مثل هذه الظروف ؛ ومن ثم اثرت الجائحة على المبدأ مما استدعى إعادة النظر والتراخي في الالتزامات التعاقدية من اجل تحقيق نوع من العدل بين المتعاقدين وإعطاء فرصة من التروي والتفكير قبل التسرع وإصدار القبول من جهة ، ومن جهة أخرى قيام السلطات باتخاذ التدابير وقائية لمواجهة الوضع الاستثنائي والذي يتعلق بخطر انتشار الفيروس ومن بين هذه التدابير اتخاذ مجموعة من الإجراءات الصحية والاقتصادية والتي تعزز منظومة اليقظة المعتمدة من السلطات وفي نفس الوقت تؤثر على الالتزامات العقدية للأطراف.

الا ان لمحكمة التميز الاتحادية العراقية كان لها توجه اخر وذلك عندما اعتبرت جائحة كورونا بانها قوة قاهرة (1).

فهذا يعني ان الجائحة والحادثة الفجائي تدخل ضمن نطاق القوة القاهرة، بخلاف القضاء الفرنسي والذي لا يعتبر فايروس كورونا قوة قاهرة وذلك لأنها لا تتوفر فيها شروط القوة القاهرة التي نص عليها المشرع الفرنسي بالرغم من تصريح وزير المالية والاقتصاد (برونو لوميران) " فايروس كورونا يعد قوة قاهرة الا ان رائيه كان غير ملزم للقضاء"

مطالبته بعد انتهاء العقد لا سند له " نوع الحكم مدني ،رقم الحكم 143/الظرف الطارئ، تاريخ اصدار الحكم 2008، تاريخ الزيارة 2023/8/8، ساعة 10:10 p.m .

(1) تتلخص وقائع القضية في ان حكما قد صدر من محكمة الأحوال الشخصية في بعشيقة بتاريخ 2020/5/3، إذا ان المدعى عليه (المميز) طعن في الحكم تمييزا بتاريخ 2020/6/16، أي خارج المدة القانونية التي نص عليها قانون المرافعات في المادة (204) والبالغة ثلاثون يوما وان سبب التراخي في الطعن هو تفشي وباء كورونا وعلى الرغم من ان المادة (174) من قانون المرافعات حددت الحالات التي تجيز فيها مجاوزة الطعن للمدة المحددة قانونا ولم يرد ضمن هذه الحالات انتشار الأوبئة الا ان محكمة التمييز الاتحادية عدت جائحة كورونا قوة قاهرة واجازت وقف مدد الطعن في أيام الحظر الشامل للتجوال وبالتالي قبلت المحكمة الطعن المقدم من قبل المميز واعتبرته مقدم ضمن المدة القانونية ، ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 14/ الهيئة العامة / 2020/ بتاريخ 2020/8/25 (غير منشور).

لكن السؤال الذي يثار هو في حالة ما إذا حدث التراخي اللاإرادي في بعض الخيارات ، سواء كانت خيارات ارادية أو حكمية هو ما هو حكم العقد في هذه الحالة ؟

جوابا نقول ، انه في حالة إذا انقضت المدة أو اثناء المدة ولم يصدر قرار من المشتري أي تراخي في الرد كما في البيع بشرط التجربة حيث ان المشتري لم يبدي رأيه وبقي ساكنا وذلك لعدم تمكنه من تجربة المبيع لوجود ظرف طارئ حال بينه وبين تجربة المبيع فهنا السكوت لا يعد قبولا ضمنيا بلزوم البيع في حقه وان مدة التجربة لا بد وان تمتد بقدر توقف مدة التجربة أي مدة الظرف الطاري ، وعلى المشتري اثبات ذلك⁽¹⁾.

ومن خلال ما تقدم يتضح للباحث ان مصدر التراخي اللاإرادي هو الخيارات القانونية وكذلك التشريعات .

2-فعل الغير

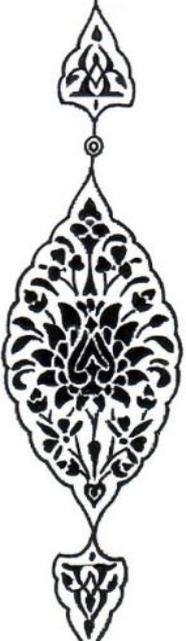
قد يصدر التراخي اللاإرادي من قبل الغير أي قد يكون من كل شخص ماعدا الدائن أو المدين أو الأشخاص الذين يسأل عنهم الدائن أو المدين، فالغير هو كل شخص اجنبي عن العقد ولأيهم ان يكون هذا الشخص معروفا أو غير معروف مميزا أو غير مميزا لكن يشترط في فعل الغير ان تتوفر فيه صفات الظرف الطارئ أو القوة القاهرة ، أي ان يكون الفعل لا يعود إلى إرادة المدين بل خارج عن ارادته أيضا ، ولا يمكن دفعه، وغير متوقع⁽²⁾ ، لكن هذا ليس في جميع الأحوال ان يشترط ، بل يجوز حتى وان لم تتوفر شروط القوة القاهرة بل يكفي ان يصدر عمل من شخص اجنبي عن العقد ويؤدي إلى تراخي عمل المدين أو الدائن فهنا يؤدي فعل الأجنبي إلى تعطيل أعمالهم ، ومن ثم يؤدي إلى اللحاق الاضرار بهم بعمله هذا.

(1)ينظر: د-محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة شرح عقد البيع ، مصدر سابق ،ص75.

(2)ينظر: د-سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام ،ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2002-2003،ص259.

الفصل الثاني

أحكام التراخي في الخيار



الفصل الثاني

احكام التراخي في الخيار

تمهيد وتقسيم

يستلزم لبيان فكرة التراخي، معرفة احكامه والتي تتضمن اهم المسائل القانونية في دراسة التراخي في الخيار، فان معرفة هذه الاحكام تعطينا نظرة ثاقبة على حقوق المتعاقد وضمن حمايته وفقا لقواعد العقد وطبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فان لإرادة اطراف العقد دور مهم وبارز في ابرام العقد، مما يعني وجود إرادة تميل لأحداث اثار القانونية ، ويجب ان تكون هذه الإرادة مرتبطة بإرادة أخرى متطابقة معها ومتفقة على احداث ذات الأثر لكي ينشئ العقد ويحقق الغرض المتوقع منه.

ففكرة اثر العقد ليست هي بقاعدة عامة أو مبدا من مبادئ القانون ولا ثابتا من ثوابت الصياغة التشريعية ، بل هي توجهات عمل المشرع على تنظيمها وحسم المراكز القانونية وكذلك حسم التزلزل الذي يعتري مسيرتها أو ترددها بين اثرين أو اكثر، بل نعتقد انها تمثل احدى الاليات والتي يعمل المشرع بموجبها من خلال تغليب اعتبارات النفاذ على عدمه تقديراً منه لضرورة حماية المصلحة محل التصرف والتي تمثل النسخ الداخلي يتحرك بموجبها إرادة المشرع عند تنظيمه للمراكز القانونية ، وهذا يعني ان العقد ليس له أي تأثير مالم تمليه إرادة الإطراق المتعاقدة لان الارادة تهيمن على العقد من لحظة ابرامه حتى انهاءه ، حيث يكون للأطراف الحرية الكاملة في تحديد نوع ومدى الالتزامات من خلال وسائل تحديد مضمون العقد وكيفية اختيار البنود والشروط ، وهذه الحرية لا يحدها الا النظام العام والآداب وما يضعه المشرع من قواعد تحد من حرية المتعاقدين وهذا يفسر الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والنص على التراخي باعتبار حق للمتعاقد في التروي والتفكير في العقد قبل الارتباط النهائي للعقد .

فمنح المتعاقد حق التروي والتفكير قبل الارتباط بالعقد هو احد الحقوق الخاصة بالمتعاقدين؛ ومن ثم يولد جملة من الاثار على المتعاقدين بالأخص فيما إذا ارتبط هذا الحق بأحد الخيارات سواء كانت الارادية أو الحكمية.

وعليه سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول، اثار التراخي وحالاته سقوطه ، أما في المبحث الثاني فأننا سوف نتناول فيه اهم التطبيقات الواردة على التراخي وكالتالي :

المبحث الأول

اثر التراخي وحالات سقوطه

يكاد يتفق الفقه على أن العقد متى تمت مرحلة اعداده واستوفى شرائط صحته واركانه قام العقد صحيحاً وبدأ في انتاج اثاره وتترتب المسؤولية بين اطرافه كل في حدود التزاماته وفي اطار واجباته تجاه الاخرين ، حيث لا نجد ان هناك واقعة أو تصرف يخلو من ان يكون للتراخي أو التروى دور فيه ، فالوقائع قد تحدث اثارها دون ان يتدخل الانسان فيها، كالظواهر الطبيعية وما تحدثه من اثار تجعل المدين غير قادر على الوفاء بالتزامه، كالإعصار والزلازل ، وقد تصدر الوقائع عن الانسان دون ان يكون له دخل في حدوثها، كالموت أو الميلاد أو القرابة والتي ينجم عنها اثار كالإرث ونحوه .

والالتزامات جميعها وان اختلفت مصادرها يستغرق اداؤها واتمامها جزءاً كبيراً من الوقت أي أن هناك مهلة من التروى والتفكير منها في اشكالها المتعددة ، كتوقف بعض التصرفات على الاجازة كما في تصرفات الفضولي ، أي ان هناك فترة من التروى غير يسيرة تصاحب العقد منذ نشأته و ميلاد فكرته في مجلس العقد حتى يتم التوافق الصحيح بين الإرادتين بالإيجاب والقبول وهذه المهلة تؤثر في لزوم العقد ، وفي انتاج العقد لأثاره خاصة ان كان العقد مرتبطاً بأحد الخيارات التي تؤثر فيه ومدى انتاجه لأثاره وهو مرتبط بها ، وهذا يكون وفقاً لقبول العقد لنوع الخيار وكما نعلم بان اغلب هذه الخيارات تستغرق مدداً تحدد وفقاً لطبيعة العقد ومحلّه واثره على العقد .

وإذا انتقلنا من مرحلة مجلس العقد إلى مرحلة تنفيذ العقد واثاره ، ففي بعض الأحيان لا تسير الأمور سيراً طبيعياً وقد لا يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه بداعي انه لن يتمكن من معرفة المعقود بصورة جيدة أو كونه متعلق بأحد الخيارات الارادية كان يكون خيار شرط ، فاذا تحقق الشرط يجعل من التراخي منشأً للعقد أي ان هناك اثر منشأً للتراخي ، وقد يؤلّد التراخي اثر كاشف كما في خيار العيب ، فالعقد كامل ومكتمل لشروطه إلا ان اثاره تتأخر لتراخي احكامه وهذه تكون في الظروف الاعتيادية ، لكن هناك حالات طارئة قد تطرأ على احد الخيارات وهي في فترة التروى ؛ ومن ثم تؤدي إلى سقوط التراخي وهذا السقوط قد يكون بصفة اصلية أو تبعية .

وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول، اثار التراخي وفي المطلب الثاني حالات سقوطه وكالاتي:

المطلب الأول

آثار التراخي

بما إن العقد هو وليد التقاء ارادتين متجهتين لأحداث اثار قانونية الزامية ، وهذه الاثار محدودة مبدئياً بين طرفي العقد ؛ ومن ثم يمتد تأثير العقد إلى كلا الطرفين ولكل طرف ملتزم به وهذا يفسر بان صلاحية العقد نسبية وهذه هي القاعدة العامة ، لكن قد تنشأ استثناءات على هذه القاعدة تتناول الغير في العقد كالفضولي أو الوكلاء وهنا العقد لا يأخذ مفعوله في شخص الممثل بل في شخصية الموكل ، ويصبح هذا الأخير دائناً أو مديوناً دون الوكيل أو الفضولي .

فالعقد يسري على من ابرمه وقد يمتد إلى اشخاص آخرين يتأثرون به وان لم يكونوا أطرافاً فيه بحكم انهم يخلفون المتعاقد ، في ذمته المالية كلها أو بعضها وهم الخلفاء العامون ، وقد يخلفون المتعاقد في جزء معين من ذمته وهم الخلفاء الخاصون أو يخلفونه في حق شخصي وهم الدائنون ، وهذا ما وجدناه عند اقتران احد الخيارات بالتراخي فان العقد يتأثر به ويؤثر عليه وهذا ما يهمننا ، لان الحيوي ابراز اثر التراخي في العقد ودوره في سير حركة العقد بعد تعرضه لها في مرحلة التنفيذ كما في عقد البيع ، حيث يظهر التراخي فيه كسبب من أسباب كسب الالتزام وجزء منه كما انه يؤثر في كم الأداء وحجمه ، فالعقد يكون كامل ومكتمل لشروطه لكن حكمه يتأخر في بعض الأحيان قد يكون لكونه متعلق بأحد الخيارات الارادية ، كان يكون خيار الشرط أو خيار التعيين وهنا يولد أثر منشأ للتراخي ، وقد يولد التراخي اثار كاشفة كما في تراخي كشف العيب في خيار العيب .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول، الأثر المنشئ للتراخي، أما الثاني سوف نتناول الأثر الكاشف للتراخي وكالاتي:

الفرع الأول

الأثر المنشىء للتراخي

بما ان الحكم المنشىء هو الذي يؤدي إلى خلق وانشاء وضع قانوني جديد لم يكن موجود من قبل ، كالحكم الصادر بفسخ العقد (1).

أي ان العقد موجود وقائم ، لكن حكمه أو اثره لا يترتب في الحال ويعود ذلك ان العقد قد يكون مشروطا في بعض الحالات ؛ ومن ثم يؤدي إلى تراخي اتصال سبب العقد بحكمه، والذي قد يتم الا إذا تحقق الشرط أو تخلف ؛ ومن ثم يؤثر التراخي في هذه المرحلة ، لكونه مرحلة غير مستقرة تشوب العقد لسبب ما كما في الخيارات.

فالتراخي هنا يتميز بخصائص محددة واثار مختلفة ، قد تكون هذه الاثار خارجة عن العقد ، أو داخلية فيه أو الناجمة عن صيغته كما في الخيارات الارادية ، حيث ان سبب العقد يقوم بمجرد صدور الصيغة ، الا ان اثره لا يترتب ولا ينفذ الا بطول الموعد فان هناك الكثير من الأمور تنشى أسباب العقود مع تراخي احكامها وقد تختلف في بعض جزئياتها ، وان كان تراخي حكمه لأمر خارج عنه ، فالاشتراك في هذه الأمور ان هناك فترة متراخية في انتظار استقرار العقد أي صور تمهد لقيام العقد وتواجدها وجودا كاملا ، فتراخي المتعاقد له دور واثر في التصرفات فضلا عن اخلال العقد باللزوم المترتب على الصيغة ، فقد تكون هذه المهلة تمهد لاكتمال بناء إرادة طرفيه حتى يصدر عمله ذو رضاء تام ومكتمل الجوانب والاركان ، وقد يقصد المتعاقد من اشتراط شرط التراخي في الخيار أو اضافته لرغبته في الاستفادة منه لتحقيق الروية مثلا .

وعليه سوف نتناول الأثر المنشأ للتراخي في فقرتين الأولى نبين فيها العقد المشروط على خيار، وفي الثانية نبين اثر التراخي في حالة مهلة الإضافة للعقد وكالاتي:

أولا -العقد المشروط على خيار

(1)ينظر: بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص234.

ان العقد إذا لم تتحقق صورته كاملة عند صيغته ، فهو إذا عملية تمهيدية لأنشاء عقد كامل عندما يتحقق الشرط ولن يضير المتعاقدين شيء ولا يتحملان عبئاً فورياً ، فالعقد المشروط على خيار يشبهه في مضمونه وفحواه مفهوم صور كثيرة ممهدة للتعاقد وتكون معلقة على تصرفات أخرى ، كما في الوعد بالعقد الذي يعلق فيه اتمامه وتحوله من وعد بالعقد إلى عقد تام قائم على موافقة من وجه إليها أي قبوله ، فهنا إذا تحقق الشرط اصبح منشأ للعقد ولن يتضرر منه احد من المتعاقدين بهذا الا إذا كان تخلفه سيؤدي إلى الحاق ضرر بالمتعاقدين ؛ ومن ثم يكون هناك معرفة بقيمة المهلة الممنوحة للمتعاقدين وتأثيرها في التصرف الواقع من أي طرفي العقد المحتمل اتمامه في حالة تحقق الشرط المشروط عليه العقد ، فالعقد المشروط على خيار كأن يكون خيار شرط أو خيار رؤية ينشأ سبب العقد وقت الخيار لكنه في انتظار ارتباطه بحكم العقد ، أي اثره عند تحقق الشرط المشروط عليه الالتزام العقدي ، فالعقد لا وجود له أي لا يقوم سببه الا إذا تحقق الشرط ؛ ومن ثم يقوم سبب العقد مع حكمه فالشرط يمنع العقد عن السببية ؛ ومن ثم يجعله متأخراً إلى حين تحقق الشرط ، فعندما ترتبط أسباب العقد بحكمه تكون علته تامة أي اسماً ومعنى وحكماً ، فالعقد موجود في حالة الاشتراط لكن احكامه تراخت إلى وقت يتحقق فيه (1).

حيث جاء "ان العقود ترتب اثاراً شرعية عند ابرامها لكن الشارع قد اخرها في حالة الاشتراط والتعليق واقامة المعلق سببه بتعليقه" (2) ، فالعقد سببه في الحال لكن قد يتراخى اثاره بسبب الاشتراط ، وذلك بسبب موانع شرعية حولت دون تحقق هذا اللزوم لحكمة أرادها الشارع وراعى فيها مصالح العباد والذين قد تقل خبرتهم أو يدفعهم تسرعهم إلى ابرام التعاقد ، ولرغبة الشارع في استقرار التعاقد وصحته وجدت الموانع المؤقتة والتي تحول دون الاتصال العلة بالحكم (3).

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج 13، مصدر سابق ، ص14.

(2) ينظر: علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1429هـ-2008، ص223.

(3) معنى العلة هي اسم يضاف الحكم إليها وتؤثر في الحكم وكونها علة حكماً أي اتصالها معاً في زمن واحد بحيث لا يمكن ان يتراخى الحكم عنها ومثلوا العلة من حيث اتصالها بالحكم أي العقد مثلاً كما في البيع الموقوف على الاجازة والبيع بشرط الخيار من حيث كونه ملك يضاف اليه العلة اسماً ومن حيث تأثيره في الملك علة ومعنى الا ان الملك هو الأثر الكامل للعقد فالعقد لا يكون حكماً في الحال وذلك ان الخيار يمنع الاتصال بين العلة والحكم كما لا فالخيار يدخل على الحكم فقط وكونها ليست حكماً كون المنفعة متراخية عن العقد ، للمزيد ينظر، كمال الدين محمد بن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج5، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص110.

ان الأثر المنشئ نجاه يتركز بالدرجة الأولى في الخيارات الارادية ، لكونهما اهم الخيارات الزمنية الاتفاقية ، والتي يحرص الفقهاء على ضبط الزمن فيها سواء كانت في خيارات الشرط أو خيار التعيين ، لكن هذا لا يمنع ان يكون للأثر المنشأ دور في الخيارات الشرعية والتي تسمى ب (خيارات النقيصة)⁽¹⁾ ، حيث اعطى الشارع للمتعاقدين مع توفر الأسباب ودون شرط من المتعاقدين كخيار العيب ، فبالرغم من كون هذه الخيارات على التراخي لان الزمن في هذه الخيارات طبيعي ومفترض كونه الفاصل بين إتمام التعاقد واكتشاف العيب أو النقص في العيب ، وهذا امر غير محدد ضبطا ولا يمكن ضبطه لان اطاره محدد من حيث طبيعة السبب في تواجد هذا الخيار كما في خيار الرؤية فانه من رأى المبيع ولم يفسخ سقط الخيار ولزم المبيع⁽²⁾ .

فعندما يتمسك من له الحق بخيار النقيصة وما مر به من زمن فهو انما تراخي ضروري لكنه غير مؤثر الا إذا تحتم قيامه حتى ينكشف مبرر النقيصة أي ينكشف العيب ؛ ومن ثم يترتب الخيار، وذلك كون هذه الخيارات تالية لإتمام العقد ، واتصال العلة بالحكم ثم يعود اثرها مانعا لما تم عند الكشف ، هذا يفسر لنا ان خيارات النقيصة ترتب اثر كاشف ، بعكس الخيارات الاتفاقية التي ترتب اثر منشأ، والحكمة من ذلك ان العقد قام مكتمل اركانه وشروطه ، لكن لزومه موقوف لحين انتهاء مدة الخيار، أما بالإمضاء أو التخاير خلاله بالفسخ ، بمعنى اخر (ان هناك شرط أعطاه الشرع للمتعاقدين للاستفادة منه قبل ان يصبح العقد باتا نهائيا أي ، منحهم الشارع حق الاتفاق على مهلة للتروي والتفكير فيما بينهم وذلك من خلال شرط يتضمنه العقد ، تفاديا للغبن والخداع والذي يؤدي إلى الغرر).

لذلك كان الزمن منضبطا في هذه الخيارات كون المتعاقدان قد دخلا في اطارها برغبتها دون أي ضغط من احد لأنه جاء بهدف ارفاقا بالمتعاقدين ولا فرق بين المدة القليلة والمدة الكثيرة فهي مدة ملحقة بالعقد فيترك تقديرها إلى المتعاقدين⁽³⁾ .

وبما ان حكم العقد في خيار الشرط يكون متراخي ، فالعقد مكتمل لكن حكمه متراخي فالسؤال الذي يثار ونحاول الإجابة عليه هو طالما ان التراخي يرتب اثر منشأ في الخيارات

(1) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص59.

(2) بالرغم ان هناك جانب من الفقهاء ذهبوا إلى ان الحق في الرؤية مطلق وغير مقيد بالوقت وحق الفسخ ينتهي بالرضا أما صراحة أو دلالة أو بمانع يمنع من الرد، للمزيد ينظر، ابو الحسن عبد الله بن ابي القاسم بن المفتاح ، شرح الازهار ، ج3، ط1، دار احياء التراث العربي مكتبة اليمن صنعاء، بيروت ، 1439هـ-2018م ، ص102.

(3) ينظر: العلامة الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، ج11، مصدر سابق ، ص39.

الارادية فما هو مصير العقد في هذه الحالة هل ينتقل الملك من البائع إلى المشتري في الخيارات الارادية ام انه يبقى في عهدة البائع حتى انتهاء الشرط ؟

جوابا نقول، ان جمهور فقهاء المسلمين انقسموا حول هذا الامر فقد ذهب البعض من فقهاء الامامية إلى القول ان (الملك كالعقد الموقوف وليس كالعقد غير اللازم ، لا ينتقل بالعقد وانما ينتقل بانقضاء الشرط فهو موقوف على إجازة العقد) (1) ، وجاء أيضاً (ان الشرط ضمن العقد وليس من توابعه، فان قلنا بانه من توابعه فهنا يجب الوفاء بالعقد بصورة شاملة وكذلك الخصوصيات المشتملة عليه ومن ضمنها الشرط فلا اشكال فيه ويجب العمل بالاشتراط عندئذ وان قلنا بان الشرط مستقلا في وجوب الوفاء بدليل الشرط والعقد مستقلا فيه بدليل وجوب الوفاء به فهنا العقد الموجود بشرطه يجب الوفاء به بدليله ويجب الوفاء بشرطه بدليل الشرط ، فالقول ان العقد ليس مشمولاً لدليل وجوب الوفاء قبل لزوم الوفاء بالشرط فبالرغم من اختلاف الطرق في كيفية تصحيح المسألة فلا خلاف فيها) ، لذلك يذهبون بالقول ان الخيار لا يورث ولا ينتقل إلى الورثة (2).

وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية (3) ، مع ما ذهب اليه الامامية في هذا الراي (4).

وكذلك الشافعية (5) ، وأيضاً المالكية (6) ، والبعض من فقهاء الزيدية (7) ، على انه (لا تقوم علاقة تبادلية بين عوضي العقد (المبيع والثمن) فانه لا يدخل احدهما في ملك الاخر حتى لا يحدث اجتماع للبدلين في يد واحدة ، فمحل الخيار للبائع والثمن للمشتري فالخيار هنا يمنع انعقاد حكم العقد في الحال ولا يعرف الحكم الا عند سقوط الخيار ، فقد يتصل الخيار بالفسخ أو الاجازة فيوقف الجواب في الحال ؛ ومن ثم يمنع لزوم الصفقة والملك الناجم عن ذلك هو

(1) ينظر: الانصاري ، المكاسب، ج5، مصدر سابق ، ص298 ، وينظر ايضا : محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرائع الاسلام، ج1، ط1، مؤسسة المرتضى العالمية ودار المؤرخ العربي، بيروت، 1992م، ص170.

(2) ينظر: الامام الخميني ، مصدر سابق، ص303-304-305

(3) ينظر: الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مصدر سابق ، ص264، وينظر ايضا ، السرخسي ، المبسوط ، ج13، مصدر سابق ، ص43.

(4) ينظر: النجفي ، جواهر الكلام ، المصدر السابق ، ص170.

(5) ينظر: النووي ، المجموع ، ج9 ، مصدر سابق ، ص211 ، وينظر ايضا ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، مصدر سابق ، ص48.

(6) ينظر: ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقصد ، ج2 ، مصدر سابق ، ص270، و ينظر أيضا : محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، مطبعة السعادة ، القاهرة، 1929 م، ص159.

(7) ينظر: احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع ، ج3 ، ط1، دار الحكمة اليمانية ، 1409هـ-1948م، ص349.

ملك غير مؤكد وأنه يتأكد بالقبض ولأن البيع مع الخيار بالرغم من كونه جائز، إلا أنه معدول عنه بالقياس وذلك للحاجة إلى دفع الغبن ولا يمكن دفعه إلا بامتناع ثبوت الملك في الحال ، لذلك قيل بان من مات وله الخيار بطل خياره ولزم البيع ولا ينتقل إلى ورثته (1).

وذهب اتجاه آخر من فقهاء الإمامية (2) ، والبعض من الشافعية (3) ، وأيضا الحنابلة (4) ، إلى القول بان (الملك ينتقل بالعقد حيث لا يملك التصرف إلا بالعقد ، والسبب كونها عقود معاوضة توجب انتقال العقد فينتقل بنفس العقد، لكن في حالة إذا ما أراد صاحب الملك الفسخ فإنه الملك يعود في هذه الحالة).

أي أن شرط الخيار هنا هو شرط فاسخ لديهم وقد استندوا إلى قول الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) على أنه " من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع " (5) ، فقد جعل للمبتاع بمجرد الشرط ويندرج على كل بيع هذا وبما أنه بيع صحيح فالملك ينتقل بعده مباشرة كالذي لا خيار له ، فالبيع تملك والخيار ثابت فيه ولا ينافي الملك وهذا ما أيده البعض الآخر من فقهاء الزيدية أيضا (6).

فالقول بان الملك يخرج من البائع ولا يدخل في ملك المشتري لكونه ملكا باقيا بغير المالك وإلى كون الثمن يثبت للبائع دون أن يحصل المشتري على عوضه فلان العقد معاوضة ينفي عنه ذلك .

(1) ينظر: محمد امين بن عمر بن عبد العزيز- ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ط1، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، 2000 ، ص506.

(2) ينظر: الانصاري ، المكاسب ، مصدر سابق ، ص299.

(3) ينظر: النووي ، المجموع ، ج 9، مصدر سابق ، ص211.

(4) ينظر: شمس الدين ابي الفرج بن احمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير، ج4، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع ، ص70-71.

(5) ينظر: يقول الشافعي ان النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) ، قد جعل الابار حدا لملك البائع، وجعل ما قبلها حدا لملك المشتري واقل واقل الابار ان يؤبر شيء من حائطه وان قل وان لم يؤبر الذي إلى جنبه، فيكون في معنى ما ابر كله ولو تشقق طلع انائه أو شيء منه فهو في معنى ما ابر كله، وان كان فيها فحول نخل بعد أو تؤبر الاناث فثمرها للبائع، وهي قبل الابار وبعده في البيع في معنى ما لم يختلف فيه، فاذا ولدت فالولد للبائع الا ان يشترط المبتاع والكرسف إذا بيع اصله كالنخل إذا اخرج جوزة ولم يتشقق فهو للمشتري واذا تشقق فهو للبائع، للمزيد ينظر: اخرجه الشافعي ، كتاب الام ، مصدر سابق، باب بيع الثمار، ص88، وكذلك اخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، (باب من باع نخلا قد ابرت)، حديث (2204)، ج4، ص401.

(6) ينظر: الاصفهاني ، البحر الزخار ، مصدر السابق، ص394.

كذلك القول بان العقد موقوف حتى يتبين موقف الخيار هل يمضي وقته ام يفسخ فهذا الامر محل نظر، وذلك كون ان انتقال الملك بينىء على سبب الناقل وهو البيع وهنا لا خلاف في امضائه أو فسخه، فالبيع مع الخيار يثبت الملك عقبه فاذا امضى يثبت له وان فسخ فهو كبيع ثبت به العيب⁽¹⁾.

وذهب الجانب الاخر وهم البعض من فقهاء الامامية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، إلى القول بان (الملك ينتقل بالعقد وانقضاء الخيار معا أي بهما معا فهو قائم بمجرد العقد، لكنه مزعزع الملك وذلك لكونه لا يملك التصرف الا بالعقد أو انقضاء الخيار، فالتزعزع ينجم عن القدرة على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه لان الملك بعد العقد متوقف ومنتظر على انقضاء الخيار)⁽⁴⁾.

أصحاب هذا الاتجاه لم يأتوا بجديد، بل اكدوا ما جاء به أصحاب الجانب الأول، عندما قالوا بان الملك لا ينتقل بالعقد؛ ومن ثم يؤقف لانقضاء الخيار أي انه موقوف، لان الغاية من وراء ذلك هو اعطاء الحق في الملك نصافي العقد لبيع الطمأنينة بالرغم من كونه سوف ينتظر أما انتهاء الخيار أو فسخه.

والباحث بدوره يرجح ما جاءت به الآراء السابقة والتي ترددت بين النقل للملك في نفس العقد وهذا يفسر لنا ان الثمن للبائع وللمشتري الملك أو ان يبقى كل منهما على ملكه لحين انقضاء العاقدين مهلة الشرط والتصرف حينئذ ان كان من احد طرفي العقد ممن له الخيار أو من كل منهما فيما يخصه فيكون بمثابة إجازة وموافقة ضمنية على امضاء العقد؛ ومن ثم يسري حكم العقد منذ تمام العقد.

وهذا يقودنا إلى القول ان انتظار انقضاء الشرط يفسر لنا احترام للمدة المتراخية بين نشأة سبب العقد وارتباطها بحكمه وهو اقرب إلى العقل فكثير من التصرفات تنشئ أسبابا للعقود لكن تتراخى احكامها، فهناك مهلة متراخية في انتظار استقرار العقد وهذا يؤدي إلى اتساع دائرة التعامل؛ ومن ثم رغبة المتعاقدين في ابرام الكثير من العقود وقد يحقق لهم جانبا من

(1) ينظر: المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص71.

(2) ينظر: الميرزا فتاح الشهيدى التبريزي، هداية الطالب إلى اسرار المكاسب (الخيارات)، ج 4، ط1، دار الفقه للطباعة والنشر، ايران، 1428 هـ-1385 هـق، ص298-299.

(3) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ص212.

(4) ينظر: التبريزي، هداية الطالب، المصدر السابق، ص299.

الرؤية والتدبر للوفاء بما تعهدوا به وهم بذلك يقصدون الاستفادة من التراخي والذي يفصل بين صدور صيغة العقد و انتظار تحقق الشرط وبتحقق الشرط اصبح منشأ للعقد .

هناك خيار اخر يصنف ضمن الخيارات الارادية والذي يذكر دائما مع خيار الشرط وهو (خيار التعيين) ، فباختياره مانعا للزوم العقد ؛ ومن ثم يكون بحاجة إلى مهلة ليتحقق خلالها الغرض من اختياره ، الا ان ما يميز خيار التعيين هو تعدد محل التعاقد ؛ ومن ثم يكون ممن له الخيار في ان يختار واحدا بعد مهلة من التروي والتفكير ، والغرض من ذلك هو لدفع الغبن والتحري ؛ ومن ثم باختياره للمحل يكون قد انشا العقد، فالعقد كامل لكنه غير مرتب لأحكامه لكون هناك مهلة لاختيار المبيع وباختياره للمبيع يكون قد اكتمل العقد⁽¹⁾.

اما في التشريعات المقارنة، فكما معروف ان عقد البيع هو عقد ناقل للملكية في حد ذاته ، أو على الأقل انه عقد يرتب التزام بنقل الملكية في بيوع معينة وهذا ما استقرت عليه تشريعات العالم المختلفة⁽²⁾.

فمهلة التراخي تلعب دورا بارزا بين صدور صيغة العقد وفي انتظار انقضاء الشرط، فالعقد هنا مكتمل اركانه وشروطه الا ان احكامه متراخية لوجود شرط في الخيار، فاذا انقضت مهلة الشرط فهنا يرتب اثرا منشأ للعقد ويتحول إلى عقد قائم تترتب عليه كل اثاره وتستوفي جميع عناصره واحكامه وبأثر رجعي منذ صدور صيغته وحتى اتمامه ، إذا هناك اثر منشأ للعقد وهو انقضاء الشرط في الخيار .

فالمتعاقد تحت خيار الشرط هدفه من مهلة التراخي ليس لحاجة في نفسه ، انما يكون لغرض للتروي و للتفكير والتدبر في امر العقد وهذا راجع إلى الصدفة ، فصيغة العقد تنعقد سببا في الحال أما ما يسمى بالأثر المنشئ فقط هو (المرجأ والمتراخي) لسبب الشرط ؛ لان الشرط اشترط على عقد منعقد وبإمكان المتعاقدين التراخي في تحديد حكم العقد تبعا للصيغة التي يرتضوها .

لكن السؤال الذي يثار هو ما إذا كان عقد البيع ناقلا للملكية ، فما هو حكم العقد الذي يتضمن خيار الشرط هل ينتقل إلى المشتري ام انه يبقى متراخيا لحين انقضاء الشرط والبت في مصيره؟

(1) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص589.

(2) ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح احكام القانون ، ج4، مصدر سابق ، ص405-406، وينظر ايضا : د-محمد كامل مرسي ، العقود المسماة، ج6، بلا مكان نشر، 1953 ، ص 200 وما بعدها.

جوابا نقول : أنّ المشرع العراقي قد حسم الامر وذلك بانتقال الملكية مع خيار الشرط قانونا إلى المشتري وكل متعاقد يستبد بالعوض الذي حصل عليه ، وهذا يعني ان موقفه جاء منسجما مع الكثير من الاتجاهات الفقهية والتي مر ذكرها سابقا .

ومن ثم فليس هناك داعٍ لتعطيل الحكم بسبب الخيار، وذلك عندما أوضح في المادة (509) على انه " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري سواء كان الخيار للبايع أو للمشتري أو لهما معا أو لأجنبي "(1).

اما القانون اليمني فقد ذهب بالقول إلى ان خيار الشرط يمنع انتقال الملكية وترتيب الاثار، على الرغم من عدم صراحته المشرع الا اننا لمسنا ذلك من خلال نص المادة (231) من القانون المدني اليمني (2) ، وهو الراي الذي اخذ به فقهاء المسلمين (الحنابلة والمالكية) (3).

اما المشرع المصري فلم ينص على خيار الشرط مثلما فعل المشرع العراقي واليمني انما تناول الشرط في الاوصاف المعدلة لأثار الالتزام (4).

(1) ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي ، احكام عقد البيع (الانعقاد دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ج1، ط1، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بلا مكان طبع، 2013، ص306.

(2) نصت المادة (231) من القانون المدني اليمني النافذ على انه " يجوز ان يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين أو احدهما ولا يصح خيار شرط التروي بالفسخ في النكاح والاقرار ويبطل به الصرف والسلم " ، تقابلها نص المادة (178) من القانون المدني الأردني النافذ والتي نصت على انه " إذا شرط الخيار لكل من العقادين في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما فان جعل لا احدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الاخر في ملكه" .

(3) ينظر: د-عبد الله عبدالله العلفي، احكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني-دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري وبعض القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص259.

(4) لقد تناول المشرع المصري ذلك في نصوص المواد من (265-270) من القانون المدني المصري النافذ، حيث نص في المادة (265) على انه "يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على امر مستقبل غير محقق الوقوع"

-وجاء في نص المادة (266) على انه 1- لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم-2 ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ نخالف للأداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام "

ومثله المشرع الفرنسي فإنه لم يتناول الشرط أيضا ضمن الخيارات وإنما تناوله ضمن الالتزام المشروط وذلك في نص المادة (1304) (1).

ثانيا: حالة مدة الإضافة

التراخي لا يرتب اثرا منشأ فقط في حالة العقد المشروط فيه الخيار بل هناك حالة أخرى يظهر فيه الأثر المنشأ للتراخي وهي حالة (مدة الإضافة للعقد).

فالأثر الذي تتركه مدة الإضافة على العقد هو عدم ترتب اثره في الحال بل حين حلول الموعد المتفق عليه، فقد يرغب المتعاقدان في تراخي اتصال العقد بحكمه، كما في ابرام عقد لكن

-ونصت المادة(267) على انه "اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا الا إذا تحقق الشرط أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا التنفيذ الاختياري على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه".

-ونصت المادة (269) أيضا على انه "1-يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزما برد ما اخذه فاذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض،2-على ان اعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقي نافذه رغم تحقق الشرط"

-وكذلك نصت المادة (270) على انه "اذا تحقق الشرط استند اثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام الا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أو وجود الالتزام أو زواله انما يكون في الوقت الذب تحقق فيه الشرط،2-ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي إذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب اجنبي لايد للمدين".

(1) ينظر: نص المادة (1304) باللغة الفرنسية :

art (1304)-1 Ordonnance " La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle"

1304-2 Ordonnance " Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont l'accomplissement dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause de la part du débiteur".

1304-3 Ordonnance " La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.. p.383 La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt"

1304-4 LOI " Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli "

1304-5 Ordonnance n" Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits. Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie"

يضيف ايجابه إلى المستقبل، فالعقد يقوم بمجرد صدور صيغته ، لكن اثره لا يترتب ولا ينفذ الا بحلول ذلك الموعد، فالعقد المضاف اليه هو عقد قائم ومكتمل لكن حكمه متراخي، أي علة الحكم لم تكن ، وذلك لتراخي الاتصال بصيغة العقد ، فعند اكتمال وصف العلة اسماً ومعنى واثراً يتحقق اثر منشى للعقد ، وهو الأثر المقصود كأنما عقدا منجزا في الحال.

فالإضافة انتقصت تحقق الوصف من العلة ، ولذا فان العقد وان وجد في حالة الإضافة منذ صيغته وقيام السبب ؛ ومن ثم ان العلة المتوسطة بين السبب والحكم فان وجوده اثناء الإضافة غير مكتمل (1) ، وذلك لان الكثير من العقود لا تأتي ثمارها المرجوة الا بعد مهلة زمنية ، قد تطول هذه المهمة أو تقصر لكي يتصل الحكم بالسبب ، كما في الوصية والتي لا يبدأ اثرها الا بعد وفاة الموصي (2) ، أي لا تأتي بالمنافع المقصودة عند التعاقد مباشرة ، بل تحصل شيئاً فشيئاً أي تحتاج للتمهيد والتروي في الامر وقد يكون المتعاقد بحاجة إلى التجربة لتأكد من منفعته ليثبت المحل غير القائم عند التعاقد ، وذلك لان معظم العقود قد اجيزت استحسانا لافتراض تواجد المنفعة فقد أقيم المحل مقام المنفعة في أضافة الحق للعقد(3)

فالباع بشرط التجربة كما معروف هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بتجربة المبيع وللبائع ان يمكنه من ذلك خلال مدة متفق عليها بينهما بالرغم من ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينظموا هذا الخيار، فقد نظمه القانون وأعطى للمشتري الحق في تجربة المبيع وذلك لتأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه، وقد يكون للاستيشاق بكون المبيع يلانم الحاجة الشخصية للمشتري، فهناك اتفاق بين المتعاقدين على شرط تجربة المبيع خلال مهلة معينة يتفق عليها المتعاقدين وفي حالة عدم تحديد مهلة التجربة في العقد يجوز للبائع ان يحدد مهلة معقولة ليتسنى للمشتري من خلالها تجربة المبيع وإعلام البائع بإرادته أما قبول المبيع أو رفضه، أما في حالة سكوت المشتري ولم يفصح عن ارادته مع تجربته للمبيع فاعتبر سكوته قبولا، لان سكوته في هذه الحالة جاء مسببا (4) ، حيث ان سكوت المشتري وتراخيه عن الرد

(1) ينظر: د- عبد الودود يحيى ، دروس في نظرية الالتزام (احكام الالتزام) ،دار النهضة العربية، 1980 ، ص176.
(2) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري ، المختصر في احكام الوصايا والمواريث (في التشريع العراقي والفقہ الإسلامي)، ط2، دار الوارث للطباعة، كربلاء ، 2019، ص27، و ينظر ايضا: د-مصطفى إبراهيم الزلمي ، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال (في الفقه الإسلامي المقارن والقانون)، دار السنهوري ،بيروت ، 2015، ص130.
(3) ينظر: د- سليمان مرقس ، العقود المسماة(عقد البيع)، ط4، عالم الكتب ،القاهرة ، 1980 ، ص63، وينظر أيضا: د- طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي)، ج1، انعقاد البيع ، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان -الأردن ، 1431هـ-2010م، ص176.
(4) ينظر: د-غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص141.

بمثابة قبول ، ومن ثم يولد القبول نشوءاً للعقد ، فقبول المشتري بعد تراخيه هنا يولد اثراً منشأ للعقد.

فبالإمكان القول ان مدة الإضافة هي مرحلة زمنية ، وهذه المرحلة تؤثر على العقد في مرحلة تكوينه وبنائه وهذا ما اوضحته المادة (524) من القانون المدني العراقي على انه " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا للبيع " (1) ، وفي نفس المعنى ذهب المشرع المصري (2) ، وكذلك المشرع اليمني (3) ، أما المشرع الفرنسي فقد افترض بان البيع التجريبي هو بيع معلق (4) .

وبما أن للمشتري حرية في قبول البيع أو رفضه ، لأنه من المفترض ان يكون الشيء المبيع يتناسب مع المشتري لذلك له الحق في تقرير القبول أو الرفض فلا يحق للبائع اجبار المشتري على تعيين خبير، وذلك لأثبات ملائمة الشيء المبيع طبقاً للغرض الذي أراده المشتري مالم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على ذلك ، والى ان يقوم المشتري بتجربة المبيع، فان البائع يظل مالكا للشيء المبيع ويتحمل تبعه هلاكه على الرغم من تسليمه المبيع

(1) اما في الفقرة الثانية من المادة (524) من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه "2- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا إذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلق على شرط واقف " .

(2) نصت المادة (421) من القانون المدني المصري النافذ على انه "1- في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا، 2- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ"

(3) نصت المادة (482) من القانون المدني اليمني النافذ على انه "اذا كان البيع بشرط التجربة كان المشتري بالخيار بين قبول المبيع أو رده بعد ان يمكنه البائع من تجربته في مدة معقولة تعين في العقد أو بحسب العرف فاذا انقضت المدة مع التمكن من التجربة سقط خيار المشتري "

(4) نص المادة (1588) من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :

" Art(1588) " La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une conditionsus"

بنفس المعنى جاءت به المادة (391) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه " البيع بشرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقدا على شرط التعليق " .

إلى المشتري، مالم تكن مدة التجربة قد انقضت (1) ، باعتبار ان البيع بشرط التجربة بيع معلق على شرط واقف الا وهو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، أما إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ فان مقتضى نفاذ مهلة التجربة يكون خلالها المشتري هو المالك للمبيع لكن ملكيته مهددة بالزوال إذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، لذلك إذا هلك الشيء المبوع لسبب اجنبي خلال مدة التجربة فان هلاكه على المشتري وهذا سر خلاف القانون العراقي والمصري واليمني مع القانون الفرنسي من حيث انه جعل البيع ليس معلق على مشيئة المشتري وانما البائع للغرض الذي يستهدفه البائع (2) .

والباحث بدوره يرجح ان التراخي يولد اثرأ منشئاً في الخيارات الارادية (الاتفاقية) ، كون ان هذه الخيارات تكون معلقة على مشيئة المتعاقد ولذلك قيل بان خيار الشرط لا يورث ولا ينتقل لأنه محض مشيئة شخصية ؛ ومن ثم لا يستطيع احد التدخل فيما ارتضياه وتغير ذلك كونه قد وضع بمشيئتهما وعند اتفاقهما، إذا ان هناك مهلة يكون المتعاقدان بحاجة اليها لغرض التروي والتدبر، لأجل ان يوزن كل منهما اموره والتيقن هل ان المعقود عليه يفي بالحاجة ام لا، كذلك قد يتطلب الامر الاستعانة بأجنبي، فمثل هذه الشرط (شرط التروي أو التعيين أو التجربة) توفر نوع من الحماية للطرف الاخر، وذلك عندما يقر المشروط له بقراره بعد معرفته بالمبيع وانه قبل المبيع بحالته فهنا تكمن مظاهر حماية الطرف الاخر؛ ومن ثم لا يستطيع الطرف ان يدعي بعد ذلك انه وقع في غرر أو تضرر، فالعقد قد انعقد لكن هناك مهلة لأجل التروي بانقضائها يكتمل العقد اركانه ويرتب جميع اثاره القانونية والتي يكون ملزماً لكل من المتعاقدين .

الفرع الثاني

الأثر الكاشف للتراخي

(1) ينظر: د-نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ، ج1(البيع) ، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1997، ص86-87-88، وينظر ايضا : د-ثروت عبد الحميد ، العقود المدنية (عقد البيع) ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص52.

(2) ينظر: د-عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق، ص89

للتراخي اثر كاشف أيضا يتمثل بالكشف عن وضع قانوني موجود سابقا ، فالكشف الكاشف لا يضيف جديد بل يكشف ويؤكد على الوضع القانوني الموجود من قبل كما في الإرث والوصية⁽¹⁾

فكما نعلم انه باتصال الايجاب والقبول وتوافر شروط صحتها مع توافر شروط التعاقد كاملة فان العقد لا يحول دون لزمه شي فيصبح العقد ملزما لأطرافه وتترتب عليه اثاره التي وضعها الشارع لكن خروجاً على تلك القاعدة فان هناك موانع شرعية تحول دون تحقيق اللزوم أي تمنع اتصال العلة بالحكم ، الا وهو التراخي فوجوده يمنع اتصال بين العلة وحكمها، وهذا التراخي هو تراخي حقيقي زمني و الذي يستند فيه الحكم إلى اول الوقت أي (يرتب الأثر منذ بدء الصيغة صحيحة وتحقيق العلة وليس قاصراً على لحظة الاتصال) فالتراخي هنا تراخي حقيقي يستند بموجبه الحكم فيه إلى بداية الامر، لكن العقد مع الخيار انما علقته مؤثرة لكنها لا ترتبط بالحكم ، لان الخيار ادنى منه فلا يدخل على العقد ولان العقد مع الخيار علة لا سبباً فاذا زال المانع كن يكون بمضي مدة الخيار أو يختار من له الخيار فالملك يثبت عندئذ مستنداً إلى وقت العقد أي يثبت حين الايجاب ؛ ومن ثم تعود الاثار إلى المشتري بنتائجه وما ينجم عنه⁽²⁾.

لكن السؤال الذي يثار في هذا الخصوص هو اين يكمن الأثر الكاشف للتراخي هل يكون في حصيلة الخيارات الارادية ام في حصيلة الخيارات الشرعية ام في كلاهما ؟

لقد بينا سابقاً ان التراخي في الخيارات الارادية يترتب اثر منشأ، والسبب في ذلك كون ان هذه الخيارات تكون باتفاق إرادة الطرفين أي بانتظار انتهاء مدة الخيار، وبانتهائه يترتب التراخي اثر منشأ للعقد بعكس الخيارات الشرعية.

فهذه الخيارات قد اعطى الشارع للمتعاقدين مع توفر أسبابها ودون شرط من المتعاقدين التراخي فيها لكن بطريقة تختلف عن الخيارات الارادية ، فخيارات النقيصة كما يسميها الفقهاء⁽³⁾، ترتب اثار كاشفة والسبب في ذلك كونها على التراخي هذه الخيارات ، فهناك

(1) ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص948.

(2) ينظر: د-محمد نجيب عوضين المغربي، عنصر المدة واثره على العقود(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 2009، ص398.

(3) المراد من خيارات النقيصة هي الخيارات التي تهدف إلى دفع الضرر عن العاقد كخيار العيب، للمزيد ينظر د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص59.

مهلة فاصلة بين تمام التعاقد واكتشاف العيب أو النقص في العقد، وهو امر غير محدد ضبطاً ولا يمكن ضبطه بل اطاره محدد من حيث طبيعة السبب في تواجد هذا الخيار فعندما يتمسك من له الحق في ذلك بهذا الخيار الشرعي وما مر من مهلة زمنية فهو هنا تراخي ضروري الا ان هذا التراخي لا يكون مؤثراً الا إذا تحتم قيامه حتى ينكشف مبرر النقيصة أو العيب في ترتيب الخيار.

وهذا يفسر لنا ان خيارات النقيصة هي خيارات تالية لأبرام العقد واتصال العلة بالحكم يعود اثرها مانعا لما تم عند اكتشاف العيب أو النقيصة (1).

وعليه سيكون جواباً في فقرتين نتناول في الفقرة الأولى موقف فقهاء المسلمين وفي الثانية سيكون لموقف التشريعات المقارنة.

أولاً-موقف فقهاء المسلمين

لفقهاء الامامية الدور الأبرز في الاهتمام بهذا الموضوع ، حيث جاء في احكام الخيار ان (سبب الخيار هو العيب فالكلام عن ظهور العيب هل هو كاشف عقلي عن الخيار من زمن العقد ، ام انه شرط شرعي لتأثير السبب، القول ان استحقاق الارش هو احد طرفي الخيار لامعنى لثبوته لظهور العيب بل ثابت لانقضاء وصف الصحة ؛ ومن ثم ان استحقاق الارش نتيجة لانقضاء وصف الصحة لا بالظهور لكنه ليس بكون الظهور شرطاً بل كون السبب بمعنى المقتضى نفس العيب لا ينافي توقف تأثير فعلي على الظهور، أي ان سبب الخيار هو كشف العيب في المبيع ؛ ومن ثم له اثر على الخيار) (2).

فخيار العيب هو خيار حكمي لا دخل لإرادة المتعاقدين في ايجاده فاذا وجد المشتري عيباً في المبيع كان له الخيار بين امضاء العقد والقبول بالعيب مع اخذ التفاوت عليه ، وبين فسخه وعدم الرضا ورد الثمن ، وبما ان التراضي في العقود يتطلب السلامة من العيب وهذا لا يتحقق الا بخلوه منه ، فان العلم بالعيب في المبيع منافي للرضا المشروط في العقود ، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة من غير تراض (3) ، استناداً إلى قوله تعالى: (...يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا

(1) ينظر: د- مجد نجيب عوضين، المصدر السابق، ص405.

(2) ينظر : جعفر سبحاني، احكام الخيار، مصدر سابق، ص90-91.

(3) ينظر: الصدوق أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن با بويه القمي، من لا يحضره الفقيه ، ج2، ط2، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1404هـ، ص71، وينظر ايضاً: الحر العاملي محمد بن الحسن بن علي بن الحسين ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج12، دار احياء التراث العربي، بلا مكان ، بلا سنة نشر، ص363.

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ... (1) ، فالأصل في ثبوت هذا الخيار على التراخي، لأنه ثبت لدفع الغش والتدليس والضرر ولأن لزوم العقد الواقع على الشيء المعيب ضرر على المشتري مثلا وهو لا يعلم به ولم يقدم عليه وكل حكم ضرري مرفوع بقاعدة لا ضرر في الإسلام فلزوم العقد على المعيب مرفوع، لهذا فإن العقلاء لا يقدمون الا على ابتياع السليم من الاعيان وعدم اشتراطه صراحة في العقد وذلك اعتمادا على اصالة السلامة، فالعقود المطلقة تكون السلامة شرطا ضمنيا في نظر المتعاقدين واذا وقع العقد على الشيء المعيب يؤدي إلى تخلف الشرط واذا ذكر الشرط في متن العقد، فيعتبر تأكيداً لا شيئاً مستقلاً، أي وجوده كعدمه لان هناك قصد معاملي قد تحقق وتم بنائه على الصحيح، ولأن طبيعة العقد تقتضي عند الاطلاق وقوعه على الصحيح؛ ومن ثم ظهور العيب وكشفه يقتضي ثبوت الخيار، فسبب الخيار إذا هو العيب نفسه وظهوره فهو طريق كاشف عن وجوده منذ حصول العقد، وهذا ما ذهب اليه الامامية(2)، وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في ذلك إلى القول (ان السلامة شرط في العقد فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه، والدليل على ذلك ان السلامة مشروطة في العقد، فالسلامة في المبيع مطلوبة من المشتري عادة إلى اخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع، وهذا الانتفاع لا يتكامل الا بشرط السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم به جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة كالمشروطة ناصا) (3).

فشرط السلامة ليس قضية اعتبارية فحسب بل له اثر في حكم المبيع، بالإمكان اسقاطه من العاقد بصريح الاسقاط؛ أي اصالة لا تبعا في ذلك خيار الشرط، فهو بذلك لا يخرج من دائرة الخيارات الحكمية التي لا مدخل للشرط في قيامها، فتراخي الرد في خيار العيب يؤدي إلى اثر كاشف وذلك لان البيع اقتضى سلامته من العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير بالإمضاء أو الفسخ، لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم مالا يرضى به (4).

(1) سورة النساء جزء من اية (29).

(2) ينظر: كاشف الغطاء، ، تحرير المجلة، ج1، مصدر سابق، ص547، وينظر ايضا: الشيخ مرتضى بن محمد امين الانصاري، المكاسب، ج5، ط9، اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، مجمع الفكر الإسلامي، قم، 1429هـ، ص280.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج5، ص275، وينظر أيضا: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مصدر سابق، ص177.

(4) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة، مصدر سابق، ص361.

واختلف تصوير شرط السلامة في خيار العيب لدى الحنابلة واعتبروا ان ذلك مخالفًا لشرط المبيع لكن هذا الخلاف لا طائل تحته بعد انعقاد كلمه الفقهاء (1).

واستدل الشافعية بحديث النبي محمد (ﷺ) ان " الغلة بالضمان " ، وكذلك في رواية أخرى " الخراج بالضمان " (2)، فالعاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب بل له رده والاعتراض لان الأصل هو لدفع الضرر (3).

وخالف الظاهرية جمهور الفقهاء بمشروعية العيب حيث يرون ان (خيار العيب ليس مشروعًا الا في حالة السكوت عن شرط السلامة في البيع ، فمع هذه الحالة يثبت خيار العيب إذا ظهر المبيع معيبًا أما إذا اشترط العاقد السلامة وظهر العيب معيبًا فلا يشرع الخيار بل يميل البيع إلى الفسخ فهو صفقة مفسوخة لا خيار له في امساكها الا بان يجدد فيها بيعًا) (4).

ثانيا-موقف التشريعات المقارنة : فنجد ان البائع عندما ينقل ملكية المبيع إلى المشتري يلتزم بنقل الملكية إلى المشتري خالية من العيوب لكي تكون حيازة مفيدة ، ولأنها لا تكون كذلك الا إذا كان المبيع خاليا من العيوب الخفية المؤثرة ، فاذا وجد عيباً وكان مؤثراً وخفياً كان للمشتري الفسخ أو قبول المبيع بما فيه .

لذلك اوجب المشرع العراقي على المشتري عند تسلمه المبيع تسليماً فعلياً لا حكمي ان يقوم بفحص المبيع بعناية الرجل المعتاد الا ان هذا الفحص لا يلزم ان يكون على الفور ، أي فور تسلم المشتري المبيع بل للمشتري ان يتراخى في الفحص والتاني في الرد ، لان المشرع

(1) ينظر: موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد ابن قدامة ، المغني على مختصر الخراقي، ج 4، ط1، مطبعة المنار ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص2999.

(2) ان اصل القاعدة يعود إلى حديث روي عن النبي محمد (ﷺ) عن طريق عائشة بلفظ "الخراج بالضمان" وهو ان "رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى النبي محمد (ﷺ)، فرد عليه ، فقال الرجل يا رسول الله قد استعملت غلامي فقال : الخراج بالضمان،" وقال أبو عبيد (ان الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتره الرجل فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب دله البائع فيرده جميع الثمن ويفوز بغلته كلها، لانه كان في ضمانه ولو هلك يهلك من ماله)، وقال الفقهاء ان معنى الخراج (ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان من ضمان الملك فانه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ليكون الغنم بمقابلة الغرم)، ينظر: أبو داود ، البيوع و الاجارات ،باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ،ج3،رقمه(3508)،ص777-779، وكذلك ينظر: الترمذي ،البيوع ،باب ما جاء فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ،ج3،رقمه (1285)، ص572-573، وينظر كذلك :ابن نجيم ، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ص151، وينظر أيضا ،علي حيدر، مصدر سابق، مادة85-87، ص78-79.

(3) ينظر: السبكي تقي الدين علي بن عبد الكافي ، تكملة المجموع شرح المهذب ،ج12، المطبعة العالمية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ،ص199.

(4) ينظر: الظاهري، المحلي ، ج9 ، مصدر سابق ، ص41.

منحه في ما يسمى (بالمهلة المعتادة)، وفقا للمألوف في التعامل، فلو تسلم المشتري المبيع كان يكون سيارة مثلا فانه لا يعتبر قابلا بما فيه من عيوب بمجرد تسلمه لها بل لا بد من مضي مدة معقولة تقضي بها الظروف أو جرى العرف عليها ، أما إذا كان العيب لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، وانما لا بد من فحص فني يقوم به شخص من ذوي الخبرة فلا يعتبر المشتري راضيا به الا إذا كشفه بالفحص الفني، لكنه بالمقابل ملزم بأخبار البائع بالعيب بمجرد كشفه (1).

فاذا كشف المشتري عيبا في المبيع مما يضمنه البائع وجب عليه اخباره بالعيب خلال المدة المعقولة ، أما إذا أهمل المشتري في الفحص سقط حقه بالرجوع على البائع بالضمان واعتبر راضيا بالمبيع، غير ان القواعد العامة تقضي ان حق المشتري في الضمان لا يسقط ان كان أهمل في فحص المبيع أو اخبار البائع بالعيب، إذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد اخفائه عن المشتري غشا منه (2).

وعلى هذا الأساس ذهب القضاء العراقي إلى وجوب التحقق من حالة المبيع بمجرد ان يتمكن من ذلك ، وذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف المشتري عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخبار البائع عن وجود العيب ، فان أهمل ما تبين اعتبر قابلا للمبيع وذلك عملا بأحكام المادة (560) (3).

وسار المشرع المصري على نهج المشرع العراقي وذلك عندما أوضح في نص المادة (449) (4)، بان يبادر المشتري إلى التحقق من حالة المبيع بمجرد ان يتمكن من ذلك ، وان يقوم بالفحص المعتاد الذي لا يقوم به الشخص العادي وذلك عندما يتسلم الشيء الذي اشتراه ، لكون هذا الفحص هو اكثر دقة من الفحص الذي يجريه الشخص عند الشراء ، فاذا اكتشف

(1) نصت المادة (560) من القانون المدني العراقي النافذ على انه " 1- اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا انكشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه فان أهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلا للمبيع ، 2- اما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع ."

(2) ينظر: د-غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص314، و ينظر ايضا : د-جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية (البيع -الايجار -المقاولة)، مصدر سابق ، ص135-136.

(3) قرار قضائي لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية -هيئة مدنية منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq> ، رقم الحكم 4296، صادر بتاريخ 10-7-2019 ، تاريخ الزيارة 2023/8/14، p,m10:10.

(4) نصت المادة (449) من القانون المدني المصري النافذ على انه " (1) إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف في التعامل ، فإذا اكتشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة، فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع 2- اما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا أعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب ."

عييا وجب ان يخبر البائع بالعيب خلال مدة معقولة وتقدر معقولية هذه المدة من المسائل الموضوعية والتي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ، وفي حالة عدم قيامه بالفحص ، أو تم فحصه وتم اكتشاف العيب وتهاون المشتري في اخبار البائع فاعتبر المشتري قابلا للمبيع بحالته ؛ ومن ثم يجوز له الرجوع بعد ذلك على البائع (1)

ويتفق المشرع اليمني مع المشرع العراقي والمشرع المصري، وذلك من حيث الضمان والاطار في كشف العيب(2)

اما المشرع الفرنسي فقد تبنى في المادة (1641) (3) ، معيارا موضوعيا ووظيفيا في تحديد مفهوم العيب ، من شأنه ان يكون المبيع غير صالح للاستعمال الذي اعد من اجله أو انتقاص هذه الصلاحية إلى الحد الذي يؤثر أما على قرار الشراء ، واما على تحديد الثمن الا ان التفسير الفقهي والقضائي لم يكن يسمح باللجوء إلى دعوى المسؤولية العقدية عند اخلال البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات ، وذلك بالنظر إلى ان الالتزام بالتسليم ينقضي بمجرد قبول المشتري بالمبيع من خلال تسلمه ماديا ؛ ومن ثم انه في حالة ظهور عيب في المبيع بعد انقضاء التزام البائع بالتسليم ، فان المشتري يعتبر قابلا بوجوده إذا كان العيب ظاهرا ، أما إذا كان خفيا فان المشتري يستطيع الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي كما نظمتها احكام القانون التي وضعت خصيصا لمواجهة هذا الفرض (4).

المطلب الثاني

حالات سقوط التراخي

(1) ينظر: د-إسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، 1958، ص198.

(2) جاء في نص المادة (547) من القانون المدني اليمني النافذ على انه "يجب على المشتري عند تسلمه المبيع قبضه ان يتحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمالوف في التعامل فاذا كشف عيبا مما يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة يتمكن فيها من اخطاره فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع واذا كان العيب مما لا ينكشف بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخطر البائع به بمجرد ظهوره أو الاشهاد على وجود العيب إذا كان البائع غائبا والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب".

(3) نص المادة (1641) باللغة الفرنسية :

Art(1641)" Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus".

(4) Viney (Geneviève), Joudain (Patrice) , Traite' de droit civil, les conditions de responsabilité de l'acheteur, L.G.D.J., 1998, P.710.

يتطلب لاستقرار المعاملات ونفاذها هو انتقال العقد من حالة عدم اللزوم إلى عقد لازم ، ويحصل هذا في الخيار المقترن بالتراخي ، فقد يترك التراخي دون اعمال أو دون ممارسة ، أو زوال العقد بممارسة هذا الخيار، وبما ان التراخي يعتبر حق مؤقت فقد يتفق المتعاقدان على مهلة معينة للتراخي كما في الخيارات الارادية ، وقد يكون التراخي ضمن مدة معقولة يترك تحديدها حسب ظروف التعاقد، ففي كلتا الحالتين ينقضي التراخي وقد يكون انقضائه بصورة اصلية أو تبعية ، اذ ليس من المعقول ان يترك التراخي لفترة طويلة إلى مالا نهاية ، اذ لا بد من وضع حد لممارسته أو سقوطه وذلك لاستقرار المراكز القانونية لكلا طرفي العلاقة العقدية .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول سقوط التراخي بصفة اصلية، وفي الثاني منه سوف نتناول سقوط التراخي بصفة تبعية وكالاتي :

الفرع الأول

سقوط التراخي بصفة اصلية

إن أهم السمات الأساسية للتراخي والتي يتميز بيها التراخي كونه حق مؤقت ، أي انه أما ان يحل اجله وينقضي بانقضاء المهلة المحددة له وما في حكمها ؛ ومن ثم يستعمل حقه صاحب الخيار أما الاجازة أي امضاء العقد، أو قد ينقضي التراخي في الخيار، بانقضاء المدة وهنا يكون بمنزلة الامضاء للعقد ، فالتراخي في الخيار إذا يسقط أما بإجازة صاحب الخيار أو بمضي المدة المقررة له .

الا ان السؤال الذي يثار في هذا الخصوص هو ان يكمن سقوط التراخي هل في الخيارات الارادية ام في الخيارات الحكمية ام كلاهما ؟

جوابا نقول : ان السقوط حالة تصاحب الخيارات والتي تؤدي بالمتعاقد إلى اسقاط حقه أما بالإجازة أو بمضي المدة المقررة للتراخي الا انه لا يمكن تصور سقوط التراخي في الخيارات الارادية ، وذلك لان الخيارات الارادية قد وضعت باشتراط المتعاقدين انفسهم فليس هناك معنى من ان تتجه ارادتهما إلى اشتراطه ثم يتفقان على سقوطه قبل قيامه ، كان يتفقان على شرط ترووي في العقد فقد اتجهت ارادتهما إلى اشتراطه لأجل الترووي والتفكير في امر العقد فلا يمكن ان يتراجعوا عن هذا الشرط ويسقطه المتعاقدان ، لكن بالإمكان تصور ذلك في الخيارات الحكمية والتي ثبتت بنص الشارع المقدس والتي يسميها الفقهاء (التبايع بشرط

نفي الخيار) حيث يفيد هذا الاصطلاح كون ان التخلي عن الخيار بعد التعاقد لا يعتبر اثر في استحقاق العاقدين للخيار له وسريان المجلس، فالتخلي عنه يستحق اسم الانتهاء للخيار لا الاسقاط له ، لذلك اختلفوا في حكم هذا النوع من الاسقاط ، فالبعض ذهب إلى صحة هذا النوع من الاسقاط اذ اشترط سقوطه في العقد لكنهم اشترطوا سقوطه في متن العقد سواء كان عن احدهما أو عنهما معا وهو ما ذهب اليه فقهاء الامامية والحنابلة والبعض من فقهاء الشافعية⁽¹⁾.

وذهب البعض الاخر من جمهور الفقهاء إلى امتناع الاسقاط وبطلان البيع أيضا وفي نفس الاتجاه ذهب بعضهم إلى امتناع الاسقاط وصحة عقد البيع⁽²⁾.

اما الاسقاط في اثناء المدة فهو صورة من صور امضاء العقد الا ان الشافعية لهم فروع نصوا فيها على صحة اسقاط التراخي في الخيار وذلك إذا كان محدد بمدة معينة كان يكون ثلاثة أيام كما في خيار الشرط فاذا اسقط صاحب الخيار في اليوم الثالث فيسقط ذلك اليوم دون ما قبله، أما إذا اسقط في اليوم الأول فانه يسقط في الأيام الثلاثة أيضا ، أما إذا اسقط في اليوم الثاني فانه يسقط هو وما بعده ، وذلك لامتناع اشتراط خيار متراخ عن العقد فكذلك يمتنع استبقاء خيار متراخ⁽³⁾.

وعليه سوف نتناول سقوط حق التراخي بصورة اصلية في الخيار في نقطتين الأولى سوف تكون مخصصة لإمضاء العقد أي الاجازة أما الثانية سوف تكون لمضي المدة وكالاتي :

أولا-امضاء العقد (الاجازة) : ان من اهم الأسباب التي تؤدي إلى سقوط التراخي في الخيار هو إجازة العقد ، فعندما يصرح المتعاقد بإجازة العقد فهذا يعني انه يريد اسقاط حقه أو ابراء المتعاقد الاخر، وعند بحثنا في التراخي في الخيار فأننا نجد ان الاسقاط لا يكون في جميع الخيارات الحكمية أيضا بل ينصب في خيار أساسي وهو خيار رد المبيع ، ويعود السبب إلى ان خيار المجلس لا يسقط بل يكون التنازل عنه قبل استعماله أي قبل التعاقد أو في بداية العقد وهذه المسألة كم قلنا تسمى (التبايع بشرط نفي الخيار) وعلى ضوء ذلك فان التخلي عن

(1)ينظر: زين الدين الجعبي العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج1، ط1، دار الكتاب العربي، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر، ، ص322، و ينظر ايضا: الحلبي تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق، ج1، ص517، وينظر كذلك : منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج3، مطبعة الحكومة ، مكة ، 1394هـ ، ص200، وينظر ايضا: الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، مصدر سابق ، ص44.

(2)ينظر: شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، ط أخيرة ، دار الفكر، بيروت، 1404هـ ، ص8.

(3)ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص296.

الخيار بعد التعاقد له اثر في استحقاق العاقدين له وسريان المجلس ، فالتخلي عن خيار المجلس يكون بالتخاير ؛ ومن ثم يطلق اسم الانتهاء للخيار وليس الاسقاط فان خيار المجلس يكون بالتخاير بين المتعاقدين والمتعاقد له مطلق المهلة المدة دون التقييد ولا ينتهي الا بالمفارقة ؛ ومن ثم لا وجود للإسقاط⁽¹⁾ .

أما خيار الرؤية فبالرغم من ذكر مسقطاته فيرى بانه لا يمكن ان يسقط ، وذلك لأنه خيار مطلق المدة ، فضلا عن ذلك ان هذا الخيار ثبت شرعا لله فلا يسقط بأسقاط العبد ، فالإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصودا استيفاء واسقاطا فأما ما ثبت حقا لله فان العبد لا يملك التصرف فيه اسقاطا مقصوداً ، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا لكنه قد يحتمل السقوط بطريق الضرورة وذلك بان يتصرف في حق نفسه ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع ضمن التصرف في حق نفسه⁽²⁾، ويتفق الباحث مع هذا الرأي.

ومن خلال ذلك يرى الباحث ان خيار العيب هو اكثر الخيارات التي يسقط التراخي فيها وذلك عن طريق البراء ، أي ابراء البائع من العيوب فالإبراء في حقيقته هو اسقاط وللمشتري ولاية الاسقاط ، لان الخيار حقه والمحل قابل للسقوط .

واجازة التراخي في خيار العيب قد تكون بصورة صريحة أي ان يصرح المشتري قبوله صراحة وقد تكون بصورة ضمنية من خلال الأفعال والوسائل التي يقوم بها المشتري والتي تدل على قبوله للمبيع واجازته له ، فمن صور اجازة المشتري للمبيع رغم عيوبه الصريحة كان يصرح المشتري بالرضا قولاً ، كان يقول رضيت بالعيب، أو اجزت العقد ، أو امضيته، أو اسقطت حقي، أو اسقط خيار العيب ، أو امضيته ، أو رضيت بالبيع ، وما شابه ذلك من الاقوال الدالة على الرضا صراحة ، فاذا سقط الخيار بذلك لزم المبيع المشتري بالثمن كله ولا يحق له رده ولا اخذ ارش النقص الواقع بالعيب لأنه عندما رضي بالعيب بعد علمه به فيكون قد اسقط حقه الثابت له بالعيب لفوات سلامة المبيع والتي هي من قبيل المشروط دلالة في العقد فبذلك يكون لم يشترط سلامة المبيع ورضى بالعيب ، ومن هذه التصرفات كان يقوم بالانتفاع بالمبيع دون انتقاص أو اتلاف كان يكون دابة فيركبها المشتري أو ثوبا فيلبسه ، فهذه التصرفات تدل على ان المشتري قد ارتضى بالمبيع بالرغم من علمه

(1) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق، ص167.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص297.

بالعيب وهذا ما ذهب اليه الامامية والحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية⁽¹⁾ ، باستثناء فقهاء الظاهرية فهم يرون ان تصرفات المشتري في المبيع لا تخرجه عن ملكه ولا يسقط خياره ويكون له رد المبيع بالعيب الا في حالة بيعه مثلا فهذا التصرف يعد مسقطا للخيار لأنه دل على رضا المشتري بالعيب⁽²⁾ ، وهذا يعني ان التراخي في خيار العيب يسقط في حالة إذا صرح المشتري بذلك رغم معرفته بعيوب المبيع فأجازته للمبيع يفسر اسقاطه للمهلة التي قضاهما في فحص المبيع ؛ ومن ثم لا يكون هناك داع لكي يفكر أو يتدبر في المبيع كونه قد صرح بذلك صراحة ؛ ومن ثم سقط حقه بالتروي .

اما في حالة الاجازة الضمنية فأنها تكون من خلال التصرفات التي يقوم بها المشتري والتي تدل على قبوله للمبيع برغم عيوبه ، حيث ان كل تصرف يوجد من المشتري في المبيع بعد علمه بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط حقه والتصرفات التي تكون بمثابة إجازة من قبل المشتري هي ثلاثة وهي ، استعمال المبيع واستغلاله والانتفاع منه باي وجه من أوجه الانتفاع ، وقد تكون الاجازة بصورة ضمنية أيضا ، من خلال اتلاف المبيع فعندما يقوم المشتري باستعمال المبيع باي وجه كان يكون تمزيق للثوب أو قتل الدابة.

فهذه التصرفات تكون لغير مصلحته ؛ ومن ثم يسقط خياره ليس هذا فقط بل ان اخراج المشتري المبيع عن ملكه باي عقد من عقود التمليك كان يكون هبة أو بيع واطلاعه على عيب قديم يسقط خياره وذلك لتعذر رد المبيع إلى البائع ، وهذه الحالة لا سبيل فيها إلى فسخ البيع بين المشتري الأول وبين بائعه لتعلق حق المشتري الثاني بالمبيع ، لأنه اصبح حابسا للمبيع بالبيع ، فالأقدام على هذه التصرفات دليل على رضا المشتري بالعيب وبإجازته يسقط حقه في التراخي والخيار⁽³⁾ .

اما حالات إجازة التراخي في التشريعات ، فمن المعروف ان اغلب احكام القانون العراقي والقانون اليمني قد استمدت احكامهما من الشريعة الإسلامية فالأحكام التي جاء بها المشرع العراقي نراها قريبة من الفقه الإسلامي ومنها، حيث نجد ان المشرع العراقي والمصري

(1) ينظر: التبريزي ، هداية الطالب إلى اسرار المكاسب، ج4، مصدر سابق ، ص411، وينظر ايضا: محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، 2017، ص522-623، وينظر كذلك: الشيخ علي الخفيف ، احكام المعاملات المالية، مصدر سابق، ص393، وينظر كذلك : وهبه الزحيلي ، الفقه الحنفي الميسر، مصدر سابق ، ص496، وينظر ايضا : محمد السيواسي، شرح فتح القدير على الهداية، ج6، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بلا سنة طبع ، ص391، و ينظر كذلك: الرامفوري ابو حمد محمود العيني ، البناية شرح الهداية، ج، ط2، دار الفكر، بيروت، 1411هـ، ص139.

(2) ينظر: الظاهري ، المحلي ، ج9، مصدر سابق ، ص73.

(3) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص460-461.

واليمني اوجبوا عندما يكتشف المشتري العيب ان يقوم بأخطار البائع دون ان يبنوا المهلة اللازمة للأخطار، لكنهم اوجبوا ان يكون خلال مدة معلومة، والا سقط حق المشتري في الرجوع على البائع ، ففي حالة إذا تصرف المشتري في البيع بالرغم من اكتشافه العيب وتراخي في الرد على البائع فيكون قد اسقط حقه في الضمان، لكن إذا تصرف بالمبيع وهو غير عالم بالعيب فلا يكون قد اسقط حقه في الرجوع على البائع فيجوز رجوعه على البائع بالضمان الا إذا كان العيب جسيم فلا يمكنه طلب التعويضات المقررة في دعوى الاستحقاق الكلي وذلك لان الحصول على هذه التعويضات يقتضي رد المبيع إلى البائع وهو ما اصبح عليه مستحيلا ، لان المشتري قد يكون تصرف بالمبيع إلى مشتري اخر؛ ومن ثم لا يستطيع ان يسترد المبيع من المتصرف اليه لأنه ضامن له ، وكما معلوم الضمان والاسترداد لا يجتمعان ، ولا يكون للمشتري في هذه الحالة الا ان يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس احتفاظه بالمبيع⁽¹⁾ ، ففي ظل التشريع العراقي بين المشرع في نص المادة (566) ان التصرف بالمبيع مع العلم بالعيب يدل على الرضا ، وهذا يفسر لنا قبول المشتري بالمبيع وعدم اعتراضه ، لان التصرف جاء بعد العلم بالمبيع ؛ ومن ثم يسقط حق المشتري صراحة بالرجوع على البائع⁽²⁾ .

فالتصرف بالمبيع يعتبر رضا بالبيع والتنازل عن الحق في الرجوع على البائع بالضمان⁽³⁾ وسار المشرع اليمني على نهج المشرع العراقي الا ان المشرع اليمني جمع أسباب سقوط الخيار بصورة عامة في مادة واحدة ونص عليها في المادة (248) حيث نصت على انه " إذا كان المتعاقد قد قبل العيب بعد العقد أو علم وسكت عنه ولم يخبر به العاقد الاخر في مدة معقولة سقط حقه في الخيار به ويعتبر العاقد عالما بالعيب إذا كان مما يظهر عند الفحص المعتاد وتسلم الشيء دون ان يخبر بالعيب على الفور، أما إذا كان العيب مما يحتاج ظهوره إلى فحص غير معتاد فلا يسقط حق الخيار به الا بمضي مدة يمكن فيها الفحص غايتها سنة من تاريخ القبض ، وان كان مما لا يظهره الفحص أصلا فلا يسقط الخيار به مطلقا "

(1) ينظر: د-سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، مصدر سابق، ص304.

(2) نصت المادة (566) من القانون المدني العراقي على انه " إذا اطع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف المالك سقط خياره"

(3) ينظر: احدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية المنشورة على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq>، رقم الحكم 1639، تاريخ الحكم 2011 ، تاريخ الزيارة 2023/7/14 ، p,m10:10.

اما المشرع المصري فلا يختلف عن نظيره العراقي واليمني، وذلك عندما اوضح في المادة (449) من قانونه⁽¹⁾، على المشتري اخطار البائع بالعيوب بمجرد كشفه فتسلم المشتري للمبيع لا يرفع مسؤولية البائع عما يظهر من عيوب الا إذا كان التسلم هذا يفيد معنى قبول للعقد بغير تحفظ، وهو ما يجب الرجوع فيه إلى العرف السائد⁽²⁾، كما نلاحظ بان المشرع المصري ايضا جاء بنفس المعنى الذي جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة (1641)⁽³⁾.

حيث اعتمد في هذا الموضوع على انه (للمشتري حتى قبله للمبيع دون تحفظ يكون بوسع المشتري ان يحتج بأوجه عدم المطابقة أو عدم الصلاحية لوجهه الاستعمال ليطالب بفسخ العقد أو بالتعويض أو بالأمرين معا، أما إذا قبل المشتري المبيع دون تحفظ فيجب التفرقة بين عدم المطابقة أو عدم الصلاحية الظاهرة والتي كان باستطاعة المشتري اكتشافها فهنا تستبعد من الضمان فقبول المبيع دون تحفظ يظهرها أما أوجه الخفايا لعدم مطابقة أو وجود العيوب الخفية فهنا يستطيع المشتري ان يرجع على البائع بالضمان عندما يكتشفها⁽⁴⁾.

إجازة التراخي ليس فقط في الخيارات بل نجدها أيضا في التصرفات القانونية وتحديداً في التصرفات التي ترد بإرادة منفردة ومنها الوصية وذلك في حالة تصرف الفضولي، وذلك عندما يوصي بمال لا يملكه حين الوصية؛ ومن ثم تبطل الوصية ولا تصح حتى وان تملك لاحقا العين الموصي بها، أي ان اجاز المالك الأصلي تصرف الفضولي أو لم يجزه فانه لا تصح الوصية وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من الامامية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والزيدية⁽⁷⁾، وهناك من اعتبر الاجازة بحكم وصية جديدة من قبل المالك الأصلي، فمن أوصى بعين لا يملكه لأخر يوم في الوصية وتملكها قبل الموت هنا تصح الوصية، وهو رأي الاحناف⁽⁸⁾،

(1) ينظر: نص المادة (449) من القانون المدني المصري النافذ، تقابلها المادة (446) من قانون الموجبات اللبناني .

(2) ينظر: د-محمد كامل مرسى باشا، مصدر سابق، ص329.

(3) نص المادة (1641) باللغة الفرنسية :

Art(1641)" Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropreà l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellementcet usage que l'acheteur ne l'auraitpasacquise,ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus".

(4) ينظر: د-ثروت عبد الحميد، مصدر سابق، ص125.

(5) ينظر: محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، مصدر سابق، ص340.

(6) ينظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ص259.

(7) ينظر: الاصفهاني، البحر الزخار، مصدر سابق، ص213.

(8) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ص355.

فعدم اشتراط الوجود حين الوصية بل حين وفاة الموصي ، وذلك تشمل لما يستجد منها بعد الوفاة وذلك ان لم تكن موجودة حينها كما لو أوصى بشيء لم يكن موجودا حين وفاته فهنا يشتري من مال الموصي هذا الشيء ويعطى له ، وفي حالة عدم تملكه للمال أو الشيء فلا يتحقق هنا هذا الشرط ويعتبر هذا الشرط بديهيًا لذلك نرى بان المشرع العراقي لم ينص عليه، لأنه اكتفى بالقواعد العامة المنظمة في القانون المدني (1) ، بخلاف المشرع اليمني والذي عد بيع الفضولي موقوف على إجازة الوصي فان اجازته صحت الوصية (2) .

ثانيا -مضي المدة

بالرغم من كون التراخي يرد على اغلب الخيارات التي تكون غير محدد المدة ، لكن هذا لا يعني انه لا يجري في الخيارات محددة المدة ، كخيار التأخير وخيار الشرط ، بل بالرغم من كون بعض الخيارات محددة المدة الا انها ثبتت على التراخي وبانتهاء المدة المحددة يسقط التراخي ولا يكون له لزوم فمضي المدة يعتبر سبباً اصلياً لسقوط حق التراخي في الخيار، وبما ان التراخي ينصب على الخيارات فمضي المدة في الخيارات يؤدي إلى سقوط حق التراخي فيه .

فقد يبدو للمتأمل بان مضي المدة تعد من أسباب انتهاء الخيارات بصورة عامة والتراخي بصورة خاصة ، أو كونها مسقطات اختيارية ، لكن هذا التعبير لا يمكن الاخذ به كون ان مضي المدة تعد من قبيل المسقطات الضرورية ، وذلك لأنها تكف صاحب الخيار عن الفسخ إلى ان تمضي المدة بالرغم من انها تحدث دون اختيار فالكف والامتناع يجري باختيار صاحب الخيار (3) .

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي هناك اتفاق على انه مضي المدة تعد احد أسباب سقوط التراخي في الخيار، حيث ان هناك بعض الخيارات تسقط بمضي المدة المقررة اتفاقاً أو عرفاً ويلزم المبيع من يكون بيده ، فاذا كان المبيع بيد البائع فالبائع منفسخ وان كان بيد المشتري فالبائع

(1) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص67.
(2) نصت المادة (467) من القانون المدني اليمني على انه" بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكة ولا ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه".
(3) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة، مصدر سابق، ص305.

ماض ولازم، وهذا عام في جميع حالات الخيارات لا يختلف بكونه لهما أو لاحدهما أو لغيرهما⁽¹⁾.

فهناك بعض الخيارات التي تكون محددة بمهلة معينة (كخيار الشرط وايضا خيار التأخير) وانتهاء هذه المهلة يؤدي إلى سقوط حق المتعاقد في التروي أي ان حقه محدد ضمن مهلة معينة بعكس الخيارات التي تكون مطلقة المدة وغير محددة فتمى ما صدر المتعاقد رده سقط حقه بالتروي .

فحق التراخي حق ينصب بمهلة معينة ومحددة وبانتهائه يسقط هذا الحق كما في خيار الشرط وخيار التعيين .

اما على صعيد التشريعات ، فنجد ان التراخي يكون محدداً بمهلة معينة وبممارسة هذا الحق يسقط حق المتعاقد في الخيار أما بالفسخ أو الامضاء في العقد ، فمضي المدة القانونية دون ممارسة هذا الحق يصبح العقد لازماً للطرفين ويسقط حق المتعاقد في هذه المهلة.

ففي التشريع الفرنسي نجد ان المشرع الفرنسي هو المشرع الوحيد الذي نص على المهلة اللازمة للتروي وحددها بصورة قانونية وذلك بالنص عليها في المادة (121-120) والتي نصت على انه " يكون للمستهلك مهلة سبعة أيام صريحة لاستعمال حقه في العدول"⁽²⁾.

حيث ان المشرع الفرنسي يرى في عدول المتعاقد عن حقه يأتي بعد مهلة التروي الخاصة به فعند التمعن بالنص المذكور نجد ان للمستهلك الخيار بين العدول عن العقد أو المضي بالعقد وانتهاء المدة القانونية ومن ثم الالتزام بالعقد بشكل نهائي وعندئذ يسقط حق المتعاقد بالتروي والعدول، فالمستهلك له حق وليس واجب كما قلنا سابقا فهو مخير بين امرين أما العدول عن العقد أو الالتزام بالعقد ، فعدم قيامه بممارسة هذا الحق خلال مهلة معينة يدل على رغبته في الاستمرار بالعقد ؛ ومن ثم ترك الخيار فهنا يسقط حقه بصفة اصلية وذلك لأنه محدد بمدة معينة وبانتهائه يسقط حق⁽³⁾.

الفرع الثاني

(1) ينظر: محمد سكمال المجاجي ، احكام عقد البيع في الفقه المالكي ، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1422هـ-2001م ، ص250.

(2) ينظر: نص المادة (20-121) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

(3) ينظر: راجع ص36 من نفس الرسالة والتي تناولنا فيها مهلة العدول.

سقوط التراخي بصفة تبعية

التراخي لا يسقط بصورة أصلية فقط وإنما هناك أيضا أسباب تؤدي إلى سقوطه بصفة تبعية وهما سبب الموت والجنون ، وأيضا هلاك المبيع ونحوه ، فهل يؤدي الموت إلى سقوط التراخي في الخيارات أم أنه ينتقل إلى الورثة ، كذلك ما الحكم لو أن أحد المتعاقدان قد أصيب بالجنون في مجلس العقد فما حكمهما هنا ، أيضا من يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع ، وعليه ولأجل الإحاطة بالموضوع أكثر فقد ارتأينا إلى تقسيمه على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى سقوط التراخي بصفة تبعية بسبب الموت ، وفي الثانية سيكون هلاك المبيع كأحد أسباب سقوط التراخي وكالاتي :

أولا- الموت

إن منح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير جاء لاعتبارات نجدها جديرة بأن تكون كافية للخروج عن المبدأ الأساسي والرئيسي الذي يسود كافة العقود (العقد شريعة المتعاقدين) ؛ ومن ثم الخروج عن ما يبرر هذا المبدأ والذي تأتي بالدرجة الأساسية وعلى رأس تلك المبررات هو حماية رضا المتعاقد بأن يصدر رضاه حرا مستنيرا بناء على إرادة متمهلة غير متسارعة وغير متأثرة بما يقوم به المتعاقد من وسائل لأغراء وجذب المشتري أو المستهلك ؛ ومن ثم تدفع بهم إلى التعاقد هذا من جانب ، من جانب آخر نجد أن المشرع في القانون الفرنسي قد حدد مهلة التراخي بالمتعاقد ذاته والمستهلك فقط لا غيرهما وذلك لأنه الطرف الضعيف في العقد وقد تكون شخصيته محل اعتبار في بعض العقود كما في العقد الإلكتروني ، وهذا يعني أن خيار التروي يسقط بوفاة المتعاقد صاحب هذا الحق ، كذلك أن هذا الحق لا يورث ، وذلك بناء على تلك المعطيات أو الاعتبارات التي ذكرناها ، فهو حق لصيق بشخصه وبوفاته يتأكد لزوم العقد بحق الورثة ؛ ومن ثم لا يكون لهم الحق في التروي ، وإذا ما قلنا أن حق التروي يورث فأننا لا نكون أمام سقوط وإنما أمام انتقال من شخص إلى عدة أشخاص وهذا لا يمكن تصوره من جانب ، كذلك أن اتجاه المشرع إلى عدم انتقال الخيارات القانونية كونها تسقط بوفاة صاحبها كما في خيار الشرط والرؤية وخيار التجربة ، ففي خيار التجربة من المعروف أن حق التجربة قاصر على المشتري فإذا توفي المشتري دون أن يعبر عن إرادته بإجازته لزوم البيع أو رفضه ، فإن كان عبر قبل وفاته بالإجازة أو الرفض ثم مات فلا مشكلة هنا فيكون العقد لازما في حق الورثة إذا كان قد اجازته ويكون غير موجود بالنسبة لهم إذا رفضه ثم مات.

لكن المشكلة تثار إذا لم يكن قد أجاز البيع أو رفضه ثم توفي المشتري، وكانت مدة التجربة لا تزال قائمة خلال المدة المتعارف عليها فما الحكم هنا ؟

ففي هذه الحالة ينتقل حق التجربة للدائن الذي أحاط دينه بمال المتوفي ثم للورثة إذا لم يكن للمتوفي دائن أحاط دينه بمال المدين ، فالموت يجب ان يكون سابقا لاختياره لأنه ان كان قد اختار قبل موته ثم مات فان اختياره الاجازة أو الرفض يكون ملزما⁽¹⁾ ، كذلك الامر إذا كانت شخصية المتعاقد في حق التروي محل اعتبار فانه لا يمكن النزول عنه إلى الاخرين اذ لا تثار في هذه المسألة ، لكن في حالة إذا كان الخيار اتفاقيا أي يتفق الأطراف ان يكون لاحدهما أو لكلاهما حق التروي كما في خيار الشرط⁽²⁾ ، أما إذا كان الخيار مستندا إلى حكم المشرع أو نص في القانون فان الامر هنا يختلف فقد حرصت العديد من التشريعات على ربط احكام هذا الحق بالنظام العام بل ويقع باطلا كل اتفاق يحد من ممارسته وذلك بهدف تحقيق الحماية لمن تقرر له تتناسب واهمية ركن الرضا في التعاقد كما فعل المشرع الفرنسي⁽³⁾ .

سقوط التراخي بصورة تبعية ليس فقط في الخيارات بل نجده أيضا في التصرفات القانونية ومنها الوصية ، فكما معلوم بان الوصية هي تصرف غير لازم وذلك الا بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له ، لكن التساؤل الذي يثار هنا ما الحكم لو توفي الموصى له في حياة الموصي وقبل قبول الوصية ؟

جوابا نقول ، ان الوصية تبطل هنا بوفاة الموصى له وهذا باتفاق المذاهب جميعها ، وذلك لانها هبة ولكونها قد صادفت ميت تبطل مثل الهبة للميت⁽⁴⁾ ، لكن مع ملاحظة في حالة إذا كان الموصى لهم اكثر من واحد ، فهنا لا تبطل الوصية إذا توفي احدهما بل تنتقل الاخر ، الا إذا نص الموصي في الوصية على خلاف ذلك .

لكن ما الحكم إذا توفي الموصي له بعد وفاة الموصي وقبل ان يصدر قبوله ، هل تبطل الوصية ام انها تنتقل للورثة (ورثة الموصى له) ؟

(1) ينظر: د- محمد يوسف الزعبي، مصدر سابق ، ص84.

(2) ينظر: د- طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، مصدر سابق ، ص189.

(3) ينظر: د- عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق ، ص781-782.

(4) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم ، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق ، ص121، وينظر أيضا ، محمد قدرى باشا ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2016، ص666.

لقد انقسم فقهاء المسلمين في هذا الحكم ، حيث يذهب البعض إلى ان الوصية لا تبطل ، وانما خيار القبول والرد ينتقل إلى ورثة الموصى له (1) .

اما البعض الاخر فيرون ان الوصية تكون باطله ويتم ارجاعها إلى ورثة الموصي ، لا ورثة الموصى له ، لانهم يرون بانه حق خالص لذات الشخص ؛ ومن ثم لا يمكن ان ينتقل هذا الحق إلى الورثة وهو رأي البعض من الامامية والحنفية والشافعية والحنابلة (2) .

ويذهب البعض الاخر من الحنفية إلى ان الوصية تصح استحسانا ، وذلك إذا كانت بلا قبول أو رد بعد وفاة الموصى له ، وذلك لان موت الموصى له يعتبر من قبيل القبول دلالة ، ولان شرط عدم الرد فهنا تتم الوصية ؛ ومن ثم يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له (3) .

والباحث يرى بان حق القبول والرد هو حق خالص للموصى له وليس بالإمكان ان ينتقل إلى الورثة ، لكنه إذا كان قد انتقل فيكون بمثابة استحسانا للورثة .

اما في التشريعات المقارنة ، فنرى بان المشرع العراقي لم يعالج هذا الامر وهذا يعني بان الوصية تعد باطله ويستأثر ورثة الموصي بالمال محل الوصية لكن بإمكان القاضي الرجوع إلى الفقه الإسلامي وذلك استنادا إلى المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية (4) .

اما المشرع المصري ، فنجده قد نظم حق الرد والقبول وانتقاله إلى الورثة بشكل أوضح وادق من المشرع العراقي وذلك عندما نص في المادة (24) من قانون الوصية المصري على انه " إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك " (5) . ويتبين لنا من خلال النص ان المشرع المصري ، ان حق القبول والرد في الوصية ينتقل إلى ورثة الموصى له في حالة وفاته وقبل وفاة الموصي وللورثة حق القبول أو الرد في كل الوصية

(1) ينظر: المحقق الحلبي ، الشرائع ، ج2، مصدر سابق ، ص255، وينظر أيضا ، زكي الدين شعبان محمد ، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية ، ط1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، 1984، ص34.

(2) ينظر: المحقق الحلبي ، الشرائع ، ج4، مصدر سابق ، ص33، وينظر أيضا الشيرازي ، المهذب ، ج1، مصدر سابق ، ص453، وينظر كذلك ، الكاساني ، البدائع ، ج7، مصدر سابق ، 394، وأيضا ينظر ، ابن قدامة ، المغني ، ج6، مصدر سابق ، ص93.

(3) ينظر: وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، ج8 ، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، دمشق، 1405هـ-1985م ، ص21.

(4) ينظر: نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المعدل النافذ ، وللمزيد ينظر استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ، المختصر في احكام الوصايا ، مصدر سابق ، ص122.

(5) ينظر : قانون الوصية المصري المعدل النافذ رقم 71 لسنة 1946 .

أو بعضها فاذا ردت بعضها بطلت فيما ردت فيه ، وذلك لان من يملك رد الكل يملك رد البعض ويكون ادري بمصلحته ، أما في حالة إذا تعدد ورثة الموصى له وكان قد قبل بعضهم الوصية وردها البعض الاخر ، فهنا تلزم بحق من يقبلها وتبطل في حق من يردها (1).

لم نجد نصا مشابها لهذا النص في القانون العراقي وكذلك القانون اليميني والقانون الفرنسي ، ويعد هذا فراغ تشريعي ، ويرى الباحث إلى معالجته من خلال تشريع قانون خاص بالوصية يبين فيه (دور الإرادة في قبول الوصية أو ردها وذلك من قبل ورثة الموصى له ، وذلك لان المشرع العراقي لم يبين هل ان الحق ينتقل إلى ورثة الموصى له بعد وفاة الموصي وقبل الرد والقبول).

ثانيا- هلاك المبيع

من الأسباب التبعية الأخرى التي تؤدي إلى سقوط التراخي هو هلاك الشيء المبيع أي (محل التراخي) في يد المتعاقد محل العقد ، فالعقد الذي يتضمن حق التروي كما ذكرنا سابقا هو عقد نافذ ملزم بالنسبة للبائع الا انه غير ملزم بالنسبة إلى المشتري ؛ ومن ثم يترتب اثاره من لحظة انعقاده للعقد وتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري ، بمعنى ان ملكية الشيء تنتقل إلى المشتري والتي يقابلها انتقال ملكية الثمن إلى البائع ، فاذا هلك الشيء محل العقد بعد تسلمه للمشتري له فانه يهلك عليه ؛ ومن ثم يترتب على ذلك استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه عندما يسقط الخيار بصفة تبعية ، لاستحالة قدرة المتعاقد على ان يعيد الحال إلى ما قبل ابرام العقد ، فالمتعاقد إذا كان يريد ان يأخذ مهلة من التروي وجب عليه ان يكون مستعدا و قادرا في حالة إذا لم يجيز العقد أي يعدل عن العقد ؛ ومن ثم يجب ان تكون له القدرة على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد فان تعذر عليه ذلك سقط حقه ، كما في خيار الرؤية أو رد المبيع فان المبيع ينتقل إلى المشتري ؛ ومن ثم ان هلاك الشيء فانه يهلك على المشتري ويكون مسؤولا عن الهلاك (2).

لكن السؤال الذي يثار هو ما حكم العقد الذي يرد على أشياء متعددة وهلكت احدهما بصورة كلية أو جزئية ؟

(1) ينظر: د-محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية المصري ، ط1، مكتبة الانجلو المصرية ، 1950، ص14.

(2) ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية، مصدر سابق، ص315.

جوابا نقول : إن هناك اتفاق بين فقهاء المسلمين على حكم هلاك العقد الذي يرد على عدة أشياء ، ففي حالة إذا هلكت عدة أشياء وكان الهلاك قد وقع بعد القبض وهذا ما يهمننا فهنا بالإمكان الزام المشتري بأحد الأشياء الباقية وذلك بالاستناد إلى خياره ، وإمكانية الاحتفاظ بحق الفسخ وهذا يكون في حالة إذا كان التعيين للبائع ، والامر ذاته في حالة إذا تعيب الشيء ولم يهلك ، الا ان المشتري هنا لا يستطيع ان يفسخ العقد وذلك لان العيب قد حدث بالشيء وكان معه ، وان كانت قد تعيبت الأشياء جميعها فيرجع البائع على المشتري هنا بنقصان الثمن والسبب لكون احد الأشياء مضمون بقيمته أما الأخرى في امانة بيده (1) .

اما إذا كان الخيار للمشتري وهلك احد الأشياء أو تعيب بيده ، فهنا تعين حقه فيه لانه كان قد قبض احد الأشياء ملكا ، أما الباقي فهو امانة يلتزم المشتري بردها إلى البائع بعد التعيين ، وطالما ان الهلاك أو العيب يمنعان من الرد ، فان الهالك أو المتعيب يكونان من نصيب المشتري ؛ ومن ثم عليه ان يرد ما تبقى للبائع ، لكن ان هلكت الأشياء جميعها وكان الهلاك على التعاقب فالهالك الأول المبيع ، أما الثاني فهو امانة على المشتري ؛ ومن ثم يلتزم برد قيمته الا إذا كان الهلاك دون تقصير منه ، أما في حالة هلاك الأشياء جميعها دفعة واحدة ، فالمشتري يلتزم برد نصف الثمن ، وذلك لعدم إمكانية تمييز المبيع عن الأمانة لكونهما قد هلكا جميعا (2) .

اما في التشريعات المقارنة ، فنرى بان المشرع العراقي قد تطرق إلى مسألة واحدة وهي في حالة هلاك الشيء بيد المدين وكان الخيار له ، فهنا اعطي الحق في الزام الدائن بقبول الشيء الثاني وذلك في الوقت الذي اكد فيه على انفساخ العقد إذا هلكت الأشياء محل الالتزام جميعها ؛ ومن ثم يقرر مسؤولية المدين عن دفع قيمة اخر شيء هالك ان كان مسؤولا عن هلاكها جميعها الاثياء أو احدها (3) .

(1) ينظر: السرخسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ص55-56.

(2) ينظر: ابن عابدين ، رد المختار ، مصدر سابق ، ص55. ، وينظر أيضا ، الشيخ نظام الدين ، الفتاوي الهندية ، مصدر سابق ، ص55-56.

(3) نصت المادة (301) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ على انه " إذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشئيين في يده كان له ان يلزم الدائن بالثاني ، فان هلكا معا انفسخ العقد واذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئيين فيكون ملزما ان يدفع قيمة اخر شيء هالك "

اما المشرع المصري فنجده قد أورد حكما ضيقا ، وذلك لكونه اكتفى بالإشارة إلى هلاك الأشياء المتعددة جميعها فقط ، ولذلك اوجب على المدين ان كان الخيار له ، وكان مسؤولا عن هلاك احدهما أو جميعها بان يدفع قيمة اخر شيء قد هلك (1) .

ولم يتطرق المشرع اليمني والفرنسي إلى الحكم في هذه المسألة .

ويرى الباحث بان المشرع العراقي قد أعطى حكما واسعا ، وذلك عندما أوضح في نص المادة (301) مسؤولية البائع والمشتري في حالة إذا تسببا كل منهما بالهلاك وبين اثره ولم يفرق بين ان كان الهلاك كلياً أو جزئياً .

المبحث الثاني

تطبيقات التراخي

للتراخي تطبيقات عديدة سواء كانت في الخيارات أو التصرفات القانونية فالأعمال المادية ، هي الواقعة المادية التي قد يفعلها قاصداً نتيجةها القانونية كمن استولى على شيء مباح ، فهو يكون قد قصد تملكه بوضع يده وهو اثر قانوني مترتب على الواقعة ، وقد لا يقصد النتيجة القانونية كمن يقبض مالا وهو غير مستحق له ، فان عمله لا يقصد به حين الفعل صيrote ملزما برده مع الزامه قانونا بذلك ، فالفعل المادي ضروري لقيامه لان الواقعة عبارة عن فعل مادي سواء رتبت اثار قانونية ام لا .

اما التصرفات القانونية تتميز بان أساسها الإرادة ولو لم يصاحبها عمل مادي ، والالتزامات جميعها وان اختلفت مصادرها يستغرق اداؤها واتمامها جزءا كبيرا من الوقت ، أي أن هناك مهلة من التروي والتفكير في اتمامها منها في اشكالها المتعددة ، كتوقف بعض التصرفات على الاجازة كما في تصرفات الفضولي والصبي المميز فيما يدور بين النفع والضرر وكما في اللقطة في الفقه الإسلامي حيث يترتب على الملتقط التزامات بعضها زمني كضرورة الإعلان عنها لفترة زمنية محددة وبشروط مخصوصة ليعلم الكافة بها وأيضا الجعالة وتسمى في الفقه المدني ب (الوعد بجائزة) ، حيث ان هناك مهلة زمنية من التروي بين اطلاق الوعد وتنجز ما به.

(1) نصت المادة (277) من القانون المدني المصري على انه " إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام وكان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء كان ملزماً بان يدفع قيمة اخر شيء استحال تنفيذه".

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تطبيقات التراخي في الخيارات ، أما في المطلب الثاني فسوف يكون لتطبيقات التراخي في التصرفات القانونية وكالاتي :

المطلب الأول

تطبيقات التراخي في الخيارات

للخيارات اقسام كثيرة ومتعددة ، ولكل تقسيم مرتكز يرتكز عليه احدهما قد يكون على طبيعة الخيار هل هو حكمي أو ارادي ، وقد يكون بحسب الغاية التشريعية هل هو خيار ترووي ام خيار نقيصة وفي كلا الحالتين لا يوجد فرق بينهما لكننا ارتينا بدراسة الخيارات بحسب طبيعتها وقسمناها إلى خيارات ارادية وهذه الخيارات لا تنشأ الا إذا اتجهت إرادة المتعاقدين وأبدت رغبتها في الاستفادة منها ، وتنظم اليها إرادة العاقد الاخر كخيار الشرط وخيار التعيين ، أما الخيارات الحكمية فهذه الخيارات لا تثبت الا بحكم الشارع أو نص في القانون فينشأ الخيار عند توافر الأسباب الشرعية المولدة له وتتحقق الشروط المطلوبة ، وهذه الخيارات لا تحتاج إلى اتفاق أو اشتراط لقيامها ، بل تنشأ تلقائيا لمجرد وقوع سبب ربط قيامها به ومنها خيار العيب ، وفي كلتا الخيارات يثبت التراخي بوصفه حق خاص للمتعاقد، فقد يكون للترووي وقد يكون للتبصر في أمور العقد .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الخيارات الارادية ، وفي الفرع الثاني سوف نتناول الخيارات الحكمية وكالاتي :

الفرع الأول

الخيارات الارادية

لقد بينا ان المقصود بالخيارات الارادية هي الخيارات التي يستلزم لقيامها تدخل الإرادة ، لنشوئها إذا يتطلب من المتعاقد الإعلان عن رغبته في الاستفادة منها، فيجب ان يصرح العاقد

برغبته في ان يتمتع بحق الخيار الارادي فلا سبيل له لتحصيله حتى ولو كان هناك ما يقتضي ترتيبه من جهة حاله أو القرائن .

فاعتبار إرادة المتعاقدين مصدرا لخيار ما ليس المراد منه انه يثبت بالراي المجرد والارادة الشخصية المطلقة ، الا ان ثبوته يكون بالدليل الشرعي(نص أو اجتهاد) لكون المشرع هو المسوغ الوحيد للخيارات بنوعيه (الحكمي والارادي) .

الا ان الخيار الحكمي ثبت بثبوت الاحكام والتي يخاطب بها المكلف عند وقوع سببها منه أو غيره ، بعكس الخيار الارادي والذي علق الشارع ثبوته على تلاقي ارادتي عاقيه كونهما يريدان قيام الخيار أو يريدان امرا ثبوته لهما بتخلف حق الخيار وهذا ما نحن بصدده ، فقد يرمي المتعاقدان النص على ثبوت حق التراخي في خياراتهم للتروي والتفكير في أمور العقد قبل الاقدام على الارتباط بالعقد بصورة نهائية ؛ ومن ثم قد يرغب احد المتعاقدين ان يكون له خيار تروي ارادي بإرادته المنفردة ، لكن من دون ان يستجيب المتعاقد الاخر إلى رغبته ويصدر قبوله فيشمل الخيار الذي اشتمل عليه العقد ، فلم يثبت له شي من تلك الخيارات التي سببتها الإرادة المشتركة لكل من المتعاقدين.

وبما ان الخيارات الارادية متعددة لذلك سوف نقتصر على دراسة خيارين من الخيارات الإرادية على الرغم من كوننا قد تناولنا بعض الفقرات عنهما في مجمل الرسالة الا اننا سوف نقوم بدراستهما بشكل مفصل وهما (خيار الشرط وخيار التعيين) وكالاتي :

أولا- التراخي في خيار الشرط

الأصل ان الانسان فطن في اموره فهو لا يقدم على التصرف في جميع شؤون حياته الا بعد التروي والتفكير، وكذلك البحث عن وسيلة توصله إلى مبتغاه بأقصر الطرق وبأقل التكاليف، بعد التنبيه إلى الحل فاذا خالف التصرف بالإمكان التراجع عنه لعدم الاقتناع بخلاف لو كان موافقا لما أراده فعندها سوف يقدم عليه بعقلانية واتزان ، ولذلك شرع (خيار التروي) لأنه في الأحيان كثيرة هناك أمور تمنع الانسان من ان يقدم على التروي ، وذلك لعدم خبرته أو لمرض المه به ؛ ومن ثم يمنعه من التروي فيجعله واقعا في دائرة من الغبن أو الغرر أو الخداع ، فلا بد من وجود وسيلة تمنع هذا الغبن أو الخداع وهذا يكون من خلال شرط يشترطه احد المتعاقدين يسمى (بخيار الشرط) وللتعرف عليه اكثر يقتضي بنا ان نوضح ثلاثة مسائل تتعلق به ، سوف نبدأ ببيان تعريفه وثبوت التراخي فيه ؛ ومن ثم احكامه .

1-تعريف خيار الشرط

سمي هذا الخيار بخيار الشرط لإضافة الشيء إلى مسيبه⁽¹⁾ ، فالشرط سبب الخيار وليس الخيار سبب الشرط ، وقد تعددت التعاريف التي قيلت بحق هذا الخيار في الجانبين الفقهي والقانوني لذلك سوف نحاول بيان تعريفه في كل من الجانبين .

أ-الجانب الفقهي الإسلامي : بالرغم من كثرة التعاريف التي اطلقها فقهاء المذاهب الإسلامية الا انها كانت متشابهة في معناها مع اختلافهم في الصياغة لذلك سوف نحاول القاء نظرة على البعض منها وترجيح الأفضل فيها :

فقد ذهب الامامية إلى تعريفه بانه (الخيار الذي يشترطه المتعاقدان والذي يكون أما لهما (المتعاقدين) أو لاحدهما أو لشخص اجنبي ، حق فسخ العقد أو امضائه ولكن خلال مدة معلومة)⁽²⁾ ، فخيار الشرط يكون لاحد العاقدين دون الاخر، كما إذا قال البائع ، بعتك على اني بالخيار، أو يقول المشتري اشتريت على اني بالخيار) ، وعرف ايضا بانه (الخيار الثابت بسبب اشتراطه في العقد ، فقد يشترطه المتعاقدان أو احدهما في العقد ان يكون لهما الخيار في العقد ما شاءوا من الزمن ثلاثة أيام أو اشهر أو اكثر، ويسمى هذا النوع من الخيار (بخيار الشرط)⁽³⁾.

ويرى الباحث ان فقهاء الامامية قد اجمعوا على كون خيار الشرط غير محدد المدة أي انه على التراخي وهذا يأتي بالمرتبة الأولى ، وكذلك ان الخيار يثبت للمشتري أو البائع وهذا هو موضوعنا الرئيسي إذا ان التراخي أيضا يثبت لاحد المتعاقدين كما اوضحنا وليس لكلاهما ، ولهذا كان الأولى ان يسمى ب (شرط الخيار) ، فينقذ العقد ويكون لكل من المتعاقدين خيار في تلك المدة إلى ان يسقطاه المتعاقدان وهذا ما يميز خيار الشرط عن بقية الخيارات كخيار المجلس أو العيب ، كونه فرض على العقد من جانب المتبايعين أو احدهما .

وذهب الحنفية إلى تعريفه بانه (خيار كشف الحال ، وهو ما ثبت (بالاشتراط) لاحد المتعاقدين الاختيار بين أما امضاء العقد أو الفسخ)⁽⁴⁾ .

(1)ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص194.

(2)ينظر: محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، الشهيد الأول ، اللعة دمشقية، ج4 ، ط1، مطبعة قدس ، قم 1411هـ ، ص108.

(3)ينظر: جعفر السبحاني ، الخيارات والشروط ، مصدر سابق ، ص37.

(4)ينظر: ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق ، ص47

أي جاز للمتابعين معا (البائع والمشتري) أو لا حدهما في مدة مذكورة فالضمير هنا عائد إلى الخيار، وفي الوقاية والنفاية والابرز انه صح شرط الخيار لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار، ولان الأصل في ثبوته هو ماورد عن ابن ماجه في سننه ان حبان بن منقذ بن عمر) كان يغبن في المعاملات، فأتى إلى النبي محمد (صلى الله عليه وسلم)

فقال له " إذا انت بايعت فقل لا خلاية " ، ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فاذا رضيت فامسك وان سخطت فاردها على صاحبها⁽¹⁾ ، فخير الشرط قد شرع للحاجة إلى دفع الغبن بالتروى، أي بأخذ مهلة من التفكير والتروى في الشرط بالرغم من كونه محدد بثلاث أيام فهو رخصة إذا عرض له خلل لزوم العقد ، فلهذا كان الشرط بعد العقد للاحتراز عما إذا كان قبله ، كما لو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي ينقذ ثم اشترى مطلقا لم يثبت له⁽²⁾ .

مما يؤخذ على تعريف جمهور فقهاء الحنفية ، بالرغم من كونهم قد جعلوا مهلة التروى محددة بتوقيت معين بثلاثة أيام والا اعتبر العقد فاسد وهذا الامر لا يمكن الاخذ به ، وذلك لان هناك بيوع تستدعي الوقوف فيها للتروى اكثر من هذه المهلة فكان الاجدر ان تكون المهلة لمدة معلومة كما فعل فقهاء الامامية وكافية للتروى وان يترك تحديدها إلى المتعاقدين.

وذهب جمهور الفقهاء من المسلمين وهم الحنابلة و الشافعية أيضا إلى تعريفه بانه خيار تروى وهو (الخيار الذي يشترطه احد المتعاقدين أو كلاهما ان يكونا له الخيار، أي حق فسخ العقد أو امضائه خلال مدة معلومة ، وبالإمكان اشتراطه مع العقد ، أو بعد العقد ، ولكن ان يكون قبل مفارقة مجلس العقد، لكنه اوجب ان يكون مدة الخيار ثلاثة أيام لان الحاجة تتحقق بذلك غالبا فاذا زاد على الثلاثة أيام بطل العقد)⁽³⁾ .

(1)الخلاية معناها الخداع وفائدة قوله لا خلاية أي لا خديعة في الدين لان الدين نصيحة وللإعلام بانه ليس من ذوي البصائر بالسلع فوجب النصيحة فلا يخدع بشي اعتمادا على المعرفة بل بالنصيحة لانه ليس عالما بها .للمزيد ينظر: عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان، 1418هـ-1997م ، ص4، وينظر أيضا : صدر الدين علي بن علي بن ابي العز الحنفي ، التنبيه على مشكلات الهداية ، مجلد رابع ، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1424هـ-2003 ، ص347.

(2)ينظر: حافظ الدين النسفي ، المصدر السابق، ص5.

(3)ينظر: عبد الحق حميش والحسين شواط ، فقه العقود المالية، دار الكتاب الثقافي، 2011، ص63-64، وينظر ايضا: مركز رواد الترجمة والاتصالات ، موسوعة المصطلحات الإسلامية، ج5، المكتب التعاوني للإرشاد والدعوة، 1441هـ-247- و ينظر كذلك: شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة الشافعي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

مما يؤخذ على تعريف الفقهاء ، انهم جعلوا خيار الشرط لمدة ثلاثة أيام وما زاد يبطل العقد، وهذا الامر غير ممكن ، فكيف بالإمكان ان يبطل العقد بعد ان اتفق المتعاقدان على شروطه ؟ فكان بالإمكان ان يجعلوا المدة معلومة قدر الإمكان لكي يتسنى للمتعاقدين التروي في الخيار طالما هو خيار تروي بدل من تحديدها وبطلان العقد في حالة تجاوز المدة .

وذهب المالكية إلى القول بان خيار الشرط هو خيار شرطي⁽¹⁾ ، وقد يسمى أيضا عندهم بانه بيع الخيار⁽²⁾، فعرف بانه (بيع وقف بته أولا على امضاء يتوقع ، بمعنى وقف بته عن البيع البته وقد ذكره أولا كقيد ، والسبب لإخراج خيارات النقيصة كخيار العيب ، لان هذه الخيارات لا تتوقف أولا بل ان الامر إلى الخيار ولان التخيير فيها يثبت فيما بعد حين ظهور العيب⁽³⁾ .

ولا يختلف فقهاء الاباضية عن بقية الفقهاء في تعريفهم لخيار الشرط بانه (خيار تروي لكل من البائع والمشتري الا انهم اشترطوا ان افتراقه ان يكون بالقول لا بالأبدان ، أي اتمامهم للصفقة⁽⁴⁾ ، وذلك استنادا إلى الحديث الشريف " البيعان بالخيار ما لم يفترقا " ⁽⁵⁾ .

ب - اما الجانب الفقهي القانوني: فقد اتفق فقهاء القانون على تعريف خيار الشرط وقد ورد هذا في اكثر مؤلفاتهم وقد تعددت التعاريف التي قيلت بحق خيار الشرط ، لذلك ارتأينا ابراز الأفضل من هذه التعاريف، فقد عرفه البعض بان خيار الشرط هو (ما ثبت لاحد العاقدين أو

ج، 4، ط3، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424هـ، ص3، وينظر ايضا: البهوتي، كشاف القناع ، مصدر سابق ، ج3، ص202.

(1) ينظر: محمد بن احمد عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي، ج3، ط2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424هـ، ص91، وينظر ايضا : نصر سلمان ، وسعاد سطحي ، فقه المعاملات المالية وادلته عند المالكية ، ط1 ، دار ابن كثير ، دمشق-بيروت ، 1428هـ-2007م، ص77.

(2) ينظر : ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقصد ، ج2، مصدر سابق ، ص174.

(3) ينظر: الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج4 ، مصدر سابق ، ص19.

(4) ينظر: لجنة البحث العلمي جمعية التراث ، معجم مصطلحات الاباضية ، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر، 1433هـ-2012م، ص798.

(5) جاء في حديث عبدالله بن عمر مع عثمان ابن عفان حين باع منه عبد الله مخرافا كان له بموضع كان لعثمان وكان حريصا على إتمام البيع ، فقال له عثمان إذا اردت إتمام البيع ليست السنة فافتراق الابدان قد انتسخ ذلك وكان تباعيهما بعد وفاة الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم)، فرجع عبد الله إلى مقالة عثمان، فظاهاه يدل على ان كل واحد من البائعين له الخيار مالم يفترقا وان البركة مع الصدق ، ينظر: ابي محمد عبد الله الاندلسي ، بهجة النفوس وتحليلها بمعرفة ما لها وما عليها شرح مختصر صحيح البخاري ، حديث البيعان مالم يفترقا ، ج1، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 1971، ص218.

لغيرهما من حق امضاء العقد أو فسخه ، وذلك بناء على اشتراطه كان يشترط البائع بان يقول للمشتري بعتك هذه العربية بمليون جنيه بشرط ان يكون لي الخيار في امضاء هذا البيع أو فسخه خلال أسبوع، ويقبل المشتري ذلك، وقد يشترط المشتري ابتداء اشترية ، منك على اني بالخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك ، واحيانا قد يشترط لكل منهما كان يقول البائع بعتك هذه العربية على ان يكون لكل منهما الخيار في فسخ العقد وامضائه في ثلاثة أيام ، وكذلك قد يثبت الخيار أيضا لغير العاقدين أي شخص ثالث فيشترط له البائع أو المشتري الموافقة على العقد لخبرته فيها ، فالخيار يكون لمن شرط له ويكون أيضا لمن اشترطه (1) .

ويرى الباحث بان هذا التعريف قد فصل خيار الشرط ، فقد جعل الخيار أما للمشتري أو للبائع أو يثبت لكلاهما أو لشخص اخر غيرهما كان يكون اجنبي عن العقد ، فقد يكون لديه علم أو دراية بأمر العقد ، لكن ما يؤخذ على هذا التعريف ، انه لم يحدد المدة فتارة يذكر خلال أسبوع وتارة أخرى يرى خلال ثلاثة أيام ، لهذا كان الاجدر بان يترك تحديد المدة للمتعاقدين لانهم اعلم بأمر العقد وأيضا وجب معلومية هذه المدة ، لكي لا تكون عائق امام تنفيذ العقد .

وذهب اخرون إلى تعريفه بانه (الخيار الذي يشترط بموجبه احد العاقدين أو كلاهما، على ان يكون له أو لشخص اجنبي خيار فسخ أو امضاء العقد خلال مدة معينة يتفق بموجبها المتعاقدان) (2) .

مما يؤخذ على هذا التعريف كونه جعل خيار الشرط خلال مدة معينة ولم يبين ماهي المدة المعينة هل يترك تقديرها إلى المتعاقدين ام ان هناك رأي اخر كان يريد فرضه ؟

وجاء أيضا بان خيار الشرط (هو الخيار الذي يبيده احد المتعاقدين أو كلاهما عند العقد ، فيكون لصاحب الخيار حق فسخ العقد أو اجازته خلال مدة معينة وفي تلك المدة إذا فسخ العقد صراحة بما يعتبر فسخا ، أو قد يسقط الخيار بمانع من موانع استمراره اعتبر العقد لم

(1) ينظر: د-تاج السر محمد حامد، الوجيز في احكام العقود والإرادة المنفردة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية 2008، ص104-105.

(2) ينظر: د-غني حسون ، مصدر سابق ، ص132، وينظر ايضا ، د- سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والايجار، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ص59، وينظر كذلك ، د- طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، مصدر سابق ، ص162، وينظر أيضا ، د-سعيد مبارك واخرون ، مصدر سابق ، ص50.

يكن أو لم يستعمل في حقه الفسخ حتى مضت المدة ، أو قد يوجد مسقط للخيار قبل مضي زال حق الخيار وصار العقد بات لازم⁽¹⁾ .

ونرى بان هذا التعريف اقرب التعاريف الينا كونه وضح معنى خيار الشرط بصورة مفصلة وأعطى حق الفسخ أو الاجازة خلال مدة معينة يلتزم بموجبها صاحب الخيار فالإجازة والفسخ قولين يفيدا بلفظ ، ذلك فقول اجزت البيع أي رضيت وفسخته أو تركته ، ونرى بانه قد أصاب في تعريفه لخيار الشرط .

ج- اما في التشريعات المقارنة : من المعروف ان خيار الشرط لم ينظم احكامه اغلب التشريعات والسبب في ذلك ان اغلب التشريعات قد تناولت الشرط في النظرية العامة للالتزامات التي تقترن بالعقود لذلك عد المشرع العراقي بتناوله لشرط الخيار بانه معيب ومنتقد لكونه من قبيل التكرار، وكان الاجدر بالمشرع ان يتجنب ذلك قدر الإمكان لانه تناول خيار الشرط بعد تناوله للنظرية العامة للالتزامات لذلك لم نجد من تناول خيار الشرط بالمقابل في التشريعات المدنية العربية⁽²⁾ .

فقد تناول المشرع العراقي احكام شرط الخيار في اربع مواد (509 الى 512)⁽³⁾ ، لكن مما لوحظ على المشرع العراقي انه اقتبس احكامه من الشريعة الإسلامية في تنظيمه لخيار الشرط ، وذلك استنادا إلى قول النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) " إذا بايعت فقل لا خلافة " ⁽⁴⁾ .

ومن خلال اطلاعنا على نصوص القانون المدني العراقي نجد ان المشرع قد أصاب في تناوله لخيار الشرط ، حيث وضح كل جوانبه وبين احكامه ابتداء من مدة الخيار وذلك عندما نص في المادة (509) على ان (تكون مدة الخيار معلومة) أي مدة خيار الشرط معلومة لدى

(1) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص196.

(2) ينظر: د-حسن علي الذنون ، عقد البيع ، شركة الرابطة ، القاهرة ، 1954، ص46، و ينظر ايضا د- جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، 2013 ، ص55.

(3) ينظر: المواد أعلاه من القانون المدني العراقي النافذ.

(4) ينظر: ان اصل الحديث راجع عن حديث عبد الله بن يوسف اخبرنا مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر ان رجلا ذكر للنبي (صلى الله عليه وسلم) انه يخدع في البيوع فقال " إذا بايعت فقل لا خلافة" ، أي ان الخداع في البيوع مكروه لكنه لا يفسخ البيع الا ان شرط المشتري الخيار على ما تشعر به ، وكذلك قوله انه يخدع في البيوع ان سبب شكواه وهو ما يلقي من الغبن ،" ان الرجل كان يبايع وكان في عقده ضعف" أما قوله لا خلافة أي لا خديعة في الدين، وذلك لان الدين نصيحة ، لذلك قيل بانه جعل الخيار له لضعف عقله ولو كان الغبن يملك به الفسخ لما احتاج إلى شرط الخيار فالخديعة ، قد تكون في العيب أو الكذب أو الثمن أو في الغبن فلا يحتج بها في الغبن لذلك استمدوا بالخيار لثلاثة أيام من غير زيادة ، لانه حكم ورد على خلاف الأصل فيقتصر به على اقصى ماورد فيه ويؤيد جعل الخيار في المصراة لثلاثة أيام، ينظر: الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، (باب ما يكره من الخداع في البيع) ، ج5، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان، 1441هـ-2019م ، ص2747-2748.

المتعاقدين وليس مجهولة بالرغم من عدم بيانه معلومية المدة حيث اكتفى بالقول ان تكون معلومة ، وبالرغم من ذلك فقد أجاز انتقال الملكية إلى المشتري سواء كان الخيار لاي منهما أو لاجنبي (1).

فضلا عن ذلك عدم اشتراطه شكلا معيناً للإجازة أو الفسخ (2).

وهذا يعني بالإمكان اجازت خيار الشرط بالقول أو الفعل (3) ، أما في حالة مضي المدة التي اتفق عليها المتعاقدين ولم يقيم أي منهم بفسخ الخيار ، هنا يلزم البيع ويرتب الشرط جميع اثار عقد البيع (4)، وجعل القانون المشتري مسؤولاً عن تلف وهلاك المبيع قبل الفسخ وذلك لانه جعل انتقال الملكية ابتداء في عقد البيع وحتى إذا تضمن العقد خيار الشرط فان الملكية تنتقل إلى المشتري وهذا ما أكدته المادة (512) (5).

ونرى بان المشرع العراقي قد أصاب في بيانه لخيار الشرط بالرغم من اغفاله بعض الفقرات المهمة وهي في حالة إذا كان الخيار لمدة معلومة أو غير معلومة فانه يثبت على التراخي وليس على الفور ، وهذا ما سوف نبينه فيما بعد في الفقرة الثانية عند حديثنا عن اثر الوقت في خيار الشرط.

(1) نصت المادة (509) من القانون المدني العراقي على انه "يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما معا أو لاجنبي " ، تقابلها المادة (300) من مجلة الاحكام العدلية على انه "يجوز ان يشترط الخيار بفسخ المبيع أو اجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لاحدهما دون الاخر".

(2) نصت المادة (510) من القانون المدني العراقي على انه " إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معا فايهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع وايهما أجاز سقط خيار المجيز وبقي الخيار للاخر إلى انتهاء المدة " ، تقابلها المادة (301) من مجلة الاحكام العدلية على انه "كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيرا بفسخ البيع أو اجازته في المدة المعينة للخيار ،تقابلها المادة (179) من القانون المدني الأردني .

(3) نصت المادة (302) من مجلة الاحكام العدلية على انه "فسخ البيع واجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل أيضا " ، وايضا ماجاء في مجلة الاحكام العدلية في المادة (303) على انه "الاجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كاجزت ورضيت وفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضا كفسخت وتركت " وأيضا نص المادة (304) " الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضى وفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضا مثلا لو كان المشتري مخيرا وتصرف في المبيع تصرف الملاك كان يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان إجازة فعليه يلزم بها البيع وإذا كان البائع مخيرا وتصرف بالمبيع على هذا الوجه كان فسخا فعليا " ، تقابلها المادة (181-182) من القانون المدني الأردني النافذ.

(4) نصت المادة (511) من القانون المدني العراقي على انه "اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع " تقابلها المادة (305) من مجلة الاحكام العدلية " إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع وتم " ، تقابلها المادة (177) من القانون المدني الأردني.

(5) نصت المادة (512) من القانون المدني العراقي على انه "في جميع حالات الخيار إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ هلك من ماله والزمه الثمن المسمى " .

اما في القانون المدني المصري فنرى ان المشرع المصري لم يتناول خيار الشرط بل انه تناول اقتران عقد البيع بشرط ضمن الاوصاف المعدلة لأثار الالتزام ، وذلك إذا كان عقد البيع معلقا على شرط واقف أو فاسخ⁽¹⁾ ، وهذا لا يمكن ان يكون ضمن حديثنا عن التراخي في الخيار لان كلاهما ضد الاخر.

لانهما يكونان متعلقان بأمر مستقبلي ، وهذا لا يمكن ان يفسر بان اقتران العقد بالشرط بالإمكان ان يثبت على التراخي ، فالتراخي ليس بأمر مستقبلي انما هو حق المتعاقد في التروي في العقد خلال مهلة معينة وليس مؤجلة إلى المستقبل كما ذهب المشرع في تفسيره لاقتران العقد بشرط وهذا ما لمسناه من خلال نصوص المواد التي ذكرها في تقنيته.

ولا يختلف المشرع اليمني في تناوله لخيار الشرط على ما جاء به المشرع العراقي، حيث عالج خيار الشرط في سبع مواد من (231الى237) من القانون المدني اليمني .

حيث ابتداها في تسمية خيار الشرط (بخيار التروي)⁽²⁾ ، لكنه تمييز عن المشرع العراقي بشرط المدة ، حيث اشترط ان يكون خيار التروي في مدة معينة وان اختلفا على ذكر المدة أو سكت المتعاقدان عن ذلك فان مدة الخيار تكون لعشرة أيام⁽³⁾ ، وأيضا لم يستلزم شكلا معيناً للفسخ أو الاجازة وانما بالإمكان ان تكون اجازة العقد بالقول أو بالفعل الذي يدل عليه لكنه اشترط في الفسخ ان يكون خلال المدة المعينة، وبعلم المتعاقد الاخر⁽⁴⁾ .

اما المشرع الفرنسي فانه كذلك لم يتناول خيار الشرط ضمن الخيارات ، بل تناوله أيضا فيما يسمى بالالتزام المشروط ، كما فعل المشرع المصري⁽⁵⁾ .

(1) ينظر: نصوص المواد من (265-270) من القانون المدني المصري النافذ والتي تتعلق باقتران البيع بشرط.
(2) نصت المادة (231) من القانون المدني اليمني على انه "يجوز ان يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من التعاقدين أو احدهما أو لا جنبي ولا يصح خيار التروي بالفسخ في النكاح والاقرار ويبطل به الصرف والسلم".
(3) نصت المادة (232) من القانون المدني اليمني على انه "يلزم ان يكون لخيار شرط التروي مدة معينة فان اختلفا ولا بينة اعتبر الأقل وان سكتا عن ذكر مدة الخيار كانت مدته عشرة أيام ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له".
(4) نصت المادة (233) على انه " يكون الفسخ أو اجازة العقد بالقول أو بالفعل الدال عليه ممن له الخيار ويفسخ العقد باختيار الفسخ في مدة الخيار ويشترط علم التعاقد الاخر اثناء مدة بالفسخ ان كان حاضرا أو اشعار الحاكم ان كان التعاقد غائبا فان تعذر فاشهاد عدلين وينفذ العقد بإجازته في مدة الخيار أو بانقضاء المدة " وكذلك ما جاءت به المادة (234) من نفس القانون على انه "اذا كان الخيار مشروطا لكل من التعاقدين فاجازة احدهما يسقط خياره ويبقى خيار الاخر مابقيت المدة".

(5) للاطلاع على ذلك ينظر نص المادة (1304) من القانون الفرنسي المعدل النافذ .

إذا خيار الشرط يثبت للبائع والمشتري أو لهما معا باتفاق الفقهاء والتشريعات ، وقد شرع خيار الشرط أو كما يسمى (بخيار التروي) لاجل التروي واستشارة احد المتعاقدين لأهل الخبرة مما يكون لديهم دراية في البيع والشراء لعدم معرفة المتعاقد بذلك فمهلة التراخي ضرورية في هذا الخيار، لكي يتسنى للعاقد عند عقد البيع بدون ضرر يلحق به وتحقق مصلحته من البيع .

لكن السؤال الذي يثار في هذا الخصوص هو اين يكمن حدوث التراخي في خيار الشرط ؟ وما هو مصير الخيار الذي تتراخى احكامه ؟ والذي سوف نحاول الإجابة عليه في الفقرة الثانية من خيار الشرط .

ب - حدوث التراخي في خيار الشرط : كما نعلم ان خيار الشرط من الخيارات الاتفاقية الزمنية والتي يلعب الزمن دوراً رئيسياً و اساسياً فيه فلكي يتسنى للمتعاقد معرفة أمور العقد ودراسته بالتأني هناك ما يسمى بالتروي في الخيار أي إمكانية التراخي في اصدار الموافقة على العقد بصورة نهائية وعدم التسرع في ذلك ، لذلك شرع خيار الشرط و لكن لكي يمارس المتعاقد حقه في التراخي في خيار الشرط يجب ان تكون هناك مهلة معينة أي معلومة وقد تكون محددة عند بعض الفقهاء وليس مجهولة ، لان الجهالة تؤدي إلى بطلان العقد ، لذلك من شروط خيار الشرط الرئيسية ، ان يكون خلال مدة معلومة والسبب في ذلك لكي تنتفي كل من الجهالة والغرر في العقد ، وما دام مدة الخيار باقية فان لمشترط الخيار الحق في ان يفسخ العقد أو امضائه ، لكن ان انتهت هذه المهلة يسقط عندئذ الخيار⁽¹⁾.

إذا حدوث التراخي يرتكز في هذه المهلة فطالما لم تحدد بوقت معين ، فهذا يعني انه اريد بذلك ان يستفاد كل من المتعاقدين منها بالتروي والتفكير واستشارة ذوي الخبرة لإتمام أمور العقد ، لكن هل اتفق الفقهاء على مهلة معينة للتروي في خيار الشرط ؟ ام انه تحديد المهلة يترك لرغبة المتعاقدين لكونهما اعلم بأمر العقد ؟

جوابا نقول : بما ان الفقهاء قد اتفقوا على مشروعية خيار الشرط الا انهم اختلفوا حول المهلة التي بإمكانهم التفكير والتروي في العقد فقد ذهب البعض من فقهاء الامامية إلى قولهم بان خيار الشرط لا يتقدر بمدة معينة، انما يجوز اشتراطه في أي مدة سواء كانت قصيرة أو طويلة متصلة بالعقد أو منفصلة عنه ، بالرغم من انه لا بد من تعيين مبداءها وتقديرها بقدر

(1) ينظر: د-عبد الرحمن بن عثمان الجلعود ، مصدر سابق ، ص331.

معين ، ولو دام العمر اي جواز ان تكون مدة الخيار مدة عمر صاحب الخيار ، فلأصل لديهم هو عدم جعل الخيار بلا مدة ، ولا جعله مدة غير محددة قابلة للزيادة أو النقصان وموجبة للغرر والا بطل العقد ، فاذا جعل الخيار شهراً كان الظاهر منه هو اتصال الخيار بالعقد ، وأيضاً الحكم في غير الشهر من السنة أو أسبوع أو نحوهما فاذا جعل الخيار شهراً مردداً بين الشهور يعتبر الخيار في إتمام تلك الشهور (1) .

وذهب البعض الآخر من فقهاء الامامية إلى القول ان (تخصيص ثلاثة أيام للشرط أما لانصراف الاطلاق اليها عرفاً ، لكن هذه المدة اقل مدة يتروى بها المتعاقد فالشرع كاشف أو لتعيين الشارع ، والشرط سبب لا مناط كالوصايا المبهمة ، وقد استندوا إلى هذه المدة في دلالة الشرط في الحيوان بثلاثة أيام للمشتري سواء اشترط الثلاثة أيام أو لم يشترط في الخيار) ، وليس المراد ان الشرط في غيره ثلاثة أيام مع اشتراطها اذ لا اختصاص بها ، كون يصح اشتراط أي عدد شاء وقد يقال ان تحديد مدة ثلاثة أيام لتدارك احتمال ضرر بالمشتري فيكشف عن كونه حد شرعياً في سائر المقامات ، وقد يجهل المتعاقد في بعض الأحيان مدة الخيار كان يقول الخيار لي حين التفارقة إلى يوم الجمعة ، فالجهل هنا بزمان التفارقة يوجب الجهل بمقدار الخيار ، أما إذا قال الخيار لي من حيث التفارق إلى ثلاثة أيام فهنا يرجع إلى جهل بوقت الخيار لا مقدار المدة لان معلوم الخيار انه ثلاثة أيام مثلاً ، فالمبدأ إذا حين انقضاء الخيار لا من جهة انصرافه ، بل من جهة عدم تأثير الشرط في زمان وجود الخيار فلا اشكال أصلاً من حيث الجهل ولا من حيث مخالفة القصد اذ ان المدار في الجهل والعلم على جعل المتعاقدين هو معلوم القدر فرضاً ومانع من تأثير قهري ، فالجهل بمقدار ما اثر من الجعل ولا يوجب الغرر (2) .

وهذا يفسر لنا بان فقهاء الامامية متفقون على صحة الشرط سواء كان منفصل عن العقد أو متصل ، محدد المدة أو غير محدد المدة ، حتى وان كان المتعاقد جاهلاً بالخيار.

(1) ينظر: محمد صادق الحسيني ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، ص62، وينظر ايضاً ، الطوسي ، الخلاف ، مصدر سابق ، ص511، وينظر كذلك ، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت (عليهم السلام) ، المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي ، ج2، مصدر سابق ، ص398.

(2) ينظر: محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، حاشية كتاب المكاسب ، ج2، ط1، دار المصطفى لاهياء التراث ، ستارة ، 1423هـ-2002م، ص470-471.

فمنح المتعاقد مهلة من التروي في الخيار هو ارفاقا بالمتعاقدين وان زادت المدة ، فكان الارفاق مطلوباً حصوله في نظر الشرع ولأنها مدة ملحقة ترك تقديرها إلى المتعاقدين لذلك قيل بان خيار الشرط على التراخي (1).

واتفق جمهور فقهاء المسلمين من الزيدية والحنابلة والبعض من الحنفية على انه يجوز اشتراط مدة اكثر من ثلاثة أيام سواء كانت طويلة أو قصيرة محددة أو غير محددة لكنهم اشترطوا ان تكون المدة معلومة ، لكون الخيار شرع للتروي ودفن الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى مهلة اكثر فيكون كثير المدة كقليلها ، فهو كخيار العيب أو الرؤية عندما اجازوا الرد بعد الشهرين ، فقد يحتاج المتعاقد إلى مهلة اكثر لكون اموره لم تتيسر في المهلة القليلة لذلك كان خيار الشرط على التراخي (2).

اما فقهاء الشافعية وأبو حنيفة ، فقد خالفوا ذلك وذهبوا إلى القول إلى عدم جواز اشتراط مدة تزيد عن الثلاثة أيام ، فاذا تضمن العقد خيارا لمدة كان يكون أربعة أيام أي اكثر من المدة المسموحة كان العقد فاسداً ، والسبب كون الخيار ينافي مقتضى البيع لأنه يمنع اللزوم والملك واطلاق التصرف فقد اجيز للحاجة ومن ثم يقتصر على ما تدعو اليه الحاجة ، وقد جاءوا بذلك استنادا إلى حديث المصراة وهو قول الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم).

"من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام" (3)، وكذلك قوله تعالى (فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَ) (4) ، والذي جاء بعد قوله (فَيَأْخُذْكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ) (5) ، فالعقد فاسد في كل الأحوال سواء اجيز في الثلاثة أيام أو لم يجز .

(1) ينظر: محمد رضا الانصاري القمي ، العقد النضيد ، ج6، ط1، منشورات دار التفسير، مطبعة تكين، 1332هـ-ق-1390هـ-ش-2008م، ص547، وينظر ايضا ، الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، ج11، مصدر سابق ، ص39، وينظر كذلك، الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج 2، مصدر سابق ، ص274.

(2) ينظر: أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج3، دار الفكر ، بيروت، 1405هـ، ص585، وينظر ايضا ، محمد بن علي بن عبدالله الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، ج3، ط1، دار الاحياء التراث العربي، بيروت ، بلا سنة نشر، ص106، و ينظر كذلك، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مصدر سابق ، ج2 ، ص226، وينظر ايضا ، النووي ، المجموع ، مصدر سابق ، ج1، ص258، وينظر كذلك ، محمد عبد المقصود جاب الله ، الخيارات في عقود المعاملات في الشريعة الإسلامية ، بحث مقدم إلى كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، الإسكندرية ، 1990، ص25، وكذلك ينظر ، احمد أبو الفتوح ، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية ، ج1، ط1، مطبعة البوسفور، 1332هـ-1913م، ص217.

(3) ينظر: ابن الهمام ، فتح القدير ، ج6، مصدر سابق ، ص99، وينظر ايضا ، النووي ، المجموع ، مصدر سابق ، ج9، ص190، وينظر كذلك ، إبراهيم محمد العبود ، تعليق العقود في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التربية ، قسم الثقافة الإسلامية ، جامعة الملك سعود ، 1402هـ ، ص173.

(4) سورة هود ، آية رقم (65)

(5) سورة هود ، آية رقم (64)

اما فقهاء المالكية فكان لهم رأي اخر، وذلك عندما قالوا بان الخيار ليس له قدر محدود في المدة انما تقدر المدة بقدر الحاجة إلى اختلاف في المبيعات ، فخير الشريط هو خيار تروي ومشورة وهو بذلك يختلف باختلاف تفاوت المبيعات فمثلا الشهر في اختبار الدار، والثلاثة أيام في الثوب والعرض ، لأنها لا تجربة فيها الا لأجل معرفة القياس والملائمة وهذا لا يتحقق بالسرعة ، وكذلك لا يجوز للمشتري سكن الدار في مدة الخيار وينقل لها الأثاث ، لكن يجوز المبيت والدخول في مختلف الأوقات وغير ذلك ، فالمدة في نظرهم ليست بالمدة الطويلة أو القصيرة وانما الغرض في نظرهم يكمل باختبار المبيع، لذلك لم يشأ تحديده بزمن لاختلاف مبيع عن اخر (1) .

ويرى الباحث ان كل شي يتطلب شراؤه يجب ان يكون هناك تريثاً وتروي ونظرا يثبت به الخيار، وهذا مانحن بصدده وما نؤيده فالخيار أساسه قائم على التروي والمشورة وهو قائم على سبيل الترخيص والاستثناء من الغرر، وبالرغم من أهمية تحديد المدة فيجب ان تكون بقدر الحاجة أي حاجة المبيع في التجربة ، فاذا اتفق المتعاقدان على مدة محددة مقصودة للتجربة فلا يجوز تجاوزها ، أما إذا كانت المدة مجهولة فلا يجوز ترك الخيار بلا مدة انما يجب ان تكون معلومة حلا للنزاعات التي قد تحدث بين المتعاقدين .

ولذلك يرى الباحث ، بان الاتجاه الثاني من فقهاء الزيدية والحنابلة هو الأقرب إلينا ، فبالرغم من جعل الخيار غير محدد الا انهم اوجبوا ان يكون خلال مدة معلومة وهذا يفسر لنا بان خيار الشريط هو على التراخي، فحق التراخي هو حق خاص بالرغم من عدم ذكره بصريح العبارة الا انه من خلال عبارات الفقهاء وكلماتهم تدل على انهم يصرون على ان يكون للتراخي مهلة لكن بشرط ان تكون معلومة أي ليست مجهولة المدة .

-اما حدوث التراخي في التشريعات المقارنة : فنجد ان المشرع العراقي قد ذهب على ان صاحب الخيار له الحق ان يمضي العقد أو يفسخه خلال مدة معلومة وهذا ما نصت عليه المادة (509) من القانون المدني العراقي على انه "يصح ان يكون البيع بشريط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري أو لهما معا أو لاجنبي" (2)

(1) ينظر: احمد ادريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك ، مصدر سابق ، ص150-151، وينظر ايضا ، محمد سكمال المجاجي ، احكام عقد البيع ، مصدر سابق ، ص244-245.

(2) ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص166.

فالمشرع العراقي بالرغم من عدم ذكره مدة معينة لخيار الشرط الا انه اوجب ان تكون المدة معلومة أي غير مجهولة وكذلك لم يبين ماهي المدة المعلومة انما تركها للمتعاقدين ، لكن ما يؤخذ على المشرع العراقي هو عدم بيانه في حالة عدم تحديد المدة من قبل المتعاقدين ، أو سكت المتعاقدان عن بيان معلومية المدة أو في حالة اختلافهما فما الحكم في هذه الحالة فكان الاجدر بالمشرع العراقي بيان معلومية المدة وتحديد ما بمهلة مناسبة لكي يتسنى للمتعاقدين التروي خلالها واخذ الوقت المناسب للتراخي ، فترك المدة من دون تحديد يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، فقد يحاول المشتري بهذه المهلة الاضرار بالبائع بأخذ مهلة طويلة أو يسكت بالرغم من مرور فترة مناسبة فهناك ضرر يصيب المتعاقد الاخر وما يرمي اليه التراخي هو حماية المتعاقد وتحقيق توازن معرفي واقتصادي للعقد، لذلك دعواتنا إلى المشرع العراقي إلى النص على التراخي وبيان المهلة المناسبة له في الخيارات التي تحتل فترة من التأمل والتروي ، وهذا ما ذهب اليه المشرع اليمني عند اقراره لخيار التروي حيث انه بين لخيار التروي فترة مناسبة وبإمكان المتعاقدين التراخي فيها ومعرفة أمور العقد، لكن ان اختلفا أو سكتا فتكون مدة الشرط عشرة أيام (1) ، ويرى الباحث بانه فعل حسنا بذلك .

ج - احكام خيار الشرط: لقد ذكرنا سابقا ان من ضمن الاثار التي يترتبها خيار الشرط هو انتقاله بالرغم من وجود الشرط ، إذا ان بعض الفقهاء والتشريعات أشاروا إلى انتقال العقد إلى المشتري بالرغم من عدم انتهاء مهلة الشرط (2) ، أما هنا فسوف نتحدث هل ان خيار الشرط يورث ام لا ؟ فاذا توفي مما له الخيار هل يسقط حقه في الخيار، ام ان حقه لا يسقط وينتقل إلى الورثة ؟

جوابا نقول : لقد اختلف فقهاء المسلمين في امكانية سقوط الخيار وعدم انتقاله إلى ورثته (صاحب الخيار) إلى مذهبين.

المذهب الأول: وهو قول الامامية، حيث يرون بان الخيار لا يسقط بموت صاحبه بل ان خيار الشرط ينتقل إلى الوارث بموت المورث ، لأنه حق مالي متعلق بالمال واثار من اثار العقد وليس حق شخصي والمعروف ان الحقوق المالية تورث (3) .

(1) ينظر : المادة (232) من القانون المدني اليمني النافذ.

(2) ينظر: راجع ص130-134 من هذه الرسالة والتي تكلمنا فيها عن انتقال خيار الشرط.

(3) ينظر: الطوسي ابي جعفر محمد بن الحسين بن علي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج2، دار الكتاب العالمي ، بيروت - لبنان ، ص84 ، وينظر ايضا : محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرائع الاسلام ، ج2، مصدر سابق ، ص290-291 ، وينظر كذلك ، علي اصغر مرواريد، المصادر الفقهية (كتاب البيوع) ، ط1، مؤسسة فقه الشيعة ، لبنان - بيروت، 1421هـ-2001م، ص7.

ويتفق مع الامامية جمهور الفقهاء من الحنابلة والشافعية والزيدية والمالكية والاباضية ، بان خيار الشرط يؤرث وقد استندوا في ذلك إلى آيات المواريث ، وكذلك قول النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) " من ترك مالا أو حقا فلورثته "(1).

فالخيار حق تركه فيكون لورثته ، ولكونه حق بالمبيع فيجري فيه الإرث كالمالك الثابت ، فالإرث كما يثبت بالأملك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع ، وكذلك استدلوا بالمعقول بانه حق ثابت لإصلاح المال فلا يسقط بالموت كالرهن ، وأيضا لأنه حق فسخ فينتقل إلى الورثة ، وأيضا قياسا بخيار العيب فهو يؤرث أيضا فخيار الشرط يورث ، الا انهم اشترطوا لكي ينتقل الحق إلى الورثة يجب ان يكون الوارث حاضرا فيثبت له الخيار ، الا ان يتقارفا أو يتخابرا وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء الذين ايدوا انتقال حق الخيار إلى الورثة (2) .

لكن ماذا لو كان الوارث غائبا بمكان بعيد ولم يعلم ذلك حتى مضت المدة فما الحكم هنا ؟ جمهور الفقهاء من الامامية والشافعية بينوا ان هناك أربعة جوانب يثبت فيها الخيار للوارث، **ففي الجانب الأول**، ان الخيار ينتقل إلى الوارث في القدر المتبقي من المدة إذا كانت هناك مدة متبقية أي في حالة إذا مات صاحب الخيار بعد مضي يومين من الخيار وكان الوارث غائبا ولم يكن لديه علم بالخيار الا بعد مضي مدة منه فيستأنف له في الخيار في المدة المتبقية منه، أي يوم واحد من تاريخ حضوره ، وحجتهم في ذلك انه لم ينتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت فوجب ان ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه في حالة إذا لم يعهد بالزيادة على ثلاثة أيام ، وهذا يفسر بان خيار الشرط على التراخي لكن وفق مهلة معينة ؛ ومن ثم بإمكان الوارث الاستفادة من هذه المهلة في انتقال الخيار اليه ، وهذا ما ذهب اليه **الجانب الثاني**، أيضا عندما بينوا بان خيار الشرط يبقى مادام المجلس باقي الذي بلغ الخبر فيه ، أما **الجانب**

(1) جاء في حديث أبي هريرة (ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، كان يؤتي بالرجل المتوفي وعليه دين فيسال ، هل ترك لدينه قضاء ؟ فان حدث انه ترك وفاء صلى عليه ، والا قال للمسلمين صلوا على صاحبكم ، قال فلما فتح الله على رسوله كان يصلي ولا يسال عن الدين وكان يقول ، انا أولى بالمؤمنين من انفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديننا أو كلا أو ضياعا فعلي والي ومن ترك مالا فلورثته)، ينظر: ابي حفص عمر بن محمد الانصاري الشافعي المعروف بابن الملحن، البدر المنير في تخریخ احاديث الشرح الكبير، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، 1971، ص192.

(2) ينظر :علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، مصدر سابق ، ص366-369، وينظر ايضا ، السرخسي ، المبسوط ، ج 13 ، مصدر سابق ، ص42-43، وينظر كذلك ، ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، مصدر سابق ، ج3، ص131، وينظر كذلك ، الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق ، ج 5، ص268، و ينظر أيضا ، الصفاني ، البحر الزخار الجامع ، ج3، مصدر سابق ، ص351، و ينظر ايضا ، اطفيش محمد بن يوسف ، كتاب النيل وشرح العليل، ج9، ط2، مكتبة الارشاد ، جدة ، 1972، ص263-264، وكذلك ينظر النووي ، المجموع ، ج9، مصدر سابق ص194.

الثالث والرابع ، فيرون بان الخيار يسقط ؛ ومن ثم يثبت الخيار للوارث على الفور لان البيع يلزم بمضي المدة (1).

اما المذهب الثاني: وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والبعث من الحنابلة ، فيرون ان الخيار يسقط بموت صاحبه ؛ ومن ثم يلزم البيع فلا يورث ، سواء اكان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما كذلك سواء كان صاحب الخيار اصيلا أو نائبا ، وقد استندوا إلى القول بان البيع منعقد مع الخيار وبما ان الخيار مشيئة في رده وبالموت لا تتحول المشيئة إلى غيره ، لان الإرادة والمشيئة صفة ولا تحتمل الانتقال منه إلى الغير فوارث البائع لا يخلفه في ملك العين وذلك لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع منه فاذا سقط كان لم يكن ، وأيضا يرون ان العقد لا ينتقل إلى الوارث ، لأنه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ؛ ومن ثم لا يتصور انتقاله إلى الوارث (2).

وذهب البعض الاخر من جمهور فقهاء الاباضية إلى القول ان الخيار ينتقل إلى الوارث في حالة إذا كان الخيار للبائع ، أما المشتري فلا يكون لورثته الخيار لان الميراث لا خيار فيه وان هذا الشي اصبح لهم قبل الميراث لا من قبل البيع (3).

يرى الباحث ، ان في توريث الخيار منفعة للوارث والمورث فالضرر والغبن قد يرفع وقد يقولون ان هذا خيار ثابت ؛ ومن ثم يخلف الوارث المورث فيه ولان البديل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي له الخيار والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكا له فاذا كان الملك باقيا للبائع في المبيع إلى وقت موته انتقل إلى ورثته ، والعقد لا يبطل بالانتقال فمن ضرورة انتقال إلى الوارث مع بقاء العقد انتقل الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف ، فالبيع انعقد مع الخيار وبما ان للعاقده الخيار في رد المعقود عليه وهذا لا يمكن الا

(1) ينظر: الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، مصدر سابق ، ج2، ص84، و ينظر ايضا ، النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج2، ص290-291 ، وينظر كذلك ، ابو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، ج1، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع، ص259.

(2) ينظر: السرخسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج13، ص42، و ينظر ايضا ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، مصدر سابق ، ج4، ص260 ، و ينظر كذلك ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء، ج2، مصدر سابق ، ص73، و ينظر ايضا أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في المذهب الشافعي ، ج2، ط1، دار المنهاج ، جدة ، 2000، ص564، و ينظر كذلك ، ابن قدامة ، المغني على مختصر الخرقي ، ج4، مصدر سابق ، ص14.

(3) ينظر: ابو ساكن عامر بن علي بن سيفوا الشماخي ، كتاب الايضاح ، ج6، ط2، مطبعة طرابلس ، 1390هـ-1970م ، ص171-172.

بالموت ، لهذا نرى ان خيار الشرط لا يسقط بالوفاة بل ينتقل إلى الورثة لأنه حق لازم ثبت في عقد البيع ؛ ومن ثم يخلف الوارث مورثه كما في البيع والتمن .

اما انتقال خيار الشرط في التشريعات المقارنة ، فنرى بان القانون العراقي لم يبين في نص صريح انتقال الخيار إلى الوارث الا انه ومن خلال نص المادة (512) ، والتي نرى بان خيار الشرط لا يورث فاذا مات من له الخيار في المدة دون فسخ العقد أو يجيزه يسقط الخيار ويلزم البيع (1) ، لان الخيار هو إرادة ومشئئة (2) .

والباحث بدوره يرى بان هناك تناقض في نصوص القانون المدني ، وذلك لانه في المادة (509) أجاز فيها انتقال الملكية من البائع إلى المشتري بالرغم من وجود الشرط فهذا يفسر لنا ان الملكية تنتقل في كل الأحوال وفي حالة انتقالها فأنها ترتب جميع الاثار ، ومنها حق الوارث بالوفاة ، لكنه بين في نص المادة (511) في حالة مضي المدة ولم يفسخ ، وكذلك المادة (512) في حالة الهلاك والتي استنتجنا من خلالها بانه لا يورث والتي كان من الاجدر ان يبين في نص صريح انتقاله أو عدم انتقاله ، بالرغم من كوننا نؤيد ما جاء به الفقه الإسلامي بانه خيار يورث ، وهذا ما ذهب اليه المشرع اليمني عندما أجاز انتقال خيار الشرط إلى الورثة بصورة مطلقة سواء كان من له الخيار البائع أو المشتري (3) .

ثانيا- التراخي في خيار التعيين: ان اغلب التشريعات تطلق على خيار التعيين بمصطلح الالتزام التخييري أي ان هناك شيئا أو اكثر قد يصلح احدهما ليكون محلا للوفاء بالالتزام، فلو قام المدين با ايداء احدهما برئت ذمته ، فمن يريد ان يشتري بضاعة ويذهب إلى التاجر فيجد أنواع عديدة من البضائع يقع اختياره عليه فانه قد يجهل أحيانا ماهية البضائع أو عدم خبرته فيتفق مع البائع على ان تكون لديه حق الخيار في احدها خلال مهلة معينة لكي يستطيع ان يفكر أو يستشير اهل الخبرة فهذه المهلة لها فوائد كبيرة فهي تمنح المشتري مجالاً للتروي

(1) ينظر: نص المادة (511) من القانون المدني العراقي ، تقابله المادة (183) من القانون المدني الأردني
 (2) نصت المادة (306) من مجلة الاحكام العدلية على ان " خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع واذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار".
 (3) نصت المادة (235) من القانون المدني اليمني على انه "ينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى ورثته مطلقا وينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى دائنيه إذا كان مفلسا أو معسرا" ، وكذلك نصت المادة (236) على انه "اذا شرط المتعاقدان خيار الفسخ لغيرهما فلا يجوز عزله ولا يجوز له الاعتزال في مدة الشرط إذا قبل الا برضاها ولا يلزمه خيار الا صلح لشارطه ولا ينتقل حق الخيار الا بموت الأجنبي قبل انتهاء مدة الخيار ولا يجوز للوكيل شرط الخيار لاجنبي الا باذن موكله " .

والتفكير قبل الاقدام والاختيار ، وعليه سوف نتناول خيار التعيين في ثلاث فقرات ، وهي تعريفه ، وحدوث التراخي ، ومن ثم التطرق إلى شروطه وكالاتي:

1-تعريف خيار التعيين : خيار التعيين أو خيار التمييز أو شرط الاختيار مصطلحات اطلقت على خيار التعيين وقد يستعملها البعض تمييزاً عن خيار الشرط وهذا ما ذهب اليه المالكية بتسميته (بيع الاختيار)⁽¹⁾ ، وبناء عليه سوف نتناول تعريفه عند فقهاء المسلمين ان وجدت ومن ثم التطرق إلى تعريفه عند فقهاء القانون والتشريعات المقارنة وكالاتي :

أ-تعريفه في الفقه الإسلامي : لم يتفق الفقهاء على خيار التعيين فهناك من ذهب إلى مشروعية خيار التعيين وهم جمهور الفقهاء من (الحنفية والمالكية والزيدية والبعض من الحنابلة)

فقد عرفه الحنفية بانه (شراء احد الشئيين أو اكثر منهما على ان يعين أياً شاء كان يقول البائع للمشتري بعتك احد هذه اللوحات الثلاثة ولك الخيار في ايهم شئت ، وغيرها من العبارات التي تحتمل ان يختار منهما سواء كان التصريح من قبل البائع أو المشتري)⁽²⁾ ، مما يؤخذ على تعريف فقهاء الحنفية بانهم بينوا ان خيار التعيين هو ان يختار احد الأشياء الموجودة دون ان يحدد المهلة المناسبة هل هو مطلقة أو مقيد .

اما المالكية فقد بينوا بان خيار التعيين هو بيع خيار واختيار وهو ان "يجعل البائع الخيار فيه للمشتري الاختيار في التعيين وبعده هو فيما يعينه بالخيار في الاخذ والرد"⁽³⁾

اما جمهور الفقهاء من الحنابلة والزيدية فبالرغم من عدم ايرادهم تعريف لخيار التعيين ، الا انهم كانوا من ضمن المؤيدين لهذا الخيار وصوروا وقوع العقد على واحد من عدة أشياء مع خيار التعيين ولم يلتزموا اقترانه بخيار الشرط بعد ان حددت مدة معينة للتعيين⁽⁴⁾.

(1)ينظر: د-عبد الستار أبو غدة، مصدر سابق، ص579.

(2)ينظر: ابن نجيم ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ،مصدر سابق ، ص24 ، وينظر ايضا ، علاء الدين زعتري ، فقه المعاملات المالية المقارن ، ط1، دار العصماء، سورية-دمشق، 1431هـ-2010م ، ص134.

(3)ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، مصدر سابق ، ص106.

(4)ينظر: الصفاني ، البحر الزخار، مصدر سابق ، ص355، وينظر ايضا ،احمد بن قاسم العنسى اليماني الصنعاني ، التاج المذهب ، ج2، ط2، مطبعة الحلبي ، 1380هـ-1961م ص393، و ينظر ايضا ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي، المصدر السابق ، ص105.

اما البعض الاخر من جمهور فقهاء المسلمين من (الامامية والشافعية والاباضية) ، فكانوا من ابرز المعارضين لخيار التعيين ، فقد ذهب الامامية إلى القول " بان الخيار الذي يبحث عنه الفقهاء في باب المعاملات هو كما عرف له السلطنة على فسخ العقد وابقائه لاحد المتعاقدين أو لكل منهما أو لأجنبي ، وهذا الخيار الذي يسمى " بخيار التعيين " لا علاقة له بالمعنى أصلا بل ان هناك تشابه بالاسم على انه فرق بين الخيار والتخيير ، والذي عبارة عن تخيير البائع ان يدفع احد الأشياء المعينة أو بتخيير المشتري ان يأخذ ما شاء منها ، فأى ربط لهذا بقضية فسخ العقد أو امضائه ولو صح لنا ان نعد هذا في الخيارات لصح لنا ان نعد من جملة من الخيارات ، كمن في المكلف بالكفارة فانه مخير بين العتق والاطعام والصيام فهذا يسمى تخيير لا خيار، ولزوم في العقد لا جواز كما هو موضح في مجلة الاحكام العدلية والتي سوف يتم ذكرها فيما بعد⁽¹⁾ ، وذهب الشافعية إلى جعل خيار التعيين من مسائل جهالة عين المبيع وقد نصوا على بطلانه سواء وقع العقد على واحد من متعدد الأشياء، أو وقع على الكل الا واحداً⁽²⁾ ، كذلك الامر ذاته ما ذهب اليه البعض من جمهور الحنابلة بالقول على انه باطل وان تساوت قيمة الأشياء المختار منها⁽³⁾ .

وذهب الظاهرية إلى نفي هذا الخيار، كونهم قد نصوا على حصر الخيارات الجائزة في خمسة ولم يتضمن خيار التعيين ضمنها حيث يصرحون بالقول إلى انه (لا يحل بيع شي غير معين من جملة مجتمعة فالحاجة من خيار التعيين هي الاختيار المناسب للعاقد والتي تقضي بالمساومة إلى حصول الرضا ويتلو ذلك إلى تحديد العين ثم التعاقد عليها أي طريقة سوم الشراء ولكن شتان بين ضمان الصورتين فهو في سوم النظر بالقيمة، أما في خيار التعيين فبالثمن ؛ ثم ان الغرض الرئيسي من خيار التعيين انه لا يحصل بمجرد المساومة لان الرغبة في الشراء وتحديد الثمن حاصلان لان هناك تردد في احد الأشياء المتفاوتة⁽⁴⁾ .

ويرى الباحث ، بان هذا الخيار قد ينفع الكثير من المتعاقدين وغير متعاقدين ، فهم يمارسونه من دون ان يعرفونه ، وذلك عندما لا يستطيع شخص ان يذهب إلى الشراء ويكلف أحدا له بالشراء على ان تكون له بالخيار بين قطعتين أو اكثر ومن ثم يختار واحدا ، فهذا

(1) ينظر: الشيخ محمد الحسين ال كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ،مقالة منشور في المؤتمر الدولي لتكريم الامام الشيخ محمد الحسين ال كاشف الغطاء ، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية ، 1445.

(2) ينظر: الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج1، مصدر سابق ، ص266.

(3) ينظر: ابن قدامة ، المغني على مختصر الخرقي، مصدر سابق ، ج4 ، ص161.

(4) ينظر: الظاهري ، المحلي بالاثار ، مصدر سابق ، ج8، ص429.

يعني ان هناك حاجة ماسة له هذا الخيار، بالإضافة إلى انه يعطي للمتعاقد مهلة من التروي في الخيار والتفكير في اختياره قبل الاقدام على ابداء رايه .

ب-تعريفه في الفقه القانوني : كثيرة هي التعاريف التي قيلت بحق خيار التعيين لكنها جاءت بنفس المعنى ، فقد ذهب البعض إلى تعريفه بانه (اتفاق العاقدان على ان يكون محل البيع احد شيئين يعينه البائع أو المشتري فيكون لهما خيار التعيين ، وبتعيين احد الشيين تبرأ ذمة البائع بنقل ملكيته وتسليمه إلى المشتري ، ويعد التزام البائع في كلتا الحالتين التزام تخيري⁽¹⁾ ، الا ان ما يؤخذ على هذا التعريف هو عدم بيانه المهلة المناسبة للاختيار فهنا جعل مهلة الاختيار مطلقة للمشتري دون تحديد .

وهناك من عرفه بانه "الالتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة بحيث تبرأ ذمة المدين إذا وفي بواحد منها"⁽²⁾، ومما يؤخذ على هذا التعريف أيضا انه أشار إلى ورود العقد على عدة أشياء وتبرأ ذمة المدين باختيار واحدة منها فقط دون الإشارة إلى ماهية المهلة المناسبة وكيفية تحديدها ، فكان الاجدر تعريفه بانه (حق اختيار تعيين شيء من بين عدة أشياء وذلك من خلال الاتفاق على مهلة معلومة للتعيين يترك تحديدها أما إلى المتعاقدان أو طبيعة الشيء محل العقد) فبيان المهلة له اثر كبير على الخيار لكي لا يؤدي إلى نزاعات بين المتعاقدين وتسبب الارتباك في العملية العقدية.

ج-اما في التشريعات المقارنة : نرى بان خيار التعيين يطلق عليه باسم الالتزام التخييري في القانون وقد اخذت به مجلة الاحكام العدلية تحت مسمى خيار التعيين⁽³⁾ ، فقد تناول المشرع العراقي في ما يسمى الالتزام التخييري (خيار التعيين) في المواد من (298الى 301).

ومما يلاحظ على المشرع العراقي دمج التسمية الواردة من الفقه الغربي والتسمية الواردة في الفقه الإسلامي، وكان بالإمكان الاكتفاء بالقول (خيار التعيين) ، ولخيار التعيين أهمية كبيرة في المعاملات والتجارة كونه يشكل ضمانا للدائن وذلك في حالة إذا هلك احد الأشياء فحق الدائن لا ينقضي ويتركز الالتزام على الأشياء البقية ، من جهة أخرى فان خيار التعيين

(1)ينظر: د-سليمان مرقس ، شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد البيع)، ط4، مطبعة عالم الكتب ، القاهرة، 1980، ص، 88، و ينظر ايضا : د-محمد كامل مرسي، العقود المسماة (عقدي البيع والمقايضة)، ج6، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005، ص161 .

(2)ينظر: د-عبد القادر الفار، احكام الالتزام ، اثار الحق في القانون المدني ، ط4، مكتبة دار الثقافة للنشر ، 1997، ص365

(3)نظمت مجلة الاحكام العدلية خيار التعيين في المواد من (316-319).

يعطي للمتعاقد مجالاً من التروي والتفكير، وكذلك استشارة أهل الخبرة والمعرفة في أمور البيع⁽¹⁾، وهذا يعني أن خيار التعيين يثبت على التراخي، حيث ابتدأ المشرع العراقي بنص المادة (298) على أنه "1- يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من اجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو الدائن، 2- وإذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن" وهذا يعني أن المدين هو المكلف بالتعيين إلا إذا قضى القانون أو الاتفاق بغير ذلك⁽²⁾.

أما في التشريع المصري، فإنه لم يأت بجديد بالنص على البيع بخيار التعيين، بل اقتصر أيضاً النص على ما يسمى (الالتزام التخييري) في باب الالتزامات وذلك في المادة (275-277)، حيث يرى المشرع بأنه إذا كان محل البيع شيئاً أو أكثر يكون الخيار في هذه الحالة إلى المدين (البائع) إلا إذا كان هناك اتفاق خاص يقضي بتوكيل الأمر إلى المشتري، كذلك ولكي يلحق وصف التخيير بالالتزام يجب أن يتعدد ما يرد عليه الالتزام لكي يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار، ولا يجوز للدائن أو للمدين أن يقتصر الوفاء بشق من أحد محل التخيير وشق من المحل الآخر⁽³⁾.

ويتم الخيار متى أخطر صاحب الحق فيه الطرف الآخر بما استقر عليه رايه، أي متى قام المدين بالوفاء بالشئ الذي يرد التخيير عليه أن كانت الخيرة له، أو متى طالب الدائن بالوفاء بشئ من الأشياء التي يشتمل عليها محل الالتزام أن كان مرجع الاختيار له، وإذا تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضا الطرف الآخر، ويعتبر الشئ الذي وقع الاختيار عليه كما لو كان هو الواجب الأداء وحده من بادى الأمر⁽⁴⁾.

(1) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم، أحكام هلاك المبيع أو تعيينه في خيار التعيين، مصدر سابق، ص3.
(2) جاء في إحدى القرارات القضائية على أنه "المدعي تخلية المايجور لكنه لم يتطرق إلى تخصيص أحد الدكاكين بعد انشاء العمارة في المايجور وان المدعي اذ يدعي بان المدعى عليه خصص له دكاناً معيناً عليه اثبات ذلك عملاً بحكم المادة (298) من القانون المدني العراقي فيكون الاثبات بينة قانونية معتبرة وليس بشهادات الشهود" قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq>، الجهة المصدرة إقليم كردستان، نوع الحكم تمييز، تاريخ الحكم 2002-12-26، تاريخ الزيارة، 2023/8/8، الساعة 10:10 p.m.

(3) نصت المادة (275) من القانون المدني المصري على أنه "يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرا ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، تقابلها المادة (60) من قانون الموجبات اللبناي.

(4) ينظر: د-محمد كامل مرسى باشا، مصدر سابق، ص155

ولا يختلف المشرع اليمني عن العراقي والمصري إذ نص أيضا على الالتزام التخييري في المواد من (271-274) (1).

أما المشرع الفرنسي فقد ذهب باتجاه آخر إلى تناول خيار التعيين تحت مسمى (الالتزام البديل) وذلك عندما بين في نص المادة (1307) على أنه "يكون الالتزام بديلا عندما يتعلق بعدة خدمات وأداء احدها يسقط الآخر عن المدين" (2).

ونرى بان المشرع الفرنسي قد خلط بين خيار التعيين والالتزام البديل ، فالالتزام البديل يكون محله شيئا واحدا وتبرا ذمة المدين إذا أدى شيئا بدلا منه ، وهذا يعني ان هناك اختلاف بين خيار التعيين والالتزام البديل وذلك من خلال محل الالتزام وكذلك ان الالتزام البديلي تتحدد طبيعة الالتزام فيه منذ البداية بطبيعة المحل الأصلي لا بطبيعة الشيء البديل وكذلك يختلف من حيث بطلان العقد ، وأيضا من حيث الهلاك ، فنرى ان المشرع الفرنسي قد اخطى في التسمية فكان الاجدر ان يسميه كما جاء في التشريعات الأخرى أو الإبقاء على خيار التعيين.

2-حدوث التراخي في خيار التعيين: قلنا بان خيار التعيين شرع لأجل التفكير والتروي للمتعاقد وبما ان المتعاقد يكون بحاجة إلى التروي والتفكير قبل الاختيار فهذا يعني انه بحاجة إلى مهلة معينة وهذه المهلة قد تكون محددة وقد يترك تحديدها إلى المتعاقدين.

فهذا يعني ان خيار التعيين ليس مطلق المدة ، لكن عندما تترك المدة للمتعاقدين فهذا يعني بانه تكيف وفقا لطبيعة المبيع أو حسب معرفتهم ، وهذا يفسر لنا ان خيار التعيين يثبت على التراخي .

ففي الفقه الإسلامي لم نجد من ذهب إلى الحديث عن مدة خيار التعيين ، حتى الفقهاء الذين قالوا بمشروعية الخيار لم يطرقتوا إلى تحديد المدة باستثناء ما ورد لفقهاء الحنفية ، ان مدة خيار التعيين هي (ثلاثة أيام فان عين فيها وان مضت المدة ولم يعين يجبر على التعيين وان شرط معه أي وجود خيار الشرط قلنا بوجوبه أو لم نقل كان في مدته فهنا يكون مخير بين الفسخ أو ان يجيز وفي حالة الاجازة

(1) نصت المادة (271) من القانون المدني اليمني على انه "يكون العقد تخييريا إذا اضيف محله إلى أشياء متعددة على جهة التخيير فنبرا ذمه الملتزم إذا اختير واحد منها ويكون الخيار للملتزم بالشيء محل التخيير ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

(2) نص المادة (1307) باللغة الفرنسية :

Art(1307)" L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution d'elles libère l e, débiteur"

يثبت خيار التعيين إلى ثلاثة أيام من وقت الاجازة) هذا يعني بانهم جعلوا من مدة خيار الشرط هي مدة خيار التعيين (1) .

وهناك راي اخر يذهب إلى انه ، بالإمكان ان تكون المدة معلومة لكن لم يذكر حد لها وذلك حسما للنزاع (2) .

اما تحديد المدة في التشريعات ، فنرى بان خيار التعيين ليس مطلق المدة بل هو محدد بمدة معينة الا ان بعض التشريعات لم تحدد مدة هذا الخيار بل انها تترك تحديدها لأطراف العقد وقد ينفرد بها الدائن أو المدين .

فبالرجوع إلى المشرع العراقي وتحديدا في نص المادة (1/299) بالرغم من كونه قد أشار إلى ضرورة تحديد المدة الا انه لم يقم بذلك وهذا يفسر لنا بانه أراد ان تكون مدة الخيار اكثر من ثلاثة أيام ، لكن رغم ذلك يجب ان تكون هذه المدة معقولة أي مألوفة في التعامل فيجب ان لا تكون أداة تسبب الضرر للمتعاقد الاخر وفي حالة خلافهم فان المحكمة هي التي تحدد المدة حسب طبيعة الظروف والتعامل (3) .

اما في التشريعات المقارنة ، فنجد ان المشرع المصري و اليمني ، قد ذهب بعكس المشرع العراقي فلم ينص صراحة على تحديد المدة ، انما اجازوا للمتعاقد الاخر في حالة امتناع صاحب الخيار سواء كان دائن أو مدين حسب الأحوال عن استخدام خياره أو تعدد من لهم الخيار ولم يتفقوا ان يلجا إلى القضاء لتحديد اجل يستخدم فيه خيار التعيين من مشروطه ، وهذا ما نصت عليه المادة (276) (4) .

أما المشرع الفرنسي فأنا لم نجده قد تطرق إلى ذلك .

(1) ينظر: احمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، حاشية الطحطاوي ، المجلد الثالث ، ج3 ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997، ص37، وينظر ايضا ، اكمل الدين محمد بن محمود البايبرتي ، العناية شرح الهداية ، ج3، ط1، دار الفكر ، بيروت ، 2007 ، ص27.

(2) ينظر: البايبرتي ، العناية شرح الهداية، مصدر سابق ، ص27.

(3) نصت المادة (1/299) من القانون المدني العراقي على انه " يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار-2 فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين".

(4) نصت المادة (276) من القانون المدني المصري على انه " إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن ان يطلب من القاضي تعيين اجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون فاذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام" ، بنفس المعنى جاءت المادة (272) من القانون المدني اليمني أيضا ، تقابلها المادة (64) من قانون الموجبات اللبناني، تقابلها المادة (214) من القانون المدني الجزائري المعدلة.

لكن السؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو مالحكم لو كانت المدة قد انتهت ولم يستخدم صاحب الخيار حقه بالاختيار؟ أو انه قد تراخى في الاختيار؟

جوابا نقول ، لقد تطرق المشرع العراقي⁽¹⁾ ، والمصري⁽²⁾ ، واليمني⁽³⁾ ، إلى الحكم في هذه الحالة ، حيث ان الخيار إذا كان للبائع وامتنع عن الاختيار في المدة المتفق عليها أو تراخى في ذلك ، فللمشتري ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام ، أما إذا كان الخيار للمشتري وامتنع عن الاختيار فان الخيار ينتقل في هذه الحالة للبائع، وهذا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي أيضا⁽⁴⁾ .

3- شروط خيار التعيين

خيار التعيين لا يصح الا إذا اجتمعت شرائطه، وهذه الشرائط منها ما اشار اليه المشرع صراحة ومنها ما اكتفى بالقواعد العامة في الالتزام وهذه الشروط ، تتمثل أولا اشتراط الخيار في العقد، والثاني تعدد محل الالتزام، أما الشرط الثالث فهو تحديد مدة الخيار والتي تطرقنا اليها سابقا :

1- اشتراط الخيار في العقد

خيار التعيين لا يثبت من تلقاء نفسه أو بحكم من القانون، بل لا بد من اشتراطه في صلب العقد وذلك بعد ان يتفق عليه الطرفان فلا يصح ان يعقد العقد أصلا خاليا من هذا الشرط ، متى كان محله شيئا غير محدد من عدة أشياء وذلك للجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى النزاع، لذلك الأصل ان يرد العقد على شيء معين نافيا للجهالة، ولا يهم سواء اكان المحل شيء واحد

- (1) نصت المادة (299) من القانون المدني العراقي على انه " فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين "، تقابلها المادة (318) من مجلة الاحكام العدلية
- (2) نصت المادة (2/276) من القانون المدني المصري على انه "2- أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائون ولم يتفقوا فيما بينهم عين القاضي اجلا ان طلب المدين ذلك فاذا انقضى الاجل انتقل الخيار إلى المدين "، تقابلها المادة (2/214) من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة (292) من القانون الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012
- (3) نصت المادة (273) من القانون المدني اليمني على انه "اذا كان الخيار لصاحب الحق وامتنع أو تعدد أصحاب الحق ولم يتفقوا كان للملتزم ان يطلب من القاضي تحديد اجل للاختيار فاذا انقضى الاجل دون اختيار أو اتفاق انتقل الخيار إلى المدين "
- (4) نص المادة (1-1307) من القانون المدني الفرنسي النافذ المعدل باللغة الفرنسية

Art(1307-1)" Le choix entre les prestations appartient Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat. Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif"

أو عدة أشياء شريطة ان تكون محددة وواجبة ، فمثلا إذا اشترى منك سيارتين أو ثلاثة معا ، فهو عقد صحيح لا غبار فيه ، لكن لا يجوز ان اشترى السيارتين اللتين تملكهما أو اشترى سيارتك وبيتك التي ورد عليها العقد ، فعدم الاتفاق يجعل العقد مجهولا (1) ، لذلك لابد من ان اقترن العقد بشرط التعيين سواء اكان هذا الشرط للبائع أو المشتري ، وعلى الرغم من ان المشرع لم ينص بصورة واضحة على ضرورة تعيين هذا الشرط في العقد الا انه بالإمكان الاستنتاج من خلال الرجوع إلى نص المادة (1/298) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ان "الخيار في تعيينه للدائن أو للمدين" وفي الفقرة الثانية من نفس المادة والتي نصت على انه " اتفق المتعاقدان على ان الخيار للدائن "(2) .

2-تعدد محل الالتزام

يفتضي في خيار التعيين ورود العقد على عدة أشياء مختلفة ويختار صاحب الخيار (البائع أو المشتري) منها ما يشاء مستندا إلى خياره ، فلو ورد الالتزام على شي معين أو عدة أشياء كلها واجبة فليس هناك واجب للقول في خيار التعيين لان الالتزام هنا بسيط وليس موصوف .

لكن السؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو معرفة عدد الأشياء التي ينبغي للعقد ان يرد عليها فهل هناك عدد محدد للأشياء ام غير محدد ؟

جوابا نقول ، فبالرجوع إلى القانون المدني العراقي لم يشترط ان يكون هناك عددا معيناً للأشياء التي يرد عليها الالتزام التخييري بل أجاز ان يرد الالتزام على اشياء عديدة وهذا ما اشارت اليه المادة (298) من القانون المدني العراقي (3) .

والذي يفهم من خلال النص ان محل الالتزام يمكن ان يكون اكثر من شيئين أو ثلاثة أو اكثر (1) ، فضلا عن ذلك ينبغي ذكر ثمن كل شيء من تلك الأشياء المتعددة التي يرد عليها

(1) نصت المادة (128) من القانون المدني العراقي على انه "يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه أو إلى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف 2- على انه لا يكفي ان يكون محل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر"

(2) ينظر: نص المادة (189) من القانون المدني الأردني والتي نصت على شرط التعيين ، تقابله المادة (231) من قانون المعاملات الاماراتي رقم (1) لسنة 1987م.

(3) بنفس المعنى اشارت المادة (275) من القانون المصري، والمادة (271) من القانون اليمني والمادة (1307) من القانون المدني الفرنسي.

الالتزام والا فان العقد يكون باطلا لجهالة المحل وهذا الامر ثابت في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، فعلى الرغم من القانون المدني لم يذكر ذلك بصريح العبارة الا اننا توصلنا اليها من خلال القواعد العامة في عقد البيع ، والتي تعتبر ان الثمن هو محل للعقد وبانتفائه ينتفي العقد ، كذلك يجب ان تتوفر في الأشياء محل الالتزام الشروط العامة الواجب توفرها أي ينبغي ان يكون المحل موجودا ومعينا تعيينا نافيا للجهالة أو قابلا للتعين وكذلك مشروعاً والا بطل العقد ، بالإضافة إلى ذلك إذا ورد التخيير على شيئين وكان احدهما غير مستوف الشروط وكان محل الالتزام في الشيء الثاني مستوفياً فيكون الالتزام بسيطاً غير موصوف ، والعبرة في ذلك يجب توفر الشروط عند ابرام العقد ، لأنه إذا توفرت هذه الشروط في هذا الوقت ثم تختلف فيكون الالتزام تخييراً مع ذلك ، وعلى العكس من ذلك في حالة إذا لم تتوفر الشروط الا في واحد من الأشياء ثم توفرت في البقية بعد ابرام العقد فالالتزام يكون بسيطاً غير موصوف ، كما ويجب ان يتفاوت محل الالتزام في كل تلك الأشياء فقد تكون الأشياء التي يرد عليها الالتزام التخييري ، أما أشياء قيمية أو أشياء مثلية، والأشياء القيمية بلا شك تختلف عن بعضها البعض وليس لها نظير ولا يقوم بعضها مقام الاخر في الوفاء، أما الأشياء المثلية فأنها يوجد ما يناظرها في السوق ويحل بعضها مقام الاخر، ولذا لكي يصح خيار التعيين يجب ان تكون الأشياء محل الالتزام مختلفة من حيث الجنس أو الشروط (2) .

3-تحديد مدة الخيار: والتي سبق وان اشرنا اليها (3) .

لقد قمنا بدراسة شروط خيار التعيين كون لها اهمية كبيرة في التأكيد على ان خيار التعيين يثبت بالتراخي ، وذلك عندما يترك الخيار (للبيع أو المشتري) لاختيار شيء من بين عدة أشياء دون ان يتقيد بمدة معينة فيكون الخيار ذات طبيعة متراخية ، وهذا يكون من حيث امهال المشتري مجالا واسعا للتفكير والتروي في الاختيار قبل الاقدام وإصدار قراره النهائي.

(1) ينظر نص المادة (189) من القانون المدني الأردني والتي اشترطت عدم زيادة محل الالتزام عن ثلاثة أشياء، وكذلك ينظر ايضا المادة (231) من قانون المعاملات الاماراتي رقم 1 لسنة 1987، وكذلك ينظر نص المادة (316) من مجلة الاحكام العدلية

(2) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم، احكام هلاك المبيع أو تعييه في خيار التعيين ، مصدر سابق، ص6-7 ، وكذلك ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص110-111

(3) ينظر: راجع ص179-180 من نفس الرسالة

لكن ما يؤخذ على المشرع العراقي بالرغم من كونه أشار إلى ان يكون الخيار في مدة محددة الا انه اغفل عن ذكر المدة وكان الاجدر تحديد المدة اللازمة للتعين لان ترك التعيين من غير تحديد مدته يؤدي إلى حدوث نزاع وكذلك عدم استقرار المعاملات فكان الاجدر ان يحذو المشرع العراقي حذو المشرع اليمني عندما بين مدة التعيين بعشرة أيام في حالة سكوت المتعاقدين أو اختلافهما فبالرغم من كوننا نناقش التراخي وانه ينصب على مهلة غير معينة الا اننا نوجب ان يكون التراخي في الخيارات الارادية من نصب على مهلة يحددها الأطراف وذلك كونهم اعلم بما تعاقدوا عليه في حالة اختلافهما فبالإمكان الرجوع إلى القضاء لتحديد المهلة المناسبة وذلك حتى لا يترك احد المتعاقدين تحت رحمة المتعاقد الاخر ولا يكون مصيره معلقا فيجب ان تحدد مهلة معينة تكون كافية للتروي والتفكير في امر العقد والا فسخ العقد.

الفرع الثاني

الخيارات الحكيمة

ان الخيارات الحكيمة هي خيارات تثبت لوجود حكم أو نص شرعي، فيجعل من العقد غير لازم فعدم اللزوم يرجع لوجود هذه الخيارات والتي تمت لمصلحة المتعاقدين ورعاية مصالحهم من تحرير وجهل وسوء نية الطرف الاخر، ولكي يتم الرضا بالعقد دون ان تمسه اية شائبة ولكي تكون الإرادة نقية تماما ليحصل الاستقرار النفسي لدى جميع المتعاقدين شرعت هذه الخيارات ، والخيارات الحكيمة متعددة لذلك قمنا بضرب خياريين يعدان العمود الأساسي للخيارات الحكيمة وهما خيار العيب وخيار المجلس ، وعليه سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى خيار العيب وفي الثانية خيار المجلس وكالاتي :

أولاً- التراخي في خيار العيب

من المعلوم ان الغرض من أي عملية بيع وشراء هو لأجل تحقيق منفعة ترد إلى كلا طرفي العقد بالانتفاع منها لذلك يلتزم الطرفان بتحقيق هذا الانتفاع ، والا لا يمكن ان تكون هناك جدوى اقتصادية تعود بالانتفاع لكلا طرفي العقد ، فالبائع يحصل على ثمن المبيع لتحقيق الانتفاع منه ، والمشتري يحصل على المبيع لغرض الانتفاع منه بحسب طبيعة ما هو مخصص له ، لكن إذا كان على البائع ان يسلم المبيع غير منقوص القيمة أي لا يشوبه عيب خفي ظهر للعيان أو لا يمكن التعرف عليه اعتبر البائع عندئذ مخل بالتزامه تجاه المشتري ؛ ومن ثم يتحمل نتيجة الاخلال ؛ ومن ثم يوجب ان يضمن العيوب الخفية وذلك لتميزها

بمقومات ذاتية تجعلها ليس بمجرد تطبيق للقواعد العامة ، لذلك السؤال الذي يثار هو ما مدى إمكانية او صلاحية البائع على ضمان العيوب الخفية وهل هناك مهلة يحددها القانون للالتزام بضمان العيوب؟ وأين يتركز حدوث التراخي في خيار العيب ، هذا ما سوف نبينه في ثلاث فقرات الأولى نخصصها لتعريفه والثانية لحدوث التراخي أما الثالثة لأثر التراخي على خيار الرد .

1- مفهوم العيب : للعيب نوعان عيب ظاهر وعيب خفي، والعيب الظاهر يشير إلى ان عملية البيع تمت بوجود عيب واضح وجلي ؛ ومن ثم لا ضمان له ، أما العيب الخفي هو الذي تحوم حوله وبه المشكلات والشبهات والتعقيدات ؛ ومن ثم عدم قدرة المشتري على اكتشاف العيب فالمشكلات والتعقيدات تقع في حالة العيب الخفي، والذي لا يستطيع ان يكتشفه الا خبير أو لا يظهر الا بالتجربة ، لذلك اختلفت الآراء حول إيجاد تعريف دقيق وشامل للعيب الموجب للضمان .

وعليه سوف نحاول بيان التعاريف التي قيلت بشأنه سواء من جانب فقهاء المسلمين أو فقهاء القانون ومن ثم بيان موقف التشريعات محل المقارنة من هذا العيب وكالتالي :

أ-تعريف العيب عند فقهاء المسلمين

لقد تبنت الشريعة الإسلامية فكرة ضمان العيوب الخفية، على انها تقع على المعاملات المالية واطلقت عليه خيار العيب حيث وردت استنادا إلى قوله تعالى (**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**) (1).

وفي مفهوم ذلك امر الله الا يأكل أموال بعضكم البعض بالوجه الذي حرمه الله ، وعليه اخذ الفقهاء على مشروعية ضمان العيوب المبيع من قبل البائع وثبوت حق الخيار للمشتري في حالة اكتشاف عيب خفي للمبيع لا يعلمه ، لذلك فقد تعددت تعاريف الفقهاء للعيب وبالرغم من اختلاف الالفاظ الا انهم متفقون على ان العيب هو نقص في القيمة لحقت المعقود ، فقد عرفه البعض من الامامية بانه (اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنيًا على سلامة العين من العيب، وانما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على اصالة السلامة) (2).

(1)سورة البقرة ، اية رقم (188).

(2)ينظر: السيد الطباطبائي ، التعليق على المكاسب ، ج3، مصدر سابق، ص 478، و ينظر ايضا ، الانصاري ، العقد النضيد ، مصدر سابق ، ج 8 ، ص265.

وهذا يفسران الخيار مبني على الاطلاق أي اطلاق العقد من العيوب ، فلو كان المبيع معيبا فان بيعه يستلزم امرين وهما ، أما بيان العيب ، أو البراءة من العيوب خلال العقد ، فاطلاق العقد من دون التعرض لهذين الامرين يقتضي اتصاف العين الشخصية بالصحة ، أي ان العقد كاشف ذاتي عن وقوعه على العين المشروطة بوصف الصحة .

وعرفه البعض الاخر من فقهاء الامامية بانه (ما كان من اصل الخلقة فزاد أو نقص وكل ما يشترطه المشتري على البائع مما يسوغ فاخذ به ، أو لم يحصل به وان لم يكن فواته عيبا) (1) .

وذهب جمهور الحنفية إلى تعريفه بانه (ما يخلو عنه من اصل الفطرة خيار العيب واثره في عقد الشراء والبيع السليم مما يعد به ناقصا) (2) .

ويرى فقهاء الحنابلة بان العيوب هي (النقص الموجبة لنقص المال في عادة التجار) (3) .

اما فقهاء الشافعية فقد ذكروا لخيار العيب تعاريف عديدة ، وقد اطلقوا عليه بخيار النقيصة والذي يتعلق (بفوات مقصود مظنون تنشأ فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغيير فعلي) (4) .

و ذهب المالكية إلى القول بانه (عادة السلامة منه مما ينتقص الثمن أو المبيع أو يخالف عافيته والمراد بالسلامة هي ما جرى العرف عند التجار أو اهل الخبرة أو الصنعة ان يسلم ذلك المبيع من هذا العيب أما إذا كان لا يسلم من العيب فلا يعد عيبا ، والضابط في المعرفة ما ينقص عن الخلقة الطبيعية) (5) .

جانبا اخر عرفه بانه (ما يكون للمتملك من حقو فسخ العقد أو امضائه بسبب عيب يجده فيما يمتلك) (6) .

ويرى الباحث هنا أنه نظر إلى خيار العيب كونه حق وثبوت ذلك الحق هو سلامته من العيوب .

-
- (1) ينظر : الحلي ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ص176، وكذلك ينظر، باقر النجفي ، مصدر سابق ، ص261.
(2) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير ، مصدر سابق ، ص355، وينظر ايضا السمر قندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق ، ص93، و ينظر كذلك : جمال الدين محمد بن عبد الله الزيلعي ، تبیین الحقائق ، ج4، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2010، ص31.
(3) ينظر: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج3، مطبعة الحكومة ، مكة ، 1394هـ، ص203.
(4) ينظر: الشريبي ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ، ج2، مصدر سابق ، ص50.
(5) ينظر: ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مصدر سابق ، ص210.
(6) ينظر: علي الخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ، ط1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1952، ص151.

ومن خلال التعاريف التي اطلقها الفقهاء فالباحث يرى عدم وجود اختلاف الا من حيث اللفظ والعبارة ، وان كانت قد اختلفت في المعيار الذي تأخذ به ، الا انها تتفق في وجوب ان يتوفر في العيوب عنصران وهما خلو الفطرة السليمة من العيب ، وان تنتقص به قيمة المبيع . الا انه مما يوحذ على هذه التعاريف بانها لم تنظر للعيب من خلال العرف السائد بين عامة الناس وهو الأكثر بياناً لحقيقته وتوضيح ماهيته لذلك جاءت هذه التعاريف قاصرة عن بيان هذه المسألة .

ب- أما تعريفه في الفقه القانوني

لم تنص التقنيات الحديثة على تعريف صريح للعيب فقد ذهبت اغلب التشريعات إلى النص على خيار العيب الذي يوجب الضمان، الا اننا وجدنا بعض التشريعات التي ذهبت إلى تعريف العيب بأنه " كل نقیصة ليست من اصل خلقة الشيء تخالف ما التزمه البائع عرفاً أو الزم به المشتري بالشرط أو فات معه غرض صحيح للمشتري فادی إلى الاخلال باستعمال المبيع أو منفعتة واثراً بالنقص في قيمته ، وفي التعادل بين عوضی العقد بحيث ما كان المشتري ليبرم العقد أصلاً لو علم بالعيب قبل ذلك أو رضي به ولكن بثمن اقل" (1) .

ويرى الباحث ، ان هذا التعريف هو اقرب إلى تفسير معنى العيب من حيث بيانه حالات العيب كذلك وضع معياراً يمكن الاعتماد عليه في تحديد العيب ممثلاً بالعرف السائد بين الناس بحسب الزمان والمكان وظروف الحال؛ فضلاً عن ذلك بين العلاقة بين الرضا والعيب باعتباره ركناً في العقد وتوفر العيب معناه تخلف شرط مشروط عليه ، فالعيب الموجب للضمان هو العيب الذي يؤثر في قيمة المبيع بالنقص .

ج- موقف التشريعات المقارنة من العيب الخفي : نلاحظ ان اغلب التشريعات المقارنة قد استمدت احكام تنظيمها للعيب الخفي من الفقه الإسلامي، ومنها التشريع العراقي حيث نظم احكام العيب الخفي في المواد من (558 الى 570)، حيث بين في المادة (558) بتعريفه للعيب بأنه " ما ينقص ثمن المبيع" (2).

(1) ينظر: د-سعد خليفة العبار، اشتراط براءة المبيع من العيب (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، ط1، دار الكتب الوطنية ، بنغازي -ليبيا ، 2020، ص46.

(2) نصت المادة (558) من القانون المدني العراقي على انه " إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى 2-والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض

ويرى الباحث بان المشرع العراقي قد فعل حسنا وذلك بتوضيحه لمفهوم العيب فبالرغم من تعدد الصور الا ان النتيجة واحدة وهو نقصان ثمن المبيع في النهاية ، حتى وان كان عيب قديم في المبيع، فقد اعطى الحق للمشتري الخيار ان شاء رده وان شاء قبله بالثمن المسمى⁽¹⁾ ، أي انه وضع معياراً يمكن الاعتماد عليه في تحديد العيب ممثلاً بالعرف السائد بين الناس بحسب الزمان والمكان وظروف الحال ، فضلا عن ذلك بين العلاقة بين الرضا والعيب باعتباره ركن في العقد وتوفر العيب معناه تخلف شرط مشترط عليه ، فالعيب الموجب للضمان هو العيب الذي يؤثر في قيمة المبيع بالنقص.

اما المشرع المصري فانه لم ينص على العيب الخفي انما تضمنت نصوصه خصائص ضمان العيب الخفي، فنجد ان المشرع المصري نص في المادة (1/447) على انه "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي يكفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له ، فيضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده"⁽²⁾ .

ويرى الباحث ، بان المشرع المصري قد نص على صورتين من صور العيب الخفي وهما ، الصورة الأولى اشارت اليها محكمة النقض المصرية في ظل القانون المدني المصري القديم حيث قررت ان(العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية، هو الافة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء المبيع)، وعليه يعتبر من قبيل العيب الخفي وجود تسوس في الشجرة ومرض الدابة ، لكن ما لوحظ ان العيب الخفي في هذه الصورة قد اخذ معنى موضوعي وذلك لأنه ينظر إلى صلاحية الشيء المبيع في ذاته وقدرته على تحقيق الغرض أو الغاية المقصودة والتي تحدد عن طريق أسس عديدة فقد تكون واردة في العقد أو ظاهرة من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له .

أما الصورة الثانية فأنها تقع في المبيع الذي يرد على الشيء المعين بذاته ، فقد يشترط المشتري توفر صفة معينة في المبيع فاذا تخلفت هذه الصفة جاز للمشتري الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية⁽³⁾ .

صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع من عدمه ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم ."

(1)قرار قضائي لرئاسة محكمة إقليم كردستان -الهيئة المدنية ، منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq> ، نوع الحكم تمييز ، رقم الحكم 80، تاريخ الحكم ،2008، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 11:11 p.m.

(2)يقابلها المادة (489) من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980، و المادة (379) من القانون المدني الجزائري.

(3)ينظر: د-احمد عبد العال أبو قرين، مصدر سابق، ص386-395.

اما المشرع اليمني فانه لا يختلف عن نظيره المشرع العراقي ، حيث تناول العيب الخفي في المواد (242 إلى 257) وفصل العيب من حيث تعريفه وضمائنه ومدته واحكامه ، حيث بين في المادة (242) على تعريفه للعيب بانه (ما ينقص القيمة أو يفوت الغرض)⁽¹⁾ ، ليس هذا فقط بل ذهب المشرع إلى ان خيار العيب يثبت في جميع عقود المعاوضات المالية⁽²⁾ .

اما المشرع الفرنسي فكان له الدور الكبير وذلك عن طريق القواعد التي وضعها في المواد (1641 إلى 1649) والتي تهدف إلى حماية المشتري بالنسبة إلى بيوع الأشياء المنقولة وادخل بعض الحلول في اطار الحماية المتزايدة للمشتري حيث بين في المادة (1641) على انه قد ادخل في اعتباره الاستعمال الذي ينتظره المشتري من الشيء المبوع لتحديد العيب الخفي ويعتبر الشيء معيبا إذ العيب ينتقص من صلاحيته لهذا الاستعمال ، فالمشتري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه الا ثمنا قليلا وذلك لو علم بهذا العيب⁽³⁾ .

فنلاحظ ان التشريعات المقارنة قد اهتمت اهتماماً كبيراً بخيار العيب ولذلك وضعت قواعد خاصة له.

لكن السؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو في حالة إذا اطلع المشتري على العيب هل يجب المبادرة فورا إلى اخبار البائع بالعيب ، ام ان حق المشتري في رد المبيع يكون على التراخي وهذا ما سوف نبينه في الفقرة الثانية .

ثانيا-حدوث التراخي في خيار العيب

من المعروف انه يجب على كل من البائع والمشتري ان يقوموا بتنفيذ التزامهما دون اخلال، فيلتزم البائع بتسليم المشتري المبيع خاليا من العيوب التي تضر المشتري ، لأنه انتظر غاية محددة من ذلك المبيع ولم يجدها فيه ، فاذا وجد المشتري عيبا هنا وجب عليه ان يخطر البائع

(1)نصت المادة (242) من القانون المدني اليمني على انه "هو ماوجب لظهور شي في المعقود عليه ينقص القيمة أو يفوت غرض المتعاقد"

(2)نصت المادة (243)من القانون المدني اليمني على انه " يثبت خيار العيب في عقود المعاوضات المالية هي الشراء والاجارة وقسمة الاعيان والصلح بمال من غير شرط في العقد ويسقط إذا تعاقدوا على الابراء من جميع العيوب ظاهرها وباطنها"

(3)نص المادة (1641) من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :

Art(1641) "Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropres a l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus n'en

خلال المدة المتفق عليها في العقد وفي حالة عدم تحديد المدة فيجب ان تكون خلال مدة مناسبة.

فالسؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو هل يتوجب على المشتري ان يخطر البائع فوراً بالعيب الذي اكتشفه في المبيع ام ان للمشتري حق التراخي في ذلك ؟

رد المبيع إلى البائع كان موضع اختلاف فقهاء المسلمين في هذا الخيار الا انهم اكدوا بان ليس كل من رأى العيب في المبيع ان يبادر فوراً إلى رده ، وهذا يعني بالإمكان التراخي في رده فالرد على التراخي لا يؤدي إلى سقوط الحق مهما طال الزمن ، حيث جاء في تعليقة شريفة على ان "خيار العيب ليس على الفور والسبب بانه لا يمكن جعل الخيار للعالم به على الفور، وللجاهل على التراخي بجعل واحد محدود بحدين متبائنين في لحظة واحدة ، فبالإمكان ان يجعل هناك مهلة الحكم بدون حد خاص ثم جعل حدا للعام وهو الفور وحدا للجاهل وهو التراخي واما جعل الفور من اول الامر للعالم به فلا يمكن أصلاً" (1)

وكذلك ذهب فقهاء الامامية إلى القول بان " ان ثبوت خيار العيب يكون على التراخي ، وذلك لأنه ثبت لدفع الغش والتدليس ولان دليل خيار الرد منحصر (2) .

بقاعدة " لا ضرر ولا ضرار" (3)، حيث سئل الامام الصادق (عليه السلام) عن الرجل الذي يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً ؟ قال : " ان كان الشيء قائماً بعينه رده صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب " (4) ، وعنه أيضاً انه قال " ان خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار اليه ان شاء رده وان شاء اخذه، أو رد

(1) ينظر: الحاج اقارضا المدني الكاشاني ، تعليقة شريفة على بحث الخيارات والشروط من كتاب المتاجر، ط1، مطبعة العلمية، قم، 1309هـ، ص199، وينظر ايضاً، محمد صادق الحسيني الروحاني ، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج 2، ط1، بلا مكان ، بلا سنة ، ص81، و ينظر كذلك ، أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين (المعاملات)، مصدر سابق ، ص40.

(2) ينظر: محمد كاظم الخوالي ، فقه الامامية قسم الخيارات ، ط1، مطبعة سيد الشهداء ، 1407هـ ، ص622.

(3) اذ لا يجوز إيقاع الضرر بالطرف الاخر ولا ان يقابل الضرر بمثله ، للمزيد ينظر: د-محيي هلال السرحان ، تبسيط القواعد الفقهية شرحها ودورها في اثناء التشريعات الحديثة، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005، ص53 وما بعدها.

(4) ينظر: ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة ، ج7، ط1، مطبعة مروى ، طهران ، 1382هـ، ص74، وينظر أيضاً ، الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، ج2، دار احياء التراث ، بيروت ، 1414هـ ، ص363.

عليه بالقيمة ارش العيب وحتى في طلب الارش فانه لا يكون على الفور وانما يجوز بالتراخي" (1).

ووجه الدلالة تتمثل في ثبوت الخيار لكل من وجد فيما وقع عليه العقد عيباً أما فسخ المعاملة واسترجاع العوض، وبين امضائها واخذ الارش، وهو الفرق بين قيمته الصحيحة والمعيبة والسبب في ذلك هو الاطلاع على عيب محل العقد لم يكن معلوماً وقت العقد فمن تعاقد على شي ووجد فيه عيباً يحق له الفسخ، ولان الرضا بالعقد يكون على أساس السلامة من العيوب، فهذه العيوب غير معلومة للمشتري فاذا اطلع عليها انهار الأساس الذي قام عليه الرضا وبه يتحقق الخيار له بين الفسخ أو امضاء ، لكن بالرغم من علم المشتري بالعيب في المبيع الا انه قد يتراخي في الرد في بعض الأحيان لعذر لا يستطيع الرد فيه فوراً ، ويتفق فقهاء الحنفية (2) ، والحنابلة (3)، مع الامامية، بان الرد في خيار العيب على التراخي فلا يسقط حتى يوجد ما يدل على الرضا منه، وذلك لان هذا الخيار ثبت لدفع الغش والتدليس والضرر فلا يبطل إذا تراخي المشتري لذلك كان على التراخي .

اما جمهور الفقهاء من الشافعية (4) ، والمالكية (5) ، فقد ذهب البعض منهم إلى القول ان السكوت عن الرد بعد الاطلاع على العيب اكثر من يومين يعتبر رضا ، إذا كان سكوته بعذر كان يكون سفر أو مرض ، فان الرد يكون للمشتري مطلقاً من دون يمين حتى لو طال الزمن، أما إذا كان من غير عذر، فان طلب الرد بعد اليومين فلا يجاب حتى لو كان بقسم انه لم يرضى ، لان اساس الخيار شرع لدفع الضرر.

(1) ينظر: هاشم معروف الحسني ، مصدر سابق ، ص419، وينظر ايضا الصدوق، من لا يحضره الفقيه ، ج2، مصدر سابق ، ص71 .

(2) ينظر: ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج16، مصدر سابق ، ص41، وينظر ايضا ، ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، مصدر سابق ، ص90.

(3) ينظر: عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الامام احمد، ج2 ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414هـ-1994م، ص51 ، و ينظر أيضا ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الحنبلي ، الانصاف في معرف الراجح من الخلاف ، ج4 ، ط2، دار احياء التراث العربي، بلا سنة، ص426، وينظر كذلك، البهوتي ، كشاف القناع مصدر سابق ، ص224.

(4) ينظر: الشافعي ، البيان في مذهب الامام الشافعي ، مصدر سابق ، ص287، وكذلك ينظر النووي ، المجموع ، مصدر سابق ، ج12، ص138.

(5) ينظر: خليل بن إسحاق الجندي المصري المالكي ، التوضيح في شرح مختصر الفرعي ، ج5، دار الكتب العلمية ، 2011، ص458.

واخذ الظاهرية بالتراخي في خيار الرد بالعيب ، ولم يشترطوا ان يكون الرد بعد العلم بالعيب على الفور ، بل اجازوا التراخي للمشتري في الرد بعد العلم بالعيب لكن بشرطين وهما ، ان لا يمتد التراخي إلى امد طويل ، بحيث يؤدي إلى ضرر للبائع إذا اختار المشتري رد العين لعيبها ، وان يكون التراخي لعذر كان يكون ، مرض أو حبس أو غير ذلك فهنا تراخي المشتري لا يسقطه الخيار⁽¹⁾ .

وهناك من ذهب إلى ان الرد في خيار العيب ليس على التراخي وليس على الفور ، فالمدة ، سواء أطالت أم قصرت ، فانها تؤجل ثلاثة أيام ان لم يسقط حقه ، وهذا رأي الاباضية⁽²⁾ .

ويرى الباحث ، ان القول بان التراخي في الرد يؤدي إلى سقوط الخيار هو قول غير دقيق ، وذلك لان المعروف ان الخيار جعل لمطلق المشتري للمعيب ؛ ومن ثم لا دخل للعلم فيه أصلا ، الا إذا كان كاشفا عن الرضا بالعيب ، فهنا يكون مسقط للخيار ، فادعاء الجهل بالخيار أو فوريته ، لا يستلزم جعل الخيار أو الفورية للعالم بهما حتى يلزم الدور بل المسقط حقيقة للخيار هو الرضا بالعيب ، كما لا يخفى ان الخيار شرع لرفع الضرر عن صاحبه ، وهذا لا يكون الا بعد التروي والتفكير في الامر ، فمن غير الممكن ان يصدر صاحب الخيار رده فوراً وانما يجب ان يكون هناك تراخي وتروي في الامر ، ولكن حفاظا على استقرار المعاملات اليومية ولأنه في بعض الأحيان قد يؤدي التراخي إلى عمد الاضرار بالمالك فكان الاجدر ان يضعوا حدود لصاحب الخيار بان يكون هناك وقت محدد مثلا يومان كوقت كافي للتروي والنظر في العيب وابداء الرد وهذا ما نرمي إلى تحقيقه ، ونرى ان فقهاء الامامية قد اصابوا في ذلك .

اما خيار الرد في التشريعات ، فنلاحظ ان التشريعات المقارنة لم ترد بصورة صريحة على ان خيار الرد على التراخي ، لكن بالإمكان الاستنتاج ذلك من خلال دلالة النصوص التي بينت بان خيار الرد في العيب على التراخي ، وذلك عندما اوجب المشرع على المشتري عند تسلم المبيع تسليما فعليا المبادرة إلى فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، فالبائع غير ملزم بفحص المبيع فور تسلمه بل وجب اجراء هذا الفحص خلال المهلة المعتادة وفقا للمألوف ، وعلى المشتري اخبار البائع بمجرد كشفه للعيب ، لان اعلام البائع قد يجعل معرفة منشأ العيب ووقت حدوثه امرا متعذرا ، أو قد يجعل اثبات العيب عسيرا

(1) ينظر: ابن حزم الظاهري ، المحلي بالاثار ، مصدر سابق ص74 ، و ينظر ايضا ، صاحب محمد حسين نصار ، خيار العيب في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة اهل البيت ، العدد 20 ، ص18 .

(2) ينظر: محمد يوسف اطفيش ، شرح النيل ، ج4 ، مصدر سابق ، ص258-259 .

مما قد يسبب فتح باب المنازعات وعدم استقرار التعامل⁽¹⁾ ، وهذا ما تضمنته المادة (560) من القانون المدني العراقي، على الرغم من انها اشارة بضرورة طلبه بفحص المبيع ، وان يبادر المشتري باخبار البائع الا انه لم يحدد المهلة اللازمة لهذا الاخبار لذلك .

ولهذا وصف بانه على التراخي فكان الاجدر بالمشرع هو تحديد مهلة يراها مناسبة للأخطار⁽²⁾ ، كما فعلت بعض التشريعات العربية⁽³⁾، كذلك ان الإهمال في فحص المبيع اعتبره القانون والقضاء بانه قبولا للمبيع ؛ ومن ثم ينتفي الخطأ عن البائع⁽⁴⁾ .

اما المشرع المصري فقد عالج احكام دعوى ضمان العيوب الخفية في المادة (449) والتي بينت على وجوب مبادرة المشتري إلى اخطار البائع بالعيب خلال مدة معقولة ولم يبين ماهية هذه المدة هل هي تطول أو تقصر ام ننظر إلى طبيعة المبيع وبموجبها نعيين المدة فكان الاجدر تحديد مدة مناسبة يتم رد المبيع إلى البائع لكي لا يؤدي التراخي إلى اضرار تلحق بالمتعاقدين بل ان يكون تراخي المشتري في الرد خلال مدة معلومة لكي يتسنى للبائع إعادة النظر في المبيع أما في حالة عدم اخبار البائع بالعيب فيعتبر قبولا بالمبيع بعينه⁽⁵⁾ .

فتقدير المدة المعقولة يخضع إلى تقدير السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفي حالة قيام المشتري بالأخطار يؤدي إلى حفظ حقه بالرجوع بالضمان .

(1) ينظر: د-سعيد مبارك واخرون ، الموجز في العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص235، وكذلك ينظر، د-احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، 1998، ص229.

(2) نصت المادة (560) من القانون المدني العراقي على انه "1- اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه فان اهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلا للمبيع، 2- اما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع" ، تقابلها المادة (492) من القانون المدني الكويتي

(3) نصت المادة (386) من القانون المدني الجزائري على انه "اذا لم يتفق على المدة وجب ان يخطر البائع خلال شهر من وقت الظهور الخلل"

(4) جاء في احدي قرارات محكمة التمييز العراقية على انه "يجب على البائع التحقق من حالة المبيع بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه فان اهمل ما تبين من ذلك اعتبر قابلا للمبيع وانه لم يقدّم بفحصه رغم ضرورة ذلك وبشكل مباشر عند الاستلام أو بعده بفترة قصيرة" قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqld.hgc.iq> ، نوع الحكم تمييز، رقم الحكم 4296، تاريخ الحكم 2019، تاريخ الزيارة 2023/7/14، الساعة 11:11 p.m.

(5) نصت المادة (449) من القانون المدني المصري على انه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطر به خلال مدة معقولة فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع، أما إذا كان العيب مما لا يمكن كشفه الا بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخطر به البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع بما به من عيب" ، تقابلها المادة (417) من القانون المدني السوري وكذلك المادة (380) من القانون الجزائري.

لان عدم قيامه بالأخطار في المدة المعقولة وتهاون في ذلك فهنا المشرع اعتبره قابلا بالعيب، الا ان سقوط حق المشتري في الرجوع بالضمان في حالة إذا لا يمكن الكشف عليه بالفحص المعتاد فان حقه يبقى إلى ان يسقط بالتقادم (1).

اما المشرع اليمني فكان اكثر وضوحا في معالجته لأحكام رد المبيع لعيبه ، وذلك عندما أوضح ان قبول المتعاقد بالعيب وسكوته وعدم اخبار البائع بالعيب خلال مدة معقولة يسقط حق بالرجوع على البائع بالضمان ، الا ان المشرع بين ان حق المشتري يسقط بالضمان إذا لم يخبر البائع (فورا) ، عند تسلمه المبيع، وفي حالة إذا كان المبيع لا يمكن فحصه بالصورة المعتادة ، فان حقه لا يسقط الا بعد مضي سنة من تاريخ القبض ، وفي حالة إذا كان المبيع لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد فان حق المشتري لا يسقط ابدا(2).

ويرى الباحث بان المشرع اليمني قد أصاب في تنظيمه لأحكام الرد في خيار العيب ، وذلك عندما ذكر تحديد مدة معقولة يتم خلالها اخطار البائع وفي حالة عدم تحديدها فتكون خلال سنة من قبض المبيع وفي كل الأحوال لا يسقط حق المشتري إذا كان المشتري لا يمكنه فحص المبيع بالصورة المعتادة .

اما المشرع الفرنسي فكان له اتجاه مختلف تمام عن التشريعات وذلك عندما بين في المادة (1642) بان البائع لا يتحمل مسؤولية العيوب التي اطلع عليها المشتري ؛ ومن ثم عاد في المادة (1643) (3) ، إلى تحديد مدة شهر لأخطار البائع إذا اكتشف العيوب وانهاء العقد الا ان حقه يسقط إذا تعهد البائع بإصلاح ما هو معيب ومن ثم اجاز للمشتري طبقا لنصوص المواد خيار ارجاع الشيء واسترداد الثمن أو ان يحتفظ به مع اسقاط جزء من الثمن.

فضلا عن ذلك أجاز التعويض عن جميع الاضرار التي لحقت نتيجة هذه العيوب (4) .

(1) ينظر: د-سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ،ص531.

(2) نصت المادة(248) من القانون المدني اليمني على انه "إذا كان المتعاقد قد قبل العيب بعد العقد أو علم به وسكت عنه ولم يخبر به العاقد الاخر خلال مدة معقولة سقط حقه في الخيار به ويعتبر العاقد عالما بالعيب إذا كان مما يظهر عند الفحص المعتاد وتسلم الشيء دون ان يخبر بالعيب على الفور أما إذا كان العيب مما يحتاج ظهوره إلى فحص غير معتاد فلا يسقط حق الخيار به الا بمضي مدة يمكن فيها الفحص غايتها سنة من تاريخ القبض وان كان العيب مما لا يظهره الفحص أصلا فلا يسقط الخيار به مطلقا".

(3) ينظر نصوص المواد (1642-1643) من القانون المدني الفرنسي المعدل النافذ.

(4) Art(1644)1(4)

"Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix"

Art(1645) ،

ثالثاً- اثر التراخي على خيار الرد

لقد فرض القانون على المشتري واجب التحقق من المبيع عند استلامه واخطار البائع بوجود العيب في حالة اكتشافه، فالأخطار هو عمل اجرائي ينقل إلى البائع تضرر المشتري من كون المبيع يحتوي على عيب معين يجعله غير مطابق للمنفعة المرجوة منه، كذلك ان الاخطار يعتبر من قبيل مقدمات الدعوى القضائية والغاية منها هو تفادي سكوت المشتري بقبوله للعيب الموجود في المبيع، لكن في حالة اهمال المشتري في فحص المبيع هنا يعتبر قابلاً للعيب الموجود في المبيع ؛ ومن ثم يسقط الحق في الضمان⁽¹⁾ ، بالرغم من ان المشرع لم يحدد شكلاً معيناً للأخطار فقد يكون الاخطار عن طريق انذاره بواسطة كاتب العدل وقد يكون بواسطة رسالة وقد يكون شفويًا ، بالإضافة إلى ذلك فان جل التشريعات لم تحدد المدة اللازمة للأخطار في حالة ظهور عيب بالمبيع بل تركت الامر إلى تقدير قاضي الموضوع الذي له السلطة في تحديد المدة اللازمة والتي يقومها على أساس طبيعة المبيع⁽²⁾ .

لكن في بعض الحالات قد يتراخى المشتري عن اخطار البائع بالعيب ، قد يكون لظروف ترجع إليه فيتراخى المشتري عن الرد وهذا التراخي قد يفسر بانه قبول للعقد ، لذلك يسقط حق المشتري في ضمان العيوب الخفية ولا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان، لكن هناك بعض الاستثناءات التي يجوز فيها رجوع المشتري على البائع في حالة إذا اثبت غش البائع أو سوء نيته سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أو غير ظاهرة ، لان الغش يفسد الصفقة فالبائع يضمن العيوب الظاهرة والخفية⁽³⁾ .

فحق المشتري يسقط بالضمان إذا لم يثبت غش البائع أو سوء نيته ؛ ومن ثم يسقط حقه في دعوى الضمان أيضاً، فبالرغم من ان التراخي قد يكون غرضه لأجل تروى المشتري فيما يشتريه وترك المشتري بفحص المبيع قد يعود بنتيجة إليه ، الا انه وجب ان يكون ضمن مدة محددة ومعقولة ، فعزوف التشريعات عن تحديد المدة الملائمة للفحص والاطار تلقي بضلالها على المشتري ، لأنه قد

"Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous es dommages et intérêts envers l'acheteur"

(1) ينظر: د-منذر الفضل ود-صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة (البيع والايجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية وقانون المالكين والمستأجرين الأردني، طبعة جديدة منقحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1993، ص69.

(2) ينظر: د-فايز احمد عبد الرحمن ، عقد البيع في القانون المصري والقانون الليبي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص230.

(3) ينظر: د-ضمير حسين ناصر المعموري ، منفعة العقد والعيب الخفي(دراسة مقارنة)، ط2، منشورات زين الحقوقية بيروت ، 2011، ص198

يكون بحاجة إلى المزيد من الوقت لفحص المبيع والتأكد من سلامته ، إلا ان للقانون موقف مغاير فاعتبر السكوت وعدم الاخطار أو التراخي بأنه قبولا ؛ ومن ثم يؤدي إلى سقوط الحق في دعوى الضمان ، وهذا ما أكدته التشريعات المقارنة فقد اتفقت على سقوط دعوى ضمان العيب الخفي ، إلا انها اختلفت في المدد، فبالرجوع إلى المشرع العراقي⁽¹⁾، حيث نجد ان مرور مدة ستة اشهر من وقت تسليم المبيع إلى المشتري يؤدي إلى عدم سماع دعوى الضمان⁽²⁾، فالتراخي في رد العيب قد أدى إلى سقوط الحق هنا⁽³⁾.

وبنفس الاتجاه ذهب المشرع المصري إلى القول بسقوط دعوى الضمان إلا انه حددها بمدة سنة من وقت تسليم المبيع⁽⁴⁾، حيث ان "دعوى الضمان تسقط أما بعدم اخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم لآهماله في فحص الشئ أو الاخطار عنه واما انقضاء سنة من وقت التسليم المبيع ولو وقع الاخطار أو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك ما لم يكن هناك غش من البائع بان تعمد إخفاء العيب"⁽⁵⁾.

اما المشرع اليمني فبالرغم من عدم ذكره سقوط دعوى الضمان إلا انه اعتبر ان سقوط الخيار يكون بعد مضي سنة⁽⁶⁾.

اما القانون المدني الفرنسي فلم يعيّن مدة سقوط الدعوى بل قرر ان تقام في ميعاد قصير بحسب طبيعة العيوب الخفية⁽⁷⁾.

(1) نصت المادة (570) من القانون المدني العراقي على انه "لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة أطول وليس للبائع ان يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذا اثبت ان إخفاء العيب كان بغش منه "

(2) جاء في احدى القرارات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية على انه "الدعوى تكون فاقدة لسندها القانوني إذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب " قرار قضائي منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq>، نوع الحكم تمييز، رقم الحكم 5489، تاريخ الحكم، 2016، وبنفس الاتجاه ورد قرار قضائي اخر منشور على الموقع الالكتروني، <http://iraqlid.hgc.iq>، لمحكمة التمييز الاتحادية رقم 1234، تاريخ الحكم 2010، تاريخ الزيارة 2023/4/19 ، الساعة 11:11 p.m.

(3) جاء في احدى القرارات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية بان "المؤجر يضمن للمستأجر جميع ما يوجد من عيوب في المأجور فاذا وجد المستأجر عيبا جاز له ان يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة وعلى ان يتم ذلك عند اكتشاف العيب ولا (يتراخي) بمدة وجيز لأنه يعتبر قد اسقط حقه، رقم القرار 1717، لسنة 2006، غير منشور .

(4) نصت المادة (452) من القانون المدني المصري على انه "تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة أطول ،على انه لا يجوز للبائع ان يتمسك بالسنة لتتمام التقادم إذا اثبت انه تعمد إخفاء العيب غشا منه "، تقابلها المادة (383) من القانون المدني الجزائري.

(5) احدى قرارات محكمة النقض المصرية ، طعن 4899 لسنة 2000، مشار إليها في د-محمد كامل مرسى باشا ، مصدر سابق ، ص 338

(6) ينظر نص المادة (248) والتي تم ذكرها سابقا

(7) نص المادة (1648) من القانون المدني الفرنسي:

والغالب ان محاكم فرنسا منحت الحرية للقضاة في موضوع تعيين بدء ميعاد سقوط الدعوى، والغالب هو عدم اعتدادهم بوقت البيع ولا بوقت التسليم انا يقرون سريان الميعاد من وقت ظهور العيب للمشتري وقد يكون في حالة إذا فرض العرف المحلي ذلك أيضا (1).

ثانيا- التراخي في خيار المجلس

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة الكمال والخلود ، انزلها الله سبحانه وتعالى العليم بحال عباده ومالههم ، وافية بمتطلباتهم وحاجتهم فمحال ان تجد قضية ولا نجد لها حكماً أو نص قانوني يعالجها، لذلك جاءت الشريعة ووضعت منها متكاملاً للتعامل بمنح أصحاب الحقوق ويوقف أصحاب المطاعم عند مطاعمهم فجعل مكان التبايع فرصة للنظر في السلعة وتقليبها وموازنتها ليكون المتبايعان على بينة من امرهما ولكي لا يحصل لهما الندم والحسرة بعد لزوم البيع، فهناك وقت كافي لإمكان الاقدام على السلعة أو الاحجام عنها، كذلك ان النفس البشرية تندفع لما ترغبه اندفاعاً عجيبياً من غير تفكير في النتائج فكان وضع مهلة لقطع تعلق النفس بالسلعة الصحيحة سليمة لا غش فيها ولا خديعة لذلك وضع الشارع فيما يسمى بخيار المجلس والذي سنتحدث عنه في فقرتين نخصص الفقرة الأولى إلى مفهوم خيار المجلس والمذاهب التي اخذت بخيار المجلس وموقف التشريعات المقارنة من خيار المجلس ، أما في الثانية فسوف تكون لبيان حدوث التراخي وكالتالي:

1- مفهوم خيار المجلس

هناك الكثير من التعريفات التي قيلت بحق هذا الخيار والتي سوف نتطرق اليها عند فقهاء المسلمين وكذلك فقهاء القانون وكالتالي :

أ - عند فقهاء المسلمين

إن خيار المجلس يعد من الخيارات الحكيمة والتي ثبت بحكم الشارع ولا يحتاج إلى تلاقي إرادة المتعاقدين لثبوت خيار المجلس، وذلك لان العقد إذا وقع ثبت خيار المجلس من جهة

(1648)." L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans undélai de deux ans à compter de la découverte du vice ladécouverteduvic Dans le cas prévu par. l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparent

(1)ينظر :حنين زروقي ، التعويض عن الاضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم، 2018، ص225.

الشارع تلقائياً حتى إذا نفاه العاقد عند التعاقد لم يصح النفي ؛ ومن ثم يبقى خيار المجلس قائماً إلى ان يسقطه احد المتعاقدين أو يسقط بالتفرق، كذلك ان خيار المجلس لا يحتاج إلى سبب خاص لكي يجد كخيار العيب، لذلك يعد خيار المجلس من خيارات التروي (1) وهناك من اطلق عليه (خيار المتبايعين) (2) ، نسبة إلى حديث "البيعان بالخيار" (3) .

فقد تعددت التعاريف التي قيلت بحق خيار المجلس فقد ذهب الامامية إلى تعريفه بأنه (الخيار الذي إذا حصل فيه الايجاب والقبول انعقد العقد ويصبح لكل من المتبايعين خيار فسخ العقد ما دام في المجلس، ولو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار وكذا لو اكرها على التفرق ولم يتمكن من التخابر، حتى لو سكت فخير الساکت باق الا إذا اشترطه سقوطه) (4) ، لكن مما يؤخذ على تعريف الامامية هو عدم بيانهم المهلة اللازمة للمجلس فقد جعلوا مهلة الخيار مطلقة من دون تحديد .

وذهب الحنفية إلى تعريفه بان المراد من المجلس (ما لا يوجد فيه ما يدل على الاعراض وان لا يشتغل بمفوت له فيه وان لم يكن للأعراض فاذا وجد بطل ولو اتحد المكان) (5) ، مما يؤخذ على التعريف هو عدم الإشارة إلى مجلس العقد وكذلك لم يشر إلى بداية المجلس فقط تطرق إلى نهاية المجلس .

وهناك من جنح أيضاً إلى تعريفه بأنه (حق يثبت لكل من المتبايعين مع إمكانية فسخ العقد أو امضائه ما دام في مجلس البيع مالم يتفرقا أو يتخيرا) (6)

ويرى الباحث بان تعريف الحنابلة هو الأقرب لخيار المجلس بالرغم من عدم بيانهم المهلة التي تكون كافية للتروي ، فخير المجلس هو ثابت ومشرع لحكمة جليلة وهي حاجة الناس لهذا الخيار فالإنسان قد يبيع شيئاً أو يشتري شيئاً فيندم ويحتاج إلى تدارك ذلك بالفسخ فيكون مشروعاً متداركاً لهذا المعنى، ليس هذا فقط بل ان خيار المجلس يرفع الحرج والمشقة ويزيل الضغائن والاحقاد في نفوس الناس وبه تستقر المعاملات المالية بينهم في جو من المحبة والود

(1) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ،ص121.

(2) ينظر: ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق ،ص316، وينظر أيضاً ، النووي ، المجموع شرح المهذب ، مصدر سابق ،ص196، وينظر ايضاً ، النووي ، روضة الطالبين ، مصدر سابق ،ص433.

(3) ينظر: العاملي ، مصدر سابق ،ص322، وينظر ايضاً ، التبريزي ، المكاسب ، مصدر سابق ، ص43.

(4) ينظر: أُلحلي ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ص286.

(5) ينظر: ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ص44.

(6) ينظر: البهوتي :كشاف الاقناع ،مصدر سابق ،ص229.

والوئام، كذلك ان ثبوت هذا الخيار في البيع فيه حكمة ومصالحة للمتعاقدين وليحصل تمام الرضا الذي شرطه قوله تعالى (*أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا*) (1) ، فالعقد يقع بغتة من دون تروي أو تفكير ولا نظر في القيمة فهنا تنقص محاسن هذه الشريعة فوجود هذا الخيار يجعل العقد حريما يتروى في المتبايعان ويستدرك كل منهما ما ينوي التعاقد بشأنه، وهنا يظهر حدث التراخي.

ب- مفهوم خيار المجلس عند فقهاء القانون والتشريعات محل المقارنة

من المعلوم ان اغلب التشريعات المدنية في البلاد العربية قد تناولت احكام خيار المجلس لكن في نصوص معظمها غير دقيقة وشاملة ، على الرغم ان اغلب مشرعي تلك التشريعات قد استمدوا من الشريعة الإسلامية تلك الاحكام ، وبما انه لا يوجد من تناول تعريف خيار المجلس فأننا سوف نتناول فقط النصوص القانونية التي تناولت هذا الخيار في التشريعات محل المقارنة وبيان حدث التراخي فيها ، فبالأمل في نصوص القانون المدني العراقي نجد ان المشرع العراقي قد جاء بذلك بمادة لا يفهم معناها والتي كانت موضع انتقاد الشراح حيث نصت المادة (82) من القانون المدني العراقي على انه "المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب إلى اخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من احد العاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك" (2) .

مما يلاحظ على هذه المادة هو التعبير غير دقيق ، وذلك لان قبل القبول لا يكون هناك متعاقدان بل ان هناك خيار موجب فقط وبإمكان الموجب الرجوع عن ايجابه ، ومن وجه اليه الايجاب فهو حر في قبول الايجاب أو رفضه ، لكن رغم الانتقادات التي وجهت فانه لا يمكن انكار خيار المجلس والذي اقره الرسول الكريم (*صلى الله عليه وسلم*)، واثبت فيه للمتعاقدين خيار فسخ العقد والامضاء (3) ، كذلك هناك بعض التشريعات نصت بصورة صريحة على خيار المجلس بانه في كل معاوضة محضة كما جاء في التشريع اليمني والذي كان الأكثر توفيقا في نصه على خيار المجلس ، حيث اوضح في نص المادة (228) على انه "يثبت خيار المجلس في كل عقد معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من العاقدين ليس فيها تملك قهري كالشفعة ولا جارية مجرى الرخص كالحوالة وذلك ما لم يتفق العاقدان على ان لأخيار لهما "

(1) سورة النساء، اية رقم (29)

(2) تقابلها المادة (96) من القانون المدني الأردني النافذ.

(3) ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي، مصدر سابق، ص37.

وهذا يعني ان خيار المجلس تركه لاختيار المتعاقدين ، ليس هذا فقط بل ان المشرع اليمني بين ان خيار المجلس ينقطع بتفرق المتعاقدين اختياراً واختيار احدهما لا يؤدي إلى سقوط حق الاخر في الخيار بل يبقى حقه وفي حالة وفاته فانه ينتقل إلى ورثته في مجلس العلم⁽¹⁾.

وهذا يدل على امرين ، وهو صدور الايجاب في مجلس العقد ولا يصادف قبولا أو يصادف اعراضا بالقول أو الفعل ، فهنا أجاز القانون الرجوع عن الايجاب إذا لم يقترن بالقبول، وكذلك يجب ان يصدر الايجاب في مجلس العقد ويلاقى قبولا مطابقا ، فينعقد العقد لكنه لا يلزم المتعاقدين ما دام في المجلس لأنه يبقى لكل من المتعاقدين حق الفسخ والامضاء حتى يتفرقا أو يتراضيا ، وهذا ما جاء به المشرع المصري⁽²⁾ ، لكن كان الاجدر من المشرع ان يشير إلى ان المتعاقدان بالخيار إلى نهاية المجلس لان المهلة التي جعلها القانون للخيار هي مهلة مطلقة وغير مقيدة وتنتهي بأسقاطها من قبل المتعاقدين ، وهناك مجال للتراخي من قبل المتعاقدان لأجل التروي والتفكير فيما بينهما ، وهنا يدخل حدوث التراخي أي يكون في المهلة التي يتخذها المتعاقدان لغرض التروي فهي مهلة مطلقة وغير مقيدة طالما كانا داخل المجلس فبإمكانهما التشاور واخذ الوقت المناسب، أما المشرع الفرنسي فلم يتناول خيار المجلس بل تناول مهلة الانسحاب والتي سيأتي ذكرها لاحقا .

2-حدوث التراخي في خيار المجلس

فخيار المجلس ذات مدة مجهولة غير محددة بحيث يسمح للمتعاقدین التراخي في إتيان الامر دون تقيدهم بمدة معينة الا ان يتفرقا لذلك قيل بان خيار المجلس على التراخي، وهو اكثر انطباقا لحق المتعاقد، والسبب يعود ان حق التروي والتفكير جاء بهدف الاستيثاق من عنصر الرضا ، وخيار المجلس كان له هذا الدور في افساح المجال للتروي والتراجع عن العقد بمعنى التروي في ما ابرمه من عقود امام التطورات الحديثة والسريعة في مجال التعاقد في الوقت الحاضر والتي تستدعي تفكيراً عميقاً قبل ابرام الالتزام .

(1) نصت المادة (229) من القانون المدني اليمني على انه "ينقطع خيار المجلس بتفرق المتعاقدين اختيارا ببديهما عن مجلس العقد عرفا وبالاختيار فاذا اختار احدهما سقط حقه في الخيار وبقي حق الاخر فيه واذا مات من له الخيار في مجلس العقد انتقل إلى ورثته في مجلس العلم "

(2) ينظر نص المادة (84) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (92) من القانون المدني المصري والمادة (1118) من القانون المدني الفرنسي

فقهاء الامامية⁽¹⁾ ، اقرروا خيار المجلس وبإقرارهم الخيار فهذا يعني انهم اقرروا التراخي في المجلس وكان مصدرهم حديث الرسول محمد (ﷺ) ، وقول الامام الصادق (عليه السلام) " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فاذا اختلفا فلا خيار بعد الرضا منهما " (2) ، ولأنه عقد يحصل فيه التغابن ويحتاج إلى التروي فوجب ان يشرع للاستدراك ، حيث جاء في المكاسب ، (لا خلاف في ثبوت هذا الخيار للمتعاقدين والنصوص به مستفيضة ولا فرق بين اقسام البيع وأنواع المبيع ، وان الغاية من تشريع خيار المجلس للمتعاقدين في مجلس العقد ، بانه يفسح المجال لهما (للتروي والتفكير في العقد) فيما لو رأى احدهما ان المضي على العقد ليس من مصلحته ما دام في المجلس الذي اوقع به العقد مهما طال مجلسهما ، فاذا تفرقا وانصرف كل منهما لشأنه فكل مراجعة منهما بعد ذلك لا تجدي نفعاً والسبب في إعطاء المتعاقدين التسلط في فسخ العقد ، انهما ما دام في المجلس لم تنقطع صلة كل منهما عن المال الذي دفعاه للأخر عوضاً عن ماله ، وهذا يعني ان العقد لا يكون ملزماً ومبرماً الا بعد انقضاء المجلس بتفرقهما عنه ، وحدث التراخي يكون في المدة الواقعة في المجلس طالما كان المتعاقدان في المجلس فبالإمكان التراخي في إعطاء الرد ، اما إذا انقضت المجلس وغادر احدهم فلا خيار للأخر ، فاذا انقضت المجلس لا يلزم البيع) (3) .

واكد جمهور الفقهاء من المسلمين وهم الشافعية والحنابلة على ذلك بالقول ، (ان البيع إذا انعقد ثبت لكل من المتبايعين الخيار أما الفسخ أو الامضاء إلى ان يتفرقا أو يتخيرا) ، فالقبول في خيار المجلس ليس على الفور بل هو على التراخي ، لأنه ثبت حتى يتمكن المتعاقدان من التدبر طيلة المجلس وهذا يعني اعطاء فرصه التدبر والتروي وعدم التسرع في المجلس فصدور القبول بعد الايجاب فيه نفع يدل على الرضا ، لكن ان تراخي واطال السكوت فلا يمنع ذلك ، لان سكوته قد يكون لغرض التأمل في الامر ثم بعد ذلك يبدي رضاه لكونه بحاجة إلى فترة من التأمل والتدبر ليصدر قبوله (4) .

(1) ينظر: الحلي ، تذكره الفقهاء ، مصدر سابق ، ج1، ص515.

(2) ينظر: راجع ص180 من هذه الرسالة والتي تكلمنا فيها عن تخريج الحديث .

(3) ينظر: الانصاري ، هداية الطالب إلى اسرار المكاسب ، مصدر سابق ، ج5، ص290، وينظر أيضا ، هاشم معروف الحسيني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، مصدر سابق ، ص376

(4) ينظر : الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، ج1، مصدر سابق ، ص257، وكذلك ينظر، ابن قدامة ، موفق الدين ابي محمد عبد الله ، المغني في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني ، ج4، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1985، ص6.

وهناك من ذهب إلى اجازت التراخي في القبول إلى نهاية المجلس وهذا يعني إعطاء المتعاقد فرصة للتدبر والتروي وما فاتهم بانعدام المجلس ، وذلك دفعا للحرص والضيق لان القابل يحتاج إلى التأمل والتروي وهذا الامر لا يمكن تصوره بالقبول الفوري (1) .

اما في التشريعات المقارنة ، بما ان اغلب القوانين المعاصرة قد اخذت بنظرية مجلس العقد ومنها المشرع العراقي وكذلك المصري واليميني وذلك عندما أشاروا اليه بصورة صريحة في نصوصهم القانونية ، حيث أشار المشرع العراقي في نص المادة (82) من القانون المدني العراقي على ان " المتعاقد بالخيار بعد الايجاب إلى اخر المجلس " (2) ، فبالرغم من عدم ذكره التراخي في خيار المجلس الا اننا لمسنا ذلك من خلال نص المادة والتي أوضح فيها إلى اخر المجلس أي انه لم يقيد بوقت محدد أو أراد القبول فوراً بعد الايجاب ، بل جعل القبول إلى اخر المجلس أي أعطاه مهلة للتفكير والتروي (3) ، وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة لهذه المادة الا ان الباحث يرى بان المشرع قد أصاب في تنظيمه لهذه المادة لكن كان من الاجدر ان يذكر بالإضافة إلى نهاية المجلس من الأفضل ان يضيف عبارة لأجل التروي في الخيار ، ونرى بان المشرع اليميني قد نهج الاتجاه ذاته ، وذلك عندما اعطى للمتعاقد مهلة للتروي خلال المجلس وتنقطع بتفرقهما اختيارا ببدنهما ، وهذا ما اوضحته المادة (229) من القانون اليميني على انه "ينقطع خيار المجلس بتفرق المتعاقدان " (4) .

اما المشرع المصري فكان واضحاً في تعبيره عندما لزم ان يكون القبول فوراً بعد الايجاب (5) ، أي انه جاء بخلاف القانون العراقي واليميني ، ويرى بان الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر قبله فوراً ، لكن مع ذلك فان العقد يتم في حالة عدم وجود ما يدل على رجوع الموجب .

(1) ينظر: د عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق، ص179، وينظر ايضا ، مالك بن انس ، الموطأ، ج2، دار الحياء التراث العربي ، لبنان ، 1985، ص671، و ينظر كذلك ، عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق، ص20.

(2) ينظر: نص المادة (82) من القانون المدني العراقي النافذ ، وللمزيد ينظر: د- عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة ، دار الكتب العلمية، 2009 ص183

(3) ينظر نص المادة (96) من القانون المدني الأردني والذي جاء مطابقاً للنص العراقي .

(4) ينظر: نص المادة (229) من القانون المدني اليميني النافذ .

(5) ينظر: نص المادة (94) من القانون المدني المصري النافذ .

اما المشرع الفرنسي فلم نجده تناول خيار المجلس ، بل من خلال نص المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي المعدل النافذ والذي بموجبه (اعتبر ان العقد ملزما للطرف ، وذلك عندما يلتزم بموجبه الأطراف بصورة متبادلة بينهما) .

ففرى بان المشرع الفرنسي اعتبر ان العقد ينعقد لازما عند اقتران القبول والايجاب ، فان العقد يخلق حقوقا بين الأطراف بمجرد ان يتفق الأطراف عليه ⁽¹⁾ ، لكن في ظل التطور الذي نهجه المشرع الفرنسي حيث ذهبت القوانين الفرنسية الحديثة إلى حماية الطرف الضعيف في العقد ، لكن عن طريق تصور قريب من فكرة خيار المجلس وذلك من خلال مهلة تسمى بمهلة الانسحاب وهذه المهلة تخول المتعاقد الانسحاب من العقد بعد دراسته والعدول عنه على الرغم من تمام العقد ، فمهلة الانسحاب تحاكي مهلة التروي والتفكير⁽²⁾ ، ومن بين القوانين التي اخذت بهذه المهلة هو القانون الصادر في 1988/1/6 ، رقم (21-88) والذي يتعلق بالبيع عبر المسافات ، حيث اعطى بموجب هذا القانون للمشتري ان يرجع عن العقد خلال مهلة سبعة أيام ، وأيضا القانون الصادر في 1989-12-31 ، والذي بموجبه اعطى الحق في الرجوع عن العقد بالنسبة إلى المشتري غير الممتهن لعقار سكني خلال مهلة امدها سبعة أيام ⁽³⁾ ، وبالرغم من كون هذه المهلة تتشابه مع خيار المجلس الا انه هناك فرق بينهما من حيث تحديد المهلة فخيار المجلس غير محدد بمدة وكذلك فصل انعقاد عن اللزوم والتي يقوم عليها خيار المجلس .

المطلب الثاني

(1) ينظر: نص المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :

ART (1102)

"Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de la liberté. déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public"

(2) ينظر: نص المادة (1118) من القانون الفرنسية باللغة الفرنسية :

ART (1118)

"L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle"

(3) ينظر أيضا: القانون الصادر في 1989-6-23 والذي بموجبه اعطى الحق في الرجوع عن العقد بالنسبة إلى التعاقد والذي يتم بين زوجين خلال مهلة امدها سبعة أيام .

تطبيقات التراخي في التصرفات القانونية

أن أساس التصرف القانوني هو الإرادة حتى ولو لم يصاحبها عمل مادي فالالتزامات جميعا وان اختلفت مصادرها يستغرق ادائها وتمامها جزءا كبيرا من الوقت أي أن هناك مهلة من التروي تجري فيها وفي اشكالها المتعددة ، كتوقف بعض التصرفات على الاجازة ، كما في تصرفات الفضولي ، والصبي المميز (فيما يدور بين النفع والضرر) ، وكما في اللقطة في الفقه الإسلامي ، حيث يترتب على الملتقط التزامات بعضها زمني كضرورة الإعلان عنها لفترة زمنية محددة وبشروط مخصوصة ليعلم الكافة بها ، وأيضا الجعالة والتي تسمى في الفقه المدني ب (الوعد بجائزة) ، حيث هناك مهلة زمنية من التروي بين اطلاق الوعد وتنجز ما به، فقد تعدد تصرفات الفرد ويختلف بعضها عن الاخر في سببه واثاره ، فمنها ما هو نزول من الانسان عن بعض ما يملك من حقوق كنزوله عن حقه في الشفعة أو تملكه الغير ما يملك من مال أو منافع كما في الهبة ، وقد يكون اتفاق مع إرادة أخرى كما في البيع.

وبما أن الأصل في العقود ان تكون منجزة أي فورية الأداء، وهذا وفق المجرى العادي للأمور ، الا ان هناك بعض العقود لا يمكن أداء الالتزام الناشئ عنه بصورة فورية ، وانما يجب ان يكون هناك مهلة من التروي والتفكير كما عقد البيع ، ويظهر التراخي فيه كسبب من أسباب كسب الالتزام وجزء منه ، كما انه يؤثر في كم الأداء وحجمه وفقا لاتفاق المتعاقدين .

وعلى الرغم ان التراخي ليس أساسا في التعاقد أو كونه معيار كمي في التنفيذ أو عنصر جوهري ، الا انه له دور في هذه العقود من حيث القوة والتأثير فهناك فترة من التروي غير يسيرة تصاحب العقد منذ نشأته ومنذ ميلاد فكرته في مجلس العقد حتى يتم التوافق الصحيح بين الإرادتين بالإيجاب والقبول ، حتى ينتج العقد اثره .

فالتراخي لا يقتصر على الخيارات بل يشمل التصرفات القانونية أيضا والتي قد تكون بإرادة واحدة كالوصية والوعد بجعل وقد تكون بإرادتين وتشمل حق الشفعة والقسمة الرضائية التي يشوبها الغبن .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول التصرفات الناشئة بإرادة منفردة وفي الفرع الثاني التصرفات الناشئة بإرادتين وكالتالي :

الفرع الأول

التصرفات الناشئة بإرادة منفردة

يذهب الفقه الحديث إلى ان النظرة التقليدية التي تنظر إلى العقد بانه شيء مقدس لا يمكن المساس فيه، قد تغيرت الان، حيث وردت العديد من الطرق التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة والتي نجد مصدرها أما في القانون أو اتفاق المتعاقدين، وذلك لكي يتمتع بمرونة كبيرة وتترجم هذه المرونة بالسماح بوجود استثناءات على هذا المبدأ وعدم بقاءه جامدا كما عليه الحال في القانون الفرنسي فهناك تصرفات تصدر بإرادة منفردة وترتب اثارا بالرغم من كونها صادرة من إرادة منفردة لكن كيف بالإمكان ان يكون حدث التراخي فيها على الرغم من كونها لم تلتقي بإرادة أخرى كما في الوعد بجعالة والوصية، وهذا مأسوف نبينه بصورة موجزة وكالتالي :

أولا- التراخي في الوعد بجعالة

ان من اهم تطبيقات الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي هو (الوعد بجعالة) والمسمى في القانون المدني (بالوعد بجائزة) فالإرادة المنفردة هي تصرف قانوني من جانب واحد يتجه لأحداث اثار قانونية معينة وهي بذلك تختلف عن العقد الصادر بإرادتين لكن كيف بالإمكان ان تولد الإرادة المنفردة اثارا قانونية؟ وأين ينصب حدث التراخي فيها؟ وهذا ما نتطرق اليه عند الحديث عن الوعد بجعالة في نقطتين نخصص النقطة الأولى إلى بيان معناها واثرها في الفقه الإسلامي وفي الثانية سوف يكون للحديث عنها في القانون وكالتالي :

1- مفهوم الوعد بجعالة واثرها في الفقه الإسلامي

تعد الجعالة من الايقاعات وهي من التصرفات التي ترد بإرادة منفردة ، والتي لا بد من الايجاب عاما فيها ، وهي عقد يلتزم فيها شخص بان يقوم بتأدية عمل ما يدفع له اجرة معينة ، كمن يقول من (عثر على ضالتي فله كذا اجر) ، ولا تحتاج إلى قبول ، لأنها ليست معاملة بين طرفين ، وبما انها بإرادة منفردة ؛ ومن ثم بإمكان الجاعل ان يرجع فيها قبل العمل واثرائه وهذا ما ذهب اليه الامامية⁽¹⁾

(1)ينظر: مصطفى محمد مصري العاملي، منهاج الصالحين المعاملات ، ط1، منشورات الاجتهاد، قم ، 2008 ، ص211-212.

وقد عرفت بانها (ذلك الوعد بمبلغ معين عندما يقوم بعمل معين ، وان كان مجهولا لأنه عقد جائز كالمضاربة)⁽¹⁾، وبما ان الجعالة يجب ان تكون معلومة بالكيل أو الوزن أو العدد ولو كان مجهولا كثوب غير معين ، ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم ، والجعالة جائزة من الطرفين ، فالمتعاقد له حق الفسخ قبل إتمام العمل ولا شيء له ، لأنه قد اسقط حقه بإرادته المنفردة⁽²⁾ .

اما الحنفية فقد ذهبوا إلى تعريفها بانها (ما يجعل للعامل على عمله)⁽³⁾ ، من خلال ذلك نجد بان فقهاء الحنفية لم يأخذوا بالجعالة ، بل انها عندهم كالإجارة ، وذلك من حيث كونهم يشترطون ان يكون المتعاقدان معينين ؛ ومن ثم جهل احد المتعاقدين لا تصح الاجارة ولا الجعالة ، حيث يرون بان (العقد مع المجهول جلا ، ينعقد كذلك وبدون القبول)⁽⁴⁾ .

فالجعالة تعتبر اجارة باطلة إذا كان العامل غير معين وفي حالة إذا حدد العاقد العامل والذي يقوم بالعمل فهنا تعتبر اجارة فاسدة ؛ ومن ثم يستحق اجرة المثل وتعويض الكلفة⁽⁵⁾ .

وذهب الشافعية والمالكية إلى القول ان الجعالة هي (الاجارة على منفعة يكون حصولها مضمون)⁽⁶⁾ ، مما يؤخذ على هذا التعريف هو انهم جعلوا الجعالة كالإجارة أيضا وهذا لا يمكن الاخذ به من حيث رويتهم ان لكل عمل هناك عوض .

لكن بالرغم من ذلك فهناك جانب يرى بان الجعالة هي عقد تختلف عن باقي العقود الأخرى فذهبوا إلى تعريفها بانها (عقد معاوضة على عمل ادمي ويجب عوضه بتمامه لا بعضه البعض ، ولذلك خرج بقوله بانه عمل ادمي كراء الرواحل والسفن والنكاح والقول انه يجب ان يعوض بتمامه القراض والمساقاة والشركة في الحرث لجواز عدم الربح والغلة والزرع،

(1) ينظر: الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج3، مصدر سابق ، ص163.

(2) ينظر: الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد ، مصدر سابق ، ج6 ، ص194، و ينظر ايضا محمد حسن باقر، جواهر الكلام في ثوبه الجديد ، مصدر سابق ، ج18 ، ص149.

(3) ينظر: الشريف علي بن محمد الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ط3، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان ، 1408هـ-1988م، ص76.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط ، ج11، مصدر سابق ، ص18.

(5) ينظر: ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، ج4، مصدر سابق ، ص281.

(6) ينظر: ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مصدر سابق ، ص235، وينظر ايضا ، النووي ، روضة الطالبين ، مصدر سابق ، ص268.

وبقوله لا بعضه ببعضه الاجارة لوجوب بعض العوض ، في حالة إذا ترك الاجير العمل قبل تمامه (1).

ولا يختلف الحنابلة عن جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية على تشابه الجعالة مع الاجارة حيث عرفت بانها (جعل مال معلوم لمن يعمل عملا مباحا للجاعل وان كان مجهولا هذا العمل أو يعمل له خلال مدة قد تكون مجهولة) (2).

والباحث يرى ، بان الجعالة هي "عقد غير لازم لكل من المتعاقدين قبل شروع العامل ويجوز الرجوع عنها إذا لم تكن محددة المدة".

لكن السؤال الذي يثار هل ان الجعالة عقد لازم ام غير لازم ؟

يذهب جمهور الفقهاء من المسلمين (الشافعية والحنابلة) (3) ، إلى القول ان الجعالة (عقد غير لازم لكل من المتعاقدين قبل شروع العامل في العمل فيجوز لكل من المتعاقدين الرجوع فيه بدون ان يترتب على ذلك أي اثر، لأنها من جهة تعليق استحقاق العامل للجعل بشرط ، ومن جهة العمل فهي مجهولة وما كان كذلك لا يتصف عقده بالزوم)

في المقابل هناك رأي يقابل هذا الرأي وهو رأي فقهاء المالكية حيث يقرون بان (الجعالة عقد لازم لكل من المتعاقدين ولو قبل الشروع كالإجارة) (4) ، ويرى الباحث بان جمهور الفقهاء قد اصابوا في عد الجعالة عقد غير لازم وذلك لأنها ان كانت غير محددة بمدة فبإمكان المتعاقدين الرجوع عنها ، ولكن ان كانت الجعالة تتصف بعدم لزوميتها فهل هي موقنة ام على التراخي ؟

أن الأصل في صحة عقد الجعالة هو عدم تاقيت العمل بوقت محدد فلو قال الجاعل مثلا "من رد ضالتي إلى نهاية شهر رمضان فله كذا مبلغ" ، هنا لا يصح العقد وذلك لان تقدير المدة يخل بمقصود العقد فقد لا يجد العامل الضالة ، وذلك خلال المدة المقدره فهو بذلك يضيع سعيه ولا يتم الغرض من ذلك، وبإمكان تاقيت العمل ويصح العقد وهذا من خلال إذا جعل

(1) ينظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة ، ج2 ، ط3، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت-لبنان، 1397هـ-1977م، 187.

(2) ينظر: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الامام احمد بن حنبل ، ج1، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان ، 1418هـ-1997م، ص389.

(3) ينظر: علاء الدين زعتري، فقه المعاملات المالية ، ط1، دار العضاء، 1431هـ-2010م ص332.

(4) ينظر: ابي القاسم محمد بن يوسف ، التاج والاكيل ، ج5، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر، ص215.

العامل الجعل بتمام الزمن المحدد في العقد سواء اتم العمل ام لا ، الا ان العقد يكون قد خرج من الجعالة إلى الاجارة⁽¹⁾ ، فهذا يعني ان الجعالة على التراخي ، وذلك لكونها غير محددة بوقت معين بل حتى وان كانت محددة بمدة فبإمكان الجاعل الرجوع عنها بالإضافة إلى ذلك قد لا يشترط تقديم الجعالة ، أي بإمكان صاحبها التراخي في إعطائها فهنا جعل الخيار للجاعل بالتراخي عن إتيان ما تعهد به وفي حالة الاشتراط فان العقد يكون فاسد ، كذلك ان الجعالة لا يمكن تعجيلها فلو اشترط تعجيلها قبل العمل فان العقد يعد فاسدا ، فهناك حاجة تدعو إلى ذلك فالعمل انما يكون مجهولا كرد الابق والضالة ، فقد لا يوجد من يتبرع فتدعوه حاجته إلى اباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل فهي غير لازمة ، وذلك لأنها افتقرت إلى تحديد المدة ؛ ومن ثم أجاز الرجوع عن الجعالة قبل العمل ولا يكون شيء عليه أما إذا رجع بعد العمل فعليه اجرة العامل ، لانه عوض فلم يسلم منه واذا فسخ قبل إتمام العمل فلا شيء له وهذا يعني انه يجب ان يكون العوض معلوما⁽²⁾ .

فمن خلال ذلك يرى الباحث بان الجعالة على التراخي ولا تتطلب الفور والتعجيل في اتيانها وذلك لان الجاعل قد لا يلتزم بما أراده بل قد يتراخي في تسليم الجائزة ، ولهذا نجد بان الفقه الإسلامي قد تطرق إلى موضوع الجعالة بصورة مختصرة للغاية ولم بينها بشكل واضح

2- مفهوم الوعد بجعالة واثرها في القانون

أن اهم التطبيقات التي أوردها القانون المدني العراقي للإرادة المنفردة والتي يعتبرها كمصدر للالتزام هو(الوعد بجعالة أو جائزة)حيث اوضح في نص المادة (185)على انه "من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعده"⁽³⁾ .

وكذلك ما جاءت به المادة (2/162) من القانون المدني المصري على انه "من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها من عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة أو دون علم بها" فمن خلال استطلاع النصوص يمكن استنباط تعريف للوعد بجائزة ، حيث عرفها البعض بانها "تخصيص اجر لشخص لن يتعين الا بتنفيذ الأداء الذي حدده البائع أو انها اعلان موجه للجمهور عن التزام بأعطاء جائزة من اجل عمل يقوم

(1)ينظر: علاء الدين زعتري ، مصدر سابق ، ص335.

(2)ينظر: د- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، مصدر سابق ، ص786

(3)ينظر : القانون المدني العراقي المعدل النافذ، بنفس المعنى جاءت المادة (301) من القانون المدني اليمني.

به شخص غير معين " (1) ، ويرى الباحث بان هذا التعريف يعترضه بعض القصور من حيث عدم بيانه معلومية المدة هل ان الالتزام بجعالة محدد المدة ام انه مطلق المدة ؟

وهناك من ذهب إلى تعريفها بانها "نظام قانوني موداه ان يوجه شخص للناس عامة وعدا يقطعه على نفسه ويعلنه عليهم وذلك باعطاء جائزة معلومة لمن ينجز عملا معيناً (2) ، الامر ذاته يؤخذ على هذا التعريف .

ويرى الباحث ، بما ان الوعد بجائزة امر مشترك بين الشريعة والقانون يمكن تعريفها بانها "نظام قانوني موداه ان توجه للجمهور أو فئة معينة بإرادة شخص اخذ العهد على نفسه بمنح جائزة معلومة لمن يقوم بعمل معين خلال مهلة معينة "

وبناء على هذا التعريف يمكن استخلاص جملة من الشروط التي يجب توفرها في الوعد بجائزة منها .

1-يجب ان يكون الواعد جاداً في وعده .

2-ان توجه الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين وهذا ما يميز الإرادة المنفردة عن العقد.

3-ان توجه الإرادة بطريق علني كالإعلان في الصحف .

4-ان يتضمن الإعلان امرين جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها و عملاً معيناً يجب القيام به لاستحقاق الجعل أو الجائزة (3) .

فمن خلال هذه الشروط يمكن بيان احكام الوعد بجعل وهي تكون في امرين وهما حالة الوعد ذات المدة المحددة ،والامر الاخر الوعد الذي لم يحدد له مدة محددة وهنا يكون حدث التراخي ففي حالة إذا حدد الواعد مهلة معينة للوعد فهنا الالتزام بجائزة ينشأ في ذمة الوعد من وقت توجيهه للجمهور ؛ ومن ثم ان الالتزام يكون معلق على شرط واقف وعليه ان ينجز العمل في مهلة محددة ولا يمكن له الرجوع عن وعده قبل انقضاء المدة المحددة وفي حالة رجوعه فانه لا يعتد بهذا الرجوع ولا يترتب أي من الاثار، أما إذا كان الوعد بجائزة غير محدد

(1)ينظر : د- عبد الحي حجازي ،النظرية العامة للالتزامات ،مصدر سابق ، ص343.

(2)ينظر: د-عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص686.

(3)ينظر: د-عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص195-196.

المدة (1) ، أي لم يعين له اجلا فهنا يكون للواعد مطلق الحق في الرجوع عن وعده لأنه لا يمكن ان يدعي ان له حق مكتسبا طالما ان الفرض عدم قيام احد بالبدء في التنفيذ للعمل المطلوب ومن خلال ذلك يكون للواعد حق الرجوع عن وعده لكنه لا يمكنه الرجوع عن العمل إذا شرع بالتنفيذ بالأعمال التمهيديّة (2)، باطلاق الواعد للعمل فهذا يعني بان الوعد بجائزة يكون على التراخي إذا ان القانون لا يلزم الواعد إذا كان لم يحدد مهلة معينة ؛ ومن ثم بالإمكان التراخي في إتيان العمل أي قيامه بتسليم الجائزة في حالة إذا اتم الموعد له الامر، فالأمر ينصب إذا بتسليم الوعد للموعد له؛ ومن ثم لا يمكن للموعد له مطالبته بذلك ، وقد اخذ المشرع العراقي والمصري واليميني بذلك.

اما المشرع الفرنسي فبالرغم من عدم تناوله ذلك الا انه تناول مهلة التروي بصورة اكثر وضوحا وذلك من خلال الايجاب الملزم ، وذلك من خلال الزام المحترف بالإبقاء على العرض الذي يقدم إلى المستهلك ولكن في غضون مدة محددة بحيث لا يكون بإمكانه الرجوع عن ايجابه خلال هذه المدة مما يتيح للمستهلك التمهل في اتخاذ القرار إلى ما قبل انتهاء المدة (3).

حيث الزم المشرع الفرنسي " مانح الائتمان في باب التمويل العقاري البقاء على ايجابه مدة ثلاثون يوما ومدة خمسة عشر يوما في تمويل شراء المنقولات في قانون الاستهلاك الفرنسي المرقم 1993/949/93 مدة سبعة أيام في تقديم خدمة التعليم بالمراسلة وذلك بموجب قانون التعليم بالمراسلة الفرنسية رقم 12 يوليو لسنة 1971 " كل هذا لأجل اتاحة الفرصة لقراءة الايجاب والتفكير بهدوء وتأتي ، فالقانون الفرنسي يكون بهذا قد نص بصورة صريحة على مهلة التروي والتفكير في الالتزام بالإرادة المنفردة أيضا .

ثانيا- التراخي في الوصية

أن الله عزوجل جعل الوصية بابا من أبواب الثواب التي ينالها الانسان بعد وفاته ، وأيضا صدقة جارية للموصي ، كما جعلها بابا من أبواب الفائدة للمحتاجين من ذوي الموصي

(1) ينظر: نص المادة (2/185) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (2/162) من القانون المدني المصري وكذلك المادة (303) من القانون المدني اليميني .

(2) ينظر: د- لاشين محمد يونس الغياتي ، الوعد بجائزة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون ، طنطا ، العدد الخامس ، 1994 ، ص 101-102.

(3) ينظر: د-مصطفى محمد جمال ، مصدر سابق ، ص 215.

وغيرهم ، فهي وسيلة يتقرب بها العبد إلى ربه بشرط ان لا تكون هذه الوسيلة تسبب ضرر للآخرين ، وان تكون حيف من بعض الورثة على حساب بعضهم ، وبما ان الأموال تنتقل مباشرة إلى الورثة وذلك بعد وفاة الموصي الا ان الوصية تعد استثناء من الأصل ، وذلك عندما جعل الله عزوجل الوصية تكريماً واحتراماً للإنسان ولإرادته بعد وفاته ، لأجل إعطاء مساحة في التصرف بما يملك إلى غير الورثة ؛ ومن ثم تكون فرصة للتعويض له عما يفوته من اعمال البر وعمل الخير، لكن السؤال الذي يثار وهو محور دراستنا هو ان قبول الوصية بعد وفاة الموصي يكون على الفور ام بإمكان الموصي له التراخي فيه ؟ لكن قبل ذلك سوف نبين بإيجاز مفهوم الوصية عند فقهاء المسلمين وكذلك عند التشريعات محل المقارنة .

أولاً- مفهوم الوصية

ان معنى الوصية تتجلى بان يقوم شخص يسمى (الموصي) بالتبرع إلى شخص اخر أو قد يكون عدة اشخاص وهنا يطلق عليهم (الموصى لهم) أو (الموصى له) ؛ ومن ثم يكون تنفيذ الوصية بعد وفاة الموصي ، لذلك نجد ان فقهاء المسلمين قد اجتهدوا في تعريفهم للوصية واختلفوا بينهم أيضا ، كذلك اختلفت التشريعات أيضا في تعريفهم للوصية ، ولبيان ذلك يستوجب ان نبين تعريفها عند فقهاء المسلمين ومن ثم التطرق إلى تعريفها عند التشريعات محل المقارنة .

1- الوصية عند فقهاء المسلمين

لقد وردت تعريفات عدة للوصية عند فقهاء المسلمين ، فقد ذهب الامامية إلى تعريفها بانها " تملك عين أو منفعة عين أو تسلط على تصرف بعد الوفاة " (1).

مما يؤخذ على هذا التعريف على الرغم من كونه جامع للوصية ، الا انه قد خلط بين الوصية والوصايا ولم يفرق بينهما .

لذلك عرفه البعض الاخر من فقهاء الامامية بانها " عقد يحتاج إلى ايجاب وقبول ، ولكي يتم العقد هذا وجب ان يكون قبوله بعد الوفاة " (2) .

ويرى الباحث بان هذا التعريف هو الوحيد الذي اعتبر الوصية بانها عقد ، فقد اشترطوا القبول بعد الوفاة ، ولذلك نجد بان فقهاء الامامية قد اجازوا الوصية العهدية والتملكية (1).

(1) ينظر: العاملي ، اللعة الدمشقية ، مصدر سابق ، ج1، ص153، وينظر أيضا ، الحلي ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ج2 ، ص246.

(2) ينظر: محمد حسين كاشف الغطاء، شرح مجلة الاحكام العدلية ، ط1، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، 2005 ، ص160.

اما فقهاء الحنفية ، فقد عرفوا الوصية بانه " تملك مضاء إلى ما بعد الموت ، لكن بطريق التبرع " ، وأيضا ذكروا تعريفا اخر بانها " تصرف في ثلث المال في اخر العمر زيادة في العمل " والعمل هنا يقصد به بانه الاجر والثواب (2) ، ويرى الباحث بان فقهاء الحنفية قد اجازوا الوصية بالمنافع والاعيان ، وكذلك ان إرادة الموصي قد تتجه إلى جعل الوصية عهدية أو تملكية .

وذهب الحنابلة إلى تعريفها بانها " الوصية بالمال ، هي التبرع بعد الموت " (3) ، ونرى بان تعريف فقهاء الحنابلة قد ركزوا على جعل الوصية بانها تبرع ، وهو العنصر الجوهرى في الوصية ، وذكروا في تعاريف أخرى بانها محددة بالثلث ولا تنفذ الا بعد وفاة الموصي (4)

اما فقهاء الشافعية فلا يختلفون عن الحنفية فهم ركزوا على جعل الوصية بانها تبرع ، وكون التبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، فقد عرفت بانها " تبرع بحق ، مضاف إلى ما بعد الموت ، سواء لفظا أو لا " (5) .

اما فقهاء المالكية فقد ذكروا للوصية تعريفات عديدة ، ومن خلال اطلاعنا على مجمل التعريفات وجدنا ان هناك انقسام داخل المذهب حول تعريفهم للوصية ، فنجدهم تارة يعرفون الوصية بانها عقد بين الموصي والموصى له حيث عرفها البعض بانها " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته ، أو يوجب نيابة عنه بعده " (6) ، مما يؤخذ على هذا التعريف كون الوصية ليست بعقد بل هي تملك بعد الموت .

(1) الوصية التملكية، وهي ان يجعل الانسان شيئا مما له من حق أو مال لغيره ولكن بعد وفاته ، فالوصية قد تكون بالأعيان أو المنافع ، وقد تكون لأشخاص محددين أو قد تكون غير محددين ، أما الوصية العهدية فهي الوصية التي يعهد الانسان بموجبها ان يتولى شخصا بعد وفاته امرا يتعلق به أو بغيره، مثلا دفنه في مكان معين ، ويرؤن بان الوصية العهدية لا تحتاج إلى قبول ، للمزيد ينظر: السيد الخوئي ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، ج2، مسالة 983، وينظر أيضا: السيد على الحسيني السيستاني ، المسائل المنتخبة ، مسالة 1289.

(2) ينظر: السمرقندي ، تحفة الفقهاء، مصدر سابق ، ج3، ص205.

(3) ينظر: ابن قدامة ،المغني ، مصدر سابق ، ج8، ص389.

(4) ينظر: محفوظ بن احمد بن الحسن ، الهداية على مذهب احمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، 2004، ص241.

(5) ينظر: شمس الدين محمد بن ابي عباس بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج7، ط 3، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة نشر، ص3.

(6) ينظر: الغرناطي ، محمد يوسف العبدري ، التاج والاكليل لمختصر خليل ، ج8، ط1، دار الكتب العلمية ، 1416هـ-1994م ، ص513، وينظر أيضا: الدسوقي ،الشرح الكبير ، مصدر سابق ، ج 4، ص422.

وتارة أخرى يعرفون الوصية بانها هبة حيث يرون بان الوصية بالجملة هي " هبة الرجل ما له لشخص اخر أو لعدة اشخاص بعد موته أو عتق غلامه " (1) ، ولا يمكن الاخذ بهذا التعريف كون ان الهبة تمليك في الحال ، بالإمكان ان تنفذ اثناء حياة الواهب ، أما الوصية فتتخذ بعد وفاة الموصي .

ويرى الباحث بانه تعريف الوصية بانها " تمليك عين أو منفعة عين أو تسلط على تصرف بعد الوفاة " فهو تعريف شامل وجامع للوصية أي شمل الوصية بالأعيان والمنافع .

2-تعريف الوصية في التشريعات المقارنة : ان هناك تباين تشريعي في تعريف الوصية في التشريعات المقارنة ، والسبب في ذلك هو اختلاف في وجهات النظر عند كل تشريع ، فقد ذهب المشرع العراقي إلى تعريفه للوصية بانها " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض " (2) .

فمن خلال هذا التعريف وجدنا بان المشرع العراقي لم يتوسع في أيراده لتعريف الوصية أيضا اتضح لنا ان المشرع العراقي قد اخذ برأي الجمهور عند ايراده تعريف الوصية (3) ، وذلك بقوله بان الوصية هي " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " والسبب في ذلك ان المشرع العراقي اعتبر الوصية بانها من عقود التبرعات المالية (4) ، فهي طريق من طرق كسب الملكية بعد الوفاة والتي تنشئ بالإرادة المنفردة ، وهذا يفسر لنا بان المشرع العراقي لم يعتبرها عقدا ، وانها لا تنفذ الا بعد وفاة الموصي باعتبارها من التبرعات .

اما المشرع المصري فقد ذهب إلى تعريف الوصية في قانون الوصية المصري بانها " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت " (5) ، لذلك نجد ان هناك اختلاف بين كل من المشرع العراقي والمصري من حيث عبارة " مقتضاه التملك بلا عوض " والتي أوردها المشرع العراقي ، الا ان التعريف الذي أورده المشرع المصري بالرغم من كونه قريب من تعريفات التي أوردها فقهاء المسلمين الا انه يتسم بالكثير من المرونة ، وذلك لكونه يشمل كل أنواع الوصايا وكل مسائل الوصية والتي جاء بها قانون الوصية .

(1) ينظر: ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مصدر سابق ، ج4، ص121.

(2) ينظر : نص المادة (64) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

(3) ينظر: المشرع العراقي قد اخذ برأي جمهور الفقهاء عدا الاحناف والامامية ، للمزيد ينظر حسين مصطفى رسول الشريفي، دور الإرادة في انشاء الوصية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس معهد العلمين ، 2022، ص18.

(4) ينظر: د- مصطفى الزلمي ، احكام الميراث والوصية ، مصدر سابق ، ص143.

(5) ينظر: نص المادة الأولى من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 المعدل .

اما المشرع اليمني فانه يقترب من المشرع المصري في ايراده تعريفا للوصية حيث عرفها بانها " تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ويخرج ما يجب الايضاء به ، كتجهيز الميت والزكاة والحج والديون المتعلقة بالذمة من راس التركة "(1) ، فالمشرع اليمني اعتبر الوصية تركة وكذلك بعد الموت الا انه بين التصرفات التي تدخل ضمن تركة الموصي .

وذهب المشرع الفرنسي إلى ربط الوصية بالزمن حيث أوضح في المادة (895) على ان الوصية هي " تصرف بموجبه يتصرف الموصي بكل تركته أو بعضها إلى زمن لا يعود هو فيه موجودا " (2) .

والزمن هنا هو وفاة الموصي ، الا انه عاد في المادة (1010) وعرفها بصورة خاصة بانها " الوصية التي بموجبها يوصي الموصي نصيبا من الأموال الذي يجيز له التصرف بها القانون كالثالث أو قد تكون كل الأموال غير المنقولة أو كل الأموال المنقولة نصابا محدد كل أمواله المنقولة والغير منقولة وان أي إيضاء اخر لا يشكل الا تصرفاً بوجه خاص " ، فنرى بان المشرع الفرنسي قد أجاز الوصية بشكل مطلق ، ودون حدود الثالث كما في الشريعة الإسلامية .

فنلاحظ ان جميع التشريعات قد استقتت تعريف الوصية من فقهاء الشريعة الإسلامية ولا نراها تتوسع في احكامها بل انها تسري عليها جميع احكام الشريعة الإسلامية .

ثانيا- حدوث التراخي في الوصية : بما ان الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فبذكر هذه العبارة تدل على إرادة الشخص إلى القيام بتصرف معين في تركته بعد وفاته ، فتكون الوصية قد وجدت بحكم القانون ، فالسؤال الذي يثار اين ينصب حدوث التراخي ؟

جوابا نقول : أن حدوث التراخي في الوصية ينصب في فقرتين الأولى في حالة تراخي الموصي له بالقبول ، أما الثانية حالة تراخي تصحيح وقت قبول الوصية في حالة وجود خطأ أو غلط أو ما شابه ذلك ، وسوف نبحت كل منهما بالتفصيل .

(1) ينظر : نص المادة (227) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992 المعدل .

(2) نص المادة (895) من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية:

ART(895) "Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoque "

1- تراخي الموصي له بالقبول : طالما ان الوصية تصرف صادر من إرادة منفردة أي ايجاب فقط فلا بد من وجود قبول لكي تتم وترتب اثارها وهنا السؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو هل ان قبول الموصي له للوصية يكون فوراً ام بإمكانه التراخي في قبوله ؟ وما حكم الوصية في حالة سكوت الموصي له عن قبولها ؟

جوابا نقول ، لقد اختلف فقهاء المسلمين حول هذا الامر ، حيث ذهب الامامية إلى القول انه لا يوجد فرق بين صدور القبول قبل وفاة الموصي أو بعد الوفاة ، فلان قبل وفاة الموصي لان الموصي له قد قبل ما نقل اليه من الملك على الوجه الذي نقل اليه حتى وان كان ليس في وقته (1) ، وهذا يفسر لنا بان قبول الموصي له للوصية على التراخي .

اما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى عدم اشتراط القبول في مدة معينة ، أي لا تشترط الفورية في القبول أو الرد فبإمكان الموصي له التراخي في قبوله طالما لم تحدد له مدة معينة ، حتى وان كان بعد الوفاة لمدة طويلة ويكدون بان الفورية تشترط في العقود المنجزة وهذه العقود يرتبط فيها الايجاب بالقبول كالبيع (2) .

وهناك من ذهب إلى الفصل في الامر بين القبول عند نفاذ الوصية وقسمة التركة ، فالقبول على الفور فان قبل بها والا بطل حق الموصي له في الوصية وبين القبول بعد علمه وقبل نفاذ الوصية وقسمة التركة فأنها تكون على التراخي (3) .

وهناك من ذهب إلى انه لا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي ، وذلك لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد لا يعتبر الا بعد الايجاب (4) .

2- تراخي تصحيح وقت قبول الوصية

أن القواعد العامة في عقود التمليك تقضي بان يكون القبول فيها في مجلس الايجاب ، ويبطل العقد ان تأخر القبول في مجلس العقد (1) ، وبما ان التصحيح يرد على وصية صحيحة

(1) ينظر: مرتضى الانصاري، الوصايا والمواريث ، ج 21، ط 4، مطبعة خاتم الأنبياء، قم ، 1431 هـ ص 36 وينظر أيضا ، الحلبي ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ص 258، و ينظر كذلك ، احمد الخوانساري ، جامع المدارك ، مصدر سابق ، ج 4، ص 52.

(2) ينظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج 7، ص 333، وينظر أيضا : الشيرازي، المهذب ، مصدر سابق ، ج 1، ص 452، وينظر كذلك ، محمد بن يوسف ، التاج والاكليل ، مصدر سابق ، ج 8، ص 169،

(3) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 6، ص 440

(4) ينظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج 7، ص 333، وينظر أيضا : الشيرازي ، المهذب ، ج 1، مصدر سابق ، ص 452.

ويكون بعد وفاة الموصى ، ويرد على تصحيح جزء معين من الوصية كان يكون استكمال لمسائل قد تكون جوهرية ويحتاج إلى ابرازها أو في محل خلاف.

فالسؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو هل ان قبول التصحيح يكون فور وفاة الموصي ام انه على التراخي ؟

بما اننا تكلمنا عن تراخي الموصى له في الوصية ، ووضحنا ذلك ، أما في حالة التصحيح فلم نجد ان هناك خلافا كبيرا .

فقد ذهب البعض إلى القول ان اتصال الايجاب بالقبول وفورية القبول لم يحدد لها وقتا معيناً والسبب في ذلك في عدم تحديدهم مدة للقبول لكونه من النادر ان يتراخي الموصى له عن قبول الوصية لعدم حدوثه سابقاً (2) .

اذا يصح القبول عنهم في أي وقت يشاء الموصى له مادام بعد الموت ، كون ان الوصية ليست على التنجيز؛ ومن ثم لا يشترط الفورية فيها لكن في هذه الصورة قد يؤدي تصحيح القبول إلى الاضرار بالورثة أو كما قلنا بالموصى به ، من حيث ان انصبه الورثة تبقى معلقة بين الموصى له وبين الورثة وعليه في حالة سكوت الموصى له عن القبول أو الرد الحق للورثة برفع الامر للقضاء وذلك للمطالبة بتحديد موقفه بالقبول أو الرد ؛ ومن ثم يعد الموصى له راد للوصية عند امتناع الموصى له عن ابدأ رأيه (3) .

اما في التشريعات المقارنة ، حيث نجد ان المشرع العراقي لم يشر إلى وقت قبول الوصية ؛ ومن ثم يعد هذا الامر قصورا تشريعيا ، ويذهب البعض إلى ان العرف يلعب دورا في تحديد المدة وذلك بموجبها ان تكون معقولة ومقبولة ، والتي يرى بإمكانه تحديدها بمدة ثلاثة اشهر، من تاريخ علم الموصى له أو من كان يمثله بالوصية لحظة موت الموصي والا اعتبر السكوت رفضا ، وان كان قد توفي خلال هذه المدة من دون ان يصدر القبول أو الرفض ، فان هذا الحق ينتقل إلى الورثة فلم الحق بالرد أو القبول ، ويعتبر سكوتهم ردا للوصية لانه قد تراخي إلى ما لانهاية في القبول ؛ ومن ثم قد يحدث ضررا بالموصى به كان تكون العين

(1) هناك استثناء يرد وهو عقد الوكالة والايضاء ، فيصح فيها ان يكون القبول في مجلس العقد أو بعده ، مادام من وجه اليه الايجاب لم يرفضه .

(2) ينظر: النووي ، روضة الطالبين ، ج6، مصدر سابق ، ص143.، وينظر أيضا : السرخسي ، المبسوط ، ج28 ، ص370.

(3) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر الشمري ، محاضرات تصحيح الوصية ، معهد العلمين للدراسات العليا _ الدكتوراه ، الفرع الخاص ، للعام 2023-2024، ص60.

الموصى بها بحاجة إلى رعاية ، أو ضررا للموصى له فقد يؤدي الامر إلى إعاقة الورثة في تقسيم التركة فيجب ان يكون خلال مدة معقولة ومعلومة لكي لا يكون التراخي احد أسباب التي تؤدي إلى الحاق الضرر بالموصى له (1).

اما المشرع المصري فقد نظم القبول والرد بشكل واضح وذلك من خلال نص المادة (22) من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 على انه " لا يشترط في القبول ولا في الرد ان يكون فور الموت ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون ان يكون له عذر مقبول " (2).

ويرى الباحث بان المشرع المصري على الرغم من جعله القبول على التراخي الا انه حدد وقت معيناً للقبول وهو بذلك يكون قد فعل حسناً ، والباحث بدوره يدعوا المشرع العراقي إلى الحذو إلى ما جاء به المشرع المصري وذلك لكونه قد حدد مدة زمنية للقبول وهو بذلك قد فعل ذلك حفاظاً على إرادة ورغبة الموصي في تنفيذ الوصية وأيضاً قد يكون رغبة منه في تنفيذ وصيته ونيله الاجر والثواب ، وقد يكون تنفيذها أيضاً تعود بفائدة على اشخاص اخرين من تحديد وقت لقبول الوصية وتنفيذها بالإضافة إلى ذلك اعتبر المشرع المصري السكوت رفضاً للوصية.

اما المشرع اليمني فلا توجد فيه أي إشارة للتراخي في القبول بصورة صريحة بل لمسناه من خلال نص المادة (258) من قانون الاحول الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992 على انه " للموصى له بعد موت الموصي رد الوصية أو قبولها بعد موت الموصي ويبطل رد الوصية قبل موت الموصي ويجوز الرجوع عن القبول ويعتبر فسخا للوصية واذا علم الموصى له بالوصية بعد وفاة الموصي ولم يحضر عند حصر الأموال أو قسمتها وطلبه الوارث عند القاضي فامتنع عن الحضور بغير عذر أو حضر وسكت حكمت المحكمة باعتباره راداً

(1) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم، المختصر في احكام الوصايا والمواريث ، مصدر سابق ، ص28.

(2) ينظر: قانون الوصية المصري المعدل النافذ .

للوصية ويقوم وصي القاصر والمجنون مقام القاصر في رد الوصية وقبولها ويلزم اذن القاضي لرد الوصية⁽¹⁾

فالمشرع اليمني اعتبر العلم وسكوته وعدم الحضور ردا للوصية أي انه الوصية تقوم عند العلم وليس عند القبول لكن إذا توفر العذر اللازم يرى بإمكانه ان تقوم الوصية . ولم يشر المشرع الفرنسي إلى التراخي في الوصية أصلا في قانونه المعدل .

ويرى الباحث بان تحديد مدة لبيان إرادة الموصي له لقبول الوصية أو ردها هو الأفضل ، وعلى الموصي عند انشاءه الوصية ان يحدد المدة اللازمة للقبول ، كون ان الوصية من التصرفات غير المنجزة والتي يفضل فيها القبول وقت الايجاب ؛ ومن ثم يكون حماية لحقوق الورثة على ان تنفذ بعد وفاة الموصي ، فعدم تحديد وقتا للقبول قد ينشأ اضرارا حيث يبقى الموصى به معلقا وغير مستقر ، وقد يحتاج إلى نفقات لحفظه وصيانته ، وقد يكون هناك من يستفيد من تنفيذ الوصية وتفوته تلك الفائدة في حال تأخره في تنفيذها ، كان يوصي الموصي بسكن داره إلى الموصى له مع افراد عائلته خلال مدة لا تزيد عن سنة بعد وفاته ، فهنا فائدة هو إسكان افراد عائلته .

ولهذا نجد ان محكمة التمييز الاتحادية في احدى قراراتها قد ذهبت إلى اعتبار ان مضي مدة طويلة على وفاة الموصي وعدم قبول الوصية من قبل الموصى له يعد رداً للوصية ؛ ومن ثم يؤدي إلى بطلانها وذلك عملا بحكم المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية المعدل⁽²⁾ .

الفرع الثاني

التصرفات الناشئة بإرادتين

حدوث التراخي لا يمكن حصره فقط في الخيارات انما يمتد نطاقه ليشمل التصرفات القانونية التي ترد بإرادتين قانونية ؛ ومن ثم تؤثر على العقد ومن خلال البحث في ذلك وجدنا ان اكثر

(1) ينظر: نص المادة (258) من قانون الأحوال الشخصية اليمني المعدل النافذ .

(2) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ، عدد 2013/773 /والصادر 2013/3/8 ، غير منشور

التصرفات القانونية التي تكون متأثرة بالتراخي هي حق الشفعة ، وحق القسمة الرضائية التي يشوبها الغبن ، وعليه سوف نحاول بيان حدوث التراخي في كل منهما من خلال فقرتين

أولاً- التراخي في الشفعة

حق الشفعة هي اكثر الحقوق تائراً بالتراخي سواء كانت عند المذاهب الإسلامية أو القانون ، وعلى الرغم من ان مصطلح التراخي ورد ذكره في القانون اليمني فنجد تناول حدوث التراخي في الشفعة في اكثر من نص من نصوصه القانونية .

وعليه سوف نبين حدوث التراخي في الشفعة من خلال فقرتين الأولى سوف تكون حدوث الشفعة في الفقه الإسلامي ، أما الثانية فسوف تكون في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة وكالتالي :

1-حدوث التراخي في الشفعة عند المذاهب الإسلامية : نجد ان فقهاء المذاهب الإسلامية قد بينوا حدوث التراخي في الشفعة وذلك من خلال مؤلفاتهم التي كانت زايدة ، حيث ذهب الفقهاء إلى القول ان الأصل في المطالبة بالشفعة على الفور لكن بوجود العذر بإمكان التراخي في المطالبة بها ، حيث ذهب الامامية إلى القول بان (الاصل في المطالبة بالشفعة تكون على الفور كالرد بالعيب فان تركها وكانت له القدرة عليها بطلت الشفعة، إذا ثبتت انها على الفور، فان كان في المجلس وبلغه الشفعة ولم يطلبها، سقطت الشفعة لكن ان وجد العذر فلا تسقط الشفعة)⁽¹⁾ ، فقد قيد الفقهاء الشفعة في خيار المجلس بالعذر وبانتفاء العذر تصبح على الفور؛ ومن ثم تسقط ، لكن ان وجد العذر انتفى سقوط الشفعة ويجوز المطالبة بها فيما بعد⁽²⁾ ، وقد حددوا العذر الذي بموجبه يجوز التراخي فيه ؛ ومن ثم لا يؤدي إلى سقوط الشفعة إذا توفرت احد هذه الاعذار وهما (المرض والحبس والغيبة) .

والمراد بالمرض هنا المرض الشديد وليس المرض الخفيف وان لا تكون له القدرة على التوكيل فان كانت له القدرة على ذلك سقطت الشفعة لانعدام العذر، أما العذر الثاني وهو (الحبس) والذي يجب ان نفرق بين ان يكون محبوسا بحق أو بغير حق ، فان كان الحبس بغير حق كحبسه ظلماً ، أو كان حبسه لدين وهو معسر، فان تراخي الشفيع في هذه الحالات في طلب الشفعة لا يؤدي إلى سقوط حقه ، فضلاً عن ذلك عدم قدرته على التوكيل فان

(1)ينظر: الطوسي،الميسوط في فقه الامامية،مصدر سابق،ج3،ص181.

(2)ينظر: الطوسي،الخلافة في الفقه، مصدر سابق ،ص686 ، وينظر أيضا،عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع ، المجلد الخامس ، ط1، كنوز اشبليا للنشر والتوزيع ،المملكة العربية السعودية ، 1429هـ-2008م،ص34.

كانت له القدرة على التوكيل سقطت شفيعته ، وان لم يقدر على التوكيل كان على شفيعته ، لأنه معذور كالمريض ، أما إذا كان محبوسا بحق كأن يكون على الشفيع دين وقادر على أدائه فهذا ليس بعذر لأنه حبس نفسه ؛ ومن ثم سقطت شفيعته ، أما عذر (الغائب) فان الشفيع الغائب لا تبطل شفيعته لغيبته فان كان غائبا وبلغته الشفيعه و كانت له القدرة على المسير ولم يفعل ذلك سقطت شفيعته لأنه كالحاضر وان لم يقدر على المسير ، وكذلك ان كان قادرا على التوكيل ولم يفعل ذلك بطلت شفيعته ، أما إذا تبين عدم قدرة الشفيع على المسير والتوكيل ، فهنا يكون توفر العذر فتراخيه لا يؤدي إلى سقوط الشفيعه (1) .

اما جمهور الفقهاء المسلمين وهم (الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة)، فقد ذهبوا إلى القول (ان الشفيعه لا تسقط بالتراخي ، الا إذا اسقطها الشفيع بلسانه صراحة)، و ان هناك ثلاث طلبات للشفيعه وهما طلب (الموائبة والتقارير والأشهاد) حيث اوضحوا ان (ان الشفيعه لا تسقط بالتأخير ، وذلك لان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا بالإسقاط الصريح بلسانه ، حتى وان ترك طلب الموائبة شهرا بعد الأشهاد إذا كان بعذر ، أما إذا كانت الشفيعه من دون عذر فانها تبطل طلّت) (2) .

ولا يختلف المالكية في ذلك عندما ذهبوا إلى القول ان (هناك متسع من الوقت في وجوب الشفيعه فهي ليس على الفور ، وقد استند إلى قول الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) " الشفيعه فيما لم يقسم " (3) .

والسؤال الذي يثار في هذا الخصوص هو هل ان سقوط الشفيعه ذات وقتا محدد ، ام انه غير محدد ؟

(1) ينظر: علي الخفيف ، احكام المعاملات المالية ، مصدر سابق ، ص182.

(2) ينظر : أيضا هناك رواية عن احمد والشافعي القديم ان طلب الشفيعه على التراخي ولا تسقط ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه الصريح ، للمزيد، د وهبه الزحيلي ، الفقه الحنفي الميسر، ج1، دار الفكر، دمشق، 2010، ص694، وينظر ايضا ، د علي احمد القليبي ، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية ، ج2، مكتبة الجبل الجديد ، صنعاء ، 1994، ص108.

(3) عن جبر قال "قضى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بالشفيعه في كل ما لم يقسم ، إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفيعه " حيث "قضى رسول الله بالشفيعه في كل شركة لم تقسم ربعه أو حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء اخذ وان شاء ترك واذا باع ولم يؤذن فهو احق به "، ينظر، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج5، كتاب المساقاة ، باب (28)، حديث (134) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008 ، ص545 .

جوابا نقول : ان وقت الشفعة كانت خلاف بين فقهاء المسلمين ، فهناك من ذهب إلى تحديدها بالعلم وذلك بالقول (ان احدث المبتاع بناء أو تغير كثيرا وبعلم الشفيع فهنا تسقط الشفعة)⁽¹⁾، وهناك من ذهب إلى تحديدها بالسنة وقيل اكثر أيضا ان الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة أيضا⁽²⁾ .

ويرى الباحث ، ان حق الشفعة من اكثر الحقوق تأثرا بالتراخي لهذا كان له الجانب الأكبر بالاهتمام من قبل فقهاء المسلمين، ونرى بانهم متفقين على ان الشفعة لا تسقط إذا تراخي الشفيع الا انهم اشترطوا لتراخيه ظروف تبرر له هذا التراخي .

2-حدوث التراخي في الشفعة في التشريعات المقارنة

لقد اكد المشرع اليمني على ما جاء به الفقه الإسلامي من حيث التراخي في الشفعة ، وبموجبه يرى الباحث ان المشرع اليمني كان له الجانب الأكبر في الاهتمام بهذا الامر حيث بين حالات التراخي في الشفعة في العديد من نصوص متنه منها ما جاءت به المادة (1305) من القانون المدني اليمني على انه " إذا اختلف الشفيع والمشفوع منه في العذر بالتراخي عن طلب الشفعة فان كان العذر مما يقبل البينة فالقول قول المشتري في نفيه وان كان مما لا يعرف الا من جهة الشفيع وحده كظنه ان المبيع لأخر غير المشتري فالقول قول الشفيع " .

فهنا ان توفر العذر في طلب الشفعة فيكون مانع من سقوطها ويجب على المشتري نفيه ، والا فالقول يكون للشفيع

(1)ينظر: نصر سلمان ،سعاد سطي،فقه المعاملات المالية وادلته عند المالكية ،ط1،دار ابن كثر للطباعة والنشر والتوزيع ،دمشق -بيروت ،2007 ، ص195، وينظر أيضا ، عبد الكريم الاحم ، المطلع على دقائق زاد المستنقع ، مصدر سابق ،ص44.

(2)ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، مصدر سابق ،ص319، وكذلك ينظر، الظاهري ، المحلي بالاثار،ج9، مصدر سابق ، ص89،وينظر كذلك ، الشريبي ، مغني المحتاج ،ج2، مصدر سابق ،ص395.

وكذلك ما جاءت به المادة (1266) على انه "لا تبطل الشفعة بتفريط الولي أو الوصي مطلقا ولا بتفريط الرسول أو الوكيل إذا لم يكن التفريط أو التراخي عادة لهما ولا تبطل بكل حيلة قصد بها حرمان الشفيع"⁽¹⁾ .

وهنا اعتبر التراخي حق ؛ ومن ثم الشفعة لا تبطل حتى وان لجأ الشفيع إلى الحيل الا إذا كانت له عادة أو قاصدا الاضرار فهنا لا تسقط بل تبطل الشفعة .

وكذلك ما نصت عليه المادة (1269) على انه " تبطل الشفعة ويسقط حق الشفيع فيها بأحد الأمور ومنها /8- تراخي الشفيع الغائب عن مجلس العدل بعد علمه به بشهادة كاملة على التصرف ولو بغير لفظ الشهادة أو تراخيه بعد علمه بالعقد بخبر يفيد الضن مدة تزيد على ما يمكنه فيه طلب الشفعة مالم يكون معذورا"

المشرع اليمني كان موفقا في تنظيمه لحق التراخي في الشفعة وذلك بذكره الحالات والأسباب التي تؤدي إلى سقوط الشفعة بالإضافة إلى بيانه حالات البطلان وكذلك حالة طلب الشفعة على التراخي⁽²⁾ ، بعكس المشرع العراقي والمصري والذي نجدهما قد خلا القانون من تنظيمه التراخي في الشفعة ، الا اننا ومن خلال الدلالة وجدنا ان التراخي قد ينصب في حق الشفعة وذلك من خلال نزول الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة صراحة أو دلالة وذلك من خلال نص المادة (1134/د) من القانون المدني العراقي على انه " لا تسمع دعوى الشفعة ، إذا تنازل الشفيع عن حقه عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع " ، فالشفعة هي استثناء لما تقرر على خلاف الأصل لحرية التملك ، وبما ان حق التملك بحرية ، لذلك اجيز للشفيع النزول عن حقه في الاخذ بالشفعة ونزول الشفيع هو تصرف قانوني يؤدي إلى سقوط الشفعة ، والنزول قد يكون بمقابل وقد يكون دون مقابل ، وقد يكون النزول صريح كأن يكون بلفظ أو كتابة أو قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في

(1) ينظر: أيضا ما نصت عليه المادة (915) من القانون المدني اليمني المعدل النافذ على انه "اذا وكل رجل رجلين فصاعدا في شيء فانه لا يصح ان ينفرد احدهما بالتصرف حيث وكلا معا في وقت واحد بلفظ واحد الا فيما يخشى فواته وضابطه كل ما افتقر إلى رضاء الغير وقبوله أو يبطل بالتراخي كالبيع والشراء لشيء معين والشفعة والكتابة والهيئة....."

(2) ينظر: نصت المادة (1276) من القانون المدني اليمني على انه " لا يلزم الترتيب في الطلب بحسب الترتيب في الأسباب بل يلزم كل الشفعاء طلب الشفعة على الوجه المبين ولا يعد تراخيا بعد الطلب انتظار الحكم في خصومة الأخص سببا "

دلالاته على حقيقته المقصودة وقد يكون النزول ضمنى ، كان يكون إذا اشترى الشفيع العقار من مشتريه أو يستأجره منه (1) .

اما المشرع المصري فكان اكثر توفيقا من المشرع العراقي ، وذلك عندما بين في المادة (948/أ) من القانون المدني المصري على انه " يسقط الحق بالأخذ في الشفعة في الأحوال التالية ومنها ، إذا نزل الشفيع في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع " (2) ، حيث اعتبر المشرع التنازل عن الشفعة بمثابة سقوط لها .

لكن السؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو هل ان النزول عن الشفعة محدد بوقت معين ام كونه غير محدد؟

جوابا نقول : ان مسألة النزول عن الشفعة كانت موضع اهتمام من قبل المشرع العراقي والمصري ، فوجدهم قد اتفقوا في حكم هذه المسألة وذلك من خلال نصوصهما التي وردت فعند المشرع العراقي وتحديدا في نص المادة (1134) أورد عبارة (ولو قبل البيع) أي لم يحدد وقتا معيناً لسقوط الشفعة ، الا ان سقوط الشفعة بسبب التنازل ينبغي ان يكون قبل الحكم بالشفعة، أو التراضي عليها ، فاذا تم الحكم أو تراضى عليها فان الشفعة لا تسقط ؛ ومن ثم إذا اسقط الشفيع حقه في الشفعة فانها تنتقل إلى الشفعاء الاخرين ، لكن بشرط حصول الطلب من قبل هؤلاء الشفعاء الاخرين عند حصول البيع (3) .

ويتفق المشرع المصري مع نظيره العراقي وذلك من خلال نص المادة (948) والتي وردت فيها عبارة (قبل وقوع البيع) ، وكذلك قد يكون بعد وقوعه أو اثناء سير الدعوى ، وحتى بعد صدور قرار إذا تنازل الشفيع عن تنفيذ الحكم وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بانه من المقرر " ان تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة وان كان لا يفيد بذاته نزوله عن حقه فيها الا انه إذا لا بست هذا التراخي ظروف يستفاد معها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال هذا الحق باتيانته عملاً أو تصرفاً أو اتخاذ موقف لا يدع مع تراخيه ، هذا محلاً

(1) ينظر: محمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية ، القسم الأول ، دار السنهوري ، بغداد شارع المتنبى، 2016، ص194.

(2) ينظر: نص المادة (948) من القانون المدني المصري المعدل .

(3) ينظر: قرار قضائي لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية منشور على الموقع الالكتروني ، <http://iraql.d.hgc.iq> ، نوع الحكم /تميز/ رقم الحكم 4371/هيئة استئنافية عقار، تاريخ الحكم 2022-12-7، تاريخ الزيارة 2023/8/8، الساعة 8:8 p.m.

للك في دلالاته على تلك الرغبة ، فانه يكون قد نزل ضمنا عن حقه في الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها " (1) .

ليس هذا فقط بل عاد المشرع العراقي وأوضح ان عدم قيام الشفيع بإعلان رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري ، أو لدائرة التسجيل العقاري وذلك خلال (خمسة عشر يوما) من تاريخ الإنذار الذي وجه اليه البائع أو المشتري ، فان حقه في الشفعة يسقط أيضا(2) ، أما في القانون الفرنسي فانه لم يعرف حق الشفعة ، بل انه عرف حالة خاصة تشبه الشفعة تسمى حق استرداد الحصة المبيعة والتي تخص حالة الورثة إذا باع احدهما حصته فلباقى الورثة استردادها وذلك مقابل دفع ثمنها للمشتري .

ثانيا -التراخي في القسمة الرضائية

كما معلوم لكي ينتج التصرف الارادي بين شخصين أو اكثر اثاره القانونية ، لابد ان ينشأ بشكل صحيح ، ومستوفي لاركانه التي حددها القانون وهي (رضا -محل-سبب)، وأي شكلية يتطلبها القانون لنفاذ التصرف وهذا الامر متفق عليه في القواعد العامة للالتزام ؛ ومن ثم إذا صاحب هذا التصرف أي عارض من عوارض الاهلية ، أو عيب من عيوب الإرادة ، فانه يؤدي إلى اعتبار التصرف باطلاً لكونه قد اخل بأحد الشروط أو باعتباره عقداً موقوفاً ؛ ومن ثم يستلزم إجازة صاحب المصلحة ، ولان القسمة الرضائية بطبيعتها عقد ، فان ما يعيبها ،يعيب العقد عموماً ، وبما ان الأصل في القسمة الرضائية هي المساواة بين الشركاء عندما يختص كل شريك بحصته أي بجزء مفرز يوازي حصته الشائعة لكن أحياناً قد يختل هذا التوازن ؛ ومن ثم يؤدي إلى اختلال المساواة كان يكون نتيجة للغبن الفاحش الذي يلحق الشريك ؛ ومن ثم لا يتحقق الانسجام بين المتقاسمين فيما بعد ، كان يكون عدم الدراية البعض ، أو كون البعض قليل الخبرة أو عدم معرفتهم بقيمة حصة كل شريك من المال الشائع، وهنا يكون حدوث التراخي ، فاعطاء المهلة اللازمة للتدبر والتفكير في القسمة ؛ ومن ثم استشارة من يروهم اكثر خبرة قد تكون كافية لعدم الوقوع في الامر .

(1) ينظر: احدى قرارات محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 3269، جلسة 2001/1/30، مشار اليه في ،د-انور طلبية ،

الشفعة والتحليل لاسقاطها، ط1، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية، 2004 ، ص530.

(2) ينظر: نص المادة (1138) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ ، وتقابلها بنفس المعنى المادة (940) من القانون المدني المصري المعدل النافذ .

وعليه سوف نقوم بذكر حدث التراخي في القسمة الرضائية التي يشوبها الغبن في فقرتين ، الأولى سوف تكون حدث التراخي في القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي ، أما الثانية فسوف تكون في التشريعات المقارنة وكالتالي :

1-حدوث التراخي في القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي

كما معلوم ان الغبن الفاحش هو اهم اثر يترتب على القسمة الرضائية ، والذي يصيب احد حصص الشركاء المتقاسمين ، لذلك اخذ فقهاء المسلمين إلى القول إمكانية نقض القسمة وذلك لوجود الغبن ، لذلك ذهب فقهاء المسلمين من الامامية والشافعية إلى القول انه (بإمكان الشريك المغبون فيها وذلك على أساس الحيف الذي أصاب حصة الشريك ، وذلك بقسمة اجبارية أو تراخي أو لغلط وقع بحصته)⁽¹⁾

فهنا اعطى الحق للشريك المغبون بان يطلب نقض القسمة ، وذلك بعد ان يقيم البينة أما بشاهدي عدل أو رجل وامرأتين أو شاهد ويمين وفي حالة إذا جاء رد القسم عنه ولم يأت بحجة فله ان يطلب تحليف الشركاء .

وذهب فقهاء الحنفية إلى التمييز بين الغبن إذا كان يسيراً وبين الغبن الفاحش، والغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين ؛ ومن ثم لا يسمح فيه برفع دعوى فسخ القسمة لوجود الغبن ، سواء كانت تلك القسمة قد تمت رضاءً أو قضاءً حيث ان الاحتراز من الغبن اليسير ليس بالإمكان التحرز منه⁽²⁾

الا ان الامر يختلف إذا كان الغبن فاحش والذي لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وهنا ميزوا بين إذا كانت القسمة قضائية ؛ ومن ثم جاز إقامة الدعوى وفسخ القسمة والسبب لكون حكم القاضي ملزم بان يحقق العدالة وهو لم يحققه ، وذلك لان الغبن قد وقع في حصص بعض الشركاء أما في حالة إذا كانت القسمة قد تمت برضاء فهنا لا يسمح بطلب فسخ القسمة للغبن

(1)ينظر: المرجع الديني السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين ، ج2، ط4، دار المؤرخ العربي ، بيروت ،1998، مسألة رقم 612، ص175، وينظر أيضا ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي ، ادب القاضي ، ج2، مطبعة العاني ، بغداد ، 1972، ص211.

(2)ينظر: الزيلعي ، شرح كنز الدقائق ، ج6، مصدر سابق ، ص419.

وذلك لأن فقهاء الحنفية يعدون القسمة كالبيع⁽¹⁾، لكونهم قد استندوا إلى حديث الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) " دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " (2) .

وهذا يعني ان فقهاء المسلمين قد اجازوا دعوى الغبن الفاحش لفسخ القسمة ، وذلك في حالة إذا وجد غبن فاحش أي قد يكون غلط في النصيب احد الشركاء ، وذلك إذا ادعى احد الشركاء المتقاسمين انه قد لحقه غلط في حصته ، وهنا يجب ان يقر الخصم بما يدعيه في هذه الحالة أو يطلب فسخ القسمة ، لكن في حالة انكار عن حلف اليمين فهذا أيضا يطلب تحليف بقية الشركاء .

مجلة الاحكام العدلية أوضحت أيضا الغبن الذي يلحق احد الشركاء وذلك من خلال نص المادة (1127) والتي نصت على انه " يلزم ان تكون القسمة عادلة أي ان تعدل الحصص بحسب الاستحقاق وان لا يكون باحداها نقصان فاحش بعد إقرارها باستيفاء الحق لا تسمع دعواهم " ، أي ان القسمة حتى وان كانت قد أجريت قضاءً فإنه يجوز ابطالها وذلك لكون القاضي يكون مقيد بان يحقق العدل بين المتقاسمين وعندما لا يحقق العدل بينهم فهو بذلك يكون غير معصوم من الخطأ ، الا انهم يرون إذا كانت القسمة قد تمت رضاءً فلا يمكن ابطالها وذلك لكون الأطراف قد اجروها برضاهم ، الا ان الراي الراجح هو جواز ابطال القسمة سواء كانت قد اجريت رضاءً ام قضاءً وهذا ما ورد في نص المادة (1127) ، لكونها قد اجازت فسخ القسمة سواء إذا وقع الغبن في الأموال المثلية أو الأموال القيمية ، فهذا يكون غلط في القيمة وذلك عندما يقدر حصة المتقاسم بأكثر من قيمته الحقيقية (3) .

ويرى الباحث انه قد اجيز ابطال القسمة إذا وقت بغين سواء كانت هذه القسمة قد أجريت رضاءً ام قضاءً .

(1) ينظر: محمد العباسي المهدي ، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية ، ج5، ط1، المطبعة الازهرية ، القاهرة ، 1315هـ، ص276.

(2) ينظر: عن جابر قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض فاذا استتصح احدكم اخاه فلينصحه أي دعوا الناس يصيب بعضهم من بعض ، واذا استشار احدكم اخاه فلينصحه" ويعود الحديث إلى ان (رجلا بايع بزازا برده فقال انها ، لا تساوي فقال رسول الله يا متكلف دع الناس يعيش بعضهم من البعض فاذا استتصحك فانصح وهذه الطرق تقوي بعضها ببعض ، للمزيد ينظر : ابن الملقن ، البدر المنير، ج6 ،مصدر سابق ،ص63-64، وينظر أيضا ، العسقلاني ،صحيح البخاري ،ج4، مصدر سابق ، ص 318.

(3) ينظر: علي حيدر ، شرح قانون تقسيم الأموال غير المنقولة ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1927، ص124

ليس هذا فقط بل جاءت المادة (1160) أيضا من مجلة الاحكام العدلية وهي مكملة للمادة (1127) ، حيث نصت على انه "اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة تفسخ ، وتقسم ثانية قسمة عادلة " ، فهنا يجب اثبات وقوع القسمة بغبن فاحش في دعوى فسخ القسمة وذلك عن طريق البينة أو الإقرار والاقرار يكون في حالة إذا اقر جميع الشركاء ، وذلك عندما تقام دعوى من احد المتقاسمين بالغبن الفاحش ، ويقر باقي المتقاسمين بذلك ، فهنا تفسخ القسمة ؛ ومن ثم يقسم المال مرة ثانية .

لكن في حالة إذا اقر البعض وانكر الآخرون فهنا يكون بجمع حصص المقرين من الشركاء مع حصة المدعي ؛ ومن ثم تقسم قسمة عادلة فيما بينهم، ولا يتم التعرض لحصص الشركاء المنكرين وذلك لان الإقرار حجة قاصرة على المقر لكن في حالة إذا اثبت الغبن الفاحش في القسمة وذلك بالنكول عن اليمين فهنا ينظر في حالة إذا كان جميع المتقاسمين هم الناقلين فتفسخ القسمة ؛ ومن ثم تعاد تقسمها من جديد ، لكن إذا كان الناكلون هم البعض من الشركاء دون البقية ، فهنا تجمع حصص الناقلين من الشركاء مع حصة المدعي ، ويتم اجراء القسمة مرة ثانية⁽¹⁾.

ويرى الباحث ان الفقهاء قد اجمعوا على طلب نقض القسمة إذا كانت بغبن ولأيهم ان كان الغبن فاحشاً أو يسيراً كذلك سواء كانت القسمة رضائية أو قضائية فبالإمكان طلب نقضها ، الا ان الفقهاء لم يبينوا المهلة التي يجب من خلالها ان يطلب احد الشركاء رفع الدعوى وهنا يدخل حدوث التراخي فبالإمكان ان يمنح المهلة اللازمة لدراسة العقد والتأكد من وجود الغبن، فقد يكون المتعاقد قد استغل لعدم خبرته أو قد يكون قد وقع تحت الاكراه فهنا حماية له اجيز نقض القسمة وابطالها ، وهذا يكون عكس القانون والذي أجاز ان يطلب الشريك نقض القسمة خلال مدة معينة وهذا ما سنبينه في الفقرة الثانية .

2-حدوث التراخي في القسمة الرضائية عند التشريعات المقارنة

أن الغبن في ذاته يعتبر عيب من عيوب عقد القسمة والتي يجيز نقضها ؛ فاذا وقعت في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون فهنا في حد ذاته يكون عيباً ؛ ومن ثم يجعل القسمة معيبة ، وتكون قابلة للنقض كذلك ليس من الضروري ان يصحب الغبن تدليس أو غلط ،

(1)ينظر: منير القاضي ، شرح المجلة ، ج3، ط1، مطبعة العاني ، بغداد ، 1984، ص61.

وكذلك ليس من الضروري ان يكون الغبن ناتج عن استغلال طيش أو هوى جامع للشريك المغبون⁽¹⁾.

فالغبن لوحده يكون كافيا لجعل القسمة قابلة للنقض ، وهذا يكون بناءً على طلب الشريك المغبون ؛ ومن ثم يترتب على ذلك ان الشريك المغبون له ان يجيز عقد القسمة التي وقع فيها الغبن وعند ذلك يكون العقد بعد الاجازة غير قابل للنقض⁽²⁾.

اما في القسمة الرضائية والتي بطبيعتها عقد ؛ ومن ثم ما يعيبها يعيب العقد ولم يشترط القانون ان يقترن الغبن مع التغيرير كشرط لكي يستعمل الشريك حق النقض وهذا خلاف ما اشترطه القانون من شروط في الغبن مع التغيرير والذي يعتبر كعيب من عيوب الإرادة ، ومن خلالها يتم نقض العقد ، حيث نص في المادة (121) من القانون المدني العراقي على انه " 1- إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون فاذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغيرير إلى الورثة"⁽³⁾، فهنا القانون اشترط لكي يتوقف العقد بسبب الغبن مع التغيرير ان تتوفر شروط منها (ان يستعمل طرق احتيالية وان يكون التغيرير الدافع إلى التعاقد ،فضلا عن ذلك اقتران الغبن مع التغيرير ، وكذلك صدور التغيرير من احد المتعاقدين أو ان يكون على علم به⁽⁴⁾ ، ويعود السبب في ذلك لكون القسمة تخضع إلى مبدا عام ، الا وهو تحقيق مساواة بين المتقاسمين ، وهذه المساواة لن تتحقق إذا اقترنت القسمة بغبن فاحش على احد المتقاسمين ، ولهذا أجاز القانون نقض عقد القسمة بسبب الغبن لوحده ، من دون اقترانه بالتغيرير⁽⁵⁾.

لذلك نجد انقسام الفقهاء حول أساس الشريك في طلبه نقض القسمة إلى اتجاهين ، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى القول ان (حق الشريك المغبون في طلب نقض القسمة يجد أساسه في

(1) ينظر: د-حسن عبد الباسط جمعي ، الخطا المفترض في المسؤولية المدنية ، 2005، ص10-11.

(2) ينظر: السنهوري ، الوسيط (حق الملكية) ، ج8، مصدر سابق ، ص901-902.

(3) ينظر: أيضا نصت المادة (122) من القانون المدني العراقي على انه "اذا صدر التغيرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا إذا ثبت للعاقد المغبون ، ان العاقد الاخر كان يعلم أو كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغيرير وقت ابرام العقد "

(4) ينظر: د-عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص88.

(5) ينظر: د-عبد المنعم البدرابي ، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية) ، ط2، مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1956 ، ص198.

القانون ،أي في نصوص القانون ، لكون القانون قد منحه هذا الحق، أي حق نقض القسمة إذا تعرضت للغبن⁽¹⁾.

ونتيجة لهذا جاءت الفقرة الأولى من المادة (1077) من القانون المدني العراقي على انه " يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش"⁽²⁾

أي ان المشرع العراقي قد جعل نقض القسمة إذا اقترنت بالغبن إذا كانت قد وقعت بالتراضي، ونرى بان المشرع المصري قد وافق المشرع العراقي بذلك وذلك عندما أوضح في المادة (845) في الفقرة الأولى على انه " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن"⁽³⁾، ولا يختلف المشرع اليمني أيضا عما ذهب اليه المشرع العراقي والمصري وذلك عندما نص في المادة (1210) على انه " يجوز للغائب عند حضوره والصغير عند بلوغه والمجنون عند افاقته الذي لحقه من القسمة غبنا فاحشا ان يطلب من القضاء نقض القسمة للغبن والعبرة في تقدير القيمة وقت القسمة " فهنا أجاز المشرع اليمني ان تنقض القسمة القضائية ، الا انه عاد وتحديد في المادة (1211) وأوضح على انه " للشركاء البالغين ان يقسموا المال المشترك بينهم اختياريا بالطريقة التي يرضونها "⁽⁴⁾ ، وهذا يفسر بانه أجاز نقض القسمة الرضائية أيضا .

(1) ينظر: د-عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي) ، ج1، ط2، بغداد ، 1963، ص357.

(2) ينظر: نصت المادة (1077) من القانون المدني العراقي على انه "يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة ، وللمدعي عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل نقدا أو عينا مانقص من حصته 2- ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونص العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار "

(3) ينظر: نصت المادة (1/845) من القانون المدني المصري على انه " 1-يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش على الخمس على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة 2-ويجب ان ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعي عليه ان يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته "

(4) ينظر: نصت المادة (1211) من القانون المدني اليمني على انه للشركاء البالغين ان يقسموا المال المشترك بينهم اختياريا بالطريقة التي يرضونها ويجوز فيها جمع الأشياء المتماثلة والمختلفة كما يحوز فيها جمع نصيب اثنين أو اكثر في قسم واحد ولهم ان يقسموا بأنفسهم أو بواسطة عدلين كما يحق لهم تعديل الحصص بالنقد ولا تسمع دعوى غبن في القسمة الا لامر قطعي ولا تجوز القسمة اختيارية فيها قاصر أو مجنون أو غائب "

اما المشرع الفرنسي فانه جاء بخلاف التشريعات المقارنة وذلك عندما أوضح في نص المادة (887) من القانون المدني الفرنسي المعدل على انه " تعتبر القسمة باطلة في حالة الاكراه أو الغش وأيضا عند قيام احد الشركاء في التركة باثبات وجود الضرر والغبن في حصته" (1) .

فالمشرع الفرنسي لم يحدد نوع القسمة القابلة للإبطال ؛ ومن ثم جاء النص شاملا لكل أنواع القسمة التي يلحقها الغبن أي ان النص عام يشمل الرضائية والقضائية(2) .

فالأصل لأبطال القسمة يكون بسبب الغبن الفاحش الذي يصيب احد الشركاء ، فوجود الغبن يعني عدم تحقيق المساواة والعدالة بين المتقاسمين وهذا ما يرمي التراخي إلى تحقيقه وذلك بتحقيق العدالة العقدية للمتعاقدين لهذا يوصف بانه حق خاص في جميع التصرفات .

وبما ان الغبن يقصد به عدم تحقيق المساواة بين المتقاسمين وهذا هو الاتجاه الثاني الذي يرمي إلى تحقيقه من حيث ان هناك أسباب مختلفة للغبن ، قد يكون في قيمة الشيء وهذا هو الغالب ؛ ومن ثم يجعل العقد موقوف في القانون العراقي وباطل في القانون المصري واليمني والفرنسي، وكذلك يكون العقد قابلا للنقض إذا توفرت شروط النقض ، وقد يكون نتيجة لغلط أو اكراه أو تدليس ، وذلك من خلال إذا استحق جزء من المال الذي وقع في نصيب احد الشركاء ؛ ومن ثم يكون الجزء الباقي اقل من المقدار المحدد قانونا أو اتفاقا لما قد يستحقه الشريك المتقاسم المغبون ، فهنا يستطيع الشريك المغبون ان يرجع على بقية الشركاء بالغبن ، حتى وان كان السبب قد استبعد من عقد القسمة من ان يكون سبب في الرجوع بالضمان للاستحقاق (3) .

لكن السؤال الذي يثار في هذا الخصوص وهو محور بحثنا الا وهو إذا وقع العاقد في الغبن نتيجة عقد القسمة فهل هنا حقه في الطلب يكون على التراخي ام انه فوري؟

(1) ينظر : نص المادة (887) من القانون المدني الفرنسي المعدل باللغة العربية :

- art(887) "Le partage peut être également annulé si un des cohéritiers y a été sa part, omis soit en nature, soit en valeur, sans annulation du L'héritier omis peut toutefois demander de partage.Pour déterminer cette part, les biens et droits sur lesquels a porté le partage déjà réalisé sont réévalués de la même manière que s'il s'agissait d'un nouveau partage.recevoir"

(2) ينظر: يتفق المشرع اللبناني مع المشرع الفرنسي وذلك عندما أورد في نص المادة (947) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه " لا يجوز ابطال القسمة سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية الا بسبب الغلط أو الاكراه أو الخداع أو الغبن "

(3) ينظر: السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص901-902.

جوابا نقول : أن حق الشريك المغبون في طلب نقض القسمة ليس حقا مطلقا ، بل يجب ان يكون في مهلة محددة ، وهذا يكون من خلال رفع دعوى وفي حالة مرور المهلة وعدم قيامه بذلك فان الدعوى لا تسمع (1) ، وذلك حفاظا على استقرار القسمة ؛ ومن ثم عدم تعرضها للنقض لمدة طويلة.

وهذا ما نرمي إلى تحقيقه في التراخي فهناك مهلة معينة للشريك المغبون وعليه ان يتدارك ما لحقه خلال هذا المهلة ، لهذا اوجبت المادة (1077) من القانون المدني العراقي بفقرتها الأولى " ان ترفع الدعوى خلال ستة اشهر من انتهاء القسمة " ، ويرى الباحث بان هذه المهلة كافية لرفع الدعوى والمطالبة بالحق .

اما المشرع المصري فانه جعل المدة اللازمة لرفع الدعوى ، هي سنة تالية للقسمة ، ويسقط حق الشريك في الرجوع بخلافه ، وهذا ما جاءت به المادة (2/845) من القانون المدني المصري ، وهذه المدة معقولة يستطيع الشريك المغبون من خلالها ان ينقض القسمة ؛ ومن ثم يحصل على حق طلب اجرائها من جديد ، ويتفق المشرع اليمني مع المشرع المصري من خلال المهلة وهي سنة تكون من تاريخ القسمة وهذا ما اوضحته المادة (1211) من القانون المدني اليمني .

اما المشرع الفرنسي فانه جعل المدة سنتان ، ويمكن من خلالها ان يرجع الشريك المغبون على باقي شركائه بتكملة الحصة ، وهذا يكون حسب خيار المدعي عليه نقدا أو عينا (2) ، ومن دون ان يشمل طلب نقض القسمة ، وهذا ما جاءت به المادة (889) من القانون الفرنسي على انه " وتتقدم دعوى تكملة الحصة بمضي سنتين اعتبارا من القسمة " (3)

(1) ينظر: د-جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى احكام إزالة الشبوع ، ط1، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1989 ، ص42-50.

(2) Cheshire Fifoot & Furmstons , Law of Contract. Seventh New Zealand Edition Burrows finn , Todd. Butter worths,1988, P 573.

(3) ينظر: نص المادة (889) من القانون الفرنسي المعدل باللغة الفرنسية :
ART(889) "Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage.."

والباحث بدوره يرجح ما جاءت به التشريعات من تحديد ميعاد معين للمطالبة بحقه ، فبإمكانه التبصر جيدا في العقد ومعرفة مقدار الغبن الذي لحق به ؛ ومن ثم عليه المطالبة بذلك ، وبفوات المدة يسقط حقه وذلك لكون المدة هي مدة سقوط وليست تقادم ؛ ومن ثم لا يرد على هذه المدة وقف و لا انقطاع ، والدعوى هي دعوة نقض القسمة ، وهذا ما اتفق عليه المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة .

الخاتمة



الخاتمة

من خلال استعراض رسالتنا الموسومة بـ ((التراخي في الخيار وأثره على العقد-دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)) امكننا الان ان نبين النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وذلك من خلال فقرتين :

أولاً-النتائج

هناك العديد من النتائج توصل اليها الباحث في مجمل رسالته وكالاتي:

1-يعد التراخي احد المصطلحات التي اوجدها الفقه الإسلامي، وذلك بهدف رفع الضيق والحرَج عن المتعاقد حتى وان كان جاهلاً بالعلم به ، وان الأصل الذي يقوم عليه التراخي هو قاعدة لا ضرر، وعلى الرغم من اهتمام فقهاء المسلمين بهذا المصطلح الا اننا نجد ان الفقه الامامي كان له الدور الأبرز في تناول هذا المصطلح ضمن اكثر من خيار وتصرف، وبالرغم من كونه شائعا الا اننا لم نجد من التشريعات من استخدم هذا المصطلح في متن قانونه باستثناء المشرع اليمني والمشرع القطري .

2-لقد تناول المشرع الفرنسي التراخي لكنه تحت مسمى (التروي) وهو الحق الذي استعمله المشرع الفرنسي ونص عليه في تعديله الأخير والذي بموجبه يمنح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير والتدبر في العقد قبل الاقدام وإصدار قراره النهائي ، حيث ان منح المتعاقد هذه المهلة قد تكون سبباً في حمايته من التسرع في ابرام العقود وإصدار قراره النهائي.

3-لم يتطرق المشرع العراقي إلى التراخي بالرغم من كونه ذات أهمية كبيرة في ابرام العقود خاصة في ظل التطورات الأخيرة التي شهدتها العالم والتي من الضروري كان ان يمنح المتعاقد مهلة من التروي أو التراخي لغرض دراسة العقد والتاني فيه ، ولا يفهم سبب جمود التشريع العراقي هل لكونه مكتفياً بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ام ان هناك ظروف أخرى تمنعه من الإقرار لهذا الحق .

4-يوجد التراخي في اغلب الخيارات التي تكون ذات مهل محددة وكذلك التي لاتحدد بمهلة فبالإضافة إلى ذلك نجد ان التراخي مصطلح لا يقتصر على الخيارات فقط بل نجده أيضا في التصرفات القانونية والتي تكون بإرادة واحدة كالوعد بجعالة والوصية ، وكذلك التصرفات التي ترد بإرادتين ومنها حق الشفعة ، وأيضا القسمة الرضائية التي يشوبها الغبن .

5- لقد وجدنا أن التراخي يتمتع بسمات أساسية وهي كونه رخصة شرعية حيث ان الفقه الإسلامي يرى في التراخي بانه رخصة شرعية مقررة لاحد المتعاقدين، ولا يقتصر على المعاملات المالية بل انه يكون في الأمور الدينية والتي ينظر اليه بانه رخصة تمنح للمكلف وذلك لغرض التخفيف عن كاهله كما في إفطار المسافر أو المريض وكذلك الحج حيث بإمكان المكلف الاتيان بالعمل فيما بعد ، بعكس القانون والذي وجدناه ان التراخي بمثابة حق خاص للمتعاقد ، كذلك من جملة السمات التي يتمتع بها التراخي كونه عبارة عن مدة تروي حيث ان المتعاقد يكون بحاجة إلى هذه الفترة لاجل دراسة العقد والتمتع فيه فقد يكون المتعاقد بحاجة إلى هذه المهلة أو يكون بحاجة إلى استشارة من ذوي الخبرة ،ليس هذا فقط بل ان هذه المهلة يجب ان تكون مؤقتة ومعلومة والا انتفى الغرض الرئيسي من التراخي وان يكون لاحد المتعاقدين وليس لكلاهما .

6- تبين لنا التراخي هو حق من نوع خاص أي ليس بحق شخصي ولا بحق عيني كونه حق خاص لاحد المتعاقدين يمنح لأجل التروي والتفكير في الامر .

7- توصلنا إلى انه قد يفسر في بعض الأحيان بان سكوت المتعاقد في العقد بانه تراخي الا اننا لا يمكن الاخذ بهذا الرأي لكون السكوت موقفاً سلبياً محضاً بعكس التراخي فهو حق خاص قد يولد اثاراً ايجابية أو سلبية عند الاخذ به ، كذلك الامر بالنسبة إلى نظرة الميسرة فالتراخي ليس بالنظرة التي تمنح للمدين المعسر والامر في التراخي لا يستدعي تدخل القاضي بل انه قد يكون باتفاق المتعاقدين أو نص القانون ولكون المدين ليس بمعسر بل لانه بحاجة إلى التروي في الامر.

8- توصلنا أيضاً انه كثيراً من يرى بان التراخي هو التأخير بذاته الا اننا بينا بان التأخير هو احد صور الخطا العقدي والذي قد يرجع إلى المتعاقد ذاته أو إلى ظروف خارجة عن ارادته تؤدي إلى تأخيره ، أما التراخي فهو حق خاص للمتعاقد لغرض التروي .

9- اتضح لنا ان التراخي بالرغم من كونه تروي في الخيار الا اننا وجدنا ان حدث التراخي في كل خيار يكون مختلف ففي خيار العيب يتركز حدث التراخي رد المبيع عند عيبه لكن الامر يختلف بالنسبة إلى خيار الرؤية فانه يكون منصب على فحص المبيع ورويته لغرض معرفته مدى ملاءمته للغرض الذي اعد له .

10-توصلنا إلى ان التراخي قد يؤد اثار في الخيارات الارادية والخيارات الحكيمة ، ففي الخيارات الارادية يؤد التراخي اثر منشئ كما في خيار الشرط والتعيين ، وقد يؤد اثر كاشف في الخيارات الحكيمة كما في خيار العيب وكذلك خيار المجلس .

11-بما ان التراخي هو حق خاص فان هذا الحق قد تجتمع عوامل على سقوطه ، والسقوط قد يكون بصورة اصلية كما في الاجازة فهندا يجيز المتعاقد العقد فان التراخي يسقط في هذا الحالة ولا يكون هنالك أي اثر له ، وقد نكون مضي المدة احدى الأسباب الاساسية في سقوط حق التراخي وهذه تكون في الخيارات المحددة المدة كما في خيار التأخير، وقد تجتمع عوامل تبعية تكون سبب في سقوط التراخي كما في حالة الوفاة أو هلاك المبيع.

ثانيا-المقترحات

هنالك جملة من المقترحات يود الباحث ادراجها وهي :

1- لم يتبن القانون المدني العراقي مصطلح التراخي ضمن متن قانونه كما فعل المشرع اليمني والمشرع الفرنسي لذلك دعواتنا إلى المشرع العراقي إلى ادراج نص ضمن النصوص القانونية يبين مفهوم التراخي وحالات اللجوء اليه ونقترح على المشرع ان يكون معناه بالشكل الاتي التراخي هو "حق خاص يمنح لاحد المتعاقدين خلال مدة زمنية معلومة لغرض التروي والتفكير في امر العقد" فالتعريف هنا يبين معناه والغرض منه .

2-كان من الاجدر بالمشرع العراقي الفصل بين الخيارات الارادية والخيارات الحكيمة وبيان اثر التراخي في كل منهما ، حيث ان لكل منهما مفهوماً واحكاماً خاصة تختلف عن الأخرى فلا يمكن الجمع بينهما ، فضلا عن ذلك بيان حدوث التراخي في كل منهما بصورة أساسية وبيان الأثر الذي يرتبه التراخي في كل منهما.

3-نقترح على المشرع العراقي فضلا عن النص على التراخي أنه يجب على المشرع العراقي عند ذكره هذا الحق ان يبين المهلة اللازمة لاستعماله لأن الهدف منه هو تحقيق غاية وهو حماية المتعاقد وان يصدر رضاه سليم خالٍ من أي ضغط ، كما فعل المشرع الفرنسي .

4- بما أن التراخي حق خاص لذلك وجب ان يشرع لهذا الحق الضوابط التي تحفظه والجزاءات اللازمة في حالة مخالفة هذا الحق وهذا ما نرمي إلى تحقيقه كما ذهب المشرع

الفرنسي وذلك عندما اعتبر ان الترووي من النظام العام لكونه الية وقائية لحماية المتعاقد ووقوعه في الضرر لذلك اوجب ان تكون قاعدة التراخي أو الترووي من النظام العام .

5-نقترح على المشرع إزالة الغموض عن نص المادة (82) والتي نصت على انه " المتعاقد بالخيار الى اخر المجلس " فلم يبين المشرع المقصود باخر المجلس فكان الاجدر ان تكون المادة " المتعاقد بالخيار الى نهاية المجلس لاجل الترووي والتفكير في الامر " فهنا يكون قد قطع الشك وأعطى للمتعاقد الحق في التفكير الى نهاية المجلس .

6- نقترح على المشرع تعديل نص المادة (1/299) من القانون المدني العراقي والتي بينت على انه " يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون في الخيار " وكان من المفترض ان تكون " يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار طبقا لطبيعة الالتزام " أي ان يكون تعيين الخيار بحسب نوع الالتزام فهناك أشياء تتطلب التعيين فيها مهلة قليلة والعكس

7--ندعو المشرع العراقي إلى ايضاح مضمون المادة (509) والتي بين فيها " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة " فلم يوضح المشرع العراقي معلومية هذه المدة هل ان للافراد الاتفاق على المهلة اللازمة أما انها معلومة وفق ضوابط أخرى كان يكون حسب طبيعة الشيء، لتصبح المادة " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة طبقا لطبيعة الشيء المشترط عليه " .

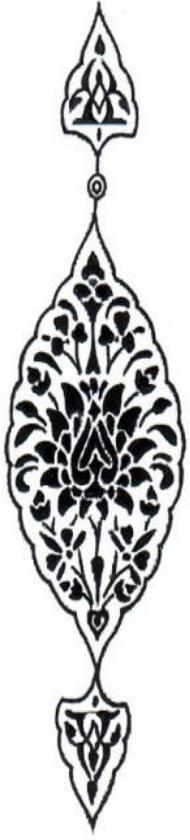
فضلا عن ذلك لم يبين في حالة سكوت المتعاقدين عن بيان المدة فكان الاجدر على المشرع إيضاح ذلك وبيان مهلة مناسبة معلومة حسب طبيعة الشيء المبيع كما فعل المشرع اليمني عندما ذكر مدة عشرة أيام ؛ ومن ثم ينقطع الخيار بعدها

8- طالما ان خيار الرد في العيب ثبت على التراخي الا ان المشرع قد اغفل عن ذكره لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (560) من القانون المدني العراقي والتي نصت في فقرتها الأولى على انه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه فان اهمل في شي من ذلك اعتبر قابلا للمبيع " ، لتصبح المادة " ...فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره خلال مهلة معينة من فحصه للمبيع اهمل في شي من ذلك اعتبر قابلا للمبيع " والسبب في ذلك ان الغاية التي نسعى إلى تحقيقها هو حفظ حق المتعاقد عن طريق امهاله مهلة من الترووي والتفكير لكن في الامر ذاته يجب ان تكون

هذه المهلة معلومة للمتعاقدين لكي يتسنى معرفة حقوقهم وواجباتهم على الرغم من ان
المشرع قد فعل حسنا بعدم تحديده الا انه يجب ان تكون هناك مهلة للمتعاقد معينة لكي
لا يكون التراخي وسيلة تؤدي إلى الاضرار بالمتعاقد .

و الله ولي التوفيق

المصادر



المصادر

بعد القرآن الكريم

الكتب

أولاً-كتب تفسير القرآن الكريم

- 1- الالوسي ، ابي الفضل شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، تحقيق علي عبد الباري عطية ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1415هـ .
- 2- السيوطي ، جلال الدين محمد بن احمد بن محمد الحلبي وجمال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر ، ط9، تفسير الامامين الجليلين ، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر ، 1991.
- 3- الطبرسي ، امير الإسلام ابي علي الفضل بن الحسن ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، ط1، دار المرتضى للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان ، 2006.
- 4- الطبري ، محمد بن جرير بن يزيد ، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل أي قران ، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي ، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان ، القاهرة ، 2001،
- 5- الطبطبائي ، السيد محمد حسين ، الميزان في تفسير القرآن ، ط1، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، 1417هـ .
- 6- عمر عبد الله محمود محمد ، التفسيرات الاحمدية في بيان الايات الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2010 .
- 7- محمد بن احمد بن سليمان بن بطل الركابي، النظم المستعذب في تفسير غريب الفاظ المهذب ، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ، 1988م.
- 8- محمد بن صالح العثيمين ، تفسير القرآن الكريم"سورة ص " ، ط1، دار الثريا للنشر ، الرياض ، 1425هـ-2004 .

ثانيا-كتب الحديث

- 1- ابن الملقن ، ابي حفص عمر بن محمد الانصاري الشافعي ، البدر المنير في تخريج احاديث الشرح الكبير، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 1971.
- 2- الاندلسي ، ابي محمد عبد الله ، بهجة النفوس وتحليلها بمعرفة مالها وما عليها شرح مختصر صحيح البخاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 1971.
- 3-الدمشقي ، الشريف إبراهيم بن محمد بن كمال الدين الحسيني الحنفي ، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف ، المكتبة العلمية ، بيروت -لبنان ، 2005 .
- 4- الحافظ، ابي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي فتح المغيث (شرح الفية حديث)،دار الكتب العلمية، بيروت ، 2011.
- 5- الطوسي، ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي ، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة ، تحقيق علي اكبر الغفاري ، ط1، مطبعة مروى ، طهران ، 1382هـ.
- 6-العاملي ، محمد بن الحسن بن علي بن الحسين الحر ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1414هـ.
- 7- العسقلاني، لحافظ احمد بن علي بن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان، 1441هـ-2019م .
- 6-الكليني ، ابي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق ، فروع الكافي ، ط1، منشورات الفجر ، لبنان ، 1428هـ-2007م.
- 7-النيسابوري ، مسلم بن الحجاج القشيري ، صحيح مسلم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008 .

ثالثا-كتب الفقه الإسلامي**1-الفقه الامامي**

- 1- احمد خوانسارى ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، ط2 ، مؤسسة اسماعيليات للطباعة والنشر والتوزيع ، قم -ايران ،1364هـ.
- 2- الاصفهاني ، الشيخ محمد حسين ، حاشية كتاب المكاسب ، ط1 ، المطبعة العلمية ، قم ، 1419هـ .
- 3- الانصاري ، محمد رضا القمي ، العقد النضيد ، ط1، مطبعة تكمين ،1390 هـ-2008م.
- 4-الانصاري، الشيخ مرتضى بن محمد الأمين ، كتاب المكاسب هداية الطالب إلى اسرار المكاسب ، ط1، مطبعة سيماي كوثر، قم ،1388ش هـ-1430ق.
- 5-==== ، الوصايا والمواريث ، ط4 ، مطبعة خاتم الأنبياء ، قم ، 1431هـ .
- 6-==== ، ،المكاسب ، اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم ، ط9 ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم ،1429هـ.
- 7-التبريزي ، الميرزا فتاح الشهيدي ، هداية الطالب إلى اسرار المكاسب (الخيارات) ، ط1، دار الفقه للطباعة والنشر، ايران ،1428 هـ-1385هـ-ق.
- 8-التراقي ، احمد بن محمد مهدي ، مستند الشيعة في احكام الشريعة ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، بلا سنة طبع.
- 9-الجواهري ، محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ط1، مؤسسة المرتضى العالمية ودار المورخ العربي ، بيروت ،1992 م.
- 10-الحائري ، محمد علي الطباطبائي ، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع ، ط1، مطبعة سيد الشهداء، 1409 هـ.
- 11 – الحلي، الحسن بن يوسف بن المطهر، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة ال البيت (عليهم السلام) ، لاحياء التراث ، ط1، مطبعة ستارة ، قم ،1420هـ.
- 12-==== ، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، تعليقات سماحة المرجع السيد صادق الحسيني الشيرازي ، ط11، دار القارى، بيروت -لبنان ،1425 هـ -2004م.

- 13- الحكيم ، محسن الطباطبائي ، نهج الفقاهة، وهو تعليق على كتاب البيع من مكاسب الشيخ الأعظم الانصاري ، منشورات بهمن، قم، بلا سنة نشر.
- 14-الحكيم، عبد الهادي محمد تقى ، الفتاوى الميسرة (العبادات -المعاملات) وفق فتاوى سماحة السيد علي الحسيني السيستاني ، ط1 ، مطبعة سنارة ، قم ، 1416 هـ.
- 15- الحكيم، محسن الطباطبائي ، مستمسك العروة الوثقى ، دار الهلال، 1441هـ-2020م .
- 16-الخوئي ، أبو القاسم ، منهاج الصالحين ، مطبعة مهر قم ، 1410هـ.
- 17-الخميني ، روح الله ، كتاب البيع ، ط1، مطبعة مؤسسة العروج ، 1421هـ.
- 18-الروحاني ، محمد صادق الحسيني ، منهاج الصالحين (المعاملات) ، ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع.
- 19-الصدوق ، أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن أبويه القمي ، من لا يحضره الفقيه ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1404هـ.
- 20-الطباطبائي ، محمد كاظم اليزدي ، حاشية كتاب المكاسب ، مطبعة سنارة ، 1423 هـ-2002م.
- 21-الطوسي ، أبو جعفر بن محمد بن الحسن بن علي ، المبسوط في فقه الامامية ، دار الكتاب الإسلامي ، بيروت -لبنان ،
- 22-=====، الخلاف ، الطبعة الجديدة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، 1411هـ.
- 23--الطوسي، محمد بن جمال الدين مكي الشهيد الأول ، اللمعة الدمشقية ، ط1، مطبعة قدس، قم ، 1411هـ.
- 24-=====، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي ، مطبعة مكتب الاعلام الإسلامي للحوزة العلمية ، قم ، 1424 هـ-2004م.
- 25-العالمي ، زين الدين الجعبي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ط1، دار الكتاب العربي ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر.

- 26-العالمي، محمد بن الحسن الحر ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، دار احياء التراث ، بيروت ،1414هـ
- 27-العالمي ، مصطفى محمد مصري ، منهاج الصالحين المعاملات ، ط1، منشورات الاجتهاد، قم ،2008
- 28- القمي ، محمد تقي الطبطبائي ، عمدة المطالب في التعليق على المكاسب ، مطبعة سيد الشهداء(عليه السلام) ،-1415هـ.
- 29- الكاشاني ، افاض المدني ، تعليقة شريفة على بحث الخيارات والشروط من كتاب المتاجر ، ط1 ،مطبعة العلمية ، قم ، 1309هـ.
- 30- جعفر سبحاني المختار، دراسات موجزة في الخيارات والشروط ، قم ،1381هـ
- 31- ===== ، في احكام الخيار، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام ، قم -ايران ،1414هـ.
- 32-علي اصغر مرواريد ، المصادر الفقهية (كتاب البيوع) ، ط1، مؤسسة فقه الشيعة ، لبنان -بيروت ،1421هـ-2001م.
- 33-محسن الخرازي ، تعليقات على المكاسب (البيع -الخيارات) ، ط2، مطبعة المشرفة ، قم ، 1428 هـ .
- 34-محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، دار الجواد ، بيروت-لبنان ، 1421هـ.
- 35- كاشف الغطاء، محمد حسين ، تحرير المجلة ، مطبعة السرور ، طهران ،1422هـ.
- 36-===== ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، ط1، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، 2005.
- 37-محمد حسن باقر، جواهر الكلام في ثوبه الجديد ، ط1، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي ،1431هـ-2010م.

- 1- ابن عابدين ، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز ، رد المختار على الدر المختار ، ط1، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ،2000.
- 2- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة نشر .
- 3- ابن نجيم ، حافظ الدين النسفي ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ،1418هـ-1997م.
- 4- البابر تي ، اكمل الدين بن محمود ، العناية شرح الهداية ، ط1، دار الفكر ، بيروت ، 2007.
- 5- البخاري ، علاء الدين عبد العزيز بن احمد ، كشف الاسرار عن أصول فخر البزدوي ، ط1، دار الكتب العلمية ،بيروت ، 1997.
- 6- البركتي ، محمد عميم الاحسان المجندي ، التعريفات الفقهية ، معجم يشرح الالفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والاصوليين وغيرهم من علماء الدين ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ،1424هـ-2003م .
- 7- التهانوي ، محمد علي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ط1، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت -لبنان ،1996.
- 8- الجرجاني ، الشريف علي بن محمد ، كتاب التعريفات ، ط3، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان ، 1408هـ-1988م.
- 9- الحلبي ، ابن امير الحاج ومحمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي ، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه (الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية) ، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 1999.
- 10- الزيلعي ، جمال الدين عبد الله بن يوسف ، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية ، دار الحديث ، بلا سنة نشر.
- 11-=====، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية، بيروت ،2010،

- 12- السرخسي ، أبو بكر محمد بن احمد بن سهل ، المبسوط ، دار المعرفة ، 1406 هـ- 1986م.
- 13- السمرقندي ، علاء الدين ، تحفة الفقهاء ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414- 1994م.
- 14- السمعاني ، منصور بن محمد بن عبد الجبار ، قواطع الأدلة في الأصول ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، 1997.
- 15- الشيخ نظام ، الفتاوي الهندية في مذهب الحنفية ، ط 1 ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، 1441 هـ- 2019م.
- 16- الطحطاوي ، احمد بن محمد بن إسماعيل الحنفي ، حاشية الطحطاوي ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997 ،
- 17- الكاساني ، أبو بكر علاء الدين بن مسعود الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1406 هـ- 1986م
- 18- صدر الدين علي بن علي بن ابي العز الحنفي ، التنبيه على مشكلات الهداية ، تحقيق ودراسة أنور صالح أبو زيد ، ط 1 ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1424 هـ- 2003 ،
- 19- محمد بن فراموز الشهير بملا حسرو ، مرآة الوصول في شرح مراقبة الوصول ، تحقيق الياس قبلان التركي ، دار صادر ، بيروت ، 1425 - 1426 هـ
- 20- محمد قدرى باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 2017.

3- الفقه الحنبلي

- 1- ابن قدامة ، موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد ، المغني على مختصر الخرقي ، ط 1 ، مطبعة المنار ، القاهرة ، بلا سنة طبع.

- 2-====، موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد ، المغني في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، بلا سنة نشر.
- 3-====، موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد ، الكافي في فقه الامام احمد ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414هـ-1994.
- 4-البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس ، كشف القناع شرح الاقناع ، ط2، القاهرة .
- 5- المقدسي ، شمس الدين ابي الفرج بن احمد بن قدامة ، الشرح الكبير، دار الفكر العربي، بيروت ، بلا سنة طبع .
- 6-المقدسي، ابن قدامة عبد الله بن احمد ، عمدة الفقه ، تحقيق عبد الله سفر العبدلي ، محمد دغليب العتيبي، مكتبة الطرفين الطائف ، بلا مكان، بلا سنة.
- 7-المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم ، العدة في شرح العمدة ، تحقيق مصطفى الازهري ، دار المصادر ، القاهرة ، 1971.
- 8-الطوفي، نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد ، شرح مختصر الروضة ، ط1 ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1408 هـ - 1988 م .
- 9-المرداوي ، علاء الدين أبي الحسن علي بن سلمان الدمشقي الحنبلي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط 2، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1406هـ-1986م.
- 10-إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، منار السبيل في شرح الدلائل على مذهب الامام احمد بن حنبل ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان، 1418هـ-1997م.
- 11-محفوظ بن احمد بن الحسن ، الهداية على مذهب احمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، 2004.
- 12-عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع ، ط1، كنوز اشبليا للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، 1429هـ-2008م.

- 1-ابن العطار، علاء الدين علي بن إبراهيم بن داود ، العدة في شرح العمدة ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،2023.
- 2- الرملي، شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط 3، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة نشر..
- 3-السبكي ، تقي الدين علي بن عبد الكافي ، تكملة المجموع شرح المهذب ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2007 .
- 4- السيواسي ، ابن امير الحاج الحلبي ومحمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه (الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية) ، دار الكتب العلمية ،بيروت -لبنان ،1999.
- 5-الشربيني ، شمس الدين محمد بن الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415هـ-1994م .
- 6-الشيرازي، ابو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع.
- 7-==== ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي ، اللمع في أصول الفقه ، بلا طبعة ،المكتبة التوفيقية ،القاهرة ،بلا سنة طبع.
- 8-القرشي ، أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي المطلبي ، الام ، ط2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1403 هـ-1983م.
- 9-الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي ، ادب القاضي ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1972.
- 10-==== ، الحاوي في فقه الشافعي ، ط4 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994 .
- 11-النووي ، ابي زكريا محيي الدين بن شرف ، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر، بيروت ، بلا سنة نشر.
- 12-==== ، ابي زكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع.

- 13-==== ، ابي زكريا يحيى بن شرف ، منهاج الطالبين ، دار الفكر ، بيروت ، 1995.
- 14-العمرائي ، أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم بن اسعد بن موسى بن عمران ، البيان في مذهب الامام الشافعي ، ط1، دار المنهاج ، جدة ، 1421هـ-2000م.
- 15-عبد الكريم بن علي بن محمد النملة ، المهذب في علم اصول الفقه والقانون ، ط1، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1420 هـ- 1999.

5- الفقه المالكي

- 1-احمد ادريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2000.
- 2- الحطاب ، عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، 1929 م.
- 3-الدسوقي ، شمس الدين محمد بن احمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد بن احمد ابن محمد الملقب (عليش) ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 1422هـ-2002م.
- 4- السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار ، قواطع الأدلة في الأصول ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، 1997.
- 5-القرطبي ، أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد ، المقدمات الممهدة للمدونة ، تحقيق د-محمد حجي ، ط1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت -لبنان ، 1408هـ-1988م.
- 6-==== ، ابي الوليد محمد بن محمد بن احمد بن رشد الاندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان ، 1415 هـ-1995م.
- 7-الغرناطي ، ابي القاسم محمد بن يوسف العبدري ، التاج والاكيل لمختصر الخليل ، ط1، دار الكتب العلمية ، 1416هـ-1994م.
- 8- المجاجي ، محمد سكمال ، احكام عقد البيع في الفقه المالكي ، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت -لبنان، 1422 هـ-2001م.

9-المالكي ، محمد الأمير ، الاكليل شرح مختصر خليل ، مكتبة القاهرة ، مصر ، 1232 هـ -1817م.

10-المالكي، عبد الله محمد بن احمد بن محمد بن محمد عليش ، منح الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، 1409هـ-1989م.

6-الفرقه الزيدى

1-ابو الحسن عبد الله بن ابي القاسم بن المفتاح ، المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف شرح الازهار ، ط1، دار احياء التراث العربى مكتبة اليمن، صنعاء، 1439 هـ-2018م.

2- احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الانصار، ط1، دار الحكمة اليمانية ، 1409هـ-1948م.

3-احمد بن عيسى بن زيد بن علي بن الحسين ابن علي بن ابي طالب "عليه السلام"، راب الصدع ، تحقيق العلامة علي بن إسماعيل بن عبد الله المؤيد الصنعاني "رحمه الله" ، ط1، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت -لبنان ، 1410هـ-1990م.

7- الفرقة الظاهري

1-الاندلسي، محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلي بالاثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري ، ط1، طبعة دار الفكر المصورة ، بيروت ، 2003.

8- الفرقة الاباضية

1- الشماخي، ابي ساكن عامر بن علي بن سيفاو ، كتاب الايضاح ، ط2، مطبعة طرابلس ، 1390هـ-1970م

2-اطفيش محمد بن يوسف ،شرح النيل وشفاء العليل ، ط 2، مكتبة الارشاد ، جدة ، 1972.

رابعا -كتب الفرقة الإسلامى المعاصر:

1-الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله ، ارشاد الفحول إلى تحقيق عالم الأصول ، تحقيق احمد عزوع ، ط1، دار الفكر ،بيروت ، 1992

- 2-الغزالي ، محمد بن محمد أبو حامد الطوسي ، المستصفي ، تحقيق محمد عبد السلام الشافى ، ط1، دار الكتب العلمية، 1413 هـ-1993م .
- 3-احمد خيرى العمري ، طوفان محمد صلى الله عليه وسلم ، دليل الحاج إلى مناسك العمران ، مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر، 1435هـ .
- 4-المصري ، خليل بن إسحاق الجندي المالكي ، التوضيح في شرح مختصر الفرعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2011.
- 5- الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ط2، ذات السلاسل ، الكويت ، 1404هـ-1983م.
- 6-رمزي محمد علي دراز، احكام السكوت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في ضوء قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان) ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت -لبنان ، 2011.
- 7-رمضان علي السيد الشربناصي، السكوت ودلالته على الاحكام الشرعية ، دار الفكر العربي، بلا مكان نشر ، 1984 م .
- 8-زكي الدين شعبان محمد ، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية ، ط1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، 1984.
- 9- صالح الطائي ، مصطلحات فقهيه ، بلا طبعة ، النجف الاشرف ، 1433هـ .
- 10-عبد الرحمن بن عثمان ، احكام لزوم العقد ، ط1، دار كنوز اشيبيليا لنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، 2007 .
- 11-د-عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) ، منشورات محمد الدابة ، بيروت -لبنان ، 1954.
- 12-د-عبد الستار أبو غدة ، الخيار واثره في العقود ، ط 2، مطبعة مقهوي ، الكويت ، 1985.
- 13-د-عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1976.

- 14- عبد الملك عبد الرحمن السعدي، فقه المواريث المقارن ويليه الوصية الواجبة والمندوبة والوصي (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، 1438هـ-2017م .
- 15- علي احمد القليبي ، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الجبل الجديد ، صنعاء -اليمن ، 1994
- 16- علي الخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ، ط1، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، 1952.
- 18-==== ، احكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1429هـ-2008
- 19- السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين ، ط4، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 1998.
- 20- علي حيدر ، شرح قانون تقسيم الأموال غير المنقولة ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1927.
- 21-==== ، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام العدلية، مجلد1، طبعة خاصة، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003
- 22- علاء الدين زعتري ، فقه المعاملات المالية المقارن ، ط1، دار العصماء، سورية-دمشق ، 1431هـ-2010م .
- 23- السيد الشهيد محمد الصدر ، منهاج الصالحين ، هيئة تراث السيد الشهيد الصدر، النجف الاشرف ، 1430هـ.
- 24- محيي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية شرحها ودورها في اثراء التشريعات الحديثة ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2005
- 25- محمد العباسي المهدي ، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية ، ط1، المطبعة الازهرية ، القاهرة ، 1315هـ.
- 26-- محمد بن راشد بن علي العثمان ، احكام الاجل في الفقه الإسلامي، ط2، بلا مكان طبع ، 1417هـ-1996م
- 27 محمد علي الاراكي ، الخيارات ، ط1 ، مطبعة مهر ، قم ، 1414هـ .
- 28-- محمد كاظم المصطفوي ، فقه المعاملات ، بحوث استدلالية حول المعاملات المالية ، المجمع العالمي لاهل البيت.
- 29- محمد كاظم الخوالي ، فقه الامامية قسم الخيارات ، ط1، مطبعة سيد الشهداء ، 1407هـ.

- 30- محمد هادي الحسيني الميلاني ، كتاب البيع ، تقرير وشرح السيد محمد هادي الميلاني ، ط1، مطبعة وفاء ، قم ، 1429هـ
- 31-مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط10، المكتبة القانونية ، بغداد، 2011
- 32- ===== احكام الميراث والوصية وحق الانتقال (في الفقه الإسلامي المقارن والقانون)، دار السنهوري ، بيروت ، 2015
- 33-مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ط10، دار الفكر ، 1387هـ-1968م.
- 34- ===== شرح القواعد الفقهية ، ط2 ، دار القلم ،بيروت ، 1409هـ-1989م.
- 35- مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي ،المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي ، ط1، مكتب الاعلام الإسلامي للحوزة العلمية ، قم ، 1424هـ-2004م
- 36-لجنة تاليف القواعد الفقهية والاصولية التابعة لمجمع فقه اهل البيت ، قواعد أصول الفقه على مذهب الامامية ، ط1،مركز الطباعة والنشر المجمع العالمي لاهل البيت (عليهم السلام).
- 37-لجنة البحث العلمي جمعية التراث ، معجم مصطلحات الاباطية ، ط2 ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1433هـ-2012م
- 38- 12-نصر سلمان وسعاد سطحي ، فقه المعاملات المالية وادلته عند المالكية ، ط1 ، دار ابن كثير ، دمشق-بيروت ، 1428هـ-2007م.
- 39 وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، ط2 ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، دمشق ، 1405هـ-1985م .
- 40- ===== ، الفقه الحنفي الميسر ، ط1، دار الفكر ، دمشق ، 1431هـ-2010م.
- 41- ===== ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والأردني ، دار الفكر ، 2014 .
- 42-هاشم معروف الحسيني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بلا مكان طبع ، 1416هـ -1996م.
- خامسا- الكتب القانونية :**

- 1-د- نأرام محمد صالح سعيد ، المكنه القانونيه بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، دار شتات ، مصر، 2010 .
- 2-د- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الارادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني)، ط1 ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995 .
- 3-د- إبراهيم البرغوثي ، تنفيذ الاحكام القضائية وضمانات حسن سير العدالة ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1977.
- 4-د- احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1998.
- 5-د- احمد عبد العال أبو قرين ، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء ، ط3، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.
- 6-د- احمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994.
- 7-د- احمد محمود الخولي ، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ط1، دار السلام ، مصر ، 1423هـ - 2003 م.
- 8-د- اسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، ط3، دار اقرء ، بيروت ، 1983.
- 9-د- إسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع) ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر، 1958 .
- 10-د- الياس نصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية مفاعيل العقد (دراسة مقارنة)، ط2 ، بلا مكان طبع ، 1998.
- 11-د- أنور طلبة ، الشفعة والتحويل لاسقاطها ، ط1، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004.
- 12-د- ===== ، انتقال الحقوق والالتزامات ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2006، .
- 13-د- أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1970 .
- 14-د- بسام احمد حمدان ، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (دراسة مقارنة) ، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن، 2018 .

- 15- د-بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1995 .
- 16-د-تاج السر محمد حامد ، الوجيز في احكام العقود والإرادة المنفردة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008 .
- 17-د-توفيق فرج ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984
- 18-د-ثروت عبد الحميد ، العقود المدنية (عقد البيع) ، بلا طبعة
- 19-د-جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية البيع الايجار المقاوله (دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية) ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة، بلا سنة نشر
- 20- =====، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، 2012.
- 21-د-جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى احكام إزالة الشبوع ، ط1، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1989
- 22- د-جليل الساعدي ، الإرادة الباطنة في العقد (دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي) ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 ،
- 23-د-حسن عبد الباسط جمعي ، الخطا المفترض في المسؤولية المدنية ، 2005.
- 24-د-حسن علي الذنون ، عقد البيع ، شركة الرابطة ، القاهرة ، 1954.
- 25- ===== ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام) ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1976
- 26- =====، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، ط1، دار وائل للنشر، عمان ، 2006، .
- 27-د-حيدر حسين كاظم الشمري ، المختصر في احكام الوصايا والمواريث (في التشريع العراقي والفقہ الإسلامي)، ط2، دار الوارث للطباعة ، كربلاء ، 2019 .
- 28- ===== ، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقہ الإسلامي ، ط1، مطابع دار الوارث ، كربلاء المقدسة ، 1442 هـ-2020م.
- 29-د-حيدر حسين الشمري، ود -عبدالله عبد الأمير طه ، مقاربات في نظرية الحقوق في الفقه الإسلامي بين الماضي والحاضر، ط1، دار المسئلة ، بغداد -شارع المتنبى ، 2023

- 30- =====، محاضرات تصحيح الوصية ، معهد العلمين للدراسات العليا الدكتوراه ، الفرع الخاص ، للعام 2023-2024.
- 31-د-حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ط5 ،، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 .
- 32-د-حسنى محمد احمد جاد الرب ، تجربة المبيع واثرها على التزامات الطرفين في عقد البيع (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010.
- 33-د- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002.
- 34-د-رمضان علي السيد الشربناصي، السكوت ودلالاته على الاحكام الشرعية ، دار الفكر العربي، 1984م .
- 35-د-زيد رجب البشبيش ، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011.
- 36-د-سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونيين اللبناني والفرنسي ، ط1، دار الفكر اللبناني للطباعة والنشر، بيروت -لبنان، 1987.
- 37-د-سعد خليفة العبار، اشتراط براءة المبيع من العيب (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، ط1، دار الكتب الوطنية ، بنغازي -ليبيا ، 2020.
- 38-د-سعد نبيل إبراهيم، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي(دراسة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية -مصر، 2008.
- 39-د-سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والايجار ، ط3، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974.
- 40-د-سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002-2003.
- 41-د-سعيد مبارك، وطه ملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي ، الوجيز في العقود المسماة البيع والمقولة ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، 1993.
- 42-د-سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 .
- 43-=====، عقد البيع ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، بلا مكان نشر ، 2009.

- 44-د-سليمان مرقس ، شرح القانون المدني العقود المسماة (عقد البيع) ، ط 4، مطبعة عالم الكتب ، القاهرة ، 1980 .
- 45-د-شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط1، دار دجلة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية ، 2008 .
- 46-د-صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في العراق والمملكة الأردنية والكويت ، بلا مكان نشر ، 1984 .
- 47-د-ضمير حسين ناصر المعموري ، منفعة العقد والعيب الخفي (دراسة مقارنة) ، ط 2، منشورات زين الحقوقية ، البقاع ، 2011.
- 48-د-طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي) ، انعقاد البيع ، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان -الأردن ، 1431هـ-2010م .
- 49-د-عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالارادة المنفردة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010 .
- 50-د-عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .
- 51-د-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 .
- 52-===== ، نظرية العقد ، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 .
- 53-=====الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000.
- 54-د-عبد الحكم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1993.
- 55-د-عبد الحي حجازي ، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، مصر، 1950 .
- 56-===== ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1954، .

- 57-===== ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار النشر في جامعة الكويت ، الكويت ، 1972.
- 58-د-عبد العزيز المرسي حمود ، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع والتي تتم عن بعد ، جامعة المنوفية ، 2005.
- 59-د-عبد القادر العرعراوي ، النظرية العامة للالتزامات والعقود في القانون المدني المغربي ، مطبعة الفضالة ، المحمدية ، 1995.
- 60-د-عبد القادر الفار ، احكام الالتزام ، اثار الحق في القانون المدني ، ط4 ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، 1997.
- 61-د-عبد الله عبدالله العلفي ، احكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني- دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري وبعض القوانين العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.
- 62-د-عبد الله مبروك النجار ، مبادئ عقد البيع ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1417هـ-1997م.
- 63 -د-عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي) ، ، ط2 ، بغداد ، 1963.
- 64-===== ، الوسيط في نظرية العقد مع (المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي ومايقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967.
- 65 -===== ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2015.
- 66-د-عبد المجيد يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر ، الاحكام ، الاثبات) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994.
- 67-د-عبد المنعم إبراهيم ، حماية المستهلك ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007.
- 68-د-عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، 1965 .
- 69-د-عبد الودود يحيى ، دروس في نظرية الالتزام (احكام الالتزام) ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1980.

- 70-د-عزیزکاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية ، مطابع شتات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011.
- 71-===== ، احكام عقد البيع (الانعقاد دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية والأدبية ، بلا مكان طبع ، 2013.
- 72-د-عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة ، دار الكتب العلمية، 2009 .
- 73-===== ، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية دراسة مقارنة ، دار الكتب العلمية ، 2015
- 74-د-عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، ط2 ، منشأة المعارف جلال ، الإسكندرية ، 2004.
- 75-د-علي إبراهيم ، منهجية البحث القانوني ، ط1، بلا مكان طبع ، 1997.
- 76-د-علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008 .
- 78-د-علي كحلون قاض ، التعليق على مجلة الحقوق العينية ، ط3، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس، 2015.
- 79-===== ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام -احكام الالتزام) ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ، 2015 .
- 80-د-علي محيى قررة داغي، مبدا الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 2008.
- 81-د-علي هادي العبيدي ، العقود المسماة البيع والايجار وقانون المالكين والمستاجرین وفق اخر تعديلات ، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1435 هـ- 2014 .
- 82-د-غني حسون طه ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 .
- 83-د-فايز احمد عبد الرحمن ، عقد البيع في القانون المصري والقانون الليبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010.
- 84-د-فؤاد عبد الباقي ، نظرية الحق ، ط2 ، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، 1965 .
- 85-د-فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتاصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.

- 86-د-مجيد محمود سعيد، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 87-د-محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، ط2، تونس، 1997.
- 88-د-محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية المصري، ط1، مكتبة الانجلو المصرية، 1950.
- 89-د-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بلا سنة طبع.
- 90-د-محمد رياض دغمان، الزامية العقد (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية والأدبية ش.م.م، البقاع، 2010.
- 91-د-محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2008.
- 92-د-محمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية، دار السنهوري، بغداد-شارع المتنبي، 2016.
- 93-د-محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.
- 94-د-محمد فريد العريني، ود-محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2005.
- 95-د-محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مكتبة الكتب العربية، القاهرة، 2001-2002م.
- 96-د-محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 97-د-محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 98-د-محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 99-د-محمد نجيب عوضين المغربي، عنصر المدة واثره على العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 2009.

- 100-د-محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،1993.
- 101-د-مصطفى الخطيب ،الموجز في النظرية العامة للالتزامات (مفهوم الالتزام -أنواعه- مصادره-نظرية العقد)،مطبعة قرطبة حي السلام ،اكادير،2019.
- 102-د-مصطفى العوجي ، القانون المدني ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ط4 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 .
- 103-د-مصطفى محمد جمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2001 .
- 104-د-موفق حماد عبد ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بغداد ،2011 .
- 105-د-منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط1، منشورات ئاراس ، أربيل - العراق ،2006.
- 106-د- منذر الفضل ، د-صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة (البيع والايجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية وقانون المالكين والمستأجرين الأردني ، طبعة جديدة منقحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،1993.
- 107-د- نبيل إبراهيم سعد ، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي ، دار الجامعه الجديدة ، الإسكندرية ،2008.
- 108-د-هلدير اسعد احمد ، نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1433هـ -2012م .
- 109-د-وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ط2 ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ،1979.

سادسا -معاجم اللغة العربية

- 1- احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ، ط1، دار المرتضى ، بيروت ،2017 .
- 2- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل ، لسان العرب ، ط1، دار المعارف ، القاهرة ،1302هـ .

- 3- الجوهرى ، ابى نصر إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، دار حديث ، القاهرة ، 2009.
- 4- الرازي ، احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر للطباعة والنشر ، دمشق ، 1979 .
- 5-== محمد بن ابى بكر عبد القادر ، مختار الصحاح ، طبعة جديدة منقحة ، دار الحديث ، القاهرة ، 2008 .
- 6-الزبيدي ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق مرتضى الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ط1، طبعة الكويت ، 1422هـ-2001 م.
- 7-الشيرازي ، مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد إبراهيم الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ط8 ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت -لبنان ، 2005م .
- 8- الطبراني، أبو القاسم سليمان بن احمد ، المعجم الوسيط، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، دار الحرمين ، القاهرة ، 1415هـ-1995م.
- 9- الفراهيدي ، عبد الرحمن خليل بن احمد ، كتاب العين ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003 .
- 10-الفيومي ، احمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت -لبنان ، 2020.
- 11-بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1286 هـ.
- 12-- حسن سعيد الكرمي ، الهادي إلى لغة العرب ، ط1، دار لبنان للطباعة والنشر، لبنان ، 1991.
- 13- فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، ط2 ، مكتب النشر للثقافة الإسلامية ، 1408 .
- 14-مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط4 ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، 2004 .

سابعا -الاطاريج والرسائل الجامعية

- 1- إبراهيم محمد العبود ، تعليق العقود في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التربية ، قسم الثقافة الإسلامية ، جامعة الملك سعود ، 1402هـ-.
- 2- بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011-2012.
- 3- حازم ظاهر عرسان صالح ، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس- فلسطين، 2011.
- 4- حسين مصطفى رسول الشريفي، دور الإرادة في انشاء الوصية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس معهد العلمين ، 2022
- 5- حنين زروقي ، التعويض عن الاضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم ، 2018.
- 6- زينب جبارة احمد الاسطل ، التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الإسلامية بغزة ، كلية الشريعة والقانون ، 1438 هـ- 2017م.
- 7- عائض بن دخيل بن سعد الحارثي ، التطبيقات الفقهية لدلالة الفور والتراخي في كتاب الاسرة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 1434.
- 8- عبد القادر محمد قحطان ، السكوت المعبر عن الإرادة واثره في التصرفات (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1991.
- 9- عبد الله عبد الله العلفي، احكام الخيار في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1988.

10- عزة كامل مصطفى الجعفري، الامر والنهي عند الأصوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الخرطوم، كلية السودان، 2009.

11-د-لخضر داخنة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، رسالة ماجستير في الحقوق مقدمه إلى جامعة الشهيد حمد لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018.

12- كاظم حمادي يوسف الحلفي، الإرادة الضمنية واثرها على العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2018.

13- ماهر محسن عبود الخيكاني، التنظيم القانوني لخيار التأخير (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون -جامعة كربلاء، 2017.

ثامنا- الأبحاث والمقالات العلمية

1- إبراهيم دسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، الكويت، العدد الثالث، 1985.

2- احمد إبراهيم إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد 1، 1934.

3- احمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوربي رقم 38-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الاغواط، العدد 3، الاغواط، جانفي، 2016.

4- الطيب جربوع وعمر بن الزويير، مهلة التفكير الية لحماية المستهلك، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، مجلد الخامس، 2012.

5- الرواحنة، على جمعة على، حكم التراخي في أداء الحج بعد وجوبه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية، في جامعة القصيم، العدد 1/مجلد 8.

6- اكرم محمود حسين، وإسماعيل إبراهيم محمد، الدور الإيجابي للقاضي في المهلة القضائية، بحث منشور في كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 7،

العدد 25، 2018.

- 7- باسم علوان العقابي ، خيار التأخير، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العدد الخامس ، 2014.
- 8 - ثروت فتحي إسماعيل ،صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد2 ، مجلد 22 ، 1999 .
- 9 -حيدر حسين كاظم الشمري ،احكام هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت (عليهم السلام)العدد 5 .
- 10-حيدر حسين كاظم الشمري ، صباح عريس عبد ، دور العرف في تفسير العقد (دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة الاداب ، جامعة الكوفة ،2021.
- 10-سعدي محمد امين ، رباحي احمد ، مهلة التفكير كالية وقائية لحماية رضا المستهلك ، بحث منشور مجلة صوت القانون ، مجلد التاسع ، العدد 1، 2022.
- 11- سعيد الشوية ، العرف والقواعد الضابطة له ودورها في تحديد المسكوت عنه وضبطه ، بحث منشور في مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة غرداية ،الجزائر، مجلد 5 ،العدد 1، 2021.
- 12- سلمان عبود يحيى الجبوري ، تحقيق قول الحنفية في افادة الامر المطلق للفور أو التراخي ، بحث منشور على الموقع الالكتروني لكلية العلوم الإسلامية ، جامعة ديالى.
- 13- سليمان براك دايع الجميلي ، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهريين ، كلية الحقوق ، المجلد 8 ، العدد14 ، 2005.
- 14-طرطاق نوري ، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي لتمنغاست ، مجلد 3، عدد 1، جانفي 2014،
- 15-عبد الرحمن جمعة ، اثر السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقا للقانون المدني العماني ، بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون ، مجلد 36، عدد1، 2009.
- 16- لاشين محمد يونس الغياتي ، الوعد بجائزة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ،بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون ،طنطا ، العدد الخامس ،1994.

- 17-كاظم حمادي يوسف ، الإرادة الضمنية والسكوت المعبر عنها (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط ، العدد55 ، مايو، 2020 .
- 18-مرتضى عبد الله خيرى ، السكوت المعبر ودوره في بعض البيوع المدنية (دراسة مقارنة في قانون المعاملات المدنية العماني)، بحث منشور في مجلة اكااديمية ، العدد6 ، 2017.
- 19--محمد بن عبد العزيز الخضير، التراخي في عقد البيع الالكتروني دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الدراسات ، كلية دار العلوم -جامعة المنيا .
- 20- محمد عبد المقصود جاب الله ، الخيارات في عقود المعاملات في الشريعة الإسلامية ، بحث مقدم إلى كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، الإسكندرية، 1990 .
- 21-محمد مصطفى بركات الطراونة ، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون ، دقهلية ، العدد 23 ، 2021.
- 22-منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم ، العدول عن التعاقد في العقد الاستهلاك الالكتروني ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، كلية القانون ، العدد2 ، مجلد 4.
- 23- ناصر خليل جلال ، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد ، بحث منشور في مجلة الحقوق البحرانية ، صادرة عن كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، مجلد9، عدد1.
- 24-هند موسى هاشم زمزمي ، الفور والتراخي واثرها في احكام المعاملات ، بحث منشور في حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، السنة الثامنة-العدد 27 .
- 25-د-يوسف شندي، اثر خيار المستهلك في الرجوع على تحديد لحظة ابرام العقد ،بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة الامارات العربية المتحدة، عدد43، سنة 2010.

- 1- سالم روضان الموسوي ، مفهوم التراخي في المطالبة القضائية (تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية)،مقالة منشورة على الموقع الالكتروني، <https://www.ahewar.org> ، لسنة 2022/2/10 .
- 2- محمد الحسين ال كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مقالة منشور في المؤتمر الدولي لتكريم الامام الشيخ محمد الحسين ال كاشف الغطاء ، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية ، لسنة 1445 .

عاشرا- القوانين والقرارات القضائية

1-القوانين

أ-القوانين العراقية

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة1951المعدل النافذ.
- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959 المعدل النافذ.
- قانون العقوبات العراقي المرقم 111لسنة 1969المعدل النافذ.
- قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983المعدل النافذ.
- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 المعدل النافذ.

ب-القوانين العربية والعالمية

- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والمعدل في2016
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932المعدل والنافذ
- قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 المعدل والنافذ
- القانون المدني السوري رقم 84 الصادر بتاريخ 1949/5/18 المعدل والنافذ
- القانون المدني الجزائري لسنة 1975المعدل والنافذ.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المعدل والنافذ.

- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 المعدل والنافذ.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1984 المعدل والنافذ.
- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987.
- قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992 المعدل والنافذ.
- قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم 949/93 بتاريخ تموز 1993 المعدل والنافذ .
- القانون المدني اليمني رقم (22) لسنة 2002 النافذ .
- القانون المدني القطري 22 لسنة 2004 النافذ .
- القانون المدني التركي رقم 6089 المعدل في 11 يناير 2011 النافذ .

2- القرارات القضائية

أ-القرارات المنشورة:

- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية / رقم 137 / مدني / 2015 / المورخ في 2015 / منشور على الموقع الالكتروني / <http://iraqlid.hgc.iq/> .
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية / رقم 143 / الظرف الطارئ / 2008 / المورخ في 2008 / منشور على الموقع الالكتروني / <http://iraqlid.hgc.iq/> .
- قرار قضائي لرئاسة محكمة إقليم كردستان / رقم 80، / الهيئة المدنية / 2008 / المورخ في 2008 / منشور على الموقع الالكتروني، / <http://iraqlid.hgc.iq/> .
- قرار قضائي تمييزي لمحكمة إقليم كردستان / / تمييز / 2002 / المورخ في 2002-12-26 / منشور على الموقع الالكتروني ، / http://iraqlid.hgc.iq .
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية / رقم الحكم 9430 / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية نوع الحكم أحوال شخصية / تاريخ اصدار الحكم 2021، منشور على الموقع الالكتروني ، / http://iraqlid.hgc.iq .
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 1165 الهيئة الاستئنافية / منقول / 2009، تاريخ القرار 2010/2/3، مشار اليه ، في الموسوعة القضائية المدنية .
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية / رقمه 4269 / تمييز / 2019 / المورخ في 10-7-2019 منشور على الموقع الالكتروني http://iraqlid.hgc.iq .

- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية / العدد 2879 / مورخ في 13/2/2023 / منشور على الموقع الإلكتروني <http://iraqld.hgc.iq>.
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية / ، عدد 3040 هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية تسلسل 3176 لسنة 2016 / منشور على الموقع الإلكتروني <http://iraqld.hgc.iq>.
- قرار قضائي لمحكمة إقليم كردستان / الحكم تمييز/2002 / المورخ في 26-12-2002 منشور على الموقع الإلكتروني، <http://iraqld.hgc.iq> .

ب -القرارات غير المنشورة

- قرار قضائي لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية ، رقم القرار 1717، لسنة 2006.
- قرار محكمة تمييز الاتحادية العراقية / رقم القرار 99/ب/1946، في جلسة 1946/6/25.
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 14 / الهيئة العامة / 2020 / المورخ في 2020/8/25/.
- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ، عدد 2013/773 / والمورخ في 2013/3/8/.
- قرار محكمة تمييز الاتحادية العراقية ، رقم 3224/الهيئة الاستئنافية، عقار، بتاريخ 2010/10/10 .
- قرار محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 15/12/1979، طعن ذي الرقم 1046، س48ق.
- قرار محكمة النقض المصرية ، طعن 4899 /لسنة 2000.
- قرار محكمة النقض المصري /رقم /1870 لسنة 74 قضائية /بتاريخ 2017/1/19.

تاسعا -كتب القانون الفرنسية :

- 1-abriel Marty, Pierre Raynaud, doit civil, les obligations tome?, 2eme edition, (4) 1998, Sirey

2-alain benabent,droit civil,les contrats spesiaux civils commerciaux,lextenso edition,8,mai,2008

3-Cheshire Fifoot & Furmstons – Law of Contract. Seventh New Zealand Edition Burrows finn ,Todd. Butter worths – 1988.

4-Dictionnaire français-arabe, burean des 2e,tudes et recherches, 2eme, dar al-kotob al-ilmiyah, lebanon, 2004,

5- Didier Ferrier, les dispositions d'ordre public visant préserver la réflexion des (41) contractants, D, 1980, chron

6 - Hariz Saidani. La rupture du contrat. Droit. Université de Toulon, 2016,

7-Jean-Pierre Pizzio ; La protection des consommateurs par le droit commun des obligations R.TD con 1988, janv-mars

8- Proffesseur a la faculte de Droit de Nantes, A Vant , propos de pierre C.ATALA. Proffesseur a Unversite de Droit. d Ecoromie et de scierce Sociales , de paris , CODE CIVIL, 27 place Dauphine 75001 paris, 1994-1995,

9- Viney (Genevi'eve), Joudain (Patrice) , Traite' de droit civil, lesconditions dela -responsabilite', leme ed, L.G.D.J., 1998

Abstract

Laxity is a jurisprudential term, originally attributed to Muslim jurists. It is a means by which one of the contracting parties can obtain a period of time to slow down and think about the matters of the contract before proceeding to conclude it permanently. The primary goal of slackness is to protect the contracting party from his haste in concluding the contract and not doing so again. He may fall victim to fraud and deception, and haste may cause him to suffer huge losses that are difficult to recover from. Therefore, laxity is permissible. Despite the importance of laxity, it is not mentioned in most civil legislation as it is a strange and unknown term. However, the Yemeni legislator has mentioned it in some of the texts scattered in its text, given that the Yemeni legislator has borrowed most of its texts from Islamic law, unlike the Iraqi legislator and the Egyptian legislator. Despite Their reliance on Islamic law as a source, but we found that the texts did not mention it. There is another legislator who stipulated this term, but under another name, which is the French legislator, where he referred to the term deliberation in amending his latest law, through which he explained its importance, as well as its controls and the appropriate time limit for practicing it. Rather, we find that The French legislator considered it a protective mechanism for the contractor, so he sees that it is part of the public order and that violating it requires compensating the other contractor for the losses he incurs. Therefore, we see that the French legislator was correct in regulating the idea of prudence, but what is criticized for is that he made this idea only before concluding the contract and after its

conclusion there. What is called the withdrawal period, but we see that the period of deliberation prevails in the contract, whether before conclusion or after conclusion, because the contractor needs it in all stages of the contract. Therefore, our calls were to the Iraqi legislator to regulate this idea, as the French legislator did, and to make it keep pace with the developments that have occurred recently, which The contractor's deadlines require a period of thought and contemplation about the matter of the contract before proceeding with it and concluding it finally. Laxity is mainly located in the choices, and that is why we found that it has effects that may be its origin. This is in the voluntary choices, which are represented by the option (condition and appointment), and they may be revealing, as in the judgmental options, which are (returning the sold item for its defect, the council's option, and also the vision option), and as long as the legislator does not It limits the options, as they are many and multiple, so we find that laxity may predominate in most of them. Not only that, but we find that laxity also occurs in legal actions that may be issued by a single will or issued by two wills, as in the right of pre-emption, and we find the interest of Yemeni jurists and legislators in this right and the laxity that it generates. impact on this right.



University of Karbala

college of Law

Private law Department

Laxity in the option and its impact on the contract

(A comparative study of Islamic jurisprudence)

A thesis Submitted by the student

Aseel Hadi Jassim

To the Council of the College of Law - University of Karbala

**It is partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Private
Law**

Supervised

Prof. Dr. Haider Huseen Kadeim Al-shmarry.

1445 A.H.

2024 A.D.