جُمهوريَّةُ العِراقُ
وِزارةُ التَعليم العاليَّ والبحث العلميَّ
جامِعة القادسية
كُليَّة القانون

فَسْخُ العَقْد مِنْ غَيْرِ المُتَعاقِدَيْن

(دِراسَةٌ مُقارَنَةٌ)

رِسالةٌ قَدَّمَها الطالِب

حَيْدر صَلاح كَاطع

إلى مَجلسِ كُليَّة القانون/ جامِعة القادسيَّة

وهيّ جُزءٌ مِنْ مُتطلباتِ نَيْلِ شهادة الماجستير في القانونِ الخاصِ

بإِشرافِ الأُستاذ الدُّكتور

عَبدُ المهديّ كاظم ناصِر

٢٠٢٣م ١٤٤٤هـ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سُورةُ النِّساء/ الآية ﴿٥٨﴾

الإهداء

إلى مَنْ سَخَرَّتْ يديها أوَّل أدوات تَعَلُّم الحساب..

الخالَّة الفاضِلَة **شَيْماء البدريّ**

لأُلامِس معها "حاصل" الحياة..

د. كِفاح هادي حنتوش

ويُنقَل إليَّ بسببه لزوم الثبات والاستقرار..

مُحمَّد عادِل الجُبُوريّ

لكنهُم أكدُّوا لي أنَّ "الحياةَ" برقتِهُم أجمل..

إخواني وأخواتي الأعزَّة

على البعيدِ، ليُمارِس الوقتُ نأيَّه

أحمد الحمزاوي و م. م. تقوى محمد و رواء علاء

يُختَزَل بالثناءِ

الفَريد أ. م. د. **أحمد سَعد الحُسيْنيَّ**

ويُشمَل بالعَطاءِ

قُدوَتي الآنِسة **أَمَـل جابِر جودة**

لكُم أُهدي.. جُلَّ ما عِندي

غابَ اسمُهما عَن الإهداءِ.. لكنّهما لنْ يغيبا مِن الدُّعاءِ

والديَّ العزيزين..

أسألُ اللهَ الذي لا إله إلَّا هو أنْ يحفظهما لي، ولا يريني فيهما مكروهًا ما حييت، وأتضرَّعُ إليهِ جلَّ في عَلاه وهو مَنْ تركَ الدُّعاء أنْ يقبله، فأخصص أبويَّ بأفضلِ ما خصصْتَ بهِ عبادَك المؤمنين وأمهاتهم، يا أرْحَمَ الرَّاحِمِين..

الباحث

شِكرٌ وعِرفانُ

للهِ جلَّ وعلا الفَضْلُ والمِنَّةُ والثَناءُ الحَسِنُ، إذ بَسَطَ ليَّ الطريقَ لِما قصْدته، وهيأ ليَّ سُبُل الدرس والتحصيل، ومِنْ بعدهِ سُبحانه، الأُستاذ الدكتور **عبد المهدي كاظم ناصر** كُلّ الشُكر لِسعادِتهِ لتفضُّلهِ بِقّبول الإشراف على رسالتي.

فقد كانَ المُرشِدَّ إذ تحسسَّتُ طريقَي لأسيرَ فيهِ، وكانَ الدليلَ إذ نويتُ عدم العُدول عَن المَسيرِ، علمنَّي أنَّ "الطريق المُمهَّد لا يُعلِّم المَهارة"، وأنَّ السُرعةَ التي تعتري خطواتي ليستْ الأهم، فلسيادَتكُم أُستاذي كُل العِرفان، فأنتَم كالتأريخ لا يُعادُ ولا يُنسى.

كُلُّ ما كِنتُ أحتاجَه، وُجود البروفيسور **أسعد فاضِل منديل الجيَّاشيّ** المُحترَم، رئيس هيئة تحرير مجلة القادسية للقانونِ والعُلوُم السياسية، أُستاذ القانون المدني، الذي أفاضَ عليَّ مِنْ عِلمهِ، وأتحفنّي بكَنْزِ تجارِبهِ، فقد كانَ قبسَ الضيَّاءِ في عتمَةِ الصِعاب التي اعترتْ مشواري البحثيَّ.. فلهُ الكثيرُ مِن الشُكرِ، وجُزِيَّ خَيراً.

لِحُضورهِ ألقٌ خاصٌ، إنَّهُ الأُستاذ المُساعد الدكتور **صفاء متعب الخزاعيّ** المُحتَرم الذي شّهِدَ مُعظمُنا صُعودهِ شاباً أسمى درجات العلم، منارةً لجيلٍ شابٍ تُحفزَّهُ رؤى مَنْ هم مِثله، فلهُ منَّي وابِلٌ مِن الشُكرِ والعِرفان، على ما خصنَّي بهِ مِنْ نُصحٍ، وإرشادٍ طِوال مَسيرتي الجامعيَّة.

واللافتُ، أنَّ مِنِ الواجِب تقديم الثناء الحَسِن للأُستاذ المُساعد الدكتورة **سِنان عبد الحمزة البديريّ** المُحترمة مُقرر قسم القانون الخاص في كُليتنَّا التي علمتنَّي بأمانة "نظرية الالتزامات" ليبدأ شغفي مِن خلالِها بالوُلوج في مَيدانِ القانون المدني، فلها مِنَّي جزيل الشُكر، وجزاها اللهُ خيراً.

ليَّ شرفُ التتلمُذ على يدهِ، إنَّهُ الأُستاذ الدكتور **نِظام جبَّار طالب** المُحترَم عميدُ الكُليَّة السابق، صاحبُ المكانَة السميَّة، والمَنزلة العليَّة الذي أجلُّ فيه غزارة العلم، وسِعةُ الأُفق، الذي غَمَرني بِعلمهِ، وحلمهِ، وفَضلهِ، ونُبله، فهو مدرسةٌ أكاديميَّةٌ مُتكامِلةُ، فلهُ الشكرُ الجزيلُ، وجزاهُ اللهُ خيراً.

وكثيرٌ مِن الشُّكرِ والثناءِ إلى أساتيذ كُليَّة القانون في جامعتنِنَّا وبالأخصّ كُلّ مَنْ كانَ لنَّا شرفُ تلقيَّ العُلوم القانونيَّة على أيديَّهم وبصرفِ النَظر عَنْ حُدودِ الاختصاص، ومّنْ كانَ لنَّا شرَفُ تعلُّم عُلوم الإدارة على ايديهم، زُملائي في رئاسة الجامِعة وبالأخص قسم الشؤون الإداريَّة والماليَّة، فجزاهُم اللهُ خيراً.

الوقوفُ أمامُكُم لهُ أثرٌ خاصُ، لُجنَةُ المُناقشَةِ الكِرام، ينتابني الشعورَ في حضرتِكُم أنَّ رسالتَيّ في أيادٍ أمينة، تُثرى بآراءٍ تقوَّم ما بِها مِنّ إعوجاج، وتُصقلُّها، وتشهَدُّ مراسِم خُروُجها إلى النورِ، أُبارِكُ لنفسي رؤيَّة وجوهكم التي لنْ تُغادَرَ ذاكرتي على المَدى، أفرحَني قَبولكم المُناقشَة، فلكُمْ الشُكرُ الجزيلُ، والجَزاءُ الحَسُنُ مِنهُ تعالى.

وخالِصُ الشكرُ والعِرفانُ لِكُلِّ مَنْ ساهمَ في رَفدي بالمصادرِ العلميَّة سيما موظفي مكتبة كُليَّة القانون/ جامِعة القادسيَّة الذين مارسوا دورَهم الفعَّال في بَسطَ العوْنِ للطلبةِ بتيسيرِ حركةِ الإستعارة، مما يُساهِم في خلق شعور لدى الباحث بأنَّ جوانب البحث قد أُسستْ على بُنيانٍ رَصين، فتضافرتْ جُهودُهم مشكورين لِرفْعِ سويَّةِ البحث العلميَّ في الكُليَّةِ.

حَيْدَر

المُستخلَصُّ

نَظّمَّ المُشرِعُ العَقد وجَعَلهُ شريعةً إراديَّةً لها الإحترام القانوني والاستقلال، فالعَقدُ شريعَةُ المُتعاقِدَيْنِ، ولكنَّهُ أحياناً أجازَ الخروجَ عَنْ هذهِ الشريعةُ، مِن خِلال مَنْحِ الغيْرِ عَن العقد الحق في حَلَّ الرابطةِ العقديَّةِ التي لمْ يُساهِمْ في تكوينِها. ومِنْ هذا التجويزُ ارتئينا دِراسةَ موضوع "فَسْخُ العَقدِ مِنْ غَيْرِ المُتعاقديْن"، ولَمَّا كانَ الفسخُ مِن الغيرِ يُنذرُّ بتجاوزٍ صارخٍ لمبدأ القُوةِ المُلزِمةِ للعقدِ، ويُشتتُّ مبدأَ استقرار المُعاملات، فإنَّ فَسْخِ العَقد مِن غَيْرِ المُتعاقِدَيْنِ رأينا فيهِ أنَّهُ نوعٌ من أنواعِ الفسخ لا يختلِف عَنْ نَوْعيَّ الفسخ الاتفاقي والقضائي التي توافقَّ عليها الفقهُ القانونيّ، ولكنَّهُ فسخٌ لهُ سِمات وطبيعة مُعينَّة تارةً تُقربه من نوعي الفسخ، وتارةً تُباعده عنهما، ثّمَّ أنَّ للفَسْخِ مِن الغَيْرِ مظاهرهُ التي تُعّدُّ بِمثابةِ الأمْارات التي تُعززُّ الجانِبَ التطبيقيّ مِن فِكرةِ البَحثِ.

وعَن أحكامِ الفَسْخِ مِنْ غَيْرِ المُتعاقِدَيْنِ، وَجَدنَّا أنَّ هذا الفسْخُ بمثابّة السُلطة الممنوحةَ للغير الاتفاقيّ، فقدمنَّا الضَوابِطَ والقُيودَ التي تُعززُّ مِنْ نَجاعَةِ هذا الفسْخُ، وترشَّقهُ مِن أيّ نوايا وغاياتٍ تشوُبَّهُ قد لا تتفقّ والغَرض المَقصود منهِ، ومِنْ ثّمَّ نوهنَّا إلى تأثيرِ الفسْخ على البِناءِ العقديّ، ومدى إمكانيَّة مُساءلة الغَيْر عن الفسخِ متى كانَ فسخاً غيْر مُبَرر.

إنَّ موضوع "فَسْخُ العَقدِ مِن غَيْرِ المُتعاقِدَيْنِ" هي حَقيقةٌ واقعيَّةٌ، وإنَّ تلكُم الحقيقةُ تعمَّ الجانبَ الاتفاقيّ في العُقودِ، والجانبَ القانونيّ فيها، بِمعنى قدْ تكونَ نابِعةً مِن مبدأ الخيارات التعاقُديَّة الاتفاقيَّة، أو قد تكونَ شكلاً مِن أشكالِ الوِصايَّة التي يفرِضُها القانون على العقدِ، وهو ما أومأ بدورهِ أنَّ قاعدةَ "العقدِ شريعةِ المُتعاقِدَيْن" يجبُّ ألَّا تكونَ كذلِك.

كما أنَّ الخلفيَّة الحقيقيَّة لتدَخُّل غَيْر المُتعاقِدِ بفسْخِ العقدِ مُستوحَّى من مُراعاةِ مصالح طرفي العقد أو أحدهما، بزعَّمِ أنَّ محل العقد أو العمليَّة الاقتصادية المرجوَّة مِنْ التعاقُد تقتضي ذلك. هذا وأنَّ الفسْخَ مِن غَيْرِ المتعاقِدِ يُحقق الأمان والفاعليَّة القانونيَّة، بل هو الوسيلةُ الاتفاقيَّةُ التي مِنْ خِلالِها تُجابَه العقبات الواقعيَّة التي قد تؤدَّي إلى ابرامِ عقدٍ يُغبَن فيه أحد الأطراف، ومِنْ ثّمَّ تحقيق المصلحة المتبادلة أو الشخصيَّة لطرفٍ مُتعاقدٍ مِنْ خِلال هذا الغيْرِ.

قائمة المحتويات

التسلسل	العنوان	الصفحة
	المُقدمة	١-٧
الفصل الأول	**ماهيَّة فسخ العقد من غير المتعاقدين**	٨ – ٧٤
المبحث الأول	**مفهوم فسخ العقد من الغير**	١٠- ٤١
المطلب الأول	التعريف بفسخ العقد من الغير	١٠- ٢٦
الفرع الأول	تعريف الغير عن العقد	١١- ٢٠
أولاً	الغَيْر المُعتبَر في حُكم المتعاقِد	١٢-١٦
ثانياً	الغَيْر المُرتبط بالمتعاقِد	١٦-١٨
ثالثاً	الغَيْر الأجنبي عن العقد	١٩
رابعاً	الغَيْر في الفَسْخ	١٩-٢٠
الفرع الثاني	دور الغير في العلاقة التعاقدية	٢١-٢٥
أولاً	دور الغَيْر في تنفيذِ العقد	٢١-٢٤
ثانياً	دور الغَيْر في آثارِ العقد	٢٤-٢٥
المطلب الثاني	التعريف بفسخ العقد من الغَيْر	٢٦-٤١
الفرع الأول	تعريف فسخ العقد من الغَيْر	٢٦-٣٢
أولاً	مَعنى فَسْخ العقد مِن الغَيْر	٢٦-٣١
ثانياً	سِمات الفَسْخ مِن الغير	٣١-٣٢
الفرع الثاني	التأصيل القانوني للفسخ من الغير	٣٣-٤١
أولاً	ذاتيَّة الفسخ مِن الغيْر	٣٣-٣٨
ثانياً	الأساس القانوني للفَسْخ مِن الغير	٣٩- ٤١
المبحث الثاني	**مظاهر الفسخ من الغير**	٤١-٧٤
المطلب الأول	المظهر المباشر	٤٢-٥٩
الفرع الأول	الخيار التعاقدي	٤٢-٥١

أولاً	حقيقة الخيار التعاقدي	٤٢-٤٤
ثانياً	تحديد الخيارات الممنوحة للغَيْر	٤٤-٥١
الفرع الثاني	فلسفة الخيار التعاقدي	٥١- ٥٩
أولاً	تجويز الخيار رُغم أنَّهُ غررٌ	٥٢-٥٥
ثانياً	تجويزُ الخيار للمُحافظة على العقد	٥٥-٥٩
المطلب الثاني	المظهر غير المباشر	٥٩-٧٤
الفرع الأول	الوصاية التشريعية على العقد	٥٩-٦٩
أولاً	الفسخ الجبري للعقد	٦٠
ثانياً	تطبيقات الفسخ الجبري للعقد	٦٠-٦٩
الفرع الثاني	الوصاية القضائية على العقد	٦٩- ٧٤
أولاً	الفسخ القضائي للعقد بغير طلب	٦٩
ثانياً	تطبيقات الفسخ القضائي للعقد بغير طلب	٧٠-٧٤
الفصل الثاني	**أحكام فسخ العقد من غير المتعاقدين**	**٧٥- ١٥٧**
المبحث الأول	**سلطة الغير في الفسخ**	**٧٧- ١١٤**
المطلب الأول	ضوابط الفسخ من الغير	٧٧-٩٦
الفرع الأول	الضوابط المتعلقة بالخيار	٧٨-٩١
أولاً	استعمال الخيار	٧٨-٨٢
ثانياً	انتهاء الخيار	٨٢-٩١
الفرع الثاني	الضوابط المتعلقة بالغير	٩٢- ٩٦
أولاً	أهلية الغير	٩٢-٩٤
ثانياً	أجرة الغير	٩٤-٩٥
ثالثاً	وجود مصلحة لاستعمال خيار الفسخ	٩٦
المطلب الثاني	القيود الواردة على الفسخ من الغير	٩٧- ١١٤
الفرع الأول	القيود القانونية	٩٧- ١٠٦
أولاً	تقييد مدة الخيار	٩٧-١٠٢

ثانياً	تقييد وراثة الخيار	١٠٢-١٠٦
الفرع الثاني	القيود الاتفاقية	١٠٦-١١٤
أولاً	عنصر الاعتبار الشخصي	١٠٦-١١٠
ثانياً	عنصر رجوع الغير إلى الشارط قبل الفسخ	١١٠-١١٤
المبحث الثاني	**آثار الفسخ من الغير**	**١١٤- ١٥٧**
المطلب الاول	أثر خيار الفسخ على العقد	١١٥-١٣٢
الفرع الاول	أثر خيار الفسخ على العقد قبل استعماله	١١٥- ١٢١
أولاً	أثر خيار الفسخ على حكم العقد	١١٥-١١٨
ثانياً	أثر الخيار على العقد من حيث أوصافه	١١٨-١٢١
الفرع الثاني	أثر خيار الفسخ على العقد بعد استعماله	١٢٢- ١٣٢
أولاً	دور الخيار في آثار العقد	١٢٢-١٢٩
ثانياً	أثر فسخ العقد باستعمال الخيار	١٣٠-١٣٢
المطلب الثاني	أثر الخيار في المسؤولية المدنية	١٣٢- ١٥٧
الفرع الأول	خصوصية مسؤولية الغير	١٣٣-١٤٤
أولاً	الأساس القانوني لمسؤولية الغير	١٣٤-١٤١
ثانياً	أساس إقامة دعوى المسؤولية على الغير	١٤١-١٤٤
الفرع الثاني	كيفية ثبوت مسؤولية الغير	١٤٤-١٥٧
أولاً	صور الفسخ بغير وجه حق	١٤٥-١٥٣
ثانياً	أثر ثبوت مسؤولية الغير	١٥٣-١٥٧
	الخاتمة	١٥٨-١٦٤
	قائمة المصادر والمراجع	١٦٥-٢٢٩
	Abstract	A

المُقدِّمَةُ

المُقدّمَةُ

بَعْدَ أنَّ قالَ المُشرِعُ كلمتَهُ بشأنِ قانونِ العَقْد والذي هو شَريعةُ المُتعاقِدَيْن، أجازَ الخروجَ عَنْ تلكم الشريعةُ في مَواطنٍ مِنْها ما يكونُ اتفاقياً، ومِنْها ما هو قانونيّ لا يَمُرّ بإرادةِ المُتعاقدَيْن، ومِنْ هذا المُنطلَقُ إقتَضَتْ طَبيعةُ هذا الموضوعُ تَقسيمَ هذهِ المُقدّمةُ إلى الفقراتِ الآتية:

أولاً: جَوهرُ فِكرةُ البَحثِ: إذا كانَ الأصلُ أنَّ الغيرَ لا ينصرف إليهِ أثرُّ العقد لا بِحُقوقهِ، ولا التزاماته، ذلك أنَّ "العقدَ شريعةُ المُتعاقِدَيْن" فلا يُضار ولا ينتفِع هذا الغيرُ مِن العقد الذي لم يكُ طرفاً فيه، وهذا المبدأ يُحافِظ على مبدأ آخرٍ وهو مبدأ استقرارُ المُعاملات، فإنَّ فسخَ العقدِ مِن الغير أمرٌ متصوَّر – وإنْ كانَ الأصلُ وقوعَ الفسخِ مِنْ طرفي العقد، أو مِن القاضي بَعْد الطلبِ– دَعتْ إليهِ المصلحةُ التعاقُديَّة، في الأُطُرِ التي يكونُ فيها تدخُّل الغير بفسخِ الرِباط التعاقدي بناءً على تخويلٍ مِن أحد طرفي العقد، أو المصلحةِ الجديرةِ بالرعايَّةِ في عَيْنِ المُشرِع في الأحوالِ التي تتعارضُ فيها مصلحةُ الغيرِ مع مصلحةِ طرفي العقد، فيرجّح هذا المشرعُ مصلحةَ الغير على مصلحتِهم فيمنحهُ ما يُمكنَّهُ فسخ عقديهما.

هذا وأخَذَ الغيرُ في القانونِ المدني وجوداً متأصَّلاً، وما حالةُ الفسخ إلَّا أنموذجٌ مِنْ النماذج التي يتدخَّل الغير بها في العقودِ كالتعهُد عن الغيرِ، والإشتراط لمصلحةِ الغير، صحيحٌ أنَّ الفسخَ مِن الغيرِ يُخالفُ النظريةَ العامة للفسخِ التي تشترِط أنْ يقعَ الفسخ مِن أحد أطراف العقد أو بتراضيهما على الأقلِ، حفاظاً على مبدأ القوة المُلزمة للعقد، ويقودُ إلى تغييرِ المَنحى الطبيعي للعقدِ، بَيْدَ أنَّ هذا التدخُّلُ بفسخِ العقد لا يُمكن تبريره وبيان نجاعتهِ مالمْ نتعرَّفْ على الفوائدِ والمَزيات التي يحققُّها هذا الفسخُ إلى الحدِّ الذي يُمكن معه القوْلُ أنَّه ليس فسخاً استثنائياً بل هُو واقعٌ لهُ ملامحه التي تتجسَّدُ في طوابعٍ عديدةٍ، مِنها:

الأوَّلُ الطابِع الإرادي الذي يُمنح فيه الغيرُ حق الفسخ بموجِبِ اتفاق أطراف العقد على ذلك لتحقيقِ منفعةِ الطرفِ المانحِ من التعاقُدِ، فعِلاقةُ الغيرِ بالعقدِ قد خرجتْ عن الشكلِ المعهود لهُ أي أنَّهُ بعيدٌ عن العقد ولا شأن لهُ به ودخلتْ إلى آفاقٍ جديدةٍ لا مناص فيها من تأثيره على العقدِ بالفسخِ أو بالإجازة. فتوقُّفُ العقدُ على فسخٍ أو إجازةٍ الغير أدى إلى جَعلِ العقد دائراً بَيْنَ أطرافٍ ثلاثةٍ لتكوينِ علاقة تعاقديَّة واحدة، وهذا لا يعني أنْ دخولَهُ في الحياة العقديَّة لا يُحملَّه ما يُثقَل بهِ المتعاقد من التزاماتٍ وقيودٍ تُحدد طبيعةَ عمله،

وتجعَل ممارسة الفسخ من قبلهِ مُجرَّدة من مزاعم سوء النيَّة والتأثيم، بعد أنَّ تأصَّلَ دوره في العِلاقة التعاقديَّة تكييفاً وطبيعةً، وعلى الرُّغم من هذهِ القيودُ والضوابطُ بل وحتى مسؤوليتَّه المدنيَّة أو الجنائيَّة التي رُبما تتحقق نتيجة هذا الفسخُ متى ما كانَ غير مبررٍ لا يُغيَّر أبداً طبيعته كغيرٍ عن العقد ولا يمنحهُ صفة المتعاقد – على الأقل– كغير عن مرحلة ابرام العقد.

والثاني الطابِعُ القانوني هُنا يَصيرُ الغيرُ طرفاً فاسخاً للعقدِ الذي لم يُبرم من قبلهِ ولمْ ينلْ منهُ أيُّ أثرٍ، في محاولةٍ مِن القانونِ لضبطِ إيقاع التنظيم القانونيّ للعقد، ولكن ترجيحَ القانون لمصلحةٍ على مصلحةٍ في إطار التعاقد المدني أمرٌ عدَّه البعض غير قويم وبحاجةٍ إلى تدارُك بل وينتهي إلى اقصاءِ دور القانون المدني في تنظيمِ العقود بوساطةِ القوانين الخاصَّة بل أنَّ مِن الفقه من أسماه "طُغياناً" على العقد.

والثالثُ الطابِعُ التنظيمي إنَّ منحَ الغير الخيار بفسخِ العقدِ وإنْ كانَ مشروعاً طالما غيْر مخالف للنظام العام والآداب بَيْدَ أنَّه لا يمنع من أنْ يؤثِّرَ على العقدِ بشكلٍ أو بآخر، مِنْ حيث صحة العقد أو بُطلانه، أو لزومهِ وعدمهِ، بل ويؤثِّر على آثارِ العَقْد مِنْ حيث التزامات أطرافه، وهذا إنْ دلَّ على شيءٍ فإنَّهُ يدلُّ على أنَّ الفسْخ مِن الغير ليس مَجهولاً وغريباً على منظومةِ العقد المدني ولكنه لم يُحَطْ بعنايةِ الفقه البحثيَّة.

والرابعُ الطابِع العَملي الذي ينبئ بأنَّ العقد مِثلَما يُنفَّذ مِن الغير قد يُفسَخ مِنْهُ، فلو اتضحَ للغيرِ المُمّكَّن اتفاقياً بفسخ العقد أنَّ العقد لا يتفق مع الهدفِ الذي مِن أجلهِ أُبرِم فيتجَّه هذا الغيرُ إلى فسخِ العقد ويترتَّب على هذا الفسخ ما يترتَّب على الفسخ بنظريتهِ العامةِ من أثرٍ سواءً أكانَ هذا الأثر قد ترتَّب قبل أنْ يستعملَ الغير ما يمكنَّه مِن فسخ العقد أم بعد أنْ يتَّم استعماله، وإنْ وجدتْ تحفُظات على تلكُم الآثار.

ثانياً: أهميَّةُ مَوضُوعُ البَحثِ: يترشَّحُ عَنْ دِراسةِ مَوضوعِ "فَسْخُ العقدُ مِنْ غَيْرِ المُتعاقِدَيْن –دراسةٌ مقارنةُ" أهميتان، أحدهما نظريَّة والأُخرى عمليَّة:

١ – **فأمَّا الأهميَّةُ النظريَّةُ** فتتأتَّى عَنْ طَريقِ أنَّ هذا الموضوعُ لمْ يحظْ بدراسةٍ فقهيَّة مُتكاملةٍ ومُتخصصَّةٍ، على الرُّغم مِن أنَّ موضوعاتَ الفسْخِ والغيْرِ قدْ نالتْ الحظَ الوفيرِ مِن الدرسِ والتَمحيص، وعليهِ لمْ نجِدْ على حدِ بحثنا دراسةً غطَّتْ جميع جوانب هذا الموضوعُ. وهو موضوع وجدناه مهماً نظرياً للولوج بهِ.

٢- **وأمَّا الأهميَّة العمليَّة** فتجيء مما يليَّ:

أ - **حاجةُ المتعاقِدُ وتشعُّبُ مَصادر السلع وتنوعُّها أفضيا إلى تدخُّلِ الغيْر في فسخ العقد:** إذ دفعتْ الحاجةُ إلى بيان مفهوم الغير، ذلك المفهومُ غير موحَّد المعنى وغير المحصورِ، في مِنطقةِ الفسخِ، بل وتمييزه عن بقيَّةِ المعاني التي يحومُ حولُها هذا المفهومُ، وصولاً إلى تحديدِ هويتَّه.

وهذا الغيرُ الذي يُمنَح الخيارِ بفَسخِ العقدِ رُبما يكون من أربابِ العِلمِ والبَصيرة بالشيءِ مَحل العقد فيَعمَد وبِحُكمِ هذهِ الفِطنة والحذاقَة إلى الفَسخ بِدعوى تَعزيزِ مَصلحَة العاقِد لرْفعِ الغَبن عَنْه والحَيْف والتدليس، في الوقتِ الذي تَعجزُّ فيهِ نظريَّة عُيوب الرضاء عن إعمالِ نفس النتيجة بُحكم ما تشترطهُ مِن آلياتِ للإثبات قدْ تصعب على المُتعاقِد. لذلك تدفعُ تلك العمليَّة المُتعاقِد إلى الرُّكونِ لِغيْرِهِ لتحصينِ نفسهِ مِما يُخدع بهِ، سواءً أكانَ المَنْحُ مِن أحدِ المُتعاقِدَيْن أم مِنْ كليهما مَع عدمِ الإخلالِ بِقواعدِ حُسنِ النيَّة.

ب- **الطُغيانُ القانونيّ على العقدِ ترجيحاً لِمصلحةِ الغيرِ على مصلحةِ الطرفيَّة التعاقُديَّة:** لمْ يُعُدْ مقبولاً أنَّ العقدَ منعزلٌ عَن الواقعِ المُعاش وينحصر بطرفيه في نظر الاتجاه الموسَّع للطرفيَّة العقديَّة بل يتعدَّى إلى الغير عنهم، وما إنْ أضرَّ العقد بهم حتى استطاعوا المطالبة بفسخهِ، بل أنَّ بعض الأحوال نجدُّ فيها أنَّ القانون ابتداءً قد خصَّ الغيرِ عن العقد بنصٍ يُجيز لهُ الفسخ بقوة القانونِ نفسهِ. من هنا تتأتى أهمية تفنيد كُلُّ ما سبق ذلك أنَّه قد يتجاوز القواعد العامة المستقرَّة في صحيح القانون، ومن هُنا يجبُّ بيان المَدى الدقيق للفسْخِ مِنْ غَيْرِ المُتعاقِدَيْن تَعريفاً وطبيعةً وتكييفاً وأحكاماً وآثاراً.

ثالثاً: إشكاليَّة البحث: لعلَّ من الأهميَّةِ بمكان تحديد إشكاليَّة الفسخ من الغير، وذلك لإزالة اللِثام والغموض الذي يكتنف هذهِ الفكرةُ، فالغيرُ عَن العقدِ بداهةً هو شخصٌ أجنبي عَن أطرافِ العقد ولا صِلة لهُ بالتعاقُّد، وهذهِ إشكاليَّة بِحد ذاتها فكيف لمَنْ هو غيرٌ عَن العقد أنْ يفسخه؟، فلابُد من البحثِ عن تأصيل وتأسيس قانوني لهذا الفسخُ الواقع منه. ثُمَّ أنَّ المُبررات التي تقودُّ إلى السماحِ بفسخِ العقدِ من الغيرِ بالاتفاق أو بنصِ القانون والذي لمْ يكُنْ الغيرُ مُساهماً في تكوينهِ تُشكَّل إشكاليَّة حقيقيَّة ذلك أنَّها قد تختلف مِنْ شخصٍ لآخر مع عدمِ وجود ضابط يُنظِّم هذا الفسخُ الأمر الذي قد يفتحُّ الباب على مِصراعيهِ أمام الغير مما يُزعزِع مبدأ استقرار المُعاملات، ويُهدد مبدأ القوة المُلزِمة للعقدِ.

وإنَّ القانونَ عندما نظَّمَ الإطار العام للعقدِ ابتداءً منذ إنبرامهِ حتى زواله كانَ مدفوعاً بغاية يتفقُّ عليها الكافة وهي ضبطُ وإصلاح بُنود وشروط والتزامات أطراف العقد وانشاد إستقرار المُعاملات الماليَّة، فهل مِن المقبولِ بعدَ ذلك أنْ يهدفَ القانونُ إلى تفكيكهِ وفسخهِ، بدلاً من حلحلة أزمتهِ إنْ اعتراه ما يؤثِّر على إستقراره، فيعمدُّ القانونُ عندئذٍ إلى تهديد إستقراره ونقل الأزمة إليه، بعد أنْ لمحنا طيف التحكُّم القانوني في الأصولِ الإراديَّة الناظِمة للعقدِ وهي حقيقةٌ ملموسةُ، وإن حاولَ القارئ تغييبها.

رابعاً: تساؤلات البحث: يدورُ هذا البحثُ حول سؤالٍ مركزي واحدٍ يتمثَّل بالآتي: هل يتصوَّر فسخ العقد من غير عن دائرةِ أطرافهِ؟ وتتشظَّى عن هذا التساؤل جملةٌ من التساؤلات الفرعيَّة، منها مثالاً:

١ – مَنْ هو الغيرُ في الفسخ؟ وما هو الفسخُ من الغير؟ وما هو تأصيلهُ القانوني؟

٢– هل للفسخِ مِن الغيرِ أمارات تُشير إليهِ أم أنَّهُ ذو طابعٍ نظري صرفٍ؟

٣– ممَّ يستمِدُ الغيرُ سلطتهِ في الفسخ؟ وكيفَ يُمكن ضبط هذهِ السلطة؟

٤– ما هي آثار الفسخ من الغير على مَنظومةِ العقد قبل الفسخِ وبعدِه؟

٥– هل للمسؤوليَّةِ عن فسخِ العقدِ من الغير ملامحٌ خاصَّة تُميِّزها عن غيرِها؟

خامساً: نطاقُ البحث: يَدورُ محورُ هذا البحثُ حَوْلَ نِطاقيْن؛ أولُّهما النطِاقُ الشخصي والذي يتجسَّدُ بالغيْرِ الذي يحقُّ لهُ فسخ العقد الذي لم يكُنْ طرفاً فيه، إذ سَنُحاوِلُ التعرُّف على "شخص" هذا الغيرُ وتمييزه عن غَيْرِهِ من الأغيارِ في العُقودِ المُختلِفةِ. وأمَّا ثانيهُما فهو النِطاقُ الموضوعيّ والذي يتجسَّدُ بِمجموعةٍ مِن الخياراتِ الاتفاقيَّة التي تُجوِّز منح الغيرِ ما يُمكنَّهُ من فسخ العقد الذي لم يكُنْ طرفاً فيه في إطار عقد البيع بالدرجة الأساس مع الإشارة الطفيفة إلى العقود الأخرى عند الحاجة، وبالتالي سنتناولُ الجزء الذي يُخوَّلُ الغير هذا الفسخُ إذ سيخرجُ عن نِطاق هذا البحثُ الأحكام التي تتعلق بهذهِ الخيارات في إطار المتعاقدين نفسيهما فلا تعنينا، ولكنها ستُغني البحث إذْ سنستنتجّ منها أحكاماً تنطبقُ على هذا الغيرُ.

إيماناً منَّا بأنَّ الفسخ من الغير ينضوي تحته العديد من المَوضوعات، لسعةِ نِطاقه إذ سيكون التطرُّقُ لكلِّ شاردةٍ وواردةٍ فيه أمراً مستحيلاً. ولذلك سنقتصرُّ على بيان هذين النطاقين وإنْ كانَ مِن الممكنِ الإشارة

الطفيفة إلى غيرِهما. كما يتعيَّن التنويهُ على أنَّ هذا البحث مُحدد الغرض وهو البيان فقط دون الولوج تفصيلاً في أحكام النظريات الفقهيَّة التي تطرَّقت إلى مفهوم الغير النسبي والغير المطلق، فليس هذا مكانها، إذ عرضناها بصورةٍ مقتضبةٍ وركزنَّا على بيانِ مفهوم الغير وتعريف الفسخ من الغير، مؤكدين على إلتزاماته وحقوقه خلال فترة إعمال خيار الفسخ.

سادساً: أهدافُ البحث: يهدِفُ هذا البحثُ إلى التوصُّل إلى تحديد إجابات وافية بشأن النقاط المُبينَّة في أدناه:

١ – تحديد مفهوم الغير بالنسبة لفسخِ العقد؛ إذا ما عَلِمنا أنَّ مفهوم الغير قد وردَ في التشريعاتِ دون بيان معناه تفصيلاً، كما أنَّ الفسخ من هذا الغير لم يتبيَّن مفهومه تشريعياً في نِطاقِ التنظيمِ القانونيَّ لنظريَّة الفسخ، ومَع سُكوتِ المشرعِ عن تعريفهِ واختلافه في كل منظومةٍ يرِد فيها، وقد جاءتْ هذهِ الدراسةُ لتسدَّ جُزءً من النقص الذي يعتري فكرة الفسخ من الغير.

٢– تحديدُ التأصيل القانوني والفلسفي لفكرةِ الفسخِ من الغيرِ، وبيان ضوابطها وأحكامها، في الوقت الذي نرى إمكانيَّة أنْ يكونَ الغيرُ هو الشخصُ نفسه، الأمرُ الذي تهدفُ الدراسةُ إلى سبرِ غوره، حتى يسهلَّ على القارئ أخذ فكرة مفصلَّة عَنْ هذا الموضوعُ.

٣– تحديدُ الأحكام القانونيَّة لمسؤوليَّة الغير عَن مخالفتهِ الضوابط القانونيَّة والاتفاقيَّة والبديهيَّة كمُقتضيات النزاهة وحُسن النية في إعمال الفسخ من عدمهِ، وطبيعة المسؤوليَّة المدنيَّة المترتبة على الإخلالِ بتلك الضوابطُ والقيودُ حتى لا يكونَ الغيرُ متعسفاً في الفسخ بل حتى لا يكونَ مبدأ استقرار المعاملات رهين إرادة الغير وحده وكيفما اتفق.

٤– التأكيدُ على أنَّ للغيرِ قُطب الرحى في إتمام عمليَّة التعاقد أو فسخها وفقاً لما يتواءم مع مصلحةِ أحد طرفي العقد، ذلك أنَّ العولمةَ قد أفرزتْ طُرقاً جديدةً للدِعاية والإعلان عن السلعِ والخدمات على نحوٍ كَثُرَ فيه التضليل والخداع يُضاف إليه ما يعمدّ إليهِ التجار من تقديم التسهيلات لجذب أكبر عدد مِن الزبائن فيضطر المتعاقد للركونِ لغيرهِ أحياناً لبيان مدى جودة تلك السلع وعلى أساس ما يراه يتحدد مصير العقد ولا

ثمَّة قيدٍ يمنع من هذا الركونُ ذلك أنَّ خيار الفسخ الممنوح للغير قد شُرِّع لحماية رُكن الرضاء في التعاقد، ولأنَّ هذه الفكرة غير مكتملة قانوناً ستسعى هذهِ الدراسةُ إلى بيانِها كهدفٍ أخر يُضاف إلى أهدافِها.

سابعاً: منهج البحث: يتوقُّ هذا البحثُ إلى دِراسَةِ موضوع **(فَسْخُ العَقد مِنْ غَيْرِ المُتعاقِدَيْن –دراسةٌ مُقارنةٌ)** من خلال التفصيلِ في النصوص القانونيَّة والتطبيقات العمليَّة والقضائيَّة – قدر الإمكان وإنْ كانت تلك الأخيرة صعوبة واجهتْ الدراسةَ– وذلك من أجلِ تقديم صورة مُبسطَّة عن فكرة البحث، من خلال إتباع منهج تحليلي وتأصيلي ابتغاء تلخيص فكرة البحث وتخليصها من الشوائب والغموض الذي قد يعتريها. ونردفها بإسلوب منهج البحث المُقارن؛ إذ سَنُقارِنُ موقفَ القانون العراقيّ بالتقنين المدني الفرنسيّ، والقانون المدني المصريّ، والقانون المدني الأُردنيّ، مع الإشارة الطفيفة إلى القوانين المدنيَّة العربيَّة متى كانَ لديها موقفٌ أكثرُ تميُّزاً.

ومِنْ ثّمَّ نُعرِّج على أهمّ ما ورد مِن آراءٍ ثريَّةٍ قالَ بها فقهاءُ المذهب الحنفيَّ، والمالكيَّ، والشافعيَّ، والحنبليَّ، والإماميَّ، مع إشارةٍ طفيفةٍ لمواقفِ الفقه الزيديَّ، والأباضيَّ، والظاهريَّ متى كانَ ذلك مُمكناً. وحتى تكتملَّ الصورةُ اتبعنَّا المنهجَ اللإستنباطيَّ (الإستدلاليَّ) للربطِ بَيْنَ الموقفِ القانونيَّ والفقهيَّ الإسلاميَّ ومُقارنتهما معاً لتشذيبِ الرأي غَيْرِ القويمِ وإصلاحه.

ثامناً: خِطةُ البَحثُ: دعتْ ضرورةُ بحثِ مَوضُوعِنَّا المَوسوم بـ **(فَسْخُ العَقْد مِنْ غَيْرِ المُتعاقِدَيْنِ "دِراسَةٌ مُقارَنةٌ")** إلى تقسيمهِ على فَصليْن:

خُصص الفصلُ الأوَّلُ منهما إلى بيانِ ماهيَّة الفسخ من غِيْرِ المُتعاقِدَيْن، مُوزعَّاً على مبحثين، تناولنا في أولهما مفهوم الفسخ من الغير وفي ثانيهما عرَّجنا على مظاهرِه.

هذا وخُصصَّ الفصلُ الثاني لبيانِ أحكام الفسخِ مِنْ غيْر المتعاقدين، مُقسَّماً على مبحثين، كُرِس الأوَّل لمعالجة سُلطة الغير في الفسخ، وثانيهما بحثنا فيه آثار الفسخ من الغير.

الفَصْلُ الأوَّل

ماهيَّة فَسْخُ العَقْدِ مِنْ غيْرِ المُتعاقِدَيْن

الفَصْلُ الأوَّل

ماهيَّة فَسْخُ العَقْدِ مِنْ غيْرِ المُتعاقِدَيْن

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

لقدْ أَطَّرَ القانونُ أحكامَ العقد وأجازَ للمتعاقدين الاتفاق على فسخهِ، وعِندَ المُنازعة مكَّن القضاءَ مِن فسخِ العقدِ بعدَ أنْ يطلبَه أحدُهم، وهذا الأمرُ هو ما استقرَ عليهِ الفقه القانوني القديم والمُعاصر وإنْ أَلحقَّ بعضَهم الإنفساخ بنوعيّ الفسخ الذي لا نراهُ إلَّا قسيماً للفسخ لا قسماً مِنهُ، ولمْ يقفْ القانونُ عندَ هذا الحدُ، بل منعَ إنهاء العقد إلَّا بتراضي أطرافه على ذلك، وهذا يعني أنَّ القانونَ قد حددَ إطارَ العقدِ منذ إنبرامه حتى انتهاءه.

ولمَّا كانَ العقدُ هو الوسيلةُ التي مِن خِلالِها يتمُّ إشباع الحاجة الإنسانيَّة فقد يتحتَّم على أحدِ أطراف العقد أو كليهما اللجوءُ إلى الاغيارِ من أجل إتمام الصفقة، سواءٌ أكانَ إتمامها بالإجازة أم بالفسخ، إذ يُخوَّل هذا الغيرُ ما يُمكنَّهُ مِن ذلك اتفاقاً ولأنَّ هذا الاتفاقُ غير مُخالِف للنظامِ العامِ والآدابِ العامة فإنَّ القانونَ لا يمنعَه، وإلَّا فإنَّ التسليمَ مُطلقاً بفسخِ العقد مِن الغير يُشكَّلُ تحدياً جسيماً قد ينالَ مِن مرتكزات نظريَّة العقد كمبدأ استقرار المعاملات، ومبدأ الأمْن التعاقدي، ومبدأ القُوة الملزمة للعقدِ. يُضاف إلى ذلك أنَّ مفهومَ الغير في لُغةِ القانون غير مُنحصر وغير مُنضبط الأمرُ الذي يتطلَّب بيان أهم ما يُميَّز الغير في الفسخِ عن الغير في المواضيعِ الأُخر في إطارِ القانون الخاص وليسَ المدني وحده.

وقد لا يقفُ الأمرُ عندَ الاتفاقِ الإرادي، بل قد يتدخَّل المُشرِعُّ في فسخِ العقدِ وذلك مِن خِلال مَنْح الغير عن العقدِ الصلاحيَّة القانونيَّة المتمثَّلة بالنص القانوني الذي بِمقتضاهِ يستطيع هذا الغيرُ أنْ يفسخَ عقداً هو ليس بطرفٍ فيه، ويترتَّب على ذلك ما يترتَّب على الفسخ من آثار. لذلك انبرى هذا الفصلُ لبيان ماهيَّة الفسخ من غير المتعاقدين، وذلك مِن خِلال تقسيمه على مَبْحثين، وكما يلي:

المبحثُ الأوَّل: مفهومُ فسخ العقد مِن الغير.

المبحث الثاني: مظاهِرُ الفَسْخ مِن الغير.

المَبحثُ الأوَّل

مَفهومُ فَسْخُ العَقدِ مِن الغَيْرِ

لا نُبالِغ إنْ قُلنَّا إنَّ موضوع الفسخ في القانون المدني قدْ نالَ الحظَ الوفيرِ من الدرس والعنايَّة الفقهيَّة على الرُّغم من اطمئنان الفقه بأنَّ الفسخ قد يقع بِحُكمِ الاتفاق، وقدْ يقَع بِحُكم القضاء متى ما طُلِبَ مِنْهُ ذلك، وإذا كانَ الفسخُ قد أوقعَ من الغيرِ فإنَّهُ من الصعوبةِ بمكان تحديد مَنْ هو المُتعاقِدُ ومَنْ هو الغيرُ؟

إنَّ الفقهُ التقليدي يحصرُ الغير بخانتين؛ إمَّا أنْ يكونَ الشخصُ غيراً من جهة أثر العقد أو مِنْ جهةِ حُجيتهِ كواقعة قانونيَّةٍ لها وجودها الذي يعترِفُ بهِ القانون، وأحياناً يتمُّ التطرَّقُ إلى الغيريَّة في مرحلةِ تنفيذ العقد، في الوقتِ الذي قد يكونَ تدَّخُل الغير في الفسخ مرحلةً ضِمن المراحل التي يُكرَّس فيها دور الغير في العقد كحقيقةٍ لا مجال لتجاهلِها.

وعليهِ، لا يكفي لإثبات دور الغير في الفسخ عدم الرِضا بما ساقهُ الفقهُ قديماً من آراء بشأنِ الغيريَّة في التعاقد عموماً، بل لا مناص من ضرورةِ البدء بخطواتٍ إيجابيَّة تتمثَّل في البحث عَنْ مَدلول الغير الضالع في فسخ العقد تحديداً، وذلك على مطلبيْن؛ نُخصصُّ أولَّهما لبيان التعريف بالغيرِ[1] عن العقدِ، وثانيهما لتناولِّ التعريف بفسخِ العقدِ من الغيرِ.

المَطلبُ الأوَّل

التعريفُ بالغيرِ عَن العقدِ

أثارَ تحديدُ مفهومِ الغيرِ في القانونِ المدني برمتهِ حفيظة الفقه البحثيَّة، وترتَّب على ذلك تعدُّد مدلول الغير في نِطاقِ العقدِ، فلمْ يَعُدْ مفهومُ الغيرِ عَن العقدِ مَحصوراً في ظرفيَّةِ انبرام العقد، بل نجدّ ثمَّةَ توسعٍ في ذلك المدلولِ، وجُلّ الدِراسات البحثيَّة في هذا الصددُ قد خَلُصَتْ إلى أنَّ مفهوم الغيرِ عموماً يُراد

---

[1] كلمةُ الغير في اللغة لها معان شتّى، فتأتي كلمة "غير" وهي نكرة، بمعنى "سوى" وجمعها "اغيار"، وهي كلمة يوصف ويستثنى بها. محمد بن أبو بكر الرازي، **مُختار الصحاح**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط٥، المكتبة العصرية– الدار النموذجية، بيروت، ١٩٩٩، ص٢٨٢. ولكن لفظةَ "الغير" مستعملةٌ وشائعةٌ في اللغة القانونية وسنكتفي بإيرادِ كلمة الغير بدلاً من غير المتعاقدين في هذه الرسالةُ.

مِنْهُ حظر امتداد الأثر المُلزم للعقدِ للغير فيعصمهُ هذا الوصفُ مِن التأثير على ذِمتهِ الماليَّة، مالمْ يرتضِ الغيرُ بذلك، ويُراد مِنْهُ أيضاً الغيرُ الذي يتعيَّن عليهِ احترام واقعة التعاقُد بذاتِها كوْن لها الوجودُ الذي اعترفَ القانونُ بهِ.

عليهِ، فإنَّ الشخصَ حِيال العقد إمَّا أنْ يكونَ طرفاً في العقدِ، أو في حُكمِ الطَرفِ، أو غيراً، ليس بطرفٍ في العقدِ ولا حتى في ظروفِ التعاقُدِ، وقد يكونَ غيراً في الفسخِ، وحتَّى نتعرَّف على الغيريَّة[1] في الفسخِ، وأدوار الغير في العلاقة التعاقديَّة برُمتِها، تقتضي الضرورةُ المنهجيَّةُ تقسيم هذا المطلبُ على فَرعين؛ يُخصصُ أولّهما لبيانِ تعريفِ الغَير عَن العقد، وثانيهما لبيانِ دورهُ في العلاقةِ التعاقُديَّة.

الفرعُ الأوَّل

تعريفُ الغير عَنّ العَقْدِ

لمْ يُعرْ المُشرّعُ اهتماماً لوَضْع التعريفات للمفاهيمِ القانونيَّة ومن بَيْنِها مفهومِ الغير عَن العقد، وبالعَوْدةِ إلى الجُذورِ التأريخيَّة لهُ نجدُ أنَّ الرومانَ هم أولُ مَن استخدمه، وأخذَ أحكامَه الفرنسيون مِنْهُم، حتَّى وَصلَ إلى القوانينِ العربيَّة مَحل المُقارنة باعتبارِ أنَّها منضوية تحت لواءِ المدرسةِ اللاتينيَّة الفرنسيَّة. ورغم هذهِ وتلك فقد ظلَّ هذا المصطلحُ عَصيَّاً على الحَصْرِ، يشوبُه الغُموض وكَثرة المَعاني المُنطبقة عليهِ[2]. فمَّرةٌ ينصرِفُ

---

[1] ذكرَ التقنينُ المدني الفرنسي مُصطلح الغير في المادة (١١٢٠) والمادة (١١٢١) مِنه، إذ تمَّ نشر مرسوم التقنين المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦ بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسيَّة بالعدد (٠٠٣٥) المؤرخ في ٢٠١٦/١٠/١، ومن هذا التأريخ دخل حيز النفاذ. والقانون المدني المصري في المواد (١٥٣ و١٥٤) منه، إذ نُشر القانون المدني المصري بجريدة الوقائع المصرية بالعدد (١٠٨/ مكرر أ) والمؤرخ في ١٩٤٨/٧/٢٩، والقانون المدني العراقي في المواد (١٥١ و١٥٢) منه إذ نُشِر القانون المدني العراقي في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٩/٨، والقانون المدني الاردني الأردني في المادة (٢٠٩ و٢١٠) منه إذ نُشِر القانون المدني بالجريدة الرسمية بالعدد (٢٦٤٥) المؤرخ في ١٩٧٦/٨/١، وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور على الصفحة رقم (٨٢٩) من الجريدة الرسمية الصادرة بالعدد (٤١٠٦) المؤرخ في ١٩٩٦/٣/١٦.

(٢) الصادق عبد القادر، **المركز القانوني للغير في العلاقة العقدية**، بحث منشور في مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠٢٠، ص٢٥. كما أنَّ الغير يختلف باختلاف النظام القانوني الذي ورد فيه، ولمعرفة المزيد عنها يُنظر: عباس حسن الصراف، **المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة/ كلية الحقوق، ١٩٥٤، ص٣٧. زينب جمعة محسن حسن، **عقد البيع المفتوح (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠٢١، ص٩٨ وما بعدها. نور نزار جاسم، **مسؤولية المتعاقد قبل الغير في إطار المجموعة**

إلى الغيرِ المُعتبرِ في حُكم المُتعاقد، **وتارةٌ** إلى الغيرِ المُرتبط بالمُتعاقد، **وحينٌ** إلى الغيرِ الأجنبي عَن العقدِ، **حتى يصلَّ** إلى الغيرِ في الفسخِ. الأمرُ الذي يقتضي بيان كُل ذلك وفقاً للفقراتِ المُبينَّة أدناه:

أولاً: الغيرُ المُعتبرُ في حُكم المُتعاقِد: قد لا يكونَ الشخصُ طرفاً [١] في العقدِ لحظة إبرامه، بَيْنَما يُصبِحَ كذلك في مرحلةِ ترتيب آثار العقدِ أو في مرحلةِ التنفيذ [٢]، وهنا يتمُّ الخُرُوجُ على مَعالِمِ قاعدةِ نسبيَّة أثر العقد[٣]. وحتى نتعرَّفَ على هذا الشخصُ الذي يُعدُّ مِن الأغيارِ عن العقدِ والذي سَيُقَدَر لهُ لاحِقاً فسخ العقد الذي لمْ يَكُنْ طرفاً فيه، سَنُقسِّمُ هذه الفقرةُ إلى ما يلي:

١ – الخلفُ العامُ[٤]:

العقدية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين/ كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص١١. د. غني ريسان جادر الساعدي، **معالجات وحلول لمسائل في القانون الخاص (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ص١٦١

(١) وردت العديد من النظريات لتحديد مَن هو الطرف في العقد من عدمه، لا يسع المقام لتفنيدها. يُنظر بصددها:

Frédéric Dal Vecchio, **L'opposabilité des conventions de droit privé en droit fiscal,** l Harmattan, paris, ٢٠١٤, p. ٣٠.

محمد عبد الفتاح عبد العظيم، **نظرات حول مفهوم الطرف في العقد**، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط، من دون مجلد، العدد (٧١)، ٢٠٢٢، ص١١١. د. هلدير أسعد حمد، **نظرية الغش في العقد**، تقديم د. محمد سليمان الأحمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص ٥٦. د. ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، من دون طبعة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص٧٠.

(٢) يرى الفقه الفرنسي أنَّ دخول الشخص في دائرة التعاقد وخروجه منها إلى دائرة الغير عن العقد؛ بدليل أنَّ الخلف العام وهو في مركز تعاقدي نسبي كما مرَّ بنا– يُعدّ غيراً عن العقد في أحوالٍ استثنائيَّة وكذلك الخلف الخاص هو غيرٌ عن العقد الصوري. يُنظر:

Weill**, le principe de la relativité des conventions en droit privé français** , thése , paris , ١٩٣٨, p. ١٢٨-١٣٠.

(٣) د. وليم سليمان، **التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، المطبعة التجارية الحديثة، مصر، ١٩٥٥، ص٣٧٥. د. شمس الدين الوكيل، **دروس في الالتزامات**، من دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٢٨.

Xavier Labbée **, Introduction générale au droit: pour une approche éthique**, ٣ edition, presses universitaires, france, ٢٠٠٥, ١٢٩

(٤) يُقصد بالخلفِ العامِ "الشخص الذي تنتقل اليه الذمةُ المالية لسلفه، أو جُزء منها، ويُقدّر بكسرٍ حسابي كالربع والثلث، وهذهِ الصفة لن تتحقق إلا بوفاة السلف، حيث يكون الخلفُ العام إما وارثاً، أو موصى له بنصيبٍ شائعٍ مِن التركة، بعكس الموصى له بمالٍ معيّن، فإنَّهُ لا يكون خلفاً عاماً بل خلفاً خاصاً". يُنظر: د. أحمد شوقي عبد الرحمن، **جزاء الاخلال بالعقد في القانون المدني في الفقه والقضاء المصري**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ٢٠١٠، ص١٥٦. وطالما أنَّ فكرة الخلافة

لا تتحققُ صفةُ الخلف العام إلَّا بعد وفاة السلف[١]، وَمِنْ ثَّمَ فلا يُمكن أنْ يتصوَّر فسخُ العقد الذي أبرمه الخلف بَعْدَ وفاتهِ سواءً بالاتفاق مع السلفِ أو بموجب نص في القانونِ. وذلك لأنَّ الموتَ أمرٌ غيبي لا يَعرِفُ الانسانُ على وجهٍ التحديد في أيَّ يومٍ يموت، يُضاف إلى ذلك أنَّ هذا الأمرُ يتجاوزّ على مَبْدأ استقرار المُعاملات ولا يتواءم معه. ولا يَجوز مَنْح الخلف العام خيار إجازة العقد أو فسخه بل لا يجوزُّ حتى توريثه هذا الحقُ – كما سنرى[٢]. أمَّا لو كانَ التصرفُ الذي أجراه السلف ضاراً بالخلفِ ومضافاً إلى ما بعدَ الموتِ فإنَّ الأثرَ هنا هو عدمُ سريان أثر العقد في ذمةِ الخلف، أي بِعَدِّهِ مِن الغيرِ عن العقدِ، وعدم النفاذ لا يُوازي الفسخ [٣]. وبالتالي فإنَّ عدم إجازةِ التصرُّف تعني البُطلانَ لا الفسخَ [٤]. كما نجدُّ التقاءَ القانون الفرنسيّ[٥] مع القانون المصريّ والعراقيّ والأردنيّ في أنَّ أثرَ العقد ينتقلُ إلى الخلفِ العامِ بحقوق العقد دون

العامة لا تقتصر على الشخص الطبيعي فإنَّها تشمل الشخص المعنوي ايضاً كحالة الاندماج بين الشركات، حيث تُعد الشركة الدامجة خلفاً عاماً للشركة المندمجة. يُنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، **موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة**، الكتاب الثاني، من دون طبعة، دار الجيل، بيروت، ، ١٩٨٤، ص٥٧٠، الهامش رقم (١). كما تجدر الإشارة إلى أن الوارث الوحيد هو الذي يسمى خلفاً عاماً، أما المشترك مع غيره أو الموصى إليه بحصة معينة فيسمى خلفاً بسببٍ عام. يُنظر: حلمي بهجت بدوي، **أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد**، من دون طبعة، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص٢٩٣.

(١) نبيلة الكراي الوريمي، **حائز العقار**، تقديم: د. محمد كمال شرف الدين، ط١، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص٣٦٥. د. عيسى عبده، **العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة**، ط١، دار الاعتصام، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٢٩.

(٢) لأن وصف الخلف العام لا يتحقق إلا بالوفاة لذا لا يمنح الخيار وهو على قيد الحياة أي السلف لأنه وارث مفترض لا خلف. وأما قضية التوريث فلأن الخيارات المقترنة بالعقد لا تشكل حقا مالياً بل هي حق لم ينشأ حال حياة السلف فلا يمكن مطالبة المتعاقد مع السلف به. يُنظر: محمدي سليمان، **نفاذ العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر/ كلية الحقوق، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص٦٩.

(٣) حيث لا تنفذ وصاياه إذا زادت عن الثلث، وتبرعاته فب مرض الموت. يُنظر للمزيد: د. عصام أنور سليم، **اعتبار الوارث من الغير** استثناء، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، من دون سنة نشر، ص١٤٥. رائد صيوان عطوان، **الاجازة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠٠٧، ص١٣٢ وما بعدها.

(٤) كما في بيع ملك الغير. يُنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، **مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٢، ص٣٠٤. وسنعود لمعالجة هذا الأمر في الصفحات اللاحقة.

٥(٥) في القانون الفرنسي يستمر الورثة بشخصية مورثهم القانونية فيعتبرون امتداد لها. يُنظر:

John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker, **Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the avant-projet de reforme de droit des obligations et de la prescription**, Forewords, oxford, Britain, ٢٠٠٩, P. ٢١٥.

الالتزامات [١]، إلا أنَّ القوانينَ الثلاثة الأخيرة تختلفُ مع القانونِ الأوَّل بأنَّها تُقيَّد ذلك بقواعدِ الميراث [٢]. وبما وبما إنَّ الخلفَ هو وارثٌ مُفترضٌ لسلفهِ فيجوزُ الاتفاقُ حال حياتهما على منْحِ الوارث صلاحيَّة فسخ العقد المبرم بَيْنَ سلفه والمتعاقِد معه خلال مدةٍ معينة. أمَّا الفقهُ الإسلاميّ فلم يعرِفْ مُصطلحَ الخلف العام بالمعنى القانوني لهُ[٣].

٢ – **الأَصيلُ في النِّيابةِ**[٤]: بُررِتْ النيابةُ على أساسِ أنَّها شكلاً مِن اشكالِ الافتراض القانوني[٥]، وإلَّا فلا تفسير عُقلائي يَقبل أنْ يكونَ مَن أبرمَ العقدَ غيراً عَنْه ومَنّ لم يَبرمْه طرفاً فيهِ! ويُعَدُّ الأصيلُ مِن الغير بالنسبةِ إلى العقد الذي يبرمه الوكيل متجاوِزاً حُدود النيابة [٦]. غير أنَّ المُشرِّعَ قد احتفظَ للوكيلِ بصفته

---

(١) د. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، من دون طبعة، الجمعية الأردنية، الأردن، ١٩٨٧، ص ١٧٦.

(٢) تُنظر المادة (١/١٤٢) مدني عراقي، وتقابلها المادة (١٤٥) مدني مصري، والمادة (٢٠٦) مدني أردني، والمادة (١١٩٩) من التقنين المدني الفرنسي وهي المادة المرادفة للمادة (١١٦٥) من القانون المذكور قبل تعديله.

(٣) والمبدأ عندهم أنَّ لا تركة إلا بعدَ سداد الدين، بمعنى أن مسؤولية الخلف عن ديون سلفه لا تتعدى حدود تركته ليس إلا. يُنظر، نقلا عن: د. جميل الشرقاوي، **النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص٣٦٦. ولذلك يُشكك اتجاه في الفقه في مدى إمكانية اعتبار الخلف العام طرفاً حكمياً في العقد على أساس فكرة الإستخلاف. يُنظر: د. صبري حمد خاطر، **الغير عن العقد**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص٤١.

(٤) تُعرّف النيابة بأنّها:" تصرفٌ قانوني معين يتولى إبرامه شخصٌ يسمى النائب وتقع آثاره مباشرة في ذمة شخص آخر يسمى الأصيل بحيث لا يكون للنائب الذي باشر التصرف شأن بآثاره التي ينفرد بها الأصيل والغير الذي تعامل معه النائب"". يُنظر: د. جمال مرسي بدر، **النيابة في التصرفات القانونية**، ط٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٠، ص٩. وبنفس المعنى يُنظر: د. عبد الرحيم عياد، **أساس الالتزام العقدي (النظرية والتطبيقات)**، من دون طبعة، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٢، ص١١٣.

(٥) يقصد بالافتراض القانوني:" وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، تقوم على أساس افتراض امر مخالف للحقيقة دائما، يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تغيير نصه". يُنظَر د. السيد عبد الحميد فوده، **الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣، ص١٥.

Rudolph “von” Ihering , L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son development,volume ٤, TomeIv, A. marescq, paris, ١٨٨٠, p. ٢٠٥.

(٦) د. محسن عبد الحميد البيه، **فكرة الوكالة بغير نيابة**، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، من دون مجلد، العدد (خاص ٩٩٥)، ٢٠١٢، ص٢١.

كوكيل في حالاتٍ مُعينة نصَّ عليها في القانون [١]. ويترتَّب على عدم إجازةِ الأصيل في العَمليَّة التعاقديَّة لهذا العقدُ [٢] يعني أنَّ التصرُّفَ غير نافذٍ في حقهِ فهو مِن الغيرِ عنه[٣]. وعلى هذا يكونُ الأصيلُ غيراً عَن العقد ويحقُّ لهُ فسخه في حالتين: أحدهما اتفاقيَّة، والأخرى قانونيَّة، فأمَّا الأولى ففي العقدِ الذي يُبرم مِن الوكيل بشرط أنْ يكونَ الخيارُ للموكلِ في فسخِ أو إجازة العقد خلال مُدَّة مُعينَّة. وأمَّا الحالة الثانيَّة ففيما لو كانَ الشخصُ قد خوَّل غيره إبرام عقد على أنْ يشترط على البائعِ أنْ يكونَ الخيارُ لهذا الغيرُ في فسخِ العقدِ أو إجازتهِ خلال مدةٍ مُعينةٍ، ثم يفقد أهليتهِ خلالها، إذ ينتقل الخيار هنا إلى النائبِ القانوني أو القضائي حسب الأحوال، ولم يرتضَ الشارط بذلك كونَ شخصيَّة الغير فاقد الأهلية محل اعتبار لديهِ، فيمعمَد إلى فسخهِ رُغمَّ أنَّهُ غيراً عَنْ مرحلةِ إبرامهِ.

وذهبَ جُمهورُ الفقهاء في الفقه الاسلاميّ مِن المذاهبِ الإسلاميَّة مَحل المُقارنة [٤] إلى جوازيَّة مُخالفةِ الوكيل حُدود الوكالة متى ما كانتْ المُخالفةُ مُنطويةً على نفعٍ للموكل. في حينِ خالفهم الإماميَّة[٥] في ذلك فلا يجوزَّ عِندهم مُجاوزة الوكيل لحدودِ وكالتهِ مُطلقاً.

٣- **المُتنازَل لهُ عَن العقدِ:** يُقصدُّ بالتنازلِ عَن العقدِ عمليَّةُ نقل المَركز العقدي بِما يحتويه مِنْ حقوقٍ

---

(١) تُنظر المادة (١١٥٦ مدني فرنسي)، والمادة (٢/٧٠٣ مدني مصري)، والمادة (/٩٣٣ مدني عراقي)، والمادة (٨٤٠ مدني أردني).

(٢) تُنظر المادة (٢/٩٤٤ مدني عراقي)، ولا مقابل لها في القانون المدني المصري والأردني.

(٣) د. إسماعيل عبد النبي شاهين، **مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)**، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر/ جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٩، ص١٣٤. د. يوسف عبد الفتاح المرصفي، **النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، نشر خاص، ١٩٨٧، ص١٥٣.

(٤) للحنفية، يُنظر: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ملك العلماء، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٦، ط١، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨هـ، ص٢٤. للمالكية، يُنظر: : محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج١، بلا طبعة، دار الفكر، بيروت، ص٥٨٨. للشافعية، يُنظر: تقي الدين ابو بكر بن محمد الحصيني الدمشقي الشافعي، **كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار**، تنقيح: خالد العطار، ج١و٢، ط١، شركة ودار الارقم بن أبي الارقم، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٣١. للحنابلة، يُنظر: موفق الدين بن قدامة المقدسي، **المغني على مختصر الخرقي**، اعتنى به محمد عبد القادر عطا، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٩٧.

(٥) احمد الخوانساري، **جامع المدارك في شرح المختصر النافع**، ج٣، ط١، تعليق: علي اكبر الغفاري، جابخانه حيدري، ايران، ١٣٨٧هـ، ص٤٨٤.

والتزامات إلى الغيرِ الذي يحلُّ محل المُتنازل ويُسمَّى المُتنازَل لهُ [١]، مثل حوْالتي الحقِ والديْن في القوانين محل المقارنة مِنْ حيث المعنى، وبالنسبةِ إلى المُشرِّع الفرنسيّ فقد تناولَّ هذه الفكرةُ بشيٍ مِن التفصيلِ [٢]، مثالٌ على ذلك المستأجرُ الجديدُ الذي يكونُّ في حالةِ التنازُل عن الايجارِ في حُكم المستأجر الأوَّل المتنازَل عَن الايجارِ. وبالتالي يجوزُّ الاتفاقُ مَع المُستأجر عِنْدَ التعاقُد على فسخِ العقد متى ما أرادَ المتنازَل لهُ عَن المأجورِ ذلك.

ثانياً: الغيرُ المُرتبِطُ بالعقدِ: والمُراد بالغيرِ هُنا كلُّ مِن انتقلتْ إليه بِموُجِبِ العقد حقوقٌ مِمَنْ تعاقد معه، واشهرُ مثالاً على ذلك هو الخلفُ الخاص، وأطرافُ المجموعة العَقديَّة. وسَنبحثُّهما وفقاً للنحوِ الآتي:

١ – الخلفُ الخاصُ[٣]: تتفقُّ القوانين المدنيَّة الفرنسيّ والمصريّ والعراقيّ والأردنيّ على أنَّ "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإنَّ هذهِ الالتزامات والحقوقُ تنتقلَّ إلى هذا الخلفُ في الوقتِ الذي ينتقلُّ فيهِ الشيء إذا كانتْ مِن مستلزماته، وكانَ الخلفُ الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" [٤].

---

(١) عقيل محمد موسى الغبان، **الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، ٢٠٢٠، ص٦٥. كما عرفه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في مبادئه المتعلقة بعقود التجارة الدولية بأنه:" تخويل المتنازل للمتنازل له، بموجب اتفاق بينهما، لحقوق والتزامات المتنازل المتولدة عن عقد مع طرف آخر". يُنظر:
Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Institut International pour l'unification du droit privé, Rome, ٢٠١٦, du site: www.unidroit.org.fr, section ٣, cession de contrat, art ٩,٣,١, p. ٣٥٧.

(٢) تُنظر: المادة (١٢١٦ ف١ و٢و٣) مدني فرنسي، والمادة (١٤٨) من مشروع وزارة العدل الفرنسية.

(٣) يُعرّف الخلف الخاص بأنّه:" مَن يتلقّى ملكية شيء معين بالذات أو يتلقّى حقاً عينياً على ذلك الشيء بموجب عقد من عقود المعاوضات أو عقود التبرع فالذي يشتري عقاراً أو منقولا أو دينًا يكون خلفاً خاصاً للبائع". يُنظر: فريد فتيان، **مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص**، من دون طبعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص١٥٤. د. احمد نشأت، **رسالة الاثبات في التعهدات**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٥٥، ص٢٨٨.

(٤) تُنظر المادة (١٦١٥) و(٨٧١) و(١٧٤٣) مدني فرنسي، أي إن جميع الحقوق تنتقل من البائع إلى المشتري بإعتبارها من ملحقات الشيء. يُنظر:
A. Arsac-ribeyrolles. essai sur la notion d'économie du contrat, pour obtenir le grade de docteur en droit de l'université clermont i,٢٠٠٥,p.٢٠٠.
(١٤٦) مدني مصري، والمادة (١٤٢) مدني عراقي، والمادة (٢٠٧) مدني أردني، والمادة (١٦١) من المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني.

ومن امثلتهِ المُشتري والمَوهوب لهُ [١]. وبالطبعِ، فإنَّ الحديثَ هُنا يقتصرُّ على الحقِ الشخصيّ وليسَ الحق العينيّ لأنَّ كلَّ ما ينتقل إليهِ بموجبهِ يكون على أساسِ أنَّ الحقَ العينيّ حُجةٌ على الكافةِ وعلى الخلفِ الخاص احترامه إذا ما نُقل إليهِ [٢].

وفيما يتعلَّق بموقفِ الفقه الإسلاميّ بهذا الصَددُ، نجدُّ أنَّ فكرةَ الخلف الخاص عِنْدَهُم تتبَعُ فكرة حقوق العقد وحكم العقد[٣]، فالاتفاقُ قائمُ لدَيْهُم على أنَّ الغيرَ لا يكتسِب مِن العقد حقٌ، ولا يلتزم بأثرٍ مِن آثاره، في حين نجدُّ الخلافَ مُحتدَّاً بَيْنَهُم بصددِ حُقوق العقد، فمِنْهم مَنْ أجازَ صرفَ تلك الحقوقُ إلى الغيرِ كما لو مُنِح الغيرُ الخيار بِفسخٍ، أو إجازةٍ العقد المقترن بهِ خيار الشرط[٤]، ومِنْهُم مَنْ قصَر حُقوق العقد على عاقديها . وخُلاصةُ الأمر، أنَّ الخلفَ الخاص مِنْ حيث الأصلِ هو غيرٌ عن العقدِ، غير أنَّ القانونَ عدَّه طرفاً في العقدِ متى ما توافرتْ فيه الشروطُ الواردة أعلاه[٥]، وبخلافِ ذلك يبقى مُحتفظاً بصفتهِ كغيرٍ عن

---

(١) د. فواز رضوان العربي، **نظام الحيازة في المجتمع البدوي**، بلا طبعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر،١٩٨٠، ص٢٩ د. عبد الوهاب بنداري، **شرح العقود المدنية (دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)**، الجزء الأول، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨، ص١٣٢.

(٢) د. طارق كاظم عجيل، **نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ص٢٠٦.

(٣) يقصد بحقوق العقد:" هي الاعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب أو بخيار الرؤية والشرط، وضمان رد الثمن اذا استحق المبيع". يُنظر، نقلا عن: د. وهبة الزحيلي، **العقود المسماة في قانون المعاملات الاماراتي والقانون المدني الأردني**، ط٨، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٤، ص٣٠٠. أما حكم العقد فيقصد به:" ما يترتب شرعاً على العقد من أثر يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر، أي هو الغرض الأصلي المقصود من العقد للعاقدين، فحكم عقد البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري واستحقاق الثمن للبائع. يُنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١٧٠ وما بعدها. وللمزيد عن هذه الفكرة، يُنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، **اصالة الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٥٩. د. اكرم محمود حسين البدو، **حكم العقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٥)، العدد (٥٥)، ٢٠١٢، ص٤ وما بعدها.

(٤) وهذا الخيار يختلف عما يسمى في الفقه الإسلامي (اشتراط النفع لاجنبي عن العقد)، والتي أقرها الحنابلة والمالكية الذين أشاروا إلى أن الحرية مقررة للمتعاقدين في تضمين عقودهم ما شاءوا من الشروط. يُنظر، نقلا عن: د. عباس حسني محمد، **الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن**، من دون طبعة، شركة مكتبات عكاظ، السعودية، ١٩٨٤، ص١٥٤. أما في خيار الشرط فلا انتفاع للغير من العقد بل عليه أن يجيزه أو أن يفسخه فقط.

(٥) وهناك حالة أخرى غير ما ذكر سلفاً أقرها القضاء المصري وهي عدُّ الخلف الخاص من الغير في العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقالها إلى الخلف فلا تسري آثارها عليه". يُنظر: نقض مدني في ٢١/فبراير/

العقدِ. ومِنْ حيث كونهُ غيراً في الفسخِ فلو اتفقَ السلفُ مَعه على مَنْحهِ خيارِ الفسخِ في عقدٍ هو أجنبي عِنْه صحَّ ذلك.

٢ – **المجموعةُ العقديَّة**(١): مِن أبرزِ ملامح تطور مفهوم الغير فكرةُ الأُسرة العقديَّة أو المجموعة العقديَّة فكُلّ مِنْ صار طرفاً فيها لا يُعدُّ مِن الأغيار في كُل العقود المُبرمة ضِمن نِطاق هذهِ الأسرةُ المُتماثلة في محل العقد وسببه (٢). ويرى الفقهِ أنَّ القضاء الفرنسيّ مازال متردداً في اعتبارِ أطرافِ المجموعة العقديَّة من الغيرِ بالنسبةِ للعقدِ الآخرِ، أمَّا مشروع كاتالا فقد تنبَّه إلى هذا الأمر ونص عليه في المادة (١١٧٢-١١٧٢/٣) منه(٣). وفحوى هذهِ النصوصُ أنَّ أطرافَ المجموعة جميعاً ينصرف أثر عقودهم إلى جميعهمِ في بعضِ الشُروط ولو لمْ تتضمنْها عقودهم متى ما كانوا قد عَلِموا بها دون إبداء أي اعتراضٍ عليها (٤). أمَّا في القوانين العربيَّة محل المقارنة ومِنْها القانون العراقيّ فلَمْ تُنظمْ هذهِ الفكرةِ بَعْدَ صراحةً في القانون المدنيّ.

فالغيرُ في فقهِ(٥) نظريَّة المجموعة العقديَّة هو كلُّ شخصٍ يوجد خارج المجموعة العقديَّة ولا يربطه أي عقد مع أحد أطرافها غير أنَّ هذا العقدُ يجب أنْ يكونَ لهُ صلة بتنفيذِ باقي العقود، فعلى سبيل المثال الغير الممنوح حق الفسخ أو الاجازة بَعْدَ تجربة المبيع لا يُعَدُّ طرفاً في عقدِ البيع ولكنه ارتبط مع العاقد المانح بعقدِ فَحصِ المَبيع أو تجربتهِ. ومَع ذلك، يجوزُ أنْ يكونَ أحدُ أطراف المجموعة العقديَّة غيراً فاسخاً

١٩٧٩ الطعن رقم ٥٢٩ س٤٨ قضائية. نقلاً عن: الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض، ج٥، سنة٣٠، ١٩٧٩، ص٣٧٧.

(١) ويُقصد بالمجموعة العقدية "مجموعة من الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات متعاقبة على مال واحد، أو مرتبطة بقصد تحقيق هدف اقتصادي مشترك". يُنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط١**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٥٣٥. وللمزيد عن هذا الموضوع يُنظر: محمد عبد الملك محسن الحبشي، **النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠٠٦.

(٢) د. غني ريسان جادر، **الجديد في إشكاليات المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ص١٩٨.

(٣) وهو ابرز أعضاء اللجنة التي شكلتها وزارة العدل الفرنسية لتعديل التقنين المدني الفرنسي.

(٤) د. محمد حسن قاسم، **القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الثاني**، ط١، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨،، ص١٣١.

(٥) حياة حامي، **الرابطة العقدية في تصور نظرية المجموعة العقدية**، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد (١٠)، العدد (١)، ٢٠٢٢، ص٤٣١.

لعقدٍ لا ينضوي تحت هذهِ المجموعةِ كما لو أبرمَ أحد أطراف المجموعة عقداً مع شخصٍ ما وجعل حق الفسخ لأحد أطراف المجموعة العقديَّة الاغيار عَن العقد الأخير. ونفسُ الشيء يُلحظُّ بالنسبةِ إلى الفقهِ الإسلاميّ فهو لمْ يعرِفْ هذهِ التسميَّةُ صراحةً، وإنْ عَرِفَ تطبيقاتَها.

ثالثاً: الغيرُ الأجنبيّ عَن العقدِ: أنَّه لَمِنْ المُقرر بداهةً أنَّ المُتعاقدين هُما الدائن والمدين وخلفهما سواء تمَّ التعاقُد أصالة أم نيابة [١]. لذا استقرَ الفقهُ على أنَّ الغير المَعني بقاعدةِ نِسبيَّة أثر العقد هو الغيرُ الأجنبيّ تماماً عَن العقد [٢] وعُرِفَ بأنَّه:" مَنْ لمْ يكُنْ طرفاً في العقد لا أصالة ولا نيابة" [٣]. بمعنى أنَّ كُل مَنّ لمْ يكنْ طرفاً متعاقداً ولا خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصَّاً هو مِن الغيرِ الأجنبي تماماً عَن العقد فلا يُضار منه ولا ينتفع منه. ولا يوجد ثمَّة ما يمنع من أن يكون الغير في الفسخ هو أحد هؤلاء.

هذا ولمْ يضعْ الفقهُ الاسلاميّ تعريفاً محدداً للغير رغم أنَّهم تطرَّقوا إليه في بابيَ البيع والوكالة، سيما الفقه الحنفيّ[٤]. وهو كل مَنْ لا صلة لهُ بالعقد.

رابعاً: الغَيرُ في الفسخِ: يمكن أنْ نعرف "الغير" في الفسخ بأنه: **هو كُلُّ شخصٍ طبيعي أو معنوي منحهُ أطراف العقد حق فسخ عقدهم عند توافر ما يقتضي ذلك بموجب القانون، أو منحهُ المُشرِع صلاحيَّة**

---

(١) د. نبيلة إسماعيل رسلان، **العلاقات القانونية الثلاثية**، أطروحة دكتوراه، جامعة طنطا/ كلية الحقوق، ١٩٨٧، ص ٤٨. تجدر الإشارة إلى أنَّ هذه هي النظرة الفقهيَّة التقليديَّة في الوقت الذي تتعرَّض فيهِ نظريَّة العقد إلى تحدياتٍ جِسامٍ؛ منها أنَّ التسليم بأَنَّ الإرادة صاحبة المقام العالي في التوجُّه نحو التعاقد من عدمه؛ نجد أنَّها على الرغم من ذلك مُقيَّدة بالنظام العام العقدي ومِن التحديات الأُخَّر أنَّه من الممكن اليوم إبرام عقد من جانبٍ واحد وهي العقود التي يكون فيها أحد الأطراف ملتزماً بالتنفيذ فقط، مثل الوعد بجائزة، وللمزيد عن تلك العقود، ينظر: نور علي مهدي، **العقود أحادية الجانب (دراسة مقارنة في ظل النظام الانكلوامريكي والقانون المدني العراقي)**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠٢١.

(٢) محمود احمد محمود بني عطا، **انتقال الحق في الانتفاع بالمأجور الى الغير وفي القانون الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك/ كلية القانون، ٢٠٢٠، ص٩. د. محمد حسن قاسم، **القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الثاني**، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص١٤٧.

(٣) Calastreng (s:), **La Ralativite des conventions**, these (imprimee), Toulouse, ١٩٣٩, P. ٣٢.

(٤) يُنظر على سبيل المثال: محمد بن ولي بن رسول الازميري الحنفي، **كمال الدراية وجمع الرواية في شروح ملتقى الابحر**، الجزء السادس، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص١٠٩. سعدي إسماعيل عبد الكريم برزنجي، **الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٧١، ص٢٧٩.

قانونيَّة تُمكنه مِنْ فسخ العقد رُغماً عَن إرادة أطرافه متى ما توافرت مصلحة أولى بالرعايةِ مِنْ مصلحة المتعاقدين. ولتوضيحه، نوزّعُ الحديثُ إلى ما يلي:

١ – التمكينُ القانونيّ لأطرافِ العقد على منح الغير ما يمكنَّه من فسخ عقدهم: وفي هذهِ الحالةُ نجدُّ أنَّ القانون قد أباحَ لطرفيّ العقد الاتفاق على أنْ يُفسخ العقد مِنْ قبلِ الغيرِ، وبمعنى آخر فَهُما قَدْ ارتضيا أنْ تُنسب للغيرِ هذه الميزةُ، أو أنَّ أحدَ المُتعاقِدِيْن قد مَنحهُ حق الفسخِ والآخر وافقَ على ذلِك؛ أي اتجاه إرادة الأطراف المُتعاقِدة إلى قَبْولِ أنْ يُربَط مَصير عَقدهم بَيْدَ هذا الغيرُ سواءً أكانَ خلفاً عاماً أم خاصاً أم طرفاً في أُسرةٍ عقديَّة أم دائناً عادياً[١].

٢ – التمكينُ القانونيّ للغيرِ بِفَسْخِ العَقْد الذي لمْ يكُنْ طرفاً فيه: لأنَّ التدخُّلَ بفسخِ العَقد وفقاً لحُكمِ القانون إنَّما ينطلِق مِن مرمى "المصلحة" فالأخيرة هي الهدفُ الذي يسعى القانونُ إلى تكريسِ الحماية له، إذ يُمنَح الغير الصلاحيَّة القانونيَّة بفسخِ العقد الذي هو غيرٌ عنه بناءً على اعتباراتٍ وجدَ المُشرِع أنَّها جديرة بالرعايَّة [٢]. ولا نُريدُّ من ذلك القولَ بأنَّ القانونَ غيرٌ عن العقد، بل أنَّ القانونَ يمنحُ الغيرَ صلاحيَّة قانونيَّة ممثلة بنصٍ قانوني يُعطيه الشرعيَّة التي تُخوَّله فسخَ عقدٍ هو ليس بطرفٍ فيه.

كما أنَّ القضاءُ هو السياجُ المنيعُ الذي يُناط به أمر تطبيق القانون، يكون لهُ دور في فسخ العقد من دون أنْ يُطَلب منه الفسخ وهو أمرٌ قد يكونَ صعب التحقق بَيْدَ أنَّ الصعوبة لا تعني الاستحالة، إذ قد يُمكّن القانونُ القضاءَ من فسخ العقد في محاولةٍ لتحقيق مصلحة[٣] أحد الأطراف، أو كلاهما معاً، وهو موقفٌ لم يُحصَّن من سِهام النقد، حتى ذهب اتجاه في الفقه أنْ هذه الصلاحيَّة الممنوحة للقضاء تشريعيًا تُعدُّ شكلاً من أشكال "الطُغيان على العقد" [٤] والتسيُّد عليه.

---

[١] سيتم بيان ذلك بالتفصيل عند التطرق إلى المظهر المباشر للفسخ من الغير في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الرسالة.

(٢) يرى الدكتور عبد المجيد الحكيم أن غير المتعاقدين في باب الصورية هو كُل من له مصلحة تتأثر سلباً أو إيجاباً بالتصرف الصوري وهم الخلف الخاص والدائن العادي لكُلٍ من المتعاقدين. يُنظَر مؤلفهِ: **الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الثاني– احكام الالتزام**، ط٦، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٠٩.

(٣) تعرف المصلحة في فلسفة القانون بأنها المنفعة أو "خاصية الشيء الذي تجعله ينتج فائدة". يُنظر: د. عبدالرحمن بدوي، **الاخلاق النظرية**، من دون طبعة، وكالة المطبوعات، الكويت، ١٩٧٥، ص٢٤٧.

(٤) أبرز مَن طرح هذا الموضوع على طاولة البحث العلمي هي: ميسم غزال، **طُغيان القانون على العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة حلب/ كلية الحقوق، ٢٠٢٠.

الفرعُ الثاني

دورُ الغَيْرُ في العِلاقةِ التعاقُديَّةِ

يَلعبُ الغيرُ أدوراً عديدةً في حياةِ العقدِ؛ مُنذ إبرامه حتى انقضاءه وهو الطريقُ الطبيعيّ لتنفيذِ العقدِ أو زوالهِ سواءً بالفسخِ أو بغيره. فَمِن هذه الأدوارُ ما يتعلَّق بمرحلةِ تنفيذ العقد بَعْدَ انبرامه، ومِنْها ما يخصُّ مرحلة ترتيب آثار العقد. ولمعرفةِ تلك الأدوارُ سَنُقسِّمُ هذا الفرعُ على نُقطتين؛ إذ سنبحثُ في دورِ الغير في تنفيذ العقد **(أولاً)**، ودوره في آثارهِ **(ثانياً)**.

أولاً: دورُ الغَيْرُ في تنفيذ العقد: يُمكن تصوَّر قيام غير المُتعاقِد في تنفيذِ العقد مِنْ خلال صورٍ عديدةٍ؛ فقد يكونَ مُتدخلاً في تنفيذهِ بِموُجِب نص القانونِ، أو حُكم القضاء أو الاتفاق، وسنتولَّى توضيحها تباعاً:

١ – تدخُّل غير المُتعاقِد بتنفيذِ العَقد بُموُجِب نصّ القانون: هنا يتدَّخلُ الغيرُ في تنفيذِ العقد دون الحاجةِ إلى رضاءِ العاقد الآخر.

ومن أبرزِ التطبيقات القانونيَّة على ذلك المشتري للعقار المؤجر[١]، إذ لم تُغلْ القوانينُ محل الدراسة يدَّ المؤجر عَن التصرّف في العقارِ المأجورِ [٢].

ومِن أهم الآثار التي تترتَّب على انتقال المُلكيَّة إلى المشتري؛ سريان آثار الإيجار بحقهِ، وانتقال آثاره كذلك إليهِ، إذ يبقى الإيجارُ قائماً بَيْنَ المؤجر والمستأجر ولا يُكلف المشتري إلَّا باحترام العقد وعدم إخراج المستأجر. وهذا الوضعُ لم يُرِده المُشرع بل قصَدَ انصراف أثر الإيجار إلى المُشتري الجديد حقوقاً والتزامات [٣].

---

(١) أحمد بن علي بن محمد الحميدي السعدي، **دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠١٤، ص٢٣١. وهناك من يسمي هذه العملية بتنفيذ العقد بالإنابة عندما يحصل استبدال قانوني لأحد المتعاقدين. يُنظر: هشام رفعت هاشم، **عقد العمل في الدول العربية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، الدار القومية للطباعة والنشر، ١٩٦٦، ص٨٦ و١٣١.

(٢) تُنظر المادة (١٧٤٣) مدني فرنسي، المادة (٦٠٤) مدني مصري، والمادة (٧٨٦) مدني عراقي، والمادة (٦٩١) مدني أردني.

(٣) د. صاحب عبيد الفتلاوي، **انتقال ملكية المأجور في القانون الأردني (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد (٢٢)، العدد (٢)، ٢٠١٩، ص٤٤ وما بعدها. وللمزيد يُنظر: محمد عزمي البكري، **بيع الجدك**، ط١، دار محمود، مصر، ٢٠١٧ص١٣٥.

ومعنى ما تقدَّم أنَّ المشتري، وهو غيرٌ عَن الرابطةِ العقدية المُبرمة بَيْنِ المؤجرِ والمُستأجر هو طرفٌ في آثار العقد لا في ابرامه، ولا يلتزم بتنفيذِ عقد الإيجار بإرادته، وإنَّما بنصّ القانون(١) .

٢ – تدخلُ غير المتعاقد في تنفيذ العقد بموجبِ حكم القضاء: يجوزُ للقضاءِ إدخال طرف ثالث في تنفيذِ العقد(٢)؛ ويُعدُّ المُرسَل إليهِ طرفاً أُدرج اسمه في سندِ الشحن يتكافأ مركزه ومركز مَنْ شحنه؛ ويُبنى على ذلك أنْ يكون له مصلحة في تنفيذ العقد المُبرم بين الناقل والمُرسِل (الشاحن) (٣). وهو غير عن مرحلة ابرام العقد بمعنى لم يكن طرفاً في العقد لحظة ابرامه.

وهذا يعني أنَّه مِن المُمكن أنْ يكتسبَ صفةَ الدائن والمدين، أي يُطالِب باحترام مصلحته ويُطالَب بأُجرة النقل(٤)، وإنْ كانَ هناك مَنْ يُصرّ على عدَّه مِن "الغير" عَن العقد، وأنَّ حقَّه يُشكِّلُ استثناءً على قاعدةِ نسبيَّة أثر العقد (٥). ونظراً لاختلافِ الفقه في هذهِ المسألَةُ، وسكوتُ المُشرّع عَنْ تحديدِ مركزه القانوني؛ ولأنَّ

---

(١) د. ايمان طارق الشكري، مروان كريم جاسم الخمايسي، **أحكام نفاذ عقد الايجار في مواجهة المالك الجديد**، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، من دون مجلد، العدد (١)، ٢٠٢٠، ص٢٩. ومن الأمثلة الأُخرى كذلك على تنفيذ العقد من غير المتعاقد؛ بالنسبة إلى عقد الإيجار إذ يجوز لطرفي العقد الاستعانة بغيره في تنفيذ العقد، وتعرَّف هذه الفئة بأنَّهم المساعدون والبدلاء؛ يُنظر للمزيد بصددهما: محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، المجلد السابع، من دون طبعة، دار محمود، مصر، ٢٠١٨، ص٤٨٣.

(٢) يمكن اعتبار الغير عن العقد سبباً من أسباب فسخ العقد، إذ يشير حكم صدر عن الدائرة التجارية في محكمة النقض تاريخ ٢٠٠٧/٢/١٣ إلى أن إحدى الشركات التخصصية كانت تتوق إلى تصميم برنامج الكتروني ينظم عمليات الإنتاج وإدارته، وسير الاعمال وتنظيم موارد الشركة، ويعمل به من خلال الموقع الالكتروني لها، حيث قامت بإبرام عقود أخرى مع شركات أخرى، منها: عقد امتياز لترخيص البرنامج، وعقد صيانة، وعقد تدريب، ثم ابرمت عقد خاص بالتشغيل، وبما أنَّ الشركة المصنعة للبرنامج لم تقم بتسليمه حسب الاتفاق، فسخت جميع العقود بعد أنْ طالبت الشركة بذلك، وأيدت محكمة النقض حكم الاستئناف لأن كل هذه العقود تشكل مجموعة عقدية غير قابلة للتجزئة تعمل على تحقيق هدف اقتصادي مشترك، وفسخ أي منها يقود إلى فسخ كل العقود الأخرى. يُنظر:
Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, ١٣ février ٢٠٠٧, ٠٥-١٧,٤٠٧, Publié au bulletin, available at: www.legifrance. Goiv.fr.

(٣) د. مصطفى كمال طه، **الوجيز في القانون البحري**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦١، ص٢٤٣.

(٤) أحمد بن علي بن محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٥) عاطف محمد كامل فخري، **الغير في القانون المدني المصري**، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية/ كلية الحقوق، ١٩٧٦. ويخالفهم في الرأي: د. سعيد إسماعيل عبد الكريم برزنجي، **مصدر سابق**، ص١٩٩.

واقعَ الحال يُقرُّ أنَّ غيرَ المُتعاقد لهُ دور في تنفيذِ عقد النقل.أما القضاءُ فيرى أنَّ المُرسلَ إليه طرفٌ في العقد ويتحمَّل الالتزامات الناتجة عنه، فيكونُ منحهُ صفة الطرفِ في العقدِ مُقرراً بحكمِ القضاء [١].

٣ – تدخُّلُ غيرُ المتعاقِدِ في التنفيذِ بموُجبِ الاتفاق: لأنَّ القانونَ ينظرُّ إلى الالتزامِ نظرةً مزدوجةً ماديَّة موضوعيَّة من جهةِ ويُسمّيها الفقهُ (حالة قانونيَّة)[٢] ونظرةً شخصيَّةً مِنْ جهةٍ أُخرى ويُسمّيها الفقهُ (رابطة قانونيَّة) [٣]، فإنَّه من الجائزِ أنْ يتمَّ تغيير أحد أطراف العقد ليحل محله غيره[٤]، فلو تغيَّر الدائن كُنا بصددِ الحديث عَنْ حوَّالة الحق[٥]، وإنْ تغيَّر المدين كُنا بصددِ الحديث عن حوَّالة الدين[٦]. أمَّا بالنسبةُ للمدينِ في حوَّالةِ الحقِ فبمجرَّد نفاذها في حقهِ، يلتزم بالوفاء للدائنِ الجديد (المُحال لهُ) وبعَيْن الحق الذي في ذمته للدائن القديم (المُحيل)، وهو يُصبِحُ طرفاً في العقدِ متى ما أُعلِن المدين بالحوالةِ أو متى ما قَبلها بالشُروطِ المُتفق عليها بيْنَ المُحيلِ والمُحال له ولو بغيرِ موافقة المُحال عليه (المدين).

---

(١) نقض مدني، جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩، الطعن رقم ٧٢، لسنة ٣٤ق. مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، لتاريخ ١٨، ج٣، ص١٤٠٣. نقلا عن: أحمد بن علي محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص٣١٢.

(٢) د. اسماعيل غانم، **في النظرية العامة للالتزام**، ج٢، من دون طبعة، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٧، ص٣٦٩. ويخالفهم الفقه الإسلامي في ذلك حيث نظر هذا الفقه إلى الالتزام نظرة مادية لا شخصية. يُنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، آصالة الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٢٦٤. د. شفيق شحاتة، **النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**، ج١، من دون طبعة، مطبعة الاعتماد، مصر، ص١٩٧.

(٣) د. منذر الفضل، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مصادر الالتزامات وأحكامها، ط١، دار الثقافة، الأردن، ٢٠١٢، ص٢٠. وفي الفقه الفرنسي، يُنظر:

Cabrol Pierre, **Ribeyrol Monique, Leçons de Droit des obligation**, ٢ed, eliipses editions, paris, ٢٠١٨, P.١٩.

(٤) حسين النوري، **محاضرات في الالتزام: مصادره وأحكامه**، من دون طبعة، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٣، ص٤٢١.

(٥) تعرف حوالة الحق بأنها "انتقال دين الدائن إلى غيره". يُنظر: د. زهدي يكن، **شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالشرئع الإسلامية والرومانية والقوانين الحديثة**، ج٦، من دون طبعة، مكتبة صادر، لبنان، ١٩٤٦، ص١٢. ونظمها المشرع العراقي في المواد (٣٦٢–٣٧٤) مدني، والمواد (٣٠٣–٣١٤) مدني مصري، والمواد (١٣٢١–١٣٢٦) مدني فرنسي، ولم يتطرق القانون المدني الأردني إلى أحكام حوالة الحق ولكن يمكن أن تستشف ضمناً من المادة (٥٦٠) منه.

(٦) تعرف حوالة الدين بأنها:" يقصد بحوالة الدين:" عقد بين المدين وشخص آخر يتم بموجبه نقل الدين من ذمة المدين المحيل إلى ذمة الشخص المحال عليه". يُنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، **النظرية العامة للالتزام في القوانين المدنية العربية**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩، ص٣٠١. ونظمها القانون المدني العراقي في المواد (٣٣٩–٣٤٢) منه، والمادة (٣١٥) مدني مصري، والمادة (٩٩٣) مدني اردني. والقانون الفرنسي رقم ٥١٩/٧٦ المؤرخ في ١٥/يوليو/١٩٧٦ المتعلق ببعض اشكال انتقال الديون. والتقنين المدني الفرنسي في المواد (١٣٢٧–١٣٢٨) منه.

وبالنسبةُ إلى الدائنِ في حوَّالةِ الدين فمتى ما أقرَّ الدائن (المُحال له) الحوَّالة المعقودة بَيْنَ المُحيل (المدين القديم) والمُحال عليه (المدين الجديد) يكتسب المُحال له صفة المُتعاقد بعد أنْ كانَ غيراً عَن العقد [١]؛ وبالتالي يُساهم في تنفيذهِ[٢].

أمَّا الغيرُ في الفسخَ، فهو لا يُنفذُ العقدَ وإنَّما هو مخوّل بِما يُمكنَّه مِنْ فسخِ العقد ايضاً مِنْ خلال الاتفاق كما هو الحالُ في الاتفاق على تنفيذِ العقدِ من الغير.

ثانياً: دورُ الغير في آثارِ العقد: توحدَّتْ كلمةُ القوانين محل المُقارنة على أنَّ آثارَ العقد لا تلزِم غير أطرافِه [٣]، وعلى هدي ما رسمَه المُشرع في القوانين المدنية محل المقارنة من أحكامٍ سارَ فقهاءُ القانون في شروحاتهم [٤]. كما تجدرُ الإشارةُ أنَّ أطراف العقد إنَّما يبرمون العقد وفقاً لمُبتغاهم وما تُمليه عليهم إراداتُهم؛ ولا سلطان عليهم غير القانون. لذلك لا يُلزم الغيرُ بهذا العقدُ مِنْ حيث آثاره، ولا أساس لإلزامه بتلك

---

(١) وبنفس المعنى: د. عبد الودود يحيى، **حوالة الدين (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري)**، من دون طبعة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٠، ص١٥٤ وما بعدها.

(٢) ونفس الشيء بالنسبة إلى الاشتراط لمصلحة الغير الذي يستفيد من عقد هو ليس بطرف فيه ويكون من مصلحته تنفيذه. يُنظر: حيدر عواد حمادي الشباني، **خروج تنفيذ العقد عن دائرة أطرافه (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠١٦، ص٩٠. د. جهاد زيهير ديب الحزازين، **الآثار المترتبة على عقد الامتياز (دراسة نظرية مقارنة)**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٥، ص٤٤٧. وكذلك عقد خدمات ما بعد البيع وهو عقد يشمل مجموع الخدمات المقدمة من تاجر لزبائنه بعد بيع بضاعة معينة، وتتمثل هذه الخدمات في التصليح والمراجعة والصيانة، والتجديد والمساعدة عن طريق الهاتف.. الخ". يُنظر: محمد بن عمارة، **الخدمة ما بعد البيع في المنقولات الجديدة في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران/ كلية الحقوق، ٢٠١٣، ص١٢.

(٣) يُنظر: نص المادة (١١٩٩) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أنَّه:" لا يُنشئ العقد التزامات إلَّا بين أطرافه. لا يجوز للغير أنْ يطلب تنفيذ العقد كما لا يجوز أنْ يُجبر على تنفيذه ...". وبعبارات مترادفة تُنظر: المادة (١٥٢) مدني مصري والتي نصت على:" لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". والمادة (١٤٢) مدني عراقي مارة الذكر، والمادة (٢٠٦) مدني أردني والتي نصت: " لا يرتب العقد شيئا في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". كما تجدر الإشارة إلى أن القانون الإنكليزي يُعبر عن هذه الفكرة بتسمية " Privity Of Contract ". يُنظر للمزيد:
Michael Furmston, Greg Tolhurst, **Privity of contract**, Oxford university press, ٢٠١٥.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري**، ط٣، مطبعة الجامعة– القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٠٣–٢٠٤. وللمؤلف نفسه، يُنظر: **دروس في مقدمة الدراسات القانونية**، من دون طبعة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، ١٩٦٩، ص٣٣٢ وما بعدها. د. احمد سلامة، **التأمينات المدنية، الرهن الرسمي**، من دون طبعة، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٣، ص٢٢٩.

الآثارُ[١]. عملاً بقولهِ تعالى "**كُل نَفْسٍ بِما كَسَبَتْ رهينـةٌ**"[٢]. ولكن يجب أنْ نسأل: ما مدى توافق فسخ العقد مِن الغير مع مبدأ نسبيَّة أثر العقد؟

ولغرض الإجابة فإننَّا لا نُشكك أبداً بنسبيةِ أثر العقد، ولكن لا يُمكن كذلك إهمال دور الإرادة في تحديدِ الأرضيَّة التي يجبُّ أنْ يُبنى عليها العقد؛ فما دام الشخصُ قد مُنح مكنة فسخ العقد فإنَّه ارتضى أنْ يتأثر بالعقدِ ويؤثر به، فمِن الجهة الأولى فيمُكن الحديثُ عَنْ نهوضِ مسؤوليتهِ المدنيَّة فيما لو تعسَّفَ أو امتنع عن الفسخ أو ما شابه ذلك؛ ومِنْ جهةٍ ثانية فهو يؤثرُ بالعقدِ مِن خلال فسخهِ متى ما جُوّز لهُ فسخه. وبالتالي لا تنوشه آثار العقد وإنما هو مكلفٌ فقط بالفسخِ أو الإجازةِ للعقدِ.

وهو بهذا ينطبِقُ عليه الوصفُ الذي صاغه أحد الفقهاء إذ يقولُ:" يدورُ في مُحيطِ العقد أُناسُ لا يُعدُّون أطرافاً فيه ولا ممثلين ولكن لا تُوجد قناعة لإعتبارِهم تماماً مِن الغير أي أجانب تماماً عَن العقد" [٣].

المطلبُ الثانـيّ

التَعريفُ بِفَسْخِ العَقْد مِن الغَيْر

قد يبدو القولُ بإنَّ العقدَ قد فُسِخ من غير دائرة أطرافهِ قولاً غريباً للوهلةِ الأولى؛ لأَنَّ العقدَ شريعة المُتعاقدَين، فعلى أيّ أساس يُسمَح لِمَن هو خارج نطاق التعاقُد أَنْ يفسخ ذلك العقد، إنَّ هذا الوضع لا يُمكن فك رُموزه إلَّا من خلال الاتفاق الذي يُعقد بيْنَ طرفي العلاقة التعاقديَّة على منح الغير حق الفسخ، في الوقت الذي يجوز أنْ يحتفظ فيه القانون لنفسهِ بحق فسخ العقد على الرُّغم مِن إرادةِ أطرافهِ أي مِنْ دون المرور بإرادة طرفي العلاقة التعاقديَّة. ولا يعني ذلك صيرورته طرفاً في تلك العلاقة إذ على الرُّغم من أنَّهُ يفسخ العقد الذي لم يُشارِكْ في إبرامهِ، ولا تطالْهُ آثاره، بيْدَ أنَّهُ غيراً أجنبياً عنهُ، وإذا كانَ الأمرُ كذلك فما هي المكانَة التي يشغلُّها الغير في هذا العقدِ الذي يُمنح فيه ما يُمكنهُ من فسخهِ؟ ولأَجلِّ التعرُّف على حيثياتِ هذا الموضوع؛ يتعيَّن تقسيم هذا المطلبُ على فرعين؛ نتناولُ في أولهما تعريف الفسخ من الغير، وفي ثانيهما نبحثُ في تأصيلهِ القانوني.

---

(١) أحمد بن علي بن محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص ١٥٣

(٢) سورة المدثر، الآية رقم (٣٨).

(٣) Durry (G.), OBS, R. T. D. CIV, ١٩٦٩, P. ٧٧٣. نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص٢٨٤ هامش رقم (١).

الفرعُ الأوَّل

تعريفُ فسْخ العقد مِن الغيرِ

لا مراء أنَّ نطاق إعمال الفسخ[١] لا تحتكره منظومة العقود المُنظمة في متنِ القانون المدني فحسب، بل تعدَّى نطاقه حدود وآفاق هذا القانون ليشمل فروعاً أُخرى من فروع القانون الخاص [٢]، وعِلاوةً على الاهتمام الذي أولاه لهُ الفقه تعريفاً وأحكاماً، فهو يظلُّ "أبغض الحلول"[٣]. التي قد يُصار إليها.

هذا وَلّمْ يُعرِّف التقنينُ المدني الفرنسيّ[٤]، ومثلُه القانون المدني المصريّ[٥]، وكذا القانون المدني العراقيّ[٦]، وأخيراً القانون المدني الأردنيّ[٧] الفسخ، وإذا كانَ هذا موقفُها مِنْ تعريفِ الفسخ بثوبهِ التقليدي، فهو كذلك من بابٍ أولى مِن تعريف الفسخ من الغير؛ ولهذا أحالتْ تلك القوانينُ التعريفَ بالفسخِ إلى الفقه والقضاء[٨]. ولقد درَس فقهاءُ القانون المدني الفسخ من زوايا عديدةٍ، يُمكن الوقوف عليها بشكلٍ موجز لبيانِ ملامح الفسخ من الغير مِن خلال تلك الزوايا، وهذا يتطلبُّ تقسيم هذا الفرعُ إلى فقرتين نتناولُ في أولّهما مَعنى الفسخ من الغير وفي ثانيهما نُعرِّج على سِماته.

---

(١) إنَّ الجذر اللغوي لكلمة (الفسخ) في لغتنا العربية متأتي من فسخ يفسخ فسخا فهو فاسخ، فسخ العقد او البيع: نقضه، أي: أبطله. يُنظر: د. أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المجلد الأول، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٧٠٦. وفي اللغة الفرنسية يسبغ على الفسخ وصف الجزاء (Sanction). يُنظَر:

Catherine Puigelier, **Dictionnaire juridque, larcier** , collection paradigm, ٢٠١٥, p. ١٠٩٦

(٢) فهو معروف في العقود التجارية. يُنظر: صالح عبد الكريم إبراهيم، **عقد الامتياز التجاري (دراسة فقهية تطبيقية)**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص١١٠. وفي العقود الإدارية. يُنظر: د. صفاء فتوح جمعة، **العقد الإداري الالكتروني**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٤، ص١٩٢.

(٣) عبد الله جبار خشان، **الفسخ الجزئي للعقد – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠١٩، ص٦.

(٤) عالج التقنين الفرنسي الفسخ في المواد من (١٢٢٤) إلى (١٢٣٠) منه.

(٥) عالج القانون المدني المصري موضوع (انحلال العقد) بدءً من المادة (١٥٧) إلى (١٦١) منه.

(٦) عالج القانون المدني العراقي موضوع الفسخ في المواد من (١٧٧) الى (١٧٩) وبضمنها موضوع الانفساخ.

(٧) عالج القانون المدني الأردني موضوع فسخ العقد في (٢٤٦) منه.

(٨) لأنَّهم الأقدر على تطويع المفاهيم القانونية وفقا لمتطلبات المجتمع وآداب كل جيل. وعكس هذا الرأي، يُنظر: د. غالب كامل المهيرات، **اسقاط الخصومة والآثار المترتبة عليها**، من دون طبعة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٢٠، ص١٦.

أولاً: مَعنى الفَسْخ مِن الغَيْر: بُغيةُ الإحاطةِ بتعريفِ الفسخ مِن الغير لا مناص مِن التَّعريج على الزوايا التي انبثقَ مِنْها التعريف الفقهي للفسخِ بنظريتهِ العامة، وصولاً إلى بيان تعريف الفسخ محل دراستنا، وعلى النحوِ الآتي:

١ – الطبيعة الجزائيَّة للفسخِ: ويُركِّز على كون الفسخ عموماً جزاء لعدمِ قيام أحد المُتعاقدين بتنفيذ إلتزامته [١]، فعُرِّفَ على أنَّه "جزاء لعدم تنفيذ العقد الذي انعقد صحيحاً، وتعذَّر تنفيذه بتقاعس أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به أو لتعلق تنفيذه على شرط باطل عِنْدَ رغبةِ أحد المتعاقدين في فسخ العقد عوض المطالبة بإبطال الشرط"[٢].

ويُرد على ذلك أنَّ هناك مَنْ يرى ضُعف مفهوم الجزاء في الفسخ [٣]. ولأنَّ الفسخَ ليسَ بحدِ ذاتهِ جزاء بل مِن الممكن أنْ يقترنَ بهِ جزاءٌ حقيقيٌّ كالتعويضِ وقد ينصُّ القانونُ على جزاءٍ جنائي كالغرامة، ولو صحَّ أنَّ الفسخَ جزاء لقُبِلتْ دعوى الفسخ بِمُجرَّد طلب الفسخ مِن الدائن ومِنْ دون إعمال لسلطة القاضي التقديريَّة التي غالباً ما تميل إلى مُراعاة مصلحة المدين[٤]. وأنَّ الفسخَ مِن الغير الممنوح صلاحيَّة الفسخِ هو ليسَ جزاءً بل هو وسيلةٌ لحمايةِ المتعاقد مِن الغشِ والخديعة إنْ لمْ تكنْ هناك غايةٌ أُخرى ينشدها المتعاقدُ غير الجزاءِ. وبالتالي لا مساغ لإسباغ وصف الجزاء على الفسخ مِن الغيرِ.

٢– مُلازمة الفسخ بالأثرِ الرجعيّ[٥]: فَعُرِّفَ على أنَّه :" انحلال الرابطة العقديَّة بأثرٍ رجعي؛ وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذِ التزامه العقدي، ويفترضُ الفسخُ وجود عقد مُلزم لجانبين يتخلَّف فيهِ أحد المتعاقدين عن

---

(١) Aziber Didot, seïd Algadi, contrats et droit o. h. a. d. a. des procédures collectives, l'harmattan, paris, ٢٠٠٩, P. ٣٤.

عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، **فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء**، من دون طبعة، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص١٦.

(٢) ضو القابسي، **البطلان والفسخ والسقوط والانعدام**، من دون طبعة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٧، ص٢٤١.

(٣) د. عبد الحي حجازي، **النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام**، من دون طبعة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، ص٣٦٢.

(٤) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، **فسخ العقد**، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨، ص١٣.

(٥) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية**، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠، ص٣٠١.

الوفاء بإلتزامهِ، فيطلب الآخر فسخه ليفلُت بذلك من تنفيذ ما التزم بهِ"، وهو اتجاهٌ مُنتقَدٌ فلا مُلازمة بَيْنَهما البتَّة، ولنا في تعديل التقنين المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ حجةٌ وبرهانٌ، إذ إنَّ المادة (١٢٢٩) [١] مِنْهُ قد بيَّنتْ بصورةٍ واضحةٍ الميعاد القانوني لإنقضاءِ الرابِطة التعاقديَّة بسببِ الَفسخ، فلو كانَ الفسخُ قد وقَعَ بناءً على شرطٍ فاسخٍ صريحٍ، فإنَّ هذا الشرطُ هو الذي يُحدد تأريخ زوال تلك الرابطةُ، ولو وقَع بالإخطارِ فيرتَّب الفسخ أثره من تأريخ ذلك إستلام الإخطار مِنْ قبل المدين، ولو وقَع قضاءً فإنَّ القاضي هو من يُحدد التأريخ وإنْ لم يفعلْ فمِن تأريخ رفع الدعوى.

وإذا يَممّنا شطرَ الفقه الإسلاميّ نجدّ أنَّ نظامَ الفسخِ معروفٌ عند فقهائهم، إذ يُعرّف الفسخ لدى الحنفيّة بكونه:" رفع الأصل والوصف" [٢]، ولدى المالكيّة:" رد كل واحد من العوضين لصاحبه" [٣]. وعند الشافعيّة:"

Franco Ferrari, **The CISG and its Impact on National Legal Systems**, Walter de Gruyter, Munich, ٢٠٠٨ P. ١٤١.& Michael Joachim Bonell, **The UNIDROIT principiles in practice,** second edition, martinus nijhoff publishers, united states of amerce, ٢٠٠٦, P. ٥٦٩.

سيف الدين محمد محمود البلعاوي، **جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة/ كلية الحقوق، ص١٥.

(١) Art. ١٢٢٩:" La résolution met fin au contrat.La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice....".

كما تجدر الإشارة إلى أَنَّ المُشرع العراقي أقرَّ بإمكانيَّة وقوع الفسخ في العقود الواردة على المنافع كالمادة (٧٥٢) مدني الخاصة بفسخ عقد الايجار ويقابلها المادة (١٧٢٤) مدني فرنسي، و(٥٧٠) مدني مصري، و(٧٩٤و ٧١٠) مدني أردني، والمادة (٩) من قانون تنظيم عقود الايجار الاردني رقم (٣) لسنة ١٩٧٣. وهذه العقود يجب أن تلغى لا أن تفسخ ذلك أنَّ ثمّة مائز بين فسخ العقد وإلغاء العقد، ففي الإلغاء يزول العقد بغير أثر رجعيه، بعكس الفسخ الذي يؤدي الى إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد.

See: Aziber Didot, seïd Algadi, contrats et droit o. h. a. d. a. des procédures collectives, l'harmattan, paris, ٢٠٠٩, P. ٣٤.

لذلك بهتت محاولات التفريق بين الفسخ والالغاء. يُنظر: د. عبد الحكم فودة، **الموسوعة الوفية في العقود، انهاء القوة الملزمة للعقد**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١١، ص١٠٦.

See also: Émile AGNEL, **Manuel général des assurances**, PARIS, ١٨٦١, P. ١٥١.

(٢) علاء الدين الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٥، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٤، ص ١٨١.

(٣) أبو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ص٤٦٦.

هو حَلُ ارتباط العقد "[١]، وعِنْدَ الحنابلة:" هو رفعُ العقد من حين الفسخ لا من أصله" [٢]. وعِنْدَ الإماميّة هو:" تسلّط أحد العاقدين او كلاهما على فسخ العقد عند وجود الأسباب المسوغة لذلك بعد أنّ يتم العقد بجميع أركانه وشروطه وينتُج الأثر المطلوب منه" [٣].

ومن ذلك يتضح أَنَّهم قصروا الفسخ على الأُمورِ التي تطرأ على العقدِ فتؤدَّي إلى استحالةِ بقاءه[٤]، ولمْ يُعرِّفوا الفسخ للإمتناع، فَعَنْدهم لا مجال للإمتناع عَن التنفيذِ كسببٍ من أسبابِ اللُّجوء إلى الفسخِ. ولمْ يتطرَّقْ هذا الفقهُ إلى تعريف الفسخِ مِن الغَير.

والتعريفُ الذي نضعهُ لفسخِ العقدِ مِن الغير يُصاغ كما يلي:" **انحلالُ العقدِ مِنْ شخصٍ مُخوَّل بمُقتضى خيار اتفاقيّ في العقِد؛ أو بموجب نصٍ قانونيّ؛ أو بحكمٍ قضائيّ؛ مَكنة فسخِ العقد الصحيح المُلزم لجانبين بغيرِ إخلال مِن أحد أطرافه لتحقيق مصلحة معينة، ويقع الفسخ بأثرٍ رجعي متى كانَ ذلك ممكناً** "[٥]. ولأَجلِ توضيح عناصر هذا التعريف؛ نقولُ:

١ – **فأمّا لفظة "انحلال"**[٦]: فمرادُها شمول حلَّ العقد الذي رُبما يكون ناجِماً عن حكم القضاء أو الاتفاق على الفسخِ عِنْدَ حُصول ما يُسوِّغ اللجوء اليهِ، وليشملِ كذا الفسخ الجبري للعقدِ، بوصفهِ انهاء للعقد من "غير" دائرة أطرافه، أي إنَّ المُشرِع قد أنفذ إرادته رغماً عن إرادة أطراف العقد، والمراد بالفسخ الجبري هنا الفسخ الذي مصدره القانون وليسَ أطراف العقد؛ إذ يُصبح تنفيذهم لعقدِهم مستحيلاً بفعلِ القانون الذي يُمنَح

---

(١) عبد الرحمن بن أبو بكر جلال الدين السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ط١، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ص٢٨٧.

(٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج٣، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٤٣.

(٣) هاشم معروف الحسني، **نظرية العقد في الفقه الجعفري– عرض واستدلال ومقارنات**، من دون طبعة، منشورات مكتبة هاشم، من دون مكان وسنة نشر، ص٣٥٣.

(٤) بمعنى استحالة البقاء بالنسبة إلى المستقبل ويمثلون لذلك برفع العقد غير اللازم ويسمونه العقد الجائز. يُنظر: احمد بخيث محمد حسن، **طرق انقضاء العقد وفقا لقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة ام درمان الإسلامية/ كلية الشريعة والقانون، ٢٠١١، ص٦٥.

(٥) تم وضع هذا التعريف بعد الإفراغ من كتابة الفصل الأول من هذه الرسالة.

(٦) يتناول الفقه القانوني فكرة انحلال العقد بمعنى زوال العقد سواء كان ذلك الزوال متأتياً بعد انبرام العقد أو قبل البدء بتنفيذه. يُنظر للمزيد: د. بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، ج١، من دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٩، ص٣٢٥.

الغير عَنْهُم صلاحيَّة فسخ عقدهم بل وإجبارهم – كما سيأتي – على التعاقد مع أطرافٍ أُخر. فلفظة الانحلال لا تقتصرُ على الحل الذي يكونُ بالفسخِ، بل تشملُ الانفساخِ بوصفهِ قسيم للفسخِ لا قسم منه.

٢ –**وأما لفظة "مخوّل"**: فمرادُها أنَّ الفسخ هُنا لا يرتبط بعدم التنفيذ أو الإخلال العقدي وإنَّما أحوال أخرى قد تكون مؤصلّة عن طريق الاتفاق على منْحِ الغير ما يُمكنه من الفسخِ وفقاً لمسوَّغ اتجهتْ إليهِ إرادةُ الأطراف، أو مفروضة بنصِ القانون عندما يُمنح الغير صلاحيَّة قانونية تُمكّنه مِن فسخ عقود غيْره، حيث نجدُ أنَّ المُشرع يُمنح الغير صلاحيَّة قانونيَّة تُجيز لهُ فسخِ عقود الغير[١].

٣ – **وأما عُبارة "شخص طبيعي أو معنوي أو افتراضي"**: فحتى لا يقتصرُ القول على الشخصِ الطبيعيّ، فلرُبما يُبرم العقد من "شخوصٍ طبيعيةٍ" وينحلّ من "شخوصٍ معنويَّةٍ"، أو بالفرضِ العكسي كذلك. ولرُبما يكون شخصاً افتراضياً كالموقع الالكتروني الذي يتولَّى تجرِبة بعض السلع نظير أجر. وبهذا لا يقتصرُ مفهومُ الغير على ما بينَّاه في الصفحات السابقة، فيجوز وفقاً لهذا التوصيف أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو مفترضاً كما في تطبيقات الذكاء الاصطناعي(٢).

٤– **وأما عُبارة "عقد صحيح ملزم لجانبين"**: فحتى نقصِر الكلامَ على العقدِ الذي لهُ وجود قانوني، بخِلاف العقد الباطل الذي لا وجود قانوني لهُ(٣)، وحتى تخرجَّ عن دائرةِ البحث العقودُ غير المُلزمة لجانبين ذلك أنَّه يجوز لأحدِ طرفيه انهائهِ بإرادتهِ المُنفردة فلا مساغ لإدخالِ خيار الفسخ فيها. وهي الأخيرةُ– مع ذلك– قابلةٌ للفسخِ عند نظر البعض(٤).

٥– **وأمَّا عُبارة "بغير إخلال"**: ذلك أنَّ الفسخَ لا يكون جزاءً على إخلال أحد أطراف العقد بتنفيذ التزاماته كما هو الحال إنْ وقع الفسخ بموجب حكم القضاء لإخلالِ أحد أطرافه به؛ بل على العكس من ذلك إذ أنَّه قد

---

[١] تنظر الصفحات من (٦٠) إلى (٧٤) من هذه الرسالة.

(٢) سلطان إبراهيم سلطان الهاشمي، **التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية/ كلية الشريعة بالرياض، الرياض، ١٤٢٨هـ، ص١٧٣ وما بعدها.

(٣) يتميز البطلان عن الفسخ على أساس الواقعة المسببة التي تكون محصورة في عدم استجماع العقد لأركانه أو شروط صحته، في حين العقد الذي ناشه الفسخ هو عقد ولد صحيحاً إلَّا أن تنفيذه تعرقل لسببٍ ما، وكلاهما يؤدي إلى نفس الأثر وهو زوال العقد بأثر رجعي، ولا سلطة تقديرية للقاضي في إيقاع البطلان من عدمه. يُنظر: محمد عزمي البكري، **بطلان وإبطال العقود**، ط١، دار محمود، مصر، ٢٠١٧، ص١٢.

(٤). د. أحمد إبراهيم غول، **الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، من دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٧١.

يكون نتيجة التمكين الاتفاقي كما في حالة الشروط أو الخيارات التعاقديَّة أو التمكين القانوني للغيرِ، وبالتالي لا يُنسَب إلى هذا الفسخُ أيّ شكلٍ من أشكالِ الإخلال أو التقصير.

٦- **بعدَ التجريحِ الذي طالَ نظريَّة "الأثر الرجعي"**: في الفسْخِ وتراجعها فإنَّ عدم مُجاراة التعديلات التي طرأت على التقنينِ المدني الفرنسي الذي هو مصدر للقانون المدني في الدول ذات النُظُم اللاتينيَّة في العالم موقفٌ غير قويم، لذلك يُعَدُّ الفسخُ مِن الغير فسخاً واقعاً بأثرٍ رجعي مِن حيث الأصل ومتى ما تعذَّر ذلك فلا يكون بأثر رجعي وتُجبر الاضرارُ المترتبَّةُ عليه رضاءً أو قضاءً. وجاءَ هذا الموقفُ الوسطُ بسببِ أنَّ المشرع نصَّ على رجعيَّةِ الفسخِ وبالتالي لا مساغ لإنتزاعِ الأثر الرجعي منه بسبب أنَّ القواعدَ العامة لا تساعدنا على سلكِ هذا المسلك فلا "مساغ للاجتهاد في مورد النص"[١]. وإنَّ الأمرَ يحتاج إلى تداخل تشريعي.

ثانياً: سِماتُ الفَسخ مِن الغير: ونقصدُ بها السماتَ التي يشترِك بها مع الفسخِ عموماً، وتتشظى إلى ما يلي:

١ - **إنَّـه ذو طـابعٍ وقـائيّ أو حمـائيّ**: بمعنى أنَّ منحَ الغير مكنة فسخ عقد هو أجنبيٌّ عنه لا يُمكن أنْ يكون إلَّا بهدف توفير قدر متيقّن مِن الحماية للمتعاقد الذي مَنْحه مكنة فسخ عقده، ذلك أنَّ سُبلَ الحماية التقليديَّة التي وفرَّها القانون مثل نظريَّة عيوب الرضاء أضحتْ غيرَ قادرةٍ على حمايتهِ في ظل تعقّد أساليب البيع والشراء فحتّى تتحقق حمايته وكخطوةٍ وقائيَّة تسبق الوقوع في حبائِل الغش والتدليس شُرعت هذه المكنةُ.

٢ - **إنّه فسخٌ مُتعدد المصادر**: إنَّ مصادرَ هذا الفسخُ هي الإرادةُ وهي كافيةٌ كمبدأ عام لإنشاء ما يُمكّن الغير مِن فسخ العقد[٢] والقانون بالمعنى الواسع الذي يشمل التشريع والقضاء إذ قد يُمنح القضاء صلاحيَّة تشريعيَّة تُخولّه فسخ العقود دون أن يُطلب منه ذلك، ومثله المؤسسات التنفيذيَّة كذلك فهي من الغير[٣] عن العقود حيْث أنَّها قد تُسبب استحالة في تنفيذ العقود إلى النحو الذي يقود إلى فسخهِ فسخاً جبرياً، إلى جانب نُكران المشرع للفلسفةِ الفرديَّة مِن خلال جعل الأصل في الفسخِ الصفة القضائيَّة، فيجوزُ إنْ شبَّ الخلاف بَيْنَ أطرافِ العقدِ بَعْدَ مَنْحِ الغير مكنة الفسخ أو إساءة استعمالها أنْ يتُمَ الإحتكام إلى القضاءِ لُمراقبة ذلك الوضع.

---

(١) تُنظر: المادة (٢) مدني عراقي، والمادة (٢) مدني أردني، ولا نظير لها في التقنين الفرنسي والقانون المدني المصري.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي، **أصول القانون المدني المقارن**، ط٢، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، ١٩٧٠، ص١٧٤.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم (٢١٠/ تعويض/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٥/٢٨. متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq، شوهد في ٢٠٢٢/١٢/١٤.

٣- **إنَّه فسخٌ بِغَيْرِ إخلال:** ويُقصَد بذلك أنَّ هذا الفسخُ لا يرتبِط بالإخلال بِمعنى أنّه ينضوي تحت خانة الفسخ بسبب (بند) يُدرَج في العقدِ، بل يمكن أنْ يقعَ بسبب ظرف طارئ لا علاقة له بالبنودِ التعاقديَّة وذلك من خلال التمكين القانوني للغير بفسخ عقود هو ليس بطرفٍ فيها. ذلك أنَّ العقدَ اليوم تحكمُه المنفعة الاقتصاديَّة التي تكونُ هي الباعثُ الدافِعُ نحو العمليَّة التعاقديَّة، وإنَّ خيارَ الفسخ هو أنجعُ الخيارات التي تضمنُّ تحقيق أقصى منفعة اقتصاديَّة من العقد، وإن فوات هذه المنفعةُ يقتضي اختيار الفسخ بوصفه وسيلة وقائية وحمائية للمتعاقِد من حبائلِ الغش، فيكونُّ منحُ الغيرِ مكنةَ الفسخ باعث لتحقيقِ المنفعة الاقتصاديَّة للعقد [١].

٤- **أنَّه فسخ قد يقع من القضاء بغير أنْ يُطلبَ مِنْهُ ذلك:** فمِن المعلوم أنَّ القضاءَ المدنيّ مطلوب وليس تلقائيّ الوصول، ولكن رُغم هذا، ستظهرُّ لنَّا تطبيقاتٌ تثبت العكس، وسيكون القضاءُ ضالعاً في فسخِ عقدٍ لم يُطلبْ مِنْهُ فسخهِ.

الفَرْعُ الثانيّ

التأصيلُ القانونيَّ للفسخِ مِن الغيرِ

إنَّ الغيرَ عندما يتدخَّل ليفسخِ عقداً هو ليس بطرفٍ فيه، قد يكونَ ممنوحاً ما يمكنَّه من ممارسة خيار الفسخ أو الإجازة من المتعاقدين لفسخِ العقد؛ وقد لا يكونَ كذلك؛ إلَّا أنَّه مع ذلك يكون في مقدورهِ فسخهِ، رُغماً عنهم لأنَّ القانون مكنهُ مِن ذلك. وعلى هذا الأساسُ سنسلَّطُّ الضوءَ في هذا المقامُ على بيانِ ذاتيَّة للفسخِ من الغير **(أولاً)**، والأساس القانوني للفسخِ من الغير **(ثانياً)**.

أولاً: ذاتيَّةُ الفسخ مِن الغيرِ: يقتضي بيان ذاتيَّة الفسخ من الغير الوقوف على تكييفهِ القانوني وطبيعته القانونيَّة من أجلِ التعرُّف على العناصرِ المميزة له عن غيره. ولهذا سنُقسِّم هذه الفقرةُ إلى قسمين وكما يلي:

---

(١) د. محمد عرفان الخطيب، **التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية**، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، من دون مجلد، العدد (١)، ٢٠١٩، ص١٣١.

١ – **التكييف**[١] **القانوني للفسخِ من الغيرِ**: يُقسم الفسخ بشكلٍ عام إلى قسمين؛ فأمَّا الأوَّلُ فهو الفسخُ الاتفاقي أو الفسخُ بحكم الاتفاق "La clause Resolutoire expresse " [٢]، وأمَّا الثاني فهو الفسخُ القضائي Résolution judiciaire [٣]، وهذا التقسيمُ محل اتفاق فقهي [٤]؛ وإنْ الحقوا الانفساخ بِهما[٥]. ونفس الآثار تترتب على الفسخِ بنوعيه الاتفاقي والقضائي؛ إذ يجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه [٦]. شرط أنْ يتمَّ إعادة بدَل المبيع مِنْ قبل الطرف الآخر في العلاقةِ التعاقديَّة[٧]. بَيْدَ أنَّ الحكمَ القضائيّ في الفسخِ الاتفاقيّ يكونَ كاشفاً لا مُنشئاً لحالةِ الفسخ [٨]،

---

(١) يُقصد بالتكييف:" إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة بمعناها العام المعروضة على القاضي أو الفقيه. يُنظر: د. محمد سليمان الأحمد، **أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص**، بحث مشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١)، عدد (٢٠)، ٢٠٠٤، ص٩٥. وهذا يعني أننَّا نُسلِّم بأن حل العقد من الغير هو فسخ، وعلينا أنَّ نُكييفه بمعنى نعطيه وصفاً سليماً يُقربه من أحد نوعي الفسخ المعروفين.

(٢) تُنظر: المادة (١٢٢٤) مدني فرنسي، والمادة (١٥٨) مدني مصري، والمادة (١٧٨) مدني عراقي والمادة (٢٤٥) مدني أردني. وهناك مَنْ يرى أن الفسخ الاتفاقي هو عقد بدليل أن المشرع لم يميز بين العقد والاتفاق. يُنظر: محمد جمال زعين، **العقد المفضي إلى إنهاء العقد**، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، المجلد (ب. ص)، العدد (٥٢)، ٢٠١٩، ص٥٠٠.

(٣) تُنظر: المادة (١٢٢٤) مدني فرنسي، والمادة (١٥٧) مدني مصري، والمادة (١٧٧) مدني عراقي، والمادة (٢٤٦) مدني أردني.

See: marie Dupont**, Le b.a.-ba du contrat**, l'edition professionnelle, Belgique (٢٠١٣), P.١١٨.

(٤) د. محمد لبيب شنب، **دروس في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧، ص٢٩٦. محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، الفسخ **والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٧ وحكم المحكمة الدستورية العليا**، مندون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، مندون سنة نشر، ص١٣.

(٥) ونحن نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى أنَّ الانفساخ لا يُعدّ جزاءً من الأجزية التي تحمي العقد لأن الجزاء يفترض التقصير وليس هنالك ثمة تقصير ينسب إلى المتعاقد في حالة الانفساخ، وإنَّما يجب أن يعالج في خانة تحمل التبعة والدفع بعدم التنفيذ التي تقوم على أساس فكرة السبب التي تربط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين. يُنظر: د. أحمد حشمت أبو ستيت، **نظرية الالتزام في القانون المدني المصري**، من دون طبعة، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٥، ص ٢٧٣. لأن الفسخ جزاءُ التقصير ولا تقصير في الانفساخ. يُنظر: د. جمال الدين محمد محمود، **سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٩، ص٤٣٩.

(٦) د. سمير عبد السيد تناغو، **مصادر الالتزام**، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٩٦.

(٧) يُنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٢٢/عقد باطل/ ٢٠١١) في ٢٠١١/٤/١٩. متاح على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى: www.hjc.iq شوهد في: ٢٠٢٣/١/١٩.

(٨) د. نهلة أحمد فوزي، **المدونة المدنية في انحلال العقد**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٩، ص٢٣٢.

بعكس الفسخ القضائي[١]. ولهُ الحجيَّة المُطلقة في مواجهة الكافة [٢]. ونظراً للتقارب في الأحكامِ بَيْنَ الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي؛ ولمعرفةِ تكييفه القانوني سَنحاولُ تقريبَه إلى أحدِ أنواعِ الفسخ المعروفة، وعلى النحوِ الآتي:

أ – مِنْ حيث كونهِ فسخاً اتفاقياً La clause Resolutoire expresse: ذلك أنَّ اتفاق أطراف العقد على منح الغير ما يُمكنَّه من الفسخ هو أمرُ مقبولٌ ومتصوَّرٌ لأنَّ القانون مكَّن المتعاقدين مِن اللجوء إلى هذا النمطُ من التعاقد لتحقيقِ غايةٍ معينةٍ يرومُها البائعُ أو المشتريُ[٣]، ولا مانع مِن اللُّجوءِ إلى القضاءِ عِنْدَ نُشوب نُزاع بَيْنَ الأطرافِ بشأنِ الفسخِ من الغير وآثاره[٤].

إذاً، يُمكن القول أنَّ الفسخ من الغير في صورة من صورهِ هو فسخٌ مستندٌ إلى خيارٍ اتفاقي يُمنح إلى الغيرِ من قبل العاقدِ الشارطِ.

ب– من حيث كونه فسخاً قضائيَّاً Résolution judiciaire: وهو الأصلُ في الفسخِ [٥] ويقترنُ الفسخُ القضائيَ بالإخلالِ بالعقد من جانب أحد أطرافه؛ ولكن المادة (١١٩٥) من التقنين المدني الفرنسي غيَّرتْ الموازين؛ إذ صارَ في مَقدور القاضي فسخ العقد، حتى وإن لم يكن أطراف العقد قد طلبوا فسخ العقد؛ وذلك في معرض معالجتهِ لنظرية الظروف الطارئة – كما سنري.

ج – مِن حَيث كونهِ فسخاً قانونياً جبريَّاً: لأنَّ السُلطةَ التنفيذيَّة بمؤسساتِها المُختلفة تُعتبر مِن الغير وفقاً لما نسبَّه القضاء العراقيّ؛ فإنَّ الحديثَ عَن الفسخ الجبري للعقدِ أصبحَ أمراً محتوماً من قبل هذا الغير– كما سنرى.

---

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، **القانون المدني الجزائري**، يدون طبعة، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ١٩٧٥، ص٣٠٧.

(٢) د. شامل سليمان عسله، **الآثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة (دراسة مقارنة)**، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد (٧)، العدد (٣٢)، من دون سنة، ص١٠٠٣ وما بعدها.

(٣) أحمد فائز عبد حميد، **فسخ العقد من غير إخلال (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة الفلوجة/ كلية القانون، ٢٠٢١، ص٤١.

(٤) د. محمد حسن قاسم، **الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح**، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠٢١، ص١٣٦٦.

(٥) د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسن قاسم، **مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١١٤.

وبهذا نستنتجُ أنَّ التكييفَ القانوني للفسخِ من الغير يُمكنُ أنْ يكونَ فسخاً مستنداً إلى خيارٍ اتفاقي أو قانوني بغيرِ المعنى الفني لكلمةِ الخيارِ في الأخير، إذ يُمنَح الغير حق فسخ العقد الذي لمْ يكنْ طرفاً فيهِ ذلك أنَّ اتفاقَ أطراف العقد على منحِ الغيرِ خيارٌ اتفاقي بفسخِ عقدهم لا يكون مقبولاً بغيرِ وجود نصٍ قانوني يُبيح مثل هذا الاتفاق، وفي حدود النظام العام والآداب. ثُمَّ أنَّ القانون قد مكَّن الغير من فسخ العقد الذي لمْ يُكنْ طرفاً فيه في حالاتٍ معينة لدواعي مصلحة عامة أو خاصة جديرة بالرعاية سواءً أكانَ ذلك من خلال القضاء أو بدونه فأعطاه الخيار بالفسخِ من عدمهِ كما سيتضحُ لنا لاحقاً.

٢ – **الطبيعةُ[١] القانونيَّة لسُلطةِ[٢] الغيرِ في الفسخِ:** سنقفُ هنا على الفكرةِ التي تبيّن أنّ الفسخ من الغير فسخُ مستندُ إلى خيار تعاقدي دون غيرها، لأنَّ القانون عندما يمنح الغير صلاحية قانونيّة لا نواجه مشكلة في تحديدِ طبيعتها لأنَّ القانون هو مَنْ قرر لهذا الغير نصاً قانونياً يُجيز لهُ ذلك الفسخ دون المرور بإرادة المتعاقدين، ولكن عِنْدما يَمنح أطرافُ العقدِ أو أحدُهم ما يُمكِّن الغير من الفسخِ، أيُعد ذلك بمثابةِ الحق، أم أنَّه رُخصَة، أم أنَّه مكنة؟ ولأجلِ بيان حقيقة كل رأي من تلك الآراءُ سنتوقفُ مع مناقشتِها ليتبيَّن لدينا الرأي الراجِح.

أ – **الفسخُ مِن الغيرِ حقٌ[٣]:** ذهبَ أنصارُ هذا الرأي إلى القولِ بأنَّ الفسخَ من الغيرِ الممنوح خيار الفسخ يُعَدُّ حقاً للغيرِ سواءً أكان قد مُنِح هذا الحقُ بالإتفاقِ مع طرفي العقد أم بقوةِ القانونِ، بدليل أنَّ صاحب هذا

---

(١) بعد أنْ عرفنا أنَّ الفسخ من الغير فسخاً مستنداً إلى خيار اتفاقي أو قانوني يمنح للغير يخوَّله من فسخ العقد الذي هو أجنبي عنه، من حيث التكييف القانوني. نتناول الطبيعة القانونية والتي تعني:" اخضاع الواقعة لتنظيم قانوني معين". يُنظر: عواد حسين ياسين العبيدي، **تأويل النصوص في القانون**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص٨٦. وهنا قمنا بإخضاع الفسخ من الغير إلى نظرية الخيار، فيجب تحديد طبيعة هذا الخيار هل هو حق أم غيره؟

(٢) هناك مَن يعُدّها سلطنة أي اعمال القدرة. يُنظر: د. باسم علوان العقابيّ، ماهر محسن عبود الخيكاني، **نطاق خيار التأخير (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)**، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد (٣٥)، من دون مجلد، ٢٠١٧، ص٩٢٠

(٣) عُرِّف الحقُ بأنَّه:" استئثار بشيء أو بقيمة استئثاراً يحميه القانون". يُنظر: د. توفيق حسن فرج، **المدخل للعلوم القانونية**، من دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، من دون سنة نشر، ص١٧٤. هذا وبرزت عدة نظريات تولَّت تعريف الحق ولا يسع المقام لذكرها. يُنظر بشأنها: د. محمد حسن قاسم، **المدخل لدراسة القانون**، ج٢، نظرية الحق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص١٢ وما بعدها. وبصدد موقف الفقه الإسلامي، يُنظر: د. محمد فاروق النبهان، **الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي**، من دون طبعة، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠، ص١١٠. أبو العباس احمد بن

الحقُ يستأثِّر بما يتضمنَّه الخيار وهو تمكينُ صاحبه مِن إعمالِ خيار الإجازة أو الفسخ [١]. ولكن خيارَ الفسخِ من الغيرِ لا يُعَدُّ مِن قبيل الحق الشخصي[٢]، ولا الحق العيني[٣]؛ لأنَّ الخيارَ هو تمكينُ أو إمكان يستعمله الغير لحمايةِ المتعاقد الذي منحهُ الخيار، وإنْ وردتْ آراءٌ مخالِفةٌ لهذا القولُ فهي غيرُ مقبولةٍ [٤]. ولهذهِ الأسبابُ لا يُعَدُّ الفسخُ من الغيرِ حقاً لهذا الغيرُ منحه إليهِ أطراف العقد ولا يُمكن اعتبارَه حقاً منحه إليه القانون كذلك.

ب – الفسخُ مِن الغير رُخصةٌ[٥]: أي بمعنى القُدرة الواقعيَّة التي يكونُ في مقدورِ الشخصِ استعمالها والتي تُخصص في الوقتِ نفسه مِن أجل استعمال حق مِن الحقوق العامة أو حُرية من الحُريات العامة لكُلِّ فردٍ

محمد بن عمر، **حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي**، تحقيق وضبط: خالد عبد الغني محفوظ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٧.

(١) عبد الله عبد الله محمد العلفي، **احكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ١٩٨٨، ص٢٩. د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسين منصور، **مبادئ القانون (المدخل إلى القانون – نظرية الالتزامات)**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص١٢٢.

(٢) يُعرّف الحق الشخصي بأنَّه:" رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يلتزم المدين بمقتضاها أن يعطي الدائن شيئا أو يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل من أجله". يُنظر: د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية**، ج١، ط٦، تنقيح: د. حبيب إبراهيم الخليلي، من دون دار نشر، مصر، ١٩٨٧. ص٥٨٥، هامش رقم (٤٠). مصطفى احمد الزرقا، **محاضرات في القانون المدني السوري**، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٤، ص١٨. كما عرفته المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٨) من القانون المدني الأردني، ولم يُعرف تشريعياً من قبل التقنين المدني الفرنسي والمصري.

(٣) يُعرّف الحق العيني بأنَّه:" الحق الذي يرد على شيء مادي ويخوّل صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالاستئثار بقيمة مالية فيه". يُنظر: د. رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص٣٩٠.

(٤) كالحنفية الذين يقرون بشخصية الخيار. يُنظر: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٥، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٦٨. ومنهم مَن يرى اقتراب الخيار من الحق العيني من حيث كونه يرد على محل العقد. يُنظر: عبد الله عبد الله محمد العلفي، المصدر السابق، ص٣١.

(٥) الرخصة هي "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة". يُنظر: د. عبدالرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج١، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧، ص٩. وتسمى "إجازة القانون". يُنظر: محمود نجيب حسني، **أسباب الاباحة في التشريعات العربية (النظرية العامة للإباحة واستعمال الحق)**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٦٢، ص٥٨.

في المُجتمعِ [١]، وهي على النقيضِ مِن الحقِ ذلك أنَّ الحقَ يتطلَّب وجود رابطة قانونيَّة تجعلُ أحدَ الأطراف في مركزٍ أقوى من غيرهِ استناداً إلى فكرةِ الاستئثار في حين يتساوى الأفرادُ في المراكزِ القانونيَّة من حيث السُلطات في الرُخصة. وتسمحُ الرُخصةُ للمتعاقدِ بأنْ يُعدّل مركزه القانوني وفقاً لما يتناغم مع مصلحتهِ وفي حدود تلك المصلحةُ، فهي ميزة قانونيَّة لهُ أنْ يستعملها وفقاً لمحض إرادته [٢]. بمعنى أنَّ الرخصة لا تُعدُّ هي الحقُ، بل أنَّ انبرام العقد يولِّد في أنواءٍ فلسفيةٍ تخويلاً يُشكل عنُصرين هما الاقتضاءُ والتسلَّطُ على سبيلِ الإنفراد كرُخصة فسخ العقد من الغير، أي أنَّ الحقَ هو الأصلُ والرُخصة إنْ هي إلَّا طارِئة [٣].

وفي الفقهِ الاسلاميّ لا يُمكن اعتبارِ الخيار مِن الرُخص ذلك أنَّ الرُخصةَ هي مرحلةٌ تسبقُ الحقَ؛ ولقد عرَّفها القرافي بما يدلُّ على أنَّها تجعلُ الانسانَ مالكاً لأن يملك[٤]، مثلاً وضع اليد على المالِ، فالإنسانُ مُرخَّص له بالوضعِ مِن عدمه. ولا نُجاري اعتبار الفسخ من الغيرِ رُخصة لأنَّ تسليمَنّا بذلك ينتهي إلى نتيجةٍ خطيرةٍ، ذلك أنَّ الرُخصةَ طالما أنَّها إباحة فيكونُ في مقدورِ الغير هدر قوة العقدِ المُلزِمة عن طريقِ فسخ العقد دون تمكينِ اتفاقي أو قانوني لهُ بذلك. كما أنَّ الرُخصةَ إذا كانتْ تقصِرُّ صاحبها على الاختيارِ من بدائلٍ عديدةٍ، فإنَّ الغيرَ وإنْ كانَ لهُ خيار الفسخِ أو الإجازة فإنَّه لا يحقُّ لهُ اختيار الإجازة متى كانتْ اعتبارات العدالة وحُسن النية تُملي عليه اختيار الفسخ.

ج – أنَّ الخيارَ مكنةٌ [٥] حيثُ تُعدُّ الخياراتُ التي تُدرجُّ في العقودِ سواءً من خِلال اتفاق طرفي العقد على ذلك أو بموجِب القانون أي واحدةً من أبرزِ التطبيقات القانونيَّة على المكنةِ التي تُنهي مراكزاً قانونيَّةً قائمةً

---

(١) عبد الرحمن نور الدين أدهم، **الخيارات الارادية في القانون المدني العراقي**، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢٠، ص٢٤.

(٢)ويمثلون لذلك بالرخصة الممنوحة للموصى له فله رفضها أو قبولها. يُنظر: د. عبد الحي حجازي، **نظرية الحق في القانون المدني**، من دون طبعة، مطبعة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٨١، ص٢٢.

(٣) د. درع حماد الدليمي، **انهاء العقد غير المحدد المدة**، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠١٢، ص٧.

(٤) شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي، **الفروق ادرار الشروق على انواء الفروق لابن الشاط وتهذيب الفروق للمكي**، ج٣، تحقيق: خليل المنصور، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٨.

(٥) وتعرف بأنها:" قدرة الشخص بناءً على مركز قانوني خاص على أن يحدث بإرادته وحدها أثراً قانونياً. يُنظر: ئارام محمد صالح سعيد، **المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني**، من دون طبعة، مطابع شتات ودار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص١٠٠. ويسميها الفقه القانوني "منزلة وسطى بين الحق والرخصة"، ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار،

أو تُنشئ مراكزاً قانونيَّةً جديدةً [١]. وهذهِ المكنةُ ممنوحةٌ للمتعاقدِ بحُكم القانون ومُقتضى هذهِ المكنةُ تمكين الشخص من إنشاءِ أو تعديلِ أو إنهاء مركز قانوني مُعين بمحضِ إرادتهِ، فيكونُ في مقدورهِ امضاء العقد بعد أنْ قرر لنفسه هذه المكنة المنهية للمركزِ القانوني.

والمكنةُ لا تُمنح صاحبها التسلّط على شيءٍ كما في الحقِ العيني، ولا تجعل الغير الذي هو أجنبيٌّ عن العقد مرتبط برابطةٍ تعاقديَّةٍ تجعلهُ دائن أو مدين كما في الحقِ الشخصي، وتُمنح هذهِ المكنةُ لِمَن حدده العاقد بموجب قانون العقد لا إلى الكافة كما في الرُخصة. بل هي حقٌ اراديّ محضٌ محله لا ينشأ إلَّا لحظة استعماله أي "عندَ وجود الحق نفسه تحتَ شكلِ مركزٍ قانوني مستقل"[٢]. وهذا الاتجاهُ الذي نتبناه وهو الاتجاهُ الراجح[٣].

ثانياً: الأساسُ القانونيّ للفَسْخِ مِن الغيرِ: اختلفَ الفقهُ القانوني مَحل المُقارنة في بيانِ الأساسِ القانوني للفسخِ بشكلٍ عام[٤]؛ وأيَّاً كانَ الأساسُ الذي يقومُ عليهِ؛ نرى أنَّه ليس مِن العِدالة والنزاهة التعاقديَّة أنْ ينفذ

الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، من دون طبعة، جامعة الامارات العربية المتحدة/ كلية الشريعة والقانون، الامارات، ١٩٨٨، ص١٣٠. وهناك من يسميها حق إرادي محض وينكر عليها اسم المنزلة الوسطى. يُنظر: نور إياد حسن عبد الصاحب، **انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد /كلية القانون، ٢٠١٩، ص٢١. وهي تسميةُ وإن صحَّت إلَّا أنَّها لا تُعتبر تسميةً متمايزة عن المكنة، هذا وأنْ الحق الارادي المحض في الفقهِ الفرنسي يسمى الحق الإرادي الحكري ويتبع موضوع الالتزام التخييري (خيار التعيين). يُنظر:
Pascale Lecocq, Chronique de jurisprudence en droit des biens, Anthemis, Paris, ٢٠٠٨,P.٣٥٦.

(١) ئارام محمد صالح سعيد، **مصدر سابق**، ص٨٨.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **خيار الشفعة (دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)**، بحث منشور في مجلة جامعة الكويت، المجلد (١٢)، العدد (٢)، ١٩٨٨، ص٦٠. تجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي يتم التمييز بين الحرية، والرخصة، والحق والأولى تعني من ملك أن يملك أي من ملك أن يتزوج، والثانية مَن جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، كحيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين، والأخير هو من جرى له الملك كمن إشترى أرضاً. يُنظر: أبو العباس احمد بن يحيى الونشيرسي التلمساني، **عدة البروق في جمع ما في المذهب من المجموع والفروق في مذهب الامام مالك**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٣٣٤.

(٣) ئارام محمد صالح سعيد، **مصدر سابق**، ص٨٨.

(٤) فالبعض ذهب إلى تأسيسه على نظرية الشروط إن كان سببه شرط أو أجل فاسخ. يُنظر: د. حسن علي ذنون، **النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، مصدر سابق، ص ٦٥. أما إذا كان سبب الفسخ متعلقا بتنفيذ العقد ففيه آراء مختلفة، يُنظر بشأنِها: انتصار محمد لبيب محمد الكاشف، **فسخ العقد وأثر القوة القاهرة والحادث المفاجئ على فسخ العقد**، رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق/ كلية الحقوق، ٢٠١٩، ص٣٠. علاء جريان تركي، **إلغاء العقد بالارادة المنفردة**

متعاقدُ ما يجب عليه من التزامات بموجِب العقد الذي أُبرم بيْنه وبيْن متعاقدٌ آخر لا يفي بما ترتب في ذمته [١]. وهذا الأساسُ الراجِح للفسخِ في تقديرنا. أمَّا عن فسخِ العقد مِن الغير فلا يخرج عن أحدِ الأُسس أدناه:

١ – **الإرادةُ التعاقديَّة**[٢]: إنَّ مبدأ سُلطان الإرادة يُكوّن قانون العقد[٣]. وبناءً على ذلك كُلّ ما يَتفِق عليهِ أطرافُ العقد يجب أنْ يُنفذ كما هو؛ وكُل تعديلٍ أو وقفٍ لا يجِب أنْ يتم إلَّا بموافقتهم [٤]. إذ قدْ يكونَ من الأهميةِ بمكانِ أنْ يوجدَ شخص محايد وموثوق به يتأكَّد وبطرقهِ الخاصَّة مِن كون العقد نافع وعادِل ويحقق الفائدة المرجوَّة منه، لاسيما وأنَّ القانونَ يُبارِكُ لهذهِ الإرادةُ إنصرافها إلى منحِ الغير خيار فسخ عقدهما.

وفي الفقهِ الإسلاميّ لا يجوزُ إذا مُنح الغير مِكنة الفسخ أنْ يفسخه مَن منحه المكنة؛ فلا كلامَ له بعد أنْ منْح الغير مكنة فسخ عقده، مثله مثل البيع برِضا الغير؛ فلو تعاقد (س) مع (ص) بشرطِ الخيار لـ (ع) فلا كلام بعد ذلك لـ (س)[٥]، إلا إذا تمَّ التنازل عن المكنة.

(دراسة مقارنة في القانون المدني)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص٩٣. د. حسين عامر، **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**، من دون طبعة، مطبعة مصر، مصر، ١٩٦٠، ص٥٠٨.

(١) د. حسن علي ذنون، **أصول الالتزام**، من دون طبعة، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٧٠، ص١٥١. وللمزيد عن هذه الفكرة يُنظر: صوفي حسن أبو طالب، **أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٤، ص٥ وما بعدها.

(٢) يرى الفيلسوف الألماني كانط Kant:" الانسان كونه حراً ومنعماً بالعقل، يمتلك القوة بإرادته ليعطي لنفسه قانونه الخاص"، وهذا يعني أن العقد تمحور حول إرادة الأطراف ويجب احترام كل ما يصدر منهم. ومن ضمن ذلك تمكين الغير من فسخ العقد. يُنظر:

Christophe Lachièz,Droit des contrats - ٥e édition, ellipeses edition, paris, ٢٠٢٠, le clause (٧٠).

(٣) د. حامد محمد شبيب الجبوري، **أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، من دون مكان نشر، ٢٠٢١، ص٢٤. كالولي الذي يتوقف على اجازته نفاذ العقد الموقوف الذي يبرمه الصغير كالعقد الدائر بين النفع والضرر فلو لم يجزه الولي يُعد التصرف مفسوخاً. تُنظر المادة (٩٧) مدني عراقي، والمادة (٢/١١١) مدني مصري وهو يعّدها قابلة للإبطال أي باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة صاحب المصلحة، والمادة (٢/١١٨) مدني اردني.

(٤) د. محمد عبد الصاحب الكعبي، **المسؤولية المدنية عن اضرار الكوارث الطبيعية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار التعليم الجامعي، مصر، ٢٠٢٠، ص٤٦١ وما بعدها.

(٥) عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٥٨ وما بعدها.

٢ – **النصُّ القانونيَ:** الذي يُكوِّن الأساسُ لفسخِ العقد مِن الغير في الحالةِ التي لا يُمنَح فيها الغير مَكنة الفسخ مِن خلالِ أحد أطراف العقد أو كليهما، مثل الشخصُ الذي جعلَ القانون نفاذ التصرف موقوفاً على إجازتهِ [١]. وهذا يعني أنَّ القانونَ يوفّر الأرضيَّة القانونيَّة للغيرِ حتى يتمكَّن من فسخِ عقد هو ليس بطرفٍ فيه.

٣ – **المصلحةُ:** قد لا يكونُ المتعاقدُ ممنوحاً صلاحيَّة الفسخ لا بموجب الاتفاق مع طرفي العقد أو حتى أحدهما؛ ولكن المصلحةَ تقتضي فسخَ العقدِ على الرُّغم من أنَّ أطرافه لا يريدون ذلك. وسواءً كانت مصلحة عامة كمصلحةِ البلدية في هدمِ الدور لأجلِ توسعةِ الطريق العام، أم مَصلحة خاصَّةُ مثل مصلحةِ الشفيع في فسخِ العقد الذي يبرمه المُشتري بعدَ اعلانِ رغبة الأوَّل عن رغبتهِ في أخذِ العقار بالشُفعةِ مع الغير لمنعِ الضرر عنه [٢].وليسَ المقصودُ بالمصلحةِ في هذا الجانبُ أنْ العقدَ يفُسخُ من الغيرِ الممنوح مكنة الفسخ فيما لو خابتْ فُرصُ تحقيق النفع الاقتصادي للمتعاقدِ الذي منْحه الخيار بالفسخِ أو الامضاء، ذلك أنَّ تأكيدَ هذا القولُ يقتضي حصرَّه فقط بهذهِ العقودُ ذات النفع الاقتصادي، ولكن المُبتغى من فكرةِ المصلحة في هذا المضمارُ المصلحة كمبدأ قانوني مُستقى من علمِ أصول الفقه الإسلامّي التي لا تُغادرُ معنى جلب المنفعة وجب المفسدة [٣]. وتتشظى المصالِح في أصولِ الفقه الإسلاميّ إلى أنواعٍ والذي يخصُّ بحثنا مِنْها هي الحاجيات[٤]. فمصلحةُ المشتري في الفقه الإسلاميّ على سبيل المثال قد تقتضي مَنْح الغير حق الفسخ ليدفعَ الغَبن عنه فيما لو تبيَّن لهُ عدم جدارة المبيع للغرضِ المُراد منهُ [٥]. ونحنُ نؤيَّد كُلّ هذه الأسسُ كأساسٍ للفسخِ مِنْ غَيْر المتعاقدِيْن.

---

(١) صلاح الدين محمد شوشاري، **نظرية العقد الموقوف**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠١، ص١٢٦.

(٢) د. صباح طه بشير، **الحكمة عند الأصوليين**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٧، ص١٠١.

(٣) محمود مصطفى سالم الصمادي، **المصالح المرسلة ودورها في القضايا الطبية المعاصرة**، من دون طبعة، دار الفلاح للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨، ص١٧.

(٤) ويُقصد بها: المصالح التي يحتاجها الناس للتيسير عليهم، ورفع الحرج عنهم، ولو فُقدت لا يختل نظام حياتهم كما في الضروريات. يُنظر: د. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج١، ط١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦، ص ١٠٢٢. وهي نوع من أنواع المصالح يضاف اليها وليس الضرورات والتحسينات. يُنظر: د. محمد عبده، **الفكر المقاصدي عند الامام الغزالي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٥٣.

(٥) للحنفية، يُنظر:سراج الدين أبو محمد علي بن عثمان بن محمد التيمني الاوشي الحنفي، **الفتاوى السراجية**، تحقيق: محمد عثمان البستوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص٤٢٧. للمالكية، يُنظر: ابو عبد الله محمد التاودي

المبحثُ الثاني

مظاهِرُ الفسخ مِن الغير

للفسخِ من الغير مظاهرٌ عديدةٌ، منها ما يصنَّف على أنَّهُ مُباشرٌ، حيث يتم الاتفاق بيْن طرفي العقد على أنْ يمنحَ الغيرُ عن العقد حقاً ارادِيَّاً محضاً محله استعمال خيار الاجازة أو الفسخ خلال مدةٍ مُعينة يتمُّ الاتفاق عليها فيما بينهما وهذهِ الخياراتُ كثيرةٌ ومتنوعةٌ سيتمُّ التطرق إليها من حيث مدى جواز اشتراطها لغيرٍ عن العقد، وأساسُ هذا الاتفاقُ هو التجويزُ القانوني الذي أتاحَ لطرفي العقد الاتفاق على أن يكون هذا الغير هو المُخوَّلُ بفسخِ العقد دون أطراف العقد. ومنها ما هو غيرُ مباشرٍ يُمكن تلمُس بعض مواطنه المتناثرة بين نصوص القانون المدني العراقيّ وغيره من القوانين محل المقارنة وهذا المظهرُ يُمثَّل الجانب التطبيقي لفكرةِ الفسخ من الغيرِ النابعة من القانون نفسه دون أنْ يتم التعويل على اتفاقِ العاقدينِ في منحِ الغير مكنة الفسخِ.

وللتعرُّفِ عليهما، سنُقسّمُ هذا المبحثُ على مطلبين، نُخصصُ الأوَّل لبيان المظهرِ المُباشِر والثاني للوقوف على المظهرِ غيرِ المُباشِر.

المطلبُ الأوَّل

المظهرُ المُباشِرُ

إنَّ الصورةَ الأبرزِ لفسخِ العقدِ مِن الغيرِ تكونُ في حالةِ الاتفاقِ على منْحهِ خيار الفسخ، ونقصدُّ بهذا الخيارُ هو أنْ يُبرَم العقد بين طرفين على أنْ يُشترَط في العقد أنَّ لهذا الغيرُ خيار فسخ العقد في حالِ تحقُّق الشيء الذي تم من أجلِه حصول عمليَّة الاشتراط أو إجازته، ولا يُمكن أنْ يكون هذا الخيارُ واحداً فقط، بل هو متعددُ في إطار العقد المدني، بل يجوز اجتماع خياريْن معاً في العقدِ الواحد.

ابن سودة، **حاشية التاودي ابن سودة على صحيح البخاري**، ج٢، تحقيق: عمر احمد الراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٨٩. للشافعية، يُنظر: ابو محمد عبدالله بن محمد يوسف الرومي يوسف افندي زاده، **نجاح القاري لصحيح البخاري**، ج١٣، اعتنى به مجموعة من المحققين، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١، ص١٨٩. للحنابلة، يُنظر: محمد بن عبد الله الحسين، **الزوائد في فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيباني**، من دون طبعة، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٩٦٩، ص٣٧٨. للامامية، يُنظر: إبراهيم مصطفى الزنجاني، **مختصر فقه الامامية الاثني عشرية**، من دون طبعة، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، من دون مكان نشر، ١٩٧٨، ص١٦٨.

وعلى هذا الأساسُ، سنُقسِّمُ المظهرَ المُباشر على فرعين؛ نُخصص أوَّلهما لبيانِ الخيار التعاقدي، ونعقدُ ثانيهما لتناولِ فلسفة الخيار التعاقدي.

الفرعُ الأوَّل

الخيارُ التعاقدي

قد لا تتحققُ المآربُ التي يصبو إليها المتعاقدُ بِمُجرَّد إبرام العقد، ذلك أنَّ تعددَّ العقود وتشابُه السلع جعلَ المشتري في مأزقٍ ولرُبما البائع أيضاً، لذلك قد يعمدُ المُتعاقدُ إلى تضمينِ عقده بعض الخيارات[١]. وسنتناولُ تلك الخيارات في فقرتين، نُخصصُ الأولى للبحثِ في حقيقة الخيار، ونُخصصُ الثانية لبيانِ أنواع الخيارات الممنوحة للغير التي تمكنَّه من فسخِ العقد.

أولاً: حقيقةُ الخيار التعاقدي: لا يَخفى دور الخيار في تحقيقِ مصلحة المُتعاقد، سواءً أكانَ ذلك في التعاقُدِ التقليدي، أو الإلكتروني، وهذا يدلُّ على عَظمةِ الفقه الإسلاميّ وفطانتهِ في تطويرِ وتفصيلِ نظرية الخيار، وإنْ أدى الخيار إلى سلب لزومية العقد وهو ما يُخالف الأصل في العقود [٢]، وحتى نتوقَّفَ على حقيقةِ هذا الخيارُ سنُقسِّمُ هذهِ الفقرةُ إلى نقطتين؛ نتناولُ في أولهما تعريف الخيار، وفي ثانيهما صلته بغيرهِ من المفاهيم القانونيَّة.

١ – تعريفُ الخيار: كعادتهِ، لم يُعرِّفْ المُشرعُ في القوانينِ مَحل المُقارَنة الخيارَ على الرُغم من أنَّها نظمتْ أحكام بعض الخيارات [٣]. وعُرِف على صعيدِ الفقه بتعاريفٍ كثيرةٍ، ولكنها منتقدةٌ إمَّا لأنها لم تُركزْ إلَّا على

---

[١] الخيار عند اللغويين طلب خير الأمرين وهو اسم من الاختيار والاختيار الاصطفاء وكذا التخيير والاستخارة وطلب الخيرة وخيَّره بين الشيئين أي فرض إليه الاختيار. يُنظر: محمد مرتضى الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج٣، بلا طبعة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٨٨٨، ص١٩٥. ونحنُ نرى أنَّ معناه يدور في فلك الانتقاء والتفضيل والتخيُّر.

(٢) ضمير حسين ناصر المعموري، **منفعة العقد والعيب الخفي (دراسة مقارنة)**، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص٢٠١.

(٣) ولكن وردت كلمة "الخيار" في المادة (١١٢٤) من التقنين المدني الفرنسي في معرض تنظيمها للوعد الملزم لجانب واحد حيث منحت المستفيد الخيار في ابرام العقد الذي يبرمه الواعد.

Bénéjat-Guerlin Murielle, **Droit de l'entreprise, ELLIPSES**, Paris, ٢٠١٨, P. ٢٠.

أثره[١]، أو لأنَّها لمْ تُبيِّنْ مدته [٢]. ونحنُ نُعرفه بأنَّه: **مكنةٌ اتفاقيةٌ أو قانونيَّة مُحققة الوقوع تُخوَّل أحد المتعاقدين أو كليهما أو الغير فسخ العقد أو امضاءه خلال مدة معلومة على ضوء المصلحة المبتغاة منه.** وأهمُ عنصراً في هذا التعريفُ هو عبارةُ "محقق الوقوع" فهي كفيلةٌ بتمييز الخيار عَن الشرط الذي يُعدُّ غير محقق الوقوع [٣]، وحتى نُميَّزه عن الأجلِ الذي يمنحُ صاحبَه سلطة مُطلقة على الشيء بخلافِ الخيار الذي يمنحُ صاحبه سُلطة مُقيَّدة بعدمِ التصرُّف في العَينِ وإلَّا سقط الخيار[٤].

٢ – **صِلةُ الخيار بغيرهِ مِن المفاهيم القانونيَّة:** يختلطُ مفهومُ الخيار[٥] ببعضٍ من المفاهيمِ القانونيَّة مِنْها على سبيلِ المثال: نظريَّة عُيوب الرضاء فلو خُيفَ على إرادة العاقد مِن التغرير أو التدليس أو غيرها مِنْ عُيوب الرِضاء التي تجعلُ العقد موقوفاً يُمكنه اللُّجوء إلى نظريَّة الخيارات، فإذا وُجِد المُتعاقدُ أنَّ مُدة خيار المجلس لا تُسعفه لتحديد قبوله من عدمه بالتعاقد فيلجأ إلى خيار الشرط وذلك بقصد التروِّي قبل الإقدام على التعاقد[٦]. أمَّا بعد مرحلة ابرام العقد لو عُيب رضاء المتعاقد كما لو وقعَ في تغريرٍ فإنَّ صاحبَ هذه الإرادةُ

---

(١) حيث تم تعريفه بأنَّه:" حق العاقد في اصطفاء خير الأمرين لهُ مِن إمضاء العقد أو فسخه". يُنظر: سيد عبد الله علي حسين، **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي**، ج٤، من دون طبعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، من دون مكان نشر، ٢٠٠١، ص١٧٣٦.

(٢) حيث عُرِف بأنَّه:" حق العاقد في فسخ العقد أو إمضاءه لظهور مسوَّغ شرعي أو اتفاق عقدي". يُنظر: شرف الدين إسماعيل بن ابو بكر بن عبد الله المعروف بابن المقرئ، **اخلاص الناوي في ارشاد الحاوي**، ج١، تحقيق وتعليق: عادل احمد عبد الموجود، علي محمد معوض، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٥٠٩.

(٣) د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، **شرط المنع من التصرف (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص٢٠.

(٤) مثال ذلك القانون المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢ في المواد من (٢٢٧) إلى (٣٠١) التي اعتبر فيها الخيار وصفاً من أوصاف الالتزام.

[٥] في اطار خيار الشرط يميز الفقه بينه وبين عقود الخيارات ونرى أن ثمة اختلاف بين العقد المقترن بشرط الخيار وبين عقود الخيارات منها من حيث محل العقد ففي الأول هو العين المبيعة والثانية إرادة مجردة، ومن حيث الأثر ففي الأول هو التداول الحقيقي للسلع والخدمات أما الثاني فهو متعلق بالمضاربات وغيرها من الفروقات، يُنظر بشأنها: د. محمود فهد، **عقود الخيارات من منظور الاقتصاد الإسلامي**، أطروحة دكتوراه، جامعة اليرموك/ كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ٢٠٠٨، ص٣٥.

(٦) عبد الفتاح محمود ادريس، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، ط١، نشر خاص، ٢٠٠٧، ص١٤٠.

لهُ الخيار بيْن الفسخِ أو الامضاءِ[١] ولكن في هذهِ المرحلةُ يجِب عليهِ اثبات عَيْب الرضاء الذي وقعَ فيه، وهو أمرٌ لا يسهل عليه فعله، وأمَّا اشتراط الخيار ابتداءً يُسهل عليه ذلك ومِنْ دون إثبات.

أمَّا عن صِلة الخيار بنظريَّة الفسخ فنجدُ أنَّ العلاقةَ بينهما علاقة عموم وخصوص، ذلك أنَّ الخيار صورةٌ من صورِ الفسخِ، لذلك قيلَ أنَّ العقود المقترنة بالخيارات مستثناة من نظريَّة الفسخ، لأنَّ وجودَ الخيار يسلب لزوم العقد ويجعله قابلاً للفسخِ [٢].

أمَّا عن صِلتهِ بنظرية العقد الموقوف، فإنَّ المائزَ بَيْنَهما هو النفاذُ، فالعقدُ المُقترِن بالخيارِ عقدٌ نافذٌ ولازمٌ ولكن امتنعَ أثرُه عن الثبوتِ بسببِ الخيارِ، على النقيض من العقدِ الموقوف فهو عقدٌ غيْر نافذ، وأنّى يكونَ العقدُ غير نافذٍ فلا مساغ للحديثِ عن لُزومهِ لأنَّه غير لازم، ولكن على الرُّغم مِن ذلك فإنَّ هذا العقدُ يردُّ ضِمن الكلام في الخيارات لأنَّ الفسخ أعمُّ من الخيارِ[٣].

ثانياً: تحديدُ الخيارات الممنوحة للغيرِ: إنَّ الخيارات التعاقديَّة كثيرةٌ ومتنوعةٌ [٤]، وما يعنينا في هذا المقامُ هو الخياراتُ التي يجوزُ أنْ يتمَّ منْحها لغيرِ أطراف العقد، سواءً أكانَ ذلك التجويزُ وارداً بنصٍ قانوني، أم أنَّه تجويزٌ فقهي. ونعمدُ على دراستِها وفقاً لما يلي:

---

(١) علي يوسف صاحب المنصوري، **مدلول الغلط في القوانين القديمة (دراسة مقارنة)**، ط١، العتبة العباسية المقدسة/ مركز تراث الحلة، العراق، ٢٠١٤، ص١٦٨.

(٢) د. محمد فواز صباح الآلوسي، **اعمال الخيارات في التعاقد الالكتروني (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٢١، ص١٥٤. ويسمى العقد اللازم بـ "العقد العاري عن الخيار". يُنظر: د. صبحي رجب محمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢، ص٢٧٨.

(٣) د. محمد فواز صباح الآلوسي، المصدر السابق، ص١٥٤.

(٤) تتعيَّن الإشارة إلى أنَّ الخيارات بشكلٍ عام تُقسَّم إلى قسمين؛ فأمَّا الأوَّل فهو الخيارُ الحُكمي كخيار العيب، وأمَّا الثاني فهو الخيار الإرادي كخيار الشرط، والتعيين، والنقد. يُنظر: د. باسم علوان العقابي، ماهر محسن عبود الخيكاني، **نطاق خيار التأخير (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)**، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد (٣٥)، من دون مجلد، ٢٠١٧، ص٩٢٠. وهناك مَن يوزعها إلى زُمر – أي الخيارات بحسب غايتها، وللمزيد عنها: يُنظر: د. عبد الستار أبو غدة، **الخيار وأثره في العقود**، ج١ وج٢، ط٢، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٩٨٥، ص٥٥. وهناك تقسيمات أخرى يُنظر بشأن تفصيلها: عدنان عبدالله محمد عويضة، **نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي (دراسة تأصيلية تطبيقية)**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الامريكية، ٢٠١٠، ص٢٨٠.

١ – **خيارُ الشرط** [١]: ويُعرَّف هذا الخيارُ بأنَّه:" أنْ يكونَ لأحدِ العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحقُ في إمضاء العقد أو فسخه في مدةٍ معلومةٍ إذا شُرِط ذلك في العقد" [٢]. ولمْ تقفْ القوانينُ مَحل المقارنة على مسافةٍ واحدةٍ في تنظيمِ أحكامه[٣].

وقَدْ سُميَّ ذلك بالأجنبي في النصّ العراقيّ ولمَّا كانَتْ لفظة (الأجنبيّ) في الفقه الإسلاميّ لها معانٍ متفرقة، فهي تردَّ في نطاق المعاملات المالية، والأحوال الشخصيَّة، وهي في الفقه القانوني معنىً من معاني مُفردة (الغير)، والتي نوقشَّتْ مِنْ قَبلِ، ولذلك سنعتبرُ أنَّ الأولى هي أخصُّ من الأخيرةِ، ولكنَّها لا تعني أنَّ حدود الأجنبيَّة – بتقديرنا– تشمل ذوي المتعاقدين بل تقتصر على كُل مِنْ لم يكُنْ طرفاً في العقد فحسب، وهذا يعني أنَّ الأجنبي في خيارِ الشرط هو الغير عَنْ ظُروف التعاقد لا عَن شخصِ المُتعاقد، ويتمُّ تعيين الغير على أساسِ معيار شخصي يخضع لإرادةِ المُتعاقد نفسه، فالمُتعاقدُ الموسومُ بعدمِ الخبرةِ وسوء التقدير يحتكمُّ إلى الغيرِ المعروف بحذاقةِ التدبير وحُسن الاختيار. وخيار الشرط معروفٌ عَنْد المذاهبِ الإسلاميَّة

---

(١) لأنَّ الشرط كموضوع قانوني يُدرَس ضمن نطاق أحكام الالتزام ويسمى الشرط التعليقي لأنَّ نشوء الالتزام أو زواله بعدما نشأت ويُمثَّل للأول بالشرط الموقف (أو الواقف) والثاني الشرط الفاسخ ما يُمثَّل له. يُنظر: د. حسن علي ذنون، **شرح القانون المدني، أحكام الالتزام**، ط٢، العاتك لصناعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٢٧. لذلك نحنُ لا نتفق مع هذه التسمية ومن الأفضل تسميته (بند الخيار) لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع والخيار أمر محقق الوقوع كما بينَّا ذلك. ولعلَّ المائز بين الشرط وخيار الشرط يكُمن في أنَّ الشرط لا يقترن بمدة محددة خلافاً للخيار، كما أنَّه ينشأ مع نشوء العقد في حق الطرفين خلافاً للخيار الذي لا ينشأ معه الالتزام إلَّا في حق طرف واحد وقد لا ينشأ في حقهما إن كان الخيار لهما، كما أن القيام بالأعمال التحفظية تُسقط الخيار ولا تُسقط الشرط، والتصرف الناقل لملكية المبيع يُسقط الخيار ولا يُسقط الشرط. يُنظر: عبد الستار أبو غدة، **الخيار وأثره في العقود**، ج١، مصدر سابق، ص٣٣١ وما يليها.

(٢) د. رمزي محمد علي دراز، **أحكام السكوت في الفقه الإسلامي**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٧٣. ويُدرَج هذا الخيار في العقود اللازمة دون العقود غير اللازمة. يُنظر: د. غني حسون طه، **الوجيز في العقود المسماة**، ج١، عقد البيع، من دون طبعة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٣٤. وكذلك في العقود المختلطَة إنْ كان البيع فيها هو العقد الغالب. يُنظر: د. راقية عبد الجبار علي، **الوجيز في العقود المسماة (البيع والتأمين والوكالة)**، ط٢، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ٢٠١٥، ص٢٩. نقلاً عن: علاء حاكم هاشم الموسوي، **البيع بشرط الخيار (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٧، ص٨٣.

(٣) إذ لم يعالج المشرع الفرنسي والمصري أحكام خيار الشرط، أمَّا المشرع العراقي فقد عالجه في المواد (٥٠٩ إلى ٥١٣) من القانون المدني العراقي، مستلهماً أحكامه من الفقه الإسلامي ثم عادَ وعالجه أيضاً في المواد (٧٢٦ إلى ٧٣٠) عند حديثه عن إقتران عقد الايجار بخيار الشرط. وأمَّا المشرع الاردني فقد نظَّم أحكامه في المواد من (١٧٧) إلى (١٨٣) من القانون المدني الأردني.

محل المقارنة[١]، وعُرِّف من قبلهم جميعاً، بالطبع كل فقهٍ له تعبيراته الخاصة إلَّا أنَّها مترادفة ولا داعي لإيرادها. ولم يُخالف منهم في جوازيَّة اشتراطه للغير ما خلا بعض الحنفية[٢]، وأحد القولين لدى الشافعية[٣].

٢ – **خيارُ التجربة**[٤]: ويُعرَّف بأنَّه: "هو البيع الذي يقوم فيه المشتري بتجربة المبيع ليرى مدى صلاحيته للغرض الذي أُعد لأجله، أو مدى توفر الخصائص التي يرغب بها، أو مدى مناسبته له شخصياً، وذلك لكي يُقدم نهائياً على شرائه"[٥]. ويثبُت في العقدِ صراحةً أو ضمناً[٦]. وهنا نسأل: هل يجوز أنْ يشترِط المشتري الخيار لغيرهِ ليتولَّى تجرِبة المبيع وفسخه إنْ لمْ تكنْ نتيجة التجرِبة مواتية لما يصبو إليه؟ وللإجابّة هناك مَنْ

---

(١) للحنفية، يُنظر: عبد النبي عبد الرسول الأحمد نكري، **دستور العلماء في جامع العلوم في اصطلاحات الفنون**، ج٢، تعريب: حسن هادي فحص، من دون طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٦٦. وللمالكية، يُنظر: محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج٥، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص٤٥٣.وللشافعية، يُنظر: زكريا بن محمد الانصاري، **تحفة الطلاب**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١، ص١٣٨. وللحنابلة، يُنظر: محمد بن احمد بن سالم السفاريني الحنبلي، **شرح ثلاثيات مسند الامام احمد**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، عادل بن سعد، ج١، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٦٢. وللامامية، يُنظر: مرتضى الانصاري، **المكاسب**، ج١٤،من دون طبعة، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، من دون مكان وزمان نشر، ص٢٣١.

(٢)عبد الغني الغنيمي الميداني الحنفي، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق، محمد العزاوي، ج١–٤، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٢٠.

(٣) د. مصطفى الخن، د. مصطفى البغا، علي الشربجي، **الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي**، ج٦، ط٤، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ١٩٩٢، ص٥٣. والظاهرية كذلك، يُنظر: أبو محمد علي بن احمد سعيد بن حزم الاندلسي، **المحلى بالآثار**، ج٧، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر، ص٢٦٠.

(٤) تُنظر المادة (١٥٨٨) من مدني فرنسي، والمادة (٤٢١) مدني مصري، والمادة (٥٢٤) مدني عراقي، (٤٧٠) مدني أردني. وتسمَّى البيوع المعلَّقة على شرط التجرِبة بالبيوع المشيئيَّة التي ترد دائماً على المنقولات. يُنظر: د. نبيل إبراهيم سعد، **العقود المسماة، البيع**، ج١، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧، ص٨٢.

(٥) د. علي هادي العبيدي، **العقود المسماة**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ص٤٠. وبنفس المعنى، يُنظر: خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، من دون طبعة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٩، ص٦٠.

(٦) د. محمد حسين منصور، **شرح العقود المسماة**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص٣٣. د. جميل الشرقاوي، **شرح العقود المدنية، ج١، البيع والمقايضة والايجار**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٤، ص٦٣. وهناك مَن يرى أن كلمة المشتري هي الفيصل في نتيجة التجرِبة. يُنظر: د. إسماعيل غانم، **مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع**، من دون طبعة، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، ١٩٥٨، ص٩٦.

يرى أنَّ البائع ملتزِمٌ بتمكين المُشتري من تجرِبة المبيع بنفسهِ أو بِمَن يخوَّله ذلك[١]، وانطلاقاً من هذا الرأي يجوز أنْ يتمَّ الاتفاق على منح الغير حق تجرِبة المبيع وخيار فسخِ العقد على أنَّ الرأي المُعطى من الغير في هذا المقام يجِب أنْ يكون مبنيَّاً على إعتباراتٍ موضوعيَّة بحتة، فللبائع الحق في مقاضاة المُشتري عن رفض المبيع رغم أنَّه ملائماً للغرض المُبتغى منه ولكنه رفضه بناءً على تقرير الغير بشأنِ التجرِبة. ولم يتطرَّق الفقه الاسلاميّ إلى هذا النوعُ مِن البيع الموصوف[٢].

٣ – **خيارُ التعيين**[٣]: يُعرَّف بأنَّه:" حق تحديد الشيء مِن شيئين أو ثلاثة وَرَدَ عَليْها العقد، كما لو باعَ شخصٌ أو اشترى شيئين أو ثلاثة على أنْ يكونَ لهُ الخيار أو للطرفِ الآخر في تحديدِ أحدهما أو واحداً منهما" [٤].

فأمَّا موقف المُشرِّعُ الفرنسيّ فهو لمْ يَعرُفْ الخيارات كما في القوانين العربيَّة محل المقارنة، بصورةٍ صريحةٍ ولكنه مؤخراً يُحاول حماية المتعاقد من خلال قوانين معينَّة تُعرَف بقوانين حماية المستهلك، مثل خيار العدول عن العقد [٥]. ولقد عالجه القانون المدني المصريّ في المواد (٢٧٥–٢٧٧) منه حيث يجوز أنْ يكونَ الخيارُ للغيرِ ذلك أنَّ المشرع المصري قد أطلق النص[٦]. ولقد عالجه القانون المدني العراقيّ في المواد (٢٩٨–٣٠١) منه؛ تحت مُسمى (الالتزام التخييري) إذ يصح أنْ يكونَ محلُ الالتزامِ من الأشياء القيميَّة أو المثليَّة، ويكونُ الخيار للدائن أو المدين، وفي حالة إطلاقه فهو للمدينِ مالمْ يتفقْ المتعاقدان أو ينص القانون

(١) د. عبد الفتاح حسن فرج، **عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي**، ط١، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠٠٣، ص٩٦.

(٢) د. طارق كاظم عجيل، **المطول في شرح القانون المدني، ج١، انعقاد العقد**، من دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص٢٢٨.

(٣) يقصد بالتعيين لغةً: التخصيص، تخصيص الشيء من الجملة وعيَّن اللؤلؤة تعييناً. يُنظر: محمد بن أبو بكر الرازي، **مختار الصحاح**، من دون طبعة، المطبعة الاميرية، من دون مكان نشر، ١٩٠٥، ص٤٩١.

(٤) د. سليمان مرقس، **أحكام الالتزام**، من دون طبعة، مطابع دار النشر للجامعات العربية، مصر، ١٩٨٧، ص٣٦٥.

(٥) كالقانون رقم (١٢/٨٨ في ١/٦/ ١٩٨٨ الخاص بالبيع عن بعد، والمرسوم رقم (٧٤١) لسنة ٢٠٠١، والقانون رقم ٢٠١٤/٣٣٤ في ١٤/ مارس/ ٢٠١٤ بنفس الغرض.

(٦) نصت المادة (٢٧٥) من القانون المدني المصري على أنَّه:" يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ويكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

على أنَّه للدائنِ. وبالتالي لم يُصرِّحْ القانونُ على إمكانيَّة أنْ يكونَ للغيرِ[١]. يُضاف إلى ذلك أنَّ المشرعَ تناولُه في غيرِ محله؛ فمكانهُ الصحيح هو بابُ العقود المسماة وليس أحكام الالتزام[٢]. ولقد عالجته المواد (١٩٨-١٩٢) من القانون المدني الأردنيّ؛ ولقد آثر أنْ يكونَ الخيارُ لأحدِ المتعاقدين، ولم يُجوِّز أنْ يكونَ لأجنبي عنهما.

وفي الفقهِ المُعاصر هناك مَن يرى جوازيَّة اشتراط الخيار للأجنبي سواءً أكان خيار تعيين وحده، أم يرافقه خيار الشرط[٣].

وفي الفقهِ الإسلاميّ نجدُ تشظيَّاً واضحاً في الآراء المطروحة بصددِ خيار التعيين، فالحنفيَّة أجازوا اشتراطه في العقد لغير المتعاقد لأنَّ الانسانَ "يحتاجُ إلى رأي غيره في اختيارِ المبيعات" [٤]، والمالكيَّة [٥]

(١) تجدر الإشارة إلى أنَّ اتجاه في الفقه العراقي أشار إلى أنَّ الدكتور حسن علي الذنون قد أجاز أن يكون خيار التعيين لأجنبي عن العقد في مؤلفه الخاص بأحكام الالتزام. يُنظر: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية**، من دون طبعة، مطابع شتات، مصر، ٢٠١١، ص١٠١. بَيْد أنَّه عند رجوعنا إلى كتابهِ المنوَّه عنه لم نجدْ مثل هذا الرأي، إذ أن الفقيه الأول أشار إلى طبعه قديمة لهُ، ويبدو أنَّ الذنون قد عَدَل عن رأيه في الطبعات اللاحقة المتوفرة حالياً.

(٢) تجدر الاشارة إلى أنَّ هناك من لا يُعيب على المشرع هذا المسلك ذلك أن خيار التعيين والالتزام التخييري يكون حيثما يتعدد محل الالتزام، ويؤدي الوفاء بأحدهما إلى براءة ذمة المدين، هذا من حيث وجه الالتقاء بينهما، أما من حيث وجه الافتراق فإنَّ خيار التعيين يُدرج في العقد اللازم البات الذي لا يجوز فسخه من قبل الطرف الذي لم يشترط الخيار لنفسه بل لا يحق له فسخه أيضاً لأنه عقد لازم، في حين أن الالتزام التخييري لا يشترط أن يكون نابعاً من عقد صحيح نافذ ولازم بل يجوز أن ينبع من عقد نافذ غير لازم ولا توجد مشكلة في ترتيبه أي أنه يجعل الالتزام موصوفاً وليس بسيطاً ولهُ أحكامه الخاصة. للمزيد، يُنظر: د. ياسين محمد الجبوري، **العلاقة بين خيار التعيين والالتزام التخييري في القانون المدني الاردني**، بحث منشور في مجلة المجلة الجنائية القومية، المجلد (٢٦)، العدد (٣)، ٢٠١٣، ص٦١وما بعدها.

(٣) الخضر عبد الله سالم حنشل، **احكام الخيارات الثابتة بالشرط**، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط/ كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص٤٤٠. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **العقد غير اللازم**، من دون طبعة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٤، ص٦٧.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق (طبعة دار الكتب العلمية)، ص١٥٦. جمال الدين محمد بن الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٤، تحقيق: الشيخ احمد عزو عناية، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٣١٤. والاباضية، يُنظر: محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، ج٩، من دون طبعة، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٩٨٦، ص٢٨٢.

(٥) الدردير، **الشرح الكبير**، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، من دون طبعة، دار احياء الكتب العربية، ج٣، بيروت، من دون سنة نشر، ص١٠٦.

الذين أجازوا أنْ يُشترط خيار التعيين لأجنبي، وخالفهم في ذلك الإماميَّة [١]، والحنابلة [٢]، ومع هذا فقد أخذتْ به التقنينات ذات الجذور الإسلاميّة [٣].

٤ – خيارُ النقد[٤]: ويُسمَّى في الفقه الإمامي خيار التأخير[٥]، وعُرِف بأنَّه :"البيع الذي ينعقد على أساس دفع الثمن مؤجلاً مع اشتراط حق الفسخ للبائع في حال عدم دفع المشتري للثمن في الوقت المتفق عليه" [٦]. وعلى الرُّغم من أنَّ القوانين محل المقارنة لم تناقشْ أحكامه بصورةٍ صريحةٍ إلَّا أنَّه مع ذلك يُمكن تلمُس تطبيقاته في العديدِ من نصوص القانون المدني[٧].

عدَّ اتجاه في الفقه الإسلاميّ خيار النقد هو صورةٌ من صورِ خيار الشرط، وهو الاتجاه الراجح، لأنَّ خيار الشرط ثبُت بالنص بينما خيار النقد ثبُتَ بالاجتهاد [٨]، وهناك مَن يرى إمكانيَّة إشتراط الخيار لأجنبيّ عن العقد [٩]، ونحنُ نتفقُ مع هذا الرأي ذلك أنَّ اتجاه في الفقه يدرس أحكام خيار النقد بوصفهِ تطبيقاً من تطبيقات خيار الشرط. ونُكرر ما بينَّاه بشأن مدى إمكانيَّة اشتراط خيار الشرط لأجنبيّ عَن العقد في الفقهِ الإسلاميّ في مَعرض الحديث عَنْ خيار الشرط فلا جديدٍ يُقال بشأنهِ.

---

(١) محمد حسين كاشف الغطاء، **تحرير المجلة، ج١**، مؤسسة الامام الصادق (ع)، من دون مكان وزمان نشر، ص٥٢٦.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٣، مصدر سابق، ص٤٩٩.

(٣) تُنظر: المادة (٣١٦) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٤٠٩) من مرشد الحيران.

(٤) النقد لغةً: "جمع نقود ومصدر نقد، نقد الدراهم نقداً وتنقاداً أي ميَّزها ونظرها ليعرف جيدها من رديئها". يُنظر: بطرس البستاني، **محيط المحيط**، ج٩، اعتنى به: محمد عثمان، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٠٩.

(٥) يوسف البحراني، **الحدائق الناضرة في أحكام العترة الظاهرة**، ج١٩، من دون طبعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، من دون سنة نشر، ١٩٩٣ص٤١.

(٦) د. عباس العبودي، **شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار**، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ص٨٤.

(٧) بالنسبة للتقنين المدني الفرنسي فيمكن القول بأنَّه أخذ بخيار النقد في المادة (١٦٥٤) منه والتي نصت:" إذا لم يدفع المشتري الثمن، يجوز للبائع المطالبة بفسخ العقد". والمادة (٦١١) المحذوفة من القانون المدني المصري التي تجيز انفساخ العقد عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الوقت المتفق عليه، ويمكن تلمس تطبيقاته في المادة (٤٦١) من نفس القانون. وتقابلها المادة (٥٨٢) مدني عراقي، والمادة (٥٢٩) مدني أردني. والمادة (١٨٤) إلى المادة (١٨٨) من نفس القانون والخاصة بخيار الرؤية. كما عالجت المجلة خيار النقد بالمواد من (٣١٣) إلى (٣١٥) منها.

(٨) قول الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم): "كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلَّا بيع الخيار". أبو عبد الرحمن بن أحمد بن شعيب النسائي، **سنن النسائي**، من دون طبعة، المطبعة الميمنية (مطبعة البابلي الحلبي)، مصر، ١٨٩٤، ص٢١٤.

(٩) زينب جمعة محسن، **خيار النقد (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠١٨، ص٢٥.

٥ – **خيار إجازة عقد الفضولي**[١]:يتوقَّفُ العقدُ الذي يجريه الفضولي على إجازة المالك لأنَّه بيع تعلَّق به حق آخر[٢]، وإنْ اقترن البيع بخيار الشرط للمالك بَطَل العقد، لأنَّ قصر المدة بثلاث أيام بها ضرر للمالك هذا في حال البيع، أمَّا اقترانه بخيار الشرط في ما يخص إجازة العقد فإنَّ الشرطَ يُعَدُّ لغواً، لأنَّ العقد المبرم من الفضولي من حيث الأصل هو عقدٌ موقوفٌ[٣] . لذا لا يرى اتجاهٌ في الفقهِ القانوني أنَّ خيارَ بيع الفضولي هو خيارٌ بالمعنى الاصطلاحي له، بل هو ما تعلَّق بنفاذِ أو عدم نفاذ العقد لا فَسخه أو امضاءه [٤]. ونحنُ نتفق معه، لأنَّ عدم إجازة العقد الموقوف المُبرم من الفضولي تجعله باطلاً لا مفسوخاً[٥]. ولا تختلف الأحكام الواردة في القانون مع ما جاءَ لدى فقهاء الحنفية [٦]، والمالكية [٧]، والشافعية[٨]، والوضع

(١) تنظر المادة (١٥٩٩) مدني فرنسي، والمادة (١٣٥) مدني عراقي، والمادة (٤٦٦) مدني مصري، والمادة (١٧١) مدني أردني.

(٢) سليم رستم باز اللبناني، ، **شرح المجلة**، ج١ و٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٦٣. محمد بن عبد الله الخطيب التمرتاشي، **معين المفتي على جواب المستفتي**، من دون طبعة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٢٨. د. عبد الهادي الحكيم، **عقد الفضولي في الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، مطبعة الآداب، النجف الأشرف/ العراق، ١٩٧٥، ص٩٩.

(٣) محمد خالد الاتاسي ومحمد طاهر الاتاسي، مصدر سابق، ص٣٦٨ وما بعدها. د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل، ط٢، البنك الإسلامي للتنمية، من دون مكان نشر، ٢٠٠٣، ص٣٢.

(٤) د. حسن علي ذنون، **النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني–دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه**، جامعة فؤاد الأول/ كلية الحقوق، ١٩٤٦، ، ص ١٦٦.

(٥) على الأقل في القانون العراقي حيث نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني (٣– وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف..)، والمادة (١٧٥) مدني اردني، ويرى اتجاه في الفقه الأردني أنَّ للمالك فسخه. يُنظر: زينة أحمد خريسات، **التأصيل القانوني لبيع الفضولي**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط/ كلية الحقوق، ٢٠١٤، ص٨٧. والمادة (٤٦٦) مدني مصري، والمادة (١٥٩٩) مدني فرنسي. وكلها أجمعت على بطلان تصرف بائع ملك الغير عند عدم إقرار المالك للبيع.

(٦) محمد سعيد أنور المظاهري، سمستي فوري، **دروس الفقه الحنفي في دلائل أصول الكرخي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨، ص٨٢.

(٧) أبو بكر بن حسن الكشناوي، **أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه امام الائمة مالك**، ج٢، ضبطه: محمد عبد السلام شاهين، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ص٨٧.

(٨) بدر الدين ابو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، **المنثور في القواعد (فقه شافعي)**، ج٢، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٩٧.

نفسه لدى الإمامية[١]، حيث توَّحدت كلمة هؤلاء الفقهاء على أنَّ العقدَ الذي يبرمُه الفضوليّ هو عقدٌ موقوفٌ على إجازةِ المالك، ماعدا الحنابلة الذين وصموآ تصرُّفه بعدم الصحة مطلقاً بيعاً وشراءً [٢] .

الفرعُ الثانيّ

فَلسفةُ الخيار التعاقدي

إنَّ الفلسفةَ[٣] مِن تشريع نظرية الخيار التي توسَّع بها الفقه الاسلامي وزرعها [٤] في القانون المدني متأتيّ مِن الحاجةِ إلى حماية المتعاقد، فحتى لا يقع المُتعاقِد في حبائلِ الخديعة؛ ظهرتْ هذهِ النظريَّة، كما أنَّ الحمايةَ من الغِش[٥] هي هدفُ المشرع دائماً ما يسعى إلى تحقيقه سواءً على الصعيد المدني أو الجزائي[٦]. كما أنَّ تجويز اقتران العقد بالخيار جاءَ كخطوةٍ تعزيزيَّةٍ لنظرية عيوب الارادة التي تبدو غيرَ كافيةٍ لحمايةِ المستهلك من الوقوع في غياهبِ الغشِ وسوء النيَّة، وهي نظريةٌ أصبحتْ غير متناغمةٍ مع تعقُّد

---

(١) محمد بن الحسن الطوسي، **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، من دون طبعة، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٧٠ص٣٨٥. وعكس هذا الرأي، يُنظر: أحمد الموسوي الروضاتي، **اجماعات فقهاء الامامية**، ج٢، من دون طبعة، شركة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، ٢٠١١، ص٢٨٦.

(٢) محمد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية الجراني، **المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل**، ج١، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، احمد محروس جعفر صالح، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ص٤٥٥.

(٣) تُعرّف الفلسفة وفقاً لما اتفق عليه فلاسفة العصر الحديث بأنها "العلم بالمبادئ" ، وهم أرادوا بهذا التعريف قصر الفلسفة على مبحثي المعرفة والمنطق أو على الأقل اعتبارهما المحور الذي تدور حوله الفلسفة بمعناها العلمي. انظر: ازفلد كولبه، **المدخل الى الفلسفة**، ترجمة أبو العلا عفيفي، من دون طبعة، أقلام عربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٢.

(٤) يُقصد بالزرع القانوني: عملية نقل قاعدة أو نظام قانوني من بلد لآخر، بما يشمل من الفاظ وكذلك مفاهيم. يُنظر: محمد سلطان حسن، قاسم هيَّال رسن، **أسباب الزرع القانوني (دراسة في نطاق فلسفة القانون)**، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٩)، العدد (٣٤)، ٢٠٢٠، ص٧٦.

(٥) يقصد بالغِش لغةً: هو من الغش وهو سوء النية والغِل والخيانة والاحتيال. يُنظر: حسن سعيد الكرمي، **الهادي إلى لغة العرب**، المجلد (٣)، من دون طبعة، دار لبنان، لبنان، ١٩٩١، ص٣٢٥. وكون الغش من مساغات تشريع نظرية الخيار. يُنظر: د. سميرة سعيد سليمان بيومي، **خيار العيب في الشريعة الإسلامية**، ط١، دار الطباعة المحمدية، مصر، ١٩٨٩، ص٣٢ و٣٣.

(٦) فراس جبار كريم الروازق، **الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧، ص٥٤.

الحياةِ العمليَّةِ وتنوَّع السلع وتشعُّب مصادر انتاجها. ونستعرِض ملامِح فلسفة الخيار الذي يقترنُّ بالعقدِ في النحو الآتي:

أولاً: تجويز الخيار رغم أنَّه غرر(١): إنَّ الخيارَ المُقترن بالعقدِ يُعَدُّ مِنْ قبيل الغرر(٢)، إلَّا أنَّ الشريعة الإسلاميَّة السمحاء قد أجازتْ اقترانَ العقد بالخيارِ على الرُّغم مما فيهِ من غررٍ والمتأمَّل في الآراء المطروحة بهذا الصدد يستشعرُّ مدى سماحة تلك الشريعةُ (٣)، وفي ذلك استثناء على حُرمانيَّة الغرر في هذهِ الشريعةُ، والسببُ في ذلك راجِع إلى حاجةُ الناس إلى التروِّي قبل الإقدام على التعاقُدِ، لذلك أجازتْه السُنةُ المُطهَّرة، ثم أنَّه غرر يتسامح بهِ الناس لأنَّ البيوعَ لا تنفك عنه، وهو غررٌ في أصلِ العقد لا المعقود عليهِ (المحل) الذي يكونُّ فيه الغررُ معيباً للإرادةِ (٤).

ولأنَّ مِن معاني الغرر هو الإيهامُ والتوريطُ، سنركزُّ هُنا على بحثِ دور الخيار في منعِ الغش(٥). فعلى الرُّغم من أنَّ عدمَ مشروعيَّة الغش في إطار المعاملات يفتقدُ إلى أساسٍ تشريعي يقوم عليهِ، وإنَّما قُرر من قبل الفقه والقضاء من خلال قاعدة "الغش يُفسد كُل شيء" (٦)، وعلى الرغم أنَّ مصادر القانون الأُخرى التي يُحال القاضي عليها عند عدم النص، أحياناً لا تُسعفه في سد هذا الفراغ (٧)، فإنَّ منحَ الغير مكنةُ الفسخ

---

(١) الغرر لغةً: هو الخطر الذي لا يدرى أيكون أن لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء". يُنظر: أبو الفتح ناصر الدين المطرزي ناصر بن عبد السيد، **المغرب في ترتيب المعرب معجم لغوي**، من دون طبعة، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٩، ص١٨٩. ووجه الغرر في الخيار هو أنه يجعل العقد غير معروف مصيره هل يتم أم لا يتم.

(٢) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية **البجيرمي على شرح منهج الطلاب**، ج٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص٣١٤.

(٣) د. عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج١، مصدر سابق، ص٩١.

(٤) ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، **المقدمات الممهدات**، ج١، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٣٧٩.

(٥) عرَّف المشرع الغش في قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ بأنَّه:" كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو تابعيه بقصد إحداث ضرر". وفي الفقه يترادف معنى الغش مع التدليس وهو "تحايل يؤدي إلى إيقاع المتحايل في الغلط على نحو يدفعه لتعاقد لم يكن يقبله أصلا لو علم بالحقيقة، أو إلى التعاقد بغبن لم يكن ليرضاه لو لم يقع في الغلط". يُنظر: د. مصطفى محمد الجمال، **القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام**، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨، ص٢٣٣.

(٦)Barry Rider, **research handbook on international financial crime**, Edward Elger publishing limited, USA, ٢٠١٥, P. ٣٥٢.

(٧) د. حامد محمد شبيب الجبوري، مصدر سابق، ص١٣٩.

أنجع الطُرق التي تحقق نظريَّة الحماية من الغِش[١]، والسؤال هنا هو: ما هي الفرضيَّات التي يُعوَّل فيها على الغير في تحقيق الحمايَّة للعاقد الشارط؟

إنَّ الغيرَ الممنوحِ مكنةُ الفسخ يجب عليَّه بحُكمِ النزاهَّة التعاقديَّة [٢] أنْ يستعملَ تلك المكنة بحُسن نيَّة، ذلك أنَّ سبب منحه هذهِ المكنةُ مثلاً هو التثبُّتُ مِن أنَّ الشيء محل البيع يتوافقُ مع الغرضِ المُراد مِنْه كأن يحتاج إلى فحصٍ من جهةٍ معينة أو ما شابه ذلك. فعلى سبيل المثال باع (س) إلى (ص) سيارة، مقابل ثمن معيَّن، واشترط أن يكونَ لشركة (ع) المختصَّة بفحصِ متانَّة السيارات المكنة اللازمة لتقييم السيارة، فإنْ وجدتها صالحة للاستعمال لزُّم العقد، وإنْ كانّ العكسُ فسخَتْ العقدَ، والواجبُ على الشركةِ أنْ تستعملَ تلك المكنة وفقاً للأُطر المهنيَّة والسياقات الأخلاقيَّة متخطيةً أشكال سوء النيَّة. فهذا الإشتراطُ من شأنهِ أن يقوَّض التفاوت المعرفي بَيْنِ المُتعاقدَيْن[٣] ولكن مِن خِلال (الغير) عَن العقدِ. وقد يُشترط في العقد كذلك إنْ يُمنحَ مهلةً للتفكيرِ في مدى جدوى التعاقد ويلجأ خلالها إلى جهاتٍ أُخرى قد يكونَ من شأنِها التأثير على العقدِ بفسخهِ ولاسيما لو اشترطَ مع ذلك مهلةً لتخويل الغير مكنة الفسخ[٤]. ولكن مع ذلك؛ لأنَّ الغيرَ قد يستعملَ

---

(١) وهذه الحماية لاحقة على إبرام العقد. يُنظر: رومان منير زيدان حداد، **حسن النية في تكوين العقد**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت/ كلية الدراسات الفقهية والقانونية، ٢٠٠٠، ص١٢٢. وهناك من يرى أن الفسخ بحد ذاته هو أداة استثنائية ووسيلة احتياطية لحماية المتعاقد. يُنظر: د. حسن محمد كاظم المسعودي، عبدالأمير جفات كروان، **واقعة الفسخ في ذاتها**، مجلة رسالة الحقوق، من دون مجلد، العدد (٣)، ٢٠١٤، ص١٣٢.

(٢) يُعدُّ مبدأ النزاهة التعاقديَّة أو الإخلاص التعاقدي من المبادئ المتفرعة عن مبدأ حسن النيَّة. يُنظر: محمد البشير عبد الله حمد، **التنظيم القانوني لاحتراف المتعاقد (دراسة قانونية مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة الفلوجة/ كلية القانون، ٢٠٢١، ص١٠٤. كما تجدر الإشارة إلى أن حسن النية هو أساس الفسخ في القانون المدني الألماني وفقاً للمادة (١٤٢) منه.

(٣) يُعرَّف التفاوت المعرفي بين المتعاقدين بأنَّه تفاوت في الجانب العلمي والفني وليس الاقتصادي، وهو يقتصر على متعاقد دون الآخر. يُنظر: فراس جبار كريم الروازق، مصدر سابق، ص٨٧. بَيْدَ أَنَّنَّا لا نتفق وهذا الرأي ذلك أن عدم التكافؤ المعرفي يُمكن أنْ يشمل كلا المتعاقدين معاً سيما في الأمثلة التي يكون فيها البائع غير متمرِّس في بيع تلك السلعة، وبالتالي يحتاج إلى طرف ثالث في العملية حتى لا يلحق أي من طرفي العقد غبن. بدليل أنَّ المشتري إذا قصَّر في الالتجاء إلى أهل الخبرة يسقط حقه في المطالبة بالفسخ لجهله أو عدم معرفته بالعيوب. يُنظَر: د. توفيق حسن فرج، **أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان**، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، من دون مجلد، العدد (١٥)، ١٩٧٠، ص١٨٧.

(٤) تعتبر مهلة التفكير من المستحداثات التي جاء بها التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي. ولا مقابل لها في القوانين محل المقارنة، ومن بينها القانون العراقي، لكن عدم النصّ تشريعيَّاً عليها لا يمنع من اتفاق المتعاقدين عليها، انطلاقاً من حريَّة التعاقد ومبادئهِ. كما في المادة (١١٢٢) من التقنين المدني الفرنسي (المُعدَّل) ولقد أخذ المُشرعُ الفرنسي، بصورةٍ بينَّةٍ، بمهلةِ

المكنة حتى وإنْ كانتْ السلعةُ سليمةٌ [١]، ولأنَّ الفسخَ بالإرادةِ المُنفردة تحومُ حوله شبهات التعسف؛ فـ "لا يجوز للمرء أنْ يقيم من نفسهِ لنفسهِ حَكماً"[٢]، نرى أنْ يكونَ الفسخُ بَيْنَ الغيرِ والمتعاقدِ المشترط منحه المكنة إتفاقياً.

أمَّا عن أساسِ تضمين تلك المكنةُ في العقدِ الذي يبرمه المتعاقدان قانوناً، نجدُ أنَّ المُشرع الفرنسي قد تحدَّثَ في تعديلهِ الأخير للتقنين المدني عن فكرةِ مضمون العقد واشترطَ ألَّا يخالف هذا المضمونُ النظام العام والآداب[٣]، وأمَّا المُشرعين في القوانين المدنيَّة محل المقارنة[٤] فلم يعرفوه بتسميته الصريحة إلَّا أنَّهم اتفقوا على أنَّ حُسن النيَّة يجب أنْ يُرافِق العقدَ مِن إنبرامه إلى انقضاءه.

التفكير في القرض الاستهلاكي، والائتمان العقاري، وقانون التعليم بالمراسلة، وهذا القانون الأخير هو أوَّل قانون أخذ بها. تُنظر:

Alchahchi Mohamed, **l'équilibre du contrat de consommation ,étude comparative**, magister en droit privé, faculté de droit, université d'Oran, Algeria, ٢٠١٣ p.٦٥.

(١) وبنفس المعنى، يُنظر: د. علاء حسين علي، **الانفراديَّة في سياق الالتزامات التعاقديَّة**، ط١، مكتبة زين الحقوقيَّة، بيروت، ٢٠١١، ص٢٨.

(٢) وبنفس المعنى، يُنظر: حسين عامر، عبد الرحيم عامر، **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**، ط٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٩٨، ص ٤٥٥.

(٣) Art. ١١٦٢.-Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

(٤) تُنظر المادة (١٥٠) مدني عراقي، والمادة (١٤٨) مدني مصري، والمادة (١/٢٠٢) مدني أردني، والمادة (١١٠٤) مدني فرنسي، وعلى صعيد القضاء، ينص القضاء في أحكامه الى ضرورة تنفيذ العقد بما اشتمل عليه وبما يتفق مع مبدأ حسن النية. يُنظر: في **القضاء العراقي:** رقم الحكم: ٢٥٦/ تنفيذ عقد/ ٢٠٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٣/٢٠، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq ، وفي **القضاء المصري:** فتوى مجلس الدولة/ الجمعية العمومية المرقمة: ٥٠١ المؤرخة في ٢٠٠٠/١٠/١ ملف رقم ٣١٢٦/٢/٣٢. منشور في مجلة البحوث المالية والضريبية/ الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب، مصر/ وزارة العدل/ مجلس الدولة، العدد (١٦)، يناير/٢٠٠٣. في **القضاء الأردني:** رقم الحكم: تمييز حقوق ٢٠١٧/١٠٢ الصادر بتاريخ: ٢٠١٧/٢/١٩ نقلاً عن بلال عزيزي، **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود: دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك/ كلية القانون، ٢٠١٧، ص ٥٨. وفي **القضاء الفرنسي:**

"la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, liberté qui n'est pas limitée que par l'abus du droit de rompre qui est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire ... de nature à caractériser un tel comportement, contraire à la bonne foi contractuelle"

نقلاً عن: د. يوسف شندي، **دور القضاء في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام**، بحث منشور في العدد الخاص من مجلة كلية الكويتية العالمية، المجلد (٥-ملحق)، العدد (٢)، ٢٠١٧، ص ٤٥١. وكذلك:

وإذا صوبنَّا هدفَنَّا نحو الفقه الإسلاميّ نجدُّ بروز فكرة تسمى "مُقتَضى العقد" [١]. وبالتأكيد يدخُّل في معناه مقتضيات مبدأ حسن النية. ولا يوجد جديد يُقال في الفقه الإسلاميّ عن القانون الوضعي فيما يخص منح المكنة للغير في فسخ العقد، فطالما أنَّ إشتراط المنح لم يكن فيه مخالفة لأوامر الشرع فلا حظر له، والعكس صحيح[٢]. كما أنَّ ما يضمنه المتعاقدان من بنودٍ تعاقديَّة حازتْ على إذن الشارع انطلاقاً من الباعث المشروع نحو العمليَّة التعاقديَّة [٣].

ثانياً: تجويزُ الخيار للمُحافظةِ على العقدِ: في الوقتِ الذي يتردَّدُ فيه العاقدِ عن إبرامِ العقد لوجودِ شُبهة الغَبن أو الغش، وهو يرغبُ في إبرامِ العقد لحاجتهِ للمعقود عليه، مثلاً، فحتى يوفَّرَ القانونُ له الطمأنينة اللازمة في هذه المرحلةُ، شُرعت نظريةُ الخيارات. وسنحاولُ في هذا المقام أنَّ نستعرِض كيفيَّة المحافظة على العقد كما يلي:

"En matière de preuve, dans un arrêt du ٧ janvier ٢٠٠١, l'assemblée plénière de la Cour de cassation écarta des débats un enregistrement téléphonique fait à l'insu des auteurs au nom du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve ». En matière pénale, un arrêt du ٢٧ février ١٩٩٦ dispose qu'un stratagème ayant vicié l'établissement de la vérité, « il a été porté atteinte au principe de la loyauté de la preuve ». see: Par François Campagnola, Juriste, **BONNE FOI ET LOYAUTÉ EN DROIT DES CONTRATS**, essay, available at: www. Village-justice. Com.

(١) ويقصد به:" الأحكام التي رتبها الشارع أو الالتزامات التي يعدّ العاقد مُكلفاً بها دون حاجة إلى اشتراط من قبل العاقد الآخر" . يُنظر: محمد عبد الله علي طلافحة، **التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية**، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية/ كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٤، ص٤١. ويُعد هو الصفة المميزة. يُنظر للمزيد حول هذه الفكرة: راسم عايد حسن، **مقتضى العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠٢٢.

(٢) الحنفية والمالكية أن الأصل بالشروط الاباحة بشروط. ينظر: تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم بن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٢٩، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن القاسم، من دون طبعة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥، ص١٤٦. والشافعية، يُنظر: ابو يحيى زكريا بن محمد الانصاري، **حاشية الانصاري على شرح المحلي على جمع الجوامع في أصول الفقه الشافعي**، تحقيق حامد عبد الله المحلاوي، ج١، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٢. وهم ينطلقون في ذلك من الحديث الشريف "المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"، وفسر هذا القول بلغة القانون بأن الشروط هنا يقصد بها العقود، أي أن المؤمنين ملتزمين بعقودهم مع مراعاة ما حلله الشارع وما حرمه. يُنظر: د. عبد المجيد الحكيم، **الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي**، من دون طبعة، من دون ناشر ومكان نشر وسنة نشر، ص ٣١٧.

(٣) نزار داود توفيق البكار، **مقتضى العقد وتطبيقاته في عقود المعاوضات**، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية/ كلية الدراسات العليا، ٢٠١٣، ص١١٢.

١ – فكرةُ التضامّن التعاقدي: نادى القضاءُ الفرنسي بمبدأ الإخوة التعاقديَّة، وإنَّ مشرع القانون المدني في القوانين محل المقارنة وإنْ كانَ لا يعرف المصطلح لغوياً فإنَّ ذلك لا يمنع من أنَّ لهُ مصاديق تشريعيَّة(١). فإذا كانَ الغيرُ الذي مُنح مكنة الفسخ خبيراً في تقييم الشيء محل العقد، ولكنه شخص طبيعي، وقال كلمتهِ بالفسخ، ولكن يوجد شخص معنوي لديه خبيرة كبيرة في نفس المجال لم يُمنح المكنة بالفسخ. فلا ضَير في إعادة التفاوض إبتغاء المحافظة على العقد.

وهذا ايضاً حلٌ ناجعٌ في الوقتِ الذي يُضيّقُ فيه القضاءُ نطاق الفسخ حتى لو وجدَ في المبيعِ عيباً لم يُخفه البائع (٢) . أو قد يكونَ السبيلُ القويم للمُحافظةِ على العقدِ تغيير بند في العقدِ كما لو تنازلَ المتعاقد مُشترط منح مكنة الفسخ لغيره بَعْدَ أنْ استعملَّها بسوء نيَّةٍ أو تعديل العقد؛ وكل ذلك من أجل تحقيق المنفعة المرجوَّة مِن العقدِ (٣).

وهكذا نستنتجُ أنَّ مُخرجات التضامن التعاقدي تُساعد في بث روح التعاون بَيْنَ المُتعاقِدَيْن مِن أجلِ التفاوض مرةً أُخرى على التعاقُدِ مادام أنَّ الأساسَ الذي تهافتوا عليه لا يُخلّ بالنظامِ العامِ والآدابِ؛ ولا يُعدّ عاملاً من عوامل بثّ المنازعات في العقد (٤)، حتى تتحقق المنفعة الاقتصاديَّة المبتغاة منه. كما أنَّ هذا

---

(١) Bélanger, A. & Tabi Tabi, G. (٢٠٠٦**). Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement.** Les Cahiers de droit, ٤٧(٣), P. ٤٣٤.

وهو يذكر عدة أمثلة، منها: الكفالة الشخصية، والوكالة المدنية، فالأولى تقوم على أساس التعاون والصداقة والاخوة، والثانية كذلك بدليل أنَّها مجانيّة، ونحنُ نتفقُ معه. وفي القانون العراقي توجد تطبيقات عديدة وردت في القانون المدني يمكن أن نتلمَّس منها سعي المشرع إلى بث روح التسامح والإخوة في مجال العقود، فمثلاً: المادة (٢٧١) مدني عراقي والتي نصها :" ٢- ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم ان يحصل من دائرة التنفيذ على قرار بحجز جميع اموال المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير عدا الاموال التي لا يجوز حجزها ويبقى الحجز على اموال المدين قائما لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر"، وكذلك المادة (٩١٣) من نفس القانون والتي نصت على:" ١ – على رب العمل مع مراعاة احكام القوانين الخاصة: د – ان يتحمل مصاريف ترحيل العمال الذين استدعاهم من مكان اخر، اذا ما طلب هؤلاء العمال ذلك، خلال خمسة عشر يوما من انتهاء العقد او فسخه من جانب رب العمل دون سبب مشروع".

(٢) د. صاحب عبيد الفتلاوي، **ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع**، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص٩٠ وما يليها.

(٣) د. منصور حاتم محسن، **التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد (٢٣)، العدد (٤)، ٢٠١٥، ص١٦٩٨.

(٤) وبالمعنى نفسه، يُنظر: أُستاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، أمنة ياسين مرزوق، **أُسس التعديل التلقائي للعقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة مركز أبحاث الكوفة، من دون مجلد، العدد (٢/٤٤)، ٢٠١٩، ص١٣ وما بعدها.

الثالوثُ (حسن النيَّة – العدالة – الاخلاق) يجب أنْ يُرافق العقد وبكافة شخوصه وغيرهم مُنذ إنبرام العقد حتى انقضاءه [١]. إنَّ مفهومَ التضامن التعاقدي يجعلُ من العقد رمزاً ومكاناً للمساواةِ الإجتماعية والصداقة والإخوة [٢]، وهي مبادئ لمْ تكنْ الشريعةُ الاسلاميَّة غائبةً عنها [٣].

٢ – **الاخلاقُ التعاقديَّة:** وهي مِنْ مُستلزماتِ العقدِ [٤]، بل أنَّ العدالةَ تنبعُ منها[٥]، فمِن الواجب على الغيرِ الذي مُنح مكنة الفسخ أنْ يضعَ نَصْبَ أعينه المصلحة التي يجبُ أنْ تتحقق للمُتعاقِد الذي خصَّه بالإشتراطِ فعليه مثلاً أنْ يمنعَ إنبرام العقد فيما لو كانَ الشيء محل العقد لا يتوافق ورغبة المُشتري.

وإذا يَممنَّا شطرنَّا صَوْب الفقه الإسلاميّ فلم نجدْ – على حدِ بحثنا– موقفاً صريحاً فيما يخُص الاخلاق التعاقديَّة، ولكن الشريعةَ الإسلاميَّة ولدتْ في عهدِ أعرافٍ كانتْ ترى أنّ الوفاءَ بالعهودِ من مكارمِ الاخلاق، فأقرتْ مبدأ الوفاء بالعقود [٦]. ويُعَدُّ مفهوم الاخلاق بشكلٍ عام من المواضيعِ التي تظهر

---

(١) طاهر عيسى والي الشافعي، **قواعد العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠٢٢، ص١٧٠.

(٢) سمية زرارقي، فريدة عيادي، **العقد: بين الازمة ومقتضيات التطور**، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد (٦)، العدد (١)، ٢٠٢٢، ص٨٠٧.

(٣) أنَّ الشريعة الإسلامية السمحاء لها قصب السبق في تعليم المسلمين تلك الواجبات منذ أكثر من (١٤) قرن، فمثلاً كُرس الالتزام بالتبصير بقولهِ (صلى الله عليه وآله وسلم): "الله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه". يُنظر: منصور ناصف، **التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول**، ج١، ط٣، دار احياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٢، ص٦٢. وعن الالتزام بالنصيحة قال (صلى الله عليه وآله وسلم): "الدين النصيحة". يُنظر: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، ج١، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، ١٩٥٥، ص٧٤.

(٤) تنص المادة (١١٩٤) تقنين مدني فرنسي على أنَّه:" لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل ايضاً بجميع ما يُعد من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون"، وتقابلها المادة (١٤٨) مدني مصري، والمادة (١٥٠) مدني عراقي، والمادة (٢٠٢) مدني أردني. ويرى أحد الفقهاء، علاوةً على ذلك، أنَّ فكرة مستلزمات العقد ترتبط برباط وثيق بمفهوم مقتضى العقد الذي سبق بحثه، ويعلل ذلك بأنَّ المسلم بهِ أنْ يكون العاقدُ ملتزماً بهذه المُستلزمات وبكل ما ورد في العقد. يُنظر: د. أحمد مفلح خوالدة، **شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص١٧٧.

(٥) د. سمير عالية، **علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩١، ص١٢٠.

(٦) . د. عصمت عبد المجيد بكر، **تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٣١. ولكن مع ذلك، نرى أنَّ العديد من القواعد الفقهيَّة المشهورة في كتب الفقه الإسلامي والتي قننها المشرع في القانون

فيها أصالة الفقه الإسلاميّ الحريَّة بالاعتزاز والفخر والاندهاش، إذ توسعوا في مفهومِ العدْل نظراً وتفريعاً، وتابعوا حديثهم بذكرِ مصاديقه في الاخلاق والعقيدة والفلسفة في إطار الفقه والقانون والمجتمع [١].

واخيراً، فأننَّا نُسلِّم بأنَّ الحديث عن موضوعاتٍ كالإخوة والتسامح في فرضية إعادة إبرام عقد فسخه الغير سيء النيَّة أو المتواطئ بقصد الإضرار بأحد أطراف العقد إنَّما هو من الأمور التي قد تُنعت بالتهور أو الجرأة، لكن ما يشفع لنا في هذا المقام، أنَّ غيرنا سبق أنْ تطرَّق لها، سيما في الفقه الفرنسي[٢]. بيْدَ أننَّا مع ذلك لا نرغب بإقحام المفاهيم الإنسانية مثل الكرامة وغيرها في عالم العقود المدنية، لأنَّها مفاهيم حديثة في صحيح القانون ولكن ليس معنى ذلك أنَّها ليست محل تقدير فيه، فالنظام العام نفسه يحوي كل هذه القيمُ، فلا مجال للخيانةِ والكذبِ والتدليس في نطاقِ العقود[٣]. وهذا ليس بقولٍ حديثٍ فقديماً كانتْ توجدُ محكمةٌ تسمى "محكمة الضمير" ومناطها قواعد العدالة والمُثُل السامية [٤].

المدني هي قواعد ذات بُعد أخلاقي ومنها على سبيل المثال لا الحصر: قاعدة الغُرم بالغُنم، وتحريم الربا، وتحريم بيعتين في بيعة. يُنظر: صالح العقدة، **القواعد الأخلاقية للمعاملات المالية في الإسلام**، بحث منشور في مجلة المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد (١٠)، العدد (١)، ٢٠٠٧، ص٧١. ونرى كذلك قاعدة "لا يضار الطاعن بطعنه" قاعدة أخلاقية المبتغى، كرسها القضاء في أكثر من حكم مثلا: الحكم رقم ١٦٨/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٦ المؤرخ في ٢٠١٦/٦/١٣، مشار إليه لدى: د. لفته هامل العجيلي، مصدر سابق، ص ٦٤٦. وعن الجدل حول معنى العهد والعقد، يرى الفقه الإسلامي أن العقود والعهود والشروط جميعاً تصب في باب واحد فالمعاني متلازمة ومتقاربة. يُنظر: محمد عبد العزيز حسن زيد، **الاجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر**، من دون طبعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، من دون مكان نشر، ١٩٩٦، ص ٥٨. وكلاهما – أي العقود والعهود نتاج الأمانة والصدق لأنها الفقه الإسلامي مبنية على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع. يُنظر: د. علي كحلون، **النظرية العامة للالتزامات**، ط١، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص٣٣٥.

(١) د. فهمي جدعان، **المقدَّس والحريَّة: أبحاث ومقالات أخرى من أطياف الحداثة ومقاصد الحديث**، ط١، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٢٢.

(٢) Myriam MEHANNA, La **prise en compte de l'intérêt du cocontractant**, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas école doctorale de droit privé, ٢٠١٤.

(٣) عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني، **حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دكتوراه، جامعة المنوفية/ كلية الحقوق، من دون سنة نشر، ص٣٤٨. بل حتى أن السكوت المقترن بسوء النية يؤثر على العقد ويقود إلى بطلانه، لأنه يُعدُّ شكلاً من اشكال التغرير. يُنظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، **الالتزام قبل التعاقدي بالاداء**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠، ص٤٢-٥٨.

(٤) د. محمد محيي الدين إبراهيم سليم، **نطاق مبدأ نسبية أثر العقد (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٩. وهي محكمة في محكمة إنكلترا العليا، وأبرز سمات هذه المحكمة هو تقليص الإجراءات

ورغم كل ذلك، فإنَّ تعصيبَ العقد بمبدأ حُسن النيَّة الفسيح المدى والواسع النطاق لا يعني أبداً خروجه مِنْ تحت وِصايَّة مبدأ سُلطان الإرادة وإعلان الغزو القضائيّ عليهِ [1]، وهي- الإرادة- مَنْ يُقرر إبرام عقد جديد غَيْرِ الذي فسخه "الغير"، أو طيّ صفحة التعاقد والعُدول عَنْهُ.

المطلبُ الثاني

المظهرُ غير المُباشِر

يمنحُ القانونُ الغيرَ عن العقد في بعض مِن الأحايين صلاحيَّة تُخوّله فسخ عقد غيره ، وذلك على غرار المكنة الممنوحة من المتعاقدين إلى الغيرِ والتي تمكنُّه من فسخِ أو إجازة العقد المبرم من قِبلهما. ومِن أجل التعرَّف على هذهِ الصلاحيَّة وأبعادها سنُقسَّم هذا المطلب على فرعين؛ نتناولُ في أولهما الوصايَّة[2] التشريعيَّة على العقد، وفي ثانيهما الوصايَّة القضائيَّة على العقد.

الفرع الأوَّل

الوِصايَّة التشريعيَّة على العَقْدِ

لا نُبالغ إذا ما قُلنا أنَّ الإرادة التعاقديَّة لا يمكنها الصمود أمام سُلطان القانون؛ ولذا فرضت المنعطفات العالميَّة المتمثلَّة بالتحولات الاقتصاديَّة، والإداريَّة، وحتى الصحيَّة، تدخُّل المُشرع والقضاء في العلاقة التعاقدية إلى الحدَّ الذي يمكن القول معه أنَّ العقدَ صار علاقةً يتحكم بِها المُشرِع، وأيَّاً كانت تلك التدخلات ومَجالاتها؛ فما يعنينا هُنا هو الفسخ، وعلى هذا الأساس، سنُقسَّم هذا الفرع على نقطتين؛ نبحثُ في الأولى بفكرة الفسخ الجبري للعقد، وفي الثانيَّة نتناولُ تطبيقاتَه.

الشكلية في التقاضي. يُنظر: بول ستروم، **الضمير، مقدمة قصيرة قصيرة جدا**، ترجمة سهى الشامي، مؤسسة هنداوي، بريطانيا، ٢٠١٧، ص٤٧.

(١) M. Saliou NDIONE**, Le solidarisme contractuel en droit positif sénégalais**, MEMOIRE DE MASTER, UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR, ٢٠١٨, P. ٤١ & ٤٢.

[2] الوصاية في اللغة تعني السيادة. أي تسيَّد دولة على غيرها. يُنظَر: غريد الشيخ محمد، **المعجم في اللغة والنحو والصرف والاعراب والمصطلحات العلمية والفلسفية والقانونية والحديثة**، ج٥، من دون طبعة، دار اليازودي العلمية، الأردن، ٢٠٢١، ص٧٣٠. وهذا المعنى الذي نُريد أي تسيّد القانون على العقد.

أولاً: الفسخُ الجبري للعقدِ[١]: في الحقيقة؛ لم نجدْ تعريفاً فقهياً للفسخِ الجبري للعقود، فمن المُستقر أنَّ الفسخ نوعان؛ أحدهما اتفاقي والآخر قضائي؛ وإنْ أُلحِقَ بهما الانفساخ، ولكنَ الفسخَ الجبري للعقد يُعَدُّ تعبيراً لقيام القانون، بواسطة النصوص الآمرة؛ أو القضاء بفسخِ العقد في الفرضيات التي لا يُمكن معها الحديث عن اتفاق بين المتعاقدين على الفسخِ، ولا ثمَّة إخلال بالالتزامات المترتبة على العقدِ تُبرر اللجوءِ إلى القضاءِ للمُطالَبة بفسخِ العقد، ولا حتى استحالة في تنفيذ بنود العقد تُثير منازعةً قضائيَّةً حول تقرير وجودها من عدمه للحكم بانفساخ العقد، وبالتأكيد طالما فُسخ العقد بغير كل ذلك هُنا يُمكن أنْ تُثارَ قضيةُ الفسخ الجبري للعقدِ.

وبهذا يتضحُّ الفارِقُ بَيْنَ الفسخ الجبري للعقد الذي لا يرتبط بإخلال أو باستحالة في تنفيذ العقد وبَيْنَ الإنفساخ الذي يُعَدُّ وثيق الصلَّة باستحالةِ تنفيذ ما ترتَّب على العقد من التزامات. سيما وأنَّ القانون مثلما يجبُر على الفسخ، فهو يجبرُ على التعاقد؛ ويمكن أنْ يجتمعَ الأمرين معاً في مناسبةٍ واحدة، على الرغُم من أنَّ مبدأ سُلطان الإرادة مبدأ محترماً على صعيدِ القانون[٢]، والقضاء معاً [٣] غير أنَّ مصاديقَ ذلك الفسخ لا يمكن طمسها.

ثانياً: تطبيقاتُ الفَسْخ الجبري للعقدِ: يلعبُ القانونُ أدوراً مختلفةً في فسخهِ للعقد، تارةً يكون فيها دوره مباشراً وتارةً لا يكون كذلك بل مِن خلال منح القاضي صلاحيَّة قانونيَّة تجعله قادراً على فسخِ العقد وفقاً لسلطته التقديرية؛ ولأجل التعرّف على هذه الأدوار، سنُقسّمُ هذه الفقرةُ على نقطتين، نُخصصُ الأولى لبيانِ الدور الصريح للقانونِ بفسخِ العقود جبراً على عاقديها، والثانية لبيان الدور المبتسر للقانون في فسخ العقد.

---

(١) تم اختيار هذه التسمية إسوةً بما هو معروف في الفقه الحنفي إذ لديهم تسمية "الفسخ الاختياري" النابع من اقتران العقد بالخيار. يُنظر: شفيق أيوب، **خيار الشرط في الفقه الإسلامي: المذهب الحنفي**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، مصر، ١٩٦١، ص٦٩. أحمد الحصري، **السياسة المالية والاجتماعية للدولة في الفقه الإسلامي المقارن**، من دون طبعة، مكتبة الكليات الازهرية، مصر، ١٩٩٤، ص٢٣٨.

(٢) تُنظر المادة (١١٠٣) مدني فرنسي، والمادة (١٤٧) مدني مصري، والمادة (١٤٦) مدني عراقي، والمادة (٢٤١) مدني أردني.

(٣) جُسد إحترام هذا المبدأ في العديد من القرارات القضائية منها نقض مدني مصري، الطعن رقم (٢٩٥٩) لسنة ٨٧ ق بتأريخ ٢٠٢١/١١/٢١ مشار إليه في موقع محكمة النقض المصرية الرسمي. نقض مدني، الطعن رقم (٣٦٤٠) لسنة ٨٦ ق بتأريخ ٢٠٢١/١١/٤ مشار إليه في موقع محكمة النقض المصرية الرسمي.

١ – الدورُ الصريح للقانونِ بفسخ العقود جبراً على عاقديها: قد يكونَ الهدفُ مِن الفسخ الجبري للعَقْدِ مزدوجاً، فالقانونُ يفسخُ عقداً ما ويُرغم أحد الأطراف على التعاقد مع شخصٍ آخر جبراً [١]. ولبيانِ حيثيات هذا الموضوع سنستعرضه وفقاً للنحوِ الآتي:

أ – نَزْعُ المُلكيَّة للمنفعةِ العامةِ في عقود المنافع: ففي الوقتِ الذي يكونُ العقارُ محل الاستملاك [٢] مؤجراً، وكلٌ مِن المؤجر والمستأجر مستمرٌ في تنفيذ الالتزامات التي رتَّبها العقد المبرم بينهما، فإذا بقرار الاستملاك القضائي يَحول دون إستمرار العقد وينتهي الأمرُ إلى فسخِ عقد الايجار، وإبرام عقد جديد بِمُباركَة القضاءِ[٣]، إذا ما عَلمنَّا أنَّ تكييفَ الاستملاك هو عقدٌ وارد على المُلكيَّةِ [٤].

أمَّا في الفقه الإسلاميّ فقد ذهبَ جمهورُ الفقهاء[٥] إلى أنَّه يجوز توسِعة المسجد على حسابِ الأراضي المملوكة مُلكية خاصَّة مع الاحتفاظ بحقِ المُلاك بالمطالبة بالتعويضِ العادل ومتى ما ضاقَ

---

(١) يُمكن تعريف الجبريَّة التعاقدية بأنَّها:" حمل الافراد على التعاقد وإجبارهم عليه بقوة القانون، لإعتبارات يرى المُشرع أنَّها أولى بالرعايَة من المصلحة الخاصَّة". يُنظر: آلاء داود سلوم، **التنظيم القانوني للجبرية التعاقدية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة تكريت/ كلية الحقوق، ٢٠٢١، ص١١. وهذا التعريف منتقد في تقديرنا؛ ذلك أنَّ القانون عندما منح الغير صلاحيَّة فسخ عقود ليس هو بطرفٍ فيها لا يقصد من وراءه إلزام الغير بأنْ يحل محل العاقد الذي فُسخ عقده، وإنَّما يمكن أن يكون قد خيَّره في ذلك تحقيقاً لمصلحته. ويمكن أن نُعرِّف الاجبار التعاقدي بأنَّه:" الآليَّة القانونية التي يُخوَّل بها الغير عن العقد الصلاحيَّة بفسخ العقد واحلال نفسه بديلاً عن المتعاقد الآخر ولو جبراً على أطراف العقد". وهذا الأمر لا يعني الاكراه على التعاقد والذي يعيب الرضا ويجعل العقد موقوفاً.

(٢) القانون المختص بقضايا الاستملاك في فرنسا أهم القوانين الصادر في ١٨/تموز/١٩٨٥، وفي مصر هو قانون نزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين رقم (١٣) لسنة ١٩٦٢، وفي العراق هو قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل والمنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٨١٧) في ١٩٨١/٢/١٦. وفي الأردن نُظم قانون للاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٧.

(٣) مثلاً نصت المادة (٧) من قانون استملاك العقارات للمنفعة العامة البحريني رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ على أن انتقال ملكية العقار المستملك إلى المستملِك يكون من تاريخ نشر قرار الاستملاك ويترتب على نشر قرار الاستملاك ما يترتب على تسجيل عقد الملكية من آثار.

(٤) د. اسعد ذياب، **أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري**، من دون طبعة، المكتبة الحديثة، لبنان، ١٩٨٥، ص٢٢٨.

(٥) للحنفيَّة ينظر: محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٤، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢، ص٣٧٩. وللمالكيَة، يُنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، (طبعة دار الكتب العلمية٢٠١٠)، مصدر سابق، ص٦. وللشافعيَّة، يُنظر: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الازهري المعروف بالجمل، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل**، ج٢، من دون طبعة، دار الفكر، من دون مكان وزمان نشر،

المسجد على المُصلين فلم يَعُد في وسعهِ استيعابهم. وعلى هذا فلو كانتْ الاراضي المجاورة للجامعِ محلاً لعقدِ إيجار أدى ذلك إلى فسخهِ، على الرُّغم من أنَّ أطراف العقد سواءً أكان المستأجر أم المؤجر غير مخلين بما يجب عليهم وفقاً للعقدِ ولكن الفسخَ هنا وقع بحُكم الشرع.

ب- الشُفعة: عُرفتْ الشفعةُ تشريعيَّاً في القوانين العربية محل المقارنة [1]، وهي :" حقُ تملُّك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه مِن الثمن والنفقات المعتادة".

وهنا يثور التساؤل الآتي: كيف يُمكن أنْ تكونَ الشُفعة طريقاً من طُرق فسخِ العقد مِن غير دائرة أطرافه؟ ابتداءً لا يمكن تصوَّر أنَّ الشفعة هي فسخٌ لعقدِ البيع المبرم بين البائع والمشتري لأنَّه وبموجَب المادة (١١٤٢) من القانون المدني العراقيّ يحلُّ الشفيع قبل البائع محل المشتري في حقوقهِ والتزاماتهِ، فيتحوَّل عقد البيع مِنْ كوْنَه بَيْنَ البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع. على الرُّغم من أنَّ هناك مَنْ يرى أنَّ العقدّ بَيْنَ البائعِ والشفيعِ هو عقدٌ جديدٌ ولا مَحل للحديثِ عن الحُلولِ فيهِ[2].

ص٢٦٣. وللحنابلة ابن قدامة، المغني، ج٦، مصدر سابق، ص٣٠. وللامامية رأي مقارب لهذا الرأي. يُنظر: ناصر مكارم الشيرازي، **الفتاوي الجديدة**، ج٢، مدرسة الامام علي بن أبي طالب (عليه السلام)، قم، ١٣٨٥هـ، ص٥٧.

(١) تُنظر: المادة (٩٣٥) مدني مصري، والمادة (١١٥٠) مدني اردني واللتا عرفتا الشفعة، هذا وتثبت الشفعة في القانون المصري والأردني للشريك المشتاع، إذ يكون في مقدوره أخذ الحصة المباعة، تنظر المادة (٩٣٦) مدني مصري، و(١١٥١) مدني أردني ، أمَّا المادة (١١٢٨) مدني عراقي فقد تطرقت لتعريف الشفعة، وتثبت للشريك في دار السكن الشائعة شرط ألا يملك داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال كما جاء في المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢١١) المؤرخ في ١٩٧٨/٢/١٤، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٦٣٩) في ١٩٧٨/٢/٢٠. والقانون الفرنسي أقر بحق الاسترداد الوراثي وهو نوع من أنواع الشفعة. وللمزيد عن هذا الحق، ينظر: د. سليمان يوسف الشيحان، **مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني**، من دون طبعة، دار الخليج، الأردن، ٢٠١٧. وأُثير جدلٌ كبير بصدد تكييف الشفعة، ويرى اتجاه في الفقه العراقي أنها دعوى شخصية للحلول في حق المشتري وليست رخصة ولا حق. يُنظر: د. حسن علي ذنون، **الحقوق العينية الأصلية**، من دون طبعة، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص١٥٣. وفي موضع آخر يقول هي حق. يُنظر للمؤلف نفسه: **محاضرات في القانون المدني العراقي (مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري)**، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٥، ص٢٦. ولكن القضاء العراقي اعتبرها مكنة أو حق رجحان. يُنظر: قرار محكمة التمييز رقم (١٥٧) في ١٩٦٩/٩/١٧ (غير منشور).

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية**، من دون طبعة، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٦٠، ص٤٨٦ وما بعدها.

كما تُقررُ المادة (٩٤٥) من القانون المدني المصريّ والمادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقيّ أنَّ على مَن يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبتهِ في ذلك لكلٍ مِن البائع أو المشتري أو دائرة التسجيل العقاري بالشروطِ التي حددتها المواد أعلاه، ولكن بموجِب المادة (٩٣٨) من القانون المدني المصريّ والمادة (١١٤٤) من القانون المدني العراقيّ والمادة (١١٦٧) من القانون المدني الاردني "لا تسري في حق الشفيع أي تصرفٍ ناقل للملكيةِ أو أي حقٍ عيني رتبه على العقارِ المشفوع إذا كانَ قد تم تبليغهِ في الأخذِ بالشفعة"، ونستنتجُ من ذلك وبمفهومِ المُخالفة لو فعلَ ذلك على الرُّغم من تبليغه فإنَّ التصرَّف يُنقض (يُفسَخ) [١] مِنْ قِبل الشفيع.

وفي الفقه الإسلاميّ نجدُ أنَّ الفقهاءَ يُجوزون حتى فسخِ العُقود التي أبرمَها المُشتري مِن قبل الشفيع؛ وهو غيرٌ عنها [٢]. ولم يكتفوا بهذا القدرُ والحدُ بل نراهم قد مكنوا وخوَّلوا المشتري حَبْس المبيع عَن الشفيعِ حتى يستوفي ثمنه [٣].

ج – الوصايَّة على المصرفِ [٤] المُفلِس[٥]: قد تتطلَّب عمليةُ إعادة تنظيم المصرف المُفلِس الخاضِع للوصايَّة إلى إلغاءِ جميع العقود التي ارتبط بها الأخير قُبيل إعلان الوصايَّة عليه، وعلى هذا الأساسُ مُنِح

---

(١) سليمان خليف عقله القلاب، **الشفعة في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية/ كلية الدراسات العليا، ١٩٩٣، ص١١٦.

(٢) أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغويّ، **التهذيب في فقه الامام الشافعي**، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء الرابع، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٦٥. وكذلك: ابن قدامة، **المغني**، ج٤، مصدر سابق، ص٣٣٧. محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاندهلوي، **اوجز المسالك الى موطأ مالك**، تحقيق ايمن صالح شعبان، ج١٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية بيروت، ٢٠١٠، ص٧٩. أبو بكر محمد بن أحمد بن أبو سهل السرخسيّ الحنفيّ، **كتاب المبسوط في الفقه الحنفي**، تحقيق ابو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الجزء ٢٣، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص١٤٧.

(٣) محمد بن الحسن الطوسي، **المبسوط في فقه الامامية**، من دون طبعة، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، من دون مكان نشر، ١٩٦٧، ص١١١.

(٤) تُنظر المادة (٦٢) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٩.

(٥) يُعرف الإفلاس: بـ" أنَّه نظامٌ لا يُطبق إلَّا على التجار في حالة توقفهم عن دفع ديونهم". يُنظر: د. علاء عبد الأمير موسى النائلي، **النظام القانوني لتشغيل أموال التاجر المفلس (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بابل/ كلية القانون، من دون سنة، ص١٩.

المصرف سُلطة فسخ [١] جميع تلك العقودُ بإرادته المنفردة كُلاً أو بعضاً بما يتناسب مع مصلحة المصرف على أنْ يكونَ العقدُ غير مكتمِل التنفيذ بل يجب أنْ يكون إمَّا في طور التنفيذ أو تم الشروع بتنفيذِه ولكنه لم ينتهِ بعد وخلال مدة ستين يوماً من تأريخ تنصيبه[٢]. كما تجدرُ الإشارةُ إلى أنَّ هذا الوصي يُمارِس مهامَه بموجِب عقد الوكالة المبرم بينه وبيْن البنك المركزي العراقيّ[٣] ولا دور للمصرفِ الخاضِع للوصايةِ في هذه العملية[٤]، وبالطبعِ هنا الفسخ من خارج حدود أطراف العقد. ولا خِلاف في الفقه الإسلاميّ مِنْ حيثِ الأصْل على عُنصرِ الإجبار في بيع أموال المدين المُفلس، حيث ذهبَ الحنفيَّةُ إلى ترتيبِ ما يجب على القاضي فعله أو بيعه من حيث المبتدأ والمنتهى بل جعلوا العقار آخِر ما يُباع [٥]. واتفقَ معهم في ذلك فقهاء المالكيَّة

(١) ولدى الرجوع إلى النص الأصلي المكتوب باللغة الإنكليزية نجده استخدم كلمة "Termination" والتي تعني "فسخ". يُنظر: موسوعة التشريع الأردني، دار البشير للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٨، فقرة (١/٨٠).

(٢) د. ئالان بهاء الدين عبد الله المدرس، **الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٦٦. كما برز إتجاه في الفقه يراه ممثلاً عن جماعة الدائنين لا عن الموكل المفلس. يُنظر: عبد الأول عابدين محمد بسيوني، **آثار الإفلاس في استيفاء الدائنين حقوقهم من التفليسة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، من دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨، ص١٠٠. كما اعتبر القضاء المصري أن أمين التفليسة يعد من الغير في أحكام الصورية بالنسبة إلى العقود الصورية التي تصدر من المفلس. وبالتالي فسخها من قبله يُعد فسخ من الغير. يُنظر: الطعن رقم (٣٢٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١). نقلاً عن: محمد عزمي البكري، **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، من دون طبعة، دار محمود، مصر، ٢٠١٧، ص ٣١ وما بعدها. ونعتقد بالنسبة لجماعة الدائنين الذين تسري قراراتهم حتى على الأقلية التي لم ترضَ بها؛ فهنا إذا قررت هذه الجماعة فسخ العقود المبرمة مع المفلس، فإنَّ ذلك يقود أيضاً إلى فسخ العقود المبرمة مع المفلس والأقلية المنوَّه عنها. يُنظر: ونفس الحكم بالنسبة إلى عقد الصلح الواقي من الإفلاس فهو يسري على الأقلية التي لم ترتضِ ذلك الصلح. يُنظر: محمد دغمان، **إلزامية العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص١٦٣.

(٣) لم نجد تكييفاً قانونياً لعلاقة المصرف بالبنك المركزي، إلَّا أننا نعتقد أنَّ لهُ ولاية عامة على المصارف وفقاً لدوره الذي حددته المادة (٤/١/ط) من قانون البنك المركزي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ والتي نصَّتْ على:" ١. في سبيل تحقيق الاهداف تتمثل المنصوص عليها في المادة رقم ٣ وفيما ورد ذكره علاوة على ذلك في هذا القانون, تشمل مهام البنك المركزي العراقي ما يلي : ط- اصدار التراخيص والتصاريح للمصارف وتنظيم اعمالها والاشراف عليها كما هو منصوص عليه في هذا القانون وفي قانون المصارف" .

(٤) د.ئالان بهاء الدين عبد الله المدرس، المصدر السابق، ص٨٢.

(٥) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي مجد الدين أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج٢، من دون طبعة، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٣٧، ص٩٨.

(١). والشافعيَّة (٢). والحنابلة (٣). والإماميَّة (٤). ولأنَّ البيعَ لا يصُح أنْ يردَ على شيءٍ واحدٍ مرتين ولشخصين مُختلفين؛ نرى أنَّ الرأي الفقهي أعلاه لا يمنع مِن فسخ العقود المُبرمة من المُفلس مع غيره لبيعها جبراً عليه.

٢ – **الدورُ المُبتسرُ للقانونِ في توسِعة الالتزامات التعاقديَّة:** نظَّمَ المشرعُ العقود بقواعدٍ صريحةٍ؛ والزم المتعاقدان بالتقيُّدِ بها تحقيقاً للعدالةِ، والنفع المأمول منها؛ وما خلا ذلك يواجه بالحظرِ؛ وكما يلي:

أ – منافِع العقد: إذا كانتْ المنفعةُ المرجوَّة من التعاقُدِ غَيْر مشروعةٍ وضارةٍ بالغيرِ عن العقد؛ يستطيعُ هذا الغيرُ أنْ يطالب بوقف التعرض فيما لو أُثيرت منازعة ورُفعت إلى القضاء للوقوف على حيثياتِ الأمر. وفي الوقتِ الذي يستمرُّ فيه أطراف العقد بتنفيذِ إلتزاماتهم قد يواجهون مسألة الفسخ من خارجِ دائرة التعاقد.

فعلى سبيل المثال الغَصْب قد يؤدي إلى فسخِ عقد الإيجار الواقع على المغصوبِ والمُبرم بين المالكِ والغيرِ المستأجر الغاصب فيما لو كان جهة متنفذّة تتولى مواجهة الارهاب، يرى القضاءُ أنَّ واقعةَ الغَصْب غير مُتحققةٍ بسببِ إنتفاء حالة الغَصْب (٥).

---

(١) أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه لمسائل المستخرجة**، تحقيق د. محمد حجي، ج١٠، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨، ص٣٨١.

(٢) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، **المهذب في فقه الامام الشافعي**، من دون طبعة، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، ص١١٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سبق ذكره، ج٤، ص٣٣٤.

(٤) مؤسسة دار المعارف، **المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي**، متاح على الموقع الالكتروني www.ar.lib.eshia.irج٢، ص٩٢.

(٥) "عندما يكون استغلال العقار لدواعي أمنية ضرورية اقتضتها ظروف المرحلة التي يمر بها البلد نتيجة عدم الاستقرار الأمني بسبب العمليات الارهابية ولتجفيف منابع الارهاب ولان من شروط تحقق واقعة الغصب هو قصد الاستيلاء من قبل واضع اليد بقصد العدوان وبالتالي لا تتحقق حالة الغصب التي يدور معها أجر المثل وجوداً وعدماً. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٩٦٥/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢١) المؤرخ في ٢٠٢١/٦/٦". متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسميwww.hjc.iq ، شوهد بتاريخ ٢٠٢٢/١٢/٩. كما تجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز في قرارها أعلاه قد عدَلْت فيه عن رأيها الوارد في القرار رقم (١٦٧٦/ الحصانة الجنائية والمدنية/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٥/١٨ والذي نصه:" إن وضع اليد على عقار المدعي من قبل الوحدات العسكرية التابعة للمدعى عليه وغصبه العقار دون سند من القانون غير مشمول بالحصانة الجنائية والمدنية". والمنشور في نفس الموقع أعلاه.

ونحنُ ننتقِدُ ما ذهبتْ إليهِ المحكمة في حُكمها ذلك أنْ المائز بَيْنَ الغَصْب والتعدَّي هو قصدُ التملُّك فلو لمْ تكنْ تلك الجهةُ قاصدةً التملك لا تُعدُّ غاصباً وإنَّما متعديةً تجري عليها أحكام التعدَّي[١]. كالمُطالبة برفع التجاوز أو المطالبة بأجرِ المثل[٢]، وفي تقديرنا أنَّ نصَّ المادة (٧٥٥) من القانون المدني العراقيّ[٣] قاصرُ عن استيعاب هذه الحالةُ ذلك أنَّ الجهةَ محل الحُكم القضائيّ أعلاه تُعَدُّ جهةً رسميَّةً وفي غير مقدورِ المؤجر والمستأجر رفع يدها عَن العقارِ، بمعنى أنَّ الحلولَ التي قدمتها تلك المادةُ غير قادرةٍ على شُمول هذه الحالةُ التي يجبُ أنَّ تُعامَلَ مُعاملة الفسخ الجبري للعقد.

الأمرُ الذي تنبَّه لهُ القانون المدني الأردني إذ أشار إلى أنَّه" إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع من الانتفاع الكلي بالمأجور دون سبب من المستأجر تنفسخ الاجارة وتسقط الأجرة من وقت المنع" [٤]. والذي يُشككُ بأنَّ مَنْ غير الممكن وصف الدولة التي يحميها القانون ويحمي مؤسساتها بموجب القوانين المرعية بأنَّها "غير" عن العقد؛ يجب ألَّا يكون خافياً عنه قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق التي اعتبرت السلطة التنفيذية من الغير، وحصنتْ تصرفاتها من النقضِ حتى إنْ تسببت بضررٍ للآخرين وأيَّاً كانَ هذا الضررُ[٥].

وعن أكثرِ مواقف الفقه الإسلاميّ تميزاً بهذا الصددِ؛ ما ورد عَن الفقه الحنبليّ الذي لم يُمانع مِن أنْ يكونَ نفعُ المبيع خلال مدة معينَّة لغير العاقد إذ ينتفع بهِ لأمدٍ معين، وعند عدم تحقُّق النفع؛ يكونَ لهُ الخيار

---

(١) ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص٥٧١.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٥٠١/تجاوز/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٧/١٥. متاح على موقع مجلس القضاء الاعلى الرسمي: www.hjc.iq، شوهد بتاريخ ٢٠٢٢/١٢/١٣.

(٣) نصت المادة ٧٥٥ من القانون المدني العراقي على أنَّه:" ١ – إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب، جاز له ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة. ٢ – فإذا قصر في رفع يد الغاصب، وكان ذلك ممكنا له، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب فلا تسقط عنه الاجرة وله ان يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض". وتقابلها المادة (٥٧٥) مدني مصري. ولا مقابل لها في التقنين المدني الفرنسي .

(٤) تُنظر المادة (٦٩٨) من القانون المدني الأردني.

(٥) قرار محكمة التمييز رقم (٢١٠/ تعويض/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٥/٢٨. متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq، شوهد في ٢٠٢٢/١٢/١٤.

بفسخ العقد[١]. أما جُمهور الفقهاءُ المسلمين فقد ذهبوا إلى جوازيَّة بَيْع مال المحتكر جبراً عليه لو رفضَ هو بيعُها إلى عامةِ الناس؛ وذلك من خلال الجبريَّة التعاقديَّة [٢] .

ب – عَدالـةُ الَعقْـد [٣]: قد يكونَ من دواعي مَنْح الغير مكنة فسخ العقد هو تحقيقُ العدالة التعاقديَّة بَيْنَ المُتعاقِدِيْن؛ سيما إذا ما عَلِمنَّا أنَّ العدالة التعاقديَّة نابعةٌ مِن القواعد العامة في القانونِ كمبدأ حُسن النيَّة.

كما لو افترقَ المُتعاقدان من حيثِ الخِبرة المعرفيَّة في الشيء محل العقد وطالَب أحدهم بتقييمِ الشيء من قبل خبير معيَّن؛ فهذا الاشتراط مَردَّه التفاوت المعرفي بَيْنَ المتعاقدين ولأجلِّ تحقيق العدالة المنشودة تم اللُّجوء إلى مَنْح هذا الخبيرُ مكنة الفسخ. وعلى جانبٍ آخر يجب عدم جعل اشتراط منح صلاحيَّة الفسخ للغير مقنَّع بقناع العدالة؛ والغرض الحقيقي غير مشروع "فلا خير في عدالة تخالف المعنى الظاهر من القانون" [٤]. وعن أكثرِ مواقف الفقه الإسلاميّ تميّزاً في هذا الجانبُ؛ ما أشار إليه الحنابلة من أنَّ الشريعةَ الإسلاميَّة نفسها إقترنتْ بالعدالةِ [٥]، بل أنَّ الغيرَ يجب عليه ألَّا يَميل باطلاً إلى أمرٍ معين على حسابِ

---

(١) البهوتي، كشف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص١٩١. ويتفق معهم المالكيَّة كذلك، يُنظر: عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٤، مصدر سابق، ص١٣.

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، ، ج٨، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص٢٢٩ وما بعدها. ابو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الرعيني، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج٤، تخريج: الشيخ زكريا عميرات، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢٢٨. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الازهري المعروف بالجمل، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل**، ج٣، مصدر سابق، ص٩٣. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص١٨٨. محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٦، مصدر سابق، ص٣٩٩.

(٣) يقول الدكتور حسن علي الذنون "إنَّ العدالة هي ذاك النجم القطبي لكل تكوين قانوني". يُنظر: د. حسن علي الذنون، **فلسفة القانون**، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص١٦٣.

(٤) استاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، **المسؤولية المدنية الناشئة عن النقل المجاني (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣، ص٢١٢. وبهذا الصدد يرى اتجاه في الفقه أن وقوع الغش من غير المتعاقد يؤدي إلى فسخ العقد المبرم بين المتعاقد والإدارة حتى ولو كان حسن النية لأن التنفيذ لم يتصور أن يكون بعد ذلك بحسن نية. يُنظر: زينب صبري محمد، **فسخ العقود الإدارية الناشئة عن المناقصات (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠١٦، ص١٨٦.

(٥) محمد بن ابو بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، **اعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١، ص١١.

الأمر الآخر. لأنَّ العدل وهو من مرادفات العدالة؛ يعني عدم الميل إلى أحد الأمرين [١]. بل هو صفة الله وإرادته[٢].

ج- مُراعاة القصد التعاقدي: لأنَّ القضاءَ المدني قضاءٌ مطلوبٌ غير تلقائيّ[٣]؛ يجب على القاضي ألَّا يُحيدَ عمَّا طلبه أطراف الدعوى في عريضتِهم؛ فلو طلبوا غيرِ الفسخ لا يحق لهُ أنْ يقررَ الفسخَ كما في المُراجعة العقديَّة التي منحتْ القاضي حقَ فسخ العقْد بغيرِ أنْ يطلبه المتعاقد [٤].

وفي الفقه الإسلاميّ نجدُ اختلافاً واضحاً بين الفقهاء في مدى تأثير القصد في العقد، ففي المذهب الحنفيّ لا يُعتد بالنوايا لأنها أمر غيبي ولا يعلم السرائر غيره سبحانه [٥]، ومثلهم الشافعيَّة[٦] وخالفهم المالكيَّة فهم يقدسون الباعث من وراءِ الفعل [٧]، ومثلهم الحنابِلة [٨]، ويعَدُّ الإماميَّةُ القصد هو "الرُكنُ الأعظمُ في العقود" [٩]. ونحن نؤيّدِ الاتجاهَ القائل بعدمِ الإعتداد بالهاجِسِ والخاطرِ في الشأن القانونيّ، على الأقل، لأنَّ

---

(١) علي بن محمد بن احمد أبو القاسم الرحبي المعروف بابن السمناني، **روضة القضاة وطريق النجاة**، ج١، ط٢، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤، ص٢٠٤.

(٢) نرجس صالح صاحب الموسوي، **مبدأ العدالة في الفقه الامامي**، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء/ كلية العلوم الإسلامية، ٢٠١٩، ص١٣.

(٣) د. أجياد ثامر نايف الدليمي، **الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص١١٣.

(٤) عباس قاسم مهدي الداقوقي، **الاجتهاد القضائي**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥، ص٤٦٩. وهذا على خلاف ما يقرره القضاء العراقي من التزام المحكمة بحدود طلبات المدعي دون تجاوزها. يُنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٦٢٢/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٨/٢٤ متاح على الموقع www.hjc.iq.

(٥) أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، **الأم**، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣، ص٧٥.

(٦) أبو بكر الرازي الجصاص، **شرح مختصر الطحاوي**، ج٦، تصحيح: د. سائد بكداش، ط١، دار السراج ودار البشائر الإسلامية، مكة المكرمة، ٢٠١٠، ص٣٩١.

(٧) ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج٣، من دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٦٠.

(٨) تقي الدين ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، ج٦، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٦٢.

(٩) محمد تقي الحكيم، **القواعد العامة في الفقه المقارن**، ج١، من دون طبعة، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، ١٤٢٩ هـ، ص٢٥٩.

القانون لا يعتد بالنوايا ما لم تتخذ مظهراً ملموساً، أي إلا إذا خرج إلى الوجود واقترن بالتنفيذ والعمل [١]. سواءً أكان هذا القصد عام أم خاص بالعقود فالأمر سيّان بينهما.

الفرعُ الثانيّ

الوصايَّة القضائيَّة على العقدِ

يلعبُ القضاءُ دوراً نشطاً في إيقاع الفسخ أو عدم إيقاعه فيما لو طُلب منه ذلك؛ وما ذلك إلَّا إعمالاً لسلطتهِ التقديرية [٢]. فعِنْد الرُجوع إلى نظريَّةِ الفَسْخ في القوانينِ محل المقارنة، نجدُّ أنَ المُشرِعُ يُعوَل على "أسباب" الإخلال فقد تكون أسبابُ الإخلال بيّنة واضحِة جليَّة إلَّا أنَّ القاضي لا يوقعه، رُغم ذلك، بحسب زنتهِ له، فقد يرفض الحكم بالفسخ ويُقرر مَنْح المدين مهلة قضائية "نظرة ميسرة"، الأمرُ الذي ينقلُ السُلطة التعاقديَّة مِن الدائن إلى القاضيّ لمَصلحة المدين[٣]، ولمَّا كانَ القاضي قد لا يُوقع الفسخ رُغم أنَّ أطرافَ العقد طلبوه وسنده في ذلك هو سُلطته التقديريَّة التي خصَّه بها المُشرِع، فيكون فسخُّه للعقدِ بغير طلب أصلاً أمرٌ جائز كرديفٍ للأمر الأوَّل. وعليه، سنُقسم هذا الفرع على نُقطتين وفقاً للآتي:

أولاً: الفَسْخُ القضائي للعقدِ بغَيْر طلبِ: إذا كان الفقه يزعم أن القضاء في العراق ينحاز إلى فسخ العقد في حالة الإخلال به[٤]، فإنَّ عدم الاخلال لا يُبَّرر معه فسخ العقد بل أنَّ الفسخ محظور فيما لو لم يطلبْه أطراف العقد.

وهذهِ هيّ النظرةُ التي استقرَّ عليها الفقهُ القانوني في القوانينِ مَحل المُقارنة، ولكن كيفَ يُمكن للقاضي أنَّ يفسخَ عقداً لم يُطلَب منه فسخه؟ وسَتتضحُّ الإجابة مِن خِلال التطبيقات أدناه:

---

(١) د. صبحي محمصاني، **فلسفة التشريع في الإسلام**، من دون طبعة، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، ١٩٤٦، ص٢٥٧. وكذلك:

David Deroussin**, Le contrat à travers le code civil des français**, association française pour l'Histoire de la justice, n ١٩, ٢٠٠٩, p. ٢٤٩.

(٢) محمود منصور، **قضاء ايجار الأماكن**، من دون طبعة، المكتبة العربية للطباعة والنشر، من دون مكان نشر، ١٩٧٨، ص١٧٣.

(٣) ميسم غزال، مصدر سابق ص٣٧٧.

(٤) علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠١٨، ص ١٨٦.

ثانياً: تطبيقاتُ الفسخ القضائيّ للعقد بغير[١] طلب: إنَّ جوهرَ الوِصايَّة القضائيَّة على العقدِ نابِعةٌ من السُلطة التقديرية الممنوحة للقاضي مِن المُشرِع بالدرجةِ الأولى، يليها بالدرجة الثانيَّة النصوص القانونية التي تُرجِحُ المصلحة الأولى بالرعايَّةِ عِنْدَ تعارضِها مع مصلحةٍ أُخرى، وسَنتناولُها على قسمين؛ وكما يلي:

١ – **مُراجَعة العقد:** إذا كانَ الأصلُ في التقاضي المدني[٢]، والفقه[٣] هو عدمُ تجاوز إرادة المتعاقدين؛ فإنَّ الفقهُ الفرنسيّ والألمانيّ أجازوا الأمر وعَكسه، فيجوزُ عِنْدَهم مُراجَعة العقد؛ لأنَّ عدم جوازها مَنوط بعدمِ تغيُّر ظروف التعاقد فما إنْ تغيرَّت حتى يتم إباحة مُراجعة العقد؛ وهم يجدون السند القانوني في مبدأ حُسن النية بمعنى أنَّ الأساس في التعاقُد هو التكافؤ في الالتزامات، فلو اختلّ التعادُل سَقطَ أساس التعاقُد وصارَ من المقبول تعديل بُنود العقد التي تدورُ بَيْنَ فلكيْن مُتناقضين الأوَّل هو إحترامُ مبدأ سُلطان الإرادة، والثاني ضرورة مُراجَعة بُنود العقد عِنْدَ تغيُّر الظروف والذي يقترنُّ بـ "نظرية الظروف الطارئة".

يُعَدُّ مبدأ مُراجعة العقد مِنْ مُستحدثات المُشرِّع الفرنسي في تعديلِ التقنين المدني لسنة ٢٠١٦، إذ قرر أخيراً إدخال نظرية الظروف الطارئة فيه[٤]، وفي إطار معالجته للمبدأ لم يَعُدْها من النظام العام فأجازَ لأطرافِ العقد الاتفاق على أنْ يتحمَّل أحد المتعاقدين تبِعة تَغيُّر الظروف، ولهذا وِجِهَّتْ الانتقاداتُ إليهِ ذلك أنَّه نظَّم الشيء وعَكسه في الوقت نفسه، فهو مِنْ ناحيةٍ عالجَ النظريَّة، وحكمُها ومع ذلك أجازَ تنحيَّة الحكم بورودِ شرط في العقدِ يُلقي تبعة ترتبها على أحدِ الأطراف وهذا الأمرُ يُنذر بخطورة اعتبار هذا الشرطُ من

---

(١) يمكن أن نصطلح على هذه الحالة تسمية الطُغيان القضائي على العقد ومن أشكاله: أن القانون يشترط التسجيل كركن من أركان العقد ولكن القضاء له رؤية مختلفة : فمثلاً ما أشار إليه قرار محكمة التمييز الاتحادية من أن "عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة ١٢٦٦/ ٢ مدني عراقي يُعد بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة..."، يُنظر: حكم المحكمة المنوَّه عنها المرقم ١٧٣٣/م/٢٠٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٨/٥. مُشار إليه لدى: هادي عزيز علي، **مدونة القضاء المدني العراقي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير**، من دون طبعة، مكتبة صباح للإصدارات القانونية، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٣٤. وهنا لم تتجه إرادة الأطراف إلا إلى عقد المساطحة.

(٢) Cour de cassation, civile, Chambre civile ٣, ١٨ mars ٢٠٠٩, ٠٨-١١,٠١١, Inédit. Available at: www.legifrance. Gouv.fr.

(٣) د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، **مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص١٢٧.

(٤) Bruno Dondero, La réforme de la réforme du droit des contrats, MISE A JOUR du ١٢ oct. ٢٠١٧: à la fin de l'article.

الشروط المألوفة في العقد[١]؛ بيْدَ أنَّه مع ذلك مَنْحَ القاضي حق إنهاء العقد إنْ إقتضى الأمر ذلك [٢]. ووفقاً لنص المادة (١١٩٥) مار ذِكرُها فإنَّ فشل المفاوضات أو رفضها أصلاً يُجوّز للمتعاقدين اللجوء إلى القاضي للحكم بتطويع العقد ليوائم تلكم الظروف، فبمجرد الطلب من القاضي، ولو من المتضرر، تطويع العقد سيكونُ دور القاضي في إعادة التوازن العقدي دوراً مزدوجاً إمَّا تعديل العقد أو إنهاءه. على الرغُم من أنَّه أو أنَّهم لم يطلبوا الفسخ بل افترض المشرع أنّه أو أنَّهم طالبوا بتطويع العقد.

فمن حيثِ التعديل فهو مَن يقرره بِحَسب السُلطة التقديريَّة الممنوحة له[٣]، فعلى سبيل المثال في القانون المصري قَصَر سُلطة القاضي على تعديلِ العقد دون فسخه؛ والتعديل يكون بردِ الالتزام المُرهق إلى الحدِ المَعقول سواءً بزيادةِ الالتزام المقابل، أو تنقيص الإلتزام المرهق، أو بوقفِ تنفيذ العقد خلال النطاق الزمني لهذه الظروفُ فمتى ما زالت الظروف رجع العقد إلى ما كان عليه[٤]. مع مراعاةِ عدم الحاق ضرر جسيم بالدائن [٥]. وأمَّا سُلطة إنهاء العقد وهي في حقيقتها تجاوز لما ترمي إليه أحكام نظريَّة الظروف الطارئة، فهي وجدتْ للمُحافظةِ على العقدِ وإعادة التوازن المالي إليه؛ وليس فسخه[٦]. أمَّا الذي يقولُ أنَّ محل

---

(١) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٩٠.

(٢) تُنظر المادة (١١٩٥) من التقنين الفرنسي، كما عالج المشرع المصري نظرية الظروف الطارئة في المادة (٢/١٤٧) مدني مصري، وعالجها المشرع العراقي في المادة (١٤٦) مدني عراقي، وعالجها القانون المدني الأردني في المادة (٢٠٥). وجميعهم لم يمنحوا القاضي سلطة الفسخ بغير طلب. وجميعهم جعلوها من القواعد المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها.

(٣) ينظر بهذا الصدد: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٢٣٠/ظروف استثنائية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٦/٢٠. متاح في موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq، شوهد في ٢٠٢٢/١٢/١١.

(٤) د. أنور سلطان، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٨، ص٢٧٤. د. محمود جمال الدين زكي، **عقد الايجار في القانون المدني الكويتي**، بلا طبعة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢، ص٥٧. وفي الفقه الفرنسي، يُنظر:

Guillaume Lacroix, **L'adaptation du contrat aux changements de circumstances**, Année universitaire, ٢٠١٥, p. ٩.

وسار القضاء العراقي على نفس الوتيرة. يُنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٧٦/مدنية أولى في ١٩٨٩/٩/١٣). مُشار إليه لدى: د. عواد حسين ياسين العبيدي، **تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النص**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص٢٢٠.

(٥) د. أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص١٧٦.

(٦) أُستاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، **الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣، ص٢٢٠-٢٢١.

نظريـة الظـروف الطارئـة هـو العقودُ مُستمرة التنفيذ وهـي بطبيعـةِ الحـال تُنهـى ولا تُفسخ [١]، إلَّا أنَّ الاتفاقَ معقودٌ كذلك على أنَّها تسري على العقودِ الفورية ذات التنفيذ المؤجَّل كالبيعِ بالتقسيطِ [٢].

وخـالصُ القول؛ أنَّ منـحَ المشرع للقاضـي سُلطة المُراجعـة العقديـة جعلتـه متحكمـاً فـي العقد بطريقـةٍ مُفرِطة الأمر الذي شبهه إتجاه في الفقه بأنَّه صار طرفاً ثالثاً في العقد[٣]. فإذا فرضنا أنَّ أطراف العقد طلبوا تطويعه ولم يطلبوا فسخه؛ فهذا يعني أنَّ إرادتهم لم تطلب انهاء العقد و"مِنْ دون الإرادة لا يمكن الحديث عن العقد"[٤]. وعليه، فإنَّ فتحَ باب مُراجعة العقد على مصراعيهِ أمام القاضي مع وابلٍ مِن الانتقادات التي طالتْ المشرِعُ الفرنسيّ فـي هذا الشأنُ ومِنْها فَسخ العقد مِنْ غَيْرِ عَنْ دائرة أطرافه. فـي الوقت الذي لا تُمنَح فيهِ القوانين المدنيَّة العربيَّة محل المقارنـة القاضـي السُلطة نفسـها. بينمـا فـي التقنين المـدني الفرنسـي نجـد أنَّ القاضي يَملك سُلطة الإنهاء حتى وإنْ طالب أطراف العقد فقط بتعديلِ بُنود العقد وفي نيَّتِهم المُحافظة على العقد[٥].

٢ – اتحـادُ الشـاغلين أو اتحـادُ المُـلاك[٦]: إنَّ اتحـادَ المُـلاك أُسس لإدارة الطوابـق والشـقق[٧] فـي مُلكيـة الطبقات والشقق.

---

(١) د. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص١٧٤.

(٢) فاضل شاكر النعيمي، **نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون**، من دون طبعة، دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩، ص١١٩.

(٣) Aynes L. , Le juge et le contrat : nouveaux **rôles** ?, essay, available at: www.labase-lextenso.fr.

وكذلك: منيرة جربوعة، **المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي**، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠٢١، ص٢٦٤.

(٤) ياسر أحمد كامل الصيرفي، **دور القاضي في تكوين العقد**، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص٨. .

(٥) د. اقبال مبدر نايف، **الأثر الأقوى للعقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠٢٢، ص٥٨.

(٦) ويُعرَّف بأنَّه "جمعية من جميع مُلاك الطبقات والشقق في البناء الواحد تكونَّت لغرض الحصول على ربح مادي وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء" يُنظر: محمد حامد محمود، **النظام القانوني لاتحاد الملاك واتحاد الشاغلين**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، العدد (١)، ٢٠١٧، ص٣٠٣ وما بعدها.

(٧) تُعرَّف الأجزاء المشتركة بأنَّها: أجزاء من العقار فرض المشرّع اشتراك جميع الملاك أو بعضهم فيها، أو أجزاء تم تخصيصها لتكون مشتركة، وتعد القسم الثاني من اقسام ملكية الطوابق والشقق إضافة إلى الأقسام الخاصة". يُنظر: جمال عبد

ولقد أجاز قانون البناء المصري[١] رقم (١١٩) لسنة ٢٠٠٨ فسخ العقد من غير المتعاقدين خروجاً عن قاعدةِ العقد شريعةِ المتعاقدين، إذ قضى لاتحاد الشاغلين بجوازيَّة انهاءِ العقد، دون اعتبار إلى أنَّ اتحاد الشاغلين ليس طرفاً في عقد الإيجار المُبرَم بَيْنَ المؤجرِ والمستأجرِ. ولقد رتَّب القانونُ المصري أثراً متميزاً على عدمِ أداء الإشتراكات مِن المُستأجر إلى اتحادِ الشاغلين؛ حيث يحق لإتحادِ الشاغلين في حالِ عدمِ قيام المستأجر بدفعِ الإشتراكات أو الالتزامات والنفقات المستحقة للإتحاد أو حتى إذا تخلَّف عن سداد بعضها أنْ تُجبر المستأجر على الإخلاء [٢]. وهذا الحكمُ على خِلاف الوَضْع الطبيعي ذلك أنَّ الإخلاء لعدم الوفاء بالأُجرة يثبت للمؤجِّر بوصفهِ طرفاً في العقد[٣]؛ بَيْدَ أنَّ القانون أعطى الاتحادَ الحق في التخليَّة. أمَّا المُشرِع الفرنسي[٤] وسار على نهجهِ كلٌ مِن المُشرع العراقيّ[٥]، وآثرَ السير على نَفْسِ النَهْجِ المُشرَّع

كاظم الحاج ياسين، **النظام القانوني للأجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠١٧، ص٣٦.

(١)سنتطرَّق إلى موقف القانون المصري أولاً باعتباره الرائد في تنظيم هذه الفقرة بغير التقيُّد بأقدمية صدور القانون الفرنسي عنه.

(٢) نصت المادة (٨٧) من قانون البناء المصري على أنَّه:" وفي جميع الأحوال يترتب على عدم سداد كل أو بعض الاشتراكات أو الالتزامات والنفقات المشار إليها ما يترتب على عدم سداد الأُجرة من آثار قانونيَّة".

(٣) أحمد بن علي بن محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص ٤٣٩.

(٤) حيث قرر المشرع الفرنسي ضمانة هامة أخرى في حال عدم دفع الاشتراكات من قبل العضو وهي تقرير رهن عقاري على قسم هذا الشريك العضو ويسجل هذا الرهن من قبل رئيس الجمعية لصالح جميع الملاك، عند امتناع الشريك عن الدفع بعد الإنذار، على أن يسجل خلال مدة خمس سنوات من تاريخ استحقاق الاشتراك وبخلافه تبقى الديون عادية غير مضمونة برهن عقاري على حصة المالك المدين. يُنظر: نص المادة (٢/١٩، ٤) من قانون الملكية المشتركة رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٦٥ قبل التعديل ولكن تم حذف هذه المادة بموجب التعديل رقم ١١٠٤ لسنة ٢٠٢١ واقتصر الأمر على اعتبار جميع الاشتراكات مستحقة على الفور، ويجوز لرئيس الجمعية اتخاذ الإجراءات القانونية لحجز وبيع الشقة بالأغلبية.

(٥) فلم تتضمن المادة (٩) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٨٦٠) في ٢٠٠١/١/٨ نصاً مماثلاً للنص المصري، ولم يتضمَّن قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ نصاً مُشابهاً للنص المصري كذلك. إلَّا أنَّ تعليمات التسجيل العقاري رقم (٤) لسنة ١٩٧٢ قد بيَّنت كيفيَّة إدارة الأجزاء المشتركة في الطوابق والشقق وذلك في المادة (١٢) منه ورغم ذلك لا يوجد نص مماثل حتى في هذه التعليمات. يُنظر للمزيد: مصطفى مجيد، **شرح قانون التسجيل العقاري**، ج٣، من دون طبعة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ١٩٧٩، ص٣٣٧.

الأردني[1] فلمْ يُرتِّبْ نفسَ الأثر الذي رتَّبه المَشرِع المصري في هذهِ الحالة. فبمُجرَّد وصول النزاع إلى القاضي المصري سَيقضي بالفسخِ ولو لمْ يُكن مطلوباً منهُ ذلك، إعمالاً للحُكمِ الذي جاءَ بهِ النصُّ المصري.

وبانتهاءِ الحديثِ عَنْ مَظاهِر الفَسْخِ مِن الغير، يبرزُ التساؤلُ الأهمُّ عَنْ مدى توافق الفَسْخ بنظريَّتهِ العامة مع الفسخِ مِن الغير؟ وهو الأمرُ الذي سَينكشفُ في دراسةِ الفَصْلِ الثاني مِنْ هذهِ الرِسالةِ.

(١) نظمها المشرع الاردني بطريقة مختلفة عن النص المصري في المادة (١٦) من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الملغي على أنَّه:" إذا لم يدفع المالك حصته من النفقات المشتركة أو لم يقم بالتزاماته وتعهداته تجاه جمعية المالكين رغم الإنذار الموجَّه إليهم بواسطة الكاتب العدل يُعد الإنذار بمثابة سند خطي يحق لمدير الجمعية بعد مرور (١٥) يوماً على تاريخ تبليغ الإنذار أن يراجع دائرة الأجراء ويطلب تحصيل تلك النفقات من ذلك المالك وفقاً لأحكام قانون الأُجراء".

الفَصْلُ الثانـيّ

أَحكامُ فَسْخِ العَقْدِ مِنْ غَيْرِ المُتعاقِدَيْن

الفَصْلُ الثانـي

أحكامُ فسخِ العَقْدِ مِنْ غَيْرِ المُتعاقدَيْن

تَمهيدٌ وتقسيمٌ:

ألمحنا مِنْ قَبْلِ إلى الكَلامِ على أنَّ سُلطةَ الغيْرِ في فسخِ العقد نابعةٌ من فسخٍ مُستندٍ إلى خيارٍ اتفاقي، حيث يتفقَّ طرفا العقدِ على مَنْحِ الغيرِ مكنة فسخ عقدهما الذي لمْ يكُ طرفاً فيهِ، وقد يكونَ منبعُ هذا الخيار هو النصُّ القانونيّ الذي يُمَكِّنُ الغير من فسخِ العقدِ الذي لمْ يشاركْ في إبرامه، فما إنْ تحددتْ هذهِ السُلطةُ حتى يصيرَّ الحديثُ محتمَّاً عن ضبط هذهِ السُلطةُ، فمِن المعلومِ أنَّ هذه المكنَة تُغير من حُكم العقد فيصيرُّ معها العقدُ غير لازم من جهةِ مَنْ لهُ الخيار؛ ولأنَّ العقد الذي يتخللهُ الخيار يؤثَّر على مبدأ القوة المُلزمة للعقد، فليس من المقبولِ تعليق العقد لمدةٍ طويلةٍ مما يُشكِّل خطراً داهماً على مبدأ إستقرار المُعاملات فإنَّ من الضروري وضع قيود من أجلِ مُمارسة هذهِ السلطة، الأمرُ الذي يخففُ من وطأة دخول الخيار على العقد من حيثِ حُكم العقد وأثرَه سيما وأنَّ العقد الذي يُمنح فيه خيار الفسخ للغير يُرتَّب التزامات متقابلة في ذمم طرفيه، الأمرُ الذي يتطلَّب البحثَ عمَّا إذا كانَ دخولُ الخيارِ على العقد يؤدَّي إلى تنحيَّة القواعد العامة وإحلال غيرها محلها من عدمهِ. وأنَّ الغيرَ قد لا يلتزِم بما يُمليهِ عليه الغرضُ الحقيقي مِنْ منْحهِ خيار فسخِ العقد أو إجازتهِ، فيُسيء استعماله، أو يتواطئ مع غيرهِ من أجلِ أنْ يحظى هو بالصفقةِ، أو غيره، الأمرُ الذي قد يُثير مسؤوليتهِ المدنيَّة عن الفسخِ "غير المبرر" للعقد الذي مُنحَ فيهِ مكنة الفسخ، الأمرُ الذي يستلزِمُ بيانَ خِصال هذهِ المسؤوليَّةِ ومدى تفرُّدها عن القواعدِ العامَّةِ.

ولذلك يتضَّح لنَّا أن للفسخ من الغير أحكامه التي تعتبر نظاماً قانونياً قائماً ومستقلاً بذاته قد يتشابه مع غيره في مواضعٍ معينة إلَّا أنَّهُ يُخالفها بلا شكٍ في مواضعٍ أُخَّر، بحيث تُشيَّد بنيانه وتبرز معالمه في عالم قانون العقد، سواءً فيما يتعلَّق بسلطة الغير فيه ضوابطاً، وقيوداً، وآثاراً سواءً ما تعلَّق منها بأثرِ خيارِ الفسخِ على العقدِ أو بمسؤوليَّةِ الغيرِ عن الفسخِ، ومن هذهِ وتلك، سنُقسِّمُ هذا الفصلُ على مَبحثين، نتناولُ في المبحثِ الأوَّلِ سُلطة الغَيْر في الفَسْخِ، وفي المبحثِ الثاني نقفُ عِنْدَ آثارِ الفَسْخِ مِن الغَيْرِ.

المَبحثُ الأوَّل

سُلطَةُ الغَيْرِ في الفَسْخِ

يستمدُّ الغيرُ سلطتَهِ في الفسخِ بالدرجةِ الأساسِ مِن اتفاقِ المتعاقدين على منْحهِ مكنَة الفسخ أو الإجازة خلال مدةٍ معينة للعقدِ الذي لم يكُ طرفاً في إبرامِها، أيَّ أنَّ الإرادةَ هي المصدرُ الذي يستقي مِنْهُ الغيرَ سَلطتهِ، ولمَّا كانتْ هذهِ السلطةُ قد تقودَّ إلى التعسُّف في استعمال حق الفسخ (المكنة)، فإنَّ تحويطَها بسياجٍ منيع مِن الضوابط والقُيود لهو أمرٌ ناجِعٌ إلى حدٍ كبير، ويُخففّ من غلواء آثار دخولِ الخيار على البِناءِ القانونيّ للعقدِ.

هذا ويُمكن أنْ يكونَ مصدرُ سلطتهِ متأتياً مَن القانونِ نفسه عندما يمنح الأخير الغير صلاحيَّة فسخ عقود هو ليس بطرفٍ فيها، ولأنَّ القانونَ عندما يمنح الغير صلاحيَّة فسخ العقد الذي لا يكون طرفاً فيهِ فإنَّه يُنظمَّه بنصوصٍ صريحةٍ وأمرةٍ في غالبِها ولا يُمكن مخالفتها، وألمحنا الحديث سلفاً بأنَّ أغلبَ الأمارات التي نوهَّت عن قضية فسخِ العقدِ من غير المتعاقديْن في أطار القانون الخاص قد نُظمَتْ في قوانينٍ أُخَّر ليس في القانون المدني وحده، فسنغادرُها إلى بيانِ سلطةِ الغير في الفسخِ النابِعة مِن مبدأ سُلطان الإرادة، دونَ الولوجِ في دِراسةِ أحكام المظهر غير المباشر ونكتفي بالإحالة إلى القوانين الخاصَّة التي وردت بصددِها.

وعلى هذا الأساسُ، سنُقسَّمُ هذا المَبْحثُ على مطلبين، نتناولُ في المَطلبِ الأوَّلِ ضوابطَ الفسخِ من الغيرِ، وفي المَطلبِ الثانيَ نُعرَجَ على القُيودِ الواردةِ على الفسخِ مِن الغيرِ.

المطلبُ الأوَّل

ضوابطُ الفسخ مِن الغَيْر

يُمنَح الغير الخيار بفسخ العقدِ أو إجازتهِ مِنْ قبل طرفي العقد أو من قِبل أحدهما بموافقةِ الآخر، ولأنَّ تأثيرَ دخول الخيار على العقدِ أمرٌ يحتاج إلى ضبط لمنعِ العقد من الخُروُج عن الغايَّة المرسومة لهُ، ولتجنُّب ما قد يطرأ على عمليَّة التعاقُد من معوقات، وحتى يتمكَّن الغير مِن فسخِ أو إجازة العقد الذي لمْ يُبرَمْ مِن قِبله، فلابُدَّ مِن توافر جُملةٌ مِن الضوابط التي تجعلُ عمليةَ الفسخِ لا تشوبها شائبة تُشكك في

صحتِها سواءً أكانتْ هذهِ الضوابطُ متعلقةً بالخيار أم بالغير المُخيَّر، قانونيَّةً كانتْ أم اتفاقيَّة، فلِكُلٍ منها غائيتها وأحكامها.

وعلى هذا الأساسُ، سنُقسِّمُ هذا المطلبُ على فرعين نتناولُ في أولهما الضوابط المتعلقَّة بالخيار، وفي ثانيهما نتناولُ الضوابط المتعلَّقة بالغيْر

الفرع الأوَّل

الضوابطُ المُتعلقَّةُ بالخيارِ

إنَّ تأديةَ الخيار الغرض المُبتغى منهُ لا يُمكن أنْ يكونَ ناجعاً مالمْ يُحصَّنْ بجملةٍ من الضوابط بدءً من لحظةِ الاتفاق عليه وحتَّى كيفيَّة إنتهاءه. وبناءً على ما سبق فإنَّنا سنتناولُ هذه الضوابطُ في فقرتين؛ نُخصصُّ أولهما لبيان ضوابط استعمال الخيار وثانيهما لتناول ضوابط انتهاء الخيار.

أولاً: استعمال الخيار: إنَّ إتجاه الإرادة إلى تمكينِ الغير من الفسخ وإنْ كانَ القانون يحترمه إلَّا أنَّ ذلك يجب إلَّا يكون إلَّا بالقدر الذي اتجهت إليه تلك الإرادة بغير تجاوز[١]. ومن أهمِ مُحدِدات استعمال الخيار الصيغة والمدة، لذلك سَنُقسِّم هذه الفقرة إلى نقطتين وكما هو آتٍ:

١ – صيغةُ الفسخ: فإذا ما رامَ العاقِد الشارِط أنْ يستعملَ الغيرُ مَكنة الفسخ صراحةً وجبَّ عليهِ تحديد الألفاظ التي يجبُّ أنْ تُستعمل في هذا المقامُ إنْ هو اختارَ لفظاً خاصَّاً كتراجعتُ أو ردَّيتُ[٢]. ونحنُ نؤيّد مَنْ يرى جوازيَّة التعبير عَن الفسخ بكافةِ طُرق التعبير عَن الإرادة كالكتابة مثلاً[٣]. أمَّا الفسخُ الضمني

---

(١) د. عامر القيسي، **تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك**، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق/ جامعة النهرين، المجلد (٩)، العدد (١٧)، ٢٠٠٦، ص١٢٢. وبنفس المعنى، فيما يخص خضوع الإرادة لأحكام القانون، يُنظر:
Academie De Droit International De La Ha, Hague Academy of International Law, Recueil Des Cours, Volume ١٦ (١٩٢٧/١),(**la theoir de lautonomie de la volonte by: J. P. Niboyet**), a. w. sijthoff, leyde, ١٩٧٢, p.٧.

(٢) يوسف بن عمر بن يوسف الكدوري، **جامع المضمرات في شرح مختصر الامام القدوري**، ج٢، تحقيق: عمر عبد الرزاق حمد الفياض، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨، ص٦٤٣. كذلك تُنظر: المادة (١/١٨١) من القانون المدني الأردني التي اجازت وقوع الفسخ أو الاجازة قولاً أو فعلاً صراحةً أو دلالةً.

(٣)Fleurigeon, Code administratif, ou Recueil par ordre alphabéthique de matières , Volume ٢, tome deuxieme, parise, ١٨٠٩, P.٤٥١.

د. عبدالقادر محمد قحطان، **السكوت المعبر عن الإرادة واثره في التصرفات**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩١، ص٧٤٥.

فيتمُّ مِنْ خلال الأفعال التي تشيرُ إلى إتجاهِ الإرادة إلى الفسخِ كما لو أُعيد المبيع مع الرسولِ الذي جاء بهِ إلى الغير[١]. ولمْ تُنظمْ القوانينُ المُقارنة مسألة ضوابط استعمال الخيار. وإنْ كانَ العقدُ قد تُحدَد الفاظ انعقاده مِن قِبل المُشرِع نَفْسَه كما في العقدِ النموذجي وبالتالي نجدُّ أنَّ العقدَ قد وضِعَ من جهةٍ ثالثةٍ غَيْرِ عَن المُتعاقِدين.

أمَّا في الفقه الإسلامي ّفنجدُّ أنَّ الحنفيَّة[٢] لم يعتدَّوا بالفسخِ الضمني مُطلقاً، وأشترطوا في الفسخِ صراحتهِ بل أنَّه لا ينتِج أثره حتى لو كانَ صريحاً ما لمْ يتصلْ بعلمِ العاقدِ الآخر، وبالضرورةِ يجب أنْ يتصلَ بعلمِ مَنْ منحهُ الخيار في تقديرنا. على خِلاف جُمهور الفقه الإسلاميّ الذي لمْ يرَ ثمَّةَ ضرورةٍ

---

(١) وهنا وضع الامامية قاعدة عامة مفادها (التصرف فيما انتقل عنه فسخ)، أي لو تصرف المشتري الذي اشترط الخيار لغيره بالثمن يعني أنَّه أراد الفسخ. يُنظر: هادي طهراني، **ذخائر النبوة في أحكام الخيار**، من دون طبعة، مطبعة زين العابدين، من دون مكان نشر، ١٩٠٧، ص١٨١. وهناك من يرى أن التصرف من قبل المتعاقدين بالمبيع لا يسقط خيار الأجنبي. يُنظر: علاء حاكم هاشم الموسوي، مصدر سابق، ص١٥٢. وهناك من يرى أن السكوت عن تجربة المبيع مع القدرة على اجراءها يؤدي إلى لزوم العقد. يُنظر: د. محمود جلال حمزة، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج٤، العقود المسماة، البيع والايجار**، ط١، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠٥، ص٥٧. د. عبد الله مبروك النجار، **مبادئ عقد البيع**، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧، ص١٠٧. وبالنسبة لخيارِ التعيين فإن تأجير أحدى البيوت محل العقد يعني سقوط الخيار بشأنها. يُنظر: د. محمد عثمان شبير، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، ط٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ص٢٧٦. ومهما يكن من أمر فإن المشرع أجاز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً وفقاً إلى نص المادة (٧٩) مدني عراقي على أنه:" كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال معه شكاً في دلالته على التراضي". وهذا المسلك لا يشترط أن يكون صريحاً إن لم يكن معه شك في دلالته على الرضا. وتقابل هذه المادة، المادة (٢/٩٠) مدني مصري، والمادة (٩٣) مدني اردني. ولكن المادة (١١٢٠) من التقنين المدني الفرنسي نصَّت على عدم جوازية اعتبار السكوت قبولا مالم يتبين العكس من نص القانون أو العرف أو علاقات العمل أو الظروف الخاصة.

ART١١٢٠:" 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".

وكذلك رفض القضاء المصري فكرة الفسخ الضمني فلا فسخ إلا بموجب حكم. يُنظر: الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ مشار إليه لدى: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج٢، مصدر سابق، ص٦١٧.

(٢) نقلاً عن: محمد بن علي الشوكاني، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار**، ج٣، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ص١٠٠، هامش رقم (٣).

لوصولِ الفسخ لعلمِ العاقد الآخر[١]، هذا بالنسبةِ إلى خيارِ الشرط والنقد. أمَّا خيار التعيين فثمَّة شروط يجب أنْ تتوافر لأجلِ استعمال هذا الخيارُ، مِنها توافُر شروط المَحل المُتعدد في العقدِ[٢]، واشتراط الخيار صراحةً أو دلالة. ونحنُ نعتقدُ أنَّ الشرطَ الأهم هُنا هو تفاوتُ الأشياء مَحل الخيار تفاوتاً بيناً يُعتدَ بهِ حتى يُمكن إعمال هذا الخيارُ، إذ لا معنى من وجود خيار التعيين لو اتحدتْ الأشياءُ من حيث الجودة، أو القيمة[٣]. كما يجب الاتفاق على تحديدِ ثمن الأشياء محل الخيار، فرُغم سُكوت القانون عَنْ هذا الشرطُ نجدُ أنَّ الحنفيَّة[٤] والإماميَّة[٥] قد جوزوا إشتراط الخيار بالرُّغم مِنْ تفاوت أثمان السلع، ونؤيِّدهم في رأيهم. وأما المالكيَّة[٦] فاشترطوا اتحاد ثمن السلع. وأمَّا الشافعيَّة والحنابلة فقد منعوا خيار التعيين كما قدمنا.

٢ – **مُدَّةُ الخيار**: يُعامِلُ اتجاهٌ قديمٌ في الفقهِ الفرنسيّ خيار الشرط كما لو أنَّه شرطاً أيَّ الشرط كوَصف مِن أوصاف الالتزام، وهذا خلطٌ كبيرٌ وقعَ فيه هذا الفقهُ[٧]، ولم يُعالج المُشرِعُ المصريّ أحكام خيار الشرط. أمَّا المُشرِّع العراقيّ فقد اشترط أنْ تكونَ مُدَّةُ الخيار معلومةً فحسب ولمْ يُحددها بسقفٍ مُعيَّنٍ[٨].

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج٧، مصدر سابق، ص٢٣٨. أبو بكر بن علي حداد، **الجوهرة النيرَّة على مختصر القدوري**، مج١و٢، من دون طبعة، من دون دار ومكان نشر، ١٨٩٥، ص٢٣٥. الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر، **تذكرة الفقهاء**، ج١١، من دون طبعة، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، من دون مكان وسنة نشر، ص٦١ وما بعدها.

(٢) كتعيين المحل تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ومشروعية المحل، والقدرة على التسليم. يُنظر بصددها: تنظر المادة (١١٢٩) مدني فرنسي، والمادة (١٣٢) مدني مصري، والمادة (١٢٨) مدني عراقي، والمادة (١٦١) مدني اردني. ولو كان أحد محال الالتزام غير مشروع، لا نكون بصدد التزام تخييري بل التزام بسيط غير موصوف. يُنظر: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص١٦٠ وما بعدها.

(٣) وفي الفقه الإسلامي المعاصر يجب أن يكون خيار التعيين بين ثلاثة أشياء فأقل وإن كان بين أربعة فأكثر لا يصح. ينظر: محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، من دون مكان نشر، ١٩٧٧، ص٤٢٨ على خلاف باقي المذاهب التي لم يظهر لنا منها ما يحدد الحد الأعلى للأشياء محل الخيار.

(٤) المرغيناني، الذخيرة البرهانية، ج١٠، مصدر سابق، ص١٣٦.

(٥) الشهيدي التبريزي الميرزا فتاح، **هداية الطالب إلى اسرار المكاسب**، ج٢، دار الكتاب، قم، ١٣٥٥ هـ، ص٣٨٤.

(٦) نقلا عن: الضرير، مصدر سابق، ص١٩٩.

(٧) Carl güterbock, bracton and his belation to the Roman law, auther ‘s permission, paris, ١٨٦٦, p. ١٤٦.

(٨) نصت المادة (٥٠٩) منه على أنَّه:" يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة. ..". والمادة (٢٩٩) بصدد مدة خيار التعيين وتقابلها المادة (١٨٩) مدني اردني. والمادة (٢٧٦) مدني مصري. وذلك لأن خيار التعيين يُقاس على خيار

وبتعبيرِ المُشرّع الأردني "المُدَّة التي يتفقان عليها" ويجوز للقاضي أنْ يحددها طبقاً للعرف فيما لو أغفل أطراف العقد تحديدها[١]، ويرى اتجاهٌ في الفقه القانوني أنَّ البيعَ لا يصح فيما لو أغفلَ العاقدان تعيين مُدَّة الخيار[٢]. ومن هُنا نستنتجُ أنَّ الخيارَ يبقى إلى الوقتِ الذي يتمكَّن فيهِ الغير مِنْ تقييم المبيع أو إعمال خبرتهِ فيه وفقاً لما تقتضيه طبيعةُ عمله[٣]، ونؤيَّد التوجُّه الذي يوكل القاضي مهمة تحديد المدة طبقاً للعرف عند الاقتضاء[٤].

وفي الفقه الإسلاميّ فإنَّ كُلَّ مَنْ جوَّز اقتران العقد بالخيارِ قيَّده بِمُدةٍ معلومةٍ قُدِرتْ بثلاثةِ أيام وما دونِها إنْ كانَ المبيعُ مِن الأشياءِ التي لا يتسارع إليْها الفَسادُ [٥]، إمَّا إنْ كانَ المبيعُ مِن الأشياءِ التي يتسارَع إليها الفسادُ فللفِقه فيها آراءٌ، إذْ ذهبَ الحنفيَّةُ إلى أنَّ المشتري (والغير) لا يُجبَر على الشراءِ فيما لو تسارع الفسادُ إلى المبيع[٦] ، وذهب الشافعيّةُ إلى أنَّ اقتران البيع بالخيار يبقى معهُ العقد صحيحاً وإنْ كانَ المبيعُ مما يتسارع إليهِ الفساد يُباع عِنْدَ الإشراف على الفَسادِ [٧]، وعِنْدَ الحنابِلَة يُباع ويُحفَظ ثمنه

الشرط. يُنظر: د. عزيز كاظم جبر، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١٠٦.

(١) تُنظر: المادة (١٧٧) منه القانون المدني الأردني. ويقابله نص المادة (٢١٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.

(٢) د. معاذ محمد يعقوب، **الشرط الارادي اللازم للعقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (٥)، العدد (٢)، ٢٠٢٠، ص٣٠٢. ويجوز عند الحنفية أن تكون مدة خيار الشرط لحظة واحدة. يُنظر: د. عبدالجواد خلف، **المعاملات في الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، دار البيان، الكويت، ٢٠٠١، ص١٩٨.

(٣) وبنفس المعنى:

J. B. Moyle D. C. L. , the contract of sale in the civil law, oxford, at the Clarendon Paris, ١٨٩٢, P.٨٠.

(٤) د. ياسر باسم ذنون، السبعاوي، **خيار الشرط بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، بحث منشور في مجلة كلية القانون والسياسة، المجلد (٥)، العدد (١٧)، من دون سنة نشر، ص٦١٢.

(٥) محمد بن أحمد الرملي، **نهاية المحتاج في شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي**، ج٤، من دون طبعة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، من دون مكان نشر، ١٩٦٧، ص١٥.

(٦) أبو المحاسن الحسن بن منصور، **فتاوى قاضيخان في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، ج٢، اعتنى به: سالم مصطفى البدري، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٦٧.

(٧) شهاب الدين أحمد لابن حجر الهيتيّ، **حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج٥، من دون طبعة، دار الفكر، لبنان، ٢٠١٩ ، ص٦٨.

حتـى انتهـاء المدة المشروطة[١]، وعِنْدَ المالكيَّة فإنَّ جوازيَّة اشتراط الخيار فـي المبيع الذي يتسارع إليه الفساد مُعلّقة على شرط الحاجة إلى مشاورة الغير وبقدر الحاجة[٢]، وأمَّا الإماميَّة فلمْ يجعلوا للخيارِ مُدَّة طالتْ أم قَصُرتْ مع مُراعاة تحديدها وتعيينها فلو جُعلَتْ لمُدَّة الحياةِ بَطُلَ الخيار[٣]. وهو الرأيُ الذي نؤيِّده.

ثانياً: انتهاء الخيار[٤]: قد يتمّ الاتفاق على كيفيَّة انقضاء الخيار، وقد تبرُز ظُروف تؤدِّي إلى سُقوطه. ولكن مع ذلك قد يؤدِّي استعمال الخيار إلى انتهاء الخيار ومعه العقد كذلك في الفرضيَّة التي يستعملُ فيها الغيرُ مكنة فسخ العقد وليس امضاءه. وعلى هذا الأساس سَنتناولُ الانقضاء الطبيعي الخيار وسُقوط الخيار.

---

(١) مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية الجراني، **المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل**، ج١، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، احمد محروس جعفر صالح، من دون طبعة، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٩، ص٣٩٨.

(٢) ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٣٤٣.

(٣) محمد تقي المدرسي، **الفقه الإسلامي تعليقات على العروة الوثقى ومهذب الاحكام** ج٣، من دون طبعة، دار القارئ، من دون دار نشر، ٢٠٠٦، ص٥٤. وهناك من يرى أن الخيار يفسد إذا كانت مدته مجهولة أو مدة بعيدة، كما لو قيل لي الخيار حتى سقوط المطر، ويفسد كذلك إذا عُلِّق على مشورة شخص وهو غائب لا يحظر إلا بعد انتهاء مدة الخيار. يُنظر: عبد الحفيظ فرغلي علي القرني، **البيوع في الإسلام**، ط١، دار الصحوة للنشر والتوزيع، مصر، ١٩٨٧، ص٤٦ وما بعدها. ويوافقهم المالكية، يُنظر: د. محمود مطرجي، **الفقه المالكي وأدلته**، ط١، ج٥، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، ٢٠٠٩، ص٣٩٧.

(٤) في لغتنا العربية يُراد بلفظة انتهاء: مصدر انتهى الشيء، أي بلغ نهايته. يُنظر: د. عزيزة فوّال بابتي، **المعجم المفصل في النحو العربي**، ج١، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٧١. أمَّا الانقضاء فيعني لغةً: ذهاب الشيء وانتهاؤه، ومصدره قضي، ومن معانيه كذلك "إتمام", يُنظر: موسوعة المصطلحات الإسلامية، ج٤، المكتب التعاوني للدعوة والإرشاد وتوعية الجاليات بالربوة، السعودية، ١٤٤١هـ، ص ٦٤. اما السقوط فأصله في اللغة "الوقوع" أي ارتفاع اللزوم أو الطلب. يُنظر: د. نزيه حماد، **معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء**، ط١، المعهد العالي للفكر الإسلامي، فيرجينيا/ الولايات المتحدة الأميركية، ١٩٩٣، ص١٥٥. والقصد من ذلك أن الانتهاء هو اللفظ الأعم من الانقضاء والسقوط، أي يستوعبهما، ذلك أننا نعتقد أن الانقضاء يوازي السير الطبيعي المتوقع للأمور في حين أنَّ السقوط لا يعني إلَّا الأمور الطارئة التي تعرقل ذلك السير.

١ – **الانقضاءُ الطبيعيُّ للخيارِ**: ولهُ حالاتٌ تؤدي إلى انهاء حالة عدم اللُّزوم التي تعتري العقد، وذلك مِنْ خِلال إجازته، أو مِنْ خلال مُضي المُدَّة مِن دونِ استعمال خيار الفسخ، ونحنُ نلحقُ بهذهِ الأحوال الحالةَ التي يجوزُ مَعها اسقاط الخيار بعوضٍ يتفق عليهِ أطراف العقد(١).

أ – **فَسْخُ العقد في مُدَّة الخيار**: فبالنسبةِ إلى خيارِ الشرط والتجربة فيكون الفَسْخُ واقعاً مِنْ خلال ما تمَّ الاتفاق عليهِ من صيغةٍ، ولكن يجب أنْ يتم وفقاً لمبادئ حُسن النيَّة، والنزاهة التعاقديَّة، فلو كانَ الفسخُ بغيرِ سببٍ في الوقتِ الذي لحِقتْ فيه أضرارٌ بالبائعِ يجوز للأخيرِ أنْ ينتدِبَ خبيراً ليقفِ على حقيقة رفض المبيع بَعْدَ تجربتِه(٢)، وبالنسبة لخيار النقد فإنَّ استعمالَه حقيقةً يؤدي إلى (لُزوم) العقد لا فسخه، لأنَّ العقدَ هنا معلَّقٌ على شرطٍ فاسخٍ مِنْ وجهةٍ قانونيَّةٍ(٣).

وأمَّا في الفقه الإسلاميّ فإنَّ استعمالَ الخيار يكونُ مِنْ خلال نقد الأجنبي للثمنِ للبائعِ، ويؤدَّي النقد لدى الحنفيَّة إلى رفع الخيار(٤)، وعِنْدَ الحنابلة إلى (لزوم) العقد، ورفع الخيار(٥)، وعِنْدَ المالكيَّة(٦) والشافعيَّة(٧)،

---

(١) د. محمود فهد مهيدات، **عقود الخيارات ودورها في الازمة المالية من منظور الاقتصاد الإسلامي**، ط١، أمواج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢، ص١٧. ويرفض الفقه الامامي ذلك قبل ظهور الغبن والعلم بوجوده. يُنظر: أبو القاسم بن علي أكبر الخوئي، **مصباح الفقاهة**، ج٦، تحقيق: محمد علي التوحيدي، دار الهادي، من دون مكان نشر، ١٩٩٢، ص٢٧٩.

(٢) د. أنور سلطان، **العقود المسماة شرح البيع والمقايضة**، ط٢، مطبعة دار نشر الجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٢، ص٦٠.

(٣) نصت المادة (٢٨٩) من القانون المدني العراقي على أنه:" ١ – العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم، فاذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد. ٢ – على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط". وتقاربها المادة (٢٦٨) مدني مصري والمادة (٣٩٥) مدني اردني. والمادة (٧/١٣٠٤) مدني فرنسي التي تشير بمفهوم المخالفة إلى أن العقد المعلق على شرط فاسخ عند عدم تحققه ينتهي إلى استقرار العقد بأثر رجعي.

(٤) نقلاً عن: شمس الدين محمد الخراساني القهستاني، **جامع الرموز**، ج٢، ط٢، المكتبة الإسلامية، قم، ١٩٨١، ص٧.

(٥) نقلاً عن: ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ج١، ط٢، المطبعة الاميرية، بولاق مصر، ١٨٨٢، ص٢٥٧.

(٦) زين العابدين الآمدي، **الفتاوى الآمدية**، ج١، تحقيق: محمد هادي الشمرخي الماردیني، من دون طبعة، مكتبة سيدا للطباعة والنشر والتوزيع، تركيا، ٢٠١٢، ص٣٥١.

(٧) ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي**، ج٦، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص١٤٧.

والإماميَّة[١] فإن عدم نقد الثمن يؤدي إلى عدم وجود العقد من أساسه. وبهذا فإنَّ القانونَ لم يأخُذ بأيّ من هذهِ الآراء وقررَ الفسخ عِنْدَ عدمِ النقد.

وبالنسبةِ إلـى خيارِ التعيين سواءً على صعيدِ فقه القانون أم الفقه الإسلاميّ فإنَّ اقترانَه بخيارِ الشرط يجعلُ العقدَ غير لازمٍ ففي حالِ عدمِ التعيين يُفسخ العقد، وإنْ جاءَ منفرداً فمتى ما عيَّن الغيرُ العَيْن المبيعة لَزُمَ العقد ويجب عليهِ ردّ الأشياء الأُخرى ذلك أنَّها أمانةٌ بيدهِ [٢].

ب – فَواتُ مُدَّة الخيار: يختلفُ تأثيرُ مُضي المُدَّة على كلِ خيارٍ مِن الخيارات التي تعمدُّ على تناولِها هذه الفقرةِ، فبالنسبةُ إلى خيارِ الشرط في القانونِ العراقيّ والأردنيّ يُعَدُّ العقدُ لازماً بمُضي المُدَّة دون استعمالِ الغير خيار الفسخ[٣]. وبالنسبةِ إلـى خيار التجربة فالبيعُ يُصبِحُ لازماً لأنَّ المُشرِعُ افترضَ قبول الغير بالمبيعِ كما تقدَّم. وبالنسبةِ إلى خيار النقد يُفسَخ العقدُ بمضي المُدَّة دونَ نقدِ الثمن كما تقدَّم. وبالنسبةِ إلى خيار التعيين لم تُحددْ القوانينِ المدنيَّة العربيَّة محل المقارنة أثر مُضي المُدَّة على الخيارِ، على الرُّغم مِن أنَّ التقنينَ الفرنسيّ الذي أجازَ للطرفِ الآخر بَعْدَ الإعذار أنْ يختارَ أو يفسخَ العقدَ [٤]. ويُقصَد بالطرفِ الآخر أي مَن لا خيار لهُ.

أمَّا في الفقهِ الإسلاميّ فنجدُّ أنَّ الحنفيَّة [٥] اعتبروا مُضي المُدَّة مِن الُمسقِطات الضرورية للخيارِ،

---

(١) الطوسي، المبسوط، ج٢، مصدر سابق، ص٨٧.

(٢) وبنفس المعنى، ينظر: عبدالفتاح محمود ادريس، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٣) نصت المادة (٥١١) من القانون المدني العراقي على أنه:" إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع". وتقابلها المادة (٢/١٨١) من القانون المدني الأردني.

(٤) ART ١٣٠٧-١:" Le choix entre les prestations appartient au débiteur. 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 alternative".

(٥) قوام الدين محمد بن محمد الكاكي الحنفي، **عيون المذاهب في فروع المذاهب الأربعة**، تحقيق: محمد العزازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٩، ص٣١٢. حمد الله سيدجان سيدي، **فسخ عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن**، ج٣، من دون طبعة، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠١، ص٧٦٣. محمد احمد دعمي، **احكام العقود في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار الكتاب الجامعي، مصر، ١٩٧٤، ص٦٠. ويجوز عندهم التنازل عن الخيار لمن شرط له بعوض. يُنظر: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، **الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، ج٤، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص١٧٦٦.

وأمَّا المالكيَّة[١] فاعتبروها مِن المُسقِطات الاختياريَّة أي أنَّها بمثابةِ الترك مع القُدرةِ على الفعل لذلك قسَّموا ما يسقُط بهِ الخيار إلى قولٍ وفعلٍ وتركٍ. أما الشافعيَّة [٢] والحنابِلة[٣]، وفقهاء المالكيَّة إذ توافقوا [٤] على أنَّ مُضي المُدَّة لا تُصيّر العقدَ لازماً بل لابُّد مِن اختيار الاجازة أو الفسخ لأنَّ مُدَّة الخيارِ هي حقٌ لصاحبِ الخيار لا واجبٌ عليه[٥]. وعِنْدَ الإماميَّة مُضي المُدَّة يُبطِل الخيار، وهو الرأي الذي نؤيِّده، وأخذ بهِ القانونُ[٦]. وعِنْدَ اختلافهم على مُضيّ المُدَّة مِن عدمه يؤخذ بِقَوْل المُنكِر[٧]. أمَّا إذا انقضتْ المُدَّةُ والمبيع بيدِ الغيْر يُعَدُّ ذلك إمضاءً للعقدِ في خيارِ الشرطِ والتجرِبةِ. أمَّا خيار التعيين فالحنفيَّةُ[٨] يَروْن إلزام مَنْ لمْ يختَرْ والخيار لهُ أنْ يُعيَّن الشيء الذي يريده، وأمَّا إنْ اقترن خيار التعيين بخيارِ الشرط فإنَّ الأخيرَ يَسقُط بمُضي المُدَّة، ويَلزُم البَيْع ويتعيَّن على مَنْ لهُ الخيار تعيين أحد الأشياء محل البيع. أمَّا المالكيَّةُ[٩] فيَروْن عدم وجود مساغ شرعي على إرغام مَنْ له الخيار على الاختيار بَعْدَ مُضي المُدَّة، بل يلزمه نصف ثمن كُل الأشياء محل البيع، هذا إنْ كانَ خيار التعيين وحده، وبالطبعِ، فهو لا يلزم الأجنبي بل يلزم مَنْ منح الخيار للأجنبي، إمَّا لو اقترنَ خيار الشرط بخيارِ التعيين فمعنى مُضي المُدَّة في نَظرِنا هو الرجوعُ عَن البيعِ.

---

(١) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الازهري المالكيّ، **الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني**، ج٢، تحقيق: عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص١٣٥.

(٢) عبد الوهاب الشعرانيّ، **كتاب الميزان**، ج١، لا تتوفر تفاصيل دار ومكان النشر، ١٨٧٤، ص٨١.

(٣) وهناك اتجاه في هذا الفقه يذهب إلى العكس حيث أنَّ مضي المدة من دون فسخ يعني لزوم العقد لأنَّها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها. يُنظر: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداويّ السعديّ الحنبليّ، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج٤، تحقيق: ابو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٣٦٦. شرف بن علي شريف، **الاجارة الواردة على عمل الانسان (دراسة مقارنة)** بلا طبعة، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، مصر، ١٩٨٠، ص٣.

(٤) علي نور الدين بن حجازي البيومي، **المنتخب في الفقه على المذاهب الأربعة**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥ ، ص٩٢.

(٥) د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٤، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٤، ص٥٤٢.

(٦) محمد بن الحسن الطوسي، ج٢، مصدر سابق، ص٨٤.

(٧) محمد امين ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، شرح تنوير الابصار، ج٤، مطبعة علي بك، بغداد، ١٨٧٧، ص٩٢.

(٨) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، مصدر سابق، ص١٤١.

(٩) محمد عليش،**منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل**، ج٥، من دون طبعة، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٨، ص٦٥.

٢ – **سُقوط الخيار**: يسقط الخيار بالعديدِ من الحالات، نتناولها على النحوِ الآتي:

أ – **مَوْت مَنْ لـهُ الخيار، أو فُقدان أهليتـه:** حَيْث يسقُط الخيارُ بمَوتِ مَنْ لـهُ الخيار إذ لمْ يُجزْ القانون العراقيّ والأردنيّ وراثة خيار الشرط[١]. وبالنسبةِ إلى خيار التجربة فلا يوجد حكم خاص في القوانينِ مَحل المقارنة بصدده. أما خيار النقد فلمْ يتضمَّنْ التقنين المدني الفرنسيّ نصاً خاصاً بِحُكم هذهِ الحالةُ ولكننَّا **نستنتج** أنَّ الأجلَ هُنا وإنْ كانَ مشروطاً لصالحِ المدين[٢]، غير أنَّه لا يسقط بموته، بل يرثه خلفه طالما أنَّهم امتداد لشخصيته[٣]. ولمْ يردْ حكمٌ في القانون العراقيّ والأردنيّ بشأنهِ. وبالنسبةِ إلى خيارِ التعيين فلمْ يتضمَّنْ القانون الفرنسي نصاً صريحاً بهذا الصددِ، ومثلـهُ القانون المصريّ، وأمَّا القانون العراقيّ[٤] والأردنيّ[٥] فقد أجازوا توريث خيار التعيين فيما لو مات مَن له الخيار.

أمَّا في الفقهِ الإسلاميّ فبحثُّ ما إذا كانَ خيارُ الشرط أو خيار النقد يورَّث مِن عدمه كانّ محلُ اختلافٍ بَيْنَهم، فالحنفيَّةُ أبطلوا الخيار بمَوْت العاقِد الشارط الخيار لهُ أو لغيرهِ لأنَّ الخيارَ مشيئةٌ تُرادِف الحق ولا وراثة في الحقوقِ بعكس الأموال إلَّا إذا أُقيم الدليل على أنَّ الحق ملحق بالمالِ حتى يورَّثَ [٦]، والحقيقةُ أنَّ المُشرِعَ العراقيّ آثرَ الأخذ بهذا الرأي. ويوافقهم الحنابِلة في الرأي إلَّا إذا قرر الغيرُ الفسخَ قبل موتهِ ذلك أنَّ حقَ الفسخِ هنا صُيِّرَ حقاً مالياً[٧].

---

(١) نصت المادة (٥١٢) من القانون المدني العراقي على أن:" خيار الشرط لا يورث، فإذا مات من له الخيار سقط خياره". والمادة (١٨٣) من القانون المدني الأردني التي تطابق نص المادة (٢٢٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والتي نصت على :" يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته، ويلزم العقد بالنسبة إلى ورثته ويبقى الآخر على خياره إن كان الخيار له حتى نهاية مدته".

(٢) نصت المادة (٣/١٣٠٥) من التقنين الفرنسي المعدل على أنه:" يعتبر الأجل مقررا لمصلحة المدين.."
ART. ١٣٠٥/٣: " le terme profite au debiteur, …".

(٣) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، **تعارض المصالح في المعاملات المالية (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠٢٢، ص٦٣.

(٤) تنظر المادة (٣٠٠) مدني عراقي.

(٥) تنظر المادة (١٩٢ و٤٠٩) مدني اردني، ولو تعدد الورثة وجب عليهم تعيين المحل وإن لم يتفقوا عليه عدوا ممتنعين عن اعمال الخيار حكماً، تنظر المادة (٤٠٨) من القانون المذكور.

(٦) بن رشد القرطبي الاندلسي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج١و٢**، مصدر سابق، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠١٤، ص١١٧.

(٧) بن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل، ج١، مصدر سابق، ص٤١٢.

أما الشافعيَّة [١]، والمالكيَّة[٢] ، والإماميَّة[٣] ، فيَروْن عدم سقوط الخيار بموت صاحبه وإنْ كان مشيئة وإرادة، لأنَّ المُلك قد انتقلَ إلى الوارث، وما ثَبُت لهُ بالخيارِ حق الفسخ أو الإجازة وهما عائدان إلى ذات العقد. **ونحن** نُشكل عليهم ذلك إنْ كانَ الغيرُ محل اعتبار لدى العاقدين فلا معنى لتخويلِ الوارث حق الفسخ أو الاجازة. **ونؤيِّدُ** انتقاله إلى الورثة إنْ لمْ تكُن شخصيته محل اعتبار في العقدِ وتتوافر بِهم نفس مُؤهلات مورثِّهم، ونقفُ مع مَنْ يدعو المُشرِّع العراقيّ إلى الإلتفاتِ إلى حُكم هذهِ الحالةِ[٤].

وبالفقه الإسلاميّ لا يرى فقهاء الحنفية[٥] والمالكية[٦] سقوط خيار التعيين بموت مَنْ لهُ الخيار ، ولكن ليس معنى هذا أنَّ ورثةَ الأجنبي هم مَن يُنقل إليهم خيار الفسخ فليس مِن المنطق القول بتوريثِ الخيار لورثة الأجنبي، ومِن الأدق القول بعودتهِ إلى ورثةِ المتوفي لا سيما إذا كانَ محلَ اعتبارٍ في نظر العاقد الشارط. أما إذا خالطَ خيارُ التعيين خيار الشرط، فالحنفيَّة[٧] قالوا بسقوط خيار الشرط بموت صاحبه، ويبقى للورثة خيار التعيين فقط. وأما المالكيَّة فيقرون بانتقال الخيارين معاً إلى الوارث[٨].

وبصدد فقدان الأهلية لم يتطرَّق القانون المدنيّ العراقيّ والأردنيّ إلى حُكم هذه الحالةُ، بل وحتى مناقشات الفقه الإسلاميّ جاءتْ مختصةً بجنون أو اغماءِ العاقد المُشترط الخيار لنفسهِ لا غيره، وقياساً عليها، يُمكن أنْ **نستنتجَ** أنَّ جنونَ أو اغماءَ الغير يؤدي إلى انتقالِ خيار الشرط أو النقد أو التعيين إلى الشارط قياساً على رأي الشافعيَّة[٩]،

---

(١) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص٤٥٣.

(٢) امير عبد العزيز، **فقه الكتاب والسنة**، ج٢، من دون طبعة، دار السلام، من دون مكان نشر، ١٩٩٩، ص٧٥٨.

(٣) مقداد بن عبد الله السيوري الحلي، **نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية**، تحقيق: عبد اللطيف الكوهمكري، من دون طبعة، مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٣هـ، ص١٤٠.

(٤) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية وأثرها في العقود، مصدر سابق، ص١٨٦.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، مصدر سابق، (طبعة زكريا علي يوسف ١٩٦٨)، ص٣٢٩٢.

(٦) كما تجدر الإشارة إلى أن الحنابلة يرفضون توريث خيار الشرط والتعيين. يُنظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٥، مصدر سابق، ص١٠٧. د. محمد سليمان عبد الله الأشقر، **المجلى في الفقه الحنبلي**، ج٢، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ص١٨.

(٧) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٣، مصدر سابق، ص٥٦.

(٨) نقلاً عن: احمد الحصري، **التركات والوصايا في الفقه الإسلامي**، ط٢، مكتبة الأقصى، عمان، ١٩٨٠، ص٩.

(٩) ابو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي الشافعي القزويني، **العزيز شرح الوجيز**، ج٥، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص١٨١.

والإمامية[١] الذين قالوا بانتقالِ الخيار إلى الولي الشرعي أو الحاكم الشرعي في هذهِ الحالةُ، وتبريرنا أنَّ سُكوتَ المُشرِّع، ومَنعَ الفقه الحنفيّ والحنبليّ توريث الخيار مطلقاً، ومنع الفقه الإماميّ توريث الخيار للأجنبي، يُحتِّم إعادة الخيار إلى الشارط، وهو كذلك يُقارِب رأي المالكيَّة_ كما مرَّ بنا[٢].

يُضاف إلى ذلك أنَّ الخيار ليس لصيقاً بالاجنبي بل لصيقاً بالمبيع ذاته وينتقل معه إلى الشارط. مع إصرارنا الشديد على أنَّ ذلك لا يُمكن قبوله إلَّا في الفترةِ التي يسري في اثنائها الخيار وليس بعدها.

ب – هـلاكُ المبيـع: فبالنسبةِ إلى خيار الشرط فإنَّ هلاكَ المبيع يعني (لُزوم) البيع واستحقاق الثمن المُسمَّى[٣] في كلِّ فرضيات الهلاك [٤]. أما بالنسبةِ إلى خيار التجربة فلمْ تنصْ القوانين المقارنة على حكم صريح يسري بخُصوص هذهِ الحالةُ[٥]. وبالنسبة إلى خيار التعيين فلمْ نلحَظ نصاً في التقنين المدني

---

(١) الحسن بن يوسف المحقق الحلي، **تحرير الأحكام على مذهب الامامية**، ج٢، مؤسسة الامام الصادق (ع)، قم، ١٩٩٩، ص٢٩٤.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن المالكية لهم رأي هنا، وهو التمييز بين الجنون والاغماء، ففي الجنون طويل المدة الذي يؤدي إلى الحاق ضرر بالمتعاقد الآخر يذهبون إلى انتقال الخيار إلى النائب القانوني بشرط فقدان الأمل في زال الجنون، وفي حالة الاغماء ليس كذلك بل يبقى المغمى عليه على خيار وإن طالت المدة للقاضي فسخ العقد. يُنظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، مصدر سابق، (مطبعة دار الفكر)، ص٥٤٣.

(٣) نصت المادة (٥١٣) من القانون المدني العراقي على أنه:" في جميع حالات الخيار إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ هلك من ماله ولزم الثمن المسمى". ولا يوجد نص مماثل في القانون الأردني ولكن نلحظ نص المادة (٤٧٢) منه والتي تنص على:" إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن للبائع إذا هلك قبل التسلم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموناً للبائع".

(٤) مها محمد طه، **هلاك المبيع في مدة خيار الشرط**، بحث منشور في مجلة الدراسات التاريخية والحضارية (مجلة علمية محكمة)، المجلد (٥)، العدد (١٦)، ٢٠١٣، ص٣٠٩. ويبدو أنَّ المشرع العراقي هنا قد آثر تطبيق حكم المادة (١٧٩) من القانون المدني التي جعلتْ تبعة الهلاك تدور مع التسليم وجوداً وعدماً. كما تجدر الإشارة إلى أن التبعة لها أربعة عناصر: وجود التزامان متقابلان، استحالة تنفيذ أحدهما، مرجع الاستحالة السبب الأجنبي، بقاء الالتزام المقابل ممكن التنفيذ. يُنظر: د. محمد زكي عبد البر، **نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي**، ج١ في الفقه الحنفي، ط١، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٥٠، ص١٠. ونحن نسأل إن وقع ذلك من الأجنبي فهل هو تابع للمشتري حتى يتحمل تبعة غيره؟ الجواب بالنفي.

(٥) وعلى صعيد الفقه القانوني يرى اتجاه فيه أن هلاك المبيع في فترة التجربة يحتم التمييز بين أمرين، فأمَّا الأوَّل فهو بديهي ذلك أنَّ تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع، وبعد التسليم بعقد معلق على شرط فاسخ يقع على عاتق المشتري، ولو كان معلقاً على شرطٍ واقف فيقع على عاتق البائع وليس المشتري كما يرى الفقه القانوني لأن القائها على عاتق المشتري

الفرنسيّ[١] والمصريّ[٢] والعراقيّ[٣] والاردنيّ[٤] حُكماً خاصاً بوقوع الهلاك فيما لو كانَ الخيارُ للغيرِ. وبالإفادةِ مِن تلك النُصوصُ **نجدُّ** أنَّ الحكمَ يدورُ مدار سبب الهلاك فلو كانّ بسببٍ أجنبيّ لا يضمِن ولو كانَ بغيرِ ذلك فهو ضامنٌ.

وأمَّا الوضع في الفقه الإسلاميّ فنجدُّ الخلاف بيّنَاً بينهم، فمِنْهم من نَظرَ إلى وقتية الهلاك ورتَّب حكماً على الهلاك قبل القبض[٥] وبَعْدَه[٦]، ومِنْهم مَنْ لم يُميز في وقتية الهلاك[٧]، لا مجال للخوض فيها ولكن بالإفادة مِن الآراء المطروحة **نجدُّ** أنَّ تبعة الهلاك قبل القبض على البائع، وأمَّا بَعْدَ القبض فهي على المشتري حتى لو كانَ الخيار للغير، لأنَّ المشتري هو المسؤولُ عن المبيع، ولو كانَ الهلاكُ بخطأ الغير يستطيع المشتري أنْ يرجعَ عليهِ بالضمانِ.

جـ – حُصول زيادة في المبيعِ مانعة للرّدِ: لم تنظم القوانين محل المقارنة هذه الحالة كسبب من أسباب سقوط الخيار ولجميع الخيارات محل البحث. ومَنْ يقول بهذهِ الحالةُ نعتقدّ أنَّه محقٌ ذلك أنَّ الردَّ لا يكون إلَّا بالحالة التي كانَ عليها المبيع وقت العقد أو وقت التسليم. وفي الفقه الإسلاميّ فإنَّ الزيادةَ التي تطرأ

تجعل لا فائدة من التمييز بين الشرط الفاسخ والواقف التي حرص المشرع العراقي على توطيدها. يُنظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول، ج١، مصدر سابق، ص٢٣٩ وما يليها.

(١) تُنظر المواد (١٣٠٧-٢) و(١٣٠٧-٥) من التقنين المدني الفرنسي.

(٢) تنظر المادة (٢٧٨) مدني مصري.

(٣) تنظر المادة (٣٠١) مدني عراقي.

(٤) تنظر المادة (٤٠١) مدني أردني.

(٥) للحنفية مثلاً، يُنظر: شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا، **مهمات المفتي في فروع الحنفية**، تحقيق: د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، ج١/ ط١، العبيكان، الرياض، ٢٠١٨، ص٤٢٧.

(٦) للحنفية مثلاً، يُنظر: الشيخ نظام، **الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، ج٣، مصدر سابق ٢٠١٥، ص٤٨. وللامامية، يُنظر: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، **المختصر النافع في فقه الامامية**، من دون طبعة، مكتبة الأسد، طهران، ١٣٨٧هـ، ص١٤٦.

(٧) للحنابلة مثلاً، يُنظر: عبد الخالق بن عيسى العباسي الهاشمي، **رؤوس المسائل في الخلاف على مذهب أبي عبد الله احمد بن حنبل**، ج١، مكتبة النهضة الحديثة، من دون مكان نشر، ٢٠٠٠، ص٤٣٢. وللشافعية، يُنظر: عبد الملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، ج٤، تحقيق: محمد عثمان، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٣٣٣. وللأمامية، يُنظر: جعفر السبحاني، **زبد الاحكام**، من دون طبعة، دار جواد الائمة، من دون مكان نشر، ٢٠٠٨، ص١٦٨. روح الله الخميني، **تحرير الوسيلة**، ج١، من دون طبعة، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الخميني، قم، ١٤٣٤هـ، ص٥٥٣.

على المبيع المبتاع بخياري الشرط، والنقد[١] أنواعٌ متعددةٌ[٢]، فيرى الحنفيَّة أنَّ الزيادةَ المُتصلة المتولَّدة مِن الأصل تُبطِل الخيار وتمنع ردّ المبيع، الحكم نفسه يسري على الزيادة المتصلة غير المتولَّدة والزوائد المنفصلة المتولَّدة عن المبيع [٣]، أمَّا الزوائد غَيْر المُتولدة فلا تُبطِل الخيار ولا تمنع مِنْ ردّ المَبيع[٤].

أمَّا المالكيَّة فيميُّزون بَيْنَ الزيادةِ مِنْ حيث كونها مِنْ جنس المبيع أو مِنْ غير جنسه، فلو كانتْ مِنْ جنسه فهي للمشتري كالدابةِ تسمن، أما لو كانتْ الزيادةُ مضافةً إلى المبيع من غير جنسه فهي للبائع حتى يستعمل صاحب الخيار خياره؛ لأن الملك يبقى على الأصل، وهو يكونُ مِنْ حق البائع وليس المشتري[٥]، وأمَّا الشافعيَّة فيرون أنَّ الزيادةَ المنفصلة في مُدَّة الخيار كالأُجرة تكون لمَنّ لهُ الخيار، وإنْ كانَ لهما معاً فهي موقوفةٌ كحكم المبيع نفسه، فلو فسخ فهي للبائع وإلا فللمشتري، وأمَّا الزيادة المتصلة كالسمن، فهو لمَن لهُ في يده المبيع لأنَّه حدث في مُلكه فيجوز أنْ يمسكَه والباقي يَرده كأصل إلى البائعِ[٦]. وأمَّا الحنابلة فيروْن أنَّ كُلَّ نماءِ المبيع وغلاتّه سواء قَبل القبض أم بَعْدَه هي للمشتري أجاز أم فسخ العقد وهي أمانةٌ بيد البائع قبل القبض لا يضمن هلاكها مِنْ دون تعدٍ أو تفريط[٧]، وأمَّا الإماميَّة

---

(١) يرى اتجاه في الفقه الإسلامي المعاصر أن خيار النقد يشترك في سقوطه وانتقاله وبقية أحكامه مع خيار الشرط. أبو غدة، الخيار وأثره في العقد، ج٢، مصدر سابق، ص٧٧٢.

(٢) إذ تصنف إلى خمسة أنواع: زيادة بحوالة الأسواق، وزيادة في حال المبيع، وزيادة في عين المبيع، وزيادة مضافة إلى المبيع من غير جنسه، وما أحدثه المشتري من صفات مضافة إلى المبيع، ولكل حالة حكم خاص بها. يُنظر: ابو الحسن علي بن سعيد الرجراجي، **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، ج٧، تحقيق: د. علي علي لقم، ط١، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٧، ص١١٨.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (طبعة دار الكتب العلمية)، ج٥، مصدر سابق، ص٢٧٠.

(٤) الكاساني، المصدر نفسه، ص٢٧٠.

(٥)سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، ج٤، تحقيق: الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص٤٦٣.

(٦) بنفس المعنى: محمد الزهري الغمراوي، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، ط٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص١٨٧.

(٧) المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٤، مصدر سابق، ص٣٦٨. احمد بن حنبل، **الجامع لعلوم الامام أحمد**، ج٩، تحقيق: خالد الرباط، سيد عزت عيد، ط١، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر، ٢٠٠٩، ص١٦٦.

فيروْن أن نماء المبيع ملك للمشتري، ونماء الثمن ملك للبائع[١] . وذلك لأنَّهم يَروْن ذلك انقضاء للخيار مع عدم الفسخ وهو كاشف عن ملك المشتري من حين العقد وليس ناقلاً لهُ[٢].

ونستنتج من كل ذلك أن قطب الرحى في مسألة الزيادة تدور بين البائع والمشتري في معزل عن الغير الأجنبي وهذا يدل على أنه ليس بطرف في العقد ولا ينتفع منه ولا يضار به وكل ما له هو الاجازة أو الفسخ فقط. يضاف إلى ذلك أن الزيادة تتبع الملك فتعود للبائع عند الفسخ، وتبقى للمشتري مع الأصل عند الاجازة[٣]. وبالنسبةِ إلى خيارِ التعيين فإن التعيُّب سبباً من أسباب سقوط الخيار، وينقسم رأيهم بهذا الصدد إلى قسمين: فأمَّا الأوَّلُ التعيُّب قبل القبض والخيار للمشتري وفي حكمه الغير، فإن ذلك يؤدي إلى عدم سقوط الخيار بل يبقى المشتري على خياره إن شاء أخذ المتعيُّب بثمنه المسمى أو أن يأخذ السليم بثمنه، أما الثاني فإذا تعيبت بعد القبض كلها أو واحدا منها، يكون المتعيُّبُ متعيناً للبيع ويلزم المشتري بدفع ثمنه والباقي أمانة بيده، أما إذا تعيباً معاً إنْ كانا شيئين فيجب شراء المتعيُّب ورد الباقي إن كان التعيُّب على التعاقب، ولو تعيبت في اللحظة الواحدة فيجب شراء أحدها ولا يجوز له ردها جميعاً لأن البيع ملزم ونافذ وفقاً للمذهب الحنفي. وأمَّا إذا كانَ الخيارُ للبائع و الغير في حكمه، فلو تعيَّب الشيء في يد البائع قبل القبض فله الحق في إلزام المشتري بشراء السليم ولا يحق للأخير الرفض لأن الخيار ليس له بتقديرنا بل للبائع، ويحق له المطالبة بالفسخ فيما لو أرغمه البائع على شراء الشيء المتعيب في المذهب الحنفي[٤] والمالكي[٥].

---

(١) جعفر بن الحسن المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في بيان مسائل الحلال والحرام**، من دون طبعة، مطبعة كادسته نشاط، ايران، ١٨٨٩، ص١٥٨.

(٢) المحقق السبزواري، **كفاية الاحكام**، ج١، من دون طبعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، من دون سنة نشر، ص٤٧٢. احمد بن محمد الاردبيلي، **مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان**، ج٨، تحقيق: مجتبى العراقي، من دون طبعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، من دون سنة نشر، ص٤١٨.

(٣) عمار محمد حسين محمد علي، **الخيارات في الفقه الإسلامي (دراسة في الأدلة والتطبيقات)**، أطروحة دكتوراه، جامعة الكوفة/ كلية الفقه، ٢٠١٥، ص١٦٩.

(٤) عبد الحميد محمود طهماز، **الفقه الحنفي في ثوبه الجديد**، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٩، ص١١٧.

(٥) نقلا عن: محمد قدري باشا، مصدر سابق، ص٤٣١ وما بعدها.

الفرع الثاني

الضوابطُ المتعلِّقة بالغيرِ

يجب أنْ تتوافر مجموعة من الضوابط في الغيرِ حتى يتسنَّى لهُ إعمال المكنة الممنوحة لهُ والتي تُعتبر من الأمور المفصليَّة في صحةِ، أو عدم صحة استعمال المكنة، ومن أجل الوقوف عليها سنستعرضُ تلك الضوابط وفقاً للنحو الآتي:

أولاً: أهليَّةُ الغير: صحيح أنَّ مبدأ سلطان الإرادة يمنح الأشخاص الحرية الكاملة في التعاقد بل وفي ادراج ما يشاءون مِن الشروط، ولكن ذلك لا يعني أنَّهم أحرارٌ في مخالفة مقتضيات القانون[١]، ذلك أنَّ الأهلية شرطٌ في ركن الرضاء في العقد[٢]، لمْ تشترطْ القوانينُ محل المقارنة أنْ يكون الغير الممنوح الخيار كامل الأهلية، غير أنَّهُ شرط تقتضيه القواعد العامة في القانون[٣]، ولا نرى أنَّ الأهلية في التعاقد هي مجردُ سِّن يُحدده القانون فحسب، بل أن لكل حالة معينة أهلية خاصة بها فعلى سبيل المثال معيار قبول أو رفض عطاءٍ ما في المزاد العلني يُبنى على أساسِ العطاء الأجدر مِن حيث الشروط المتحققة فيه.

وهذا المعيار لا علاقة له بالأهلية التي تعني السن، لأنَّه قد يُقصد بأهلية الغير هي صلاحيته الفنية لممارسة المكنة الممنوحة لهُ، بمعنى يجب أن يكون الغيرُ خبيراً في تقييم محل البيع مثلاً أو ذا بصيرةٍ في أمرٍ معينٍ. ذهبَ اتجاهُ في الفقه الإسلاميّ[٤] إلى ضرورة أنْ يكونَ الغيرُ الممنوح خيار فسخ

---

(١) فريد فتيان، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني**، من دون طبعة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد، ١٩٨٥، ص١٤.

(٢) د. سحر جبار يعقوب، **الجزاءات الإدارية في عقد التوريد (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ص٣٦.

(٣) تنقسم الاهلية إلى قسمين، أهلية الوجوب وأهلية الأداء وهذه الأخيرة التي يعتد بها القانون في اجراء التصرفات القانونية ومناطها التمييز، إذ تدور معه وجوداً وعدماً، فما إنْ نقصتْ الاهليةُ حتى يرتبَ القانون أثراً على هذا النقصُ. يُنظر: د. عبد القادر عزيز أحمد الحيالي، **أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون**، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، المجلد (٢٦)، العدد (١)، ٢٠١١، ص٢١٧.

(٤) جلال الدين محمد بن احمد الحلي، **حاشيتا القليوبي وعميرة**، ج٢، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص٣٠٩.

العقد أو إجازته بالغاً سن الرشد ولو كان سفيهاً [١]، وبعبارة أخرى "مِمَن يجوز قوله" و إلَّا بطل الخيار ذلك أن الإجازة، أو الفسخ تصرف، ولا يصح إلا من البالغ ولأنه لا يعلم بما فيه المصلحة [٢]، ونرى أنْ يكون قد أتمَّ السن القانونيَّة حتى يترتَّب على فسخهِ أثر يعتد به القانون أي إتمام الثامنة عشرة من العمر وفقاً للمادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي. والسؤال المطروح هنا، هل يُشترط أن يعلن الغير عن قبوله منح مكنة الفسخ إليه؟ تطرَّق الفقه الإمامي إلى هذا السؤال وكانت الإجابة تتلخص بأن:" لا مانع من أن يكون الخيار للأجنبي من غير أن يكون محتاجاً إلى القبول" [٣]. ويرى الشافعيَّة ضرورة موافقته حقيقةً، أو حكماً لأنَّه تمليك [٤]. ومثلهم الحنفية [٥]، ونحنُ نعتقدُ ضرورة موافقة الغير على تخويلهِ مكنة فسخ العقد أو إمضائه فلا التزام بغيرِ الإرادةِ، أو القانون، وإلا عُدّ ذلك تجاوزاً على حريتهِ، و في الوقتِ الذي يُعدّهُ الفقه – كما سنرى– وكيلاً أو مُحكِماً[٦]، لذلك فلا مناص من ضرورة قبوله بما لا يدع مجالاً للشك في

---

(١) وذلك لأن هناك اتجاه في الفقه اعتبره وكيلاً، وفي القانون يشترط القانون العراقي في الوكيل أن يكون مميزاً فحسب (٢/٩٣٠) مدني عراقي، (١/٨٣٤) مدني اردني. والمادة (١٩٩٠) مدني فرنسي التي اجازت أن يكون الوكيل قاصرا غير مأذون.

Art ١٩٩٠:" Un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs".

ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني المصري لأن لجنة مراجعة القانون المذكور قد حذفته اكتفاء بالقواعد العامة. يُنظر: قاسم هيّال رسن، احمد حمزة مهدي، **تحديد عمر الموكل (دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي)**، في مجلة مركز دراسات الكوفة، من دون مجلد، العدد (٣٠)، ٢٠١٣، ص٩٣.

(٢) سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، ج١٠، مصدر سابق، ص٤٥٥.

(٣) أبو القاسم الخوئي، **مصدر سابق**، ص٢١٨.

(٤) سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، ج١٠، مصدر سابق، ص٤٥٥.

(٥) شمس الدين احمد بن سليمان بن كمال باشا الحنفي، **الايضاح في شرح الإصلاح في الفقه الحنفي**، ج٢، تحقيق: د. عبدالله داود خلف المحمدي، د. محمود شمس الدين امير الخزاعي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص١٠٩.

(٦) ينظر بهذا الصدد:

Cass. Civ. ٢٣-١٠-١٩٧٩. Bull. Civ١١١. No. ١٨٨. نقلاً عن: د. محمد يحيى الدين إبراهيم سليم، **تحديد الثمن في عقد البيع**، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد (٨)، العدد (١٥)، ١٩٨٨، ص٤٩. كما تجدر الإشارة إلى أنَّ هناك اتجاه في الفقه الامامي يُعد الغير محكماً. يُنظر: علي الطباطبائي، **رياض المسائل في بيان**

ذلك القبول سيما أنَّ الخيار مقيَّد بمدة بالاشتراطِ. ونقصد بالقبول هنا في الوقت الذي يُلزم عليه اعمال المكنة وليس القبول في وقت التعاقد، إذ لا جدوى من تحديده إلَّا إنْ كانت شخصيته محل اعتبار في العقد. والقبول يستوجب أنْ يكون الغير ذا أهلية لهُ.

ثانياً: أُجرة [1] الغير: ومِن المقبول أنْ يكونَ عملُ الغير الممنوح مكنة الفسخ أو الاجازة نظير أُجرة تُسمى من قبل الطرف الذي عينَّه لا يهم إنْ كانتْ نقود أو غير ذلك[1]. وهذا يقودُ إلى تساؤلٍ هام وهو هل أنَّ اقتضاءه الأُجرة مِن الطرف الذي سمَّاه يتنافى مع المعايير المهنية التي يجبُّ على أساسِها استعمال مكنة الفسخ أو الإجازة فيما لو كانتْ شركة أو مؤسسة أو غير ذلك؟

الاحكام بالدلائل، ج٥، ط١، دار الهادي، بيروت، ١٩٩٢، ص١١٢. زين الدين بن علي الشهيد الثاني، **اللمعة الدمشقية**، ج٣، من دون طبعة، انتشارات وجابخانه علمية، ايران، ١٩٧٥، ص٤٥٣. وللمزيد عن ماهية التحكيم وشروط المحكم، يُنظر: د. طلعت يوسف خاطر، **حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق (دراسة تأصيلية مقارنة)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٦، ص٦١. استاذنا أ. اسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم واجراءاته (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٢٤. و لانؤيد هذا الرأي لأن التحكيم يفترض وجود منازعة ولا توجد هناك منازعة بين الأطراف. وهناك مَن يرى أنَّ الغير نائباً. يُنظر: للحنفية، يُنظر: جمال الدين محمد بن عبد الله الزيلعي، **نصب الراية تخريج أحاديث الهداية**، ج٤، تحقيق: احمد شمس الدين، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٩٩. وللحنابلة، يُنظر: الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، مصدر سابق، ص١٤٧. ولا نؤيد هذا الرأي لأن هناك اتجاه في الفقه لا يشترط قبول الغير بمكنة الخيار والوكالة تقتضي علم الوكيل بها. يُنظر: د. جمال مرسي بدر، **النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها**، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨، ص٢٢٨. وفي الفقه الفرنسي، يُنظر:

Pierre Wenssner,**L'OBLIGATION DU LOCATAIRE DE PAYER LE LOYER ET LES FRAIS ACCESSOIRES**, ٩e Séminaire sur le droit du bail Neuchâtel ١٩٩٦, p. ٤.

كما أن مصدر هذه النيابة غير معروف، إلا إذا ابرمت بعقد وكالة لاحق على البيع وهذا لايجوز شرعاً. يُنظر: جاء في الحديث الشريف:" .. عن بيعتين في بيعة..". يُنظر: ابو محمد حسين بن مسعود البغوي، **شرح السنة**، ج٤، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٣٠٦. رغم أن هناك من يَعدُّ أن المكنة هي "اثبات حق بعقد لازم لاجنبي". يُنظر: جعفر السبحاني، **المختار في أحكام الخيار**، من دون طبعة، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) للتحقيق والتأليف، قم، ١٤١٤هـ، ص١٤٧. ونحنُ نرى أن هذه المكنة نابعة من نظرية الاشتراط بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة دون الحديث عن التحكيم والوكالة.

(١)يُقصد بالأُجرة :"عوض العمل والانتفاع بالشيء". يُنظر: عباس سهيل جيجان الجبوري، **الأجرة وأحكامها في عقد الايجار (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بابل/ كلية القانون، ٢٠٠٥، ص٢٢٨. د. حماد محمد شطا، النظام القانوني للأجور والمرتبات في الوظيفة العامة، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٧، ص٤١ وما بعدها.

في الواقعِ، أنَّه يحصلُ على الأجرِ نظير الخدمة التي يؤديها للطرفِ الذي عينَّه تحقيقاً للعدالة المنشودة فهو وإنْ تلقَّى الأُجرة لا يُعَدُّ ممثِلاً لمَن تلقاها منه، ولا يُمكن أنْ يتلقَّى تعليمات أو توجيهات من أيٍ من أطراف العقد بل يُمارس عمله بحيادٍ واستقلالٍ تام[٢].

ولكن هذه الفرضيةُ ليست هي الأصلُ، لأنَّ الغيرَ مثلما يكون مأجوراً وقد لا يكون كذلك. أمَّا عَنْ كيفيَّة دفع الأُجرة فيتمُّ حسب الاتفاق سواءً أكانَ من خلال وسائل الدفع التقليديَّة أم مِنْ خلال البطاقة البنكيَّة[٣]، في الفرضيَّة التي يكونُ فيها الغيرُ شخصاً افتراضياً كالموقع الالكتروني الذي يتولَّى تجربة المبيع قبل شرائه.

وفي الفقه الإسلاميّ الحنفيّ[٤] والمالكيّ[٥] والشافعيّ[٦] والحنبليّ[٧] خلافاً للإماميّ [١] تُحمى أجورُ العامل – على فَرْضِ إعتبار الغير مأجور– يؤدَّي عملاً نظير أجر وقِبالة هذا الحقُ أعتبره هذا الفقهُ أميناً وإنْ يدّه يد أمانةٍ لا يضمِن الهلاك أو التلف إلَّا في حالةِ تعمُّده أو تقصيره.

---

(١) لم يعرف قانون العمل الفرنسي code du travail رقم ٢٠١٦–١٠٨٨ في ٢٠١٦/٨/٨ الأجر. وعرفت المادة (١/ج) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ الأجر. وعرفت المادة (١/ رابع عشر) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة٢٠١٥ الأجر بأنه:" ما يستحق للعامل على صاحب العمل نقدا او عينا لقاء عمل ايا كان نوعه، ويلحق به ويعد من متمماته كل ما يمنح للعامل من مخصصات مهما كان نوعها، والاجور المستحقة عن العمل الإضافي". والمادة (٢) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ عرفت الاجر.

(٢) د. طلعت يوسف خاطر، مصدر سابق، ص١٤٥. د. علاء النجار حسانين احمد، **نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٦٥. د. حيدر مدلول بدر عبد الله، **الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧، ص١.

(٣) وتعرف البطاقة البنكية أو بطاقة الائتمان بأنها:" مستند يعطيه مُصدِره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً على عقدٍ بينهما يمكنّه من شراء السلع والخدمات ممَن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المُصدّر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب النقود من المصرف". يُنظر: د. فاطمة الفرحاني، **المقاصة في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المالية المعاصرة**، ط١، دار الجندي للنشر والتوزيع، القدس، ٢٠١٩، ص٢٠١١، ص٩٤.

(٤) نظام الشيخ، فتاوى العالمكيرية في فروع الحنفية، مصدر سابق، ص٧١١. د. محمد رضا عبد الجبار العاني، **فقه الامام ابن شبرمة الكوفي**، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨،ص١١٦.

(٥) محمد الزحيلي، **المعتمد في الفقه الشافعي**، ج٣، من دون طبعة، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٧، ص٢٣٥.

(٦) أبو بكر بن علي حداد، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ج١و٢، مصدر سابق، ص٣٢٣.

(٧) ابن قدامة، الكافي، ج٢، مصدر سابق، ص٢٣٨.

ثالثاً: وُجودُ مَصلحة لاستعمالِ خيار الفسخ: أشارَ الفقهُ الامامي[٢] إلى أنَّ الأجنبي يجبُ عليهِ وفي كُلِّ الظُروفِ أنْ يتحرَّى المصلحة التي تصبُّ في خانةِ الجاعل، فلو كانَ مِن المُفترض عليهِ أنْ يختار الفسخ لا يحق له امضاء العقد[٣]. وذلك لأنه امين، فعلى سبيل المِثال لو ازدادتْ القيمةُ السوقيَّة للشيء محل البيع فمِن المصلحةِ أنْ يُجيز العقد لا أنْ يفسخه لأنَّ في ذلك منفعة للعاقدِ الشارط[٤]. وفي اتجاهٍ آخر مِن الفقه تُرفَض مُراعاة مصلحة الجاعل لعدم وجود دليل على وجوبِ مُراعاتِها [٥]. ويبرُز اتجاهٌ ثالثٌ في نفسِ هذا الفقه يُفرَّق بَيْنَ ما إذا كانَ الأجنبي وكيلاً، وبَيْنَ ما إذا كانَ مُحكِّماً، فلو كانَ وكيلاً عَن الشارط فلا جِدال في ضرورةِ مُراعاة مصلحة الجاعل، بل مُراعاة الأصلح له، في حينِ لا يُلزَم بذلك إنْ كانَ محكماً، فيجبُّ على مَن ولَّاه أنْ يشترطَ عليهِ تحقيقها في الوقتِ الذي يجعلُ الجُعل لهُ في فسخ أو امضاء العقد[٦]. وعلى هذا الأساسُ، وانطلاقاً من معايير حُسن النية، والنزاهة التعاقديَّة– المبحوثَّة سلفاً– والحِكمة مِن تشريع الخيارات يُفضَّل مُراعاة المصلحة، بل في عدمِ مُراعاة المصلحة مخالفة حتى لأوليات الجعل، وتحميل للخيارِ أكثرُ مما يحتمِل[٧]. لذلك يجب عليه تحرِّي المصلحة في جميع الصور[٨].

---

(١) إذ يروْن أنه يضمن كل ما يقع بفعله سواء عن تفريط أو بغيره. يُنظر: الحلي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، ج٣، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٢) وهم يروْن كذلك عدم جواز الفسخ إلا بعد أخذ أمر المستأمر بالنسبة إلى شرط الاستيمار. يُنظر: اسد الله التستري، **مقابس الانوار ونفائس الاسرار**، بلا طبعة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، بلا زمان ومكان نشر، ص٢٤٦.

(٣) علي كاشف الغطاء، **شرح خيارات اللمعة**، من دون طبعة، دفتر انتشارات إسلامي، قم، ١٣٨١ هـ، ص٨١.

(٤) بنفس المعنى، يُنظر: كاظم الحسيني **الحائري، فقه العقود (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)**، ج٢، ط٣، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٤٢١هـ، ص٤٨٥. كما تجدر الإشارة أن لفظة الشارط أدق من لفظة العاقد، لأن الشارط قد يكون البائع أو المشتري أو كلاهما، واطلاق اللفظ قد يقود إلى عدم الدقة. يُنظر بصدد دعم هذا الرأي: ابو العباس احمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، **فتح الجواد بشرح الارشاد**، ج٢، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص٤٧.

(٥) روح الله الموسوي الخميني، **كتاب البيع، قسم الخيارات**، ج٤، من دون طبعة، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع، قم، ١٩٨٤. ص٢١٩. ابن القاسم الغزي، حاشية إبراهيم البيجوري، ج١، مصدر سابق، ص٦٦٧.

(٦) محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، **حاشية المكاسب**، ج٢، من دون طبعة، مؤسسة اسماعيليان، قم، ١٣٧٠ هـ، ص٢٥.

(٧) الخوئي، مصدر سابق، ص١٧٧. السيد البكري الدمياطي، **حاشية اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين قرة العين بمهمات الدين**، ج٣، من دون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٩، ص٣٥.

(٨) محمد جواد بن محمد العاملي، **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة**، ج١٠، من دون طبعة، مؤسسة فقه الشيعة، من دون مكان نشر، ١٩٩٦، ص١٠٤٧. وهناك مَنْ يرى من الشافعية أنه يحق له الفسخ أو الاجازة بلا مراعاة مصلحته بل

المَطلبُ الثانـيّ

القيودُ الوارِدَة على الفَسْخِ مِن الغيرِ

لا مُبالغة في القوْلِ أنَّ السُلطة المُطلقة الممنوحة للغير في الفسخ يمكن أنْ تؤدي إلى ما لا يُحمَد عُقباه، بل قد تقود إلى التعسُّفِ في استعمال حق الفسخ الممنوح للغير بِكُلِّ ما تتضمنُّهُ كلمة التعسُّف من معانٍ، لذلك ثمَّةَ قيودٍ يجب أنْ تحدَ مِنْ فُرص التعسُّف وتجعلَّ الخيارُ أكثر نجاعةً في تحقيقِ الغَرض المقصودِ مِنْهُ، سواءً أكانتْ تلك القيودُ قيوداً نظمَّها المُشرع بنصوصٍ قانونيَّةٍ صريحةٍ أي القيود التي يكونُّ مصدرُها القانون، وهو ما سيُبحَث في الفرعِ الأوَّل مِنْ هذا المطلبُ أم قيوداً تم التراضي عليْها بالإتفاقِ بيْن العاقِد الشارِط والغيرِ أيَّ القُيودُّ التي يكونُّ مصدرُها الاتفاقَ وهو ما سنتناولّهُ في الفرع الثاني من هذا المطلبُ.

الفرعُ الأوَّل

القيودُ القانونيَّة

نظَّم المُشرّعُ المدني أحكامَ خيار الشرط بنصوصٍ آمرةٍ لا يجوز الاتفاق على خلافها، ومِن أهمِ تلك القيود التي إرتأى المُشرّع المذكور تنظيمَها هي المُدَّة، والأرث. ونتناولهُما تِباعاً في فقرتين مُستقلتين.

أولاً: تقييد مُدَّة الخيار: يُجسِّدُّ عُنصرُ المدة في خيارِ الشرط نِطاق الخيار مِن حيثِ الزمان[١]، وهو عنصرٌ جوهري فيه، لهذا جعلَ القانونُ العراقيَ والأردنيَ[٢] هذا الخيارُ مؤقتاً ولمْ يُجزْ إطلاقَه على نحوٍ يُزعزِع إستقرار المعاملات، ويُنافي مُقتضى العقد، ويسلُب مِنْه صفةَ اللُزوم [٣].

حتى وإنْ كره الشارط. يُنظر: إبراهيم بن محمد الباجوري، **حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع في مذهب الامام الشافعي**، ج١، من دون طبعة، المطبعة الكاستلية، من دون مكان نشر، ١٨٦٤، ص٦٣٧.

(١) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصدر سابق، ص١٣٤.

(٢) وسارت على نهجه كل من المادة (٨٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (٧٠٠) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. كما تجدر الإشارة إلى النقص الذي يعتري موقف المشرعين العراقي والأردني وسنقدم لهما توصية بهذا الشأن.

(٣) ظفر أحمد العثماني التهانوي، **اعلاء السنن**، ج١٣، تحقيق: محمد العزاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢١٩.

ولا يُغايرُ موقفُ الفقه الإسلاميّ[١] موقفَ القانون الوضعي حيث حُددَّ نِطاق خيار الشرط الزمني بثلاثةِ إيامٍ بغيرِ مجاوزةٍ. ونفس الشيء يُقال بالنسبةِ لخيارِ التجربة في القانون.

أمَّا بالنسبةِ إلى خيار النقد، نجدُ أنَّ القوانينَ محل المقارنة لم تُنظمْ مصيرَ العقد فيما لو مَضتْ المُدَّة دون استعمال الخيار مِنْ قِبل الغير، ولكن عِنْدَ التمعُّن في الأحكام القانونيَّة نجدَّ أنَّ المُشرّعَ الفرنسيّ[٢] جعل مِن حق البائع طلب الفسخ فيما لو لمْ يُنقدْ الثمنُ من قبل المشتري وفي حُكمهِ الغير كذلك إنْ مُنِح ذلك الخيار، ونفسه المُشرِع المصريّ[٣]، والعراقيّ[٤]، أمَّا المُشرِع الأردنيّ[٥] فاعتبرَ العقد مفسوخاً حكماً إنْ كانَ المبيعُ ما يزال في يدِ البائع.

---

(١) للحنفية يُنظر: سيد حسين عبد الرحمن البنجاوي، **الخلاصة البهية في مذهب الحنفية**، تحقيق: د. ارحان جكر، محمد صالح بن أحمد الغرسي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٣٣. للمالكية، يُنظر: أبو الفضل بن موسى عياض اليحصبي، **التنبيهات المستنبطة على كتاب المدونة والمختلطة**، ج٣، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٢، ص٢٢٤. وللشافعية، يُنظر: احمد إبراهيم البنهاوي، **الجواهر النقية في فقه السادة الشافعية**، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٠، ص٢٢٠. وللحنابلة، يُنظر: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، **منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الامام احمد بن حنبل**، ج١، تخريج: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٩٤. وللامامية، يُنظر: نقلاً عن الفقه الزيدي: ابو إبراهيم محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام**، ج٣، تخريج: محمد عبد القادر أحمد عطا، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٦١. كما أنَّ هذا الفقه حدد هذه المدة بثلاث أيام فقط. يُنظر: للحنفية، يُنظر: معين الدين محمد بن عبد الله الهروي، **شرح منلا مسكين على كنز الدقائق في فروع الحنفية**، ج١و٢، تحقيق: محمود عمر الدمياطي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٦. وللمالكية في رأي ذلك أن الخيار عندهم من حيث الأصل يتبع المصلحة والحاجة كما سنرى، يُنظر: ابو الطيب مولود السريري السوسي، **شرح مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٠٧. وللشافعية، يُنظر: ابو بكر محمد بن علي بن إسماعيل الشاشي، **محاسن الشريعة في فروع الشافعية**، اعتنى به: أبو عبد الله محمد علي سمك، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٤٢٣. وللحنابلة، يُنظر: عبد الخالق بن عيسى العباسي الهاشمي، **مصدر سابق**، ص٤٤٣. وينقل عن الامامية ذلك، يُنظر: محمد بن عبد الله بن أبو بكر الصديق الريمي، **المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة**، ج١، تحقيق: سيد محمد مهنى، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ص٤٣٦.

(٢) تُنظر المادة (١٦٥٤) من التقنين المدني الفرنسي.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن المادة (٤٦١) من القانون المدني المصري لا مقابل لها في القانون العراقي.

(٤) تنظر المادة (٥٨٢) من القانون المدني العراقي.

(٥) تنظر المادة (٥٢٩) من القانون المدني الأردني.

وأمَّا بالنسبة إلى خيار التعيين، فكما إنَّ القوانين محل المقارنة ذهبتْ إلى ضرورةِ تحديد المُدَّة التي يجبُّ مُمارسة الخيار خلالها[١]، فإنَّ الأثرَ فيما لو امتنعَ الأجنبي عن التعيين لم يُنظَم تشريعياً. وبالإفادةِ من النُصوص المطروحة[٢] يُمكن أنْ نقترحَ انتقال الخيار إلى الشارِط ليستعملهِ هو فيما لو لمْ يُستخدَمْ مِنْ قِبل الغير في المُدَّة المُحددة، ولكن يجب أنْ يُستخدمَ مِنْ قِبل الشارط خلال مُدَّة معقولةٍ وإلَّا نُقِل الخيارُ إلى العاقد الآخر، مع إمكانيَّة فرض الرِقابة القضائيَّة عِنْدَ طلبها، وبِصدد مُدَّة الخيار نستعرِضُ المسائل المبينة أدناه:

١ – **مَدى جوازيَّة إطالة المدة[٣] أو تقصيرها:** وهنا بدت اختلافاتٌ فقهيَّة واضحةٌ، فعلى سبيل المثال نرى

---

(١) تنظر المادة (١٣٠٧) مدني فرنسي، والمادة (٢٧٥) مدني مصري، (١/٢٩٩) مدني عراقي، والمادة (١٨٩) و(٤٠٧) مدني اردني.

(٢) إذا لم يستخدم الخيار في مدة معقولة أو في مدته المحددة فإن الأثر هو تمكينُ الطرفُ الآخر بعد الاعذار أنْ يُمارس الخيار أو يفسخ العقد. تنظر المادة (١/١٣٠٧) مدني فرنسي. أما في القانون المصري فلو كان الخيار للمدين الواحد أو المتعددين ولم يتفقوا فيما بينهم يجوز هنا للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل معين يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينين وإلا فيجوز للقاضي أن يعين محل الالتزام بنفسه، ونفس الشيء بالنسبة للدائن أو الدائنين غير المتفقين فيما لو كان الخيار له أو لهم ولكن بعد انقضاء الأجل ينتقل الخيار للمدين في القانون المصري. تُنظر: تنظر المادة (٢٧٦) مدني مصري. كما تجدر الإشارة إلى أن القانون المصري لم يتطرق إلى مدة الخيار أصلا. ويتشظى موقف القانون العراقي إلى قسمين، فأمَّا الأول لو كان الخيار للمدين وامتنع عن التعيين فيكون للدائن الحق في اللجوء إلى المحكمة لتعيين المحل، ولو كان الخيار للدائن وامتنع عن التعيين فيكون من حق المدين الاختيار من بين المحال المتاحة، ولكن القانون أغفل الحكم فيما لو امتنع الأجنبي عن التعيين، وهنا نقترح أن يعود الخيار إلى الشارط. تنظر المادة (٢/٢٩٩) مدني عراقي. وفيما لو لم تحدد مدة للخيار من قبل المتعاقدين –والذي يجب عليهم تعيين المدة– أو إذا انقضت مدة الخيار من دون استعمال الخيار يجوز هنا للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة تحديد المدة للخيار أو التصرف حسبما أورده النص الأردني. ويبدو موقف المشرع الأردني غريباً، ذلك أنه في الفقرة الأولى من المادة (٤٠٨) مدني قد أوجب تعيين مدة الخيار وإذا بالفقرة الثانية من نفس المادة يجيز أن تكون مدة الخيار غير محددة!

(٣) اختلف الفقه الإسلامي في تاريخ ابتداء مدة خيار الشرط والنقد فذهب الشافعية إلى ابتداء مدة خيار الشرط والنقد بعد انتهاء مدة خيار المجلس. يُنظر: ابو عبد الله محمد بن محمد بن زنكي الاسفراييني الشافعي الصدر الشعيبي، **ينابيع الاحكام في معرفة الحلال والحرام**، ج٢، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص١٣٩. ووافقهم الحنابلة. يُنظر: منصور بن يونس البهوتي، **الروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٢٠٣. وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية إلى ابتداء المدة من لحظة انبرام العقد. يُنظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، **تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق**، ج٨، مصدر سابق، ص٣١. ابو زكريا محيي الدين شرف

إجازة الفقهُ المالكيّ[١]، والاماميّ[٢] إطالة أو تقصير المُدَّة متى ما دعتْ الحاجةُ والمصلحةُ إلى ذلك هذا الأمرُ عكس ما هو متفقٌ عليه لدى المذهب الحنفيّ،[٣] والشافعيّ [٤]، إذ لم يُسوغوا تعديل المُدَّة عن ثلاثةِ أيام إلا بدليلٍ شرعي[٥].

وأنَّ الفقه الشافعي في اتجاهٍ له[٦] أجاز تجديدَ مُدَّة الخيار إنْ كانَ الأجنبي الممنوح الخيار لمْ يتمكَّنْ خلال المدة من إعمال الخيار بسبب قصرُها مثلاً، ولكن يجب أنْ يتمَّ التجديدُ في مُدَّةِ الخيار الأولى.

النووي الشافعي، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص١٨٣. سراج الدين ابو حفص عمر بن علي بن أحمد الانصاري الشافعي المعروف بابن الملقن، **نواظر النظائر في قواعد الفقه**،ج١، تحقيق: السيد يوسف أحمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٥٦٠. محمد يوسف موسى، **فقه الكتاب والسنة البيوع والمعاملات المالية المعاصرة**، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٥٤، ص١٤. وسكت القانون عن تعيين تاريخ ابتداء مدة خيار الشرط والتجربة والتعيين ماعدا خيار النقد حيث تبدأ المدة من تاريخ التسليم ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك. يُنظر: تنظر المادة (١/٤٥٤) مدني مصري، والمادة (٢/٥٧٤) مدني عراقي. والمادة (٤٨٤) مدني اردني. ولا يوجد موقف للقانون الفرنسي بهذا الشأن. ولكن القانون المذكور بيَّن أن المقصود بدفع الثمن في البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية هو شرط وليس أجل. يُنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى**، ط١، مطبوعات الجامعة، الكويت، ١٩٨٤، ص٢٨٨. د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، **فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٥٩ الهامش رقم (٢)/ ط٢٠١٨.

(١) عبد الغني الغنيمي الحنفي، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق: محمد العزازي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٢٠. ويرى الامام مالك أن المدة لا يجوز أن تزيد عن (٢٠) يوماً بالنسبة إلى خيار النقد. يُنظر: أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج٢، مصدر سابق، ص٧٧٢. أحمد بن حنبل الشوكاني، **التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح**، ج١، تحقيق: ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، من دون طبعة، المكتبة المكية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٧، ص٦١٠.

(٢) محمد تقي الخوئي، مصدر سابق، ص٢١١.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، **قانون عقد البيع في القانون المدني**، من دون طبعة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٤، ص٣٨. زكي الدين شعبان، **أصول الفقه الإسلامي**، ط٢، دار الكتب، بيروت، ١٩٧١، ص١٤٣.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، مصدر سابق، ص١١١.

(٥) عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، **عيون المجالس في اختصار كتاب عيون الأدلة لابن القصار**، ج١، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٠، ص١٤٦.

(٦) ابو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، **بحر المذهب في فروع الفقه الشافعي**، ج٤، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩، ص٣٩١.

٢- **مدى جوازيَّة إشتراط الخيار بعد إبرام العقد:** لم تتضمَّن القوانين محل المقارنة نصاً يُبيَّن حكم هذه الحالة ولجميع الخيارات، ولكن هناك مَنْ يرى بالفقهَ القانونيّ[١] بصددِ خيار الشرط أجاز ذلك.

وفي الفقه الإسلامي احتدمَ الجَدلُ حيث يرى الحنفيَّة[٢]، والمالكيَّة[٣] في اتجاهٍ لهم والإماميَّة[٤] جوازيَّة ذلك، بينما ذهبَ الشافعيَّة[٥] والحنابِلة[٦] إلى النفي، ولا نؤيد الاتجاه المُجيز، لأنَّ هذا الأمرُ لا يُعدّ مِنْ قبيل الخيار بالمعنى الفني بل هو إقالةٌ ضمنية، لأنَّ أهم خاصيَّة للخيار هي إقترانه بالعقد [٧].

٣- **مدى إمكانيـة وقْـف أو انقِطـاع مـدة الخيـار:** اعتبرَ القانونُ المدنيّ العراقيّ والأردنـيّ –كما رأينـا– بالنسبةِ لخيارِ الشرط أنَّ مُضي المُدَّة دون فسخ تؤدي إلى (لُزوم) البيع وهذا يوحي إلى أنَّ هذه المُدَّةُ هي مُدَّةُ سقوط لا تقادُم[٨]. بمعنى أنَّها لا تتعرض للوقفِ والانقطاع. أما بالنسبةِ إلى خيار التجربة فإنَّ السُكوتَ مع التمكُّن مِن التجربة يؤدي إلى صيرورة البيع نهائياً[٩]. وبالنسبة لخيارِ النقد فإنَّ عدمَ دفع الثمن يقود إلى الفسخِ كما رأينا.

وفي الفقه الإسلاميّ نجدُ وقد تقدَّم القوْل في ذلك أنَّ الحنفيَّة والشافعيَّة والحنابِلة والإماميَّة قد جعلوا هذهِ المُدَّةُ مُدَّة سقوط لا تقادم وذلك مِن خِلال حصرها بثلاثِ أيامٍ على النحو الذي سبق بيانه،

---

(١) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: نظريات السبب ونظريات البطلان، مصدر سابق، ص٢٠١.

(٢) قوام الدين محمد بن محمد الكاكي الحنفي، **جامع الاسرار في شرح المنار**، تحقيق: سليم محمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١، ص١٩٥.

(٣) اليحصبي، مصدر سابق، ص٢٢٦. ونفس الشيء بالنسبة إلى خيار التعيين. يُنظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج١٤، مصدر سابق، ص٥١٥.

(٤) الخوئي، مصدر سابق، ص٢٢٣.

(٥) محيي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، ج١٠، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص٢١٦.

(٦) اليحصبي، مصدر سابق، ص٢٢٦.

(٧) شفيق أيوب، مصدر سابق، ص١٢.

(٨) نصت المادة (٣٠٥) من مجلة الاحكام العدلية على أنه:" إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم، سواء كان عالماً بانقضاء المدة أو جاهلا أو غافلا وسواء تركه لعذر أو لغير عذر، حتى لو جن أو اغمي عليه وأفاق بعد المدة لم يكن له الفسخ لأنه حق مقيد يزول بزوال موضوعه". وهذا دليل على أن المدة مدة سقوط لا تقادم.

(٩) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، **العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الايجار (دراسة** مقارنة)، من دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٣٩.

ويخرُج عن هذا الإجماعُ المالكيَّة الذين ربطوا تقدير المدة بالحاجةِ إلى التروِّي واختبار المبيع فلا بأس عندهم من زيادة المُدة عن ثلاثة أيام وإن دعتْ الحاجةُ كذلك إلى وقفها لحدوث طوارئ أيضاً جائز عندهم من بابٍ أولى.

ثانياً: تقييدُ وراثة الخيار: لم يُبِح القانونُ العراقيّ ونظيرهُ الأردنيّ توريث خيار الشرط على خلاف خيار التعيين مع سكوتهما عن توريث خيار النقد والذي يُعَدُّ تطبيقاً من تطبيقات الخيار الأوَّل. ولكن الذي يُقلّب صفحات الفقه الإسلاميّ يجدّ ثمَّة أحوالٍ يقفز بها الخيار مِن المُخيَّر إلى غيره، لذلك فإنَّ تأصيلَ هذه الفكرةُ لا يعود إلى نص قانوني، وإنَّما تؤطُّره مذاهبُ الفقه الإسلاميّ، ومن أجل التعرَّف عليها سنوَّزع الحديث إلى الفقرات أدناه:

١ – انتقالُ الخيار إلى ورثةِ الغير المشروط لهُ الخيار مُسبقاً: في الفقهِ الشافعيّ إذا كانَ الخيارُ لإجنبي ومات، انتقلَ الخيار لوارثِ هذا الأجنبي وللعاقدِ الشارط في الوقت نفسهِ، ولو شُرط الوكيل بالشراءِ أو بالبيعِ الخيار لنفسهِ فمات، فإنَّ الخيارَ لا ينتقل إلى مورثهِ بل إلى موكلهِ فحسب[١]. ويرى الشافعيَّة[٢] أنَّ اختلاف الورثة في استعمال الخيار بالفسخِ وبالإجازة يعني أنْ القولَ المُعتبر هو القائلُ بالفسخِ دون الإجازة، لأنَّ تجزئةَ الفسخ لا يجوز لما فيه من الإضرار بالعاقد، كما لو أجازَ الوارثُ في بعضٍ وفسخ في بعضٍ إذ يغلب الفسخ على الكُلِّ. ونحنُ نسأل هنا ايضاً هل يُشترَط اعلان وارث الأجنبي قَبْوله بانتقالِ الخيار إليه؟ وما هو الأثرُ المُترتّب على جُحودهِ بِمكنة الخيار؟

لمْ يتضَّحْ لنَّا جوابٌ لدى الفقه الشافعي، ولكننا نرى أنَّ الخيار لهُ سقف زمني مُحدد لا يجوز تجاهله، وإلَّا صار العقدُ المقترن بخيار الشرط مُلزماً. كما أنَّ اتفاق الأطراف على تعطيل فكرة الاستخلاف قد يكونَ قيداً على توريث الخيار، والظاهر أنَّ الفقه الشافعي لم يقفْ عند هذهِ الفكرة. أمَّا الفقه الإماميّ فلم

---

(١)د. محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٣، مصدر سابق، ص٨٢. كما تجدر الإشارة إلى أن الشافعية أجازوا توريث الخيار مطلقاً. يُنظر: عبد السلام بن سعيد سحنون، **المدونة الكبرى**، مجلد٤، ج٩، من دون طبعة، دار صادر، بيروت، ١٩٠٥، ص١٨١. وذلك لأن الخيار عندهم حق يدخل التركة وينتقل إلى الخلف فهو وإن لم يُعد حقاً شخصياً إلَّا أنَّهم الحقوه بالحقوق المالية وذلك لأنه خادم للمال أو تابع له وعلى هذا الأساس أدخلوه في معنى التركة. يُنظر: د. عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ج١١، ط١، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٩٩٣، ص١٩٩وما بعدها.

(٢) النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٣٢.

يُجزْ انتقال هذا الخيارُ إلى ورثة الأجنبي لإنصرافِ أدلة الميراث عن مثلهِ، وإنَّما أثره راجع إلى الأجنبي فحسب[١]. فهذا الخيارُ هو ليس نصيباً يؤثّر في التركة بل مُجرَّد حق الحل لعقدِ الغير، ثم أنَّ هذهِ المكنةُ الممنوحة للأجنبي مُنحت له لأنَّه – مثلاً– ذو خبرةٍ وبصيرةٍ في أمر العقد، وهذهِ الحيثيةُ تقييديَّة لا تعليليَّة[٢]. أما الحنفيَّة[٣] والحنابلة[٤] ذهبوا إلى أنَّ موْتَ الغير الممنوح الخيار يؤدِّي إلى سُقوط الخيار ولا ينتقل لا إلى ورثة الغير ولا إلى الشارط. أمَّا لو شُرِط للغير والمتعاقد فإنَّ وفاة أحدهما لا تؤثر على بقاء خيار الآخر إذ يبقى خيارُه قائماً. أمَّا بالنسبةِ لخيار التجربة كتطبيقٍ من تطبيقات خيار الشرط، فهل مِن المقبول انتقال الخيار إلى ورثة الغير الممنوح خيار الفسخ أو الإجازة بَعدَ تجرِبة المبيع؟ فعلى صعيد القانون المدني لمْ تتطرَّق القوانين محل المقارنة في فرنسا ومِصر والعراق والأُردن إلى هذه المسألة [٥]،

---

(١) ويعللون ذلك بأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم :" ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه"، لا يصدق عليه لأنه لم يترك لورثته ما ينتفعون منه كما لا تنطبق عليه – أي الأجنبي– الآية الكريمة (للرجالِ نصيبٌ مما ترك الوالدان والأقربون) (سورة النساء، الآية: (٧)). يُنظر: الخميني، البيع، ج٤، مصدر سابق، ص٢١٨.

(٢) الخميني، البيع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٧٤ وما بعدها. كما تجدر الإشارة إلى أن هناك من يرى في الفقه الامامي توريث الخيار مطلقاً بكافة أنواعه. يُنظر: محمد علي الاراكي، **الخيارات**، ط١، مهز، ايران، ١٤١٤هـ، ص٥٣٩. بل وحتى قالوا بتوريث خيار المجلس، فهناك اتجاه لديهم يرى أن "خيار المجلس ثابت للمتبايعين بلا قيد، فلهما نقله، وبتفرقهما يسقط حق المنقول إليه لتحقق غايته". ينظر: محمد السجادي الاصفهاني، **دراسات في البيع**، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٤هـ، ص٣٦٣. وهذا يخرج عن نطاق بحثنا لأنه لا يثبت ابتداء وإنما ينقل في لحظة انعقاد المجلس ويسقط بالتفرق.

(٣) السرخسي، المبسوط في الفقه الحنفي، ج٧، مصدر سابق، ص٥٣. عبد العزيز شرف الدين، **نظرية العقد**، من دون طبعة، شرف الدين للتجارة، من دون مكان نشر، ١٩٨٨، ص١٧١. ابو يعقوب يوسف بن علي الجرجاني الحنفي، **خزانة الأكمل في فروع الفقه الحنفي**، ج٢، تحقيق: أحمد خليل إبراهيم، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص٤٥٠.

(٤) المرداوي السعدي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٤، مصدر سابق، ص٣٥٨. ما عدا حالة أن يطلب الفسخ قبل الموت. يُنظر: العلفي، مصدر سابق، ص٢٨٨ هامش رقم (٨٦).

(٥) ولكن بالقياس على أحكام خيار الشرط في المادة (٥١٣) مدني عراقي و (١٨٣) مدني اردني يمكن القول بسقوط الاجل الممنوح بموجب الخيار، فلو مات الأجنبي المشروط له الخيار سقط الخيار بموته. وأما القانون الفرنسي فعند العودة للمادة (٣/١٣٠٥) المعدلة منه والتي نصت :" إن الاجل مشروط لصالح المدين.."، وهو هنا المشتري وعليه، يسقط الخيار بموته". أمَّا إنْ كان الخيار مشروط لأجنبي فنرى أنَّه بالإمكان انتقال الخيار إلى وارث الأجنبي بدليل نص المادة (٧٢٠) تقنين مدني فرنسي والتي نصها:" تنتقل إلى الورثة المحددون قانوناً حكماً كل الأموال والحقوق والدعاوى المتعلقة بمورثهم والموصى لهم بكل التركة تنتقل إليهم هذه التركة .."، وظاهر النص مطلق ينقل الحق والمال على حدٍ سواء – إذا ما علمنا

وفي الفقه القانوني تشظَّتْ الآراءُ[١]، ونحنُ نؤيّد الرأي الذي يُميَّز بيْن غرض التجربة، فلو كانَ الغرضُ هو التأكُّدُ مِن مدى ملائمة المبيع لذوق المشتري فلا مجال للقولِ بالتوريث، وإلَّا إي لو كانَ الغرضُ مِن التجربة هو التأكُّدُ من صلاحية المبيع للغرضِ المرجو منه فلا معنى لعدم توريثه[٢].

وكذلك الحال بالنسبةِ إلى خيار النقد، إذ يُعوِّل فقهاء الحنفيَّة [٣] والحنابلة [٤] على فكرةِ الإعتبار الشخصي في الغير، فموْت الغير لا يؤدي إلى انتقال الخيار بل يؤدي إلى سقوطهِ، ويناهضهم في رأييهم اتجاه في مؤلفات كتب مذهب الشافعيَّة [٥] وكذلك اتجاه في فقه المالكيَّة [٦] والإماميَّة [٧] فهؤلاء لا يكترِثون بعُنصر الاعتبار الشخصي ويُقرون بانتقال الخيار إلى وارثِ العاقد، ولم يبينوا مسألة انتقاله إلى وارث الغير، وبالقياس على خيار الشرط نجدُ أنَّ الحنفيَّة والحنابلة يرفضون الانتقال، عكس الشافعيَّة والإماميَّة الذين يُجوِّزونه.

سابقاً– أن الخلف العام امتداد لشخصيته سلفه. يُنظر: حيدر علي مزهر النصر الله، انتقال الحق في التعويض عن الضرر إلى الخلف العام (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠١٦، ص٣١.

(١) ذهب اتجاه أول إلى أن التجربة ليست مسألة شخصية بل في مقدور الوارث إجراء التجربة بدلاً عن المورث، بمعنى أنَّ معيار التجربة ليس معياراً شخصياً لصيقاً بشخص السلف. يُنظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، ج٢، مصدر سابق، ص٢٤٣. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص٦٣. في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى عكس الاتجاه الأوَّل إذ يُعد التجربة محض إرادة ومشيئة لا يمكن انتقالها إلى الخلف، مما يقود إلى بُطلان التصرف. يُنظر: وبنفس المعنى: يوسف آصاف، **شرح القانون المدني المصري**، من دون طبعة، المطبعة العمومية بمصر، مصر، ١٨٩١، ص١٧٠. د. إبراهيم عنتر فتحي الحياني، **الحكم القانوني لوفاة المشتري أو فقد أهليته في فترة تجربة المبيع**، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، العدد (٢٣)، ٢٠١٧، ص٦٥.

(٢) مريم طالب سعدون، **الخلافة العامة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة ذي قار/ كلية القانون، ٢٠٢٠، ص٦٦.

(٣) الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق (طبعة دار المعرفة)، ص٣٥.

(٤) السيد سابق، فقه السنة، ج٣، من دون طبعة، العبيكان، السعودية، ٢٠١٠، ص١٢١.

(٥) نقلاً عن: المرغيناني، الذخيرة البرهانية، ج١٠، مصدر سابق، ص١٠٢.

(٦) مالك بن انس الاصبحي، **المدونة الكبرى مع مقدمات ابن رشد**، ج٣، تخريج: زكريا عميرات، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٢٠٨.

(٧) محمد الصدر، **منهج الصالحين**، ج٣، من دون طبعة، دار ومكتبة البصائر، بيروت، ٢٠١١، ص٦٥.

٢ – أحوالٌ خاصةٌ لانتقالِ الخيار إلى الغير مِنْ دون اشتراط مسبق: قد يكون الغيرُ ممنوحاً مكنة الفسخ أو الإجازة مباشرةً مِن الإشتراط من أحدِ المتعاقدين أو كليهما، ولكن قد ينتقلَ الخيار إلى الغير بسببٍ مُعيَّن أدَّى إلى تمكينهِ من فسخ أو إجازة عقد هو ليس بطرفٍ فيه، وكما يلي:

أ – انتقالُ الخيار إلى الدائنين: لم تتطرَّق القوانين المدنيَّة في العراق والأردن إلى حُكم هذه الحالةُ، ولكن الفقه المالكي تطرَّق لها حيث اجاز انتقال الخيار الذي توفَّى صاحبه المفلس – سواءُ أكان بائعاً أم مشترياً– قبل أنْ يختار الفسخ أم الإجازة إلى الدائنين بشرط عدم انتهاء مدة الخيار ويُعرَف عندهم باسم (انتقال الخيار إلى غريم المفلس)، وذلك إنْ كان دين الدائنين مُستغرِقاً للتركةِ، وإنْ كان العكس، لا ينتقل الخيار إلَّا إلى الورثةِ الذين يحلون محل متوفاهم في كل ما ترك بما في ذلك الخيار[١].

وإنْ تحقق العجز عن سِداد الدين بعد المُطالبة بهِ من قبل الدائنين الذي يؤدي إلى وقوع الإفلاس ولا يُشترَط صدور حكم الإفلاس من القضاء، وعلى هذا الأساس لو فسخوا العقد لأنَّه لا يُحقق مصلحتهم فإنَّ ذلك يدعونا إلى التسليم بأنَّ استعمال الخيار بالفسخِ هو فسخٌ من الغير. ولا كلام للوارثِ بعد ذلك إلَّا إذا أدى ديونهم فلهُ أن يأخذ السلعة[٢].

ب – انتقالُ الخيار إلى الأصيل: لو تمَّ إشتراط الخيار مِن قبل الوكيل فمات لا ينتقل الخيار إلى وارثهِ، بل ينتقل إلى الأصيلِ وإنْ كانَ الاشتراطُ مِن الوكيلِ لا يستتبع ثبوته للموكلِ، إلى هذا الرأي ذهبَ الشافعيَّةُ[٣].

وأمَّا الاماميَّة فيَروْن أنْ الوكيلَ أو الولي لو أبرمَ العقد فمات المالك فانتقال الخيار للوارث فيه اشكال ولأجلِ حلحلته يجب تراضي الاصيلين على الفسخ من عدمهِ، هذا إذا كانَ المباشران غير مُفترقين، وعند افتراقِهما فلا خيار قطعاً[٤]. ولكن ما هو الحكمُ لو انتقل الخيار للأصيل وكان غائباً أو مفقوداً؟ فصَّل

---

(١) ابو عبد الله محمد الخرشي، **شرح أبي عبد الله محمد الخرشي على المختصر الجليل لأبي الضياء سيدي خليل**، ج٤، ط١، المطبعة الشرقية، مصر، ١٨٩٨، ص٢٨.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، مصدر سابق، ص١٠١.

(٣) النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٣٣.

(٤) محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، **منهاج الصالحين، المعاملات، القسم الأول، فتاوى**، ط٨، دار الهلال، قم، ٢٠١٢، ص٦٣.

الشافعيَّة في إجابةِ هذا السؤال وخالص قولهم هو أنَّ العقدَ يصبح لازماً بفراغِ المدة، ولكن إنْ وصلهِ الخبر قبل مُضيَّها لهُ ما بقي منها، فإنْ لم يُطيلها عن ثلاثةِ أيام، لزُمَ العقد[١].

ج- انتقالُ الخيار إلى النائبِ: فلو نقصتْ أهليةُ مَن له الخيار لعارضٍ معين لانتقلَ خيار التعيين الذي سلَّمَ المُشرّع بتوريثهِ كما تقدَّم إلى النائبِ القانوني كالولي، أو حتى القيم المعيَّن بموجب حكم قضائي كما لو أفلس وعُيَّن لهُ قيماً أو أمين التفليسة وهلم جراً مِن هذه الفرضيات.

الفرعُ الثاني

القُيودُ الاتفاقيَّة

قد يتفقّ أطرافُ العقدّ على جملةٍ مِن القيودِ التي يجبُّ أنْ تتوافرَ في الغيرِ الممنوح خيار الفسخ ومِن أجل التعرُّف عليها، سنُقسِّم هذا الفرعُ إلى نقطتين نتناولُ في الأولى عُنصر الإعتبار الشخصي، وفي الثانية عنصرُ الرجوع إلى الشارط قبل الفسخ

أولاً: عنصر الإعتبار الشخصي[٢]: إنَّ عنصرَ الاعتبار الشخصي لا يحتكره العقد المدني فحسب بل هو معروفٌ في مجال العقود الإدارية[٣] والتجارية[٤]، ولم يُقدَّر للفقه الاتفاق على تعريفه، لذلك ظهرتْ نظرياتٌ عديدةٌ بصدد تعريفه[٥]. والتعريف الذي نضعهُ للإعتبار الشخصي هو: **الصفة الجوهرية التي يشترطها**

---

(١) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، مصدر سابق، ص٣١٤.

(٢) لم نجد تعريفاً له في نصوص القانون، غير أنَّه أورد تطبيقات له، منها مثلاً المادة (٩٤٦) مدني عراقي، والمادة (٧١٤) من مدني مصري، والمادة (٨٦١ف٣) مدني اردني، والمادة (٢٠٠٣) من التقنين المدني الفرنسي.

(٣) د. عبد الفتاح حسين، **دروس في القانون الإداري**، من دون طبعة، معهد الإدارة العامة ، مصر، ١٩٧٤، ص٢٨٩. وكذلك:

Jeze**, contrats adminstrartifs**, Tom ٢, paris, ١٩٣٢, p. ٢١٤.

(٤) د. رائد خليل القره غولي، **عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤، ص١٤٧.

(٥) منهم ما ربط الاعتبار بموضوع العقد حيث عُرف بأنه:" يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط خاص بمبنى العقد". يُنظر: د. مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج١، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص٤٨٤. وأُنتُقِدَ هذا التعريف لأنه يعطي عنصر الاعتبار بعداً موضوعياً مادياً ويهمل الجانب الشخصي القائم على مراعاة شخصية المتعاقدين أحدهما أو كلاهما. يُنظر: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **التكييف القانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد**، بحث منشور في مجلة معهد العلمين، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠٢١، ص١٨. وفي الفقه الفرنسي:

أحد المتعاقدين أو كلاهما في الغيرِ الممنوح مكنة فسخ العقد أو امضاءه خلال مدة معينة. ويترتَّب على هذا التعريفُ النتائج الآتية:

١ – عدم جواز تنازُل الغير عن مكنتـهِ إلـى غيرهِ: على الرغم مِن بُعد آثار العقد عن الغير عنه إلَّا إنَّ المتعاقدين أو أحدهما قد يعتد بشخصِ الغير أو بصفةٍ من صفاته فيكون كل ذلك محل اعتبار عنده لا يجوز مخالفته [١]، والأمثلة على ذلك كثيرة منها عقد الكفالة[٢]، وعقد النظارة[٣]. ولذلك نرى أنَّ الأصلَ في

Franz Werro, Le droit des contrats: Jurisprudence fédérale choisie et annotée, ٢edition, stamplfli edition, SA Berne, ٢٠١٩, p. ٣٨١.

ومنهم مَنْ عده باعثاً للتعاقد حيث عُرف بأنه:" اعتبار الشخص الذي تم التعاقد معه والذي دفع رضا العاقد أو العاقدين الآخرين، أي أن الاعتداد بشخص أحد العاقدين يكون باعثاً دافعاً لرضا الأطراف بالعقد". يُنظر: د. سمير إسماعيل، **الاعتبار الشخصي في التعاقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥، ص١٥. وانتقد هذا التعريف لأن عنصر الاعتبار الشخصي لا يفترض المشرع وجوده في العقد كما في السبب بل أنَّ الأصل عدمه. يُنظر: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، التكييف القانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد، المصدر نفسه، ص٢٠. كما أن سبب الالتزام هو الغاية الموضوعية المباشرة المبتغاة من التعاقد في حين أن سبب العقد هو الباعث الدافع للتعاقد، وهما لا يتفقان مع مضمون فكرة الاعتبار الشخصي. وبنفس المعنى ينظر: ليون ديجي، **التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون**، تحليل: د. سمير تناغو، ترجمة: ضياء الدين عارف، ط٢، دار نهوض للدراسات والنشر، مصر، ٢٠١٨، ص١٨٤. ومنهم مَنْ عده شرطاً وينتقد هذا الاتجاه لأن الشرط يؤدي إلى جعل العقد غير نافذ في حين أن العقد القائم على الاعتبار الشخصي يكون نافذ وقائم والاعتبار مؤكد وقائم منذ البداية. يُنظر: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، التكييف القانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد، مصدر سابق، ص٢٤. ومنهم مَن قال أنَّهُ عنصراً جوهرياً في العقد حيث عرف بأنه: "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً في التعاقد". يُنظر: د. جلال علي عدوي، **أصول المعاملات**، من دون طبعة، المركز المصري الحديث للطباعة والنشر، مصر، ١٩٦٦، ص٤٤–٤٨.

(١) مشعل مهدي جوهر حياة، **مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقاً للقانون الكويتي والقوانين المقارنة)**، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، المجلد (٣٣)، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص٤٣.

(٢) حيث يراعي الكفيل صفات المدين التي تكون محل اعتبار عنده. يُنظر للمزيد: د. منصور مصطفى منصور، **عقد الكفالة**، بلا طبعة، المكتبة العالمية، مصر، ١٩٦٠. د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة**، مج٣، ط٣، نقابة المحامين، مصر، ١٩٩٣.

(٣) وهو عقد يبرم بين المتفرج وإدارة المسرح على النظر للفنانين والمطربين وغيرهم، ممن هم ليسوا أطرافا في العقد المبرم بين المتفرج وإدارة المسرح. وللمزيد عنه يُنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، **القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية/ معهد الدراسات العالية، مصر، ١٩٥٨، ص٢٨.

الغير أنَّ شخصيتَه ليست محل اعتبار[١] مالمْ يتمْ الاتفاق على خلافه لأنَّ عُنصرَ الإعتبار الشخصي الذي يتمتعُّ بهِ الغير بموجبِ اتفاق الأطراف لا يُعَدُّ مِن الأُمور التي تُعدُّ مِن قبيلِ مِن النظام العام[٢]، ونتناولهما في فقرتين:

أ – الإرادةُ التعاقديَّـة: تقتضي الإرادةُ أنَّ كل مَنْ كانَ محل اعتبار في نظرِ المتعاقد يجب ألَّا يُفوَّض الصلاحية الممنوحة لهُ إلى غيره، ومصاديق ذلك نراها في شركات الأشخاص التي تقومُّ على أساسٍ عائليّ بعكس شركات الأموال التي لا تُعدّ كذلك [٣].

ولكن هذا الأصلُ مِن الممكن أنْ تردَ عليهِ استثناءات منها: حالة عدم اختلال الثقة إنْ مورستْ المكنةُ من الغير عمَّن أُشترِطت له: فلو رخَّص الغير لغيره في استعمال هذهِ المكنةُ كما لو شركة من الباطن وأخطر العاقد الشارط بذلك، فلا ضرر طالما كانت ممارسته للمكنة في ضوء بديهيات المهنة إنْ كان الغير مهنياً محترفاً مثلاً[٤].

وحالة تصريح الغير باللُّجوء إلى مَنْ يحتاجه لإعمال المكنة المفوَّضة إليه: كما لو كانَ هذا الغيرُ شركة لها فروع في أكثرِ مِن محافظة ذلك أنَّ استعمال المكنة سيحصل من شخصٍ أهلٍ ومختصٍ في شأن محل العقد في كُلِ الاحوال، لذلك على العاقد الشارط الانتظار لحين استعمال المكنة من أحد أعضاء هذا الشخص المعنوي دون تحديد فرع معين[٥].

---

(١) ونعزز رأينا بالعديد من المصاديق التشريعية والقضائية مثل طعن محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٩٣/١/١٣ رقم ٣١٨ لسنة ٦٧ ق. مشار إليه في: د. أحمد إبراهيم عطية، **مجموعة التشريعات المصرية، القانون المدني**، ط١، من دون ناشر، مصر، ٢٠١١، ص١٣٢. أحمد بن علي بن محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص١١٧. والمادة (٧٨) مرافعات مصري التي اجازت للمحامي إنابة غيره من المحامين، والمادة (٥٦) محاماة مصري بنفس معنى المادة السابقة.

(٢) شامل هادي نجم العزاوي، **التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٦، ص١٦٦، ص١١٣.

(٣) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط٥، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١ص١٦.

(٤) ونصوص القانون تساعدنا في ذلك. فمثلاً المادة (٧٠٨) مدني مصري التي اجازت للوكيل أن ينيب غيره في تنفيذ الوكالة بترخيص منه. وتقابلها المادة (٩٣٩) مدني عراقي، والمادة (٨٤٣). ولم يرد النص عليه في القانون الفرنسي.

(٥) بنفس المعنى: د. علي حسن يونس، **عقد النقل**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٥، ص٣٧٢.

ب – الغايةُ التعاقديَّة: قد لا يكون الغيرُ محل اعتبار في العقدِ في نظرِ أطرافِ العقد، بل يكون كذلك وفقاً للظروفِ التي أُبرمَ فيها العقدُ ووفقاً لما يقتضيه تنفيذ العقود مِن مبادئ حُسن النية[١]. وبالتالي لا يحق للغيرِ التنازل عن المكنة الممنوحة لهُ إلى غيره إلَّا مِن خلال الاتفاق مع مَن منحه المكنة.

ولكن قد تبقى الغاية متحققة في ورثةِ الغير وبالتالي لا يوجد ثمَّة ما يمنع مِن إعادة التفاوض معهم إنْ وُجِد فيهم ما يوجد في شخصِ مُورثهم مِن الاعتبار الشخصي القائم على سمعتهِ أو نزاهتهِ أو مهنتهِ، ولهذا القولُ أساسٌ قانونيّ يؤيِّده ويُلطِّف من معاييرِ الإعتبار الشخصي المار ذكرها[٢]. على الرُّغم مِن أنَّ هناك اتجاه في الفقه يرى أنَّ الغير هو محلُ اعتبارٍ حتى لو لمْ يشترطْ أطرافُ العقدَ كونه كذلك، أنَّ ظروف التعاقد جعلت منه محل اعتبار طالما أنَّ هناك بُدلاء عنه يُمكن أنْ يؤدُّوا نفس العمل الموكول إليه[٣].

كما إنَّ الغير إنْ كان مأجوراً ومات قُبيل استلام أُجرته، فلا يعني أنَّ الإعتبار الشخصيّ يمنع خلفه مِن المطالبة بأُجرتهِ ذلك أنَّ الغيرَ (السلف) قد ارتبطَ مِن العاقد الشارط بعقدٍ ما فانتقل إلى خلفهِ حق المُطالبة بالأُجرةِ نظير الخدمة التي أداها السلف لهُ، لذلك انصرفتْ حقوق العقد مِن السلف إلى الخلف، رغم أنَّ الإعتبار الشخصي قد حوَّل العقد من عقدٍ موضوعي إلى عقدٍ شخصي[٤].

---

(١) حسين عبد القادر معروف، **النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٩٩، ص١٥٠.

(٢) المادة (١٥٢) مدني مصري التي نصت على:" لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً". فهذا النص يشير إلى أنَّ الغير يمكن أن يكتسب حقاً من العقد، فلو تم الاتفاق معه على فسخ أو إجازة العقد فمعنى هذا أنَّه اكتسب حقاً من حقوق العقد، ومتى ما كانت غاية الاكتساب متحققة في خلفه فيمكن أنْ يستعملها متى ما تم الاتفاق على ذلك بين المتعاقدين انفسهم. وهذا الحق هو حق من نوع خاص لا شخصي ولا عيني بل هو حق ارادي محض كما بيَّنا طبيعته.

(٣) وبنفس المعنى، يُنظر: سمير عبدالحميد رضوان، **أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص٥٠.

(٤) كثيرة هي العقود التي تعتبر عقود موضوعية غير أنها تصبح عقوداً شخصية بالاعتبار الشخصي المدرج بها مثلاً: عقد الايجار، وعقد المزارعة. يُنظر: د. سمير تناغو، **عقد الايجار**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٨، ص٦٦. وقد يكون الزمن سبباً في عدم جعل العقد مرتبطاً بموضوعه بل بصفته الجوهرية وهي الزمن. يُنظر: د. حسن علي ذنون، **دور المدة في العقود المستمرة**، من دون طبعة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ جامعة بغداد، العراق، ١٩٨٨، ص١٠. ومن المفيد الإشارة إلى أن عقد الايجار يسري عليه خيار الشرط فقط من جملة الخيارات التي تعمد هذه الدراسة

ويترتَّب على مُخالفة الغير البند العقدي الذي جعله محل اعتبار في نظر العاقد الشارط بُطلان اجازتهِ أو فسخهِ للعقد، وليس بُطلان العقد في ذاتهِ، لعدم إمكانية القياس على حُكمِ الغلط في شخصِ المتعاقد الذي تكون شخصيته أو صفة من صفاته محل اعتبار في العقد [١] لكون الخيار شُرِع على خلاف القياس و"ما شُرع على خلاف القياس فغيره لا يُقاس عليه"[٢].

فضلاً عن سقوطِ الخيار بمُضي المُدَّة إنْ كانتْ قد مضتْ، و(لزوم) العقد بَعْدَ ذلك. ولكن مع ذلك يُمكن أنْ تُثارَ مسؤولية الغير العقدية لإرتكابهِ إخلال بالعقد المبرم بَيْنَه وبَيْنَ الشارط مانح المكنة إنْ كانَ تمكينه مِن الفسخِ متأتياً من عقدٍ مبرم بينهما.

ثانياً: عُنصر رُجوعُ الغيرِ إلى الشارطِ قَبل الفسخِ[٣]: حتى لا يستقل الغيرُ باستعمالِ المكنة الممنوحة لهُ والذي رُبما يكون بغيرِ وجهِ حق، قد يتمّ تقييد تلك المكنة بما فيهِ مصلحة الشارط، كضرورةِ رُجوعه إليهِ قبل الفسخ.

والأصل أنَّ الغيرَ لهُ مكنة التصرَّف في العقدِ بالفسخِ أو الإجازةِ دون أنْ يكونَ للشارطِ حق الاعتراض على ذلك[٤]، ولكن هل مِن سبيل إلى ايرادِ استثناء على هذا الأصلُ؟ ولبحثِ هذهِ الفكرةُ يجب أنْ نُميَّز بَيْنَ أمرين:

إلى مناقشتها، بل ويجوز جعل خيار الشرط في الاجارة للأجنبي. يُنظر: محمد الحسيني، فقه الاجارة، ط١، دار المالك، لبنان، ١٩٩٨،ص١٠١.

(١) تُنظر المادة (٢/١٢١) مدني مصري، المادة (١١٨) مدني عراقي، والمادة (١٥٣) مدني اردني.

(٢) تنظر المادة (٣) مدني عراقي. والمادة (٢٢١) مدني اردني. ولا يناظرها في التقنين المدني الفرنسي والقانون المدني المصري.

(٣) تم اختيار هذه الفقرة لبحثها انطلاقاً من الخلاف الذي دار في الفقه الحنفي حول مدى ضرورة علم الطرف الآخر غير الممنوح خيار الفسخ بالفسخ الواقع من قبل من له الخيار، فذهب أبو يوسف وابن همام إلى انتفاء هذه الضرورة، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أهميتها. يُنظر: السرخسي، المبسوط، ج٧، مصدر سابق، ص٥٥. ولمزيد من الرؤى عن هذه الجزئية، يُنظر: د. وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**، ط٢، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩، ص١٥٥ وما بعدها. وهو يرى أن كل من سلَّط على عمل لا يتوقف عمله على علم المسلط.

(٤) العلفي، مصدر سابق، ص١٩١.

١ – **الغيـر خبيـر**: ذهبتْ طائفةٌ في الفقهِ القانوني[١] إلـى أنَّ الخبير ذو رأيٍ غير ملزمٍ لأطرافِ العقد، وبالتالي لو تمَّ اعمال المكنة من قبلهِ فبطبيعة الحال لا يترتب على إعمالِها أثر ذلك أنَّ رأيه استئناسي استشاري[٢].

ويترتَّب على هذا القولُ أنَّ رجوعَ الغير أو عدم رجوعهِ إلى الشارط غير ذي جدوى ذلك أنَّ العقد لا يُفسخ إلا بمشيئةِ وإرادةِ الشارط وما مَنح الغير مكنة الفسخ أو الإجازة إلا على نحوِ الاستئناس برأيه، ليس إلَّا.

ولا نتفقُّ مع هذا الرأي ذلك أنَّ منحَ الغيرِ خيارُ الفسخ أو الإجازة مُبتغاه تمكينه منهما، بهدفِ تحقيق مصلحة الشارط، واعمال المكنة يكون مُلزماً للأخيرِ. لأنَّ الخيار هو حقٌ ارادي محض نقله الشارط إلى الغير فمعنى ذلك نزوله عنه إلى الغير المشروط له فاستعماله بالفسخِ أو الاجازة مُلزم له في هذا المعنى.

٢– **الغيـرُ وكيـلٌ**: ذهبَ القضاءُ إلى مثلِ هذهِ الفرضيةُ[٣]، ولا نؤيَّد إعتبارَ الغيرِ وكيلاً عَن الشارط لأنَّ الوكيل يُعبّر عَن إرادتهِ هو لا عَن إرادةِ الأصيل الموكل، ولكن في هذهِ الحالةُ محل البحث فإنَّه يتصرفُ في ضوءِ الخيار الممنوح له وهو الفسخُ أو الإجازة ، وحتى في هذه الحالةُ فهو يُعبِّر عَن إرادة الأصيل الشارط لا عن إرادتهِ طالما كان عمله في ضوءِ التعليمات الصريحة المحددة له وهي الفسخُ عند توافرِ مناطاتهِ أو الاجازةُ عند توافِر مساغاتها [٤]. كما يُشترط في الغير أنْ يكون متمتعاً بالإستقلال التام ليس فقط في مُواجهة الشارط، بل في مُواجهة طرفي العقد[٥]. بل وحتى مَن يقول أنَّ الغيَر نائبٌ (وكيل) في

(١) وذلك بالقياس على أحكام الأجنبي الموكول إليه تعيين الثمن في عقد البيع. ينظر: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **احكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، الانعقاد**، ج١، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص٤٦٧. د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج١، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، مصدر سابق، ص١٤٣.

(٣) ينظر حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٨ بالطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق. مشار إليه لدى: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج٥، مصدر سابق، ص١١٢.

(٤) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد١، مصدر سابق، ص١١٥.

(٥) محمد محيي الدين إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص٥٢.

الفقه الإسلاميّ [١]، يجوز للمُنيب تقييد سلطته بحسب القواعد العامة[٢]. وبالتالي لا يمكن أنْ يكون مستقلاً تمام الاستقلال في هذا المعنى.

ونحنُ حددَّنا المركزَ القانوني للغيرِ سلفاً فلا نعودّ إليهِ، وأسسناه على نظريَّة الإشتراط في العقود[٣]، وينبني على ذلك أنَّ مُشترط الخيار يحقُّ له الفسخ بغير رضا الأجنبي المجعول له الخيار على رأي الفقه الحنبلي، ويترتب على ذلك ضرورة رجوع الغير إلى الشارط قبل الفسخ[٤].

نرى أنَّ أثرّ رجوع الغير إلى العاقد ينحصرُّ في إحاطةِ الشارط علماً بنتيجةِ العمل المطلوب منه، فلو كانتْ تجربةُ السيارة أو الأجهزة المبيعة غير مواتيةٍ لما يطلبه المشتري فسيكونُ من واجبِ الغيرِ إطلاع المشتري الشارط على تقاريرِ التجربة قبل الفسخ، ذلك أنَّها ربما تكون غير مُعتبَرةٍ لدى الشارط، فيهملُّها ويُتمُّ العقد.

ونرى في الفقه الإسلاميّ بصددِ هذه المسألةُ اختلافاً بيناً بيْن صفوفِهم، فالفقهُ الحنفي[٥] لا يُعَدُّ اشتراط الخيار للأجنبي مانعاً مِن ثبوتهِ للشارط وإنْ لمْ يشترطْه لنفسهِ، وهذا يوحي إلينا بأنَّ عملية الفسخ أو الإجازة تشاركية بين الاثنين في مرحلةِ ما قبل الإعلان عن الفسخِ أو الإجازةِ، لأنَّه لو أُعلنت لفُسِخ العقد أو لزُم بحسب الأحوالِ.

في حين أنَّ اتجاهاً آخراً في الفقهِ يُمثلُّه الشافعية[٦] يرى أنَّ الخيارَ لا يثبُت إلَّا بالشرطِ، وفي الوقتِ الذي يشرطه العاقد لغيرهِ فيه اقتصارٌ على هذا الغيرُ وحده، وبالتالي وفقاً لمضمون هذا الرأي للغيرِ

---

(١) نقلاً عن الحنفية. يُنظر: د. راسم محمد عبد الكريم، **الاستحسان في الشريعة الإسلامية موقعه بين أصول التشريع وتطبيقاته الفقهية المعاصرة**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢، ص٣٣٢. محمود بن صدر الشريعة برهان الشريعة، **شرح الوقاية**، المطبعة الامبراطورية، المملكة الإيرانية، ١٨٨١، ص٣٦٨.

(٢) تنظر المادة (٩٣٢) مدني عراقي، (٨٣٥) مدني اردني. وبمفهوم المخالفة لنص المادة (٢/٧١٦) من القانون المدني المصري التي منعت الموكل من تقييد الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو الغير دون رضاء من صدرت لصالحه نستنتج أن الموكل له الحق في تقييدها إن كانت بغير تلك الأحوال. والمادة (١٩٨٨) من التقنين المدني الفرنسي التي أجازت من حيث المبدأ تقييد سلطة الوكيل.

(٣) تنظر الصفحة رقم (٩٤) من هذه الرسالة، نهاية الهامش رقم (٦) في الصفحة (٩٣).

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، مصدر سابق، ص٣٥.

(٥) السرخسي، المبسوط، ج٧، مصدر سابق، ص٥٩.

(٦) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، مصدر سابق، ص٥٩.

السلطةُ المطلقةُ في الفسخِ بغير الرجوعِ إلى العاقدِ الشارط. ونحنُ لا نؤيّد الاتجاهَ الأول لما يُثيره من إرباك على صعيدِ الحياة العمليَّة، فلو تلاحق الفسخ، والإجازة الصادر من كليهما، فالعبرةُ بالتصرُّف السابق فسخاً أو إجازةً، ولكن الصعوبةَ تدقُّ فيما لو استعملا خيارهما معاً في وقتٍ واحد؟

على صعيد القانون لم نجدْ جواباً لحكمِ هذهِ الحالةُ، وعلى صعيد الفقه الإسلاميّ لم تكُنْ تلك الحالةُ غائبةٌ عنهم، وعلى فريقين، الأوَّل ويمثلَّه الحنفيَّة ويَروْن أنَّ اختيارَ الفسخِ هو الأجدرُ بالاعتبارِ متقدماً كان أم متأخراً؛ لأنهُ أقوى مِن الإجازة بدليلِ أنَّه يرد على العقدِ المُجاز فيُبطله[١]، وأمَّا الفريق الثاني فيمثلَّه الشافعيَّة وهُم يَروْن أنَّ تصرفَ العاقدِ هو الأجدرُ بالاعتبارِ، وهو الأصيلُ، وتصرَّفه بمثابةِ عزل للأجنبي[٢]. وأمَّا نحنُ فنؤيِّد الرأي الثاني لأنَّ المشتري هو الطرفُ الأصيل مقارنةً بالغيرِ، إذ قد يكون قد أخذ رأيه الفني في محل التعاقد ولم يكُن جديراً عنده فأجازَ العقدَ في الوقتِ الذي قامَ الغيرُ فيهِ بفسخهِ. وفي هذا الرأي محاولةٌ للحفاظِ على العقدِ[٣] مع إصرارِنا الشديد على أنَّ الأصل هو نقل المكنة للغير يعني تمكينه مِن الفسخ أو الاجازة بمحض إرادتهِ هو لأنَّ المكنة هي حقٌ ارادي محضٌ محله هو الاستعمال فمتى ما استعملَ المكنة وجب احترام هذا الاستعمالُ بنتائجهِ، ولكن ذلك لا يمنع مِن جعلِ الفسخ بالمشاورةِ بين الشارط والمشروط له.

أمَّا بالنسبةِ إلى خيارِ التعيين، فلمْ يفرِدْ لهُ الفقهاءُ المُجيزين جواباً شافياً فيما يخصُّ الرجوعِ إلى العاقدِ الشارط، وبالتالي نُرجِّح ما قُلناه بصددِ خيار الشرط مِن ضرورة إخطار العاقد الشارط مِن قبل الغير

---

(١) ابن همام الدين، شرح فتح القدير، ج٦، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(٢) صفي الدين أبو العباس ابن المذحجي المزجد، **كتاب العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والاصحاب**، ج٢، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٤.

(٣) وبهذا الشأن يرى اتجاه في الفقه أن الواجب هو توقي الفسخ، لأنه يتعارض مع المقتضى الطبيعي للعقد ومع ما كان يهدف إليه المتعاقد من تحقيق مصلحة أو مصالح معينة من وراء العقد، والمحافظة على العقد وابقاءه منتجاً لآثاره، سيما لو كان من العقود التجارية الدولية. يُنظر: حسام الدين محمود محمد محمد حسن، **وسائل انقاذ العقود من الفسخ (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة/ كلية الحقوق، ٢٠١١، ص١٤. كما أن هناك اتجاه يرى أن الفسخ يجب أن يكون الحل الأخير الذي يجب أن تلجأ إليه المحكمة أو الأطراف. يُنظر: د. عادل شمران حميد، د. عبد المهدي كاظم ناصر، **دور الجزاءات البديلة للفسخ في المحافظة على العقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الكوفة، من دون مجلد، العدد (٣٤)، من دون سنة، ص١٨٠. وعلى هذا فلو لم تتوافر المصلحة الجدية والمشروعة من الفسخ يُعدّ قرينة على سوء قصد صاحبها، وبالتالي يُعد متعسفاً في استعمال الخيار لذا يجب منعه منه. يُنظر: به موبرويز، مصدر سابق، ص١٤٩.

فـي حالـةِ الإجـازة أو الفسـخ، ومـا يُعـزز ذلـك هـو الجـوازُ الفقهـي القائـل باجتمـاع خيـار الشـرط مـع خيـار التعيين، وأمَّا في الحالةِ التي يجيء بها خيار التعيين مُجرداً من خيار الشرط فيجب كذلك الاخطار وإنْ كانَ الحديثُ عن الفسخِ أمراً بعيد الفرض لأنَّ العقد ناجزٌ غير معلقٍ، فيجب اختيار أحد الأشياء لا ردها جميعاً، كما أنَّ الاخطارَ يخففُ مِن احتمالية تعرُّض العاقد للضررِ فيما لو لمْ يتمْ اخطاره، ولا يوجد ما هو أسهلُ من الاخطارِ في ظلِّ تزايُد سُبل الاتصال الحديثة[1].

المَبْحثُ الثانيّ

آثارُ الفَسْخ مِن الغير

إنَّ دخولَ الخيارُ على العقد يؤثِّر عليه، منذ اللحظات الأولى لميلادهِ صحيحاً، حتى انقضاءه أو زواله، إذ يترتَّب على كُلِّ مرحلةٍ من مراحل العقد المقترن بالخيار أثر مُعيَّن، سواءً على صحتهِ أو بُطلانهِ أو لزومه أو أوصافه، بِمعنى أنَّ دخول الخيار على العقد قد يؤدِّي إلى تغييرٍ في واقعِ حالِ العقد، فبَعْدَ إنبرامهِ صحيحاً قد يكونَ دخول الخيارِ عليهِ سبباً في بُطلانهِ، أو تغيير وصفهِ، وحتى إذا ما تمَّ استعماله فإنَّهُ يؤثر على التزامات طرفيّ العقد تارةً والتي تُعدُّ حقوقاً لطرفٍ متعاقدٍ والتزامات لطرفٍ آخر، بل أنَّ استعمال الخيارِ قد يكونَ سبباً في زوالِ العقدِ ورحيلهِ إلى طيّ النسيانِ.

مما يعني أنَّ الخيار يُغيَّر من النِظامِ القانوني للعقدِ والمُراد من هذهِ الآثارُ هي الآثارُ التي تترتَّب في الفترةِ التي يكونُ فيها الخيارُ متحكِماً في العقدِ، وفي الفترةِ اللاحقة لإستعمالهِ بالفسخِ، لأنَّهُ إنْ أُجيز العقدُ من الغيرِ فإنَّ ذلك يؤدِّي حتماً إلى لزومِ العقدِ فلا مساغٍ بعدئذٍ للحديثِ عن نظريَّة الخيارات، سواءً أكانتْ تلك الإجازة صريحة بالإستعمالِ أم بمُضيّ المُدة، وإنْ أُستعمِلَ الخيارِ بالفسخِ فإنَّ ذلك يُعدِم الوجُود القانونيّ للعقد ويُعيد أطرافه إلى مرحلة ما قبل التعاقُد.

وعلى هذا الأساس سنتناولُ هذا المبحثُ على مطلبين، نُخصصُّ أولَّهما إلى بيانِ أثر خيار الفسخ على العقدِ، ونُكرِّس ثانيهما لبيانِ دَور خيار الفسخ في آثارِ العقد.

---

(١) والقواعد العامة تساعدنا على تبني هذا الرأي، ذلك أن المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي أشارت إلى:" ٢- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما". وتقابلها المادة (١١٢١) مدني فرنسي، والمادة (٩٣) مدني مصري، والمادة (٩٨) مدني اردني.

المطلبُ الأوَّل

أثرُ خيار الفسخِ على العقْدِ

ما إنْ يتفقَ أطرافُ العقد على مَنْحِ الغيْر عنه مكنة فسخ عقدهما حتى تثورَ تساؤلات عديدةً، لعلَّ مِنْ أهمها هو مدى إمكانيَّة تأثير الخيار على مرحلة إنعقاد العقد وتغيير حكم العقد من لازم إلى غير لازم، ومن صحيحٍ إلى باطلٍ، ومن بسيطٍ إلى موصوفٍ، فلِكُلِّ تغييرٍ حُكمٌ مُختلفٌ. ومدى إمكانيَّة تأثير الخيار على آثار العقد وتغيير أحكامها، إذ يقودُ الخيارُ إلى تغييرٍ واضحٍ في مديات الالتزامات المترتَّبة على طرفي العلاقةِ التعاقديَّة، سنُحاوِلُ التطرُّق لهما في هذا المطلب.

وعلى هذا المنوالُ سنُقسِّم هذا المطلبُ على فرعين؛ نُعيّن الأوَّل منهما لبيانِ أثر خيار الفسخ على العقدِ قبل استعماله، ونُخصص ثانيهما لبيان أثر خيار الفسخ على العقد بعد استعمالهِ.

الفرعُ الأوَّل

أثر خيار الفسخ على العقد قبل استعماله

يلعبُ الخيار دوراً حاسماً في مفاصِل العقد، بدءً من إبرامه حتى زواله، ذلك أنَّهُ قد يقود إلى بُطلان العقد، وبالتالي لا مساغ للحديثِ عن فسخِه ذلك أنَّهُ غير مُنعقدٍ أصلاً، وإنْ كانَ العقدُ صحيحاً حتى مع إقترانه بالخيارِ غير أنَّهُ يفقد صِفة اللزوم، ويُصبح معه عقداً غير لازم.

ومِن زاويةٍ أُخرى قد يثور جدلٌ حَول تكييف العقد المقترن بالخيارِ، فيما لو كانَ عقداً مُعلَّقاً على شرطٍ فاسخٍ أو شرطٍ واقفٍ، فلكُلٍ منهما حكمٌ مختلفٌ.

ولغرضِ توضيح ذلك سَنُوزِّع هذا الفرعُ على فقرتينِ، نبحثُ في الفقرةِ الأولى أثر خيار الفسخ على حُكم العقد، والفقرة الثانية لبيان أثر خيار الفسخ على أوصافِ العقد.

أولاً: أثرُ خيار الفسخ على حُكم العقد: نقصدُ بحُكم العقد في هذه الحالة، ليس الالتزامات المترتبَّة على العقد، وإنَّما حكمه مِنْ حيْث الصحة والبطلان، واللزوم وعدمه، ذلك أنَّ الخيار عندما يدخلُ على العقد فإنَّهُ يُغير في أحكامه المُبينَّة في أدناه:

١ – صحةُ العقد وبُطلانـه: علـى صـعيد القانون لا يوجد ثمَّـة قيدٍ قـانوني يجعل العقد المقترِن بخيـاريّ الشرط والنقد باطلاً، فيما لو كانتْ مدتهِ معلومة، ولقد ألمحنا الحديث عن هذا الأمرُ[١]. وعلى صعيدِ الفقه الإسلاميّ، نلحظُّ ثمَّـةَ اختلافٍ بيَّن بيْنهم، فمنهم مَنْ أبطل البيع ومنهم مَنْ عدَّه فاسداً، ومختصر الكلام هنا أنَّ جمهور الفقهاء مِن الحنفيَّة[٢]، والشافعيَّة[٣]، والحنابلـة[٤]، والمالكيَّة[٥]، والإماميَّة[٦] لم يُجوزوا أنْ

(١) ولكن مع ذلك يُمكن تطبيق أحكام نظرية انتقاص العقد، حيث يلغى الشق الخاص بإطلاق المدة ويصح العقد دون الولوج في أحكام البطلان. يُنظر: تنظر المادة (١٤٠) مدني عراقي، والمادة (١٤٤) مدني مصري، ولا مقابل لها في التقنين المدني الفرنسي و القانون المدني الأردني. ولكن هنالك اتجاهات في الفقهين القانوني والإسلامي تُغالي في الإصرار على بُطلان العقد المقترن بخيار غير معيَّن المدة. يُنظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول، ج١، مصدر سابق، ص١٦٦. روح الله الخميني، **فتاوى واحكام طبقاً لرأي القائد والامام**، ج١و٢، تحقيق: علي عاشور، من دون طبعة، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٩، ص٨٠. حسام الدين عبد الرحمن الأحمد، **الوجيز في القواعد الكلية للاحكام العدلية**، ط١،مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٥، ص٨٨. وهذا هو مذهب الشافعية. يُنظر: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرفالنووي، روضة الطالبين، ج٣، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص١٠٩. والامامية. يُنظر: الحلي، شرائع الإسلام، ج١و٢، مصدر سابق، ص١٦٩. والحنابلة. يُنظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، مصدر سابق، ص٨٨. وللزيدية يُنظر: أحمد بن الحسين الهاروني، **التجريد في الفقه على المذهب الزيدي**، تحقيق جمال صالح محسن الشامي، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٢، ص١٤٤.

(٢) المرغيناني البخاري، الذخيرة البرهانية، ج١٠، مصدر سابق، ص٩٩. ولكنهم قالوا أنَّ العقد فاسد ولكنه يتحوَّل إلى صحيح بالإسقاط قبل اليوم الرابع. يُنظر: ابن المقرئ، اخلاص الناوي في ارشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، ج١، مصدر سابق، ص٤٨٦.

(٣) د. سوسن فريد فلاحه، **الامام سفيان الثوري وارؤه الفقهية مقارنة بالمذاهب الأخرى**، ط١، العبيكان للأبحاث والتطوير، الرياض، ٢٠٠٧، ص٤٢١. ومنهم مَن قال بإلغاء الشرط وصحة البيع. يُنظر: الفراء البغوي، التهذيب في فقه الامام الشافعي، ج٣، مصدر سابق، ص٣٢٠.

(٤) منصور بن يونس البهوتي، **الروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع**، مصدر سابق، ص٢٠٢. ومنهم من حذا حذو الشافعية فألغى الشرط وقال بصحة البيع. يُنظر: الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مصدر سابق، ج٢، ص١٨٠.

(٥) ابن المقرئ، اخلاص الناوي في ارشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، ج١، مصدر سابق، ص٥١٥. ومنهم من رأى أنَّ الخيار والعقد صحيحان. يُنظر: النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(٦) زين الدين ابن علي الشهيد الثاني، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج١، من دون طبعة، دار الكتاب العربي، من دون مكان نشر، ١٩٥٨، ص٣٢٣. ومنهم من قالب بصحة الخيار والعقد. يُنظر: محمد بن الحسين بيهقي، **اصباح الشيعة بمصباح الشريعة**، من دون طبعة، مؤسسة فقه الشيعة، من دون مكان نشر، ١٩٩٦،

يتمَّ اشتراط الخيار دون تحديد مُدَّة وإلَّا كانَ الخيارُ فاسداً عِنْدَ الحنفية وباطلاً عِنْدَ غيرهم ماعدا المالكيَّة[١] الذين يَروْن صحتهِ على أنْ يُركَن للعُرف في تحديدِ المُدة لما فيه من الغرر المنهي عَنْه والمُنافي لمُقتضى العقد، ذلك أنَّ الخيار مُطلق المُدَّة يؤدِّي إلى المَنعِ مِن التصرف في المَبيع وهذا غيرُ جائزٍ.

وأمَّا العَقْد المُقترِن بخيارِ التجرِبة فإنَّه يتعرَّض لخطرِ قد يؤدي إلى جعلهِ عقداً موقوفاً بسبب فُقدان أهلية المشتري خلال مُدَّة التجربة وهنا يتعيَّن على النائب القانوني أو القضائي المبادرة إلى اختيارِ الأصلحُ للمشتري ناقص الأهلية[٢]. ولا يتعرَّض لخطر البُطلان طالما أنَّهُ محتفظاً بأركانه.

وأمَّا العقد المقترن بخيار التعيين فيكون صحيحاً بتوافرِ شُروط المحل في كُلٍ من الأشياءِ محل العقد. ولكنه يفسدَ فيما لو سكتَ البائعُ عن الخيار كأن يقول بِعتك أحد الثوبين بغيرِ ذكر الخيار والصحيح هو القولُ بعتك أحد هذين الثوبين على أنَّك بالخيار[٣]. ويبطُل العقدُ برمتهِ في هذا الخيارُ عند هلاكِ كل الأشياء محل العقد قبل القبض[٤]. وإذا لم تتوافر شروط المحل في كل الأشياء محل العقد[٥].

٢- لُزوم العقد وعدمـهِ: يُصبح العقد المقترن بخيار الشرط والنقد غير لازمٍ في جانب مَن كان الخيار لهُ[٦].

على خلاف الأصل في العقود[٧]. أما بالنسبةِ لخيار التجربة فهو مُنذ ابرامهِ عقد غير لازم لأنَّه معلق على شرطٍ واقفٍ أو فاسخٍ وفقاً للاتفاقِ أو الظروفِ كما سنرى. أمَّا بالنسبةِ إلى خيارِ التعيين إذ يمنع لزوم العقد قبل الاختيار فيكون العقد عندها عقداً غير لازم في بقية الأشياء المخير فيها ولازم بالنسبة

---

(١) الفراء البغوي، التهذيب في فقه الامام الشافعي، ج٣، مصدر سابق، ص٣٢٠.

(٢) تُنظر المادة (٤٧٤) مدني اردني. ولا يقابلها نص في القانون الفرنسي والمصري والعراقي.

(٣) الخضر عبد الله سالم حنشل، مصدر سابق، ص٣٩٩.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، مصدر سابق، ص١٠٧.

(٥) سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية، مصدر سابق، ص٩٠٠.

(٦) د. رمضان علي السيد الشرنباصي، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، ط٢، مطبعة الاستانة، مصر، ١٤٠٣هـ، ص٤١٥. محمد يوسف موسى، **الفقه الإسلامي (مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه)**، من دون طبعة، دار الكتب الحديثة، مصر، ١٩٥٤، ص٨٧. ولم تتطرَّق اتفاقية فينا للبيع الدولي لهذا الأمر ولكنها أجازت من حيث المبدأ أن يكون العقد مشروطاً. يُنظر نص المادة (٣/٢) منها.

(٧) أحمد يوسف، **عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩١، ص٧٣.

لأحدها أو ما تم الاتفاق عليه[١] على خلافِ خيار الشرط، والتجربة، والنقد فيجب إتحاد صفة العقد (اللزوم) في الصفقةِ كُلِها فلا يجوز تفريق الصفقة في اللُزوم، لأنَّ تفريقَها في هذا المعنى يعني تفريقها في أصلِ الايجاب والقبول لِما فيه من ضررٍ للبائع بَيْدَ أنَّ هذا لا يمنع من الاتفاقِ على العكسِ[٢].

ثانياً: أثرُ الخيار على العقْدِ منِ حيث أوصافه: اختلفَ الفقهُ في تكييفِ العقد المقترن بالخيار، وسَنُحاوِلُ الوقوف على هذا الأثر مِن خلال التفريق بين ما إذا كانَ العقدُ المُقترن بالخيار معلَّقاً على شرطٍ واقفٍ[٣] أو فاسخٍ[٤].

أ – مدى كون العقد معلقاً على شرطٍ واقف[٥]: ويُعدُّ تعليقُ العقد على الخيارِ مِن المظاهر التي تؤدِّي إلى وقفِ العقد حتى تتبيَّن نتيجةُ الشرط، فلو تحققَ الأخير نَفذَ العقدُ من حين الإبرام، ولو تخلَّف فيزول مِنْ نفسِ الحين أيضاً [٦]، وفي هذهِ المناسبةُ نستعرِّضُ كلاً مِن الخيارات محل البحث على حدة. بالنسبةِ إلى تكييف العقد المقترن بخيار الشرط نجدُّ أنَّ المُشرِعُ العراقيّ[٧]، والأردنيّ[٨] قد عدَّاه عقداً مُعلقًّاً على

---

(١) د. أمير عبد العزيز، **فقه الكتاب والسنة**، ج٢، ط١، دار السلام، مصر، ١٩٩٩، ص٧٦٠.

(٢) أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج١، مصدر سابق، ص٢٦٦.

(٣) وهنا يكون الالتزام غير موجود اثناء فترة التعليق وإن كان محتمل الوجود، بمعنى أن الدائن صاحب حق احتمالي لا مجرد أمل، وإنْ كانَ الفقيه الفرنسي بوتييه يرى أنه مجرد أمل. يُنظر: شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، مصدر سابق، ص٢٣٠. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص٣٣٧.

(٤) ويكون الالتزام هنا قائم ونافذ اثناء مدة التعليق ولكنه "على خطر الزوال". يُنظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، **دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي (دراسة تحقيقية وتطبيقية)**، ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، إقليم كوردستان/ العراق، ٢٠١٤، ص٣٨. وفي الفقه الفرنسي، يُنظر:
Pascal Ancel, contrat et obligations conventionnelles en droit Luxembourg approche comparative, Larcier, group, Bruxelles, ٢٠١٥, part (٥٦٧).

(٥) نصت المادة (٢٨٨) مدني عراقي على أنه:" العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط". وتقابلها المادة (١٣٠٤) مدني فرنسي، والمادة (٢٦٨) مدني مصري، والمادة (٣٩٨) مدني اردني.

(٦) د. عصمت عبد المجيد البكر، **النظرية العامة للالتزام في القوانين المدنية العربية (الاوصاف – الانتقال– الانقضاء)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩، ص٣٦.

(٧) نصت المادة (٥٠٩) " ... ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري...". وأيد القضاء العراقي ذلك. يُنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٨٧١/ صُلحية/ ١٩٦٤ في ١٩٦٤/٦/٧. منشور على الموقع الالكتروني : www.hjc.iq.

(٨) تُنظر المواد (١٧٧ وما بعدها) من القانون المدني الأردني.

شرطٍ فاسخ[١]. وفـي الفقـه الإسـلاميّ نجـدُّ فـريقين بهـذا الصـددُ حيـث يـذهبُ الفريـقُ الأوَّل وهـم جمهـورُ الفقهاء[٢] إلى أنَّ خيارَ الشرط يمنع ترتُّب آثار العقد في جانبِ مُشترط الخيار حتّى تظهر نتيجة الشرط. وأمَّا الحنابلة[٣] ،والشافعيَّة[٤] وهم الفريقُ الثاني فيَرَوْن العكس فلا يوجد ما يمنع من ترتُّب آثار العقد ابتداءً وبَعْدَ ظُهور نتيجة الخيار إمَّا أنْ ينحلَّ العقد أو يتأكَّد وينتهي الخيار.

وبالنسـبة إلـى تكييـف العقـد المُقتـرِن بخيـارِ التجربـة فالأصـلُّ فيـه لـدى القـانون و جُمهـور الفقـه القانونيّ[٥] أنَّه بيعٌ مُعلَّقٌ على شرطٍ واقفٍ أي القبول بالمبيع بَعْدَ تجربتهِ. ويجوزُ الاتفاقُ على جعلهِ مُعلَّقاً

---

(١) ورغم هذا الموقف الصريح تشظَّى الفقه إلى آراء لا مجال لذكرها. د. محمد شتا أبو سعد، **الشرط كوصف للتراضي**، من دون طبعة، عالم الكتب، مصر، ١٩٨٠، ص٢٩٦.

(٢) للحنفية، يُنظر: علي بن محمد بن الحسين البزودي، علي بن محمد بن علي الرامشي، **فوائد البزودي**، ج٢، تحقيق: د. عامر أحمد النداوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص٥٩١. للمالكية، يُنظر: محمد جمعة عبد الله، **الكواكب الدرية في فقه المالكية**، ج٣ من دون طبعة، دار المدار الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٢، ص٥٨. للامامية، يُنظر: جمال الدين ابو العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلي، **المهذب البارع في شرح المختصر النافع**، ج٢، من دون طبعة، تحقيق: الحاج آقا مجتبى العراقي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١١هـ، ص٣٨٥.

(٣) العباسي الهاشمي، رؤوس المسائل في الخلاف على مذهب ابو عبد الله أحمد بن حنبل، ج١، مصدر سابق، ص٤٣١. وإذا خرج من ملك البائع يضمن المشتري هلاكه. يُنظر: عبد الحليم محمود موسى، **الفقه الإسلامي الميسر في العقائد والعبادات والمعاملات على المذاهب** الأربعة، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٤، ص١٧٩.

(٤) محمد بن أحمد داه الشنقيطي، **فيض الغفار من احاديث النبي المختار**، ج١، من دون طبعة، مكتبة القاهرة، القاهرة، ١٩٦٩، ص٤٤.

(٥) د. مصطفى محمد الجمال، **عقد البيع**، من دون طبعة، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٨، ص٧١. د. محمد لبيب شنب، **شرح أحكام عقد البيع**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٢، ص٨١. د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، **الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي**، ج٢، من دون طبعة، مكتبة الجوادي، بغداد، ١٩٦٢، ص٨٥. ولهم سندٌ من القانون في ذلك حيث تُنظر المادة (١٥٨٨) مدني فرنسي، المادة (٤٢١) مدني مصري، والمادة (٥٢٤) مدني عراقي. لم يحدد المشرع الأردني الطبيعة القانونية للبيع بشرط التجربة ولكن مع ذلك يمكن أن نستنتج أنه بيع معلق على شرط واقف وذلك من خلال المادة (١/٤٧١) التي اجازت للمشتري فسخ البيع أو اجازته. وهناك من يرى أنه بيع معلق على شرط فاسخ. يُنظر: د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص٥١. متأثرا بالفقه الإسلامي رغم أنَّه لم يعرف البيع بشرط التجربة. كما تجدر الإشارة أن فكرة الرجوع عن العقد قيل بصددها العديد من التكييفات ونرى أهمها فكرة "التكوين التعاقبي للرضاء" والذي يقسم الرضاء إلى قسمين أولي ونهائي. يُنظر بصددها: أحمد جلبي حامد، رائدة محمد محمود النجماوي، **التكييف القانوني لخيار الرجوع في عقد البيع الالكتروني (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد (٢)، العدد (٣)،

على شرطٍ فاسخٍ أي رفض المُشتري للمبيع بَعْدَ تجربتهِ مِنْ قِبل الغير الذي بَيَّن مدى صلاحية الشيء للغرضِ المرجو منه بموجِب منحه مكنة الفسخ وهُنا يكون العقدُ لا وجود له فيزول بالأثرِ الرجعي[١].

وبالنسبةِ إلى تكييفِ العقد المُقترن بِخيار النقد ففي القانونِ [٢] يُرتَّب العقد المُقترن بخيارِ النقد أثره بمُجرَّد تمام العقد، وهذا يعني أنَّه عقد معلق على شرط واقف وهو نقدُ الثمن. وفي الفقه الإسلامي اختلفَ الأمرُ إذ نجدُ أنَّ الحنفيَّة[٣] يَعدّوُن أنَّ العقدَ معلقٌ على شرطٍ واقفٍ بدليل انتقال مُلك المبيع إلى المشتري وخُروجه مِن مُلك البائع في قِبالة تحملَّه تبعة الهلاك. ويتفقُ مَعهم الحنابلةُ[٤] شريطة الاتفاق بَيْن طرفي

٢٠٢٢، ص٣٥. بمعنى أنَّ تبادل الرضاء الأولي لا يكون قادراً على انشاء العقد بل لابُدَّ من رضاء آخر يقويه ويُعضَّده وتتجسَّد المرحلة الثانية بالرضاء الذي يُزيل الخيار. يُنظر وبنفس هذا المعنى: د. مصطفى محمد الجمال، **السعي إلى التعاقد مظاهره وآثاره القانونية**، بلا طبعة، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٠، ص١٤٣. ونحن لا نتفق مع هذا الرأي لأنَّه ضرب من الخيال.

(١) د. كمال قاسم ثروت الونداوي، **شرح أحكام عقد الايجار**، ط١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٥، ص٣٧. د. محمد إبراهيم بنداري، **البيع بشرط التجربة**، بلا طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧، ص١٠. وتسمى هذه العملية بـ "الشرط المعلق Condition suspensive" ويراها التسمية الأدق من الشرط الواقف لأن النصوص القانونية تتحدث عن التعليق ولم تتحدث عن الوقف كالمادة ١/٢٦٥ مدني مصري. يُنظر: د. محمود عبدالرحيم الديب، **بدء سريان الالتزام المشروط (دراسة لفكرة الشرط في القانون المصري والفرنسي)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ١٩٩٩، ص٢٥.

(٢) تُنظر المادة (٥٧٩) مدني عراقي، ونتلمَّس هذا الرأي من العبارة ".. فلا يحق له حبس المبيع بل بتسليمه إلى المشتري.." ومعناه أن البائع متى ما رضي بتأجيل نقد الثمن فلا يحق له حبس المبيع بل يجب أن ينقل الملكية إليه دون الإخلال بالقواعد العامة بالتسليم إن كان المبيع شيئاً قيمياً أو مثلياً (١/٢٤٨) مدني عراقي، هذا فضلاً عن مراعاة قواعد التسجيل إن كان محل العقد عقاراً أو مركبة. ويُنظر بصدد المادتين أعلاه: المادة (١٥٨٣) مدني فرنسي والتي نصت على: Art. ١٥٨٣: "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

والمادة (٤٥٩) مدني مصري، والمادة (٥٢٣) مدني اردني. كما تجدر الإشارة إلى أن انتقال الملكية وفقاً للمادة (١٦) من القانون الإنكليزي لبيع السلع يُربَط بإرادة المتعاقدين.

(٣) والدليل على ذلك أن الخيار مشروط للغير في هذه الحالة لا أطراف العقد. يُنظر المادة (٣٠٩) من مجلة الاحكام العدلية المستقاة من الفقه الحنفي. وعكس هذا الرأي، أي فيما لو كان الخيار لكلا المتعاقدين فلا تنتقل الملكية. يُنظر: وريا خمو العقراوي، **عقد البيع لدى المذاهب الخمسة والقانون المدني العراقي**، من دون طبعة، دار هماوه ند، كركوك، ٢٠٠٤، ص١٠٥.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ٢٣٨.

العقد على ذلك سواءً أكانَ الخيار لهما، أو لأحدهما أو للغيرِ، ويتفق معهم الإماميَّة[١] ويُضيفون بأنَّ انقضاءَ الخيار ينقلُ المُلك إلى المشتري، ولا موقف صريح للشافعيَّة[٢]، والراجِح عِنْدَهُم يتوافق رأي الحنابلة، وأمَّا المالكيَّة[٣] فجعلوه عقداً معلقاً على شرطٍ فاسخٍ يمنع من انتقال الملك إلى المشتري.

بالنسبةِ إلى تكييف العقد المُقترن بخيارِ التعيين في الفقهِ الإسلاميّ المُجيز لهذا الخيارُ [٤]، وفي الفقه القانوني كذلك فإنَّ العقدَ باتٌ ولازمٌ ولا يؤثَّر الخيار في لزومهِ ذلك أنَّ محلَ العقد يُصبح معلوماً للمخيَّر بَعْدَ أنَّ كانَ مجهولاً جهالة فاحشة قبل الاختيار[٥]، بمعنى أنَّ العقدَ مُجردٌ مِن الأوصاف. وهذا كُلُه في الحالةِ التي يجيء بها العقد مُقترناً بخيارِ التعيين وحده[٦]، أمَّا إذا جاء العقدُ مقترناً بخيارٍ واختيار[٧]، ففي هذهِ الحالةُ يكون غيرَ لازمٍ لتخلُّل خيار الشرط فيه الذي يمنع لُزوم العقد، كما لو قالَ البائعُ بعتك احدى هاتين السيارتين على أنَّ الخيار لك أو لمَنْ تعيينه غيراً عنك، ثم لكَ أو لهُ الخيار بَعْدَ ذلك بيْن الردّ والإمضاء خلال مدةٍ معلومةٍ. وفي هذهِ الحالةُ يكونُ العقدُ مُعلقاً على شرطٍ فاسخٍ كما رأينا عِنْدَ تكييف العقد المُقترن بخيارِ الشرط.

ب- مدى كون العقد معلقاً على شرطٍ فاسخٍ: فبصددِ خيار الشرط نجدُ أنَّ القانونَ قد اعتبرَ العقدَ المُقترن بهِ معلَّقاً على شرطٍ فاسخٍ كما بيَّنا ذلك، وبالنسبةِ لخيارِ التجرِبة، فَيكونُ مُعلقاً على شرطٍ فاسخٍ فيما لو تبيَّن ذلك مِنْ خلال الاتفاق، أو الظُروف، وبالنسبةِ لخيار النقد يُصبح معلقاً على شرطٍ فاسخ لدى الفقه المالكيَ وبالتالي لا ينتُج العقد آثاره. وبالنسبة لخيار التعيين فلو اقترن بخيار الشرط عُدَّ العقد معلقاً على شرطٍ فاسخ. ولقد سبقَ بحث كل ذلك، فنكتفي بهذا القدرُ.

---

(١) الحلي، المختصر النافع، مصدر سابق، ج١، ص١٢٢ (المسألة الرابعة).

(٢) النووي، المجموع شرح المهذب، ح١٠، مصدر سابق، ص٢٤٣.

(٣) محمد سحكال المجاجي، **احكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي**، ط١، دار ابن حزم، لبنان، ٢٠٠١، ص٢٤٧.

(٤) يُنظر بصدد ذلك: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، مصدر سابق (طبعة دار الكتب العلمية)، ص١٧١. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، مصدر سابق، ص١٣٨.

(٥) ويمكن أن نستنتج أن المشرع قد اعتبر البيع ملزماً من خلال نص المادة (٣٠١) مدني عراقي التي حملَّت المدين تبعة الهلاك عن آخر شيء هلك فلو تحمَّل هلاكها كلها لكان البيع بسيطاً غير موصوف وهذا لا يجوز.

(٦) محمد علي طاهر الرزقي، **عامل الزمن في العبادات والمعاملات**، ج٢، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٠، ص٦٩٨ وما بعدها.

(٧) وبنفس المعنى، يُنظر: المرغيناني، الذخيرة البرهانية، ج١٠، مصدر سابق، ص١٣٧.

الفرعُ الثانـيّ

أثرُ خيار الفَسْخ على العَقْدِ بَعْدَ استعمالِهِ

ولا أخالُ أنَّ دخول الخيار على العقد من شأنهِ أنْ يُغير من مفاعيله، بمعنى الالتزامات التي تقع على طرفيه، ثَمَّ أنْ استعمال الخيار بالفسخ من شأنه أنْ يرتَّب آثاراً قد تتماثل مع آثار الفسخ وقد تُغايرها. ولهذا سنُحاوِلُ بيان هذهِ الأمورُ مِن خِلال تقسيم هذا الفرعُ إلى فقرتين؛ نُعرِّج في الأولى على دوْرِ الخيار في آثارِ العقد، وفي الثانيةِ نتناولُ أثرَ استعمال خيار الفسخ.

أولاً: دورُ الخيار في آثارِ العقْد: يُقصد بآثارِ العقدِ حقوق والتزامات أطرافه، وسَنُحاوِلُ في هذهِ النُقطةُ أنْ نُناقشَ أثرَ دُخول الخيار على كلِ إلتزام من التزامات البائع والمشتري، وعلى النحوِ الآتي:

١ – **أثرُ الخيار على التزامات البائع:** كالالتزام بنقل الملكية، والتسليم، والضمان، وتُدرَس كلاً على حدةٍ، كما يلي:

أ – **أثرُ الخيار على التزامِ البائع بنقلِ المُلكية:** لمْ تسلُكْ التشريعاتُ التي ارتأت تنظيم الخيار في العقود مسلكاً واحداً في هذا الصددِ، فبالنسبةِ إلى خيارِ الشرط، نلحظُ أنَّ القانونَ العراقيّ[١] قد جَعَلَ العقد المقترن بخيار الشرط مُرتباً لجميع آثاره، ومنها انتقال الملكيَّة، وأمَّا القانون الأردنـيّ فقد سارَ على خلاف نهجِ القانون العراقي فلمْ يُجزْ انتقال الملكية إلى المشتري خلال مدة الخيار[٢].

وفي الفقه الإسلاميّ نتوسَّمُ أنَّ الفقه الحنفيّ[٣] والشافعيّ[٤] في أظهر الأحوال يَروْنَ أنَّهُ إذا كانَ الخيارُ للبائع – وكذا لو اشترطهُ للغير – فالمُلك باقي للبائعِ ولا ينتقل للمشتري، ويترتَّب على هذا الأمرُ أنَّ

---

(١) نصت المادة (٥٠٩) مدني عراقي على أنه:" .. ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري..". وعلى العكس من ذلك ذهب المشرع اليمني في المادة (٨١٨) من القانون المدني التي منعت ترتُّب الأثر على العقد المقترن بخيار الشرط.

(٢) نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني الأردني على أنه:" إذا شُرِط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما فإن جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل في مال الآخر".

(٣) أحمد بن موسى السهيلي، **فقه الامام محمد بن سيرين في المعاملات**، ج١، أطروحة دكتوراه، جامعة ام القرى/ كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ١٩٩٥، ص٢٧١.

(٤) نقلاً عن: محمد الغزالي، **الوجيز في فقه الامام الشافعي**،ج١، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، ط١، دار الارقم بن أبي الارقم، بيروت، ١٩٩٧، ص٣٠٢.

المشتري لا يَملك العين فلا يَملُك التصرف بها، وإنَّ البائعَ مالكٌ فتنفذُ تصرفاتُه في حقِ المُشتري وتُعتبر فسخاً للبيعِ. أمَّا إذا كانَ الخيارُ للمُشتري فيزول مُلك البائع ذلك أنَّ العقدَ لازِمٌ في جهة مَنْ لا خيار لهُ وهو البائعُ واتفقَ أبو حنيفة وصاحباه[١] مع اتجاهٍ في الفقه الشافعي[٢] في هذهِ المسألة. وهذا الرأي يُثير التساؤلُ عَنْ مصيرِ المبيع فإذا ما خرجَ عن مُلك البائع فهل هذا يعني انضواءه تحت ملك المشتري؟

توجدُّ العديدُ مِن الآراء الفقهيَّة بهذا الصدد، وجُلَّ ما تمَّ الاتفاق عليه وتقنينه هو رأي صاحبيَّ أبي حنيفة وهو صيرورةُ المبيع ملكاً للمشتري[٣]. وأمَّا المالكيَّة [٤] فقد أطلقوا على هذهِ المسألة عُبارة دقيقة ونصها **أنَّ بيعَ الخيار منحلٌ لا منعقدٌ** بمعنى أنَّ هذا البيع لا يُرتِّب آثاره فالملكُ باقٍ للبائع، والإمضاء اللاحق للعقد هو ناقلُ للملك لا مقرر، ويترتَّب على ذلك أنَّ يدَ المُشتري يد أمانة والضمان على البائعِ. وأمَّا الإماميَّة[٥] فيتفقون على أنَّ المُلك باقٍ للبائع إذا كانَ الخيار للبائعِ أو لهُ وللمُشتري، ولو كانَ للأخيرِ فقط لخرجَ المُلك من يدِ البائع ولكنه لا يدخُل في مُلك المشتري مالمْ ينقضْ الخيار. وأمَّا الحنابِلة[٦] فيخالفون المالكيَّة والإماميَّة ويروْنَ أنَّ العقدَ المُقترن بالخيارِ كالعقد العاري عَنْه ويرتِّب آثره وهو انتقالُ المُلك إلى المُشتري.

كما تتعيَّن الإشارة إلى أنَّ الغيرَ لو استعمل خيار الفسخ فإنَّ مُلكيَّة البَدليْن تعودّ إلى صاحبه مِنْ وقتِ استعمال الخيار لا مِنْ وقتِ انعقاد العقد، إذ يقتصرَّ أثرُ الخيار على إزالة الحق والالتزام[٧].

---

(١) الريمي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، ج١، مصدر سابق، ص٤٣٩.

(٢) محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، تحقيق: السيد يوسف أحمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص٤٣٦.

(٣) تنظر المادة (٣٠٩) من المجلة التي قننت هذا الرأي والتي نصت على أنَّه:" إذا شُرِط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكاً للمشتري".

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٥، مصدر سابق، ص٣٢٥.

(٥) نقلاً عن: د. عزيز كاظم جبر، **أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي**، الكتاب الثاني، الآثار، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٢. ولهم آراء مختلفة، ينظر بصددها للمؤلف والمرجع نفسه، ص٢١.

(٦) احمد بن الحسن بن قاضي الجبل، **الأول من كتاب القواعد الفقهية على مذهب الامام أحمد بن حنبل**، من دون طبعة، دار النوادر، دمشق، ٢٠١٠، ص٣٥٣.

(٧) د. إيمان طارق الشكري، **أثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص١٤٥.

وأمَّا في البيعِ المُقترن بخيارِ التجرِبة، نجدُ أنَّ البيعَ معلقٌ على شرطٍ واقفٍ مِنْ حيثِ الأصل غير أنَّها قرينةٌ تقبل العكس كما لو اتفقا على أنْ يكونَ البيعُ معلقاً على شرطٍ فاسخٍ وعِنْدَها ينتج البيعُ آثاره، وهذا يعني أنَّ مُلكية المبيع تبقى للبائعِ ولا تنتقل إلى المشتري المشترط الخيار للأجنبي فيما لو اقترنَ خيار التجربة بخيارِ الشرط [١].

وأمَّا البيع المُقترن بخيار النقدِ في الفقهِ والقانون فهو معلقٌ على شرطٍ فاسخٍ فيؤدِّي إلى انتقالِ المُلكيَّة. والشيء نفسهِ بالنسبةِ إلى خيار التعيين والواضح أنَّ الخيار لا يمنع مِن ثبوت الملك مِنْ حين العقد فيما لو جاءَ منفرداً بغيرِ خيار الشرط وأنَّ العقد نافذٌ من حين العقد لا من وقت الاختيار وفي واحدٍ فقط أو ما تمَّ الاتفاق عليهِ مِنْ عددٍ من الأشياء المبيعة، لأنَّ المحلَ عُين فيهِ أو فيها وإن أصبحتْ محليَّة شائعة لمشاركتهِ أو مشاركتها مع بقيةِ المِحال الأخرى فما إنْ عُيَّن حتى تركزتْ فيهِ واعتبر هو المحلُ الوحيدُ الذي إنحصرتْ فيه الملكيةُ منذ انبرام العقد[٢].

ب – أثرُ الخيار على التزامِ البائع بالتسليمِ[٣]: خيار الشرط في القانونِ مُعلَّق على شرطِ فاسخٍ وبالتالي يُستتبَع ضِمناً تسليم العين ونقد الثمن.

وفي الفقهِ الإسلاميّ فقد أجمعَ جمهورُ الفقهاء على أنَّهُ لا مساغ لإجبارِ البائع على تسليمِ المبيع والمشتري على نقدِ الثمن خلال مُدَّة الخيار مالمْ يتفقا على ذلك[٤]، لإحتمالِ الفسخ قبل مُضي المُدَّة، ولكن قد يتمَّ الاتفاق على أنْ يُسقِط صاحبُ الخيارَ خياره، وهنا يكونُ مِن الممكن أنْ تتمَّ عمليَّة التسليم والإستلام

---

(١) د. اسعد ذياب، القانون المدني، **العقود المسماة، البيع والايجار والوكالة**، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص٨٦.

(٢) هذا في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام معيناً بذاته. يُنظر: د. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، مصدر سابق، ص١٩٢.

(٣) يقصد بتسليم المبيع :" أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل وكذا التسليم في جانب الثمن". يُنظر: محمد بن الحسين الانقروي، **الفتاوى الانقروية**، ج١، من دون دار ومكان نشر، ١٨٦٤، ص٢٥٤.

(٤) تتعيَّن الإشارةُ إلى أنَّ الغير الذي يمتلك الخيار لهُ القدرة الارادية الكاملة على انهاء التصرف القانوني بإرادته المنفردة سواءً أكان ذلك قبل التسليم أم بعده. يُنظر: د. محمد عبد الله حمود، **انهاء العقد بالارادة المنفردة**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص٤٠.

بيْنَهما[١]. على أنَّ هذهِ العمليَّةُ لا تُبطَل الخيار طالما أنَّ الغرض من ذلك هو الاختبارُ والنظرُ في مدى صلاحيَّة المبيع للغرض الذي يرومه المشتري والذي يتحرَّى عَنْه في هذهِ الحالةُ الغيرُ الممنوح مكنة الفسخ أو الامضاء[٢]. ولكن إذا بادرَ البائع إلى تسليم المبيع إلى الغير ليتمكَّن مِنْ فحصهِ ونظره مثلاً، فهل مِن تسويغٍ لإجبار المشتري على نقد الثمن كنظيرٍ لالتزام البائع بالتسليم؟

هُنا اختلفَ الفقه الإسلاميّ إذ ذهبَ أبو حنيفة [٣]، والشافعيَّة [٤] إلى عدم وجود تسويغ لإجبار المشتري على النقد، ولو كانَ الذيَّ نقد أولاً هو المشتري فلا يحق لهُ إجبار البائع على تسليمِ المبيع ولهُ أنْ يسترِدَ ما دفعه، وأمَّا المالكيَّة [٥] فوضعوا ضابط للمسألَة وهو "كُل ما يتأخر قبضه بَعْدَ أيامِ الخيار يُمنع النقد فيه". وأمَّا موقف الحنابِلة والاماميَّة في هذهِ المسألة، فيذهب إلى وجوب التسليم وللمشتري الإمتناع عن النقد عِنْدَ عدمه مالمْ يتمْ الإتفاق على خلافِ ذلك.

وأمَّا بالنسبةِ إلى خيارِ التجرِبة فالتسليمُ ضرورة بحتة، وإلَّا كيف يُصار إلى تجربة المبيع بِلا أنْ يكونَ هُنالك عملية تسليم وإستلام؟ بل أنَّ مسؤولية البائع المدنية تُثار عِنْدَ عدم التسليم، لأنَّه التزام تشريعي في نظرنّا لا اتفاقي على البائعِ[٦].

وبالنسبةِ لخيار النقد على صَعيدِ التقنين المدني الفرنسي نجدُ أنَّهُ لمْ يربِطْ انتقال المُلكيَّة بالتسليمِ[٧]، ورُغم ذلك، لمْ يجعلْ على البائعِ واجب التسليم طالما أنَّ المشتري لم ينقُدْ الثمنَ، ولم يمنحْهُ

---

(١) للحنفية، يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، مصدر سابق، ص٢٢. وللمالكية والشافعية والحنابلة، يُنظر: الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، مصدر سابق، ص١٥٤. وللامامية، يُنظر: الخميني، كتاب البيع، ج٥، مصدر سابق، ص٣٧٣.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، مصدر سابق، ص١٥٥.

(٣) وبنفس المعنى: امين الدين أبو محمد عبد الوهاب بن أحمد بن علي بن زهير بن وهبان الحارثي الدمشقي الحموي، **شرح المنظومة الوهبانية في فقه الحنفية المسمى تيسير المقاصد شرح نظم الفرائد**، من دون طبعة، تحقيق: د. عبد المحسن طه يونس العبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٢، ص٢٢٦.

(٤) المزني، مختصر المزني، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٥) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج٥، مصدر سابق، ص٢٠٦.

(٦) السيد حسن البغال، **الوسيط في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية**، ج١، نشر خاص، القاهرة، ١٩٦٧، ص٥٨٦.

(٧) نصت المادة (١٥٨٣) مدني فرنسي على أنه:" البيع التام بين الفريقين يكتسب فيه المشتري الملكية حكما ما أن يتم الاتفاق على المبيع والثمن ولو لم يكن المبيع قد سلم فعلا والثمن قد نقد".

مهلة اضافية للدفع[١]. وهذا يُومِأ إلى أنَّ التسليمَ متصوَّرٌ في خيارِ النقد طالما ارتضى أطراف العقد على الخيار، ويستوي الأمرُ في العقارات والمنقولات على السواء[٢]. وأمَّا المشرع المصريّ فقد نصَّ على التزام البائع بتسليم المبيع في المادة (٤٢٨) وما بعدها من القانون المدني. وأمَّا المشرع العراقيّ فقد خصص المواد (٥٣٦-٥٤٨) من القانون المدني لمناقشة التزام البائع بالتسليم. وأمَّا المشرع الأردنيّ فقد نظَّم المسألة محل الدرس في المادة (٤٨٨) وما بعدها. ومُجمل القول في هذه المسألة بغض النظر عن كونهِ مثلياً[٣] أو قيمياً[٤]، وبغض النظر عن الحكم المترتَّب على كلٍ منهما[٥]، فإنَّ التسليمَ يجب أنْ يتمَّ فورُ نقد الثمن، ولو شُرِط التأخير أو التنجيز صحَّ ذلك انطلاقاً من حُرية التعاقد.

وفي الفقه الإسلاميّ أوجبَ الفقهاء الأحناف [٦] على البائعِ تسليم المبيع في البيعِ التام، ومُستحَب اثناء مُدَّة الخيار في البيعِ بالخيارِ كما هو الحال في خيار الشرط. وأمَّا المالكيَّة[٧] فلأنَّهم يروْن أنَّ المُلكَ ثابتٌ للبائع خلال مُدَّة التجربة فلا يُمكن إجبار البائع على التسليم خِلالها وإنَّما يتمّ الانتظار ريثما ينكشف

Art. ١٥٨٣:" Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

(١) نصت المادة (١٦١٢) مدني فرنسي:" لا يلزم البائع بتسليم المبيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ولم يمنحه مهلة للدفع".
Article ١٦١٢: " Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement".

(٢) تُنظر بصدد كيفية التسليم في العقارات والمنقولات المواد (١٦٠٥ و١٥٠٦) من التقنين المدني الفرنسي.

(٣) هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بالوفاء، والتي يجري العرف على تعيينها بالعدد أو المقاس أو الوزن. يُنظر: زهدي يكن، **العقارات واقسامها في لبنان وفرنسا**، من دون طبعة المكتبة العصرية، لبنان، ١٩٦٣، ص٣٢.

(٤)هي الأموال التي لها قيمة خاصة، ولا يقوم غيرها مقامها، ولو كان من نوعها، مثل الحيوانات. يُنظر: د. محمد كامل مرسي بك، **الملكية والحقوق العينية**، من دون طبعة، المطبعة الرحمانية، مصر، ١٩٢٣، ص٨٣.

(٥)الحكم في المعينة بالنوع هو عدم استطاعة التسليم إلا بعد الافراز وفقاً للمادة (١/٢٤٨) مدني عراقي. والمادة (١/٢٠٥) مدني مصري، والمادة (١١٤٧) مدني اردني والمادة (١٥٨٣) مدني فرنسي. أما الحكم في الأشياء المعينة بالذات فإن ينتقل إلى المشتري بمجرد التسليم مالم يكن من الأشياء التي تستلزم التسجيل كالعقارات وفقاً للمادة (٢٤٧) مدني عراقي. والمادة (٢٠٤) مدني مصري، والمادة (١٩٩) مدني اردني والمادة (١٦٠٦) مدني فرنسي.

(٦) وبنفس المعنى، يُنظر: الجرجاني الحنفي، **خزانة الاكمل في فروع الحنفي**، ج٣، مصدر سابق، ص٣٧٠.

(٧) جمال الدين الأسنوي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول**، ج٤، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٩٤.

أمر البيع بالإجازة أو الفسخ. وأمَّا فقهاء الشافعيَّة[١] فلديهم أقوالٌ عديدة تنوعتْ بَيْنَ وجوب التسليم مِنْ عدمه. وأمَّا الحنابلة [٢] والإماميَّة [٣] فيروْن وجوبَ تسليم المبيع إلى المشتري وإنْ شُرِط الخيار لأجنبي، بل ويجب على المشتري نقد الثمن، ويتضَّح مِنْ ذلك أنْ الحنابلة والإماميَّة يُساوون في الأثر بَيْنَ البيع التام والبيع بالخيارِ، كلهُ مالمْ يتمْ الاتفاق على عكسهِ.

وأمَّا بالنسبةِ إلى خيارِ التعيين في القانونِ فيتبع ما جاءَ بالقواعدِ العامة في عقدِ البيع والتي سبق التطرَّق إليها. وفي الفقهِ الإسلاميّ المُجيز لهذا الخيار لم نجدْ موقفاً شافياً مِن التسليم وعدمه، ولكن كون الأشياء الأُخرى تبقى أمانة بيده فهذا يعني أنَّهُ قد تسلمها فعلاً، وبالتالي لا نرى مانعاً مِنْ تسليم المبيع في البيع المُقترن بِخيار التعيين سواءً شُرِطَ للغير ابتداءً أم إقترنَ بهِ خيار الشرط.

جـ- أثرُ الخيار على التزامِ البائعِ بِضمان مَحل العقد: الأصلُ أنَّ الضمانَ على المالك مالمْ يثبُتْ العكس. وليس المقصود بالضمانِ هنا ضمان التعرض والاستحقاق المعروفيْن في القانون المدني[٤]، بل ضمان وجود المبيع وعدم اتلافه، أو هلاكه. وتتحقق هذه الفرضيَّة فيما لو كانَ الخيارُ للبائع، أو إنْ كانَ لهُ وللمشتري، ونحنُ نرى إنْ كانَ للبائعِ والغير، وهلكَ محل العقد بيده، فهو ضامن لأنَّهُ المالك وفقاً لرأي أبي حنيفة وصاحبيْه[٥]، ومصير العقد هنا هو الإنفساخ.

وعليهِ، إنْ كانَ الخيار للبائعِ أو للغيرِ، وقد قبضَ المُشتري المبيع فهلك في يده أيَّان مدة الخيار، يُعَدُّ المشتري ضامناً لمحل الخيار لأنَّهُ مقبوضاً على سومِ الشراء ولم يرضْ البائع إلَّا أنْ يكون المبيع مقبوضاً على جهة العقد لا جهة الأمانة، ولأنَّ البيع انفسخ هنا فلا نفاذ للموقوف بهلاك المحل إذا عُدَّ

---

(١) ابو نصر تاج الدين عبد الوهاب بن علي الكافي السبكي، **طبقات الشافعية الكبرى**، ج٤، ط٤، تحقيق: عبدالفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناحي، دار احياء الكتب العربية (فيصل عيسى البابي الحلبي)، بيروت، ١٩٦٤، ص٢٤٩.

(٢) تُنظر المادة (١٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل والتي نصت على الشرط الخامس من شروط صحة البيع والذي ينص على :" القدرة على تسليم المبيع والثمن". اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، ١٩٧٢، ص٣٨.

(٣) أحمد الموسوي الروضاتي، اجماعات فقهاء الامامية، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٧.

(٤) تنظر المادة (١٦٢٦) مدني فرنسي، والمادة (٥٤٩) مدني عراقي، والمادة (٤٣٩) مدني مصري، والمادة (٥٠٣) مدني اردني. وللقضاء الفرنسي أحكام بصدد ذلك، يُنظر بشأنها:
Cass. Civ. I ere ch, ٢٩ avril ١٩٨١. Available at: www.legiffrance.gouv.fr.

(٥) وبتعبيرهم يوجب بطلان البيع. يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع (طبعة دار الكتب العلمية)، ج٧، مصدر سابق، ص٢٨٩.

الخيار موقِفاً للعقدِ وفقاً للشافعيَّة[١]. ويكون الضمانُ بالمِثلِ إنْ كانَ مثلياً وبالقيمة إنْ كانَ قيمياً[٢]. وإنْ كانَ الخيارُ للمشتري القابض ومثله الغير فهلكَ في يدهِ فالضمان منهُ ايضاً بالثمن[٣]، ولدى المالكيَّة[٤] أنَّ الأصل هو الضمانُ على البائع قبض المشتري المبيع أم لمْ يقبض بعد انتفاء شُبهة التقصير لدى المشتري، وكذلك الإماميَّة –كما مرَّ– على الرُّغم من أنَّهم ملَّكوا المشتري محل الخيار إلَّا أنَّهم جعلوا الخيار على مَنْ ليسَ لهُ الخيار بشرطِ حصول القبض، فمثلاً لو كانَ الخيارُ للمشتري فالضمان على البائع. ففي حالةِ الضمان من البائعِ، وكانَ قد قبض الثمنَ، وغابَ ومِنْ ثَمَّ ادعى التلف والخيار لغيرهِ كالمشتري أو الغير– يكون هنا ضمانه بالثمن لدى المالكيَّة كذلك [٥]. وقدْر تعلُّق الأمرُ بخيارِ التجربة والنقد والتعيين فيسري عليهم ما يسري على خيار الشرط إنْ اقترن بهم أو شُرط الخيار منذ البدء للغير، ونرى أنَّ القانون قد نصَّ على أنَّ المشتري يُعَدُّ قد ضمَن المبيع فيما لو هلك في يده بعد القبض[٦].

٢– **أثرُ الخيار في التزام المشتري بدفع الثمن**[٧] : يلتزم المشتري بعدة التزامات في عقد البيع، منها الالتزام بدفع الثمن وفوائده،

---

(١) الشيباني، اختلاف الائمة العلماء، ج١، مصدر سابق، ص٣٥٢.

(٢) د. محمد بن إبراهيم بن عبدالله الموسى، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٩، ص١٢٢. ابو الثناء محمود بن أحمد بن محمد الهمداني الفيومي ابن الخطيب الدهشة، **مختصر قواعد العلائي والاسنوي**، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٤٨.

(٣) أبو عمر يوسف بن عبدالله ابن عبد البر القرطبي، **فتح المالك بتبويب التمهيد لابن عبد البر على موطأ الامام مالك**، ج٨، تحقيق: د. مصطفى صميدة، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص١٥٦.

(٤) ومنهم من قال إن كان الخيار للبائع فالضمان على المشتري. يُنظر: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميري المالكي، الشامل في فروع المالكية، ج٢، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص٨٢.

(٥) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج٢، مصدر سابق، ص٨٦.

(٦) ولكن قد يثور تساؤل عن مدى إمكانية تصرف الغير المشروط له بالمبيع على حقوق الغير؟ نرى أن الغير الأخير يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بتوافر شرطيها وهما حسن النية والسبب الصحيح، وبعد ذلك نتجه إلى تطبيق القواعد العامة. تُنظر المواد (٢٢٧٩) مدني فرنسي، والمادة (٩٧٦) مدني مصري، والمادة (١١٦٣) مدني عراقي، والمادة (١٠٧٦) مدني اردني بنفس المعنى.

(٧) أُثير خلافٌ كبير بشأن ما يُعدّ من النقود. فعلى صعيد القانون نصت المادة (٥٢٦) من القانون المدني العراقي بصدد تعريفها للثمن على أنَّه:" ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلَّق بالذمة"، وهذه ينوَّه على أنَّ هذا المشرع لم يشترط أنْ يكون الثمن نقداً

والالتزام بتسلُّم المبيع[١]. ولا يؤثِّر خيار الشرط والتجربة والتعيين في هذهِ الالتزامات لأنَّ العقد وإنْ كانَ غير لازمٍ لإقترانه بالشرطِ إلَّا أنَّهُ يرتِّب آثاره حتى لو كانَ على خطرِ الزوال[٢]. بدليل أنَّ العقد قد حُددَ فيه المبيع والثمن وتوافرت أركان صحته، ما خلا الاتفاق على مَنح الغير حقاً إرادياً محضاً بفسخِ العقد عِنْدَ تحقق سبب الإشتراط وليس المقصود من لفظةِ الإشتراط هو جَعلُ الخيار شرطاً لأننَّا لا نراه شرطاً بالمعنى الفني للكلمةِ بل هو مكنةٌ كما بينَّا. ماعدا خيارِ النقد الذي يؤَّخر فيه النقد لأجلٍ يتراضى عليه أطرافُ العقد.

وعلى صعيدِ الفقه الإسلاميّ نرى أنَّ ما يجري على خيارِ الشرط مِن أحكام تخصّ تسليم المبيع نفسها تسري على الثمنِ باعتبارهِ البدل المُقابل لتسليمِ المبيع. وبالنسبةِ إلى خيارِ التجربة والتعيين وحتى خيار الشرط فإنَّ الثمنَ مدفوعٌ سلف مالمْ يتم الاتفاقُ على تأجيله أو تعجيله وفقاً لقانونِ الإرادةِ. وأمَّا بالنسبةِ إلى خيار النقد، فإنَّ الفقهَ[٣] يُثيرُ مسألة تتمثَّل في طُرقِ دفْع الثمن ولا حاجة لمناقشةِ مثل هذهِ المسألةِ ذلك أنَّ الاتفاقَ هو السلطانُ الذي يَحكمُ عملية الوفاء بالثمن.

ما خلا الحالات التي يكونُ فيها البيع مطلقاً وفقاً للمادة (٥٧٥) من ذات القانون والتي بيَّنت ماهيَّة البيع المطلق بأنَّه" البيع الذي لم يُذكر في العقد تأجيل الثمن أو تعجيله فيجب فيه الثمن مُعجَّلاً". والمادة (٤١٨) مدني مصري اشترطت الصفة النقدية في الثمن. ولم يشترط المشرع الأردني كون الثمن نقداً بدليل أن المادة (٤٨١) من القانون المدني الأردني قد نصت على أنه:" إذا حدد الثمن بنوع من النقود وكانت له افراد مختلفة انصرف إلى اكثرها تداولا في مكان البيع". ولم نجد نصاً في القانون الفرنسي يشترط الصفة النقدية في الثمن.

(١) تُنظر المواد الاتية بصدد ذلك: المادة (١/٥٧١) مدني عراقي وتقابلها (١/٤٥٧) مدني مصري، والمادة (٥٢٢) اردني.

(٢) تجدر الإشارة إلى أنَّ هناك من ينتقد فكرة منع المشتري من التصرف بالمبيع بعد استلامه وإنْ كانَ معلقاً، ذلك أنَّ المنع يؤدي إلى ركود اقتصادي لذلك يجب تقييد خيار الرجوع عن العقد إلَّا إذا وجدت هنالك ضرورة تفرضه. يُنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، مصدر سابق، ص٢٢٢. وتنتج هذه الحالة بسبب حالة الترقب والانتظار التي يكون فيها العقد وأطرافه خلال مدة الخيار، لذلك لا مجال لقبول فكرة الضرورة لأننا حددنا طبيعة الخيار بأنه مكنة أو حق ارادي محض (حق تقديري أو مطلق غير مسبب) وبالتالي هو يتوقَّف على مجرَّد مشيئة صاحبه وبالتالي هو مَن يُقدر الضرورة لا القضاء إنْ أريد بالضرورة الضرورة المقدرَّة قضائياً.

(٣) فعلى سبيل المثال نجدُ أنَّ الأصل في البيع المطلق – كما رأينا – أنْ يكون نقوداً لأنَّ النقود هي التي تُميِّز عقد البيع عن المقايضة، وقد يكون الوفاء بالمثليات (مادة ٦٤ مدني عراقي، ٨٠ مدني مصري، ١/٥٦ مدني اردني)، ويجوز أن يكون الوفاء عن طريق الورقة التجارية متى ما حدد المبلغ الذي يلتزم به المشتري تجاه البائع أو عن طريق النقود الالكترونية. ويدعم هذا الاتجاه المادة الأولى من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع. على خلاف المشرع الاماراتي الذي لم يجز إلا أن يكون المقابل من النقود وفقاً للمادة (٤٨٩) معاملات مدنية.

ثانياً: أثرُ فسخ العقد باستعمالِ الخيار: فلو إستعملَ الغير المكنة الممنوحة له بالفسخِ وكانَ العقدُ مِن العقودِ الناقلِة للمُلكيَّة كعقد البيع كانَ أثرُ ذلك إنحلال العقد من أصلهِ ويُعَدُّ في حكمِ العدم(١)، ويجب إعادةِ الحال إلى ما كانتْ عليه قبل إبرام العقد(٢)، وإعادة العوضين كُل إلى صاحبهِ فلو تسلَّم المشتري أو الغير المبيع وجب رده مع نفقاتهِ، ويجب إنْ كانَ البائعُ قد قبض الثمن أنْ يرده مع الفوائدِ القانونيَّة، ويجوز لكلٍ منهما حق حبس الشيء الذي في يدهِ حتى يستوفي حقهِ الذي لدى الآخر، والمُطالبة بالتعويضِ إنْ كانَ له مقتضى(٣). أمَّا بالنسبةِ إلى العقودِ المُستمرة فلا يمكن أنْ يكونَ فسخُها بأثرٍ رجعي(٤).

---

(١) وبنفس المعنى: د. سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٧٤، ص٤٠٥.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، **نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، ٢٠١١، ص٤٣.

(٣) يُنظر القضاء العراقي الى التعويض بوصفه أثر من آثار الفسخ وبالتالي يجب أن يطلب مع الفسخ فيما لو كان الفسخ قضائياً. يُنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٧٩/ تعويض/ ١٩٨١ في ١٩٨١/٥/٢ متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي:www.hjc.iq ، شوهد في ٢٠٢٣/٥/٢. والحكم رقم ٤٤٣/ منقول/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٣ مذكور لدى: لفته هامل العجيلي، **المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، ج٢**، ط١، مكتبة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣، ص١٦٧. وفي الفقه الإسلامي لا يُعرف التعويض بل يعرف الضمان ولا يشمل الضمان ما فات على البائع من كسب وما لحقه من خسارة بل يكون المثل إذا كان الشيء التالف مثلياً والقيمة إن كان قيمياً. تُنظر المادة (٤١٦) من مجلة الاحكام العدلية. وللمزيد، يُنظر: د. سيد عواد علي، **احكام الضمان (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)**، بلا طبعة، دار الطباعة المحمدية، مصر، ١٩٩٢، ص ١٣١.

(٤) برز اتجاه في الفقه الفرنسي يعبّد الطريق نحو خضوع العقد المستمر في حاله فسخه الى الأثر الرجعي لا على أساس صعوبة إعادة الحال الى ما كانت عليه، بل على أساس تقسيم العقد المستمر الى عدة عقود تتوالى في الأزمان، فكل نطاق زمني يقابله عقد مستقل، فإذا فُسخ العقد فإن الفسخ لا يتعلق إلا بالعقد المقابل لهذه الفترة، وهذا ما يُعرف بـ "متوالية العقد Succession de contrats". يُنظر: د. عمر علي الشامسي، مصدر سابق، ص ١٩٩. وكذلك: د. عبد الحكم فودة، **الموسوعة الوفية في العقود، انهاء القوة الملزمة للعقد**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١١، ص١٠٦. كما نتحفظ على من يقول بعدم صحة اسباغ لفظ الفسخ على انهاء العقود المستمرة. يُنظر: علاء جريان تركي الحمداني، مصدر سابق، ص ٣٦. ويناقض رأيه جانب من الفقهاء رجعية الفسخ حتى برزت دعوات جادة الى تعديل المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي او إضافة نص جديد. يُنظر للمزيد: د. نبراس ظاهر جبر، **الحد من الأثر الرجعي لفسخ العقد**، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد (٨)، العدد (١)، ٢٠١٧، ص ١٨٠. وذلك لأن الآثار العملية للفسخ والانهاء متطابقة لأن كل منهما يؤدي الى فسخ العقد بالنسبة الى المستقبل ذلك أن الذي يقرأ نص المادة (١٢٢٩) مدني فرنسي يجد أن المشرع استخدم عبارة "أن الفسخ ينهي العقد" La resolution met fin au contrat ، بمعنى أن الفسخ

لأنَّ الزمنَ فيها عنصرٌ جوهري فتبقى المُدَّة السابقة على الفسخِ مُحتفظة بآثارها القانونية ولا يمكن أنْ ينالَ منها الفسخ، فلا يُمكن إعدام أثر ما مَضى مِن الزمن فما مَضى لا يَعود[١]، وفي الفقهِ الإسلاميّ نجدُ تشظياً واضحاً في الآراءِ حَوْلَ فكرة الفسخ بأثرٍ رجعيّ، أو الإقتصار[٢]، والإستناد [٣]، ويُمكن حصرها باتجاهين فإما الأوَّل ويُمثله الحنفيَّة[٤]،

وفقا للبناء الذي جاءت به المادة محل الذكر لم يعد يؤدي الى اعتبار العقد كأنه غير موجود أصلا، وغابَ عن هذا الرأي أن الأثر الرجعي إهتزَ في ظل محاولات الفقه في كبح جماحه في الفسخ، على الأقل، في حالة الاتفاق على عدم إعمال الأثر الرجعي لأن الأثر الرجعي ليس من النظام العام ، كما إن خصوصية حماية الغير تتطلب إنكار الأثر الرجعي للفسخ. يُنظر: د. عمر علي الشامسي، مصدر سابق، ص ٣٧٩. حتى خلص هذا الرأي إلى الإقرار بإمكانية اعمال النظامين (الفسخ والالغاء) في إطار العقود الزمنية متى ما توافرت شروط اعمالها مع المحافظة على خصوصية كل منهما. يُنظر: علاء جريان تركي الحمداني، مصدر سابق، ص ٣٧. زد على ذلك أن عقد الايجار مثلاً يفسخ ولا ينهى في حال عدم تسليم المأجور الى المستأجر من جانب المؤجر متى ما طلب المستأجر ذلك، وهنا يتم اعمال الأثر الرجعي فعلى المؤجر أن يرد إلى المستأجر ما تم دفعه من الأجرة. يُنظر: محمد عزمي البكري، **فسخ العقد**، مندون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧، ص١٣٢. ومثلهُ عقد المقاولة إذ احتدم السِجال حول مصيره فيما لو تم "انهاءه" بالإرادة المنفردة، مما دفع الفقه الى التسليم بأنه عقد ذو طبيعة خاصة لأنه عقد فوري اذا كان العمل المطلوب القيام به لا يحتاج الى فاصل زمني لإنجازه، وهو عقدٌ مستمرٌ إذا كان العمل المطلوب إنجازه يحتاج الى مدة زمنية معينة للقيام به، وفي الحالتين فهو ليس بمأمن من الأثر الرجعي. يُنظر: بسام فلاح جسام، **انهاء عقد المقاولة بالارادة المنفردة**، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢١، ص١٣٤. بدليل أن إصلاحات المشرع الفرنسي التي تمثلت بتعديل القانون الفرنسي لسنة ٢٠١٦ قد " تخلت عن الأثر الرجعي للعقود، بل إنه تخلى أيضا عن التمييز بين العقد الفوري والعقد الزمني " يُنظر:

Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Stefan Vogenauer , **Cases, Materials and Text on Contract Law**, Bloomsbury publishing, ٢٠١٩, No Page. See the article ٩:٣٠٣: notes of termination.

(١) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، **ملكية الشقق (دراسة عملية وفقهية مقارنة)**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧، ص٢٤٠. محمد حسين فضل الله، **فقه الشركة**، من دون طبعة، دار الملاك، كربلاء، ٢٠٠٢، ص١٦٣.

(٢)الاقتصار هو ثبوت الحكم في الحال . يُنظر: عبدالله بن عبدالواحد بن عبد الكريم الخميس، **التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي**، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٣، ص٢٤.

(٣)الاستناد هو ثبوت الحكم في الحال مستندا إلى ما قبله بشرط بقاء المحل كل المدة. يُنظر: خليل عبد الكريم كونتج، **الموسوعة الفقهية الميسرة**، ج١، من دون طبعة، مكتبة سيدا، تركيا، ٢٠١٢، ص٢٤٧.

(٤) ويرى الحنفية أن لا جبر على البائع بتسليم المبيع ولا المشتري بدفع الثمن خلال مدة الخيار لاحتمال الفسخ، ويجوز تراضيهما على خلاف ذلك. يُنظر: ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج٤، مصدر سابق، ص١١٤٣.

والشافعيَّة[١] فيَروْن أنَّ الفَسْخَ يزولُ بهِ العقد مِن أصلهِ ويمتدُّ أثره إلى الماضي، حتى أنَّ العقدَ المَنفسخ أو العقد المفسوخ يُعدُّ في حكمِ العَدم وهذا هو الفسخُ مستنداً، وأشهرُ مثال لهُ الفَسخ بخيارِ الشرطِ وخيار الرؤية، وأمَّا الاتجاه الثاني وهو مذهبُ الفقه الحنبلي[٢] فيَرى أصحابه أنَّ الفسخُ يزول بهِ العقد مِنْ حينِ وقوع الفسخ ولو كانَ الفسخُ نقضاً للعَقدِ مِن أصلهِ للزم تقدَّم المُسبب على السببِ وهذا اللزومُ باطلُ [٣]، وهذا هو الفسخُ مقتصراً، ويتفقُ معهم أيضاً فقهاء المالكيَّة [٤].

المَطلبُ الثانيّ

أثرُ الخيار في المسؤوليَّة المَدنيَّة

إذا كانَ الشافعيَّةُ والحنفيَّةُ قد عَقدوا العَزم على ضرورةِ إستحصال مُوافقة الغير على مَنحه خيار الفسخ أو الإمضاء– كما تقدَّم– فهل يعني ذلك أنَّ هذا القبولُ يُمكن أنْ يُغير مِنْ طبيعة مسؤوليَّته عَن الفسخ غير المُبرر؟ وأي نوعٍ مِن أنواع المسؤوليَّة المدنيَّة[٥] تنطبق عليه، وهل هي المسؤوليَّة المدنيَّة

---

(١) نقلاً عن: د. هيزع ناصر البركاتي، القضاء في العقود المالية طبقاً للشريعة الإسلامية، ط١، E-Kutub Ltd، لندن، ٢٠٢٢.ص٢٩.

(٢) نقلاً عن ابن تيمية. يُنظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، **الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان**، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٩٢.

((٣)) محمد قدري باشا، **مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان**، تحقيق: د. مجدي باسلوم، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٦٠. النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٣، مصدر سابق، ص٢٥٩.

((٤)) د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وادلته**، ج٥، ط٤، دار الفكر، دمشق، من دون سنة نشر، ص٣٢١٨. كما تجدر الإشارة إلى أن الامام مالك كره دفع الثمن خلال مدة الخيار ولم يكره تسليم المبيع إلى المشتري خلالها لأن المشتري بحاجة الى تقليب المبيع أو تسليمه للغير ليتمكن من اعمال مكنته. يُنظر: الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج٥، مصدر سابق، ص٦٣. ومن المفيد الإشارة إلى أنَّ المالكية تطرقوا إلى فكرة (وقف الثمن) أي إيداعه لدى أمين ريثما ينكشف أمر البيع أينفذ أم يُفسَخ؟ قياساً على حكم (الأمة المواضَعة) وهي التي توضع عند أمين انتظارا لظهور براءتها من حمل أو تبين حملها.. يُنظر للمزيد: صالح عبد السميع الآبي الازهري، **الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٣٨٥ وما بعدها.

(٥) يقصد بالمسؤولية المدنية: "التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر". يُنظر: عواد أحمد ادريس، **الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن**، من دون طبعة، دار ومكتبة الهلال، لبنان، ١٩٨٦، ص٢٨. وتقوم المسؤولية على ثلاثة أركان: الخطأ. يُنظر بصدد موقعه كركن من اركان المسؤولية: د. صدقي محمد أمين عيسى، **التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤، ص٢١٨. وهناك مَن يجعل التعدي الذي لا يعني الخطأ بالمعنى القانوني هو أساس المسؤولية. يُنظر: د. عصمت عبد

العقديَّة أم التقصيريَّة[1] ؟ وقد لا يقتصرَ الأمرُ على المسؤوليَّة المدنيَّة فحسب، بل قد يُسأل جزائياً إذا تشكَّلت معالم جريمة معينة كخيانة الأمانة مثلاً[2]. فهل هذهِ المسؤوليَّة تتشابه مع الأُطر العامة للمسؤوليَّة المدنية أم تتمايز عَنْها؟ وما هي الكيفيَّة التي تتحققُ بها؟ وعلى هذا الأساسُ سَنُقسِّم هذا المطلبُ إلى فرعين؛ نتناولُ في أولِّهما خُصوصيَّة مسؤوليَّة الغير، وفي ثانيهما نتوقفُ مع كيفيَّة ثبوت مسؤوليَّة الغير.

الفرعُ الأوَّل

خصوصيَّة مسؤوليَّة الغير

تُعدُّ المسؤوليةُ المدنيةُ النظام القانوني الذي بمقتضاه يتحمَّل الشخص مغبَّة التعويض عَن الضررِ الذي أصابَ الغيرِ بسببهِ، ولأنَّ الغيرَ مُعيَّن بالإتفاق بَيْنَ المُتعاقدين، فإنَّ خطأه المُوجب للتعويضِ إنْ أدى إلى حدوثِ ضررٍ بالمتعاقد الشارط أو بالمتعاقد الآخر يجب أنْ ينضوي تحت أساس قانوني مِن الأُسسِ

المجيد بكر، **المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٧٥. صلاح الدين محمد الداود، **التعويض عن القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٧٨، ص٢١٣ ما بعدها. والركن الثاني هو الضرر وهو "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواءً كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسده أو عاطفته أو بماله أو شرفه أو باعتباره أو غير ذلك". يُنظر: د. سليمان مرقس، **محاضرات في المسؤولية المدنية**، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، مصر، ١٩٥٨، ص٤٢. د. حسام الدين كامل الأهواني، **النظرية العامة للالتزام**، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، من دون دار نشر، مصر، ١٩٩٥، ص٥٠٤ وما بعدها. والركن الثالث هو علاقة السببية السببية هي اسناد أي أمر من أمور الحياة إلى مصدره. يُنظر: د. نشوة العلواني، **نظرية السببية الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي**، من دون طبعة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، دار الفرقان للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤، ص٧٣. واشترطتْ المادة (١١٤٧) مدني فرنسي توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومثلها المادة (١٦٥) مدني مصري، والمادة (٢١١) مدني عراقي، والمادة (٢٦١) مدني اردني. وللمزيد عن الرابطة السببية، يُنظر: د. حسن علي الذنون، **المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية**، تنقيح: د. محمد سعيد الرحو، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

(١) يرى اتجاه في الفقه أن المسؤولية عن التعسف بسوء نية في استعمال الخيار هي مسؤولية تقصيرية دائماً. يُنظر: د. صبري حمد خاطر، **النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)**، ط١، منشورات كلية الحقوق/ جامعة البحرين، ٢٠٠٩، ص٢٣٣.

(٢) د. محمود عبد الرحيم الديب، **أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، من دون سنة نشر، ص٥١.

التي تقوم عليها المسؤوليَّة المدنيَّة، وهذا الأمرُ يقتضي تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين، نتناولُ في الأولى الأساس القانوني لمسؤولية الغير، وفي الثانية الأساس الإجرائي لمسؤولية الغير.

أولاً: الأساسُ القانوني لمسؤوليَّة الغير: ويقتضي بيان أساس مسؤوليَّة الغير مناقشة أُسس المسؤوليَّة المدنيَّة للتوصُّل لتحديد أساس مسؤوليَّة الغير.

١ – **المسؤوليَّة المدنيَّة القائمة على أساسِ خطأ واجبِ الاثبات:** وهنا يُثار تساؤلٌ عَن مدى استيعاب قواعد المسؤوليَّة المدنيَّة القائمة على خطأ واجبِ الاثبات لخطأ الغير الممنوح مكنة الفسخ؟ فبالنسبةِ إلى المسؤوليَّة التعاقديَّة [١] فإنَّ الأساسَ لها هو الخطأ العقدي والذي يتجسَّدّ في عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو التأخر في التنفيذ[٢]. فلو أُبرِم عقدُ التجربة بين الغير والعاقد الشارط على أنْ يتولَّى الأول تجربة المبيع بنفسه، غير أنَّه يخلفَ التزامه فيعهد إلى غيرهِ بإجراء التجرِبةِ ويترتَّب على ذلِك نهوض مسؤوليَّته المدنيَّة التعاقديَّة بل ونهوض المسؤوليَّة التقصيريَّة للغيرِ الذي استخدمه المشروط لهُ الخيار، ولكن هل يُمكن أنْ يسألَ البائعُ المشتري عن فعل الغير الضار على أساس المسؤوليَّة التعاقديَّة، أي بوصفِ الغيرِ مُتعاقداً مع المتعاقدِ الشارط؟

لمْ تتضمَّنْ القوانينُ محل المُقارنة نصاً يُقرر مسؤوليَّة الانسانُ التعاقديَّة عَنْ فعل غيره ولكن يُمكن تقفي أثر بعض النُصوص المُتناثرة في تلك القوانينُ التي تُجيز إثارة مسؤوليَّة الإنسان عَنْ فعلِ غيره مسؤوليَّة تعاقدية[٣] وما يهمُنا في هذا المقامُ هو الرأي الذي يذهبُ إلى فكرةِ أنَّ الغيرَ نائبٌ عَن العاقد في

---

(١) استخدم المشرع العراقي لفظة (المسؤولية التعاقدية)، على غرار مؤلفات شراح القانون المدني التي تسميها (المسؤولية العقدية). على الرغم من عدم المائز بين المفردتين. ونجدُّ المشرع العراقي تارةً يستخدم كلمة "الضمان" مثلاً في المواد ١٦٨ و١٨٧ و١٩٠ و١٩١ وغيرها، وتارةً يستخدم لفظة المسؤولية المدنية في نصوصٍ أُخر مثلاً ٢٠٣ و ٢١٢ و٢١٦.

(٢) يُنظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٧٣٤ لسنة ٦١ق، جلسة ٢٠٠٧/١/٢٣ نقلاً عن: د. أمل نور الدين طاهر، **خصوصية المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية للنفايات الخطرة (دراسة مقارنة)**، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨، ص٦١.

(٣) يجوز للمتعاقد الاتفاق على عدم مسائلته مدنياً عن الغش والخطأ الجسيم الذي يُقترف من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته. تُنظر المادة (٢٥٩) مدني عراقي. وتقابلها المادة (١٢٤٢) مدني فرنسي، (٢١٧) مدني مصري والمادة (١/٢٨٨) مدني اردني. وتثبت هذه المسؤولية بشرطين الأوَّل: أنْ يكون العاقد الشارط قد كلَّف الغير بإجازة أو فسخ العقد وتنفيذه كلاً أو بعضاً، فعلى سبيل المثال الولي الذي يبرم عقداً يجعل فيه الخيار للغير في إجازة أو نقض العقد بعد تجربته يكون للطرف المتعاقد الآخر الرجوع على الصغير بسبب إخلال الولي بتنفيذ التزاماته تجاه البائع سيما في حالة إلحاق الضرر

تنفيذ إلتزاماته، تلك الفكرةُ التي تعرَّض لها الفقهُ الإسلاميّ فعندما يُمثِّل شخصٌ شخصاً آخر فإنَّه يحل محله وينصرف أثر التصرُّف إلى الأصيلِ لا إلى النائب، فما إنْ إرتكبَ الأخير خطأ حتى نُسِبَ إلى الأصيل الممثَّل. ولكن ما هو مصيرُ الاشتراك في إحداث الخطأ بين المتعاقد والغير؟

إزاء خلو القوانين محل المُقارنة من نصٍ صريحٍ يحكُم هذهِ الحالةُ، وتشعُّب رؤى الفقه القانوني[١] يمكن القولُ أنَّ البائعَ يرجعُ على المُشتري بالضمانِ وفقا لأحكامِ المسؤوليَّة التعاقديَّة خُصوصاً إنْ كانَ هو مَنْ قبض المبيع وسلَّمه للغيرِ، ويستطيع أنْ يرجعَ على الغيرِ وفقاً لأحكام المسؤوليَّة التقصيريَّة، ويُمكن للمشتري أنْ يرجع على الغير طبقا لأحكام المسؤوليَّة التعاقديَّة إنْ كانَ قد إرتبطَ مع الغيرِ بموجبِ عقد، أو وفقاً لأحكام المسؤوليَّة التقصيريَّة إنْ لمْ يكُنْ بينهما عقدٌ. كما تجدرُ الإشارةُ إلى أنَّ الغيرَ يسأل فيما لو كانَ مرتبطاً بعقدٍ مع الشارطِ عن الضررِ المُباشر المتوقع[٢]، وفي حالةِ الغش والخطأ الجسيم يُسأل الغير عن الضررِ المُباشر المُتوقع وغير المُتوقع عقوبةً مِن القانون لهُ[٣].

بالمبيع بسبب التجربة مع علم العاقد الشارط بالإضرار وسكوته عنها بسوء نية. يُنظر بمعنى مُقارب: د. حسن علي الذنون، **المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر**، بلا طبعة، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، من دون سنة نشر، ص١٠٥. أكرم محمود حسين البدو، **المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل/ كلية القانون، ص٤٣. وهنا نلحظ أن العاقد الشارط قد تمت مساءلته عن خطأه والغير مثله أيضاً. الثاني: أنْ يكون قد صدر من الغير الذي أُنيط به تنفيذ العقد كُلاً أو بعضاً خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. يُنظر بصدد ذلك: الذنون، المبسوط، ج١ الضرر، مصدر سابق، ص١٠٦.

(١) هناك مَن يرى أنَّ مسؤولية الغير والمشتري مسؤولية تعاقدية قياساً على نظرية المساهمة الجنائية فالفاعل الأصلي هو المشتري الذي منح الغير مكنة الفسخ، ومسؤوليته تعاقدية وهذه الصفة تنسحب على الغير كذلك، لأنَّه مساهم معه، وانتقدت هذه الفكرة لأنها خاصة بقانون العقوبات وهي فكرة غريبة عن القانون المدني وفقه، وعلى صعيدٍ آخر ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار هذه المسؤولية مسؤولية تقصيرية لكلٍ من المشتري والغير بدليل أنَّهم مسؤولون عن تعويض البائع على سبيل التضامن ولا يفترض التضامن في المسؤولية التعاقدية بل في المسؤولية التقصيرية وقيل في الرد على هذه الفكرة أن الحديث يدور حول الالتزام التضاممي لا التضامني. وللمزيد يُنظر: الذنون، المبسوط، الضرر، مصدر سابق، ص١٠٧. غني ريسان جابر، **فكرة الالتزام التضاممي**، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠٠٥، ص٧. د. نبيل إبراهيم سعد، **التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن**، ط٢، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٠، ص٣٦.

(٢) د. اشرف محمد مصطفى أبو حسين، **التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني والفقه الإسلامي**، من دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣٩٧.

(٣) حسن حنتوش رشيد الحسناوي، **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص١١٠.

وفـي الفقهِ الإسـلاميّ المُعاصـر يجبُّ تعويضِ الضـرر لا علـى أساسِ المسؤوليَّة التقصـيريَّة، أو العقديَّة، بل على أساسِ الضمان الذي يعرفُّه الفقهُ الإسلاميّ[١]، فالعاقدُ المُمتنع عن تنفيذِ التزامه يُجبر على التنفيذِ ذلك أنَّ امتناعه يُشكل معصيةً يستحق على إثرها التعزير إلى أنْ يمتثل[٢]، ونجدُّ كذلك أنَّ الإماميَّة[٣] قد فصلَّوا القولَ في هذا الأمرُ، فقالو أنَّ المبيعَ فيما لو أتلفه الغير يتخيَّرُ المشتري بيْن الامضاء والفسخ، فلو أمضى رجعَ على الغير المُتلِف بالمثلِ أو بالقيمةِ، وذلك على زعم أنَّهُ أتلفَ ماله، ومَنْ أتلفَ مال غيره فهو ضامِنٌ، ولكن البائعَ على مَنْ يرجع؟ هنا عالج الإماميَّة ثلاثةَ فُروضٍ:

أولها **رجوع البائع على المتلف (الأجنبي)** انطلاقاً مِنْ فكرة العُهدة؛ لأنَّ العينَ ملكاً للبائع عِنْدَ التلف أو الفسخ، وهي في عُهدةِ المُتلِف فتكون كما لو كانتْ موجودةٌ عِنده، ومِنْ ثَمَّ لا مناصَ مِن رُجوعها إليهِ. لذلك يرجع البائعُ على المشتري، والأخير يرجع على الغير المُتلِف على سبيلِ الغرامة[٤]، بمعنى أنَّ الفسخَ يوجب رد كل مِن العوضين إلى صاحبهِ، فيُلزم المشتري بالردِ على أساسِ الضمان المعاوضي، وضمان الأجنبي يكونُ ضماناً غرامياً أي مِن الغرامة؛ ولذلك لا يرجع عليهِ البائع مباشرةً، وإلى رأيٍ قريبٍ ذهبَ أصحابُ المذهب الشافعي[٥]، ومثلهم يرى أصحابُ المذهب المالكيّ[٦].

وثانيها **رُجوع البائع إلى المشتري** حيث يروْن أنَّ المُثمَّن قد تلفَ في مُلك المشتري، وقد دخلَ في مُلكهِ بدله قبل الفسخ، فإذا فُسِخ العقد يدخُل الثمن في مُلك المشتري؛ ولأنَّهُ لا يجوز الجمع بَيْنَ الثمن وبدله، يخرُج بدلَه عن مُلكهِ ويدخُل في مُلك ناقلهِ أي البائع؛ لأنَّهُ مُقتضى الفسخ ولكنهُ يستقر في ذمةِ

---

(١) علي الخفيف، **المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي**، بحث منشور في مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، من دون مجلد، العدد (٣)، ١٩٧٢، ص٩٣.

(٢) د. محمد شريف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩، ص٢٠٧. وبنفس هذا المعنى: د. محمد أحمد السراج، **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، ط١، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣، ص٥٨.

(٣) السبحاني، المختار من أحكام الخيار، مصدر سابق، ص٦٣٣ وما بعدها.

(٤) العاملي، مفتاح الكرامة، ج١٩، مصدر سابق، ص٨٦١.

(٥) الروياني، بحر المذهب، ج٤، مصدر سابق، ص٥٠٢. ويرى الشافعية والحنفية والحنابلة إن فسخ المشتري العقد للتلف يحق للبائع ملاحقة المتلف بالضمان، وإن أجاز المشتري العقد رجع على المتلف بالضمان. يُنظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٤، مصدر سابق، ص١١٤٥. ابن قدامة، المغني، ج٥، مصدر سابق، ص١٤٧. الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٣، مصدر سابق، ص٥٢٢.

(٦) عليش، منح الجليل، ج٣، مصدر سابق، ص١٥٥.

المشتري لا المُتلِف (الغير)، لأنَّ استقراره في ذمة الغير يتشخَّص عند الاتلاف مالاً للمشتري، ومع تشخصّه لا يمكن أنْ يكون مالاً للناقل أي البائع[١].

والحنابلة[٢] يُجيزون للبائعِ الرُجوع على المتلف بالبدل، ويحق للمُشتري عِنْدَهم فسخ العقد ويسقط الثمن عنه. عكس المالكية في حالة الهلاك الجزئي[٣] الذين لا يروْن مساغاً للفسخ، بل عليه دفع الثمن للبائعِ والرُجوع على المُتلفِ بما اتلفه، وعلى المُتلف "الغير" دفع البدل لمَن كانَ المبيعُ في ضمانهِ.

وثالثها **التخيير في الرجوع إلى المشتري أو المُتلِف:** وهو أضعفُ الوجوه عندهم، والضمان هُنا يقوم على أساسِ تعاقُب الأيدي، بِمعنى أنَّ العينَ التالفة قد تلفتْ وهي في ضمانِ المشتري ضماناً مُعاوضياً، والمفروض أنَّ الغيرَ هو الآخرُ ضامن ضمان غرامة، فصار هُنا الموضوعُ أشبهُ باجتماعِ اليد والإتلاف، فالمشتري ضامنٌ من جهةِ اليد، والمُتلِف ضامنٌ لأجلِ الإتلاف، فللمالك الرجوع بأيّهما أشاء[٤].

ونحنُ نتفقُ مع هذا الرأي بزعمِ تشديد ضمان المالك، وحتى لا يَحيد الخيار عمَّا هو مُبتغى منه، سيما في حالاتِ سوء النيَّة بَيْنَ الغيرِ والمشتري، فهنا تكونُ المسؤوليَّة بَيْنَهما تضامنيَّة، بل ويحقّ لهُ الرجوع على أيٍّ منهما، وللطرفِ الذي تمَّ الرجوع عليه أنْ يرجعَ على الآخر بنصيبه[٥].

وأما بالنسبةِ إلى المسؤوليَّة التقصيريَّة[٦] حيث تقومَ على أساسِ الإخلالِ بالتزامٍ قانوني، وهو التزامٌ عامٌ فرضَّه القانونُ مُقتضاه عدمِ الإضرارِ بالغيرِ وإلَّا التزم هذا الأخيرُ بتعويضِ الضررِ الذي حـــلَّ

---

(١) محمد آل بحر العلوم، **بلغة الفقيه**، ج١، ط٤، مكتبة الصادق، طهران، ١٩٨٤، ص١٥٧.

(٢) محمد يحيى بن محمد المختار الولائي، **نور الحق الصبيح في شرح بعض احاديث الجامع الصحيح**، ج٤، ط١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩، ص٧٨.

(٣) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، مصدر سابق، ص٣٥٤.

(٤) السبحاني، المختار من احكام الخيار، مصدر سابق، ص٦٣٧ وما بعدها.

(٥) . بل نرى أنَّه ومن الممكن تطبيق نظرية (السوم العقدي) كون المبيع قد قُبض على سوم الشراء وسُمي له الثمن، ويؤيد رأينا اتجاه في الفقه الإسلامي الحنفي: يُنظر: مصطفى بن أبو عبد الله بن محمد بن يونس بن نعمان الطائي، **كنز البيان مختصر توفيق الرحمن على متن الكنز**، من دون طبعة، المطبعة الازهرية، مصر، ١٨٩٠، ص١٣٦. تُنظر المادة (٥٤٨) مدني عراقي، ولم تتطرَّق اتفاقية فينا للبيع الدولي لهذا الأمر ولكنها أجازت من حيث المبدأ أن يكون العقد مشروطاً. يُنظر نص المادة (٣/٢) منها. ولا مقابل لها في القانون الفرنسي والمصري.

(٦) تنظر المواد (١٢٤٠ وما بعدها) من التقنين المدني الفرنسي، المواد (١٦٣-١٧٨) من مدني مصري، والمواد (١٨٦-٢٣٢) مدني عراقي، المواد (٢٥٦-٢٩٢) من القانون المدني.

به[١]. ولعلَّ ترتُب مسؤوليَّته التقصيريَّة هنا جاءَ نتيجةً مساسَه بمبدأ حُسن النيَّة الذي يجبُ عليهِ مُراعاته، لأنَّ أي إخلالِ بهِ رُبما يقود إلى الحاقِ ضررٍ بمَن مَنحه الخيارِ، سواء أكان ضرراً ماديّاً أم معنويّاً. ونرى أنَّ نصوصَ المسؤوليَّة التقصيريَّة كافيةٌ لنهوضِ مسؤوليَّة الغير عَن الفسخِ فيما لو لم يَكُن بيْنه وبيْن العاقد الشارط عقداً[٢]، فلو إرتكب الغير خطأ أدى إلى الحاق الضرر بمَن منْحه مكنة الفسخ أو الإجازة سواءً أكانَ ضرراً مادياً أم ضرراً معنوياً كتفويت فُرصة التعاقُد كما لو تعمَّد الفسخَ على الرُّغم مِن عدمِ وجود مُبرراته بهدفِ إفسادِ الصَفقة[٣]. ومِنْ ثَمَّ يُمكن أنْ تنهضَ مسؤوليَّته المدنيَّة عِنْدَ تَحققِ الصور التي سيتمُّ التطرُّق لها لاحقاً.

٢- **المسؤوليَّة المدنيَّة القائمة على أساسِ الإفتراض:** إذ يجب حتى تنهضَ مسؤوليَّة مُحدِث الضرر المدنية أنْ يُبتَ المضرورُ الخطأ المنسوب إلى الغيرِ حتى يُمكن مُساءلته. ولكن ثمَّة أحوالٍ تُفترَض فيها مسؤوليَّة الغير سواءً على صعيد الخطأ أم على صعيدِ الضرر، الأمرُ الذي يُثير تساؤلات عَنْ مدى إمكانيَّة أنْ يكونَ الضررُ الحاصل مِن الغير للعاقد الشارط ضرراً مفترضاً[٤]؟

---

(١) به شيمان فيض الله عمر، **المسؤولية المدنية عن اضرار التلوث بالنفايات**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٦، ص٣٣.

(٢) ومادام قد أُبرِم بينهما عقد نرى جوازيَّة الاتفاق على تحديد مسؤلية الغير المدنية بما لا يخل بالقواعد العامة المستقرة في القانون المدني فحيثما وجد الخطأ الجسيم والغش. يُنظر: د. وليد خالد عطية، علي حسين منهل، **تفسير شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة في القانون الإنكليزي)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٩.

(٣) يُعَدُّ التعويضُ عن الضرر المعنوي موضوعاً جدلياً كانَ محلاً للمناقشات الفقهية، باعتبار أن هذا الضرر لا يُجبر بالمال لأنه قابع في طيات الروح والنفس، ولكنه ترضية تجعله يتحمَّل ألمه، فعلى سبيل المثال لو كانَ الغير الممنوح مكنة الفسخ قد فسخ العقد الخاص بشراء أدوية نادرة بزعم أنها منتهية الصلاحية فتبيَّن العكس، في الوقت الذي يكون فيه العاقد الشارط مريضاً وبحاجة ماسة إلى الدواء، ثم يعلَّم أنَّ الغير كانَ متواطئاً مع غيره ليشتريه هو، فما كانَ من الشارط إلَّا أنْ يعيش مأساة متمثلة بالقلق من تفاقم المرض، هنا نجدُ أنَّ الاجتهاد الفرنسي أدخل هذه الفرضية ضمن حالات الضرر المعنوي. يُنظر: د. هدى عبد الله، **آفاق المسؤولية المدنية على ضوء النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادية (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠، ص٩٢.

(٤) لمْ يُعرَّفْ الضرر المفترض بالقوانين محل المُقارَنة، وعلى صعيد الفقه عُرِّف بأنَّهُ:" الضرر المادي أو المعنوي الذي يُفترَض وجوده بمجرَّد الخطأ عند صياغة النص القانوني لتقوم بعد ذلك المسؤولية المدنية بصرف النظر عن تحققه أو وقوعه بصورة يقينيَّة وذلك بسبب طبيعة محل الالتزام أو طبيعة الضرر أو لِما للإرادة من دور في تفعيل أحكام افتراضه". يُنظر: نور أمين أحمد، **فكرة الضرر المفترض في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/

يُمكن القولُ أنَّ العاقد الشارط أو كلاً من العاقدين يمكن أنْ يتفقا على أنّ الغيرَ المخوَّل فسخِ عقدِهما يُسأل بمجرَّد مضي المُدة المُقررة للفسخِ بغيرِ استعمال الخيار، سيما في التعامُلات الماليَّة التي تعتمدُّ على سعرِ صرف أجنبي كالدولار مثلاً الذي بَلَغَ مؤخراً مستوياتٍ عاليةٍ مقارنةً ببعض العُملات العربيَّة منها الدينار العراقيّ الذي تدنَّى كثيراً أمامه ورُبما يتحقق الفرض العكسي أي هُبوط قيمتهِ. فلو لمْ يُستخدِمْ الخيارُ خلال مدتهِ يُلزم العقدُ وكانَ الخيارُ للغيرِ المعيَّن من البائعِ وتعرَّضت العُملة للهبوطِ، هُنا يُفترض الضرر في جانبِ البائع ولهُ المطالبة بالتعويضِ وفقاً للطبيعةِ الاراديَّة للضررِ المفترض.

ومع ذلك، يستطيعُ هذا الغيرُ أنْ يدفع مسؤوليَّته المدنيَّة متى ما توافرت أسباب دفعها[١]. ونحنُ نعتقدُّ أنَّ هلاكَ محلِ الالتزامِ بيَد الغيرِ بلا تعدٍ منه وتقصيرٍ لا يُمكن معه مساءلة الغير عن الضررِ الذي لَحِق بالبائعِ، ولا حتى المُشتري[٢].

وعلى صعيدِ الفقهِ الإسلاميّ نجدُّ أنَّ الحنابلةَ افترضوا الضرر الذي يُصيب الفقراء مِن جرَّاء اتلاف الأضحية مِن قبل صاحبها وإنْ كانوا قد حصلوا على ما يُماثِل نصيبهم ممَنْ ذبح أضحية أُخرى[٣]. وهنا نلحظُّ أنَّهم ليس فقط افترضوا الضرر الحادي بالفُقراء، بل ضمَّنوا صاحب الاضحيَّة بأكثرِ الأمريَن مِن مثلها أو مِن قيمتها. والشافعيَّة لمْ يكتفوا بهذا الحدِ، بل ذهبوا إلى أنَّهُ يضمِن حتى وإنْ أصابته – أي

كلية القانون، ٢٠٢٢، ص١٥. ويُعاب على هذا التعريف مَيله إلى الشرح والإطالة، ونرى أنَّ التعريفَ الأدق هو :" الضرر الذي يتحقق بمجرَّد توافر الخطأ، ويلزم محدثه بجبره وفقاً لنص القانون أو الاتفاق أو طبيعة محل الالتزام".

(١) تنظر المادتين (١١٤٧ و١١٤٨) مدني فرنسي، والمادة (١٦٥) مدني مصري، والمادة (٢١١) مدني عراقي، والمادة (٢٦١) مدني اردني.

(٢) لا يُعَد القضاء الأردني هلاك وديعة النقد سواءً أكان بقوة قاهرة أم بغيرها من الأسباب الأجنبية التي تعفي المصرف من ردها. يُنظر: حكم محكمة التمييز رقم (٩٠/٦٨٠) حقوق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤ مشار إليه في: مجلة نقابة المحامي الأردنية، المجلد (٤١)، العدد (١٠ و١٢)، ص٢٤٠٥. نقلاً عن: د. خليفة بن محمد الحضرمي، **العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية**، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٥، ص٢٩. ولا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكام المسؤولية التقصيرية لأنها من النظام العام. يُنظر: محمد كاظم كمال العطار، **نحو قانون مدني عربي في ضوء الأيديولوجية العربية الثورية**، الدار الوطنية للنشر والتوزيع/ وزارة الثقافة والفنون، العراق، ١٩٧٨، ص١٢٠.

(٣) المرداوي السعدي، الانصاف، ج٤، مصدر سابق، ص٨٧. ابو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، **الهداية في فروع الفقه الحنبلي**، ج١و٢، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص١٣٢.

الحيوان– جائحة ذهبتْ به[١]. ولمْ نجدْ موقفاً لبقيةِ المذاهبِ محل المُقارنة مِن هذهِ المسألة، ولكننَّا نرى أنَّ جمهور الحنفيَّة [٢] ومثلهم جمهور فقهاء مذهب المالكيَّة[٣] ويوافقهم في الرأي جـمهور فقـهاء الشـيعة الإماميَّة[٤] يُجيزون محاسبةَ الانسان عن ضررٍ لم يقترفه هو، ويقيمون مثالاً لذلك بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعهِ الضارة. وهذا ليس ضرراً مفترضاً وإنَّما هو خطأٌ مفترضٌ وشتَان بيْن الأثنين.

٣– المسؤوليَّة الموضوعيَّة[٥]: إنَّ هذهِ المسؤولية لا تكترث بتوافرِ ركُن الخطأ مِن عدمهِ، بل تعتمِد في موضوعِها أو محلِها على فكرةِ الضرر[٦]، وهي وإنْ لمْ تؤخذ بنصوصٍ قانونيَّةٍ صريحةٍ إلَّا إنَّ لها تطبيقات متناثرة في القوانين الخاصة[٧].

والسؤال هنا: هل مِنْ سبيلٍ إلى إثارة مسؤولية الغير بِغيْرِ خطأ؟ ولغرضِ الإجابة نُحيل إلى فكرةِ افتراض الضرر التي سبقّ بحثها. ولكن السؤال الأهم هل يُمكن أنْ يتسببَ الغيرُ في فسخِ العقد مِنْ دون أنْ تنهضَ مسؤوليَّته عَن الفسخِ بغير أنْ يُمنحَ المكنة الاتفاقية بالفسخِ؟

---

(١) الروياني، بحر المذهب، ج٣، مصدر سابق، ص١٠٨.

(٢) قاضيخان، فتاوى قاضيخان، ج٣، مصدر سابق، ص٧٨. وللمزيد يُنظر: محمود الشربيني، **تأملات في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٧، ص٥٨.

(٣)محمد الناصر بن محمد الزمزمي الشريف الكتاني، **قيد الاوابد في مختلف العلوم والفوائد**، اعداد: د. أسامة الناصر الشريف الكتاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٢٥٧.

(٤) أبو القاسم الخوئي، مرتضى البروجردي، **المستند في شرح العروة الوثقى**، ج١٠، لا تتوافر تفاصيل عن الكتاب، ص٦٠.

(٥) يُقصد بالمسؤولية الموضوعية بأنَّها:" المسؤولية التي تقوم على عنصر الضرر". يُنظر: د. حسن علي الذنون، **المسؤولية المادية "نظرية تحمل التبعة"**، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، ١٩٨٤، ص٢١.

(٦) تجدر الإشارة إلى أن اركان هذه المسؤولية هي: الفعل أو النشاط المؤدي إإلى إلحاق الضرر بالغير، وتحقق الضرر، ثبوت الرابطة السببية بين الفعل والضرر. يُنظر: د. سليمان مرقس، **مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنينات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي**، بغير طبعة، معهد البحوث والدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٦٨، ص٢٢٢. علي عبيد عود الجيلاوي، **العلاقة السببية بين الخطأ والضرر**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٧٧، ص٢٦.

(٧) مثلاً القانون الفرنسي الصادر في ٢١/ ديسمبر/ ١٩٩١ الخاص بضحايا الإصابات بفقد المناعة الناتج عن نقل الدم الملوث، والقانون المصري الصادر في ١٩٩١/١٢/٣١ الخاص بتعويض المتضررين من جرَّاء الإصابة بداء فقدان المناعة بسبب نقل الدم، قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩.

لا غرو أنَّ بعضَ الأنشطةِ التعاقديَّة التـي يقومُ بها المتعاقدُ مِن الممكن أنْ تُفضـي إلـى إلحـاقِ الضرر بالجيران، فعلى سبيلِ المِثال لو اتخذَ المتعاقدُ مع شركةٍ معينةٍ تتولَّى حرق النفايات حديقة منزلِهِ الخارجيَّة لتكون مكباً لحرقِ والنُفايات، فتضررَ الجيران مِن ذلك نظراً لانبعاث الغازات السامَّة، فيرفعُ الأمرُ إلى القضاءِ ليحكُمِ للطرفِ المضرورِ بإيقاف النشاط الضار، مما يعني بديهياً فسخِ العقد بسببٍ خارجٍ عَن إرادةِ الأطرافِ ومِن "غير" دائرة أطرافهم. نظراً لتوافرِ صفة الخطورة وعدم المألوفيَّة في التلَّوث وهما كافيان للقولِ بنهوضِ مسؤوليَّة المُتعاقد وإلزامه بالتعويض[١]، فضـلاً عِنْ ديناميكيَّة الضرر[٢]، فالأدخنةُ المُنبعثة تُعتبَر هُنا ضرراً مستمراً طالما أنَّ العملَ يكون يومياً. سيما مع بروزِ أراءٍ في الفقه[٣] تتحدَّث عن إمكانيَّة اعتبار الفسخ نوعاً مِن أنواعِ التعويض إذا ما طالبَ الجارُ بالتعويضِ عن الضررِ الذي أصابهُ من جرَّاء تلك المضارُ فيكون في مقدورِ القضاء فسخ العقد كشكلٍ من أشكال التعويض والذي لا يُجبَر الضرر فيه إلا بعدَ إيقاف النشاط الضار. ونحنُ نؤيِّدُ هذا الاتجاهُ.

وفي الفقهِ الإسلاميّ هناكَ مَنْ[٤] يرى أنَّ الفقهَ الإسلاميّ قد سبقَ التقنينات المدنيَّة بقرونٍ عديدةٍ مِنْ خلال إقامة الضمان على عُنصرِ الضرر وحدهِ بغير الحاجة إلى توافر رُكن الخطأ، ولأننّا بحثنا موقفَ الفقه الإسلاميّ من الضررِ المُفترَض، فلا نعودّ إليه. ونحنُ نعتقدُّ أنَّ مسؤوليَّة الغير يمكن أنْ تكونَ مبنيَّةً على أيٍّ من الأسس المُبيَّنة في الأعلى والتي سبقَ التطرَّق لها، وحسب نوع العلاقة التـي دخلَ فيها العاقِد الشارط مع الغير.

ثانياً: أساس إقامة دعوى المسؤوليَّة على الغير: وهنا يثورُ التساؤلُ الآتي: كيف يُمكن أنْ تُقامَ الدعوى على الغيرِ لمُطالبتهِ بالتعويض عن الفسخِ غير العادِل؟ ولغرضِ الإجابةِ سنوَّزع الحديثُ إلى النقاط أدناه:

---

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٠، ص٢٩.

(٢) د. أمل نور الدين طاهر، مصدر سابق، ص١٠٥.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني، **تأملات في الفسخ**، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٢٢، ص٦ وما بعدها.

(٤) د. محمد شعيب محمد عبد المقصود، **المسؤولية الموضوعية من حيث الأساس والتطبيق**، بحث منشور في الموقع الالكتروني: www.jdl.journals.ekb.eg، ص١٦.

١ – **أطرافُ الدعوى:** هُنا يتولَّى الطرفُ المضرور رفعَ الدعوى[١] أمام المحكمة المختصة طبقاً لأحكامِ قانون المُرافعات المدنيَّة، وبهذا يكون لدينَّا مُدعي وهو المضرورُ ومدعى عليه وهو المسؤولُ عَن الضرر، أو نائبه، أو خلفه العام وهم طرفا الدعوى، وبالنسبة إلى المُدعي[٢] يجب أنْ يكون للمدعي مصلحة في رفع الدعوى[٣]، بمعنى أنَّ الضررَ قد أصابه في مَصلحة يحميها ويقرها القانون، فركونُ الغيرُ إلى إنكار واقعة تسلُّم الأشياء التي هي أمانةُ في يدِه، يُثير منازعةً بَيْنَ أطرافِ العقد وبَيْنَه وعلى المتضررِ إنْ أراد أنْ يحمي حقه اللُّجوء إلى القضاءِ لحمايتهِ، فلهُ مصلحة في ردَّ الأشياء التي تعودُّ ملكيتُها إليهِ على أنْ تتوافرَ أهليةُ التقاضي في المدعي كقاعدة عامة [٤]، وقد يكون مُحرِّك الدعوى هنا هو المواطنُ، أو جمعيات حماية البيئة [٥] كما في المثال سابق الذكر فيما يخص المسؤوليَّة التقصيريَّة، وقد يكونَ المدعي هُنا هو جمعيةُ المُلاك الذين تضرروا مِنْ تأجير شقة في العُمارة كرياضِ أطفال بما يؤدَّي ذلك مِن تغيير في ديموغرافية المكان المُخصص للسكنِ، وما يتطلَّبه مِن ضرورة المُحافظة على الهُدوءِ فيما يخصّ المسؤوليَّة التعاقديَّة.

---

(١) يقصد بالدعوى:" طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء". تُنظر المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، والمادة (٣٠) من قانون الإجراءات المدنية، ولم يعرفها المشرع المصري والاردني.

(٢) يُعرَّف المدعي بأنَّه:" صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه أو نائبه". يُنظر: د. عبد التواب مبارك، **الوجيز في أصول القضاء المدني**، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨، ص٢٤٣.

(٣) تُعتبر المصلحة شرطاً من شروط رفع الدعوى بالإضافة إلى الاهلية والصفة (الخصومة)، ويُقصد بها: "الفائدة العملية، أو المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء". يُنظر: محمد السعدي أحمد الشريعي، **الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص١٣. ويشترط في المصلحة أن تكون قانونية وقائمة وحالة وشخصية ومباشرة. يُنظر بصدد ذلك: المادة (٣) مرافعات مدنية وتجارية مصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، والمادة (٦) مرافعات عراقي، والمادة (٣١) إجراءات مدنية فرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥، والمادة (٣) أصول محاكمات مدنية اردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨. تمييز حقوق٧٧/٢٨٣، ص١٥٣٩ سنة ١٩٧٧، تمييز حقوق ٨٠/٢٦٤، ص٦٠٥ سنة ١٩٨١. نقلاً عن: عبد الوهاب خيري علي العاني، **نظام المرافعات (دراسة فقهية بين الشريعة والقانون المدني الأردني)**، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤، ص٢٠٨.

(٤) نسرين جابر هادي، **القضاء الإداري المستعجل (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧، ص١٤٣.

(٥) وذلك بالقياس على أحكام قانون البيئة المصري رقم (٤) لسنة ١٩٩٤ بالمادة (١٠٣): "لكل مواطن أو جمعية معنية بحماية البيئة الحق في **التبليغ** عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون". ولكن قانون Barnier المسمى القانون الزراعي الفرنسي الصادر في ٢ فبراير ١٩٩٥ قد منح جمعيات حماية البيئة الحق في أن تكون مدعياً مدنياً.

وعليه، يُمكن أنْ يكونَ المُدعي هنا البائعُ، أو المشتري، أو صاحبُ المصلحةِ، وبالنسبةِ إلى **المُدعى عليه** ويُقصد بهِ هنا الغيرُ الممنوحُ مكنة الخيار الذي أساءَ، أو تعسَّف في استعمالهِ وإنْ تعددوا، مما أدى إلى الحاقِ الضررِ بالمُتعاقِد الشارط، أو المُتعاقد الآخر، سواءً أكانَ شخصاً طبيعيّاً أم معنويّاً أم مُفترضاً كالمواقعِ الالكترونيَّة. وسواءً أكان واحداً مُنفرداً أم متعددين كما رأينا فيما تقدَّم، وقد تحكمُ المحكمةُ بكلِّ التعويض على واحدٍ منهم فقط رغم أنَّهم ارتكبوا الخطأ جميعاً[١].

٢ – **المحكمةُ المختصَّة:** إنَّ المحكمة المختصة بنظرِ المُنازعات المدنيَّة هي محكمةُ البِداءة[٢]، وقد تكون المحكمةُ المختصَّةُ هي محكمةُ البِداءة المُختصَّة بالمسائل التجارية[٣]، وقد تكون المحكمةُ هي محكمةُ الخدمات الماليَّة بالنسبةِ إلى قضايا الإفلاس المصرفي[٤]، بحسب الأحوال وتتبعُ المحكمةُ في إجراءاتها ما هو منصوصٌ عليه في القوانين المرعيَّة، ولا يوجد ثمَّة ما يمنع مِن اللجوء إلى التحكيمِ الداخلي أو الدولي كوسيلةٍ تسويةٍ وديةٍ لفضِّ المنازعات بينهم.

٣ – **القانونُ الواجِب التطبيق:** بالنسبةِ إلى الالتزامات غير التعاقديَّة الناشئة عن فعلِ الغير نتيجةً للمنتجات التي يُقصَّر الغير في فحصِها مما يؤدي إلى إلحاقِ الضررِ ليس بالمتعاقدِ الشارط بل بمَن يحيط بهِ كذلك، كما لو كانَ المتعاقد تاجر أدوية، وكانّ الغيرُ الذي مُنح مكنة الفسخ شركة تتولَّى فحص الأدوية ولم تُشرْ إلى أنَّ زيادة الجُرعة اليومية يؤدي إلى الوفاة علماً أنَّ لا عقد يجمع العاقد الشارط والغير وإنَّما مجرد مكنة الفسخ لأنَّها شركة جديرة في نظر العاقد الشارط.

أو لو كانَ المبيع حيواناً وقصَّر الغير في فحصهِ هرمونياً وكانَ محقوناً بمادة معينة مما أدى إلى الإضرار ببقية الحيوانات، على افتراض أنَّ الغير في الحالتين شركة أجنبية، ولاسيما في حالةِ التواطؤ بيْن

---

(١) يُنظر حكم محكمة النقض الفرنسية: civ. ١٩-٤-١٩٥٦, j. c. p. ١٩٥٦ نقلاً عن: وحيد عبد المحسن القزاز، **المسؤولية المدنبية عن تلوث البيئة الزراعية**، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا/ كلية الحقوق، ٢٠٠٥، ص٤٨٠.

(٢) انطلاقاً من نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي نصَّت:" تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلَّا ما أُستثني بنصٍ خاص". والتي تُقابل المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المُعدَّل.

(٣) تنظر المادة (٢٢) من قانون التنظيم القضائي. والبيان رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠ المتضمن تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية باسم محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية.

(٤) تنظر المادة (٦٤) والمادة (٥/٦٣) من قانون البنك المركزي العراقي. وهذه المحكمة ترادف المحكمة الاقتصادية المصرية المؤسسة بقانون المحاكم الاقتصادية المصري رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨.

العاقد الآخر وهو في دولةِ وبين الغير وهو في دولةٍ أُخرى؟ فعلى الصعيدِ التشريعي فقد ذهبتْ التشريعات مَحل المقارنة[١] إلى أنَّ الالتزامات غير التعاقديَّة يسري عليها قانون الدولة التي حدثت بها الواقعة المُنشئة للالتزامِ واستثنى مِنْ ذلك الوقائعِ التي تحدثُ في الخارجِ وتكون مشروعةً في البلد الأم وإنْ عُدَتْ غيرَ مشروعةٍ في دولة الحدوث. وأمَّا بالنسبةِ إلى الالتزامات التعاقديَّة فقد تحددَّ الموقف القانوني منها[٢]، فقد يرتبِط العاقد الشارط مع الغيرِ الأجنبي الممنوح مكنة الفسخ بموجبِ عقد، فعِنْدَ إخلالِهِ ببنودِ العقد المبرم بَيْنَهما يُصار إلى تطبيقِ القانون الذي ذهبتْ إليه إرادتهم الصريحةِ، أو عِنْدَ عدمِ صراحِتها يبحث القاضي عَنْها بموجِب القرائن والظُروف، أو الموطن أو موقع العقار محل المنازعة[٣].

الفرعُ الثانيّ

كيفيَّة ثُبوت مسؤوليَّة الغير

لا يُمكِن مُساءلة الغير بِغَيْر أنْ يقترفَ ما يؤدَّي إلى نُهوضِ مسؤوليَّته، الأمرُ الذي يُثيرُ مسألة البحث عَنْ مِعيار أو ضابِط يُمكن مِنْ خلاله اعتبار الغير مُقصرًا ويتوجَّب عليهِ تعويض العاقد الشارط، أو العاقد الآخر عمَّا أصابهُ من ضررٍ. وإنَّ مَعرفةَ هذا المعيارُ تستلزمُ التطرُّق إلى بيانِ صور الفسخ بغير حق للعقد الذي مُنحَ الغير فيهِ مكنة الفسخ وبيان مدى إمكانية قياس تصرُّفهِ بمعيارٍ شخصيٍّ، أو موضوعيٍّ، وُصولاً إلى الأثر الذي يترتَّب على تحقُّق مسؤوليَّته المدنيَّة، وهل يُمكن أنْ يكونَ هنالك جزاءً

---

(١) تُنظر المادة (١٤ و١٥) مدني فرنسي، والمادة (٢١) مدني مصري، والمادة (٢٧) مدني عراقي. وتطابقها المادة (٢١) مدني اردني.

(٢) نصت المادة (٢٥) مدني عراقي على أنه:" ١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه. ٢ – قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه". وتقابلها المادة (١٩) مدني مصري، والمادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤. والمادة (٢٠) مدني اردني. والمادة (١/٣) اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠، والمادة (١/٧) اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦.

(٣) فؤاد عبد المنعم رياض، **الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١، ص٢٩٢. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، من دون طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٢، ص٣٣٤ وما بعدها. د. غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، **القانون الدولي الخاص**، من دون طبعة، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، ص١٦٣ وما بعدها.

آخراً غير التعويضِ يُحكم بهِ للطرفِ المتضرر؟ وعلى هذا الأساسُ سنُقسِّمُ هذا الفرعُ إلى نقطتين، نتناولُ في الأولى صُور الفسخ بغيرِ وجه حق، وفي الثانية أثر مسؤوليَّة الغير.

أولاً: صُور الفسخ بغيرِ وجهِ حق: يقعُ التعسُّفُ في استعمالِ حق الفسخ في الأحوالِ التي يستعملُ فيها الغير الحق الارادي المحض[١] الممنوح لهُ مِن المتعاقد بطريقةٍ تُخالِف مُقتضيات مبدأ حُسن النيَّة في تنفيذِ العقد والمصلحة التي يبتغيها المُتعاقد مِن وراءِ مَنْحه مَكنة الفسخ[٢]، بل يُسأل الغير لأنَّه يُعدُّ مُتعسفاً في استعمال الحق الارادي المحض حتى لو كانَ استعمالُه معتاداً متى ما ترتَّب عليهِ ضررٌ فاحشٌ بالعاقد الشارط أو العاقد الآخر ولو كانّ غيرُ مقصودٍ[٣]. لذلك كانتْ نظريـةُ التعسُّف في استعمالِ الحق محل تقدير في القانون الفرنسيّ[٤]، والمصريّ[٥]، والعراقيّ[٦]، والأردنيّ[٧]. ولكن ما هي مجالاتُ التعسُّف في استعمالِ الخيار المُرتكبة من الغيرِ؟

---

(١) قد يعترض البعض بأن نظرية التعسف في استعمال الحق تقتصر على الحقوق بالمعنى الفني ولا تنطبق ونظرية الخيار التي يُعدُّ الخيار فيها من قبيل المكنة، والواقع أن هذا الخلاف وارد في الفقه القانوني حيث رفض اتجاه فقهي انطباقها على المكنات والرخص ذلك أن انحراف الشخص في استعمال المكنة يقود إلى نهوض مسؤوليته التقصيرية دائماً. يُنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، **أصول القانون**، ج٢، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٥، ص٥٥٨. في حين ذهب اتجاه آخر إلى عكس الرأي الأول فهو يرى شمول النظرية للمكنات والرخص لأن القانون هو قواعد اجتماعية ملزمة وكل ما يتفرع عنه يوسم بنفس هذه الصفة. يُنظر: الذنون، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص٢٦١.

(٢) ويقترب من هذا المعنى: مجيد محمود أبو حجير، **نظريات من الفقه الإسلامي، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص٤٤.

(٣) د. فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط٤، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٩٨٨، ص٣٨.

(٤) للنظرية تطبيقات متعددة في القانون الفرنسي منها مثلاً المادة (٧٠١) منه فحسب هذا النص يكون مالك العقار المرتفق متعسفا في استعمال حقه إذا رفض طلب مالك العقار المرتفق به لإقامة التغييرات المفيدة للعقار في الوقت الذي لا يترتب فيه ضرر لعقاره المرتفق. وللمزيد عن نظرية التعسف في استعمال الحق في القضاء الفرنسي، يُنظر: حكم محكمة Colmar في ٢/ مايو/ ١٨٥٥ وحكم محكمة النقض في ٢٢/ يناير/ ١٩٧٤. منوَّه عنها لدى: د. شوقي السيد، **التعسف في استعمال الحق**، بلا طبعة، دار الشروق، مصر، ٢٠١٤، ص٣٣٩ وما بعدها. وتُنظر المادة (٣٠٠) من الاتفاقية الدولية للبحار المنعقدة لسنة ١٩٨٢.

(٥)تُنظر المادة (٥) من القانون المدني المصري.

(٦) تُنظر المادة (٧) مدني عراقي، والمادة (١١٥) اثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٧) تُنظر المادة (٦٦) مدني اردني.

أ – صورُ التعسف في استعمالِ الخيارِ حسبِ المعيارِ الشخصي: بمعنى أنَّ تعسف الغير في استعمال مَكنة الفسخِ متأتياً من عُنصرٍ شخصيٍّ صرفٍ، أي سُلوك الغير في ذاتهِ بمعزلِ عَن المعيارِ الموضوعيّ(١)، أي أننَّا نكون بصددِ حالةٍ مِنْ حالات الانحراف السلوكي، وهذا الانحراف قد يكونَ بصيغةِ خطأ، أو غش وتواطؤ، ويُدرَس كما يلي:

الصورةُ الأولى: الخطأ: سواءً أكانَ هذا الخطأ في نِطاقِ المسؤوليَّتين خطأ عمديَّاً(٢) أم جسيماً(٣). حيث يكونَ الغيرُ عَن العقد الممنوح مكنة الفسخ قاصداً ومُريداً الإضرار بأحدِ العاقدين أو كليهما، حتى وصف الفقهُ هذا النوعُ من الخطأ بأنَّه:" السلوك المتسم بالخُبث" أو "عدم الإكتراث التام بمصالحِ الغير"(٤). ويتم تقصِّي هذا الخطأ مِنْ خلالِ مكنونات نفس الغير كهاجسِ الإنتفاع الشخصي، كما لو أفسدَ الصفقةَ بقصدِ أنْ يحظى بها هو(٥). وعلى الضفَّةِ الأُخرى نجدُ الفقهاء المسلمين في المذاهب محل المقارنة(٦) قد أجمعوا على تحريم ومنع الإضرار بالغير بخطأ، أو بغيره في التصرفات،

---

(١) وهو معيار الشخص العادي الذي يُمثِّل جمهور الناس، فهو الشخص الوسط في سلوكه، وهو معيار لا يتغيَّر من شخصٍ لآخر، ومن ثم يكفينا مئونة البحث في أمور خفية تتعلَّق بشخص المتعدِّي ويُصبح وأحداً ثابتاً بالنسبة إلى الجميع، وبذلك تنضبط الروابط القانونية وتستقر الأوضاع. يُنظر: سعد واصف، **التأمين من المسؤولية (دراسة في عقد النقل البري)**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة/ كلية الحقوق، ١٩٥٨، ص١٢٠.

(٢) يُعرَّف الخطأ العمد بأنَّه:" الإخلال بواجب قانون مقترن بقصد الإضرار بالغير". يُنظر: د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، الكتاب الثاني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة**، ط٥، من دون تفاصيل نشر، ١٩٨٨، ص٢٦٠.

(٣) يُعرَّف الخطأ الجسيم بأنَّه:" الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل، هذا الإخلال دون قصد الاضرار بالغير فيُنظر إليه على أنَّه خطأ فادحلا يأتيه أقلُ الناس عناية ولا يتصوَّر وقوعه إلا من شخص قليل الذكاء". يُنظر: د. فضل يسلم اليماني، **الوسائل الواقية من الإفلاس في الفقه الإسلامي والقانوني**، من دون طبعة، دار البشير للثقافة والعلوم، مصر، من دون ستة نشر، ص٢٦٨.

(٤) Mazeaud (Henri-Leon), **et Tunc, Traite, Theorique et partique de la responsabilite civil**, Tome second, ٥edition, Paris, ١٩٦٥, p. ٤٧٠.

(٥) وبمعنى يقترب من هذا المعنى، يُنظر في الفقه الفرنسي:

Planiol Et Ripert, **Traite Pratiquce de droit civil francais**, tome ٦, ٢eddition, Paris, ١٩٥٢, p. ٦٩٦. Henri Et leion Mazeaud Et Andre Tunc, **trait the orique et pratique de lares possiblitie civile de lictuelle et contractuelle**, ٥ed, t٢, ١٩٨٥, n. ١٩٤٢, p. ٩٢٣.

(٦) وذلك في مناسبات عديدة. نُشير بشأنها: فالحنفية يحرمون مثلاً الفسخ بغير عذر لتعمد الاضرار بالغير. يُنظر: السرخسي، المبسوط، ج٨، مصدر سابق، ص٨٨. والمالكية يحرمون مثلاً قضاء الحاجة على قارعة الطريق لما فيه من الاضرار بالغير، أو التصرف بالطريق العام إن كان من شأنه الاضرار بالغير. يُنظر: ابو عبدالله محمد بن علي بن عمر

والمُعاملات[١]. وذلك في مُناسباتٍ شتَّى.

الصُورة الثانية: الغِشُ والتواطؤ: قد يعمَد الغيرُ بنيَّة الإضرار بالعاقدِ الشارط أو العاقد الآخر أو قد يعمَد إلى التواطؤ مع طرفٍ معيَّن بقصدِ إفسادِ الصفقة، وفي هذهِ الحالةُ تنهض مسؤوليته المدنيَّة التعاقديَّة أو التقصيريَّة حسب الأحوال[٢]. وإذا يممنَّا شطرنا صوب الفقه الإسلاميّ نجدُّ ثمَّةَ أجماعٍ قد حصلَ بَيْنَ صفوفِ الفقه محل المُقارنة على تحريمِ الغِش إذ ذهبَ جُمهورُ فقهاء المذهب الحنفيّ[٣]، وإلى مثلهم ذهبَ جمهورُ فقهاء المذهب المالكيّ[٤] وكذلك الحال ذهبَ جمهورُ فقهاء المذهب الشافعيّ[٥]، ومثلهم فقهاء

المازري المالكي، **شرح التلقين**، ج١، تحقيق: حامد عبدالله المحلاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص١٤٨. والشافعية لا يجيزون مثلاً اللجوء الى الحيلة لاسقاط الشفعة لما فيه من اضرار بالشفيع. يُنظر: التهانوي، اعلاء السنن، ج١١، مصدر سابق، ص١٢. والحنابلة مثلاً يحرمون الشراء على الشراء، بمعنى أن يقوم الغير بفسخ العقد وهو ممنوح مكنة الفسخ بغير سبب يبرر الفسخ ليشتري السلعة هو. يُنظر: ابن المقرئ، اخلاص الناوي، ج١، مصدر سابق، ص٥٠٢. والامامية يحرمون التصرف بالك متى كان الغرض من ذلك هو الاضرار بالغير ليس إلَّا. يُنظر: محمود المظفر، **إحياء الأرض الموَّات (دراسة فقهية مقارنة)**، من دون طبعة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٧٢، ص٤٥.

(١) ابو شجاع شيرويه بن شهؤدار بن شيرويه الديلمي، **الفردوس بمأثور الخطاب**، ج٥، تحقيق: السعيد بن بسيوني زغلول، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٠٥. رقم الحديث (٧٦١٢).

(٢) هذا ويرى اتجاه في الفقه أنَّ للغش ركنان مادي ومعنوي، فإمَّا الرُكن الأوَّل فهو العمل أو الامتناع عن العمل أو الكتمان بوسائلٍ إحتيالية تضليلية التي يجب أنْ تبلغ حداً من الجسامة بحيث يمكن القول بوقوع الركن الموضوعي للغش، كأن يقوم الغير بتضليل البائع إنْ كان البائع هو الذي منحهُ الخيار من خلال اغواءه بإبرام الصفقة بسعر زهيد يُغبَن فيه البائع على سبيل التواطؤ مع المشتري فتنهض هنا المسؤولية المستعارة. يُنظر: في بيان أحكام هذه المسؤولية: مريم خليفي، **الغير المطلق وتدخل نظام الخطأ التقصيري في النطاق العقدي**، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٢٢، ص٦٧. وأمَّا الرُكن المعنوي فهو النيَّة المنصرفة إلى إحداث الضرر أو القصد الآثم والرغبة الشريرة في التضليل لتحقيق غرض غير مشروع، وانحسار الركن الأخير يعني عدم توافر الغش وبالتالي لا قبول للحديث عن تحقق مسؤولية الغير إنْ بقى الغير محافظاً على مبادئ حُسن النية في استعمال الخيار. يُنظر للمزيد: د. مصطفى العوجي، **القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية**، ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ٣٢٠.

(٣) محي الدين ابو محمد عبد القادر بن ابو الوفاء محمد بن محمد بن نصر بن سالم بن أبو الوفاء القرشي الحنفي، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، ط١، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، ١٩١٣، ص٤١٧.

(٤) الأمير الصنعاني، سبل السلام، ج٣، مصدر سابق، ص٢٣.

(٥) نقلاً عن: محمد زكريا بن يحيى الكاندهلوي، **الأبواب والتراجم لصحيح البخاري**، ج٣، تحقيق: محمد رحمة الله حافظ الندوي، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص٥٩٥.

مذهب فقهاء الحنابلة[١] إلى تحريمِ بيع المُصرَّاة باعتبارها شكلاً مِن أشكال الغش[٢]. وأمَّا الإماميَّة [٣] فحرموا بيع السابري في الظلال.

ب – صورُ التعسف في استعمالِ الخيار حسب المعيار الموضوعي: أي وفقاً لمعيارِ الرجُل المُعتاد المُتوسط المُجرَّد مِن الظروفِ الخارجيَّة لما وُجِدَ فيها الغير، ويُدرَس كما يلي:

الصورة الأولى: الإهمال[٤]: إذ يُعَدُّ تأخُّرُ الغير في إعمال مكنة الفسخِ أو الامضاءِ خلال المُدة المُتفق عليها بغيرِ عذرٍ مشروعٍ مما يؤدي إلى لُزومِ العقدِ الذي يُغبن فيه الشارط خطأ جسيماً يُمثَّل خطأ إهمال. سيما خطأ الغير المهني في المُحافظةِ على المبيع مما يؤدي إلى تعيبهِ بسبب إهماله، ووجهُ الخطأ هنا هو الانحراف عن أُصول الصنعَة والمهنة المستقرة، الأمرُ الذي يُوسمُ تصرفَه بسوءِ النيَّة وفقاً للمعيارِ الموضوعيّ[٥]. وفي الفقهِ الإسلاميّ نلحظُ أنَّ جمهورَ الفقهاءِ مَحل المُقارنة[٦] قد رأوا أنَّ الإهمالَ يوجب

---

(١) زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بغدادي ابن رجب الحنبلي، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم**، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، بلا طبعة، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٢، ص١١٧.

(٢) التصرية هي ربط أخلاف الشاة أو الناقة وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر فيظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها". يُنظر: د. معلمين محمد شهيد، **ترجيحات الامام الشوكاني في كتابه نيل الاوطار (قسم المعاملات)**، بلا طبعة، Pusta Bahasa Arab Negeri Selangor ، نيجيريا، ٢٠١٤، ص٧١.

(٣) الخوئي، مصباح الفقاهة في المعاملات، ج١، مصدر سابق، ص٣٨٢.

(٤) يُعدّ الإهمال مرتبة من مراتب الخطأ الجسيم ودليلنا على ذلك حكم محكمة النقض المصرية: نقض مدني ١٩٨٦/٢/١٧، الطعن رقم ١٠٨٥ السنة ٥٠ القضائية. نقلاً عن: د. كمال عبد الواحد الجوهري، **موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء اعمال المحاماة**، بلا طبعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥، ص٣١١.

(٥) فتعيُّبُ السيارةُ مثلاً بيدِ الغير بإهمال جسيم منه أدى إلى إيقاف سلسلة من آمال العاقد الشارط التي من الممكن أن تكون مصدراً للربح أو تجنباً للخسارة . يُنظر: أحمد محمود مدلول تايه، **التعويض عن فوات الفرصة**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠١٤، ص٧٨ وما بعدها.

(٦) للحنفية، يُنظر: ابو عبد الله محمد بن عبدالله بن عيسى المريني الاندلسي بن أبو زمنين، **منتخب الاحكام**، ج١، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١، ص٢٧٨. للمالكية، يُنظر: السيد سابق، مصدر سابق، ج٣، ص١٤٦. الرعيني، تحرير الكلام من مسائل الالتزام، مصدر سابق، ص٥١٢. للشافعية، يُنظر: الماوردي البصري، الحاوي الكبير،ج٧، مصدر سابق، ص٤٢٧. للحنابلة، يُنظر: بن تيمية، المحرر، ج١، مصدر سابق، ص٥٤٨. للامامية، يُنظر: الطوسي، المبسوط، ج٣، مصدر سابق (طبعة المكتبة الرضوية)، ص١٧٥. د. أحمد محمد

على المهملِ التعويضِ لأنَّه يُعَدُّ مقصراً أو مفرطاً أو غير متحرزٍ. فإهمالُ الغير غير المُبرر يُنهض ضمانَه.

الصُورة الثانية: استغلال التفاوُتُ المَعرفي بيْن العاقد والغير: الأصلُ في العقودِ أنْ تقومَ على التكافُؤِ المعرفي، وإنْ بدتْ الهوةُ واسعةً بَيْنَ المُتعاقديْن في هذا الشأنُ يلجأ المُتعاقد الأضعف إلى نظريَّةِ الخيارات ليمنْحِ الغير مكنة الفسخ حتى تحقق الحمايَّة المدنيَّة [١] للمُتعاقدِ ورأب الصدع الذي قد يلحقهُ. ولكن قد يرتكبُ الغيرُ خطأً قائماً على فِكرةِ التفاوُت المعرفي بَيْنَه وبَيْنَ المُتعاقد الشارط فينتهزُّ هذهِ الفُرصَةُ ليُحقِق مآرب قائمة على تحقيق منفعته هو[٢].

وفي الفقهِ الإسلاميّ لا مثالَ أنجع في هذا المقامُ مِن مَنْع الغَبن حِمايةً للمُتعاقدِ الضعيفِ في العلاقة التعاقُديَّة، بل أنَّ نظريةَ الخيارات شُرعتْ لِمَحق الغبن في البيوعِ[٣]،

طه الباليساني، **فقه الامام علي بن ابي طالب (ع)، ج٢، المعاملات**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣ص١٧٩.

(١) تجدرُ الإشارة إلى أنه يترتب على الحماية المدنية ما يترتب على المسؤولية المدنية من أثر سواء كانت مسؤولية تعاقدية أم تقصيرية، حيث يحق للمتعاقد الشارط المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه به، أو حتى العاقد الآخر، انطلاقاً من أن الروابط القانونية كافة يتولى المشرع حمايتها. يُنظر: بمو برويز خان الدلوي، **النظرية العامة للحماية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص٤٢ وما يليها.

(٢) Jean-Pierre Marguenaud, Michel Masse, Nadine poulet- Gibot Leclerc, **apprendre a douter question de droit questions sur le droit**, Pulim, paris, presses univ. Limoges, ٢٠٠٤, P. ٣٧٦.

ومن أهم القوانين التي كرست هذا الالتزام: قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٦٤٩/٩٣) لسنة ١٩٩٣، قانون الشروط التعاقدية غير العادلة الإنكليزي لسنة ١٩٧٧، قانون الاستهلاك الهولندي لسنة ١٩٨٧، قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠. وللمزيد: يُنظر: د. محمد سليمان الأحمد، **الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي (دراسة تحليلية)**، بلا طبعة، دار التفسير للنشر، بغداد، ٢٠٠٨، ص١٧.

(٣) فعلى سبيل المثال لو كانَ المبيع يعطب بدرجة حرارة معينة ولا يعلم العاقد الشارط بذلك، ولم يقُم الغير بإرشاده إلى كيفية استخدام المبيع وكيفية حفظه – في حال إجازة البيع– هُنا يُعدّ الغيرُ قد ارتكبَ خطأً قائماً على إختلال التكافؤ المعرفي بين أطراف العقد ووجه الخطأ هنا هو تقصيره في تزويده بالبيانات والمعلومات اللازمة عن المبيع للمحافظة عليه أو حتى الوقاية من مخاطره. ويرى الفقه أنَّ القضاءَ يجدُّ في هذا الالتزام نوعاً من أنواع التعاون المنشود لإنجاح الرابطة العقدية وعدم الحكم عليها بالزوال. يُنظر: زنل وسل هايديني، **حماية المستهلك في القانون الكوسوفي مقارنة بالفقه الإسلامي**، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية/ الاردن، المجلد (٦)، العدد (٢٠)، ٢٠٢٢، ص٧٩.

إذ ذهبَ الحنفيَّةُ [١] والإماميَّةُ [٢] إلى مَنْحِ المغبون – سواءً أكانَ البائع أم المُشتري– الخيار بالرجوعِ عن العقد، وأمَّا المالكيَّة [٣] فلم يُجوزوَّا ذلك إنْ كانَ المغبون من أهلِ الرشادِ والبصيرةِ في تلكِ السلعةِ، ومثلهم عموماً الشافعية[٤]، وللحنابلة[٥] تفصيلٌ في ذلك ومُجمل الكلام عندهم الرجوع إلى أهل الخبرةِ فإنْ عرفوا أنَّهم غُبِنوا وأحبوا الفسخ فهم بالخيار. فهذا الفقهُ المُتقدَّم قد سبقَ القانون في حمايةِ الطرف المُتعاقِد.

الصورة الثالثة: الامتناعُ عنِ الفسخِ: قد يمتنع الغيرُ عَنْ فسخِ العقدِ للعديدِ مِن الأسبابِ، وأيَّاً ما كانتْ تلك الأهدافُ ودوافِعها، فإنَّ العقدَ يلزم بمرورِ المُدة المُعينَّة للخيار، ولو كانَ امتناعُه تعسُّفاً أو بغيرِ حقٍ أو بنيّةِ الإضرار فستسري عليه قواعد المسؤوليَّة المدنيَّة مار ذكرُها. وقد يكون سببُ الامتناع عَن الفسخِ أنْ يكونَ للغيرِ حقٌ في ذمةِ البائع فيظفر بهِ مِنْ خلال المبيع الذي سُلِّم إليه لإعمالِ دوره في العقدِ الذي يُراد إجازتـهِ أو فسخهِ، تلك الفرضيةُ التي سجَّلت سِجالاً فقهياً كبيراً بَيْنَ صُفوفِ الفقهاءِ المُسلمين، فالحنفيَّة[٦] يُجوزون ذلك بشرطِ أنْ يستوفي قدرِ حقه وليس لهُ أنْ يأخُذ غير جنسِ حقه. والشافعيَّة[٧] يُجيزون للغيرِ ذلك بشرطِ أنْ يكونَ المظفورُ بهِ مِنْ جنس المال إلَّا عند تعذُّر ذلك. ويجوز ذلك عند الإماميَّة[٨] متى ما حلفَ اليمينَ. ولا نُجاري تلك الآراء لأنَّها تُهدد استقرار المُعاملات وإلى المُنْع ذهبَ المالكيَّةُ[٩]

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (طبعة دار الكتب العلمية)، ج٧، مصدر سابق، ص٢١٢.

(٢) السيد علي الحسيني السيستاني، **منهاج الصالحين، العبادات**، ج١، ط١٤، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٨، ص٤٥٦.

(٣) عليش، منح الجليل، ج٥، مصدر سابق، ص٩٩.

(٤) النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٢، مصدر سابق، ص٤٠٠.

(٥) ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، ج٢، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٩٠.

(٦) ابو منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي، **تأويلات أهل السنة تفسير الماتريدي**، ج٥، تحقيق: د. مجدي باسلوم، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٤١٠.

(٧) نقلاً عن: د. عبد الودود محمد السريتي، **استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ١٩٨٢، ص٨٥.

(٨) أحمد الموسوي الروضاتي، اجماعات فقهاء الامامية، ج٤، مصدر سابق، ص٢٠٢.

(٩) بهاء الدين بن شداد، **دلائل الاحكام**، ج٢، من دون طبعة، دار الكتاب العلمية، بيروت، ١٩٩١، ص١٤٦.

والحنابلة[١]. ونتفقُ معهم.

أمَّا قضيةُ تعدُّدُ الأغيارِ المشروط لهُم الخيار، وامتناعهم جميعاً عن الفسخِ سواءً أكانَ ذلك بخطأ جسيمٍ أو بإهمالٍ وتقصيرٍ مما أدى إلى إلحاقِ الضرر بأحدِ أطراف العقد سواء أكان العاقد الشارط أم العاقد الآخر، فإنَّ ذلك يؤدِّي إلى إثارةِ مسؤوليَّتهم التعاقديَّة، أو التقصيريَّة – حسب الأحوال وعلى نحوٍ تضامني، فيكون في مقدورِ المضرور مُطالبة كُلٍ منهم بقدرِ نصيبه بل ويحقّ لهُ ايضاً مُطالبة مَنّ يشاء مِنْهُم بِكُل التعويض وللأخير الرجوع عليهم كُلٍ بقدرِ نصيبه من التعويض[٢].

وأمَّا إذا لم يُعرَف الممتنع عن الفسخ من بَيْنِ هؤلاء، أو مُحدث الضرر من بيْنهم، كما لو أُجريتْ تجربةُ المبيع مِن قبلهم جميعاً ولم يُعرَف أيُّهم أحدث الضرر في العينِ، في الحقيقةِ خَلا القانون العراقيّ من نصٍ يُبين حكم هذهِ الحالةُ، ولكن القانون المصريّ والأردنيّ وحتى الفرنسيّ تعرَّضوا إليها بصورةٍ غيرِ مباشرة[٣]، ويذهب الفقه إلى آراءٍ عديدةٍ، منها: أنَّ هؤلاء الأغيار جميعاً يتحملون المسؤوليَّة بالتضامن[٤] ذلك أنَّ تصرف كل منْهم يُعَدُّ مقبولاً ضمنياً لدى باقي الأغيار دُون أهميةِ لتحديدِ شخصِ المسؤول مِنْ بيْنهم، وهذا الرأي مُبالغٌ فيه، ولا نميل إليه، ولكن لو كانَ الأغيارُ وكلاءً عَن العاقدِ الشارط على حسبِ رأي الفقهِ الإسلاميّ المار سابقاً، فنجدُ أنَّ القانونَ[٥] قد تطرَّق إلى هذهِ المسألةُ فلو تمَّ تعيين كُل الأغيارِ

---

(١) نقلاً عن: د. محمود عبد الرحيم الديب، **الحِيَّل في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، من دون سنة نشر، ص٣٢٦.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، **القانون والمعاملات**، بلا طبعة، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧، ص٣٧٥. د. أنور طلبة، **الوسيط في القانون المقارن**، ج١، دار النشر للثقافة، القاهرة، ١٩٨٧، ص٧٤٤.

(٣) تُنظر المادة (٢/٥٨٤) مدني مصري والتي نصت على:" فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد كان كل منهم مسؤولا عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما في العقار هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسؤولا عن الحريق". وتقابلها المادة (٦٩٢) مدني اردني ولا يقابلها نص في القانون العراقي. ويمكن تطبيق القواعد العامة في القانون الفرنسي للحصولِ على نفسِ النتيجة.

(٤) تنظر المادة (٣٢٠) مدني عراقي، والمادة (٢٧٩) مدني مصري، والمادة (١٢٠٢) مدني فرنسي، والمادة (٤٢٦) و(٢٦٥) مدني اردني. والمادة (٢٦) شركات اردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧. وللمزيدِ عن فكرة المسؤولية التعاقديةً التضامنيَّة، يُنظر: فريد فتيان، **تضامن الدائنين وتضامن المدينين الشريعة الإسلامية والقانون المدني**، بحث منشور في مجلة القضاء، من دون مجلد، العدد (١و٢)، ١٩٦٠، ص٣٢٣.

(٥) تُنظر المادة (٩٣٨) مدني عراقي، والمادة (٧٠٧) مدني مصري، والمادة (٨٤٢) مدني اردني. والمادة (٢٠٠٢) مدني فرنسي.

بموجبِ عقد واحد فلا يحقَّ لأحدِهم أنْ ينفردَّ في الفسخِ أو في الإجازةِ بل يجب أنْ يكونَ ذلك على نحوِ الاجتماع فيما عدا بعض الحالات التي يحتاجُ فيها الأمرُ إلى تبادل الرأي، وأمَّا إذا عُينوا بموجبِ عقودِ مُتفرَّقة فلا يمكن تقييدهم بإصدارِ القرارِ مجتمعين وإنَّما لكلِّ واحدٍ منهم مباشرة التصرُّف بنفسه[١]، ولكن مع ذلك يجوزُ للموكلِ تقييدهم بضرورةِ مُباشرة التصرَّف مجتمعين. وهُنا يكون القانونُ قد حسَم النُزاع.

واختلفتْ القوانينُ[٢] بصددِ مدى كونْهم متضامنين في المسؤوليَّةِ عن الخطأ أم لا تضامُن بغيرِ اتفاق أو نص؟ وبالإفادةِ مِن الآراءِ المطروحةِ **نستنتجُّ** أنَّهم مُلزمين بالتضامنِ متى ما كانتْ الوكالةُ غير قابلة للانقسام [٣] أو أنَّ الضررَ الذي لاحَّ الموكل قد نَجَم عن خطأ مشتركٍ **ونميلَ** إلى تركِ تقديرِ المسألةِ للاجتهاد القضائي وفقاً لسُلطتهِ التقديريَّة. وعن قضيةِ التضامُم والتضامِن في الفقهِ الإسلاميّ، تبرزُ لدينا نظريَّة القسامة[٤] فلو "وُجِد القتيل في دار انسان فالقسامةُ عليه" كما ذهبَ أغلبُ الفقه إلى ذلك[٥]. وكلُّ هذه الصورُ التي سبقتْ دراستُها، لم يكُن فقهاءُ الشريعة الإسلاميّة غائبين عنها، فمِنْهُم[٦] مَنْ نراه يُعوَّل

---

(١) جاسم لفته سلمان العبودي، **النيابة عن الغير في التصرف القانوني**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٩١، ص٢٣٣.

(٢) تُنظر المادة (٢٠٠٢) مدني فرنسي، والمادة (١/٧٠٧) مدني مصري. ولا نظير لهما في القانونين العراقي والأردني.

(٣) مثالها مسؤولية مراقب الشركات عند تعددهم في الشركات المساهمة حيث يكونون مسؤولين بالتضامن إلا إذا حدد سند التوكيل اختصاص كل منهم. يُنظر: محمد كامل الحراني، **مراجعة الحسابات**، بلا طبعة، المطبعة الاميرية، مصر، ١٩٤٥، ص٣٦٠.

(٤) يقصد بالقسامة الفكرة التي تبحث فرضية القتيل الذي يعمى أمره فلا يتبين قاتله، ويكون حكمه في الفقه كحكم القتيل الخطأ من وجوب الدية بإيْمان أو قسم. يُنظر: د. محمد عبد القادر أبو فارس، **الفقه الجنائي في الشرع الإسلامي، فقه العقوبات**، بلا طبعة، دار الفرقان للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٥، ص٦٥٠. وللمزيد، يُنظر: د. يونس وهبي ياووز الاقطوغاني، **حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي مجلة الاحكام العدلية وقوانين ملاقا الإسلامية كمثال تجريبي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥، ص٣٣٢. علوي بن أحمد بن عبد الرحمن السقاف الشافعي المكي، **ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين في الفقه على المذهب** الشافعي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٣، ص٩٣٦.

(٥) الازميري، كمال الدراية، ج١١، مصدر سابق، ص٢٦. النووي، المجموع شرح المهذب، ج٢٦، مصدر سابق، ص٥٤٠. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٥، مصدر سابق، ص٣٤٥. أحمد الموسوي الروضاتي، إجماعات فقهاء الامامية، ج٢، مصدر سابق، ص٥٥٦.

(٦) عبد الحميد العلمي، **منهج الدرس الدلالي عند الامام الشاطبي**، من دون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ٢٠٠١، ص٣٥٦.

تعويلاً كبيراً على قضيةِ النيات والقُصود في التصرفات– التي عولجَت سابقاً– بل جعلها رُكناً خامساً في الأحكامِ التكليفيَّةِ الخمسة، وهذا ينوَّه عَن أنَّهم عمدوا إلى الأخذِ بالمعيار الذاتيّ، ولمْ ينكروا المعيار الموضوعيّ على نحوٍ قاطعٍ بل كاملوا بينهما مُنطلقين من الحديثِ الشريف:" مَنْ صنعَ أمراً على غير أمرنا رد".

ثانياً: أثرُ ثُبوت مسؤوليَّة الغير: يترتَّب على نهوضِ مسؤوليَّة الغير عن الفسخِ غير المُبرر للعقدِ، أو عن تحقُّق أحدى الحالات التي توليناً دراستها في الصفحاتِ السابِقة، استحقاق التعويض[١] للمضرورِ، والتعويض عن الضررِ الذي لَحِق بأحدِ طرفي العقد قد يكونَ نقدياً[٢]، وقد يكونَ عينياً[٣].

ويُعَدُّ الأخيرُ الوسيلة الأكثرُ نجاعةً في جَبرِ الضرر متى كانَ ذلك ممكناً مِن التعويضِ النقدي، وأساس التنفيذ العيني هنا هو عدمُ مشروعيَّة تصرَّف الغير مثلاً في الأشياءِ المطلوبِ منهِ تعيينها فيُطالِب بردِها بدلاً من قيمتها، وطبعاً للقاضي سلطةُ تقديريَّةُ في ذلك، وكذلك في الحالات التي لا يرتبط الغير فيها بعقدٍ من المتعاقدين سيما في فرضيَّة مضار الجوار، أو تغيير ديموغرافيَّة مكان السكن، يستطيعَ القاضي أنْ يقضي بإعادةِ الحالِ إلى ما كانت عليه كشكلٍ من أشكال التعويض غير النقدي، ولا مناص مِن أنَّ إعادة الحال إلى ما كانت عليه قد لا يتحقق إلَّا مِن خلال فسخ العقد، أو إنهائه لقطع دابر النشاط الضار، وهذا الأمر مرهون بطلب الغير وسلطة القاضي التقديرية[٤]. وعموماً، نُقيَّد إعادة الحال إلى ما كانت عليه بقيدين: فأمَّا الأوَّل فهو معقوليَّة الإجراء المتخذ بهذا الصدد فلا يمكن أنْ يتم فسخ العقد بعد أنْ تمَّت إجازته من الغيرِ الممنوح مكنة الفسخ لأنَّ ذلك يقود إلى زعزعةِ استقرارِ المُعاملات، وأمَّا ما أصابَ

---

(١) يُقصَد بالتعويض:" هو شغل الذمة بما يجب الوفاء بهِ من مال أو عمل لسببٍ من الأسباب الموجبة لهُ. يُنظر: شريف بن أدول بن ادريس، **كتمان السر وافشاؤه في الفقه الإسلامي**، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٧، ص١٩٤.

(٢) يُعَدّ التعويضُ النقدي Reparation Pecuniaire هو الأصلُ في التعويض. (٢/١٧١ مدني مصري، ٢/٢٠٩ مدني عراقي، ٢٦٩ مدني اردني، ولم نجد موقفاً صريحاً للقانون الفرنسي بهذا الصدد.

(٣) وهو أداء عمل يقوم به محدث الضرر كإعطاء شيء من جنس الشيء المتلف. يُنظر: هاشم عبد الرحمن الزرعوني، **المسؤولية المدنية لمسؤولي الضبط القضائي**، رسالة ماجستير، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٥، ص٢٢٢.

(٤) تقدَّم التنصيص على ذلك قانوناً. وفي الفقه، يُنظر: د. نصير صبار الجبوري، **التعويض العيني (دراسة مقارنة)**، ط١، دار قنديل للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص١٤٦.

العاقِد الشارط أو العاقِد الآخر مِن ضرر يُجبَر ويبقى العقدُ كما هو، أو يُمكن إنْ كانَ الضررُ فادحاً الصيرورة إلى الفسخِ الجُزئي للعقدِ. وأمَّا الثاني فهو معقوليَّة الإعادة فلا مساغَ للتعويضِ العيني إنْ كلَّفتْ العودةُ إلى ما كانَ الوضعُ عليه مبالغاً طائلةً هُنا سيفقدُ التعويضِ العيني طابعهِ العيني ويتحوَّل إلى تعويضٍ نقدي[١]. ولكن هل يُمكن أنْ يكونَ التعويضُ بديلاً عن الفسخ؟

الجواب بالإثباتِ، في الحالةِ التي يتضررُّ بها البائعُ من جرَّاء الفسخ التعسفي للعقدِ المُقترن بالخيارِ الممنوح للغيرِ فقد يحكمّ القاضي بالتعويضِ عند المنازعة بدلاً مِن الفسخِ الذي قالَ بهِ الغيرُ بدليلِ ذهاب اتجاهٌ في الفقهِ إلى أنَّ التعويض هو البديلُ عن الفسخِ في حالةِ الضررِ المُترتَّب على الفسخِ والذي يلحقُ بالمُتعاقدِ من جرَّاءه[٢].

فلو سلَّم البائعُ المشتري بضاعة سليمة واشترط الأخير الخيارَ للغيرِ المتعسف بالفسخِ الذي وجدَّ أنَّها غير سليمة ففسخَ العقد، وتضررَ البائع مِن جرَّاء الفسخ كما لو تلقَّى عروضاً بأسعارٍ مرتفعةٍ ولم يقبلْها بسبب تسليمِ المبيع إلى المشتري الشارط خصوصاً إنْ كانتْ مدةُ الخيار طويلة، فهُنا لو أُثير نزاعٌ وعُرِض على القضاءِ يستطيع القضاء أنْ يقضي بالتعويض للبائعِ وللقاضي السلطةُ التقديريَّةُ المُطلقةُ في اعتبارِ العقد نافذاً على سبيلِ التعويض إنْ كانتْ تلك مخالفةٌ جوهريَّةٌ بتقديرهِ[٣].

وفي الفقهِ الإسلاميّ لا خلافَ لدى المذاهب الفقهيَّة محل المقارنة[٤] في ضرورةِ جبر الضرر سواءً وقعَ في العاقدِ الشارطِ أم العاقدِ الآخرِ أم في الغيرِ نفسهِ منهما أو مِن أحدهم.

---

(١) وذلك قياساً على ما جاء بالمادة (٢/٨) من اتفاقية لوجانو لسنة ١٩٩٣.

(٢) يُنظر: استاذنا د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد، مصدر سابق، ٤٥٤.

(٣) بمعنى مقارب، يُنظر: استاذنا د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد، مصدر سابق، ص٤٥٨.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص١٥٢. أبو القاسم محمد بن جزيء الكلبي، **القوانين الفقهية**، اعتناء وضبط: د. ناجي السويد، بلا طبعة، دار الارقم بن أبي الارقم، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٥٠. النووي، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، ط١، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٥، ص٨٦. البغوي، التهذيب في فقه الامام الشافعي، ج٧، مصدر سابق، ص٢٠٤. وللحنابلة نقلاً عن: د. محمد هندو، **الكليات التشريعية وأثرها في الاجتهاد والفتوى**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فيرجينيا، ٢٠١٦، ص٣٠١. ويرى الحنابلة وجوب التعويض حتى عن حالات الصدمة العصبية. يُنظر: د. محمد أحمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١٨١. الخميني، تحرير الوسيلة، ج٢، مصدر سابق، ص١٧٦ وما بعدها.

وقد يكونَ المضرورُ هو الغيرُ كما لو فسخَ العقدَ باستعمالِ المكنةِ الممنوحة لهُ مِن العاقد وإذا بالغيرِ يُفاجئ بحملةٍ من التشهيرِ وتلويثِ السمعة من البائعِ مثلاً، وهنا يحقّ لهُ المُطالبة بالتعويضِ عن الضررِ الأدبي الذي لحِقَ بهِ مِن جرَّاء تلويث سمعته التجاريَّة[١]، التي تُعدُّ عُنصراً من عناصِرِ المحل التجاري للتاجرِ[٢]. ولكن قد يكونَ الغيرُ والمشتري ضالعيْن بالتواطؤ وبسوءِ نيَّةٍ في الفسخِ أو الإجازة، على الرُّغم مِن عدمِ وجود ما يُبررهما، فما إنْ رُفِع الأمرُ إلى القضاءِ يكونَ الأخيرُ أمامَ فروضٍ عديدةٍ نتناولُّها تباعاً لرفعِ الحيف عن البائع الذي وقعَ عليهِ مِن هؤلاء:

١ – **الفسخُ الجُزئـي للعقدِ**[٣]:أنَّ خيارَ الشرطِ قد يردّ على بعضِ المبيع دونِ بعضهِ، وبالتالي لو حصل التواطؤ بين الغير والبائع للإضرارِ بالمشتري وأجاز العقدَ بالقدرِ الذي جُعلَ فيه خيار الشرط ولم يفسَّخه على الرُّغمِ مما فيه مِن غَبَن، وأُثير النُزاعُ إلى القاضي، فقد يُصار هُنا إلى الفسخِ الجُزئي للعقدِ بالقدرِ الذي وردَ فيه الخيار الذي أُسيء استعماله، أمَّا الجُزء الذي لم يردْ فيهِ الخيارُ فهو مُستقرٌ، وبالتالي تتمّ المُحافظة عليهِ.

والدليلُ على ذلك أنَّ الجُزءَ الذي ورد فيه الخيارُ قد يكونَ بهِ عيباً، وتواطأ الغيرُ مع البائعِ بشأنهِ، فهُنا لا يحقُّ للمشتري المُطالبةِ بفسخِ العقد برمتهِ بل بقدرِ الجُزء الذي وقعَ مَعيباً، كما أنَّ شروطَ اتفاقيةَ فيينا هُنا متحققةً ذلك أنَّ العقدَ مُجزأٌ وفقاً للخيارِ الذي وردَ على بعضِ المبيع، وتحقُّقّ المُخالفة الجوهريَّة ذلك أنَّ الجُزءَ الذي وردَ الخيارُ بشأنهِ غير مُطابق للجُزءِ الذي لم يردْ بشأنهِ خيارٌ[٤].

---

(١) وبنفس هذا المعنى، يُنظر: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)**، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٨، ص١٤٥.

(٢) تعتبر السمعة التجارية عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري وهو مالٌ منقول معنوي. يُنظر: د. أحمد عرفة أحمد يوسف، **الاحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة**، من دون طبعة، دار التعليم الجامعي، مصر، ٢٠٢٠، ص٢٢٢.

(٣) تُنظر في تفصيل ذلك: المادة (٥١) من اتفاقية فينا للبيع الدولي، والمادة (١٧٢٢) مدني فرنسي، (١٧٥) مدني مصري، والمادة (١٧٧) مدني عراقي، والمادة (٢٤٦) مدني اردني. وفي القضاء الفرنسي: قرار محكمة استئناف باريس ٥/نوفمبر/١٩٨٦، وفي القضاء المصري: الطعن رقم (٧٨) لسنة ٧ق/ جلسة ١٩٣٨/٤/٢١. نقلاً عن: استاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد، مصدر سابق، ص٤٤٣.

(٤) وللمزيد من التفصيل، يُراجع: استاذنا د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد، مصدر سابق، ص٤٢٣.

وفي الفقهِ الإسلاميّ نجدُ أنَّ هذا الفقهُ قد أقرَّ نظريَّةَ الفسخ الجُزئي للعقدِ وخصوصاً الفقه الشافعي والامامي –ولم نجدْ موقفاً مماثلاً لدى الحنفيَّة والمالكيَّة والحنابلة– إذ يرى الشافعيَّة[١] أنَّ تلفَ أحدُ الشيئين المعقود عليهما في صفقة واحدة قبل قبضهما يؤدي إلى فسخ العقد بالقدرِ التالفِ مِن الشيئين بِلا خلاف، وقيلَ أيضاً للمشتري الخيارُ في التالفِ إنْ شاء فسخَه وإنْ شاء أجازه، ويرى الإماميَّةُ[٢] أنَّ للمُشتري الحقُ في فسخِ كُل الصفقة، أو إجازتها بالقدرِ الذي لم يتلفْ، وذلك حمايةَ لهُ مِن تفرَّق الصفقة[٣] عليه.

٢– **إنقاصُ المُقابل**[٤]: قد يكونَ الضررُ الذي أصابَ المُشتري مِنْ جرَّاء ابرامِ العقد الذي لمْ يَفسخْه الغيرُ بالتواطؤِ مع البائع طفيفاً، ولم يرَ القاضي ثمَّة ما يدعو إلى الفسخِ بعد أنْ تمَّ إبرام العقد بإجازتهِ من الغير على الرغم من أنَّه لا يتوافق ورغبة المشتري. ويُقررُّ القاضي هُنا على سبيلِ التعويضِ، ولأجلِ المُحافظة على العقدِ انقاص الثمن المدفوع إلى البائع فيما لو كانَ الدفعُ عاجلاً وتخفيضَّه إنْ كانَ آجلاً[٥]. ويجوز للطرف الذي لم يصدرْ الحُكم لصالحهِ أن يطعن بالحُكمِ الصادر مِن القاضي سواءً بالفسخِ الجبري أو بغيره وفقاً للمادة (٢/٢٠٣) من قانون المُرافعات العراقيّ.

---

(١) ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمى بالشافي على متن الاقناع، ج٤، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٨، ص٣٦. صالح كوزة بانكي، **تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي**، من دون طبعة، مكتبة بسام، القاهرة، ١٩٨٥، ص٤٦.

٢(٢) وبنفسِ المعنى: الحلي، تحرير الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٣٥١. أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج٢، مصدر سابق، ص٤٨٧.

٣(٣) عُرف تفريق الصفقة لدى الفقه الإسلامي بتعاريفٍ مختلفة، وأدق تعريف في تقديرنا هو تعريف الحنابلة، إذ عرفوه بأنه:" تفريق ما اشتري بعقدٍ واحد". يُنظر: محمد بن أبو الفتح بن أبو الفضل البعلي، **المطلع على الفاظ المقنع**، ط١، تحقيق: محمد الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٣، ص٢٧٧.

(٤) يُنظر المادة (١/٤١) من اتفاقية فيينا، والمادة (١٦٤٤) مدني فرنسي، والمادة (٤٤٤) مدني مصري، والمواد (٥٤٣ – ٥٤٥– ٥٧٤) مدني عراقي، والمادة (٤٣٤) مدني اردني

(٥) وهذا الحلُ ناجعٌ فيما لو كانَ المشتري راغباً في الاحتفاظ بالصفقة ولكنهُ يكره سوء النية والإستغفال الذي طالهُ من البائع والغير المتواطئ. ولأنَّ خيارَ الشرط مثلاً يقبل أنْ يقترِن بعقدِ الإيجار، فإذا ما جُعِلَ الخيار للغيرِ في التعاقد على مأجور معين بمواصفاتٍ معينة، ثمَّ اتضح أنَّ ثمَّة عيوبٍ ليست خفية وإنَّما تواطأ الغير مع المؤجر في اهمالها رغم أن العاقد الشارط صرَّح بضرورة عدم وجودها، هُنا يحقُ لهُ المطالبة بالفسخ، ولكننَّا نرى أنَّ إستعداد المؤجر للقيام بها أو كونها عيوباً طفيفة تجعلُ القاضي لا يستجيب للحكمِ بالفسخِ بل يُمكن أنْ يقضي بإنقاص الأُجرة. يُنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٧١٧/ ايجار/ ٢٠٠٦) المؤرخ في ٢٠٠٦/٧/١٩. منشور على الموقع الالكتروني: www.hjc.iq .

أمَّا ما يَخُص الفقه الإسلاميّ يحقُّ للمُشتري إنقاص الثمن[١] إذا ما حدثَ ما يؤثِّر على المنفعةِ المرجوة من المَبيع وإلَّا فلا يحقَ لهُ الفسخ، إلَّا إذا أدَّى ذلك إلى تفريقِ الصفقة عليهِ فيحقّ لهُ الفسخ على وفقِ المذهب الحنفي[٢]، وأمَّا المذهب المالكيّ[٣] فأجازَ الحطَ مِن الأُجرة متى ما كانَ ما ذهبَ مِن المنفعة شيء متوسطٌ دون الطفيفِ، ولكن يجب أنْ يكونَ انقاصُ الأجرة بقدرِ الجُزءِ الذي ضاعَ عليهِ نفعهِ ومثلهُ المذهب الإماميّ[٤]. وذهبَ الشافعيَّةُ[٥] والحنابِلةُ[٦] إلى عدمِ انقاص الأجرة في كلِّ الفروضِ، ومِنْ ثّمَّ لمْ يتركوا مجالاً ولا فُسحةً لإعمالِ فكرة انقاص الثمن بُغية المُحافظةِ على العقدِ.

(١) وبالنسبةِ إلى انقاص الأجرة يبرز مثالٌ شهير لدى الفقه الإسلامي في هذا الصدد وهو تصقيع الحكر، حيث أن أجرة الحكر غير ثابتة بل قابلة للزيادة والنقصان في ضوء تغيُّر الأحوال. يُنظر بصدد ذلك: د. هايل عبد الحفيظ يوسف داود، **تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٩، ص٢٩٨. ولقد نُظم الحكر في المادة (٩٩٩) وما بعدها مدني مصري، والغي بقرار وزير الأوقاف رقم (٢٠٢) لسنة ٢٠٠٩، وفي فرنسا عُرف نظام لديهم شبيه بالحكر يسمى "الامفيثيور" ضمن التقنين الزراعي Code Rural لسنة ١٩٠٢ في المادة ١/٤٥١ إلى ١٣/٤٥١ منه، وفي الأردن عولج في المادة (١٢٤٩) مدني، وقانون المالكين والمستأجرين رقم (٥) لسنة ١٩٦٤ للعقارات الوقفية.

(٢) ابن نجيم، تكملة البحر الرائق، ج٨، مصدر سابق، ص٢٠٦.

(٣) نقلاً عن: د. محمود المطرجي، **الفقه المالكي وأدلته**، ج٥، ط١، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٥٩.

(٤) الطوسي، المبسوط، ج٢، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٥) ابو البقاء محمد بن موسى الدميري، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، ج٣، تحقيق: محمد العزازي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨، ص١٠٩.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص٢٥٠.

الخَاتِمةُ

الخاتِمة

بعدَ أنْ انتهينا مِن دراسة بحثنا الموسوم بـ **(فسخ العقد من غير المتعاقدين "دراسة مقارنة")**، التي حاولنا فيها بيان الغيريَّة في الفسْخ، ومبررات تدخُّل الغير بالفسخِ، وآثار هذا التدخُّلُ، في محاولةٍ جادةٍ للتوصُّلِ إلى إجابةٍ وافيةٍ عن السؤال الذي سبقَ أنْ عَرضناه في مُقدمّةِ الرسالة، وما ألمحنا فيه عن مدى إمكانيَّة تصوَّر وجود فسخ مِنْ غَيْرِ دائرة أطراف العقد؟، نحاولُ فيما يلي تدوينَ أهم ما تمَّ التوصُّل إليه، وذلك في فقرتين، نُخصِصُّ الأولى لإدراج الاستنتاجات، والثانيَّة لبيانِ المُقترحات.

أولاً: الاستنتاجات: ويمكن حصرُّها بالنحو الآتي:

- **على المُستوى التشريعي:**

١. بيَّنت المادةُ (٥٠٩) من القانون المدني العراقيّ المكنة الاتفاقيَّة الممنوحة للغيرِ بفَسْخِ العَقد الذي لم يكُنْ طرفاً فيه، مسميَّةً إياه (الأجنبي) أخذاً مِن الفقه الإسلاميّ الذي درجَ على استخدام كلمة (الأجنبي)، ونحنُ نُسميه غيراً لأنَّ الغير أكثرُ إطلاقاً من لفظةِ (الأجنبي) الذي يُعدُّ معنىً مِنْ معاني الغير، وعن طبيعة الفسخ من الغير رأينا أنَّهُ فسخٌ مستنِدٌ إلى خيارٍ اتفاقي بالفسخِ، وهذا هو المظهرُ المباشرُ للفَسْخِ مِن الغير.

٢. يُضاف إلى المظهر المباشر مظهرٌ غيرُ مباشرٍ يُشكل نوعاً من أنواع الوصايَّة، والطُغيان على الإرادة التعاقديَّة عندما يمنح القانون مَنْ هو غيرٌ عَن العقد صلاحيَّة قانونية تؤهلَّهُ الفسخ، ويُعدُّ بمثابَة الأمارات على الفسخ مِن الغير الذي يمنحهُ القانون صلاحيَّة قانونيَّة "مكنة" فسخ العقد الذي لم يُساهمْ في إبرامهِ كالقاضي، الذي يطلب منهُ الخصوم تطويع عقدهم وفقاً للظرف الطارئ الذي حلَّ بهم فيقوم بفسخهِ وفقاً للمادة (١١٩٥) من التقنين المدني الفرنسيّ التي منحتْ القاضي سُلطة انهاء العقد، وكإتحاد الشاغلين المصري وفقاً للمادة (٨٧) من قانون البناء المصري التي مَنحتْ الاتحاد فَسْخ العلاقة الايجارية بَيْنَ المؤجر والمستأجر وهو أي الإتحاد غيرُ عَن العقد المُبرم بَيْنَهما. كما إنَّ القانون يَجبُر على التعاقُد أحياناً وهذا الإجبارُ قد يقودَّ إلى فَسْخِ العقد السابق لإبرام العقد اللاحق، مثل الشُفعة، والإستملاك، وفَسْخ عُقود المصرف المُفلس عِنْدما يتدخَّل المشرع صراحةً بِفَسْخ العقد، وكالغَصْب، التفاوت المعرفي، فلو حدثَ الأخير يكونَ الفسخُ له سندٌ مِن القانون وهو الغَبنُ سواءً وقع مِن الغير أم العاقد الآخر، وهذا يعني أنَّ

الفسخَ مِن الغير فسخٌ مستندٌ إلى خيارٍ قانوني بالفَسْخِ يُمنح للغير بنصٍ تشريعي ووفق اعتباراتٍ مُحددةٍ وواضحةٍ.

- **على المُستوى الفلسفي والواقعي:**

٣-تتجلَّى فلسفةُ الخيار التعاقدي في الحاجةِ الماسَّةِ إلى حِماية المتعاقد مِن الغِش والخداع بل وحماية رُكن الرضاء في العقدِ، فقدْ يحتاجُ المُتعاقِدُ إلى غَيْرِه في التعاقُد فَيعمَد إلى مَنْحهِ مكنة الفسخ فيما لو توافرتْ شروطٌ معينةٌ، فعلى الرُّغم مِن أنَّ الخيار غَرر فإنَّهُ يُباح العقد المُقترَن بهِ للتيسيرِ على المُتعاقِد؛ ولذلك يُحمى المتعاقد مِنْ خِلال هذا الغيرُ. كما نجدُّ فكرةَ التضامن التعاقدي حاضرةً في المُحافظة على العقد مِن الفسخ إن استعملَ الغير هذا الخيارُ بسوء نيَّةٍ، أو خالف مُقتضيات الاخلاق التعاقديَّة التي تُحتِّم عليه مُراعاة مَصلحة المتعاقد الشارط.

٤-إنَّ مفاهيمَ الإخوة التعاقديَّة والتعاون والأخلاق التعاقديَّة والتضامُن التعاقديَّ وإنْ كانتْ مفاهيماً فقهيَّةً فرنسية النشأة، كُلها تصبّ في مرمى النظام العام التعاقدي، فمتى ما خرجَ الغير عَنْها أُثيرتْ مسؤوليتُّه عَن الفسخ وهي في نفسِ الوقت آلية لإعادة الرُوح في العقدِ الذي فَسخه الغير بِغَيْرِ مُبررٍ.

- **على المُستوى التنظيمي:**

٥- مِن أهمِ سِمات الفسخِ من الغير هو أنَّه جُعلَ لحمايةِ المُتعاقد من الوقوع في حبائل الغش وسوء النية، وأنَّهُ فسخٌ متعدد المصادر، بمعنى أنَّ سُلطة الغير في الفسخ قد يكون مصدرها القانون كما في المراجعة العقدية والفسخ الواقع من الوصي المصرفي، أو قد يكونَ الاتفاقُ هو مصدرُ مَكْنَة الفسخ الممنوحة للغيرِ كما في خيارِ الشرط، وباقي الخيارات التي تمَّ التطرُّق لها في طياتِ هذا البحثُ، كما أنَّهُ قد يقع بغير إخلال أي طرف بالتزاماته المترتبة بمقتضى العقد.

٦-رأينَّا أنَّ خيارَ الشرط وتطبيقاته كخيار النقد والتجربة لا يُورَّث وإنْ كانتْ ثمَّةُ أحوالٍ ينتقل بِها الخيار إلى الغير الذي لمْ يَمنحْ مَكنة الفسخ مَنبتها الفقه الإسلاميّ كانتقاله إلى دائنيّ المُفلس، أو الأصيل بَعْدَ وفاة الوكيل، أو انتقاله إلى النائبِ القانوني في حالاتٍ معينةٍ وذلك بِعكس خيار التعيين الذي سلَّم المُشرّع بإمكانيَّة انتقاله للورثة.

٧-يُمكن تقييد سُلطة الغَير في الفَسخ بِعُنصر الإعتبار الشخصيّ متى ما تمَّ الاتفاق على ذلك، ويُمكن الاتفاق على رُجوع الغير إلى العاقدِ الجاعل قبل الفسخ ولِكُلِّ حالةٍ أحكامُها الخاصَّة.

٨- وأخيراً، تثبُت مسؤوليَّة الغير المدنيَّة سواءً أكانتْ تعاقديَّةٌ أم تقصيريَّةٌ، مُفترضة أم واجبة الإثبات عَن التعسُّف في استعمالِ الخيار، ومتى ما تعسَّف الغير في الفسخِ مع تسبُّبِ ذلك التعسُّف بضررٍ لأحدِ الطرفين يُمكن للقضاءِ الرُكون إلى إجراءاتٍ بديلةٍ عَن الفسْخ كانقاصِ الثمن أو الفَسْخ الجُزئي للعقدِ.

ثانياً: المقترحات: ويُمكن بيانها بالنحو الآتي:

١. نقترِحُ تعديلَ نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقيّ التي أشترطتْ تنفيذَ العقدِ وفق ما يقتضيه مبدأ حُسن النيَّة، وذلك لتوسيعِ مضمون العقد ليُحاكي التطورات التي شَهدِها المبدأ في التشريعِ والقضاء والفقه الفرنسي، ولتُقرأ بالنحو الآتي:

" يُنفَّذ العقد بحُسن نيَّة وفقاً لما يقتضيه مضمونه الصريح والضمني أيُّهما يوازن بيْن مصلحتهما الخاصة والمصلحة العامة إن اقتضى الأمر ذلك".

٢. حتى لا يتنصَّل الغيرُ عن إعمالِ الخيار الممنوح له ولتوفيرِ الضمانات الكافية لإعمالها وفقاً للغايةِ المرجوَّة مِنْ تَمكينه نقترح إدراج النص الآتي للمادة **(٥٠٩)** من القانون المدني العراقيّ ولتُقرأ كما يلي:

" المادة (٥٠٩/ ثانياً): إذا شرط العاقدان خيار الشرط لأحدهما أو لأجنبي عنهما لا يجوز لهما عزله ولا يجوز له الاعتزال إلا بتراضي الأطراف على هذا الأمر".

٣. نقترِحُ أنَّ يكونَ النصُّ على مُدَّة الخيار أكثر تفصيلاً مِن الاقتضاب الذي جاءتْ بهِ المادةُ (٥٠٩) من القانون المدني العراقيّ، حتى لا يتأثَّر مبدأ القوة الملزمة للعقدِ ومبدأ استقرار المُعاملات، وليُقرأ كما يلي:

" المادة (٥٠٩/ ثالثاً): يجب أنْ تكونَ مُدَّة الخيار معلومةً للطرفين ابتداءً، وعِنْدَ اغفالِ النص عليها في العقدِ، عُدَّت مُدَّة الخيار ثلاثة أيام ينقطع بعدها لِمَن شُرِط له، وإنْ اختلفا حول المُدَّة في العقدِ غير المكتوب يؤخذ بقولِ مَن يدعي مُدَّة أقصر".

٤. نقترِحُ إضافةَ نصٍ للمادة (٥٠٩) مدني عراقي لتُعالِج مسألة فقدان أهلية الغير المُخيَّر خلال فترة الخيار، لتقرأ كالآتي:

" المادة (٥٠٩/ رابعاً): في حال الغير المشروط له الخيار بعارض من عوارض الأهلية أو موانعها يعود الخيار إلى الشارط".

٥. لتعزيزِ الحمايةِ للمُتعاقِد الآخر في حالةِ إشتراط الخيار للغيرِ مِنْ سُوء نيتهِ، أو تواطئِه بأي شكلٍ مِن الأشكال التي تناولتها الصفحات السابقة مِن هذا البحث وفي حالةِ خيار التجربة المُقترن بخيارِ الشرط، نقترِحُ تعديلَ الفقرة الثانية مِن المادة (٥٤٨) من القانون المدني العراقيّ لتُقرأ على النحوِ الآتي:

" ٢- وما يُقبَض على سَوْمِ النظر أو التجربة سواءً تمّ الاتفاق على تحديدِ ثمنه أم لا يكون أمانةً في يدِ القابِض فلا يَضمِن إذا هلكَ دونَ تَعدٍ أو تقصيرٍ".

٦. رأينَّا تذبذب القضاء في مسألةِ الغَصْب ومتى تُعدّ مؤسساتُ الدولةِ غاصبةً ومتى لا تُعدّ كذلك، لذا نقترِح إضافةَ النص التالي إلى نُصوصِ القانون المدني ليُقرأ كالآتي:

"١ – إذا غُصِبَ المأجورُ مِنْ شخصٍ معنوي عامٍ لأغراضِ المصلحة العامة ولمْ يتمكنْ أطرافُ العقد مِنْ رفعِ يَد الغاصِب ينفسخ العقدُ بُحكمِ القانون مع احتفاظِ أطراف العقد بِحقهِم في المُطالبةِ بالتعويضِ عن الأضرار الماديَّة والمعنويَّة وتُراعي المحكمةُ في تقدير الضرر المادي أجرةَ المثل".

٧. إيرادَ نص في القانون العراقيّ يُجيز لجمعية المُلَّاك فسخ العقد فيما لو لمْ يقُمْ المستأجرُ بالمُشاركةِ في دفع إشتراكات الجمعيَّة، يُضاف إلى قانون تنظيمِ مُلكية الطوابق والشقق رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١، وليقرأ بالشكل الآتي:

" يترتَّب على عدمِ إداء الإشتراكات، أو الالتزامات، أو النفقات المستحقة مِن المُستأجر إلى جمعيَّة المُلَّاك ما يترتَّب على عدمِ دفع الأُجرة مِن أثرٍ".

٨. حتى لا يتمَّ إقصاء الدور الذي يلعبه القانون المدني في عمليَّةِ تنظيمِ العقود قانوناً، نقترِحُ تعديلَ نص المادة (١/١٤٦) مِنْه وذلك حتى يشملَّ تجويزَ الفسخِ مِن الغير في النطاق المدني، والنطاق الذي يردُّ بشأنهِ نصٌ خاصٌ، ولنُقرأ كما يأتي نصَّه:

"١ – إذا نفذَ العقد كانَ لازماً ولا يجوز لأحدِ العاقدين الرُجوع عَنْه، ولا تعديله إلَّا بمُقتضى نص في هذا القانونُ أو في قانونٍ خاصٍ آخر أو بالتراضي".

٩. حتى يترتَّب على الاستملاك فسخ العقد مِن الغير بمعنى فسخ العقد المبرم بين طرفين مِن قبل الجهة المُستملِكة "الغير" يجب أنْ يضافَ نصٌ إلى قانونِ الاستملاك العراقيّ ويُصاغ كالآتي:

" انتقالُ مُلكيَّة العقار المُستملَك إلى المستملِك يكونُ مِنْ تأريخ نشر قرار الاستملاك ويترتَّب على نشر قرار الاستملاك ما يترتَّب على تسجيلِ عقد المُلكيَّة مِن آثار".

١٠. نقترِحُ إضافةَ نص إلى المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقيّ يُقرر تحمَّل الغير الممنوح الخيار بفسخِ العقد ما يتحمَّله أطراف العقد مِن التزامات وليقرأ كالآتي:

" المادة (٥٠٩/ خامساً): إذا كانَ الخيارُ للغيْرِ يجب عليهِ مُراعاة أحكام المادة (٧) مِنْ هذا القانونُ، وبخلافهِ يُعد مُتعسِفاً في استعمالِ الخيار ويجب عليهِ الضمان".

١١. نقترِحُ افتراضَ مسؤوليَّة الغير فيما لو أصابَ أحد أطراف العقد ضرراً نتج عَن إهمال الغير مِن دونِ أنْ يكونَ قاصداً إحداثه كما لو تأخرَ في فسخَ البيع مما حَمَّل المشتري صفقة مَغبون فيها، وليُكنَ ذلك بنصٍ قانوني يُضاف للمادةِ أعلاه، وليُقرأ كالآتي:

"المادة (٥٠٩/سادساً): يُفترض أنَّ ضرراً قد أصابَ العاقد الشارط الخيار للغيرِ فيما لو تأخَّر في إجازة أو فسخ العقد خلال المُدَّة المتفق عليها متى ما كانتْ الصفقة محتوية على شائبة الغَبن ولو كانَ يسيراً مع احتفاظ المَغبون بحقه في نقضِ العقد وفقاً لأحكامِ هذا القانون".

١٢. ندعو المشرع العراقيّ إلى تعديل نص المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقيّ، أو إضافة نص جديد يُصاغ بالنحو الآتي لمُعالجةِ مُستجدات رجعيَّة الفسخ وجدلها في الفقه القانونيّ:

" إذا فُسِخ العقدُ أُعيدَ المتعاقدان إلى الحالةِ التي كانا عليها قبل انبرامِ العقد بموجبِ هذا القانونُ، أو بالتراضي على تحديد موعد آخر يُتفق عليه شرط مُراعاة حقِّ الغير متى كانَ حسُن النية، فإذا استحالَ ذلك جاز الحكم بالتعويض".

قائِمةُ

المَصادِر

والمراجِع

المصادر والمراجِع

القرآن الكريم.

السُنَّة المُطهَّرة.

- **المصادر باللغة العربية:**

أولاً: المعاجم وكُتُب اللُغة:

١- د. أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المجلد الأول، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢- بطرس البستانيّ، **محيط المحيط**، ج٩، اعتنى به: محمد عثمان، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

٣- حسن سعيد الكرميّ، **الهادي إلى لغة العرب**، المجلد (٣)، من دون طبعة، دار لبنان، لبنان، ١٩٩١.

٤- د. عزيزة فوّال بابتي، **المعجم المفصل في النحو العربي**، ج١، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨.

٥- غريد الشيخ محمد، **المعجم في اللغة والنحو والصرف والإعراب والمصطلحات العلمية والفلسفية والقانونية والحديثة**، ج٥، من دون طبعة، دار اليازودي العلمية، الأردن، ٢٠٢١.

٦- محمد بن أبو بكر الرازيّ، **مختار الصحاح**، من دون طبعة، المطبعة الاميرية، من دون مكان نشر، ١٩٠٥.

٧- محمد بن أبو بكر الرازيّ، **مختار الصحاح**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط٥، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت، ١٩٩٩.

٨- موسوعة المصطلحات الإسلاميّة، ج٤، المكتب التعاوني للدعوة والإرشاد وتوعية الجاليات بالربوة، السعودية، ١٤٤١هـ.

٩- أبو الفتح ناصر الدين المطرزيّ ناصر بن عبد السيد، **المغرب في ترتيب المعرب معجم لغوي**، من دون طبعة، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٩.

١٠- د. نزيه حماد، **معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء**، ط١، المعهد العالي للفكر الإسلامي، فيرجينيا/ الولايات المتحدة الأميركية، ١٩٩٣.

ثانياً: مراجع الحديث الشريف:

١١- أبو عبد الرحمن بن أحمد بن شعيب النسائيّ، **سنن النسائي**، من دون طبعة، المطبعة الميمنية (مطبعة البابلي الحلبي)، مصر، ١٨٩٤.

١٢- أبو شجاع شيرويه بن شهؤدار بن شيرويه الديلميّ، **الفردوس بمأثور الخطاب**، ج٥، تحقيق: السعيد بن بسيوني زغلول، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٠٥.

١٣- محمد بن احمد داه الشنقيطيّ، **فيض الغفار من احاديث النبي المختار**، ج١، من دون طبعة، مكتبة القاهرة، القاهرة، ١٩٦٩.

١٤- محمد زكريا بن يحيى الكاندهلويّ، **الأبواب والتراجم لصحيح البخاريّ**، ج٣، تحقيق: محمد رحمة الله حافظ الندوي، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

١٥- محمد يحيى بن محمد المختار الولائيّ، **نور الحق الصبيح في شرح بعض احاديث الجامع الصحيح**، ج٤، الطبعة الاولى، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩.

١٦- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيريّ النيسابوريّ، **صحيح مسلم**، ج١، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، ١٩٥٥.

١٧- منصور ناصف، **التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول**، ج١، ط٣، دار احياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٢.

ثالثاً: مراجع الفقه الإسلامي:

- **مراجع الفقه الحنفي:**

١٨- أبو المحاسن الحسن بن منصور، **فتاوى قاضيخان في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، ج ٢ وج٣ اعتنى به: سالم مصطفى البدري، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٩- أبو بكر الرازيّ الجصاص، **شرح مختصر الطحاوي**، ج٦، تصحيح: د. سائد بكداش، الطبعة الاولى، دار السراج ودار البشائر الإسلامية، مكة المكرمة، ٢٠١٠.

٢٠- أبو بكر بن علي حداد، **الجوهرة النيرَّة على مختصر القدوري**، مج١و٢، من دون طبعة، من دون دار ومكان نشر، ١٨٩٥.

٢١- أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسيّ الحنفيّ، **كتاب المبسوط في الفقه الحنفي**، تحقيق ابي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعيّ، الجزء٧ و ٢٣، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.

٢٢- أبو عبد الله محمد بن عبدالله بن عيسى المرينيّ الاندلسيّ بن أبي زمنين، **منتخب الأحكام**، ج١، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١.

٢٣- أبو منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريديّ، **تأويلات أهل السنة تفسير الماتريديّ**، ج٥، تحقيق: د. مجدي باسلوم، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.

٢٤- أمين الدين أبو محمد عبد الوهاب بن أحمد بن علي بن زهير بن وهبان الحارثي الدمشقيّ الحمويّ، **شرح المنظومة الوهبانية في فقه الحنفية المسمى تيسير المقاصد شرح نظم الفرائد**، من دون طبعة، تحقيق: د. عبد المحسن طه يونس العبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٢.

٢٥- جمال الدين محمد بن الزيلعيّ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٤، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٢٦- جمال الدين محمد بن عبد الله الزيلعيّ، **نصب الراية تخريج أحاديث الهداية**، ج٤، تحقيق: احمد شمس الدين، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٢٧- د. عبدالجواد خلف، **المعاملات في الفقه الإسلاميّ**، من دون طبعة، دار البيان، الكويت، ٢٠٠١.

٢٨- د. محمد زكي عبد البر، **نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلاميّ**، ج١ في الفقه الحنفي، الطبعة الأولى، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٥٠.

٢٩- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصريّ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)**، ج٨، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

٣٠- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

٣١- سراج الدين أبو محمد علي بن عثمان بن محمد التيمنيّ الأوشيّ الحنفيّ، **الفتاوى السراجية**، تحقيق: محمد عثمان البستوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.

٣٢- سيد حسين عبد الرحمن البنجاويّ، **الخلاصة البهية في مذهب الحنفية**، تحقيق: د. ارحان جكر، محمد صالح بن أحمد الغرسيّ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.

٣٣- شفيق أيوب، **خيار الشرط في الفقه الإسلاميّ المذهب الحنفي**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، مصر، ١٩٦١.

٣٤- شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا الحنفيّ، **الايضاح في شرح الإصلاح في الفقه الحنفي**، ج٢، تحقيق: د. عبدالله داود خلف المحمديّ، د. محمود شمس الدين امير الخزاعيّ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

٣٥- شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا، **مهمات المفتي في فروع الحنفيّة**، تحقيق: د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، ج١، الطبعة الأولى، العبيكان، الرياض، ٢٠١٨.

٣٦- الشيخ نظام، **الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، ج٣ و٤، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٣٧- عبد الحميد محمود طهماز، **الفقه الحنفيّ في ثوبه الجديد**، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٩.

٣٨- عبد الغني الغنيمي الحنفيّ، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق: محمد العزازيّ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.

٣٩- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحيّ مجد الدين أبو الفضل الحنفيّ، **الاختيار لتعليل المختار**، ج٢، من دون طبعة، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٣٧.

٤٠- عبد النبي عبد الرسول الأحمد نكري، **دستور العلماء في جامع العلوم في اصطلاحات الفنون**، ج٢، تعريب: حسن هادي فحص، من دون طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

٤١- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانيّ الحنفيّ ملك العلماء، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٦، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨هـ.

٤٢- علاء الدين الكاسانيّ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٥ وج٧، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٤٣- علاء الدين الكاسانيّ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٥، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٤.

٤٤- علي بن محمد بن احمد أبو القاسم الرحبي المعروف بابن السمنانيّ، **روضة القضاة وطريق النجاة**، ج١، ط٢، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤.

٤٥- علي بن محمد بن الحسين البزوديّ، علي بن محمد بن علي الرامشيّ، **فوائد البزودي**، ج٢، تحقيق: د. عامر احمد النداوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٤٦- قوام الدين محمد بن محمد الكاكي الحنفيّ، **جامع الاسرار في شرح المنار**، تحقيق: سليم محمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١.

٤٧- قوام الدين محمد بن محمد الكاكيّ الحنفيّ، **عيون المذاهب في فروع المذاهب الأربعة**، تحقيق: محمد العزازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٩.

٤٨- محمد امين ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ج١، ط٢، المطبعة الاميرية، بولاق مصر، ١٨٨٢.

٤٩- محمد امين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، شرح تنوير الابصار، ج٤، مطبعة علي بك، بغداد، ١٨٧٧.

٥٠- محمد امين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين الدمشقيّ الحنفيّ، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٤و ج٦، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢.

٥١- محمد بن الحسين الانقروي، **الفتاوى الانقروية**، ج١، من دون دار ومكان نشر، ١٨٦٤.

٥٢- محمد بن عبد الله الخطيب التمرتاشيّ، **معين المفتي على جواب المستفتي**، من دون طبعة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٩.

٥٣- محمد بن ولي بن رسول الازميريّ الحنفيّ، **كمال الدراية وجمع الرواية في شروح ملتقى الابحر**، الجزء السادس والحادي عشر، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

٥٤- محمد سعيد أنور المظاهري، سمستي فوري، **دروس الفقه الحنفيّ في دلائل أصول الكرخي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨.

٥٥- محي الدين ابو محمد عبد القادر بن ابو الوفاء محمد بن محمد بن نصر بن سالم بن ابو الوفاء القرشيّ الحنفيّ، **الجواهر المضية في طبقات الحنفيّة**، ط١، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، ١٩١٣.

٥٦- مصطفى بن ابو عبد الله بن محمد بن يونس بن نعمان الطائيّ، **كنز البيان مختصر توفيق الرحمن على متن الكنز**، من دون طبعة، المطبعة الازهرية، مصر، ١٨٩٠.

٥٧- معين الدين محمد بن عبد الله الهرويّ، **شرح منلا مسكين على كنز الدقائق في فروع الحنفيَّة**، ج١و٢، تحقيق: محمود عمر الدمياطي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨.

٥٨- يوسف بن علي الجرجاني الحنفيّ، **خزانة الاكمل في فروع الحنفيّ**، ج٢و ج٣، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٥٩- يوسف بن عمر بن يوسف الكدوري، **جامع المضمرات في شرح مختصر الامام القدوريّ**، ج٢، تحقيق: عمر عبد الرزاق حمد الفياض، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨.

- **مراجع الفقه المالكي:**

٦٠- ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج٣، من دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤.

٦١- احمد بن ادريس المالكيّ القرافيّ، **الفروق ادرار الشروق على انواء الفروق لابن الشاط وتهذيب الفروق للمكيّ**، ج٣، تحقيق: خليل المنصور، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

٦٢- أبو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي القرافيّ، **الذخيرة**، ج٤، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤.

٦٣- احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الازهريّ المالكيّ، **الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيروانيّ**، ج٢، تحقيق: عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

٦٤- أبو العباس احمد بن محمد بن عمر، **حاشية ابن الخياط على شرح الخرشيّ**، تحقيق وضبط: خالد عبد الغني محفوظ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٦٥- أبو العباس احمد بن يحيى الونشيرسيّ التلمسانيّ، **عدة البروق في جمع ما في المذهب من المجموع والفروق في مذهب الامام مالك**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.

٦٦- بن رشد القرطبي الاندلسيّ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج١و٢و ٣و٥**، من دون طبعة دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠١٤.

٦٧- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميريّ المالكيّ، **الشامل في فروع المالكية**، ج٢، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

٦٨- أبو بكر بن حسن الكشناويّ، **أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه امام الائمة مالك**، ج٢، ضبطه: محمد عبد السلام شاهين، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥.

٦٩- الدردير، **الشرح الكبير**، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، من دون طبعة، دار احياء الكتب العربية، ج٣، بيروت، من دون سنة نشر.

٧٠- صالح عبد السميع الآبي الازهريّ، **الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.

٧١- عبد الوهاب بن علي بن نصر البغداديّ المالكيّ، **عيون المجالس في اختصار كتاب عيون الأدلة لابن القصار**، ج١، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٠.

٧٢- أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجيّ، **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، ج٧، تحقيق: د. علي علي لقم، ط١، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٧.

٧٣- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسوليّ، **البهجة في شرح التحفة**، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

٧٤- مالك بن انس الاصبحي، **المدونة الكبرى مع مقدمات ابن رشد**، ج٣، تخريج: زكريا عميرات، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

٧٥- محمد التاودي ابن سودة، **حاشية التاوديّ ابن سودة على صحيح البخاريّ**، ج٢، تحقيق: عمر احمد الراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

٧٦- أبو عبد الله محمد الخرشيّ، **شرح أبي عبد الله محمد الخرشيّ على المختصر الجليل لأبي الضياء سيدي خليل**، ج٤، ط١، المطبعة الشرقية، مصر، ١٨٩٨.

٧٧- أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبيّ، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه لمسائل المستخرجة**، تحقيق د. محمد حجي، ج١٠، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨.

٧٨- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقيّ المالكيّ، **حاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير**، ج١و٢و٥، بلا طبعة، دار الفكر، بيروت.

٧٩- أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبيّ، **المقدمات الممهدات**، ج١، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

٨٠- أبو القاسم محمد بن جزيء الكلبيّ، **القوانين الفقهية**، اعتناء وضبط: د. ناجي السويد، بلا طبعة، دار الارقم بن أبي الارقم، بيروت، ٢٠١٦.

٨١- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الرعيني، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج٤، تخريج: الشيخ زكريا عميرات، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

٨٢- محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكيّ، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل**، ج٥، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

٨٣- أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر المازري المالكيّ، **شرح التلقين**، ج١، تحقيق: حامد عبدالله المحلاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

٨٤- محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين المعروف بالخطاب الرعينيّ المالكيّ، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، تحقيق: السيد يوسف احمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٨٥- محمد جمعة عبد الله، **الكواكب الدرية في فقه المالكيَّة**، ج٣ من دون طبعة، دار المدار الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٢.

٨٦- محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاندهلويّ، **اوجز المسالك الى موطأ مالك**، تحقيق ايمن صالح شعبان، ج١٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية بيروت، ٢٠١٠.

٨٧- محمد سحكال المجاجيّ، **احكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي**، ط١، دار ابن حزم، لبنان، ٢٠٠١.

٨٨- محمد عليش، **منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل**، ج٣و٥، من دون طبعة، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٨.

٨٩- د. محمود المطرجيّ، **الفقه المالكيّ وأدلته**، ط١، ج٥، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٩.

٩٠- أبو الفضل بن موسى عياض اليحصبي، **التنبيهات المستنبطة على كتاب المدونة والمختلطة**، ج٣، تحقيق: حامد عبد الله المحلاويّ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٢.

٩١- أبو الطيب مولود السريريّ السوسيّ، **شرح مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.

٩٢- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمريّ القرطبيّ، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

٩٣- يوسف بن عبدالله ابن عبد البر القرطبيّ، **فتح المالك بتبويب التمهيد لابن عبد البر على موطأ الامام مالك**، ج٨، تحقيق: د. مصطفى صميدة، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.

- **مراجع الفقه الشافعي:**

٩٤- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، **المهذب في فقه الامام الشافعي**، من دون طبعة، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.

٩٥- إبراهيم بن محمد الباجوريّ، **حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع في مذهب الامام الشافعي**، ج١، من دون طبعة، المطبعة الكاستلية، من دون مكان نشر، ١٨٦٤.

٩٦- احمد إبراهيم البنهاويّ، **الجواهر النقية في فقه السادة الشافعية**، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٠.

٩٧- أبو العباس احمد بن محمد ابن حجر الهيتميّ، **فتح الجواد بشرح الارشاد**، ج٢، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.

٩٨- بدر الدين ابو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشيّ، **المنثور في القواعد (فقه شافعي)**، ج٢، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.

٩٩- أبو نصر تاج الدين عبد الوهاب بن علي الكافيّ السبكيّ، **طبقات الشافعية الكبرى**، ج٤، ط٤، تحقيق: عبدالفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناحيّ، دار احياء الكتب العربية (فيصل عيسى البابي الحلبي)، بيروت، ١٩٦٤.

١٠٠- تقي الدين ابو بكر بن محمد الحصينيّ الدمشقيّ الشافعيّ، **كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار**، تنقيح: خالد العطار، ج١و٢، ط١، شركة ودار الارقم بن أبي الارقم، بيروت، ٢٠١٠.

١٠١- جلال الدين محمد بن احمد الحليّ، **حاشيتا القليوبيّ وعميرة**، ج٢، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

١٠٢- أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغويّ، **التهذيب في فقه الامام الشافعيّ**، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء ٣و٤و٧، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

١٠٣- أبو يحيى زكريا بن محمد الانصاريّ، **تحفة الطلاب**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١.

١٠٤- أبو يحيى زكريا بن محمد الانصاريّ، **حاشية الانصاري على شرح المحلي على جمع الجوامع في أصول الفقه الشافعيّ**، تحقيق حامد عبد الله المحلاوي، ج١، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.

١٠٥- سراج الدين ابو حفص عمر بن علي بن احمد الانصاري الشافعيّ المعروف بابن الملقن، **نواظر النظائر في قواعد الفقه**،ج١، تحقيق: السيد يوسف أحمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

١٠٦- سليمان بن عمر بن منصور العجيليّ الازهريّ المعروف بالجمل، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل**، ج٢و٣، من دون طبعة، دار الفكر، من دون مكان وزومان نشر.

١٠٧- سليمان بن عمر بن منصور العجيليّ المصريّ الشافعيّ، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، ج٤و١٠، تحقيق: الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

١٠٨- سليمان بن محمد بن عمر البجيرميّ، **حاشية البجيرميّ على شرح منهج الطلاب**، ج٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

١٠٩- السيد البكري الدمياطيّ، **حاشية اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين قرة العين بمهمات الدين**، ج٣، من دون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٩.

١١٠- شرف الدين إسماعيل بن ابو بكر بن عبد الله المعروف بابن المقرئ، **اخلاص الناوي في ارشاد الحاوي**، ج١، تحقيق وتعليق: عادل احمد عبد الموجود، علي محمد معوض، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤.

١١١- شهاب الدين أحمد لابن حجر الهيتيّ، **حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج٥، من دون طبعة، دار الفكر، لبنان، ٢٠١٩ .

١١٢- صالح كوزة بانكي، **تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعيّ**، من دون طبعة، مكتبة بسام، القاهرة، ١٩٨٥.

١١٣- صفي الدين أبو العباس ابن المذحجيّ المزجد، **كتاب العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعيّ والاصحاب**، ج٢، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

١١٤- عبد السلام بن سعيد سحنون، **المدونة الكبرى**، مجلد٤، ج٩، من دون طبعة، دار صادر، بيروت، ١٩٠٥.

١١٥- أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعيّ الشافعيّ القزوينيّ، **العزيز شرح الوجيز**، ج٥، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

١١٦- عبد الملك بن عبدالله بن يوسف الجوينيّ، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، ج٤، تحقيق: محمد عثمان، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

١١٧- أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، **بحر المذهب في فروع الفقه الشافعيّ**، ج٣و٤، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩.

١١٨- عبد الوهاب الشعراني، **كتاب الميزان**، ج١، لا تتوفر تفاصيل دار ومكان النشر، ١٨٧٤.

١١٩- أبو عبد الله عبدالله بن محمد يوسف الرومي يوسف افندي زاده، **نجاح القاري لصحيح البخاري**، ج١٣، اعتنى به مجموعة من المحققين، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢١.

١٢٠- علوي بن احمد بن عبد الرحمن السقاف الشافعيّ المكيّ، **ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين في الفقه على المذهب** الشافعي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٣.

١٢١- علي بن محمد بن حبيب الماورديّ البصريّ، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي**، ج٥و٦و٧، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

١٢٢- محمد الزحيليّ، **المعتمد في الفقه الشافعيّ**، ج٣، من دون طبعة، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٧.

١٢٣- محمد الزهريّ الغمراويّ، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، ط٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.

١٢٤- محمد الغزالي، **الوجيز في فقه الامام الشافعي**،ج١، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، ط١، دار الارقم بن ابي الارقم، بيروت، ١٩٩٧.

١٢٥- محمد بن أحمد الرمليّ، **نهاية المحتاج في شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي**، ج٤، من دون طبعة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، من دون مكان نشر، ١٩٦٧.

١٢٦- أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعيّ، **الأم**، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣.

١٢٧- أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل الشاشيّ، **محاسن الشريعة في فروع الشافعيّة**، اعتنى به: أبو عبد الله محمد علي سمك، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

١٢٨- أبو عبد الله محمد بن محمد بن زنكي الاسفراييني الشافعيّ الصدر الشعيبيّ، **ينابيع الاحكام في معرفة الحلال والحرام**، ج٢، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

١٢٩- أبو البقاء محمد بن موسى الدميريّ، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، ج٣، تحقيق: محمد العزازي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨.

١٣٠- أبو الثناء محمود بن احمد بن محمد الهمدانيّ الفيوميّ ابن الخطيب الدهشة، **مختصر قواعد العلائي والاسنوي**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

١٣١- محي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف النوويّ، **روضة الطالبين**، ج٣، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

١٣٢- محي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف النووي، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، ط١، تحقيق: عوض قاسم احمد عوض، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٥.

١٣٣- محيي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف النوويّ، **المجموع شرح المهذب**، ج١٠و١٢و١٣و٢٦ بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.

١٣٤- محيي الدين أبو زكريا شرف النووي الشافعيّ، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

١٣٥- د. مصطفى الخن، د. مصطفى البغا، علي الشربجيّ، **الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعيّ**، ج٦، ط٤، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ١٩٩٢.

- **مراجع الفقه الحنبليّ:**

١٣٦- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، **منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الامام احمد بن حنبل**، ج١، تخريج: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

١٣٧- احمد بن الحسن بن قاضي الجبل، **الأول من كتاب القواعد الفقهية على مذهب الامام احمد بن حنبل**، من دون طبعة، دار النوادر، دمشق، ٢٠١٠.

١٣٨- احمد بن حنبل الشوكانيّ، **التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح**، ج١، تحقيق: ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، من دون طبعة، المكتبة المكية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٧.

١٣٩- احمد بن حنبل، **الجامع لعلوم الامام أحمد**، ج٩، تحقيق: خالد الرباط، سيد عزت عيد، ط١، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر، ٢٠٠٩.

١٤٠- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، ج٦، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

١٤١- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٢٩، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن القاسم، من دون طبعة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥.

١٤٢- زين الدين أبو

١٤٣- الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بغدادي بن رجب الحنبليّ، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم**، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، بلا طبعة، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٢.

١٤٤- زين العابدين الآمديّ، **الفتاوى الآمدية**، ج١، تحقيق: محمد هادي الشمرخي الماردينى، من دون طبعة، مكتبة سيدا للطباعة والنشر والتوزيع، تركيا، ٢٠١٢.

١٤٥- عبد الخالق بن عيسى العباسيّ الهاشميّ، **رؤوس المسائل في الخلاف على مذهب أبي عبد الله احمد بن حنبل**، ج١، مكتبة النهضة الحديثة، من دون مكان نشر، ٢٠٠٠.

١٤٦- عبد الرحمن بن أبو بكر جلال الدين السيوطيّ، **الأشباه والنظائر**، ط١، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.

١٤٧- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداويّ السعديّ الحنبليّ، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج٤، تحقيق: ابو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

١٤٨- أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، **الهداية في فروع الفقه الحنبلي**، ج١و٢، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

١٤٩- محمد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية الجراني، **المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل**، ج١، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، احمد محروس جعفر صالح، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.

١٥٠- محمد بن ابو الفتح بن ابو الفضل البعلي، **المطلع على الفاظ المقنع**، ط١، تحقيق: محمد الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٣.

١٥١- محمد بن ابو بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، **اعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١.

١٥٢- محمد بن احمد بن سالم السفارينيّ الحنبليّ، **شرح ثلاثيات مسند الامام احمد**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، عادل بن سعد، ج١، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٥٣- محمد بن عبد الله الحسين، **الزوائد في فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيبانيّ**، من دون طبعة، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٩٦٩.

١٥٤- أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشيّ، **شرح الزركشيّ على مختصر الخرقيّ**، ج٢، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

١٥٥- د. محمد سليمان عبد الله الأشقر، **المُجلى في الفقه الحنبلي**، ج٢، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨.

١٥٦- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن ادريس البهوتيّ الحنبليّ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج٣، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٥٧- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن ادريس البهوتيّ، **الروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤.

١٥٨- موفق الدين ابن قدامة، **المُغني**، اعتنى به محمد عبد القادر عطا، الجزء ٣و٤و٥و٦، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.

- **مراجع الفقه الإمامي:**

١٥٩- إبراهيم مصطفى الزنجانيّ، **مُختصر فقه الامامية الاثني عشرية**، من دون طبعة، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، من دون مكان نشر، ١٩٧٨.

١٦٠- احمد الخوانساريّ، **جامع المدارك في شرح المختصر النافع**، ج٣، ط١، تعليق: علي اكبر الغفاري، جابخانه حيدري، ايران، ١٣٨٧هـ.

١٦١- أحمد الموسوي الروضاتيّ، **اجماعات فقهاء الامامية**، ج٢و٤، من دون طبعة، شركة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، ٢٠١١.

١٦٢- احمد بن محمد الاردبيليّ، **مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان**، ج٨، تحقيق: مجتبى العراقيّ، من دون طبعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، من دون سنة نشر.

١٦٣- د. احمد محمد طه الباليسانيّ، **فقه الامام علي بن أبي طالب (ع)، ج٢، المعاملات**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

١٦٤- اسد الله التستريّ، **مقابس الانوار ونفائس الاسرار**، بلا طبعة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، بلا زمان ومكان نشر.

١٦٥- جعفر السبحانيّ، **المختار في أحكام الخيار**، من دون طبعة، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) للتحقيق والتأليف، قم، ١٤١٤هـ.

١٦٦- جعفر السبحانيّ، **زبد الاحكام**، من دون طبعة، دار جواد الائمة، من دون مكان نشر، ٢٠٠٨.

١٦٧- جعفر بن الحسن المحقق الحليّ، **شرائع الإسلام في بيان مسائل الحلال والحرام**، من دون طبعة، مطبعة كادسته نشاط، ايران، ١٨٨٩.

١٦٨- جمال الدين ابو العباس احمد بن محمد بن فهد الحليّ، **المهذب البارع في شرح المختصر النافع**، ج٢، من دون طبعة، تحقيق: الحاج آقا مجتبى العراقيّ، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١١هـ.

١٦٩- الحسن بن يوسف بن المطهر المحقق الحليّ، **تحرير الأحكام على مذهب الامامية**، ج٢و٣، مؤسسة الامام الصادق (ع)، قم، ١٩٩٩.

١٧٠- الحسن بن يوسف بن المطهر المحقق الحليّ، **تذكرة الفقهاء**، ج١١، من دون طبعة، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، من دون مكان وسنة نشر.

١٧١- روح الله الموسويّ الخمينيّ، **تحرير الوسيلة**، ج١و٢، من دون طبعة، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الخميني، قم، ١٤٣٤هـ.

١٧٢- روح الله الموسويّ الخمينيّ، **فتاوى واحكام طبقاً لرأي القائد والامام**، ج١و٢، تحقيق: علي عاشور، من دون طبعة، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٩.

١٧٣- روح الله الموسوي الخميني، **كتاب البيع، قسم الخيارات**، ج٤و٥، من دون طبعة، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع، قم، ١٩٨٤.

١٧٤- زين الدين بن علي الشهيد الثاني، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج١، من دون طبعة، دار الكتاب العربي، من دون مكان نشر، ١٩٥٨.

١٧٥- زين الدين بن علي الشهيد الثاني، **اللمعة الدمشقية**، ج٣، من دون طبعة، انتشارات وجابخانه علمية، ايران، ١٩٧٥.

١٧٦- السيد علي الحسيني السيستانيّ، **منهاج الصالحين، العبادات**، ج١، ط١٤، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٨.

١٧٧- شمس الدين محمد الخراسانيّ القهستانيّ، **جامع الرموز**، ج٢، ط٢، المكتبة الإسلامية، قم، ١٩٨١.

١٧٨- الشهيديّ التبريزيّ الميرزا فتاح، **هداية الطالب إلى اسرار المكاسب**، ج٢، دار الكتاب، قم، ١٣٥٥ هـ.

١٧٩- أبو القاسم علي أكبر الخوئيّ، **مُصباح الفقاهة**، ج١و٦، تحقيق: محمد علي التوحيدي، دار الهادي، من دون مكان نشر، ١٩٩٢.

١٨٠- علي الطباطبائيّ، **رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل**، ج٥، ط١، دار الهادي، بيروت، ١٩٩٢.

١٨١- علي كاشف الغِطاء، **شرح خيارات اللمعة**، من دون طبعة، دفتر انتشارات إسلامي، قم، ١٣٨١ هـ.

١٨٢- كاظم الحسيني الحائريّ، **فقه العقود (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)**، ج٢، ط٣، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٤٢١هـ.

١٨٣- المحقق السبزواريّ، **كفاية الاحكام**، ج١، من دون طبعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، من دون سنة نشر.

١٨٤- محمد آل بحر العلوم، **بلغة الفقيه**، ج١، ط٤، مكتبة الصادق، طهران، ١٩٨٤.

١٨٥- محمد الصدر، **منهج الصالحين**، ج٣، من دون طبعة، دار ومكتبة البصائر، بيروت، ٢٠١١.

١٨٦- محمد بن الحسن الطوسيّ، **المبسوط في فقه الامامية**، من دون طبعة، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، من دون مكان نشر، ١٩٦٧.

١٨٧- محمد بن الحسن الطوسيّ، **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، من دون طبعة، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٧٠.

١٨٨- محمد بن الحسين بيهقيّ، **اصباح الشيعة بمصباح الشريعة**، من دون طبعة، مؤسسة فقه الشيعة، من دون مكان نشر، ١٩٩٦.

١٨٩- محمد تقي المدرسيّ، **الفقه الإسلامي تعليقات على العروة الوثقى ومهذب الاحكام** ج٣، من دون طبعة، دار القارئ، من دون دار نشر، ٢٠٠٦.

١٩٠- محمد جواد بن محمد العامليّ، **مُفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة**، ج١٠و١٩،من دون طبعة، مؤسسة فقه الشيعة، من دون مكان نشر، ١٩٩٦.

١٩١- محمد حسين فضل الله، **فقه الشركة**، من دون طبعة، دار الملاك، كربلاء، ٢٠٠٢.

١٩٢- محمد سعيد الطباطبائيّ الحكيم، **منهاج الصالحين، المعاملات، القسم الأول، فتاوى**، ط٨، دار الهلال، قم، ٢٠١٢.

١٩٣- محمد علي الاراكيّ، **الخيارات**، ط١، مهز، ايران، ١٤١٤هـ.

١٩٤- محمد كاظم الطباطبائيّ اليزديّ، **حاشية المكاسب**، ج٢، من دون طبعة، مؤسسة اسماعيليان، قم، ١٣٧٠ هـ.

١٩٥- محمد مرتضى الزبيديّ، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج٣، بلا طبعة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٨٨٨.

١٩٦- محمود بن صدر الشريعة برهان الشريعة، **شرح الوقاية**، المطبعة الامبراطورية، المملكة الإيرانية، ١٨٨١.

١٩٧- مرتضى الانصاريّ، **المكاسب**، ج١٤، من دون طبعة، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، من دون مكان وزمان نشر.

١٩٨- مقداد بن عبد الله السيوريّ الحليّ، **نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية**، تحقيق: عبد اللطيف الكوهمكريّ، من دون طبعة، مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٣هـ.

١٩٩- مؤسسة دار المعارف، **المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي**، متاح على الموقع الالكتروني , www.ar.lib.eshia.irج٢.

٢٠٠- ناصر مكارم الشيرازيّ، **الفتاوي الجديدة**، ج٢، مدرسة الامام علي بن أبي طالب (عليه السلام)، قم، ١٣٨٥هـ.

٢٠١- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، **المختصر النافع في فقه الامامية**، من دون طبعة، مكتبة الأسد، طهران، ١٣٨٧هـ.

٢٠٢- هادي طهرانيّ، **ذخائر النبوة في أحكام الخيار**، من دون طبعة، مطبعة زين العابدين، من دون مكان نشر، ١٩٠٧.

٢٠٣- هاشم معروف الحسنيّ، **نظرية العقد في الفقه الجعفري- عرض واستدلال ومقارنات**، من دون طبعة، منشورات مكتبة هاشم، من دون مكان وسنة نشر.

٢٠٤- يوسف البحرانيّ، **الحدائق الناضرة في أحكام العترة الظاهرة**، ج١٩، من دون طبعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، من دون سنة نشر، ١٩٩٣.

- **مراجع الفقه الزيدي:**

٢٠٥- احمد بن الحسين الهارونيّ، **التجريد في الفقه على المذهب الزيدي**، تحقيق جمال صالح محسن الشامي، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٢٢.

٢٠٦- أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل الأمير الصنعانيّ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام**، ج٣، تخريج: محمد عبد القادر أحمد عطا، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

- **مراجع الفقه الظاهري:**

٢٠٧- أبو محمد علي بن احمد سعيد بن حزم الاندلسيّ، **المحلى بالآثار**، ج٧، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر.

٢٠٨- محمد بن علي الشوكاني، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار**، ج٣، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١.

- **مراجع الفقه الاباضي:**

٢٠٩- محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، ج٩، من دون طبعة، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٩٨٦.

رابعاً: مراجِع أُصول الفقه الإسلامي:

٢١٠- جمال الدين الأسنويّ، **نهاية السول شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول**، ج٤، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

٢١١- د. راسم محمد عبد الكريم، **الاستحسان في الشريعة الإسلامية موقعه بين أصول التشريع وتطبيقاته الفقهية المعاصرة**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

٢١٢- زكي الدين شعبان، **أصول الفقه الإسلامي**، ط٢، دار الكتب، بيروت، ١٩٧١.

٢١٣- د. محمد عبده، **الفكر المقاصدي عند الامام الغزالي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

٢١٤- محمود مصطفى سالم الصمادي، **المصالح المرسلة ودورها في القضايا الطبية المعاصرة**، من دون طبعة، دار الفلاح للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨.

٢١٥- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، **دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي (دراسة تحقيقية وتطبيقية)**، ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، إقليم كوردستان/ العراق، ٢٠١٤.

٢١٦- د. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج١، ط١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦.

خامساً: مراجع الفقه الإسلامي المعاصر:

٢١٧- أبو القاسم الخوئي، مرتضى البروجردي، **المستند في شرح العروة الوثقى**، ج١٠، لا تتوافر تفاصيل عن الكتاب.

٢١٨- احمد الحصري، **التركات والوصايا في الفقه الإسلامي**، ط٢، مكتبة الأقصى، عمان، ١٩٨٠.

٢١٩- د. احمد عرفة احمد يوسف، **الاحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة**، من دون طبعة، دار التعليم الجامعي، مصر، ٢٠٢٠.

٢٢٠- احمد يوسف، **عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩١.

٢٢١- د. إسماعيل عبد النبي شاهين، **مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)**، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر/ جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٩.

٢٢٢- د. أمير عبد العزيز، **فقه الكتاب والسنة**، ج٢، من دون طبعة، دار السلام، من دون مكان نشر، ١٩٩٩.

٢٢٣- د. أمير عبد العزيز، **فقه الكتاب والسنة**، ج٢، ط١، دار السلام، مصر، ١٩٩٩.

٢٢٤- بهاء الدين بن شداد، **دلائل الأحكام**، ج٢، من دون طبعة، دار الكتاب العلمية، بيروت، ١٩٩١.

٢٢٥- د. جمال الدين محمد محمود، **سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٩.

٢٢٦- حسام الدين عبد الرحمن الأحمد، **الوجيز في القواعد الكلية للأحكام العدليّة**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٥.

٢٢٧- أبو محمد حسين بن مسعود البغويّ، **شرح السنة**، ج٤، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٢.

٢٢٨- خليل عبد الكريم كونتج، **الموسوعة الفقهية الميسرة**، ج١، من دون طبعة، مكتبة سيدا، تركيا، ٢٠١٢.

٢٢٩- د. رمزي محمد علي دراز، **أحكام السكوت في الفقه الإسلامي**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٢٣٠- د. رمضان علي السيد الشربنطاريّ، **المدخل لدراسة الفقه الإسلاميّ**، ط٢، مطبعة الاستانة، مصر، ١٤٠٣هـ.

٢٣١- سليم رستم باز اللبناني، ، **شرح المجلة**، ج١ و٢، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٢٣٢- د. سوسن فريد فلاحه، **الإمام سفيان الثوري وارؤه الفقهية مقارنة بالمذاهب الأخرى**، ط١، العبيكان للأبحاث والتطوير، الرياض، ٢٠٠٧.

٢٣٣- د. سيد عواد علي، **احكام الضمان (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)**، بلا طبعة، دار الطباعة المحمدية، مصر، ١٩٩٢.

٢٣٤- شريف بن أدول بن إدريس، **كتمان السر وافشاؤه في الفقه الإسلامي**، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٧.

٢٣٥- د. صبحي محمصانيّ، **فلسفة التشريع في الإسلام**، من دون طبعة، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، ١٩٤٦.

٢٣٦- ظفر أحمد العثماني التهانوي، **اعلاء السنن**، ج١١و١٣، تحقيق: محمد العزاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

٢٣٧- عبد الحفيظ فرغلي علي القرني، **البيوع في الإسلام**، ط١، دار الصحوة للنشر والتوزيع، مصر، ١٩٨٧.

٢٣٨- عبد الحليم محمود موسى، **الفقه الإسلامي الميسر في العقائد والعبادات والمعاملات على المذاهب** الأربعة، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٤.

٢٣٩- عبد الحميد العلمي، **منهج الدرس الدلالي عند الامام الشاطبي**، من دون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ٢٠٠١.

٢٤٠- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢٤١- د. عبد الستار أبو غدة، **الخيار وأثره في العقود**، ج١ وج٢، ط٢، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٩٨٥.

٢٤٢- عبد الفتاح محمود ادريس، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، ط١، نشر خاص، ٢٠٠٧.

٢٤٣- د. عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ج١١، ط١، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٩٩٣.

٢٤٤- د. عبد الهادي الحكيم، عقد **الفضولي في الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، مطبعة الاداب، النجف الأشرف/ العراق، ١٩٧٥.

٢٤٥- د. عبدالرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج١، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧.

٢٤٦- عبدالله بن عبدالواحد بن عبد الكريم الخميس، **التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي**، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٣.

٢٤٧- عدنان عبدالله محمد عويضة، **نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي (دراسة تأصيلية تطبيقية)**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الامريكية، ٢٠١٠.

٢٤٨- د. عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط١**، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

٢٤٩- علي نور الدين بن حجازي البيومي، **المنتخب في الفقه على المذاهب الأربعة**، تحقيق: احمد فريد المزيدي، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.

٢٥٠- د. عيسى عبده، **العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة**، ط١، دار الاعتصام، القاهرة، ١٩٧٧.

٢٥١- د. فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط٤، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٩٨٨.

٢٥٢- مجيد محمود أبو حجير، **نظريات من الفقه الإسلامي، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢.

٢٥٣- محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، من دون مكان نشر، ١٩٧٧.

٢٥٤- محمد احمد الدعمي، **احكام العقود في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار الكتاب الجامعي، مصر، ١٩٧٤.

٢٥٥- د. محمد أحمد السراج، **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، ط١، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣.

٢٥٦- محمد الناصر بن محمد الزمزمي الشريف الكتاني، **قيد الاوابد في مختلف العلوم والفوائد**، اعداد: د. أسامة الناصر الشريف الكتاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤.

٢٥٧- محمد بن عبد الله بن ابو بكر الصديق الريمي، **المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة**، ج١، تحقيق: سيد محمد مهنى، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.

٢٥٨- محمد تقي الحكيم، **القواعد العامة في الفقه المقارن**، ج١، من دون طبعة، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، ١٤٢٩ هـ.

٢٥٩- محمد حسين كاشف الغطاء، **تحرير المجلة، ج١**، مؤسسة الامام الصادق (ع)، من دون مكان وزمان نشر.

٢٦٠- د. محمد رضا عبد الجبار العاني، **فقه الامام ابن شبرمة الكوفي**، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨.

٢٦١- د. محمد عبد القادر أبو فارس، **الفقه الجنائي في الشرع الإسلامي، فقه العقوبات**، بلا طبعة، دار الفرقان للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٥.

٢٦٢- د. محمد عثمان شبير، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، ط٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.

٢٦٣- محمد علي طاهر الرزقيّ، **عامل الزمن في العبادات والمعاملات**، ج٢، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٠.

٢٦٤- د. محمد فاروق النبهان، **الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي**، من دون طبعة، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠.

٢٦٥- محمد قدري باشا، **مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان**، تحقيق: د. مجدي باسلوم، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٧.

٢٦٦- د. محمد هندو، **الكليات التشريعية وأثرها في الاجتهاد والفتوى**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فيرجينيا، ٢٠١٦.

٢٦٧- محمد يوسف موسى، **الفقه الإسلامي (مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه)**، من دون طبعة، دار الكتب الحديثة، مصر، ١٩٥٤.

٢٦٨- محمد يوسف **موسى، فقه الكتاب والسنة البيوع والمعاملات المالية المعاصرة**، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٥٤.

٢٦٩- محمود الشربيني، **تأملات في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٧.

٢٧٠- د. محمود فهد مهيدات، **عقود الخيارات ودورها في الازمة المالية من منظور الاقتصاد الإسلامي**، ط١، أمواج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢.

٢٧١- د. مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج١، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤.

٢٧٢- د. معلمين محمد شهيد، **ترجيحات الامام الشوكاني في كتابه نيل الاوطار (قسم المعاملات)**، بلا طبعة، Pusta Bahasa Arab Negeri Selangor ، نيجيريا، ٢٠١٤.

٢٧٣- د. هيزع ناصر البركاتي، **القضاء في العقود المالية طبقاً للشريعة الإسلامية**، ط١، E-Kutub Ltd، لندن، ٢٠٢٢.

٢٧٤- د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٤، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٤.

٢٧٥- د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وادلته**، ج٥، ط٤، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر.

٢٧٦- يوسف عبد الفتاح المرصفي، **النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، نشر خاص، ١٩٨٧.

٢٧٧- د. يونس وهبي ياووز الاقطوغاني، **حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي مجلة الاحكام العدلية وقوانين ملاقا الإسلامية كمثال تجريبي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥.

سادساً: المصادر القانونيَّة:

٢٧٨- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى**، ط١، مطبوعات الجامعة، الكويت، ١٩٨٤.

٢٧٩- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **العقد غير اللازم**، من دون طبعة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٤.

٢٨٠- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٠.

٢٨١- د. أجياد ثامر نايف الدليمي، **الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٢٨٢- د. أحمد إبراهيم عطية، **مجموعة التشريعات المصرية، القانون المدني**، ط١، من دون ناشر، مصر، ٢٠١١.

٢٨٣- د. أحمد إبراهيم غول، **الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، من دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٢٨٤- أحمد الحصري، **السياسة المالية والاجتماعية للدولة في الفقه الإسلامي المقارن**، من دون طبعة، مكتبة الكليات الازهرية، مصر، ١٩٩٤.

٢٨٥- د. أحمد حشمت أبو ستيت، **نظرية الالتزام في القانون المدني المصري**، من دون طبعة، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٥.

٢٨٦- د. احمد سلامة، **التأمينات المدنية، الرهن الرسمي**، من دون طبعة، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٣.

٢٨٧- د. احمد شوقي عبد الرحمن، **جزاء الاخلال بالعقد في القانون المدني في الفقه والقضاء المصري**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ٢٠١٠.

٢٨٨- د. أحمد مفلح خوالدة، **شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

٢٨٩- د. احمد نشأت، **رسالة الاثبات في التعهدات**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٥٥.

٢٩٠- ازفلد كولبه، **المدخل الى الفلسفة**، ترجمة أبو العلا عفيفي، من دون طبعة، أقلام عربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.

٢٩١- د. اسعد ذياب، **أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري**، من دون طبعة، المكتبة الحديثة، لبنان، ١٩٨٥.

٢٩٢- اسعد ذياب، القانون المدني، **العقود المسماة، البيع والايجار والوكالة**، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

٢٩٣- اسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم واجراءاته (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٢٩٤- اسماعيل غانم، **في النظرية العامة للالتزام**، ج٢، من دون طبعة، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٧.

٢٩٥- د. إسماعيل غانم، **مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع**، من دون طبعة، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، ١٩٥٨.

٢٩٦- د. اشرف محمد مصطفى أبو حسين، **التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني والفقه الإسلامي**، من دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٢٩٧- د. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

٢٩٨- د. أمل نور الدين طاهر، **خصوصية المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية للنفايات الخطرة (دراسة مقارنة)**، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨.

٢٩٩- د. أنور سلطان، **العقود المسماة شرح البيع والمقايضة**، ط٢، مطبعة دار نشر الجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٢.

٣٠٠- د. أنور سلطان، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٨.

٣٠١- د. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، من دون طبعة، الجمعية الأردنية، الأردن، ١٩٨٧.

٣٠٢- د. أنور طلبة، **الوسيط في القانون المقارن**، ج١، دار النشر للثقافة، القاهرة، ١٩٨٧.

٣٠٣- د. ايمان طارق الشكري، **أثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

٣٠٤- د. بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، ج١، من دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٩.

٣٠٥- بمو برويز خان الدلوي، **النظرية العامة للحماية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤.

٣٠٦- به شيمان فيض الله عمر، **المسؤولية المدنية عن اضرار التلوث بالنفايات**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٦.

٣٠٧- بول ستروم، **الضمير، مقدمة قصيرة قصيرة جدا**، ترجمة سهى الشامي، مؤسسة هنداوي، بريطانيا، ٢٠١٧.

٣٠٨- د. توفيق حسن فرج، **المدخل للعلوم القانونية**، من دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، من دون سنة نشر.

٣٠٩- د. جلال علي عدوي، **أصول المعاملات**، من دون طبعة، المركز المصري الحديث للطباعة والنشر، مصر، ١٩٦٦.

٣١٠- د. جمال مرسي بدر، **النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها**، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨.

٣١١- د. جمال مرسي بدر، **النيابة في التصرفات القانونية**، ط٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٠.

٣١٢- د. جميل الشرقاوي، **النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.

٣١٣- د. جميل الشرقاوي، **شرح العقود المدنية، ج١، البيع والمقايضة والايجار**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٤.

٣١٤- د. جهاد زيهير ديب الحزازين، **الآثار المترتبة على عقد الامتياز (دراسة نظرية مقارنة)**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٥.

٣١٥- د. حامد محمد شبيب الجبوري، **أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، من دون مكان نشر، ٢٠٢١.

٣١٦- د. حسام الدين كامل الأهواني، **النظرية العامة للالتزام**، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، من دون دار نشر، مصر، ١٩٩٥.

٣١٧- د. حسام الدين كامل الأهواني، **تأملات في الفسخ**، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٢٢.

٣١٨- د.حسن حنتوش رشيد الحسناوي، **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

٣١٩- د. حسن علي الذنون، **المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر**، بلا طبعة، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، من دون سنة نشر.

٣٢٠- د. حسن علي الذنون، **المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية**، تنقيح: د. محمد سعيد الرحو، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

٣٢١- د. حسن علي الذنون، **فلسفة القانون**، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.

٣٢٢- د. حسن علي الذنون، **محاضرات في القانون المدني العراقيّ (مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري)**، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٥، ص٢٦.

٣٢٣- د. حسن علي ذنون، **أصول الالتزام**، من دون طبعة، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٧٠.

٣٢٤- د. حسن علي ذنون، **الحقوق العينية الأصلية**، من دون طبعة، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.

٣٢٥- د. حسن علي ذنون، **دور المدة في العقود المستمرة**، من دون طبعة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ جامعة بغداد، العراق، ١٩٨٨.

٣٢٦- د. حسن علي ذنون، **شرح القانون المدني، أحكام الالتزام**، ط٢، العاتك لصناعة القاهرة، ٢٠٠٧.

٣٢٧- حسين النوري، **محاضرات في الالتزام: مصادره وأحكامه**، من دون طبعة، مكتبة عين شمس، مصر، ١٩٦٣.

٣٢٨- د. حسين عامر، **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**، من دون طبعة، مطبعة مصر، مصر، ١٩٦٠.

٣٢٩- د. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**، ط٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٩٨.

٣٣٠- د. حلمي بهجت بدوي، **أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد**، من دون طبعة، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣.

٣٣١- د. حماد محمد شطا، **النظام القانوني للأجور والمرتبات في الوظيفة العامة**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٧.

٣٣٢- حمد الله سيدجان سيدي، **فسخ عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن**، ج٣، من دون طبعة، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠١.

٣٣٣- د. حيدر مدلول بدر عبد الله، **الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧.

٣٣٤- د. خليفة بن محمد الحضرمي، **العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية**، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٥.

٣٣٥- خميس خضر، **عقد البيع في القانون المدني**، من دون طبعة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٩.

٣٣٦- د. راقية عبد الجبار علي، **الوجيز في العقود المسماة (البيع والتأمين والوكالة)**، ط٢، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ٢٠١٥.

٣٣٧- د. رائد خليل القره غولي، **عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤.

٣٣٨- د. رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥.

٣٣٩- د. زهدي يكن، **العقارات واقسامها في لبنان وفرنسا**، من دون طبعة المكتبة العصرية، لبنان، ١٩٦٣.

٣٤٠- د. زهدي يكن، **شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالشرئع الإسلامية والرومانية والقوانين الحديثة**، ج٦، من دون طبعة، مكتبة صادر، لبنان، ١٩٤٦.

٣٤١- سحر جبار يعقوب، **الجزاءات الإدارية في عقد التوريد (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠.

٣٤٢- د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، **شرط المنع من التصرف (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.

٣٤٣- سليمان خليف عقله القلاب، **الشفعة في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية/ كلية الدراسات العليا، ١٩٩٣.

٣٤٤- د. سليمان مرقس، **أحكام الالتزام**، من دون طبعة، مطابع دار النشر للجامعات العربية، مصر، ١٩٨٧.

٣٤٥- د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة**، مج٣، ط٣، نقابة المحامين، مصر، ١٩٩٣.

٣٤٦- د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، الكتاب الثاني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة**، ط٥، من دون تفاصيل نشر، ١٩٨٨.

٣٤٧- د. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية**، ج١، ط٦، تنقيح: د. حبيب إبراهيم الخليلي، من دون دار نشر، مصر، ١٩٨٧.

٣٤٨- د. سليمان مرقس، **محاضرات في المسؤولية المدنية**، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، مصر، ١٩٥٨.

٣٤٩- د. سليمان مرقس، **مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنينات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي**، بغير طبعة، معهد البحوث والدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٦٨.

٣٥٠- د. سليمان يوسف الشيحان، **مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني**، من دون طبعة، دار الخليج، الأردن، ٢٠١٧.

٣٥١- د. سميحة القليوبي، **الشركات التجارية**، ط٥، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١.

٣٥٢- د. سمير تناغو، **عقد الايجار**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٨.

٣٥٣- د. سمير عالية، **علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩١.

٣٥٤- د. سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٧٤.

٣٥٥- د. سمير عبد السيد تناغو، **مصادر الالتزام**، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٣٥٦- سمير عبدالحميد رضوان، **أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦.

٣٥٧- د. سميرة سعيد سليمان بيومي، **خيار العيب في الشريعة الإسلامية**، ط١، دار الطباعة المحمدية، مصر، ١٩٨٩.

٣٥٨- د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، **فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٣٥٩- السيد حسن البغال، **الوسيط في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية**، ج١، نشر خاص، القاهرة، ١٩٦٧.

٣٦٠- السيد عبد الحميد فوده، **الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣.

٣٦١- سيد عبد الله علي حسين، **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي**، ج٤، من دون طبعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، من دون مكان نشر، ٢٠٠١.

٣٦٢- شامل هادي نجم العزاوي، **التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٦، ص١٦٦.

٣٦٣- شرف بن علي شريف، **الاجارة الواردة على عمل الانسان (دراسة مقارنة)** بلا طبعة، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، مصر، ١٩٨٠.

٣٦٤- د. شفيق شحاتة، **النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**، ج١، من دون طبعة، مطبعة الاعتماد، مصر، من دون سنة نشر.

٣٦٥- د. شمس الدين الوكيل، **دروس في الالتزامات**، من دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٠.

٣٦٦- د. شوقي السيد، **التعسف في استعمال الحق**، بلا طبعة، دار الشروق، مصر، ٢٠١٤.

٣٦٧- د. صاحب عبيد الفتلاوي، **ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع**، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

٣٦٨- صالح عبد الكريم إبراهيم، **عقد الامتياز التجاري (دراسة فقهية تطبيقية)**، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.

٣٦٩- د. صبحي رجب محمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢.

٣٧٠- د. صبري حمد خاطر، **الغير عن العقد**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.

٣٧١- د. صبري حمد خاطر، **النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)**، ط١، منشورات كلية الحقوق/ جامعة البحرين، ٢٠٠٩.

٣٧٢- د. صدقي محمد أمين عيسى، **التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤.

٣٧٣- د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، **الوسيط في شرح القانون التجاري العراقيّ**، ج٢، من دون طبعة، مكتبة الجوادي، بغداد، ١٩٦٢.

٣٧٤- صلاح الدين محمد شوشاري، **نظرية العقد الموقوف**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠١.

٣٧٥- صوفي حسن أبو طالب، **أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٤.

٣٧٦- ضو القابسي، **البطلان والفسخ والسقوط والانعدام**، من دون طبعة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٧.

٣٧٧- د. طارق كاظم عجيل، **المطول في شرح القانون المدني، ج١، وج٢ وج٣، انعقاد العقد، وآثاره، والتزامات المشتري**، من دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٣٧٨- د. طارق كاظم عجيل، **نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.

٣٧٩- د. طلعت يوسف خاطر، **حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق (دراسة تأصيلية مقارنة)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٦.

٣٨٠- د. عباس العبودي، **شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار**، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١.

٣٨١- د. عباس حسني محمد، **الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن**، من دون طبعة، شركة مكتبات عكاظ، السعودية، ١٩٨٤.

٣٨٢- عباس قاسم مهدي الداقوقي، **الاجتهاد القضائي**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥.

٣٨٣- د. عبد الأول عابدين محمد بسيوني، **آثار الإفلاس في استيفاء الدائنين حقوقهم من التفليسة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، من دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨.

٣٨٤- عبد التواب مبارك، **الوجيز في أصول القضاء المدني**، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.

٣٨٥- د. عبد الحكم فودة، **الموسوعة الوفية في العقود، انهاء القوة الملزمة للعقد**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١١.

٣٨٦- د. عبد الحكم فودة، **الموسوعة الوفية في العقود، انهاء القوة الملزمة للعقد**، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١١.

٣٨٧- عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، **فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء**،من دون طبعة، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص١٦.

٣٨٨- د. عبد الحي حجازي، **النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام**، من دون طبعة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.

٣٨٩- د. عبد الحي حجازي، **نظرية الحق في القانون المدني**، من دون طبعة، مطبعة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٨١.

٣٩٠- د. عبد الرحيم عياد، **أساس الالتزام العقدي (النظرية والتطبيقات)**، من دون طبعة، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٢.

٣٩١- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، **القانون الدولي الخاص**، من دون طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٢.

٣٩٢- عبد العزيز شرف الدين، **نظرية العقد**، من دون طبعة، شرف الدين للتجارة،من دون مكان نشر، ١٩٨٨.

٣٩٣- عبد الفتاح حسن فرج، **عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي**، ط١، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠٠٣.

٣٩٤- د. عبد الفتاح حسين، **دروس في القانون الإداري**، من دون طبعة، معهد الإدارة العامة ، مصر، ١٩٧٤.

٣٩٥- د. عبد الفتاح عبد الباقي، **موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة**، الكتاب الثاني، من دون طبعة، دار الجيل، بيروت، ، ١٩٨٤.

٣٩٦- د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، **مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص١٢٧.

٣٩٧- د. عبد الكريم زيدان، **نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، ٢٠١١.

٣٩٨- د. عبد الله مبروك النجار، **مبادئ عقد البيع**، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧.

٣٩٩- د. عبد المجيد الحكيم، **الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي**، من دون طبعة، من دون ناشر ومكان نشر وسنة نشر.

٤٠٠- د. عبد المجيد الحكيم، **الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الثاني- احكام الالتزام**، ط٦، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٦.

٤٠١- د. عبد المنعم البدراوي، **أصول القانون المدني المقارن**، ط٢، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، ١٩٧٠.

٤٠٢- د. عبد المنعم فرج الصدة، **أصول القانون**، ج٢، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٥.

٤٠٣- د. عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية**، من دون طبعة، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٦٠.

٤٠٤- د. عبد المنعم فرج الصدة، **القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية/ معهد الدراسات العالية، مصر، ١٩٥٨.

٤٠٥- د. عبد المنعم فرج الصدة، **مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٢.

٤٠٦- أُستاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، **الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

٤٠٧- استاذنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، **المسؤولية المدنية الناشئة عن النقل المجاني (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

٤٠٨- عبد الودود محمد السريتي، **استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية**، من دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ١٩٨٢.

٤٠٩- د. عبد الودود يحيى، **حوالة الدين (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري)**، من دون طبعة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٠.

٤١٠- عبد الوهاب بنداري، **شرح العقود المدنية (دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)**، الجزء الأول، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨.

٤١١- عبد الوهاب خيري علي العاني، **نظام المرافعات (دراسة فقهية بين الشريعة والقانون المدني الأردني)**، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤.

٤١٢- عبدالرحمن بدوي، **الاخلاق النظرية**، من دون طبعة، وكالة المطبوعات، الكويت، ١٩٧٥.

٤١٣- د. عبدالقادر محمد قحطان، **السكوت المعبر عن الإرادة واثره في التصرفات**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩١.

٤١٤- د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية**، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠.

٤١٥- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **احكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، الانعقاد والاثار**، ج١وج٢، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٤١٦- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية**، من دون طبعة، مطابع شتات، مصر، ٢٠١١.

٤١٧- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)**، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٨.

٤١٨- د. عزيز كاظم جبر، **أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي**، الكتاب الثاني، الآثار، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٤١٩- د. عصام أنور سليم، **اعتبار الوارث من الغير** استثناء، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، من دون سنة نشر.

٤٢٠- د. عصمت عبد المجيد البكر، **النظرية العامة للالتزام في القوانين المدنية العربية (الاوصاف – الانتقال- الانقضاء)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩.

٤٢١- د. عصمت عبد المجيد بكر، **اصالة الفقه الإسلامي**، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٤٢٢- د. عصمت عبد المجيد بكر، **المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

٤٢٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، **النظرية العامة للالتزام في القوانين المدنية العربية**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩.

٤٢٤- د. عصمت عبد المجيد بكر، **تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٤٢٥- د. عصمت عبد المجيد بكر، **شرح قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته**، من دون طبعة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢.

٤٢٦- عقيل محمد موسى الغبان، **الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، ٢٠٢٠.

٤٢٧-د. علاء النجار حسانين احمد، **نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٤٢٨- علاء جريان تركي، **إلغاء العقد بالارادة المنفردة (دراسة مقارنة في القانون المدني)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.

٤٢٩- علاء حسين علي، **الانفراديَّة في سياق الالتزامات التعاقديَّة**، ط١، مكتبة زين الحقوقيَّة، بيروت، ٢٠١١.

٤٣٠- د. علي حسن يونس، **عقد النقل**، من دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٥.

٤٣١- د. علي كحلون، **النظرية العامة للالتزامات**، ط١، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥.

٤٣٢- د. علي هادي العبيدي، **العقود المسماة**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.

٤٣٣- علي يوسف صاحب المنصوري، **مدلول الغلط في القوانين القديمة (دراسة مقارنة)**، ط١، العتبة العباسية المقدسة/ مركز تراث الحلة، العراق، ٢٠١٤.

٤٣٤- عواد أحمد ادريس، **الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن**، من دون طبعة، دار ومكتبة الهلال، لبنان، ١٩٨٦.

٤٣٥- عواد حسين ياسين العبيدي، **تأويل النصوص في القانون**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.

٤٣٦- عواد حسين ياسين العبيدي، **تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النص**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.

٤٣٧- د. غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، **القانون الدولي الخاص**، من دون طبعة، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، من دون سنة نشر.

٤٣٨- د. غالب كامل المهيرات، **اسقاط الخصومة والآثار المترتبة عليها**، من دون طبعة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٢٠.

٤٣٩- د. غني حسون طه، **الوجيز في العقود المسماة**، ج١، عقد البيع، من دون طبعة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٤٤٠- د. غني ريسان جادر الساعدي، **معالجات وحلول لمسائل في القانون الخاص (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠.

٤٤١- د. غني ريسان جادر، **الجديد في إشكاليات المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠.

٤٤٢- فاضل شاكر النعيمي، **نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون**، من دون طبعة، دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩.

٤٤٣- د. فاضل يسلم اليماني، **الوسائل الواقية من الإفلاس في الفقه الإسلامي والقانوني**، من دون طبعة، دار البشير للثقافة والعلوم، مصر، من دون ستة نشر.

٤٤٤- فاطمة الفرحاني، **المقاصة في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها المالية المعاصرة**، ط١، دار الجندي للنشر والتوزيع، القدس، ٢٠١٩، ص٢٠١١.

٤٤٥- فراس جبار كريم الروازق، **الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧.

٤٤٦- فريد فتيان، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني**، من دون طبعة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد، ١٩٨٥.

٤٤٧- فريد فتيان، **مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص**، من دون طبعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.

٤٤٨- د. فهمي جدعان، **المقدَّس والحريَّة: أبحاث ومقالات أخرى من أطياف الحداثة ومقاصد الحديث**، ط١، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٩.

٤٤٩- فؤاد عبد المنعم رياض، **الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١.

٤٥٠- د. فواز رضوان العربي، **نظام الحيازة في المجتمع البدوي**، بلا طبعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٠.

٤٥١- د. كمال عبد الواحد الجوهري، **موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء اعمال المحاماة**، بلا طبعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥.

٤٥٢- د. كمال قاسم ثروت الونداوي، **شرح أحكام عقد الايجار**، ط١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٥.

٤٥٣- لفته هامل العجيلي، **المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، ج٢**، ط١، مكتبة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣.

٤٥٤- ليون ديجي، **التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون**، تحليل: د. سمير تناغو، ترجمة: ضياء الدين عارف، ط٢، دار نهوض للدراسات والنشر، مصر، ٢٠١٨.

٤٥٥- د. محمد إبراهيم بنداري، **البيع بشرط التجربة**، بلا طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧.

٤٥٦- محمد الحسيني، **فقه الاجارة**، ط١، دار المالك، لبنان، ١٩٩٨.

٤٥٧- محمد السجادي الاصفهاني، **دراسات في البيع**، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٤هـ.

٤٥٨- د. محمد بن إبراهيم بن عبدالله الموسى، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٩.

٤٥٩- د. محمود جمال الدين زكي، **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري**، ط٣، مطبعة الجامعة- القاهرة، ١٩٧٨.

٤٦٠- د. محمود جمال الدين زكي، **دروس في مقدمة الدراسات القانونية**، من دون طبعة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، ١٩٦٩.

٤٦١- د. محمود جمال الدين زكي، **عقد الايجار في القانون المدني الكويتي**، بلا طبعة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢.

٤٦٢- د. محمد حسن قاسم، **القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول والثاني**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

٤٦٣- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، **العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الايجار (دراسة** مقارنة)، من دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٤٦٤- د. محمد حسن قاسم، **المدخل لدراسة القانون**، ج٢، نظرية الحق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٤٦٥- د. محمد حسين منصور، **شرح العقود المسماة**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٤٦٦- محمد دغمان، **إلزامية العقد (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

٤٦٧- د. محمد سليمان الأحمد، **الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقيّ (دراسة تحليلية)**، بلا طبعة، دار التفسير للنشر، بغداد، ٢٠٠٨.

٤٦٨- د. محمد شتا أبو سعد، **الشرط كوصف للتراضي**، من دون طبعة، عالم الكتب، مصر، ١٩٨٠.

٤٦٩- د. محمد شريف احمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩.

٤٧٠- د. محمد عبد الصاحب الكعبي، **المسؤولية المدنية عن اضرار الكوارث الطبيعية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار التعليم الجامعي، مصر، ٢٠٢٠.

٤٧١- محمد عبد العزيز حسن زيد، **الاجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر**، من دون طبعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، من دون مكان نشر، ١٩٩٦.

٤٧٢- محمد عبد الله حمود، **انهاء العقد بالارادة المنفردة**، من دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

٤٧٣- محمد عزمي البكري، **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، من دون طبعة، دار محمود، مصر، ٢٠١٧.

٤٧٤- محمد عزمي البكري، **بطلان وإبطال العقود**، ط١، دار محمود، مصر، ٢٠١٧.

٤٧٥- محمد عزمي البكري، **بيع الجدك**، ط١، دار محمود، مصر، ٢٠١٧.

٤٧٦- محمد عزمي البكري، **فسخ العقد**، من دون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧.

٤٧٧- محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، المجلد السابع، من دون طبعة، دار محمود، مصر، ٢٠١٨.

٤٧٨- د. محمد فواز صباح الآلوسي، **اعمال الخيارات في التعاقد الالكتروني (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٢١.

٤٧٩- محمد كاظم كمال العطار، **نحو قانون مدني عربي في ضوء الأيديولوجية العربية الثورية**، الدار الوطنية للنشر والتوزيع/ وزارة الثقافة والفنون، العراق، ١٩٧٨.

٤٨٠- محمد كامل الحراني، **مراجعة الحسابات**، بلا طبعة، المطبعة الاميرية، مصر، ١٩٤٥.

٤٨١- محمد كامل مرسي بك، **الملكية والحقوق العينية**، من دون طبعة، المطبعة الرحمانية، مصر، ١٩٢٣.

٤٨٢- د. محمد لبيب شنب، **دروس في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧.

٤٨٣- د. محمد لبيب شنب، **شرح أحكام عقد البيع**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٢.

٤٨٤- محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، الفسخ **والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٧ وحكم المحكمة الدستورية العليا**، من دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، من دون سنة نشر.

٤٨٥- د. محمد محيي الدين إبراهيم سليم، **نطاق بدأ نسبية أثر العقد (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٤٨٦- د. محمد وحيد الدين سوار، **الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة**، من دون طبعة، جامعة الامارات العربية المتحدة/ كلية الشريعة والقانون، الامارات، ١٩٨٨.

٤٨٧- د. محمد وحيد الدين سوار، **القانون المدني الجزائري**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ١٩٧٥.

٤٨٨- محمود المظفر، **إحياء الأرض الموَّات (دراسة فقهية مقارنة)**، من دون طبعة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٧٢.

٤٨٩- د. محمود جلال حمزة، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج٤، العقود المسماة، البيع والايجار**، ط١، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠٥.

٤٩٠- د. محمود جمال الدين زكي، **قانون عقد البيع في القانون المدني**، من دون طبعة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٤.

٤٩١- د. محمود عبد الرحيم الديب، **أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، من دون سنة نشر.

٤٩٢- د. محمود عبد الرحيم الديب، **الحِيَّل في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، من دون سنة نشر.

٤٩٣- د. محمود عبدالرحيم الديب، **بدء سريان الالتزام المشروط (دراسة لفكرة الشرط في القانون المصري والفرنسي)**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ١٩٩٩.

٤٩٤- محمود منصور، **قضاء ايجار الأماكن**، من دون طبعة، المكتبة العربية للطباعة والنشر، من دون مكان نشر، ١٩٧٨.

٤٩٥- محمود نجيب حسني، **أسباب الاباحة في التشريعات العربية (النظرية العامة للإباحة واستعمال الحق)**، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٦٢.

٤٩٦- مصطفى احمد الزرقا، **محاضرات في القانون المدني السوري**، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٤.

٤٩٧- د. مصطفى العوجي، **القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية**، ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٤٩٨- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، **فسخ العقد**، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨.

٤٩٩- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، **ملكية الشقق (دراسة عملية وفقهية مقارنة)**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٧.

٥٠٠- د. مصطفى كمال طه، **الوجيز في القانون البحري**، من دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٦١.

٥٠١- مصطفى مجيد، **شرح قانون التسجيل العقاري**، ج٣، من دون طبعة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ١٩٧٩.

٥٠٢- د. مصطفى محمد الجمال، **السعي إلى التعاقد مظاهره وآثاره القانونية**، بلا طبعة، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٠.

٥٠٣- د. مصطفى محمد الجمال، **القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام**، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨.

٥٠٤- د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، **القانون والمعاملات**، بلا طبعة، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧.

٥٠٥- د. مصطفى محمد الجمال، **عقد البيع**، من دون طبعة، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٨، ص٧١.

٥٠٦- د. منذر الفضل، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مصادر الالتزامات وأحكامها، ط١، دار الثقافة، الأردن، ٢٠١٢.

٥٠٧- د. منصور مصطفى منصور، **عقد الكفالة**، بلا طبعة، المكتبة العالمية، مصر، ١٩٦٠.

٥٠٨- د. نبيل إبراهيم سعد، **التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن**، ط٢، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٠.

٥٠٩- د. نبيل إبراهيم سعد، **العقود المسماة، البيع**، ج١، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧.

٥١٠- د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسن قاسم، **مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٥١١- د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسين منصور، **مبادئ القانون (المدخل إلى القانون – نظرية الالتزامات)**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥.

٥١٢- د. نبيلة الكراي الوريمي، **حائز العقار**، تقديم: د. محمد كمال شرف الدين، ط١، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥.

٥١٣- د. نزيه محمد الصادق المهدي، **الالتزام قبل التعاقدي بالاداء**، من دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠.

٥١٤- نسرين جابر هادي، **القضاء الإداري المستعجل (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧.

٥١٥- د. نشوة العلواني، **نظرية السببية الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي**، من دون طبعة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، دار الفرقان للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤.

٥١٦- د. نصير صبار الجبوري، **التعويض العيني (دراسة مقارنة)**، ط١، دار قنديل للنشر، عمان، ٢٠٠٩.

٥١٧- د. نهلة أحمد فوزي، **المدونة المدنية في انحلال العقد**، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٩.

٥١٨- هادي عزيز علي، **مدونة القضاء المدني العراقيّ، كتاب البناء والغراس على ارض الغير**، من دون طبعة، مكتبة صباح للإصدارات القانونية، بغداد، ٢٠١٥.

٥١٩- د. هايل عبد الحفيظ يوسف داود، **تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية**، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٩.

٥٢٠- د. هدى عبد الله، **آفاق المسؤولية المدنية على ضوء النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادية (دراسة مقارنة)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠.

٥٢١- هشام رفعت هاشم، **عقد العمل في الدول العربية (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، الدار القومية للطباعة والنشر، ١٩٦٦.

٥٢٢- د. هلدير اسعد حمد، **نظرية الغش في العقد**، تقديم د. محمد سليمان الأحمد، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١.

٥٢٣- د. وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**، ط٢، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩.

٥٢٤- وريا خمو العقراوي، **عقد البيع لدى المذاهب الخمسة والقانون المدني العراقيّ**، من دون طبعة، دار هماوه ند، كركوك، ٢٠٠٤.

٥٢٥- د. وليد خالد عطية، علي حسين منهل، **تفسير شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة في القانون الإنكليزي)**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

٥٢٦- د. وليم سليمان، **التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)**، من دون طبعة، المطبعة التجارية الحديثة، مصر، ١٩٥٥.

٥٢٧- د. وهبة الزحيلي، **العقود المسماة في قانون المعاملات الاماراتي والقانون المدني الأردني**، ط٨، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٤.

٥٢٨- ئارام محمد صالح سعيد، **المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني**، من دون طبعة، مطابع شتات ودار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

٥٢٩- ياسر أحمد كامل الصيرفي، **دور القاضي في تكوين العقد**، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.

٥٣٠- د. ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، من دون طبعة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

٥٣١- د. ئالان بهاء الدين عبد الله المدرس، **الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة**، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

٥٣٢- يوسف آصاف، **شرح القانون المدني المصري**، من دون طبعة، المطبعة العمومية بمصر، مصر، ١٨٩١.

سابعاً: الرسائل والأطاريح:

أ- الرسائل:

٥٣٣- احمد بخيث محمد حسن، **طرق انقضاء العقد وفقا لقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة ام درمان الإسلامية/ كلية الشريعة والقانون، ٢٠١١.

٥٣٤- أحمد فائز عبد حميد، **فسخ العقد من غير إخلال (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة الفلوجة/ كلية القانون، ٢٠٢١.

٥٣٥- احمد محمود مدلول تايه، **التعويض عن فوات الفرصة**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠١٤.

٥٣٦- آلاء داود سلوم، **التنظيم القانوني للجبرية التعاقدية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة تكريت/ كلية الحقوق، ٢٠٢١.

٥٣٧- انتصار محمد لبيب محمد الكاشف، **فسخ العقد وأثر القوة القاهرة والحادث المفاجئ على فسخ العقد**، رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق/ كلية الحقوق، ٢٠١٩.

٥٣٨- بسام فلاح جسام، **انهاء عقد المقاولة بالارادة المنفردة**، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢١.

٥٣٩- بلال عزيزي، **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود: دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك/ كلية القانون، ٢٠١٧.

٥٤٠- حسين عبد القادر معروف، **النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٩٩.

٥٤١- حيدر عواد حمادي الشباني، **خروج تنفيذ العقد عن دائرة أطرافه (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠١٦.

٥٤٢- د. علاء عبد الأمير موسى النائلي، **النظام القانوني لتشغيل أموال التاجر المفلس (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بابل/ كلية القانون، من دون سنة.

٥٤٣- رومان منير زيدان حداد، **حسن النية في تكوين العقد**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت/ كلية الدراسات الفقهية والقانونية، ٢٠٠٠.

٥٤٤- زينب جمعة محسن، **خيار النقد (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠١٨.

٥٤٥- زينب صبري محمد، **فسخ العقود الإدارية الناشئة عن المناقصات (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠١٦.

٥٤٦- زينة أحمد خريسات، **التأصيل القانوني لبيع الفضولي**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط/ كلية الحقوق، ٢٠١٤.

٥٤٧- سعدي إسماعيل عبد الكريم برزنجي، **الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٧١.

٥٤٨- سلطان إبراهيم سلطان الهاشمي، **التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية/ كلية الشريعة بالرياض، الرياض، ١٤٢٨هـ.

٥٤٩- صلاح الدين محمد الداود، **التعويض عن القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٧٨.

٥٥٠- عباس سهيل جيجان الجبوري، **الأجرة وأحكامها في عقد الايجار (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بابل/ كلية القانون، ٢٠٠٥.

٥٥١- عبد الرحمن نور الدين أدهم، **الخيارات الارادية في القانون المدني العراقيّ**، رسالة ماجستير، الجامعة العراقيّة، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢٠.

٥٥٢- عبد الله جبار خشان، **الفسخ الجزئي للعقد – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠١٩.

٥٥٣- علاء حاكم هاشم الموسوي، **البيع بشرط الخيار (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٧.

٥٥٤- علي عبيد عود الجيلاوي، **العلاقة السببية بين الخطأ والضرر**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٧٧.

٥٥٥- محمد البشير عبد الله حمد، **التنظيم القانوني لاحتراف المتعاقد (دراسة قانونية مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة الفلوجة/ كلية القانون، ٢٠٢١.

٥٥٦- محمود احمد محمود بني عطا، **انتقال الحق في الانتفاع بالمأجور الى الغير وفي القانون الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك/ كلية القانون، ٢٠٢٠.

٥٥٧- مريم طالب سعدون، **الخلافة العامة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة ذي قار/ كلية القانون، ٢٠٢٠.

٥٥٨- نرجس صالح صاحب الموسوي، **مبدأ العدالة في الفقه الامامي**، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء/ كلية العلوم الإسلامية، ٢٠١٩.

٥٥٩- نور أمين أحمد، **فكرة الضرر المفترض في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة القادسية/ كلية القانون، ٢٠٢٢.

٥٦٠- نور إياد حسن عبد الصاحب، **انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد /كلية القانون، ٢٠١٩.

٥٦١- نور علي مهدي، **العقود أحادية الجانب (دراسة مقارنة في ظل النظام الانكلوامريكي والقانون المدني العراقيّ)**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠٢١.

٥٦٢- نور نزار جاسم، **مسؤولية المتعاقد قبل الغير في إطار المجموعة العقدية**، رسالة ماجستير، جامعة النهرين/ كلية الحقوق، ٢٠١٧.

٥٦٣- هاشم عبد الرحمن الزرعوني، **المسؤولية المدنية لمسؤولي الضبط القضائي**، رسالة ماجستير، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٥.

ب- الإطاريح:

٥٦٤- أحمد بن علي بن محمد الحميدي السعدي، **دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠١٤.

٥٦٥- أحمد بن موسى السهيلي، **فقه الامام محمد بن سيرين في المعاملات**، ج١، أطروحة دكتوراه، جامعة ام القرى/ كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ١٩٩٥.

٥٦٦- اقبال مبدر نايف، **الأثر الأقوى للعقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠٢٢.

٥٦٧- أكرم محمود حسين البدو، **المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل/ كلية القانون، ٢٠٠٢.

٥٦٨- جاسم لفته سلمان العبودي، **النيابة عن الغير في التصرف القانوني**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ١٩٩١.

٥٦٩- جمال عبد كاظم الحاج ياسين، **النظام القانوني للأجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠١٧.

٥٧٠- حسام الدين محمود محمد محمد حسن، **وسائل انقاذ العقود من الفسخ (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة/ كلية الحقوق، ٢٠١١.

٥٧١- حسن علي ذنون، **النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه**، جامعة فؤاد الأول/ كلية الحقوق، ١٩٤٦.

٥٧٢- حيدر علي مزهر النصر الله، **انتقال الحق في التعويض عن الضرر إلى الخلف العام (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠١٦.

٥٧٣- الخضر عبد الله سالم حنشل، **احكام الخيارات الثابتة بالشرط**، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط/ كلية الحقوق، ٢٠٠٨.

٥٧٤- د. نبيلة إسماعيل رسلان، **العلاقات القانونية الثلاثية**، أطروحة دكتوراه، جامعة طنطا/ كلية الحقوق، ١٩٨٧.

٥٧٥- راسم عايد حسن، **مقتضى العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠٢٢.

٥٧٦- رائد صيوان عطوان، **الاجازة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠٠٧.

٥٧٧- زينب جمعة محسن حسن، **عقد البيع المفتوح (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية القانون، ٢٠٢١.

٥٧٨- سعد واصف، **التأمين من المسؤولية (دراسة في عقد النقل البري)**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة/ كلية الحقوق، ١٩٥٨.

٥٧٩- سمير إسماعيل، **الاعتبار الشخصي في التعاقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥.

٥٨٠- سيف الدين محمد محمود البلعاوي، **جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة/ كلية الحقوق.

٥٨١- صباح طه بشير السامرائي، **الحكمة عند الأصوليين**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد/ كلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠٧.

٥٨٢- طاهر عيسى والي الشافعي، **قواعد العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون.

٥٨٣- عاطف محمد كامل فخري، **الغير في القانون المدني المصري**، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية/ كلية الحقوق، ١٩٧٦.

٥٨٤- عباس حسن الصراف، **المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة/ كلية الحقوق، ١٩٥٤.

٥٨٥- عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني، **حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، أطروحة دكتوراه، جامعة المنوفية/ كلية الحقوق، من دون سنة نشر.

٥٨٦- عبد الله عبد الله محمد العلفي، **احكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ١٩٨٨.

٥٨٧- علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠١٨.

٥٨٨- عمار محمد حسين محمد علي، **الخيارات في الفقه الإسلامي (دراسة في الأدلة والتطبيقات)**، أطروحة دكتوراه، جامعة الكوفة/ كلية الفقه، ٢٠١٥.

٥٨٩- محمد السعدي أحمد الشريعي، **الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠٠٧.

٥٩٠- محمد بن عمارة، **الخدمة ما بعد البيع في المنقولات الجديدة في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران/ كلية الحقوق، ٢٠١٣.

٥٩١- محمد عبد الله علي طلافحة، **التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية**، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية/ كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٤.

٥٩٢- محمد عبد الملك محسن الحبشي، **النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية**، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ٢٠٠٦.

٥٩٣- محمدي سليمان، **نفاذ العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر/ كلية الحقوق، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.

٥٩٤- محمود فهد، **عقود الخيارات من منظور الاقتصاد الإسلامي**، أطروحة دكتوراه، جامعة اليرموك/ كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ٢٠٠٨.

٥٩٥- ميسم غزال، **طُغيان القانون على العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة حلب/ كلية الحقوق، ٢٠٢٠.

٥٩٦- نزار داود توفيق البكار، **مقتضى العقد وتطبيقاته في عقود المعاوضات**، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية/ كلية الدراسات العليا، ٢٠١٣.

٥٩٧- وحيد عبد المحسن القزاز، **المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة الزراعية**، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا/ كلية الحقوق.

٥٩٨- وليد طارق فيصل جواد العزاوي، **تعارض المصالح في المعاملات المالية (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠٢٢.

ثامناً: البحوث:

٥٩٩- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **خيار الشفعة (دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)**، بحث منشور في مجلة جامعة الكويت، المجلد (١٢)، العدد (٢)، ١٩٨٨.

٦٠٠- د. إبراهيم عنتر فتحي الحياني، **الحكم القانوني لوفاة المشتري أو فقد أهليته في فترة تجربة المبيع**، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، العدد (٢٣)، ٢٠١٧.

٦٠١- احمد جلبي حامد، رائدة محمد محمود النجماوي، **التكييف القانوني لخيار الرجوع في عقد البيع الالكتروني (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد (٢)، العدد (٣)، ٢٠٢٢.

٦٠٢- د. اكرم محمود حسين البدو، **حكم العقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٥)، العدد (٥٥)، ٢٠١٢.

٦٠٣- ايمان طارق الشكريّ، مروان كريم جاسم الخمايسيّ، **أحكام نفاذ عقد الايجار في مواجهة المالك الجديد**، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، من دون مجلد، العدد (١)، ٢٠٢٠.

٦٠٤- د. باسم علوان العقابيّ، ماهر محسن عبود الخيكانيّ، **نطاق خيار التأخير (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)**، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد (٣٥)، من دون مجلد، ٢٠١٧.

٦٠٥- د. توفيق حسن فرج، **أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان**، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، من دون مجلد، العدد (١٥)، ١٩٧٠.

٦٠٦- د. حسن علي الذنون، **المسؤولية المادية "نظرية تحمل التبعة"**، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، ١٩٨٤.

٦٠٧- د. حسن محمد كاظم المسعودي، عبدالأمير جفات كروان، **واقعة الفسخ في ذاتها**، مجلة رسالة الحقوق، من دون مجلد، العدد (٣)، ٢٠١٤.

٦٠٨- حياة حامي، **الرابطة العقدية في تصور نظرية المجموعة العقدية**، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد (١٠)، العدد (١)، ٢٠٢٢.

٦٠٩- د. درع حماد الدليمي، **انهاء العقد غير المحدد المدة**، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠١٢.

٦١٠- زنل وسل هايديني، **حماية المستهلك في القانون الكوسوفي مقارنة بالفقه الإسلامي**، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية/ الاردن، المجلد (٦)، العدد (٢٠)، ٢٠٢٢.

٦١١- سمية زرارقي، فريدة عيادي، **العقد: بين الازمة ومقتضيات التطور**، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد (٦)، العدد (١)، ٢٠٢٢.

٦١٢- د. شامل سليمان عسله، **الآثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة (دراسة مقارنة)**، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد (٧)، العدد (٣٢)، من دون سنة.

٦١٣- د. صاحب عبيد الفتلاوي، **انتقال ملكية المأجور في القانون الأردني (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد (٢٢)، العدد (٢)، ٢٠١٩.

٦١٤- الصادق عبد القادر، **المركز القانوني للغير في العلاقة العقدية**، بحث منشور في مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠٢٠.

٦١٥- د. عادل شمران حميد، د. عبد المهدي كاظم ناصر، **دور الجزاءات البديلة للفسخ في المحافظة على العقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة الكوفة، من دون مجلد، العدد (٣٤)، ٢٠١٧.

٦١٦- د. عامر القيسي، **تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك**، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق/ جامعة النهرين، المجلد (٩)، العدد (١٧)، ٢٠٠٦.

٦١٧- د. عبد القادر عزيز أحمد الحيالي، **أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون**، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقيّة، المجلد (٢٦)، العدد (١)، ٢٠١١.

٦١٨- أُستاذُنا الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر، أمنة ياسين مرزوق، **أُسس التعديل التلقائي للعقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة مركز أبحاث الكوفة، من دون مجلد، العدد (٢/٤٤)، ٢٠١٩.

٦١٩- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، **التكييف القانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد**، بحث منشور في مجلة معهد العلمين، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠٢١.

٦٢٠- علي الخفيف، **المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي**، بحث منشور في مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، من دون مجلد، العدد (٣)، ١٩٧٢.

٦٢١- غني ريسان جابر، **فكرة الالتزام التضاممي**، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠٠٥.

٦٢٢- قاسم هيّال رسن، احمد حمزة مهدي، **تحديد عمر الموكل (دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي)**، في مجلة مركز دراسات الكوفة، من دون مجلد، العدد (٣٠)، ٢٠١٣.

٦٢٣- ماهر محسن عبود الخيكاني، **نطاق خيار التأخير (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)**، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد (٣٥)، من دون مجلد، ٢٠١٧.

٦٢٤- د. محسن عبد الحميد البيه، **فكرة الوكالة بغير نيابة**، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، من دون مجلد، العدد (خاص ٩٩٥)، ٢٠١٢.

٦٢٥- محمد جمال زعين، **العقد المفضي إلى إنهاء العقد**، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، المجلد (ب. ص)، العدد (٥٢)، ٢٠١٩.

٦٢٦- محمد حامد محمود، **النظام القانوني لاتحاد الملاك واتحاد الشاغلين**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، العدد (١)، ٢٠١٧.

٦٢٧- محمد حسن قاسم، **الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح**، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠٢١.

٦٢٨- محمد سلطان حسن، قاسم هيَّال رسن، **أسباب الزرع القانوني (دراسة في نطاق فلسفة القانون)**، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٩)، العدد (٣٤)، ٢٠٢٠.

٦٢٩- محمد سليمان الأحمد، **أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص**، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١)، عدد (٢٠)، ٢٠٠٤.

٦٣٠- د. محمد شعيب محمد عبد المقصود، **المسؤولية الموضوعية من حيث الأساس والتطبيق**، بحث منشور في الموقع الالكتروني: www.jdl.journals.ekb.eg.

٦٣١- محمد عبد الفتاح عبد العظيم، **نظرات حول مفهوم الطرف في العقد**، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط، من دون مجلد، العدد (٧١)، ٢٠٢٢.

٦٣٢- د. محمد عرفان الخطيب، **التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية**، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، من دون مجلد، العدد (١)، ٢٠١٩.

٦٣٣- د. محمد يحيى الدين إبراهيم سليم، **تحديد الثمن في عقد البيع**، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد (٨)، العدد (١٥)، ١٩٨٨.

٦٣٤- مريم خليفي، **الغير المطلق وتدخل نظام الخطأ التقصيري في النطاق العقدي**، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٢٢.

٦٣٥- مشعل مهدي جوهر حياة، **مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقاً للقانون الكويتي والقوانين المقارنة)**، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، المجلد (٣٣)، العدد (١)، ٢٠٠٩.

٦٣٦- د. معاذ محمد يعقوب، **الشرط الارادي اللازم للعقد (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (٥)، العدد (٢)، ٢٠٢٠.

٦٣٧- د. منصور حاتم محسن، **التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية (دراسة مقارنة)**، بحث منشور في مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد (٢٣)، العدد (٤)، ٢٠١٥.

٦٣٨- منيرة جربوعة، **المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي**، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠٢١.

٦٣٩- مها محمد طه، **هلاك المبيع في مدة خيار الشرط**، بحث منشور في مجلة الدراسات التاريخية والحضارية (مجلة علمية محكمة)، المجلد (٥)، العدد (١٦)، ٢٠١٣.

٦٤٠- د. نبراس ظاهر جبر، **الحد من الأثر الرجعي لفسخ العقد**، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد (٨)، العدد (١)، ٢٠١٧.

٦٤١- د. ياسر باسم ذنون، السبعاوي، **خيار الشرط بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، بحث منشور في مجلة كلية القانون والسياسة، المجلد (٥)، العدد (١٧)، من دون سنة نشر.

٦٤٢- د. ياسين محمد الجبوري، **العلاقة بين خيار التعيين والالتزام التخييري في القانون المدني الاردني**، بحث منشور في مجلة المجلة الجنائية القومية، المجلد (٢٦)، العدد (٣)، ٢٠١٣.

٦٤٣- يوسف شندي، **دور القضاء في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام**، بحث منشور في العدد الخاص من مجلة كلية الكويتية العالمية، المجلد (٥-ملحق)، العدد (٢)، ٢٠١٧.

تاسعاً: الأحكام القضائية:

٦٤٤- حكم محكمة Colmar في ٢/ مايو/ ١٨٥٥ منوَّه عنها لدى: د. شوقي السيد، **التعسف في استعمال الحق**، بلا طبعة، دار الشروق، مصر، ٢٠١٤.

٦٤٥- حكم محكمة التمييز الاردنية حقوق ٨٠/٢٦٤، ص٦٠٥ سنة ١٩٨١.

٦٤٦- حكم محكمة التمييز الأردنية حقوق٧٧/٢٨٣، ص١٥٣٩ سنة ١٩٧٧.

٦٤٧- حكم محكمة التمييز الاردنية رقم (٩٠/٦٨٠) حقوق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤ مشار إليه في: مجلة نقابة المحامي الأردنية، المجلد (٤١)، العدد (١٠ و١٢).

٦٤٨- حكم محكمة التمييز الاردنية رقم الحكم: تمييز حقوق ٢٠١٧/١٠٢ الصادر بتاريخ: ٢٠١٧/٢/١٩.

٦٤٩- حكم محكمة النقض الفرنسية:١٩٥٦ .civ. ١٩-٤-١٩٥٦, j. c. p.

٦٥٠- حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٨ بالطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق نقلاً عن: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج٥، دار محمود، مصر.

٦٥١- حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٧٣٤ لسنة ٦١ق، جلسة ٢٠٠٧/١/٢٣ نقلاً عن: د. أمل نور الدين طاهر، **خصوصية المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية للنفايات الخطرة (دراسة مقارنة)**، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨.

٦٥٢- حكم محكمة النقض المصرية مدني ١٩٨٦/٢/١٧، الطعن رقم ١٠٨٥ السنة ٥٠ القضائية، نقلاً عن: د. كمال عبد الواحد الجوهري، **موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء اعمال المحاماة**، بلا طبعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥.

٦٥٣- الطعن رقم (٣٢٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١) نقلاً عن: محمد عزمي البكري، **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، من دون طبعة، دار محمود، مصر، ٢٠١٧.

٦٥٤- طعن محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٩٣/١/١٣ رقم ٣١٨ لسنة ٦٧ ق، نقلا عن: أحمد إبراهيم عطية، **مجموعة التشريعات المصرية، القانون المدني**، ط١، من دون ناشر، مصر، ٢٠١١.

٦٥٥- فتوى مجلس الدولة المصري/ الجمعية العمومية المرقمة: ٥٠١ المؤرخة في ٢٠٠٠/١٠/١ ملف رقم ٣١٢٦/٢/٣٢. منشور في مجلة البحوث المالية والضريبية/ الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب، مصر/ وزارة العدل/ مجلس الدولة، العدد (١٦)، يناير/٢٠٠٣.

٦٥٦- قرار محكمة استئناف باريس ٥/نوفمبر/١٩٨٦، نقلاً عن: د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

٦٥٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم (١٧١٧/ ايجار/ ٢٠٠٦) المؤرخ في ٢٠٠٦/٧/١٩. منشور على الموقع الالكتروني: www.hjc.iq .

٦٥٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٦٧٦/ الحصانة الجنائية والمدنية/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٥/١٨ .

٦٥٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٥٠١/تجاوز/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٧/١٥. متاح على موقع مجلس القضاء الاعلى الرسمي: www.hjc.iq.

٦٦٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٧٣٣/م/٢٠٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٨/٥.

٦٦١- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٢٢/عقد باطل/ ٢٠١١) في ٢٠١١/٤/١٩. متاح على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى: www.hjc.iq .
٦٦٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٧٦/مدنية أولى في ١٩٨٩/٩/١٣).
٦٦٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٩٦٥/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢١) المؤرخ في ٢٠٢١/٦/٦". متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسميwww.hjc.iq .
٦٦٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٢٣٠/ظروف استثنائية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٦/٢٠. متاح في موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq، شوهد في ٢٠٢٢/١٢/١١.
٦٦٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٦٢٢/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٨/٢٤ متاح على الموقع www.hjc.iq.
٦٦٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٤٣/ منقول/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٣.
٦٦٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٧٩/ تعويض/ ١٩٨١ في ١٩٨١/٥/٢ متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي:www.hjc.iq .
٦٦٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم: ٢٥٦/ تنفيذ عقد/ ٢٠٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٣/٢٠، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq .
٦٦٩- قرار محكمة التمييز رقم (١٥٧) في ١٩٦٩/٩/١٧ (غير منشور).
٦٧٠- قرار محكمة التمييز رقم (٢١٠/ تعويض/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٥/٢٨. متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq.
٦٧١- قرار محكمة التمييز رقم (٢١٠/ تعويض/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٥/٢٨. متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى الرسمي: www.hjc.iq.
٦٧٢- قرار محكمة التمييز رقم ١٦٨/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٦ المؤرخ في ٢٠١٦/٦/١٣.
٦٧٣- نقض مدني في ٢١/فبراير/ ١٩٧٩ الطعن رقم ٥٢٩ س٤٨ قضائية. نقلاً عن: الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض، ج٥، سنة٣٠، ١٩٧٩.
٦٧٤- نقض مدني مصري، الطعن رقم (٢٩٥٩) لسنة ٨٧ ق بتأريخ ٢٠٢١/١١/٢١ مشار إليه في موقع محكمة النقض المصرية الرسمي.
٦٧٥- نقض مدني، الطعن رقم (٣٦٤٠) لسنة ٨٦ ق بتأريخ ٢٠٢١/١١/٤ مشار إليه في موقع محكمة النقض المصرية الرسمي.
٦٧٦- نقض مدني، جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩، الطعن رقم ٧٢، لسنة ٣٤ق. مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، لتاريخ ١٨، ج٣.

٦٧٧- نقض مصري: الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ نقلاً عن: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج٢، دار محمود، مصر.

٦٧٨- نقض مصري، الطعن رقم (٧٨) لسنة ٧ق/ جلسة ١٩٨٣/٤/٢١ نقلاً عن: د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.

عاشراً: قرارات مجلس قيادة الثورة (المُنحل) وغيرها:

٦٧٩- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢١١) المؤرخ في ١٩٧٨/٢/١٤، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٦٣٩) في ١٩٧٨/٢/٢٠.

٦٨٠- قرار وزير الأوقاف المصري رقم (٢٠٢) لسنة ٢٠٠٩.

حادي عشر: المُتون:

أ: المتون الأجنبية:

٦٨١- التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المُعدَّل لسنة ٢٠١٦.

٦٨٢- التقنين الزراعي الفرنسي Code Rural لسنة ١٩٠٢.

٦٨٣- قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٦٤٩/٩٣) لسنة ١٩٩٣.

٦٨٤- قانون الشروط التعاقدية غير العادلة الإنكليزي لسنة ١٩٧٧.

٦٨٥- قانون الاستهلاك الهولندي لسنة ١٩٨٧.

٦٨٦- مشروع وزارة العدل الفرنسية.

٦٨٧- المرسوم الفرنسي رقم (٧٤١) لسنة ٢٠٠١ الخاص بالبيع عن بُعد.

٦٨٨- القانون المدني الألماني.

٦٨٩- قانون الملكية المشتركة الفرنسي رقم (٥٥٧) لسنة ١٩٦٥ المعدل بالقانون رقم ١١٠٤ لسنة ٢٠٢١.

٦٩٠- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥.

٦٩١- القانون الفرنسي رقم ٥١٩/٧٦ المؤرخ في ١٥/يوليو/١٩٧٦ المتعلق ببعض اشكال انتقال الديون.

٦٩٢- قانون الاستملاك الفرنسي الصادر في ١٨/تموز/١٩٨٥.

٦٩٣- القانون الفرنسي رقم (١٢/٨٨ في ١/٦/ ١٩٨٨) الخاص بالبيع عن بُعد.

٦٩٤- القانون الفرنسي الصادر في ٢١/ ديسمبر/ ١٩٩١ الخاص بضحايا الإصابات بفقد المناعة الناتج عن نقل الدم الملوث.

٦٩٥- القانون الزراعي الفرنسي الصادر في ٢ فبراير ١٩٩٥.

٦٩٦- القانون رقم ٢٠١٤/٣٣٤ في ١٤/ مارس/ ٢٠١٤ الخاص بالبيع عن بُعد.

٦٩٧- قانون العمل الفرنسي code du travail رقم ٢٠١٦-١٠٨٨ في ٢٠١٦/٨/٨.

ب: المتون العربية:

٦٩٨- قانون استملاك العقارات للمنفعة العامة رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩.

٦٩٩- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨.

٧٠٠- قانون البناء المصري رقم (١١٩) لسنة ٢٠٠٨.

٧٠١- قانون البيئة المصري رقم (٤) لسنة ١٩٩٤.

٧٠٢- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٧٠٣- قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

٧٠٤- قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

٧٠٥- قانون المالكين والمستأجرين الاردني رقم (٥) لسنة ١٩٦٤ للعقارات الوقفية.

٧٠٦- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المُعدَّل.

٧٠٧- القانون المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢.

٧٠٨- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

٧٠٩- القانون المصري الصادر في ١٩٩١/١٢/٣١ الخاص بتعويض المتضررين من جرَّاء الإصابة بداء فقدان المناعة بسبب نقل الدم.

٧١٠- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.

٧١١- قانون تنظيم عقود الايجار الاردني رقم (٣) لسنة ١٩٧٣.

٧١٢- قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.

٧١٣- قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

٧١٤- قانون نزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٢.

٧١٥- المحاكم الاقتصادية المصري رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨.

٧١٦- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني.

٧١٧- موسوعة التشريع الأردني، دار البشير للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٨.

ج: المتون العراقية:

٧١٨- قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٧١٩- قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل.

٧٢٠- قانون البنك المركزي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤.

٧٢١- قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٧٢٢- قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.
٧٢٣- قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.
٧٢٤- القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المُعدَّل.
٧٢٥- قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
٧٢٦- قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩.
٧٢٧- قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم (٦١) لسنة ٢٠٠١.
٧٢٨- قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
٧٢٩- قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩.
٧٣٠- قانون للاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٧.

د: التعليمات:

٧٣١- تعليمات التسجيل العقاري رقم (٤) لسنة ١٩٧٢.

و: الاتفاقيات الدولية:

٧٣٢- الاتفاقية الدولية للبحار المنعقدة سنة ١٩٨٢.
٧٣٣- اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.
٧٣٤- اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة ١٩٨٠.
٧٣٥- اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦.
٧٣٦- اتفاقية لوجانو لسنة ١٩٩٣.

هـ- متفرقة:

٧٣٧- البيان رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠ المتضمن تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية باسم محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية.
٧٣٨- اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلاميّة، مجمع البحوث الإسلاميّة، الطبعة التمهيدية، ١٩٧٢.

ثاني عشر: المواقع الالكترونية:

٧٣٩- www.ar.lib.eshia.ir.
٧٤٠- www.jdl.journals.ekb.eg.
٧٤١- www.hjc.iq.
٧٤٢- www.unidroit.org.fr.
٧٤٣- www.legifrance. Goiv.fr.
٧٤٤- www. Village-justice. Com.

٧٤٥- www.labase-lextenso.fr.

٧٤٦- www.ar.lib.eshia.ir.

- **المصادر الأجنبيَّة:**

- **Books**:

٧٤٧- A. Arsac-ribeyrolles. essai sur la notion d'économie du contrat, pour obtenir le grade de docteur en droit de l'université clermont i,٢٠٠٥.

٧٤٨- Academie, **De Droit International De La Ha**, Hague Academy of International Law, Recueil Des Cours, Volume ١٦ (١٩٢٧/١),(**la theoir de lautonomie de la volonte by: J. P. Niboyet**), a. w. sijthoff, leyde, ١٩٧٢. **approche éthique**, ٣ edition, presses universitaires, france, ٢٠٠٥.

٧٤٩- Aziber Didot, seïd Algadi, contrats et droit o. h. a. d. a. des procédures collectives, l'harmattan, paris, ٢٠٠٩.

٧٥٠- Barry Rider, **research handbook on international financial crime**, Edward Elger publishing limited, USA, ٢٠١٥.

٧٥١- Bélanger, A. & Tabi Tabi, G. (٢٠٠٦**). Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement.** Les Cahiers de droit, ٤٧(٣).

٧٥٢- Bénéjat-Guerlin Murielle, **Droit de l'entreprise, ELLIPSES**, Paris, ٢٠١٨.

٧٥٣- Bruno Dondero, La réforme de la réforme du droit des contrats, MISE A JOUR du ١٢ oct. ٢٠١٧: à la fin de l'article.

٧٥٤- Cabrol Pierre, **Ribeyrol Monique, Leçons de Droit des obligation**, ٢ed, eliipses editions, paris, ٢٠١٨.

٧٥٥- Carl güterbock, bracton and his belation to the Roman law, auther 's permission, paris, ١٨٦٦.

٧٥٦- Catherine Puigelier, **Dictionnaire juridque, larcier** , collection paradigm, ٢٠١٥.

٧٥٧- Christophe Lachièz,Droit des contrats - ٥e édition, ellipeses edition, paris, ٢٠٢٠, le clause (٧٠).

٧٥٨- David Deroussin**, Le contrat à travers le code civil des français**, association française pour l'Histoire de la justice, n ١٩, ٢٠٠٩.

٧٥٩- Durry (G.), OBS, R. T. D. CIV, ١٩٦٩.

٧٦٠- Émile AGNEL, **Manuel général des assurances**, PARIS, ١٨٦١.
٧٦١- Fleurigeon, C**ode administratif, ou Recueil par ordre alphabéthique de matières** , Volume ٢, tome deuxieme, parise, ١٨٠٩.
٧٦٢- Franco Ferrari, **The CISG and its Impact on National Legal Systems**, Walter de Gruyter, Munich, ٢٠٠٨ P. ١٤١.
٧٦٣- Franz Werro, **Le droit des contrats: Jurisprudence fédérale choisie et annotée**, ٢edition, stamplfli edition, SA Berne, ٢٠١٩.
٧٦٤- Frédéric Dal Vecchio, **L'opposabilité des conventions de droit privé en droit fiscal,** l Harmattan, paris, ٢٠١٤.
٧٦٥- Guillaume Lacroix, **L'adaptation du contrat aux changements de circumstances**, Année universitaire, ٢٠١٥.
٧٦٦- Henri Et leion Mazeaud Et Andre Tunc, **trait the orique et pratique de lares possiblitie civile de lictuelle et contractuelle**, ٥ed, t٢, ١٩٨٥, n. ١٩٤٢.
٧٦٧- Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Stefan Vogenauer , **Cases, Materials and Text on Contract Law**, Bloomsbury publishing, ٢٠١٩.
٧٦٨- J. B. Moyle D. C. L. , **the contract of sale in the civil law**, oxford, at the Clarendon Paris, ١٨٩٢.
٧٦٩- Jean-Pierre Marguenaud, Michel Masse, Nadine poulet- Gibot Leclerc, **apprendre a douter question de droit questions sur le droit**, Pulim, paris, presses univ. Limoges, ٢٠٠٤.
٧٧٠- Jeze**, contrats adminstrartifs**, Tom ٢, paris, ١٩٣٢.
٧٧١- John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker, **Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the avant-projet de reforme de droit des obligations et de la prescription**, Forewords, oxford, Britain, ٢٠٠٩.
٧٧٢- marie Dupont**, Le b.a.-ba du contrat**, l'edition professionnelle, Belgique, (٢٠١٣).
٧٧٣- Mazeaud (Henri-Leon), **et Tunc, Traite, Theorique et partique de la responsabilite civil**, Tome second, ٥edition, Paris, ١٩٦٥.
٧٧٤- Michael Furmston, Greg Tolhurst, **Privity of contract**, Oxford university press, ٢٠١٥.
٧٧٥- Michael Joachim Bonell, **The UNIDROIT principiles in practice,** second edition, martinus nijhoff publishers, united states of amerce, ٢٠٠٦.

٧٧٦- Pascal Ancel, contrat et obligations conventionnelles en droit Luxembourg approche comparative, Larcier, group, Bruxelles, ٢٠١٥.

٧٧٧- Pascale Lecocq, Chronique de jurisprudence en droit des biens, Anthemis, Paris, ٢٠٠٨.

٧٧٨- Pierre Wenssner,**L'OBLIGATION DU LOCATAIRE DE PAYER LE LOYER ET LES FRAIS ACCESSOIRES**, ٩e Séminaire sur le droit du bail Neuchâtel ١٩٩٦.

٧٧٩- Planiol Et Ripert, **Traite Pratiquce de droit civil francais**, tome ٦, ٢eddition, Paris, ١٩٥٢.

٧٨٠- Rudolph "von" Ihering , **L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son development,**volume ٤, TomeIv, A. marescq, paris, ١٨٨٠.

٧٨١- Xavier Labbée **, Introduction générale au droit: pour une approche éthique**, ٣ edition, presses universitaires, france, ٢٠٠٥.

- **The thesis:**

٧٨٢- Alchahchi Mohamed, **l'équilibre du contrat de consommation ,étude comparative**, magister en droit privé, faculté de droit, université d'Oran, Algeria, ٢٠١٣ .

٧٨٣- Calastreng (s:), **La Ralativite des conventions**, thesis, (imprimee), Toulouse, ١٩٣٩.

٧٨٤- M. Saliou NDIONE**, Le solidarisme contractuel en droit positif sénégalais**, MEMOIRE DE MASTER, UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR, ٢٠١٨.

٧٨٥- Myriam MEHANNA, La **prise en compte de l'intérêt du cocontractant**, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas école doctorale de droit privé, ٢٠١٤.

٧٨٦- Weill**, le principe de la relativité des conventions en droit privé français** , thése , paris , ١٩٣٨.

- **Essays:**

٧٨٧- Aynes L. , Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, essay, available at: www.labase-lextenso.fr.

٧٨٨- François Campagnola, Juriste, **BONNE FOI ET LOYAUTÉ EN DROIT DES CONTRATS**, essay, available at: www. Village-justice. Com.

٧٨٩- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Institut International pour l'unification du droit privé, Rome, ٢٠١٦, du site: www.unidroit.org.fr.

- **Judicial Decisions:**

٧٩٠- Cass. Civ. ٢٣-١٠-١٩٧٩. Bull. Civ١١١. No. ١٨٨.

٧٩١- Cass. Civ. I ere ch, ٢٩ avril ١٩٨١. Available at: www.legiffrance.gouv.fr.

٧٩٢- Cour de cassation, civile, Chambre civile ٣, ١٨ mars ٢٠٠٩, ٠٨-١١,٠١١, Inédit. Available at: www.legifrance. Gouv.fr.

٧٩٣- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, ١٣ février ٢٠٠٧, ٠٥-١٧,٤٠٧, Publié au bulletin, available at: www.legifrance. Goiv.fr.

Abstract

The legislator organized the contract and made it a voluntary law that has legal respect and independence. The contract is the law of the contracting parties, but sometimes he permitted deviating from this law, by granting others from the contract the right to dissolve the contractual bond that he did not contribute to its formation. From this permissibility, we decided to study the phenomenon of "Termination of the contract by non-contractors", and since the termination by third parties warns of a flagrant violation of the principle of the binding force of the contract, and disperses the principle of the stability of transactions.

So the annulment of the contract is not one of the two contracted, in which we saw that it is a kind of annulment that is not different from the consensus of the agreed and judicial annulment on which legal jurisprudence agreed, but it is a reputation that has the heavens and the nature of the one who is a one who is more than the one who is close to it. Signs that enhance the applied side of the research idea . And the extent to which third parties can be held accountable for termination when the termination is unjustified..

The phenomenon of "termination of the contract by non- contractors " is a real fact, and that fact pervades the consensual aspect of contracts, and the legal aspect in them, in the sense that it may stem from the principle of contractual options, or it may be a form of guardianship over the contract, which the law provides for guardianship. What, in turn, indicated that the rule of "the contract is the law of the contracting parties" should not be like that. The real background for the non-contractor's interference in the termination of the contract is inspired by taking into account the interests of the parties to the contract or one of them, claiming that the subject of the contract or the desired economic process of the contract requires that. This is because non-contractual rescission achieves security and legal effectiveness. Rather, it is the means by which realistic obstacles that may lead to the conclusion of a contract in which one of the parties is unfair, and then achieve the mutual or personal interest of a contracting party through this third party.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Al-Qadisiyah University

college of Law

Termination Of The Contract By Non-Contractors

(A comparative study)

A Thesis Submitted To

The Council Of The College Of Law / University Of Al-Qadisiyah

It Is Part Of The Requirements For Obtaining A Master's Degree In Private Law.

By

Haider Salah Geata

Supervised by

Prof. Dr. Abdul Mahdi Kadhim Nasser

AD ١٤٤٤ AH ٢٠٢٣