

**موقف رد الثمن في بيع الشرط لتحقيق الخيار في القانون
العراقي والفقه الاسلامي**

حسين علي سعود
جامعة المصطفى العالمية - قسم القانون الخاص
Halshammary417@gmail.com

الأستاذ الدكتور عزيز الله فهمي
جامعة المصطفى العالمية

**The position of refunding the price in selling
the condition to achieve the option in Iraqi
law and Islamic jurisprudence**

Hussein Ali Saud
Al-Mustafa International University

Prof. Dr. Aziz allah Fahimi
Al-Mustafa International University

Abstract:

The importance of the subject lies in the fact that dealing with the contract has become a global phenomenon as it has spread in most countries of the world, as well as the multiplicity of legal formulas by which this contract is concluded, sometimes in the form of a sales contract and other in the form of a lease or a contract that entails a usufruct right or a right of use in (residential). It is a complex contract that gathers more than one legal formula under its title, in addition to the multiplicity of rights and legal positions arising from this contract, due to the multiplicity of the legal nature.

The researcher concluded that the option of the condition is that one or both of the contracting parties stipulate for himself or for others that he has the right to terminate the contract or to sign it within the period specified for it. Such as marriage, and this option also does not take place in unnecessary contracts such as nakedness and deposit, and the option of the condition, like other options, must be terminated, as the fall of the option entails the necessity of the

ملخص:

تتمكن أهمية الموضوع في أن التعامل بالعقد أصبح ظاهرة عالمية إذ انتشر التعامل به في أكثر دول العالم ، كذلك تعدد الصيغ القانونية التي يبرم بها هذا العقد فتارة يكون بصيغة عقد بيع وأخرى بصيغة عقد إيجار أو عقد يرتب حق منفعة أو حق استعمال بـ(السكنى) وقد يكون عقداً مركباً يجمع أكثر من صيغة قانونية تحت عنوانه ، بالإضافة إلى تعدد الحقوق والمراكز القانونية الناشئة عن هذا العقد ، بسبب التعدد في الطبيعة القانونية.

واستنتج الباحث ان خيار الشرط هو ان يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره ان يكون له الحق في فسخ العقد أو امضائه خلال المدة المحددة له ، كيجب ان يكون العقد من العقود ما للأزمة القابلة للفسخ ، كالبيع والإجارة ولا يجوز في العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج ولا يجري هذا الخيار أيضاً في العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة، كما ان خيار الشرط كغيره من الخيارات لا بد له من الانتهاء، حيث يترتب على سقوط الخيار لزوم العقد في بعض الحالات وانقضاؤه في حالات أخرى.

الكلمات المفتاحية: رد الثمن ، بيع ، الشرط ، الخيار ، القانون العراقي ، الفقه الاسلامي

contract in some cases and its expiry
in other cases.

Keywords: refund, sale, condition,
option, Iraqi law, Islamic
jurisprudence

المقدمة

اولاً: بيان الموضوع

تعد فكرة العدل من أقدم الفضائل الإنسانية التي تعبر عن رغبة أصيلة لدى الإنسان في إحقاق الحق ورد الظلم في كل مكان وزمان ، ولهذا تبنتها القوانين القديمة والحديثة كغاية يسعى القانون لإدراكها ، اذ يعتبر العدل هو المبصر و دأ الأساس الذي يقوم عليه القانون و العقد معا .

و إذا كان العدل يتحقق عن طريق مجموعة من الوسائل كالقانون و القضاء ، فإن العقد يبقى الوسيلة الأنسب لتحقيق العدل في المعاملات بين الأفراد في نطاق القانون بحيث أن الفرد قلما يرضى بالتعاقد إذا لم يكن في ذلك مصلحة له و إنصاف لحقوقه و بذلك يكون الرضا قرينة على العدل .

و لما كان العقد هو توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني ، بحيث يستوي أن يكون ذلك الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديده أو إنهائه ، فإن هذا التوافق لا يتحقق إلا متى ما كان الموضوع الذي انعقدت عليه كل من الإرادتين واحد في جملته و تفصيله .

إلا انه في الكثير من الأحيان قد تواجه العقد الكثير من العقبات و الإشكالات العملية و القانونية بالنسبة لأطرافه ، تحول دون تنفيذه على النحو الذي تم الاتفاق عليه وخاصة في الحالة التي يكون فيها كل طرف من المتعاقدين قد اتجهت إرادته لإبرام عقد مختلف على الذي كان يقصد الطرف الآخر إبرامه ، مما قد يخلق نزاع بين الطرفين ، فإعمال العدل في مثل هذه الحالات يتوقف على الوسيلة الثانية التي تتولى تحقيقه التي تكمن في القضاء

وتكمن أهمية الموضوع في أن التعامل بالعقد أصبح ظاهرة عالمية إذ انتشر التعامل به في أكثر دول العالم ، كذلك تعدد الصيغ القانونية التي يبرم بها هذا العقد فتارة يكون بصيغة عقد بيع وأخرى بصيغة عقد إيجار أو عقد يرتب حق منفعة أو حق استعمال بـ(السكنى) وقد يكون عقداً مركباً يجمع أكثر من صيغة قانونية تحت عنوانه ، بالإضافة إلى تعدد الحقوق والمراكز القانونية الناشئة عن هذا العقد ، بسبب التعدد في الطبيعة القانونية .

ومما يتصل بذلك ويضاف إليه ، قلة الدراسات والبحوث القانونية التي تناولت الشروط ضمن العقد ، لان حداثة هذا العقد حتم وجود ندرة في البحوث والدراسات الأكاديمية التي عالجت ، مما يستلزم تسليط الضوء عليه لسد جزء من النقص في المكتبة القانونية .

ثانياً: أهمية البحث

حظي التصرف القانوني بعناية فائقة في الدراسات القانونية لما له من أهمية بالغة في النشاط الإنساني داخل المجتمع كما ويؤسس عليه النشاط الاقتصادي في المجتمع باعتباره أداة لتنظيم عمل وحركة ذلك النشاط في إطار قانوني تتجلى فيه فكرة الإلزام القانوني، وعلى ضوء هذه الأهمية النظرية والعملية للتصرف القانوني تتجلى أهمية أية دراسة قانونية لأية فكرة مرتبطة بالتصرف القانوني ومنها بالطبع الشروط ضمن العقد.

بناءً على كل ما تقدم تتضح أهمية البحث في محاولة تأصيل فكرة النظام القانوني للشروط ضمن العقد وجمع شتات وجزيئات الفكرة المتناثرة في التشريعات وكتب الفقه الإسلامي وفقه القانون المدني وأحكام القضاء.

ثالثاً: أهداف البحث:

- لهذا ارتأينا عقد هذه الدراسة المتواضعة عن الشروط ضمن العقد لتحقيق الأهداف التالية:
 - ١- تحديد ماهية الشرط ضمن العقد ورد الثمن لشرط الخيار والإحاطة بتفاصيله وتوضيح بعض جوانبه القانونية وتحديد التكليف القانوني الراجح له في محاولة لتأصيل هذا العقد على وفق القواعد العامة في القانون المدني ، مع تحديد المراكز القانونية والحقوق والالتزامات الناشئة عنه.
 - ٢- إعداد دراسة تساعد المشرع عند تنظيمه لهذا العقد.
 - ٣- إثراء الوعي القانوني بهدف تحقيق الحماية القانونية للمستفيد من العقد والذي يكون غالباً شخصاً ليس بخبير يمثل هذه الصيغة الحديثة في التعاقد والتي يشوبها الغموض القانوني.

رابعاً: منهجية البحث

لا نعدو الحقيقة في قولنا أن ما كتب في هذا المجال جاء ضامراً لا يتعدى صفحات قليلة تناولت الموضوع بصورة مقتضبة لم توفيه حقه ، ويمكن أن نعزو ذلك إلى صعوبة استظهار وكشف الحقائق النفسية والمعنوية ، الأمر الذي قلل من إقبال الباحثين على دراسة هذا الموضوع ، والذي انعكس بدوره على شحة المراجع والمصادر المتعلقة بهذا الموضوع ، لذا كان إلزاماً علينا جمع عناصره من خلال اعتماد المنهج التحليلي من جمع شذرات متفرقة في الكتب معززين تلك الشذرات بالقرارات القضائية الصادرة في هذا الخصوص

المبحث الأول

المفاهيم والكليات

المطلب الاول: تعريف خيار الشرط وبيان مشروعيته

الشرط لغة: (الشَّرْطُ مَعْرُوفٌ، وكذلك الشريطة والجمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط) ^٧، وفي الحديث لا يجوز شرطان في بيع واحد، وهو كقولك بعثك هذا الثوب نقداً بدينار، ونسيئةً بدينارين، وهو كالبيعتين في بيعه، ^٨

والشرط كذلك (العلامة اللازمة، ومنه سمي أهل اللغة حرف إن حرف الشرط، من قول القائل لغيره: إن أكرمتني أكرمتك، فإن قوله: أكرمتك بصيغة الفعل الماضي، ولكن بقوله: إن أكرمتني، يصير إكرام المخاطب علامة لازمة لإكرام المخاطب إياه، فكان شرطاً من هذا الوجه) ^٩

الفقه القانوني: خيار الشرط (هو ان يشترط احد المتعاقدين او كلاهما ان له او لشخص اجنبي خيار فسخ العقد او امضاءه خلال مدة معينة يتفقان عليها ويثبت الخيار لمن اشترطه في العقد فيصح ان يشترطه البائع او المشتري او كلاهما معاً) ^{١٠}

ويشترط الفقهاء لصحة الخيار تعيين مدة والا فان البيع يبطل ولكن اختلفوا في تحديد طول المدة لذا يجوز ان تكون بالاتفاق، كما ان من اشترط الخيار يكون مثيراً بفسخ العقد او اجازته، فان كان الخيار لاجنبي فيعتبر مشترط الخيار وكياً عن اشترط الخيار له وفي هذه الحالة يصح ان يصدر الفسخ او الاجازة من الوكيل او الموكل. فان اجاز احدهما وفسخ الاخر فالعبرة بتصرف السابق سواء كان اصيلاً او وكيل ^{١١}.

ويعرف خيار الشرط قانوناً (هو ان يشترط احد المتعاقدين او كلاهما ان له او لشخص اجنبي خيار فسخ العقد او امضاءه خلال مدة معينة يتفقان عليها ويثبت الخيار لمن اشترطه في العقد فيصح ان يشترطه البائع او المشتري او كلاهما لشخص اجنبي) ^{١٢}.

١ محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، مصدر سابق، ص ٢١١

٢ محمد بن مكرم ابن منظور، مصدر سابق، ص ٣٢٩

٣ محمد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي، ج ٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٩٣، ص ٣٠٣.

٤ د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، عمان ١٩٩٧، ط ٢، ص ٤٩.

٥ المصدر نفسه، ص ٤٩.

٦ د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٤٩.

ويعرف خيار الشرط بأنه (هو ان يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره ان يكون له الحق في فسخ العقد أو امضائه خلال المدة المحددة له)^٧.

وقد لاحظ الفقهاء ان التعبير عن هذا الخيار (بخيار الشرط) تعبير غير موفق وكان الواجب ان يعبر عنه (بشرط الخيار) لأن المراد به هنا ان يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما فسخ العقد^٨.

وان مشرعنا العراقي كان موفقاً عندما قال (شرط الخيار) في نص المادة (٥٠٩) من قانوننا المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على انه: (يصح ان يكون البيع بشرط الخيار.....).

الفقه الاسلامي: أن الشرط في اللغة العربية من الألفاظ المشتركة، التي لها عدة معان منها العلامة^٩ كما في قوله تعالى ((فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا))^{١٠}

ومنها : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه.^{١١}

إنَّ مسلك القدماء في استفادة المفهوم من القضايا الشرطية بل مطلقاً يختلف مع مسلك المتأخرين، فإنَّ دلالة الخصوصية المذكورة في الكلام من الشرط أو الوصف أو الغاية أو اللقب أو نحوها على الانتفاء عند القدماء ليست دلالة لفظية، بل هي من باب بناء العقلاء على حمل الفعل الصادر عن الغير على كونه صادراً لغاية، والغاية المنظورة عند العقلاء من نفس الكلام، حكايته لمعناه، كما أنَّ الغاية من خصوصياته، دخلتها في المطلوب فيقال: إنَّ أكرمك زيد فأكرمه، حكم العقلاء بمدخلة إكرام زيد في وجوب إكرامه، قائلًا بأنَّه لولا دخله فيه لما ذكره المتكلم وكذا سائر القيود، وعلى ذلك فاستفادة المفهوم ليست مبنية على دلالة الجملة على الانتفاء عند الانتفاء، بل مبنية على أنَّ الأصل في فعل الإنسان أن لا يكون لاغياً بل يكون، صادراً لغايته الطبيعية، والغاية من إتيان القيد هي مدخلية في الحكم،^{١٢} ويرى جانب من الفقه بأن (الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده أي ان الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه).^{١٣}

مشروعيته : ان مصدر خيار الشرط يكمن في الإرادة لذا فان الإرادة هي أساس وجوده الشرعي ويعد الفقه الإسلامي هذا الخيار من الخيارات الإرادية^{١٤}.

٧ حسن علي دنون، النظرية العامة للفسخ، دار العارف ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣١.

٨ المصدر نفسه ، ص ١٣٢.

٩ محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مصدر سابق، ص ١٤٥.

١٠ سورة "محمد" الآية رقم (١٨).

١١ إسماعيل بن حماد الجوهري ، مصدر سابق، ص ٣٢٩

١٢ جعفر السبحاني ، الوجيز في اصول الفقه ، ج ١ ، دار العارف ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٧٣

١٣ أبو الحسن علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، ج ١ ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ١٦٦.

١٤ سليمان ابن الاشعث السجستاني ، سنن أبي داود، القاهرة، دار الحديث، ١٩٨٨ ، ج ٣، ص ٢٨٠.

وقد ثبت خيار الشرط في السنة النبوية الشريفة حيث روي عن ابن عمر س ان رجلا وهو حبان بن منقذ ذكر للنبي محمد ع انه يخدم في البيع فقال له ﷺ (أن بايعت فقل لا خلافة)^{١٩}. ويعد هذا الحديث هو الأساس الذي اعتمد عليه الجمهور للقول بجواز خيار الشرط وعد خيار الشرط مخالفا لمقتضى العقد ثابتا على خلاف القياس، إذ يعمل على تراخي انعقاد العقد وتراخي اثاره إذ ان العقد في الأصل لا يحتمل ذلك لأن التعليق بشرط الخيار يمنع ترتيب آثار العقد المتمثلة في انتقال الملك في البدلين لكن الفقه اجاز هذا الخيار عملا بالحديث السابق. ولأن الحاجة قد تدعو إليه فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع أما لعدم الصفق في الأسواق أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف المعقود عليه، أو قد يريد ان يشاور من يهيمه الرضا بالمعقود عليه، فكان من مقتضى هذا ان يعقد العقد مشروطا لنفسه حق الفسخ.

لكن الفقهاء المسلمين اختلفوا في مشروعية هذا الخيار، فذهب الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة والشيعة الامامية^{٢٠} إلى القول بأن خيار الشرط ثابت شرعا واستدلوا بما ورد في القرآن الكريم بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^{٢١} كذلك ما روي عن النبي محمد ﷺ (المسلمون عند شروطهم)^{٢٢} أما فقهاء الظاهرية فيرون خيار الشرط باطلاً ولا يعتد به شرعا لأنه جاء على خلاف مقتضى العقد وهو التمليك، فهو يؤدي إلى تراخي أحكام العقد وهذا مما لا يرتضيه فقهاء المذهب الظاهري^{٢٣}. كذلك فإن الظاهرية رفضوا تمسك جمهور الفقهاء بالحديث المروي عن الرسول ﷺ (المسلمون على شروطهم) حيث أنهم لا يعتدون بكل ما يشترطه المسلمون لأن من الشروط ما قد تكون شرط سرقة فليس كل الشروط هي شروط المسلمين فهم يأخذون بما قاله رسول الله ﷺ : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)^{٢٤}. وبرأي جمهور الفقهاء أخذ المشرع العراقي في نص المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي حيث نصت هذه المادة على انه (يصح ان يكون البيع بشرط الخيار).

١٥ المصدر نفسه، ج ٣، ص ٣٠٤.

١٦ حسن بن مكي العاملي، اللعة الدمشقية، النجف، مطبعة الآداب، ١٩٦٧، ج ٣، ص ٤٥٢.

١٧ سورة المائدة آية: ١.

١٨ محمد بن عليش الترمذي، سنن الترمذي، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٣، ص ٦٣٤.

١٩ ابن حزم، المحلى، بيروت، دار الجيل، ٢٠٠٩، ج ٨، ص ٣٧٠.

٢٠ سليمان بن احمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، ج ١١، مكتبة الزهراء، الموصل،

العراق، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٣ م، ص ١١.

أما عن نطاق خيار الشرط من حيث العقود فالفقه الإسلامي قد تناول هذا الخيار ضمن أحكام عقد البيع وهذا لا يعني ان هذا الخيار مقصورٌ على هذا العقد فقط بل يرد على كل عقد توافرت فيه الشروط الآتية:

1- يثبت خيار الشرط في العقود التي تشترط لصحتها القبض في المجلس كعقد الصرف والسلم.
2- يجب ان يكون العقد من العقود اللازمة فلا يدخل هذا الخيار في العقود غير اللازمة كعقد الوديعة.

3- يجب ان يكون العقد قابلاً للفسخ، وبالتالي فلا يدخل هذا الخيار في النكاح والطلاق، ولقد نصت المادة (٣٣٠) والمادة (٣٣١) من مرشد الحيران على هذه الشروط.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من نطاق هذا الخيار فلقد بينته المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي، حيث ذكرت هذا الخيار في إطار عقد البيع لكن ذلك لا يعني ان هذا الخيار لا يشمل بقية العقود التي تتوافر فيها الشروط السابق ذكرها^{٢٠}.

وبالتالي فكان الأجدر بالمشرع العراقي ان يذكر ان خيار الشرط يثبت في كل عقد قابل للفسخ، كما فعل المشرع الأردني حيث نصت المادة (١٧٧) منه على ان (في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ يجوز للعاقدين أو لايهما ان يشترط في العقد أو بعده الخيار نفسه أو لغيره في المدة التي يتفقان عليها).

أما بالنسبة لمدة خيار الشرط ، فان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في تحديدها، فذهب الإمام أبو حنيفة والشافعية في الصحيح من أقوالهم إلى ان مدة خيار الشرط تقدر بثلاثة أيام فما دونها ولا يجوز أكثر من ذلك، ولأصحاب هذا الرأي أدلتهم التي استندوا إليها وفيها حديث حبان بن منقذ وجعل الخيار له ثلاثة أيام بقوله عليه الصلاة والسلام (أن بايعت فقل لا خلافة)^{٢١}.

أما أبو يوسف ومحمد من الحنفية، والحنابلة، والشيعة الامامية، فيجوز الخيار عندهم إذا ذكرت مدة معلومة، ولو كانت طويلة، إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك^{٢٢}. فهم استندوا إلى قول الرسول ع (المسلمون عند شروطهم) وحجتهم ان الخيار شرع للتروي والأمن من الانخداع وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول، وقالوا ان الرسول ع عندما حدد المدة بثلاثة أيام لحبان فهذه المدة قد تكفي لحبان ولكنها قد لا تكفي لغيره.

أما القانون المدني العراقي فإنه لم يحدد مدة الخيار صراحةً وهذا ما نلاحظه في نص المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي، ولكنه أشار إلى صحة البيع بخيار الشرط مدة معلومة^{٢٣}.

(٢٠) عبد العزيز كاظم جبر، أثر اقتران العقد بخيار الشرط، مجلة القانون المقارن، العدد ٣٣، ٢٠٠٣، ص ٤٨.

(٢١) الكاساني، بدائع الصنائع، ط١، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٨٦، ج٧، ص ٣٠٩٥.
(٢٢) أحسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط١، بيروت مؤسسة المرتضى العلمية، ١٩٩٢، ج٨، ص ٢٦٣.

٢٤ د. صلاح الدني الناهي، الوجيز الوافي، دار المسيرة ، بيروت ، ٢٠١٢، ص ١٧٥.

المطلب الثاني - شروط خيار الشرط

يجب ان يكون العقد من العقود اللازمة القابلة للفسخ ، كالبيع والإجارة ولا يجوز في العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج ولا يجري هذا الخيار أيضاً في العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة. كما ان خيار الشرط كغيره من الخيارات لا بد له من الانتهاء، حيث يترتب على سقوط الخيار لزوم العقد في بعض الحالات وانقضاؤه في حالات أخرى،

وأسباب سقوطه هي:

- 1- إجازة العقد أو فسخه ممن له الخيار قولاً أو فعلاً.
- 2- مضي مدة الخيار، إذا مضت مدة الاختيار من غير اختيار أحد الامرين بطل خيار الشرط ولزم البيع، وها ما نصت عليه المادة (٢٣٧) من مرشد الحيران^{٢٤}.
- 3- موت من له الخيار عند من لا يقول بانتقال خيار الشرط في حالة موت من له الخيار وهم فقهاء الحنفية، لأن الغرض منه التأمل والتروي والمشاورة وقد بطل كل ذلك بوفاته فضلاً على انه ثبت للعائد بالنص الوارث ليس بعائد.
- 4- صيرورة المبيع بحال لا يملك من له الخيار فسخه لتلف أو نقصان يسير أو فاحش.
- 5- زيادة محل العقد في يد المشتري بعد قبضه زيادة متصلة سواء كانت متولدة من الأصل كالسمن أو غير متولدة كما في البناء^{٢٥}.

٢٥ نصت المادة ٣٣٧ من مرشد الحيران على انه (يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار بدون فسخ ولا إجازة للعقد من شرط له الخيار).

٢٦ د. أحمد فراج حسين، مصدر سابق، ص ٣١٠.

المبحث الثاني: اثار وتطبيقات على رد الثمن في بيع الشرط لتحقيق الخيار

المطلب الأول: أثر الشرط فيما بين المتعاقدين

تقدم أن البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية يعد بيعاً باتاً وأن انتقال الملكية وحده يكون موقوفاً على وفاء الأقساط كافة ، ولكن لا أثر للشرط على بقية الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ولا يترتب عليه تعطيلها ، فينبغي على البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري وفقاً لشروط التعاقد، كما أن عليه ضمان تعرض الغير للمشتري في حيازته للمبيع وضمان عيوبه الخفية . وبالمقابل يلتزم المشتري بسداد أقساط الثمن بالكيفية المتفق عليها وبتسليم المبيع وتحمل نفقات ومصاريف البيع ، فهذه الالتزامات يتعين تنفيذها كما لو كنا بصدد عقد بيع اعتيادي . إلا أن نقل الملكية ، وهو جوهر البيع ومقصوده ، يتراخى تنفيذه عن العقد وبالأحرى يعلق على شرط واقف هو وفاء الثمن كاملاً .

ويذهب رأي إلى أن تعليق حق الملكية على شرط واقف يجعل لهذا الحق مالكين، مالكاً تحت شرط واقف وهو من انتقلت اليه الملكية معلقة على هذا الشرط، ومالكاً تحت شرط فاسخ هو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف، ويكون المالك تحت شرط واقف ذا حق غير كامل الوجود، أما المالك تحت شرط فاسخ فحقه كامل الوجود^{٢٧}

وبما أن ملكية المبيع تبقى للبائع إلى حين سداد جميع الثمن ، فان تصرف المشتري بالمبيع يكون وارداً على شيء لا يملكه ، ويخضع بالتالي لأحكام التصرف بملك الغير^{٢٨}

وفي القانون العراقي يكون هذا التصرف تصرف فضولي ويخضع لأحكام المادة ١٣٥ فيكون موقوفاً على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإلا فيبطل ، ويجب ان يستعمل خيار الاجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد ، فإذا لم يصدر منه ما يدل على الرغبة في نقص العقد اعتبر نافذاً^{٢٩}

ويترتب كذلك على عدم اعتبار المشتري مالكاً أنه إذا قام برصد المنقول المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته لخدمة عقار مملوك له فإن ذلك لا يجعله عقاراً بالتخصيص ، فإذا أراد البائع التنفيذ بباقي الثمن فله أن يحجز على المبيع حجز منقول ولا يلزم باتخاذ إجراءات الحجز على العقار . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقار بالتخصيص في أرض المشتري ولا تدخل بالتالي في ضمان الرهن للدائن المرتهن ، لأن المدين الراهن الذي اشترى المنقول لما يصبح بعد مالكاً للمنقول الذي احتفظ البائع بملكيته حتى تمام الوفاء^{٣٠} . ومن حق

٢٧ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

٢٨ انظر : د. أحمد شرف الدين ، حكم بيع السيارات قبل سداد جميع أقساط الثمن في القانون الكويتي ، تعليق منشور بمجلة المحامي ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة الرابعة ، الاعداد ٨-١٠ ، ١٩٨٠ ، ص ٦٥ .

٢٩ المصدر نفسه ، ص ٦٥ .

٣٠ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٥ هامش (١) .

البائع طلب وضع الحجز على البيع ولو قد أصبح بيد الغير ، لأن احتفاظه بالملكية يمنع المشتري من التصرف فيه دون موافقة البائع^{٣١}.

ويثير الشرط ثلاث مسائل أساسية في العلاقة بين البائع والمشتري أولها تحديد من تقع عليه تبعة هلاك المبيع بسبب أجنبي ، والثانية امكانية خضوع المشتري لعقوبة جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف بالمبيع ، والثالثة : حول مصير شرط الاحتفاظ بالملكية.

ففي كل من القانونين الفرنسي والانكليزي ترتبط تبعة الهلاك بالملكية ، وفقاً لقاعدة ان الشيء يهلك على حساب مالكة^{٣٢}، فإذا هلك المبيع الذي احتفظ البائع بملكته في يد المشتري فإنه يهلك على حساب البائع وينبغي عليه رد ما تسلمه من أقساط الى المشتري فتبعة هلاك المبيع تقع على البائع قبل انتقال الملكية على الرغم من تسليمه الى المشتري ، وينقد جانباً من الفقه بحق الحكم المتقدم ولعل ما يخفف من وطأته أن بالامكان مخالفته ، لذا تتضمن عقود البيع بالتقسيط غالباً بنداً صريحاً يقرر تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من لحظة تسليمه اليه .

وكان موقف المشرع المصري والعراقي أكثر دقة ومنطقية في ربط تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية^{٣٣}. وبالتالي متى تم تسليم المبيع الذي احتفظ بملكته الى المشتري تحمل المشتري تبعة الهلاك من وقت التسليم ، والحكم المتقدم يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي والذي سار على هديه المشرع العراقي في التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في تحديد من يتحمل تبعة هلاك المال المملوك تحت يد غير مالكة^{٣٤}، فمن وضع يده على مال مملوك لغيره بإذن المالك وكان واضع اليد يرمي الى تملك المال فتكون يده يد ضمان ويتحمل بالتالي تبعة الهلاك ، ومثاله القابض للمبيع على سوم الشراء^{٣٥}، لذلك ومن باب أولى تكون يد المشتري على المبيع الذي احتفظ بملكته يد ضمان أيضاً لأنه يقصد من حيازته التملك وعلى ذلك يكون ضامناً هلاك الشيء وتلفه^{٣٦}.

وإذا كان المشتري يحوز مالاً مملوكاً للبائع طيلة فترة سداده للأقساط ، فهل يخضع لعقوبة خيانة الأمانة إذا تصرف بالمبيع الى الغير ؟

القاعدة العامة في معظم التشريعات في هذا الصدد انه بالرغم أن تصرف المشتري قد انصب على مال ما يزال مملوكاً للبائع ، إلا أن جريمة خيانة الأمانة لا تنهض لأنها تفترض أن يكون المجني

٣١ قرار محكمة تمييز العراق ، رقم ٣٨/حقوقية ثانية/١٩٦٩ في ٢٩/١٠/١٩٦٩ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، قرارات عام ١٩٦٩ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٢٤٨ .

٣٢ المادة ١١٣٨ مدني فرنسي / والمادة.

٣٣. محسن شفيق ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ١٧٠ .

٣٤. ليلي عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، تصدر عن الجامعة الاردنية ، المجلد ٢٣ ؛ العدد ١ ؛ ١٩٩٦ ، ص ١٤ .

٣٥ انظر م/٥٤٨ مدني عراقي .

٣٦. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

عليه قد سلم المال الى الجاني بعقد من عقود الأمانة التي يحددها المشرع حصراً والتي ليس من بينها البيع بالتقسيط^(٣٧)، ورغبة من البائعين بالتقسيط في توقيع الجزاء الجنائي على المشتري لجأوا الى ستر البيع بالتقسيط بصورة عقد ايجار عن طريق البيع الايجاري ، إلا أن القضاء والمشرع أحياناً سرعان ما أحبط هذه المحاولة ورد للعقد صفته الأصلية رافضاً توقيع عقوبة خيانة الأمانة^(٣٨).

لكن المشرع العراقي لم يشأ أن يقصر نطاق تحقق جريمة خيانة الأمانة على حالة تسليم الشيء الى الجاني بعقد من عقود الأمانة أو على سبيل الأمانة إنما وسع نطاق الجريمة لتشمل حالة ما إذا كان المال "قد عهد به الى الجاني بأي كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان"^(٣٩) ويستشف من العبارة الأخيرة أن المشرع لم يشترط لتحقيق الجريمة إلا أن يكون هناك تسليم رضائي سابق على ارتكابها وبالتالي انفرد المشرع العراقي عن غالبية التشريعات العقابية الاخرى^(٤٠). وقد أكد المشرع هذا النهج صراحة بصدد البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية فجاء في المادة ٤٥٥ عقوبات "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالاً منقولاً احتفظ البائع بملكيته الى ان يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرج من حوزته دون إذن سابق من البائع..."

بناء على ذلك ، فقد اعتبر المشرع العراقي تصرف المشتري بالمال المبيع بالتقسيط والذي احتفظ البائع بملكيته من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة حماية لحقوق البائعين^(٤١).

المطلب الثاني : تطبيقات على رد الثمن في بيع الشرط لتحقيق الخيار

ان التكييف القانوني أخذت به التقنيات محل المقارنة ، ففي انجلترا يعرف البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بالبيع المشروط لكن هذا البيع غير معلق على شرط كما قد توحى بذلك تسميته ، فتعريفه الوارد في المادة ١٨٩ من قانون انتمان المستهلك ، يظهر بجلاء أن الملكية تبقى للبائع حتى تحقق شرط معين هو عادة وفاء كامل الثمن ، فتنتقل الملكية الى المشتري عند تحقق الشرط^(٤٢).

٣٧/م/٣٤١ عقوبات مصري .

٣٨. عبد السلام ذهني ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٢٣٢ .

٣٩ انظر م/٤٥٣ عقوبات عراقي .

٤٠ صفاء مهدي الطويل ، جريمة خيانة الأمانة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٢ ص ١٣٧ .

٤١ د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

٤٢ د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٧٧

وتنص المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى أنه "إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع"^(٢٠).

كما أن المشرع العراقي أخذ بعبرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وقننها بالمادة ٥٣٤ / ف ١ التي تنص على "إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع".

ويرى الاستاذ السهوري أن البيع في هذه الحالة هو بيع معلق على شرط واقف هو وفاء المشتري بكامل الأقساط في مواعيدها المحددة ، وبضيف أن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري معلقة على شرط واقف ويستتقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ ، وكل من الشرط الواقف والفاسخ هنا حادث واحد هو وفاء المشتري بأقساط الثمن...^(٢١)

يتضح أن الرأي المتقدم يجعل البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بيعاً موصوفاً أي معلقاً على شرط ، لا بيعاً باتاً^(٢٢).

وبقدر تعلق الأمر بالقانون العراقي فقد مال الى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل الشرط التقييدي من الفقه الاسلامي والذي تجهله التشريعات الاخر ، وهذا الشرط يتناول أثر العقد وحكمه فيقيده بعد أن كان مطلقاً^(٢٣).

الخاتمة

اولاً: النتائج

نستنتج مما تقدم عدة امور اهمها:

1. العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه
2. يراد بالإيجاب والقبول الصيغة الصادرة من المتعاقدين والدالة على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، سواء كان ذلك بالقول، أو الكتابة المستبينة، أو الإشارة المفهمة، أو الفعل، كما في التعاطي، وهذه الصيغة هي التي تدل على التراضي من كلا الجانبين على إنشاء العقد وعند الحنفية الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدین، والقبول ما صدر عن العاقد الآخر دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول

-
- ٤٣د. اسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة ، ١٩٩٣ ص ٩٩
- ٤٤د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، حق الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ؛ ١٩٦٧ ، ص ١٧٣-١٧٤ .
- ٤٥د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع والايجار والمقاوله ، ط ٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٨٠.
- ٤٦ انظر المادة (١٣١) مدني عراقي .

3. خيار الشرط هو ان يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره ان يكون له الحق في فسخ العقد أو امضائه خلال المدة المحددة له
4. يجب ان يكون العقد من العقود الألزمية القابلة للفسخ ، كالبيع والإجارة ولا يجوز في العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج ولا يجري هذا الخيار أيضاً في العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة.
5. كما ان خيار الشرط كغيره من الخيارات لا بد له من الانتهاء، حيث يترتب على سقوط الخيار لزوم العقد في بعض الحالات وانقضاؤه في حالات أخرى.

ثانياً: التوصيات

- 1- وبما ان المشرع قد قبل نفاذ الشرط تجاه المتصرف اليه حسن النية، فلم يبق سوى اقرار نفاذه تجاه دائني تفليسة المشتري
- 2- ينبغي في نفس الوقت مراعاة مصلحة الاغيار وعدم اهدار حقوقهم عن طريق منع تحايل المشتري اضراً بهم ويتأتى ذلك عن طريق تقرير عدم نفاذه الشرط تجاه الغير الا إذا كان مدوناً في محرر بتاريخ ثبات سابق على حق الغير.

المصادر

اولاً: المصادر القانونية

1. أحمد شرف الدين ، حكم بيع السيارات قبل سداد جميع أقساط الثمن في القانون الكويتي ، تعليق منشور بمجلة المحامي ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة الرابعة ، الاعداد ٨-١٠ ، ١٩٨٠
- احمد نجيب الهلالي وحامد زكي ، العقود الكبيرة ، دار التعارف ، بيروت ، ٢٠٠٨،
2. اسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة ، ١٩٩٣
3. انظر : د. عبد المنعم البدر اوي ، دور الإرادة في تقييد حق الملكية ، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق في الجامعة الكويت ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٨٢ .
4. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع والايجار والمقاولة ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧
5. حسن السيد حامد خطاب ، بيع التقيسيط وتطبيقاته المعاصرة، دار المسيرة ، بيروت ، ٢٠١١
- د. عبد السلام ذهني ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧
- د. محسن شفيق ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ .
- رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، الجزء الاول، مطبعة الانشاء، دمشق، ١٩٩٣ .

6. سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري (العقود التجارية)، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، ٢٠٠١
7. صفاء مهدي الطويل، جريمة خيانة الأمانة في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٢
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت؛ ١٩٦٧
9. علي عوض حسن، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠
10. علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥،
11. ليلي عبد الله سعيد، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجامعة الاردنية، المجلد ٢٣؛ العدد ١؛ ١٩٩٦
12. محمد الماحي، اثار شرط الاحتفاظ بالملكية، دار ام القرى للنشر، القاهرة، ٢٠٠٧
13. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003
14. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، منشورات كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٥
15. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الفكر، القاهرة، ٢٠٠٩
16. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الالتزامات وقانون الأموال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢
17. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، الإسكندرية، ٢٠١٢
18. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤

ثانياً: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ٢- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩
- ٣- قانون العقوبات المصري طبقاً لحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003 م
- ٤- قانون التجارة الحالي ٣٠ لعام ١٩٨٤