



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا

البيع بشرط الخيار (دراسة مقارنة)

رسالة قدمها الطالب

علاء حاكم هاشم الموسوي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أستاذ القانون الخاص

الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي

٢٠١٧م

١٤٣٨هـ

قال تعالى :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة ، من الآية ٢٧٥

الاهداء

إلى مبير الظلمة ، وناشر العدل رُوحى لتراب مقدمه الفداء

إلى مَنْ لَبَّى نداء المرجعية الرشيدة

إلى مَنْ أَدَّى واجب الجهاد الكفائي

إلى مَنْ يذود عن المقدسات

إلى مَنْ سالت دماؤه الطاهرة في أرض المعركة

إلى كل الشهداء الذين جادوا بأنفسهم دفاعاً عن أرض الوطن

إلى كل أبناء الحشد الشعبي الذين يقاتلون من أجل أن نحيا

ويقارعون الظلم من أجل أن يسود العدل والأمن والحرية .

إلى والدي رحمة وغفراناً

إلى والدتي براءً وإحساناً

إلى إخواني إناثاً وذكرانا

إلى زوجتي وأولادي حبا وامتناناً

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وقدر

أتقدم بوافر الشكر وجزيل الاحسان لجميع أساتذتي ، وأخص بالذكر منهم الأستاذ الدكتور هادي حسين الكعبي ، الذي آزرني وقدم لي النصائح والارشادات التي أسهمت كثيرا في تقويم البحث والشكر موصول لجميع من ساعدني في توفير مصادر البحث ولاسيما موظفي مكتبة الروضة الحيدرية المطهرة ، وموظفي المكتبات الأخرى ومن شجّعني ووقف إلى جانبي من أهلي وأصدقائي متمنيا للجميع التوفيق والتقدم والازدهار خدمة للمسيرة العلمية .

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع	التبويب
١٠-٧	المقدمة	
٦٣-١١	ماهية البيع بشرط الخيار	الفصل الاول
٢٩-١٢	تعريف البيع بشرط الخيار	المبحث الاول
١٥-١٣	معنى البيع بشرط الخيار لغةً	المطلب الاول
٢٢-١٦	معنى البيع بشرط الخيار في الاصطلاح القانوني	المطلب الثاني
٢٩-٢٣	معنى البيع بشرط الخيار في إصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية	المطلب الثالث
٤٦-٣٠	مشروعية البيع بشرط الخيار والحكمة من تشريعه	المبحث الثاني
٣٦-٣١	مشروعية البيع بشرط الخيار في القانون الوضعي	المطلب الاول
٤٢-٣٧	مشروعية البيع بشرط الخيار في الفقه الاسلامي	المطلب الثاني
٤٦-٤٣	الحكمة من تشريعه	المطلب الثالث
٦٣-٤٧	تمييز البيع بشرط الخيار مما يشتبه به من أوضاع	المبحث الثالث
٥٣-٤٨	تمييزه من البيع بشرط التجربة	المطلب الاول
٥٨-٥٤	تمييزه من البيع بشرط العربون	المطلب الثاني
٦٣ - ٥٩	تمييزه من البيع بشرط المذاق	المطلب الثالث

١٢٥-٦٤	نطاق سريان البيع بشرط الخيار	الفصل الثاني
٨٦-٦٥	سريان شرط الخيار في عقود البيع	المبحث الاول
٧٢-٦٦	البيوع التي تقبل شرط الخيار بالاتفاق	المطلب الاول
٧٩-٧٣	البيوع المختلف في قبولها لشرط الخيار	المطلب الثاني
٨٦-٨٠	مدى دخول شرط الخيار في البيوع المختلطة او المركبة	المطلب الثالث
١٠٥-٨٧	نطاق سريان البيع بشرط الخيار من حيث المدة	المبحث الثاني
٩٤-٨٨	مدى لزوم اقتران شرط الخيار بمدة	المطلب الاول
٩٩-٩٥	تقييد مدة الشرط بوقت	المطلب الثاني
١٠٥-١٠٠	مدى تاثير تخلف المدة في البيع بشرط الخيار	المطلب الثالث
١٢٥-١٠٦	نطاق سريان البيع بشرط الخيار من حيث الاشخاص	المبحث الثالث
١١٢-١٠٧	اشتراط الخيار للمتعاقدین	المطلب الاول
١١٨-١١٣	اشتراط الخيار لأجنبي	المطلب الثاني
١٢٥-١١٩	انتقال الخيار الى الخلف العام	المطلب الثالث
١٧٩-١٢٦	احكام البيع بشرط الخيار	الفصل الثالث
١٤٤-١٢٧	اثر البيع بشرط الخيار في العوضين	المبحث الاول
١٣٤-١٢٨	ملكية العوضين خلال مدة الخيار	المطلب الاول
١٤٠-١٣٥	تلف العوضين اثناء مدة الخيار	المطلب الثاني

١٤٤-١٤١	نماء العوضين اثناء مدة الخيار	المطلب الثالث
١٦٠-١٤٥	اثر الاجازة والفسخ خلال مدة الخيار	المبحث الثاني
١٥٠-١٤٦	اثر الاجازة في البيع خلال مدة الخيار	المطلب الاول
١٥٤-١٥١	اثر الفسخ خلال مدة الخيار	المطلب الثاني
١٦٠-١٥٥	الاثـر الرجـعي للاجـازة والفسـخ	المطلب الثالث
١٧٩-١٦١	احكام خاصة في البيع بشرط الخيار	المبحث الثالث
١٦٨-١٦٢	احكام بيع الخيار (بيع الوفاء) بوصفه بيعاً صحيحاً	المطلب الاول
١٧٤-١٦٩	احكام بيع الخيار (بيع الوفاء) بوصفه بيعاً باطلاً	المطلب الثاني
١٧٩-١٧٥	احكام بيع الخيار (بيع الوفاء) بوصفه بيعاً سورياً	المطلب الثالث
١٨٧-١٨٠	الخاتمة (الإستنتاجات والتوصيات)	
٢٠٨-١٨٨	المصادر والمراجع	

المقدمة

{ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ } صلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين .

أما بعد : فإن عقد البيع يستمد نشوءه من توافر أركانه : التراضي ، والمحل ، والسبب ، والشكلية التي تتطلبها بعض البيوع ، فإذا تخلف أحد هذه الأركان كان البيع باطلاً ، وتأسيساً على هذا تم تقسيم العقود بحسب الصحة والبطالان على عقود صحيحة وعقود باطلة ، وهذا البطلان إما أن يكون نسبياً أو مطلقاً على حدّ اعتماد فقهاء القانون . غير أن الفقه الإسلامي كان أكثر تدرجاً من الفقه الغربي في تقسيم العقود إذ حصرها بالقسمة العقلية الثنائية بالتردد بين الإثبات والنفي إلى عقود صحيحة أو باطلة . ومن ثم قسم العقود الصحيحة على عقود نافذة أو موقوفة . وأخيراً قسم العقود النافذة على لازمة أو غير لازمة .

ويعد عقد البيع من العقود اللازمة نتيجة لطبيعته الخاصة ، حيث أن لكل معاملة طبعاً خاصاً في نظر العقلاء . ففي عقد البيع نجد أن غرض كل من المتعاقدين هو التصرف فيما انتقل إليه تصرفاً مأموناً من نقض صاحبه له ، حيث أن كلاً من البائع والمشتري إنما قصدا من وراء إبرام عقد البيع قضاء حاجة لهما ، فالمشتري يحتاج إلى المبيع لضرورة كأن تكون داراً ليسكنها فتحصل له الطمأنينة من أزمة السكن بحيث لا يكون للبائع سلطة الرد ، والبائع يحتاج إلى الثمن لضرورة ما . فهذه الحوائج لا تقضى إلا أن يكون كل منهما مالكاً لما قبضه على وجه تنقطع به سلطة الآخر .

فالأصل في عقد البيع اللزوم إلا أنه يخرج عن أصل اللزوم عند ثبوت الخيار فينقلب العقد من بيع لازم إلى بيع غير لازم يجوز فيه للعاقّد صاحب الخيار بأن يرجع عن العقد بإرادته المنفردة أو أن يمضيه خلال مدة معينة .

وقد قسم الفقهاء المسلمون هذه الخيارات على ما كان ثابتاً بأصل الشرع كخيار المجلس او ما يثبت بجعل المتعاقدين او احدهما ، نحو خيار الشرط الذي هو موضوع بحثنا . ولأهمية هذا الخيار تكفلت الشريعة الاسلامية وفقهها بتنظيم أحكامه تنظيماً دقيقاً وقد تأثرت به بعض التقنيات العربية والغربية التي اقتبست العديد من أحكامه ونهلت من ينابيعه المتنوعة .

وقد نظم المشرع العراقي احكام هذا الخيار في المواد من (٥٠٩-٥١٣) من القانون المدني رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ المعدل ، ووردت أحكامه في بعض التشريعات العربية كالقانون المدني الاردني ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي واليميني والسوداني ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي والتونسي والموريتاني . زيادة على أخذ بعض التقنيات الغربية بصورة من صور هذا البيع وهو بيع الوفاء كالقانون المدني الفرنسي .

أهمية موضوع البحث

إنَّ البحث في موضوع البيع بشرط الخيار بالغ الأهمية ويمكن تلخيص ذلك بالنقاط الآتية:

١- إن استعمال هذا الخيار يعطي صاحب الخيار الفرصة الكافية في التفكير والتروي للاختيار ، وبحسب هذا سُمِّيَ هذا الخيار بخيار التروي . وهو يعطى الفرصة الكافية للمتعاقدین في الرجوع الى أهل الخبرة واستشارتهم في أمور العقد وهذا يسهم الى حد كبير في القضاء على حالة الغبن في البيوع .

٢- تبرز أهمية شرط الخيار في رفع الغبن في ظل القوانين التي تعدّ الغبن وحده غير مؤثر على نفاذ العقد إلا إذا صاحبه تغرير على نحو ما هو إتجاه المشرع العراقي ، فهو لم يأخذ بخيار الغبن كما انتهجه في تأثره بالفقه الاسلامي ، ولم يتبع القوانين التي عدّت الغبن وحده يعيب الرضا كالقانون المدني المصري .

٣- لعل أهمية ذلك البيع تردّ الى ما ينصبّ على أحد أفراده من الفائدة الا وهو بيع الخيار الذي ذُكر من منفعه ، صدّ الناس عن أكل الربا .

٤- يُعدّ طريقاً من طرق التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائنه ، فيتملك الدائن خلال الفترة المتفق عليها ، ثم يعود الملك الى صاحبه بعد أن يسدد المدين دينه والمصاريف الاخرى .

مشكلة البحث

لما كان الاصل في عقد البيع للزوم فإنه لا يجوز الخروج عن هذا الاصل إلا بدليل وإلا لأدى ذلك إلى عدم استقرار المعاملات ، فكيف استدل فقهاء القانون والشرعية الاسلامية على مشروعيته . وأنه ينبغي التعرف على ماهية شرط الخيار لكي يتحدد أثره في عقد البيع فهل هو شرط تعليق أو شرط تقييد ؟ ثم ان اقتترانه بعقد البيع هل جاء مطلقاً أو أن هنالك بيعاً لا يدخلها الخيار ؟ وهل من الضروري أن يضبط بمدة مقيدة بوقت أو أنه يجوز أن يكون مطلقاً من دون مدة ؟ وما أثر تخلف المدة في عقد البيع والشرط ؟ وكيف يشترط هذا الخيار لأجنبي ؟ وهل يختلف إشتراط الخيار لأجنبي عن إشتراط الاستيمار ؟ ومدى جواز إنتقال الخيار الى الخلف العام سواء أكانوا ورثة العاقدين أم الاجنبي . وهل تنتقل ملكية المبيع والتمن خلال مدة الخيار ؟ ، ومن يتحمل تبعه الهلاك ؟ ولمن يكون النماء خلالها ؟ وإذا كان الخيار لأكثر من طرف واختار بعضهم الإجازة وآخرون الفسخ فلن تكون كفة الترجيح ؟ وهل أن بيع الوفاء يمثل صورة من صور البيع بشرط الخيار أو أن له احكاماً مختلفة ؟ كل هذه التساؤلات دعتنا الى الخوض في غمار هذا البحث والوقوف على اجوبتها على وفق خطة علمية والإتيان بما يشري المكتبات العلمية بالمعلومات النافعة لطلبة العلم .

منهجية البحث

لكون موضوع البحث يتضمن استعراض جزئيات خيار الشرط في القانون المدني والفقه الاسلامي فهو يتطلب الممازجة بين المنهج المقارن فضلا على المنهج الوصفي التحليلي ؛ لوجود إختلاف في تكييف هذا البيع على وفق نظر فقهاء القانون المدني وفقهاء المذاهب الاسلامية بحسب ما سنراه في أغلب مطالب البحث ولا سيما في مدة خيار الشرط وكذلك في من يثبت له الخيار ومدى اقتصره على المتعاقدين فقط أو انه يتعداه للأجنبي . فضلاً على الأقوال في إنتقال ملكية العوضين وتبعة هلاكهما ونمائهما مما يدفعنا الى المقارنة بين تلك الآراء وما أخذت به القوانين المدنية .

وموضوع البحث فيه آراء مختلفة لكبار الفقهاء يتطلب دراستها وتحليلها بتمعن وإعمال فكر وفهمها بصورة دقيقة بالقراءة والتفكير العلميين المنهجيين للوصول الى أقرب الآراء الى الواقع بتحليل الأدلة التي تقود اليها ودراستها .

يتضح مما تقدم أن منهجية البحث ستكون مركبة من المنهجين المقارن والوصفي التحليلي ألذي من المؤمل أن يجعل من البحث متسماً بالعمق والأصالة ويدفعنا للإتيان بشيء جديد يغني الفكر القانوني المعاصر .