مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: احكام التراخي في الخيار (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)
اسم الكاتب: أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري، اسيل هادي جاسم الشيباني
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/6358
تاريخ الاسترداد: 2026/11/03 10:03 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14- Issue 1- March 2024 المجلد ١٤- العدد ١ – اذار ٢٠٢٤

Rulings of laxity in the option (A comparative study of Islamic jurisprudence)

[1] Prof. Dr. Haider Huseen Kadeim Al-shmarry [2] Aseel Hadi Jassim Al-Shaibani Jafaar
[1]University of Karbala / College of Law
1: Email: heyder.hosin@uokerbala.edu.iq
2: Email: radalbass@gmail.com

DOI 10.37651/aujlps.2024.146224.1170
Submitted: 24/1/2024
Accepted: 10/2/2024
Published: 15/03/2024
Keywords:
Inaction
Protection
time to think and think
impact .

Abstract:

God Almighty has blessed His servants with a law whose primary purpose is based on bringing interests to them and perfecting them, and warding off and minimizing evils, leading to an integrated system of life. Therefore, no one is left with a need that he does not fulfill in what is best for him and for the good of society. Therefore, financial transactions in Islam are legislated to achieve those interests without injustice or transgression. Or unfairness, and certainly for all causes of harm, conflict, and dispute. Therefore, the legislation of contracts for these financial transactions was to provide an ideal model for organizing people's lives and facilitating them according to a legitimate approach in which interests are achieved and harms and hardships are averted. Any action or dealing that does not achieve this is considered waste, corruption, and a restriction of rights. Here, laxity emerged as a measure in facilitating contracts for the contractor and giving him a period of deliberation and thought so that his haste does not lead to him being subjected to fraud and deception. And then he incurs huge losses with undesirable consequences. Therefore, laxity was one of the means developed to protect the satisfaction of the contractor who was exposed to him as a result of injustice and unfairness, and to achieve a contractual balance between the contracting parties, and this is by protecting performance according to the will of the contractor. Then the balance is based on the qualitative performance of the contractor However, we find that it was not stipulated by the Iraqi legislator because he was satisfied with the rule that the contract is the law of the contracting parties, unlike the French and Yemeni legislators.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

احكام التراخي في الخيار (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

[١] أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري[٢] اسيل هادي جاسم الشيباني
[١] جامعة كربلاء /كلية القانون

الملخص:

لقد انعم الله سبحانه وتعالى على عباده بشريعة مقصدها الأساسي تقوم على جلب المصالح لهم وتكميلها، ودرء المفاسد وتقليلها وصولا الى نظام متكامل للحياة بالتالي لم يترك للمرء حاجة الا قضاها بما يصلحه ويصلح المجتمع، لذلك شرعت المعاملات المالية في الإسلام لتحقيق تلك المصالح دون ظلم او تعد او اجحاف ، وقطعا لكل أسباب الضرر والنزاع والخصام لذلك كان تشريع العقود الخاصة بهذه المعاملات المالية لتقديم نموذج امثل في تنظيم حياة الناس والتيسير عليهم وفق منهج شرعي تتحقق معه المصالح وتدرا به المفاسد والمشاق فان أي تصرف او تعامل لا يحقق ذلك يعتبر اهدار وافساد وتضييق للحقوق ومن هنا برز التراخي كإجراء في تيسير العقود على المتعاقد ومنحه مهلة من التروي والتفكير لكي لا يؤدي تسرعه الى وقوعه تحت طائلة الغش والخداع ؛ ومن ثم تكبده خسائر جسيمة لا يحمد عقباه لذلك كان التراخي وسيلة من الوسائل التي وضعت لحماية رضا المتعاقد الذي يتعرض له نتيجة الحيف والجور، وتحقيق توازن عقدي بين المتعاقدين وهذا يكون عن طريق حماية الأداء وفق إرادة المتعاقد ؛ من ثم يقوم توازن على الأداء الكيفي للمتعاقد ، الا اننا نجد بالرغم من ذلك عدم النص عليه من قبل المشرع العراقي لكونه مكتفي بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين بعكس المشرع الفرنسي واليمني .

الكلمات المفتاحية:

التراخي ، الحماية ، مهلة التروي والتفكير ، الأثر.

المقدمة

أولا -التعريف بالموضوع

ان معرفة اثار التراخي تتضمن اهم المسائل القانونية في دراسة احكام التراخي من حيث ان معرفة هذه الاحكام تعطي لنا نظرة ثاقبة، على حقوق المتعاقد وضمان حمايته وفقا لقواعد العقد، وطبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فان لإرادة

اطراف العقد دور مهم وبارز في ابرام العقد، مما يعني وجود إرادة تميل لأحداث اثار القانونية ، ويجب ان تكون هذه الإرادة مرتبطة بإرادة أخرى متطابقة معها ومتفقة على احداث ذات الأثر، لكي ينشى العقد ويحقق الغرض المتوقع منه، ففكرة اثر العقد ، ليست هي بقاعدة عامة أو مبدا من مبادى القانون ولا ثابتا من ثوابت الصياغة التشريعية ، بل هي توجهات عمل المشرع على تنظيمها وحسم المراكز القانونية وكذلك حسم التزلزل الذي يعتري مسيرتها أو ترددها بين اثرين أو اكثر، بل نعتقد انها تمثل احدى الاليات والتي يعمل المشرع بموجبها من خلال تغليب اعتبارات النفاذ على عدمه تقديرا منه لضرورة حماية المصلحة محل التصرف والتي تمثل النسخ الداخلي يتحرك بموجبها إرادة المشرع عند تنظيمه للمراكز القانونية ، وهذا يعني ان العقد ليس له أي تأثير مالم تمليه إرادة الإطراق المتعاقدة ، لان الارادة تهيمن على العقد ، من لحظة ابرامه حتى انهائه ، بحيث يكون للأطراف الحرية الكاملة في تحديد نوع ومدى الالتزامات من خلال وسائل تحديد مضمون العقد وكيفية اختيار البنود والشروط ، وهذه الحرية لا يحدها الا النظام العام والآداب وما يضعه المشرع من قواعد تحد من حرية المتعاقدين وهذا يفسر الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والنص على التراخي باعتبار حق للمتعاقد في التروي والتفكير في العقد قبل الارتباط النهائي للعقد ، فمنح المتعاقد حق التروي والتفكير قبل الارتباط بالعقد هو احد الحقوق الخاصة بالمتعاقد؛ ومن ثم يولد جملة من الاثار على المتعاقدين والتي سوف نبينها فيما بعد .

ثانيا- أهمية الدراسة

تأتي أهمية اختيار هذا الموضوع وذلك بسبب ازدياد المعاملات المالية اليومية ، وكون ان المتعاقد قد يقدم على التعاقد من دون ان يأخذ مهلة من التروي والتفكير في التعاقد قبل اصدار قراره النهائي فلجوء المتعاقد الى التراخي يكون سبب في حمايته من الوقوع في الغش والخداع وهذا يساعد على استقرار المعاملات المالية وضمان حفظ حقوق المتعاقدين، وكذلك ادراك المتعاقد للأليات المتعلقة

لحمايته حتى يتمكن من التعاقد وهو على بينة من امره، وهذا يكون في ظل الاقبال المتزايد للسلع والخدمات والرغبة الجامحة في اقتناءها مهما كانت الظروف دون ان يتأكد من ملائمتها لأغراضه من التعاقد، فضلا عن سلامة الرضا عند تكوين العقد وحق المتعاقد التي تتعلق بضمان العيوب الخفية ، ومطابقتها للمواصفات وممارسة حق التروي والتفكير.

ثالثا-أسباب اختيار موضوع الدراسة

ان أسباب اختيار موضوع الدراسة يعود ال سببين وهما السبب الموضوعي والذاتي ويعود السبب الذاتي الى ان

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

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

رابعا-إشكالية الدراسة

ان موضوع التراخي يثير عدة مشاكل قانونية بصورة عامة ، ويعود السبب في ذلك الى جهل المتعاقد بأحكام هذا النوع من الحقوق، فعدم النص عليه من قبل المشرع العراقي بصورة صريحة وواضحة يعتبر قصور تشريعي وجب معالجته ،

وذلك من حيث ان المشرع العراقي مازال مكتفي بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ؛ ومن ثم عدم التوسع في هذه القاعدة فالإشكالية التي تثار في هذا الصدد هو عدم النص على حق التراخي في متن القانون المدني العراقي ومن ثم عدم معرفة احكامه هذا الحق قد يؤدي في بعض الأحيان الى ضياع الحقوق وعن هذه الإشكالية تثور عدة أسئلة يطرحها الباحث وهي الى أي مدى بامكان القواعد العامة في القانون ان تحقق حماية فعالة للمتعاقد ؟ وما هو دور النصوص الخاصة والتي تتعلق بمنح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير هل تكون كافية لحمايته وتحقق له التوازن العقدي؟

خامسا ـ منهجية الدراسة ونطاقها

سنعتمد في دراستنا لموضوع هذه على المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل نصوص القانون ذات الصلة بالموضوع ، بالإضافة الى ذلك سوف نعتمد أسلوب البحث العلمي المقارن وذلك من خلال مقارنة موقف القانون العراقي بالفقه الإسلامي على مذاهبه الخمسة (الفقه الامامي-والفقه الحنفي -والفقه الشافعي-والفقه الحنبلي -والفقه المالكي) كذلك المقارنة مع كل من القانون العراقي والمصري وأيضا القانون اليمني والقانون الفرنسي .

سادسا ـ هيكلية البحث

لتوضيح ذلك سوف نقوم بتقسيم بحثنا احكام التراخي في الخيار الى مبحثين نتناول في المبحث الأول اثار التراخي وبدوره سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين تبين في المطلب الأول الأثر المنشأ للتراخي ، اما المطلب الثاني فسوف نبين ألاثر الكاشف للتراخي ، اما المبحث الثاني فسوف نبين حالات سقوط التراخي في الخيار وبدوره سوف نقسمه على مطلبين نتناول في المطلب الأول سقوط التراخي يصفة اصلية ، وفي المطلب الثاني سقوطه بصفة تبعية وقبل ذلك سوف يكون تمهيد للتعريف بالموضوع.

تمهيد

المبحث الأول : اثار التراخي

المطلب الأول : الأثر المنشأ للتراخي

المطلب الثاني : الأثر الكاشف للتراخي

المبحث الثاني : حالات سقوط التراخي

المطلب الأول : سقوط التراخي بصفة اصلية

المطلب الثاني : سقوط التراخي بصفة تبعية

تمهيد

يكاد يتفق الفقه على ان العقد متى تمت مرحلة اعداده واستوفى شرائط صحته واركانه ، قام العقد صحيحا وبدا في انتاج اثاره ، وتترتب المسؤولية بين اطرافه كل في حدود التزاماته وفي اطار واجباته تجاه الاخريين ، حيث لا نجد ان هناك واقعة أو تصرف يخلو من ان يكون للتراخي أو التروي دور فيه ، فالوقائع قد تحدث اثارها دون ان يتدخل الانسان فيها، كالظواهر الطبيعية وما تحدثه من اثار تجعل المدين غير قادر على الوفاء بالتزامه، كالإعصار والزلزال وقد تصدر الوقائع عن الانسان دون ان يكون له دخل في حدوثها، كالموت أو الميلاد أو القرابة والتي ينجم عنها اثار كالإرث ونحوه ، والالتزامات جميعها وان اختلفت مصادرها يستغرق اداؤها واتمامها جزءا كبيرا من الوقت أي أن هناك مهلة من التروي والتفكير منها في اشكالها المتعددة ، أي ان هناك فترة من التروي غير يسيرة تصاحب العقد منذ نشأته و ميلاد فكرته في مجلس العقد حتى يتم التوافق الصحيح بين الإرادتين بالإيجاب والقبول ، وهذه المهلة توثر في لزوم العقد ، وفي انتاج العقد لأثاره خاصة ان كان العقد مرتبط بأحد الخيارات التي توثر فيه ومدى انتاجه لأثاره وهو مرتبط بها ، وهذا يكون وفقا لقبول العقد لنوع الخيار وكما نعلم بان اغلب هذه الخيارات تستغرق مددا تحدد وفقا لطبيعة العقد ومحله واثره على العقد ، فالعقد كامل ومكتمل لشروطه ألا ان اثاره تتأخر لتراخي احكامه وهذه تكون في الظروف

الاعتياديـة ، لكـن هنـاك حـالات قـد تطـرا علـى احـد الخيـارات وهـو فـي فتـرة التـروي ؛ ومن ثم تؤدي إلى سقوط التراخي وهذا السقوط قد يكون بصفة اصلية أو تبعية

وعليـه سـوف نقسـم بحثنـا هـذا علـى مبحثـين نتنـاول فـي المبحـث الأول اثـار التراخـي ، وفي الثاني سنبين حالات سقوط التراخي وكالتالي :

I. المبحث الأول

اثار التراخي

كمـا نعلـم جميعـا ، ان العقـد هـو وليـد التقـاء ارادتـان متجهتـان لأحـداث اثـار قانونيـة الزاميـة ، وهـذه الاثـار محـدودة مبـدئيا بـين طرفـي العقـد ؛ ومـن ثـم يمتـد تـأثر العقد الـى كـلا الطـرفين ، ولكـل طـرف ملتـزم بـه ، وهـذا يفسـر بـان صـلاحية العقـد نسـبية ، وهـذه هـي القاعـدة العامـة ، لكـن قـد تنشـا اسـتثناءات علـى هـذه القاعـدة تتنـاول الغيـر فـي العقـد كالفضـولي او الـوكلاء ، وهنـا العقـد لا يأخـذ مفعولـه فـي شـخص الممثـل ، بـل فـي شخصـية الموكـل ، ويصـبح هـذا الأخيـر دائنـا او مـديونا، دون الوكيـل او الفضـولي ، وعليـه فـان مصـطلح الطـرف المتعاقـد وجـب التوسـع فـي معنـاه عنـد البحـث عـن اثـار العقـد ، وعنـد بحثنـا اثـار التراخـي وجـدنا ان العقـد يتـأثر بـه ويـؤثر عليـه ، وهـذا مـا يهمنـا، لان الحيـوي هـو ابـراز اثـر التراخـي فـي العقـد ودوره فـي سـير حركـة العقـد بعـد تعرضـه لهـا فـي مرحلـة التنفيـذ كمـا فـي عقـد البيـع ، حيـث يظهـر التراخـي فيـه كسـبب مـن أسـباب كسـب الالتـزام ، وجـزء منـه ، كمـا انـه يـؤثر فـي كـم الأداء وحجمـه ، فالعقـد يكـون كامـل ومكتمـل لشـروطه لكـن حكمـه يتراخـى فـي بعـض الأحيـان ، فقـد يولـد أثـر منشـأ للتراخـي ، وقـد يولـد التراخـي اثـر كاشـف ، وعليـه سـوف نقسـم هـذا المبحـث علـى مطلبـين نتنـاول فـي المطلـب الأول، الأثـر المنشـأ للتراخـي، امـا الثـاني نتنـاول الأثـر الكاشف للتراخي وكالاتي:

I.أ. المطلب الأول

الأثر المنشأ للتراخي

من المعروف ان الحكم المنشأ هو الذي يؤدي الى خلق وانشاء وضع قانوني جديد ، لم يكن موجود من قبل ، كالحكم الصادر بفسخ العقد ، أي ان العقد موجود وقائم ، لكن حكمه او اثره لا يترتب في الحال، ويعود ذلك ان العقد قد يكون مشروطا في بعض الحالات ؛ ومن ثم يؤدي الى تراخي اتصال سبب العقد بحكمه، والذي قد يتم الا اذا تحقق الشرط او تخلف ؛ ومن ثم يؤثر التراخي في هذه المرحلة ، لكونه مرحلة غير مستقرة تشوب العقد لسبب ما، حيث جاء في احكام المعاملات الشرعية "ان العقود ترتب اثارا شرعية عند ابرامها لكن الشارع قد اخرها في حالة الاشتراط والتعليق واقامة المعلق سببه بتعليقه "[١] ، فالعقد سببه في الحال ، لكن قد يتراخى اثاره بسبب الاشتراط ، وذلك بسبب موانع شرعية حولت دون تحقق هذا اللزوم لحكمة أرادها الشارع وراعى فيها مصالح العباد والذين قد تقل خبرتهم او يدفعهم تسرعهم الى ابرام التعاقد ، ولرغبة الشارع في استقرار التعاقد وصحته وجدت الموانع المؤقتة والتي تحول دون الاتصال العلة بالحكم[٢]، ان الأثر المنشأ نجده يتربع بالدرجة الأولى في البيوع التي تكون معلقة على شرط ، كما في خيار الشرط وخيار التجربة ، والتي يحرص الفقهاء على ضبط الزمن فيها لكن هذا لا يمنع ان يكون للأثر المنشأ دور في الخيارات الشرعية والتي يسميها الفقهاء ب (خيارات النقيصة) [٣] ، حيث اعطى الشارع للمتعاقدين مع توفر الأسباب ودون شرط من المتعاقدين كخيار العيب ، فبالرغم من كون هذه الخيارات على التراخي ، لان الزمن في هذه الخيارات طبيعي ومفترض كونه الفاصل بين إتمام التعاقد واكتشاف العيب او النقص في العيب ، وهذا امر غير محدد ضبطا ولا يمكن ضبطه ، لان اطاره

(١) ينظر: علي الخفيف، *احكام المعاملات الشرعية*، (القاهرة: دار الفكر العربي ، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨)، ص٢٢٣.

(٢) ينظر، كمال الدين محمد بن الهمام الحنفي ، *شرح فتح القدير* ،ج٥، (بيروت: دار الكتب العلمية ، بلا سنة نشر)، ص١١٠.

(٣) ينظر: عبد الستار أبو غدة ، *الخيار واثره في العقود* ، ط ٢، (الكويت: مطبعة مقهوي، ١٩٨٥)،ص٥٩.

محدد من حيث طبيعة السبب في تواجد هذا الخيار كما في خيار الرؤية فانه من رأى المبيع ولم يفسخ سقط الخيار ولزم المبيع[١] .

اما في التشريعات المقارنة ، نجد ان التراخي يرتب اثرا منشأ في التراخي وهي حالة (مدة الإضافة للعقد)، فالأثر الذي تتركه مدة الإضافة على العقد هو عدم ترتب العقد اثره في الحال بل حين حلول الموعد المتفق عليه، فقد يرغب المتعاقدان في تراخي اتصال العقد بحكمه، كما في ابرام عقد لكن يضيف ايجابه الى المستقبل، فالعقد يقوم بمجرد صدور صيغته ، لكن اثره لا يترتب ولا ينفذ الا بحلول ذلك الموعد، فالعقد المضاف اليه هو عقد قائم ومكتمل لكن حكمه متراخي، أي علة الحكم لم تكن ، وذلك لتراخي الاتصال بصيغة العقد ، فعند اكتمال وصف العلة اسما ومعنى واثرا يتحقق اثر منشى للعقد ، وهو الأثر المقصود، كأنما عقدا منجزا في الحال، فالإضافة انتقصت الوصف من العلة تحققه ، ولذا فان العقد وان وجد في حالة الإضافة منذ صيغته وقيام السبب ؛ ومن ثم ان العلة المتوسطة بين السبب والحكم ، فان وجوده اثناء الإضافة غير مكتمل[٢]، وذلك لان الكثير من العقود لا تأتي ثمارها المرجوة الا بعد مهلة زمنية ، قد تطول هذه المهمة او تقصر لكي يتصل الحكم بالسبب ، كما في الوصية والتي لا يبدء اثرها الا بعد وفاة الموصي[٣] ، أي لا تأتي بالمنافع المقصودة عند التعاقد مباشرة ، بل تحصل شيئا فشيئا أي تحتاج للتمهيد والتروي في الامر ، وقد يكون المتعاقد بحاجة الى التجربة لتأكد من منفعته ليثبت

(١) بالرغم ان هناك جانب من الفقهاء ذهبوا الى ان الحق في الرؤية مطلق وغير مقيد بالوقت وحق الفسخ ينتهي بالرضا اما صراحة او دلالة او بمانع يمنع من الرد، للمزيد ينظر، ابو الحسن عبد الله بن ابي القاسم بن المفتاح، *شرح الازهار* ،ج٣، ط١، (بيروت: دار احياء التراث العربي مكتبة اليمن صنعاء، ١٤٣٩هـ-٢٠١٨م)، ص١٠٢.

(٢) ينظر: د- عبد الودود يحيى ، *دروس في نظرية الالتزام (احكام الالتزام)*، (دار النهضة العربية: ١٩٨٠)، ص١٧٦.

(٣) ينظر: استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، *المختصر في احكام الوصايا والمواريث (في التشريع العراقي والفقه الإسلامي)*،ط٢، (كربلاء: دار الوارث للطباعة، ٢٠١٩)، ص٢٧، و ينظر ايضا: د-مصطفى إبراهيم الزلمي، *احكام الميراث والوصية وحق الانتقال (في الفقه الإسلامي المقارن والقانون)*، (بيروت: دار السنهوري ، ٢٠١٥)، ص١٣٠.

المحل غير القائم عند التعاقد ، وذلك لان معظم العقود قد اجيزت استحسانا لافتراض تواجد المنفعة فقد أقيم المحل مقام المنفعة في أضافة الحق للعقد(١)

فالبيع بشرط التجربة كما معروف هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بتجربة المبيع وللبائع ان يمكنه من ذلك خلال مدة متفق عليها بينهما، بالرغم من ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينظموا هذا الخيار، فقد نظمه القانون وأعطى للمشتري الحق في تجربة المبيع، وذلك لتأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه، وقد يكون للاستيشاق بكون المبيع يلائم الحاجة الشخصية للمشتري، فهناك اتفاق بين المتعاقدين على شرط تجربة المبيع خلال مهلة معينة يتفق عليها المتعاقدين، وفي حالة عدم تحديد مهلة التجربة في العقد يجوز للبائع ان يحدد مهلة معقولة ليتسنى للمشتري من خلالها تجربة المبيع وإعلام البائع بإرادته اما قبول المبيع او رفضه، اما في حالة سكوت المشتري ولم يفصح عن ارادته مع تجربته للمبيع فاعتبر سكوته قبولا، لان سكوته في هذه الحالة جاء مسببا(٢)، حيث ان سكوت المشتري وتراخيه عن الرد بمثابة قبول ، ومن ثم يولد القبول نشوء للعقد ، فقبول المشتري بعد تراخيه هنا يولد اثرا منشى للعقد، فبالإمكان القول ان مدة الإضافة هي مرحلة زمنية ، وهذه المرحلة تؤثر على العقد في مرحلة تكوينه وبنائه وهذا ما اوضحته المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي على انه " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع

(١) ينظر: د- سليمان مرقس، *العقود المسماة(عقد البيع)*، ط٤، (القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨٠)،ص٦٣، وينظر أيضا: د-طارق كاظم عجيل ،*الوسيط في عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي)*،ج١، *انعقاد البيع*،ط١،عمان : دار الحامد للنشر والتوزيع ، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م)، ص١٧٦.
(٢) ينظر: د-غني حسون طه ، *عقد البيع*، (بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٧٠)، ص١٤١.

اعتبر سكوته قبولا للبيع "[١] ، وفي نفس المعنى ذهب المشرع المصري[٢] ، وكذلك المشرع اليمني[٣] ، اما المشرع الفرنسي فقد افترض بان البيع التجريبي هو بيع معلق[٤]، وبما ان للمشتري حرية في قبول البيع او رفضه ، لأنه من المفترض ان يكون الشي المبيع يتناسب مع المشتري لذلك له الحق في تقرير القبول او الرفض ، فلا يحق للبائع اجبار المشتري على تعيين خبير، وذلك لأثبات ملائمة الشي المبيع طبقا للغرض الذي أراده المشتري مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني على ذلك ، والى ان يقوم المشتري بتجربة المبيع، فان البائع يظل مالكا للشي المبيع ويتحمل تبعة هلاكه على الرغم من تسليمه المبيع الى المشتري، مالم تكن مدة التجربة قد انقضت[٥]، باعتبار ان البيع بشرط التجربة بيع معلق على شرط واقف الا وهو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، اما اذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ فان مقتضى نفاذ مهلة التجربة يكون خلالها المشتري هو المالك للمبيع لكن ملكيته مهددة بالزوال اذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، لذلك اذا هلك الشي المبيع لسبب اجنبي خلال مدة التجربة فان هلاكه على المشتري، وهذا سر خلاف القانون العراقي والمصري واليمني مع

(١) اما في الفقرة الثانية من المادة (٥٢٤)، من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه "٢-ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلق على شرط واقف ".

(٢) نصت المادة (٤٢١)، من القانون المدني المصري النافذ على انه "١- في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا، ٢-ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق او الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ"

(٣) نصت المادة (٤٨٢)، من القانون المدني اليمني النافذ على انه "اذا كان البيع بشرط التجربة كان المشتري بالخيار بين قبول المبيع او رده بعد ان يمكنه البائع من تجربته في مدة معقولة تعين في العقد او بحسب العرف فاذا انقضت المدة مع التمكن من التجربة سقط خيار المشتري.

(٤) نص المادة (١٥٨٨)، من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :

Art(1588) " La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une conditionsus" بنفس المعنى جاءت به المادة (٣٩١)، من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه "البيع بشرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقدا على شرط التعليق ".

(٥) ينظر: د-نبيل إبراهيم سعد ، *العقود المسماه* ،ج١(البيع)، ط١، (بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٩٧)، ص٨٦-٨٧-٨٨، وينظر ايضا : د-ثروت عبد الحميد، *العقود المدنية (عقد البيع)*، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص٥٢.

القانون الفرنسي من حيث انه جعل البيع ليس معلق على مشيئة المشتري وانما البائع للغرض الذي يستهدفه البائع[١].

والباحث بدوره يرجح ان التراخي يولد اثر منشأ في الخيارات الارادية (الاتفاقية)، كون ان هذه الخيارات تكون معلقة على مشيئة المتعاقد ولذلك قيل بان خيار الشرط لا يؤرث ولا ينتقل لأنه محض مشيئة شخصية ؛ ومن ثم لا يستطيع احد التدخل فيما ارتضياه وتعبير ذلك كونه قد وضع بمشيئتهما، وعند اتفاقهما، اذا ان هناك مهلة يكون المتعاقدان بحاجتهما اليها لغرض التروي والتدبر، لأجل ان يزن كل منهما اموره والتيقن هل ان المعقود عليه يفي بالحاجة ام لا، كذلك قد يتطلب الامر الاستعانة بأجنبي، فمثل هذه الشرط (شرط التروي او التعيين او التجربة) توفر نوع من الحماية للطرف الاخر، وذلك عندما يقر المشروط له بقراره بعد معرفته بالمبيع وانه قبل المبيع بحالته فهنا تكمن مظاهر حماية الطرف الاخر؛ ومن ثم لا يستطيع الطرف ان يدعي بعد ذلك انه وقع في غرر او تضرر، فالعقد قد انعقد لكن هناك مهلة لأجل التروي بانقضائها يكتمل العقد اركانه ويرتب جميع اثاره القانونية والتي يكون ملزما لكل من المتعاقدين .

I.ب. المطلب الثاني

الأثر الكاشف

للتراخي اثر كاشف أيضا يتمثل بالكشف عن وضع قانوني موجود سابقا ، فالحكم الكاشف لا يضيف جديد بل يكشف ويؤكد على الوضع القانوني الموجود من قبل كما في الإرث والوصية[٢].

لكن السؤال الذي يثار هو اين يكمن الأثر الكاشف للتراخي ؟

(١) ينظر: د-عبد المنعم فرج الصده ،*أصول القانون*، (مصر: مطبعة المصطفى البابي، ١٩٦٥)، ص٨٩.
(٢) ينظر: د-عبد الرزاق السنهوري ،*الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية* ،ج٨، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٦٧)، ص٩٤٨.

جوابا نقول : ان الأثر الكاشف نجده يتربع في المبيع الذي يكون معيبا والسبب في ذلك ان هناك مهلة فاصلة بين تمام التعاقد واكتشاف العيب او النقص في العقد، وهو امرا غير محدد ضبطا ولا يمكن ضبطه ، بل اطاره محدد من حيث طبيعة السبب في تواجد هذا الخيار، فعندما يتمسك من له الحق في ذلك بهذا الخيار الشرعي ، وما مر من مهلة زمنية فهو هنا تراخي ضروري الا ان هذا التراخي لا يكون مؤثرا الا اذا تحتم قيامه حتى ينكشف مبرر النقيصة او العيب ، في ترتيب الخيار، فقهاء الامامية كان لهم الدور الأبرز في الاهتمام بهذا الموضوع ، حيث جاء في احكام الخيار ان (سبب الخيار هو العيب فالكلام عن ظهور العيب هل هو كاشف عقلي عن الخيار من زمن العقد ام انه شرط شرعي لتأثير السبب، القول ان استحقاق الارش هو احد طرفي الخيار لامعنى لثبوته لظهور العيب بل ثابت لانتفاء وصف الصحة ؛ ومن ثم ان استحقاق الارش نتيجة لانتفاء وصف الصحة لا بالظهور لكنه ليس بكون الظهور شرطا بل كون السبب بمعنى المقتضى نفس العيب لا ينافي توقف تأثير فعلي على الظهور، أي ان سبب الخيار هو كشف العيب في المبيع ؛ ومن ثم له اثر على الخيار)[١]، ، فاذا وجد المشتري عيبا في المبيع كان له الخيار بين امضاء العقد والقبول بالعيب مع اخذ التفاوت عليه ، وبين فسخه وعدم الرضا ورد الثمن ، وبما ان التراضي في العقود يتطلب السلامة من العيب وهذا لا يتحقق الا بخلوه منه ، فان العلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقود ، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة من غير تراض[٢] ، استنادا الى قوله تعالى:﴿...يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ... ﴾[٣] ، وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في ذلك الى القول (ان السلامة شرط في العقد فما لم

(١) ينظر : جعفر سبحاني ، *المختار، في احكام الخيار* ، (قم: ايران، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام)، ١٤١٤هـ)،ص٩٠-٩١.

(٢) ينظر: الصدوق أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن با بويه القمي، *من لا يحضره الفقيه* ، ج٢، ط٢، (قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٤هـ)، ص٧١،وينظرايضا: الحر العاملي محمد بن الحسن بن علي بن الحسين ، *وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*، ج١٢، (دار احياء التراث العربي : بلا مكان ، بلا سنة نشر)، ص٣٦٣.

(٣) سورة النساء جزء من اية (٢٩).

يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه ، والدليل على ذلك ان السلامة مشروطة في العقد ، فالسلامة في المبيع مطلوبة من المشتري عادة الى اخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع ، وهذا الانتفاع لا يتكامل الا بشرط السلامة ، ولأنه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم به جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة كالمشروطة نصا)[١] ، واختلف تصوير شرط السلامة في خيار العيب لدى الحنابلة واعتبروا ان ذلك مخالفا لشرط المبيع لكن هذا الخلاف لا طائل تحته بعد انعقاد كلمه الفقهاء[٢] ، واستدل الشافعية بحديث النبي محمد (ﷺ) ان " الغلة بالضمان " ، وكذلك في رواية أخرى " الخراج بالضمان "، فالعاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب بل له رده والاعتراض لان الأصل هو لدفع الضرر[٣] ، وخالف الظاهرية جمهور الفقهاء بمشروعية العيب حيث يرون ان (خيار العيب ليس مشروعا الا في حالة السكوت عن شرط السلامة في البيع ، فمع هذه الحالة يثبت خيار العيب إذا ظهر المبيع معيبا ، اما إذا اشترط العاقد السلامة وظهر العيب معيبا فلا يشرع الخيار بل يميل البيع الى الفسخ فهو صفقة مفسوخة لا خيار له في امساكها الا بان يجدد فيها بيعا) [٤].

اما موقف التشريعات المقارنة : فنجد ان البائع عندما ينقل ملكية المبيع الى المشتري يلتزم بنقل الملكية الى المشتري خالية من العيوب ، لكي تكون حيازة مفيدة ، ولأنها لا تكون كذلك الا اذا كان المبيع خاليا من العيوب الخفية المؤثرة ، فاذا وجد عيب وكان مؤثر وخفي كان للمشتري الفسخ او قبول المبيع بما فيه .

(١) ينظر: الكاساني ، أبو بكر علاء الدين بن مسعود الحنفي ، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع* ، ج٥، ط٢ ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)، ص٢٧٥، وينظر أيضا: ابن رشد ، ابى الوليد محمد بن محمد بن احمد بن رشد الاندلسي ، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* ، ج٢، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ص١٧٧.

(٢) ينظر: موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد ابن قدامة ، *المغني على مختصر الخرقي*، ج ٤، ط١، (القاهرة: مطبعة المنار ، بلا سنة طبع)، ص٢٩٩٩.

(٣) ينظر: السبكي تقي الدين علي بن عبد الكافي ، *تكملة المجموع شرح المهذب* ،ج١٢، (القاهرة: المطبعة العالمية، بلا سنة طبع)، ص١٩٩.

(٤) ينظر: الظاهري ، ابن حزم محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، *المحلي بالاثار*،ج٩، ط١، (بيروت: طبعة دار الفكر المصورة ، ٢٠٠٣)، ص٤١.

لذلك اوجب المشرع العراقي على المشتري عند تسلمه المبيع تسليما فعليا لا حكمي ان يقوم بفحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، الا ان هذا الفحص لا يلزم ان يكون على الفور، أي فور تسلم المشتري المبيع بل للمشتري ان يتراخى في الفحص والتاني في الرد ، لان المشرع منحه في ما يسمى (بالمهلة المعتادة)، وفقا للمألوف في التعامل، فلو تسلم المشتري المبيع كان يكون سيارة مثلا فانه لا يعتبر قابلا بما فيه من عيوب بمجرد تسلمه لها بل لا بد من مضي مدة معقولة تقضي بها الظروف او جرى العرف عليها ، اما اذا كان العيب لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، وانما لا بد من فحص فني يقوم به شخص من ذوي الخبرة فلا يعتبر المشتري راضيا به الا اذا كشفه بالفحص الفني، لكنه بالمقابل ملزم بأخبار البائع بالعيب بمجرد كشفه[١]، وسار المشرع المصري على نهج المشرع العراقي وذلك عندما أوضح في نص المادة (٤٤٩)[٢] ، بان يبادر المشتري الى التحقق من حالة المبيع بمجرد ان يتمكن من ذلك ، وان يقوم بالفحص المعتاد الذي لا يقوم به الشخص العادي وذلك عندما يتسلم الشي الذي اشتراه ، لكون هذا الفحص هو اكثر دقة من الفحص الذي يجريه الشخص عند الشراء ، فاذا اكتشف عيبا وجب ان يخبر البائع بالعيب خلال مدة معقولة ، وتقدر معقولية هذه المدة من المسائل الموضوعية والتي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ، وفي حالة عدم قيامه بالفحص ، او تم فحصه وتم اكتشاف العيب وتهاون المشتري في اخبار البائع فاعتبر المشتري قابلا للمبيع بحالته ؛ ومن ثم يجوز له الرجوع بعد ذلك على

(١) نصت المادة (٥٦٠)، من القانون المدني العراقي النافذ على انه " ١-اذا تسلم المشتري المبيع وجب التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا انكشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه فان اهمل في شي من ذلك اعتبر قابلا للمبيع ،٢-اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع ".

(٢) نصت المادة (٤٤٩)، من القانون المدني المصري النافذ على انه "(١) إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف في التعامل ، فإذا اكتشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة، فان لم يفعل أعتبر قابلا للمبيع ٢-اما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا أعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب".

البائع[١]، ويتفق المشرع اليمني مع المشرع العراقي والمشرع المصري، وذلك من حيث الضمان والاخطار في كشف العيب[٢]، اما المشرع الفرنسي فقد تبنى في المادة (١٦٤١) ، معيارا موضوعيا ووظيفيا في تحديد مفهوم العيب ، من شانه ان يكون المبيع غير صالح للاستعمال الذي اعد من اجله او انتقاص هذه الصلاحية الى الحد الذي يؤثر اما على قرار الشراء ، واما على تحديد الثمن الا ان التفسير الفقهي والقضائي لم يكن يسمح باللجوء الى دعوى المسؤولية العقدية عند اخلال البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات ، وذلك بالنظر الى ان الالتزام بالتسليم ينقضي بمجرد قبول المشتري بالمبيع من خلال تسلمه ماديا ؛ ومن ثم انه في حالة ظهور عيب في المبيع بعد انقضاء التزام البائع بالتسليم ، فان المشتري يعتبر قابلا بوجوده اذا كان العيب ظاهرا ، اما اذا كان خفيا فان المشتري يستطيع الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي كما نظمتها احكام القانون التي وضعت خصيصا لمواجهة هذا الفرض[٣].

(١) ينظر: د-إسماعيل غانم ، *مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)*، (مصر: مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٥٨)، ص١٩٨.

(٢) جاء في نص المادة (٥٤٧)، من القانون المدني اليمني النافذ على انه "يجب على المشتري عند تسلمه المبيع قبضه ان يتحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمالوف في التعامل فاذا كشف عيبا مما يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة يتمكن فيها من اخطاره فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع واذا كان العيب مما لا ينكشف بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخطر البائع به بمجرد ظهوره او الاشهاد على وجود العيب اذا كان البائع غائبا والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب ".

(٣) نص المادة (١٦٤١)، باللغة الفرنسية :

Art(1641)" Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'auraitpasacquise,oun'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ."

II. المبحث الثاني

حالات سقوط التراخي

يتطلب لاستقرار المعاملات ونفاذها هو انتقال العقد من حالة عدم اللزوم إلى عقد لازم ، ويحصل هذا في الخيار المقترن بالتراخي ، فقد يترك التراخي دون اعمال أو دون ممارسة ، أو زوال العقد بممارسة هذا الخيار، وبما ان التراخي يعتبر حق موقت فقد يتفق المتعاقدان على مهلة معينة للتراخي كما في الخيارات الارادية ، وقد يكون التراخي ضمن مدة معقولة يترك تحديدها حسب ظروف التعاقد، ففي كلتا الحالتين ينقضي التراخي وقد يكون انقضائه بصورة اصلية أو تبعية ، اذ ليس من المعقول ان يترك التراخي لفترة طويلة إلى مالا نهاية ، اذ لابد من وضع حد لممارسته أو سقوطه وذلك لاستقرار المراكز القانونية لكلا طرفي العلاقة العقدية .

وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول سقوط التراخي بصفة اصلية، وفي الثاني منه سوف نتناول سقوط التراخي بصفة تبعية وكالاتي :

II.أ. المطلب الأول

سقوط التراخي بصفة اصلية

ان اهم السمات الأساسية للتراخي والتي يتميز بيها التراخي كونه حق مؤقت ، أي انه أما ان يحل اجله وينقضي بانقضاء المهلة المحددة له وما في حكمها ؛ ومن ثم يستعمل حقه صاحب الخيار أما الاجازة أي امضاء العقد، أو قد ينقضي التراخي في الخيار، بانقضاء المدة وهنا يكون بمنزلة الامضاء للعقد ، فالتراخي في الخيار إذا يسقط أما بإجازة صاحب الخيار أو بمضي المدة المقررة له .

أولا-امضاء العقد (الاجازة) : ان من اهم الأسباب التي تؤدي إلى سقوط التراخي في الخيار هو إجازة العقد ، فعندما يصرح المتعاقد بإجازة العقد فهذا يعني انه يريد

اسقاط حقه أو ابراء المتعاقد الاخر، فعند بحثنا في التراخي في الخيار فأننا نجد ان الاسقاط لا يكون في جميع الخيارات الحكمية أيضا بل ينصب في خيار أساسي وهو خيار رد المبيع ، ويعود السبب إلى ان خيار المجلس لا يسقط بل يكون التنازل عنه قبل استعماله أي قبل التعاقد أو في بداية العقد، وهذه المسالة كم قلنا تسمى (التبايع بشرط نفي الخيار) وعلى ضوء ذلك فان التخلي عن الخيار بعد التعاقد له اثر في استحقاق العاقدين له وسريان المجلس ، فالتخلي عن خيار المجلس يكون بالتخاير ؛ ومن ثم يطلق اسم الانتهاء للخيار وليس الاسقاط ، فان خيار المجلس يكون بالتخاير بين المتعاقدين والمتعاقد له مطلق المهلة المدة دون التقييد ولا ينتهي الا بالمفارقة ؛ ومن ثم لا وجود للإسقاط[١] ، أما خيار الرؤية فبالرغم من ذكر مسقطاته ، الا ان الباحث يرى بانه لا يمكن ان يسقط ، وذلك لأنه خيار مطلق المدة ، بالإضافة إلى ذلك ان هذا الخيار ثبت شرعا لله ، فلا يسقط بأسقاط العبد ، فالإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصودا استيفاء واسقاطا ، فأما ما ثبت حقا لله فان العبد لا يملك التصرف فيه اسقاطا مقصودا ، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا، لكنه قد يحتمل السقوط بطريق الضرورة وذلك بان يتصرف في حق نفسه ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع ضمن التصرف في حق نفسه[٢] .

ومن خلال ذلك يرى الباحث ان خيار العيب هو اكثر الخيارات التي يسقط التراخي فيها وذلك عن طريق الابراء ، أي ابراء البائع من العيوب فالإبراء في حقيقته هو اسقاط ، وللمشتري ولاية الاسقاط ، لان الخيار حقه والمحل قابل للسقوط.

واجازة التراخي في خيار العيب قد تكون بصورة صريحة أي ان يصرح المشتري قبوله صراحة وقد تكون بصورة ضمنية من خلال الأفعال والوسائل التي يقوم بها المشتري والتي تدل على قبوله للمبيع واجازته له ، فمن صور اجازة المشتري للمبيع رغم عيوبه الصريحة، كان يصرح المشتري بالرضا قولا ، كان

(١) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق، ص١٦٧.
(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٥، ص٢٩٧.

يقول رضيت بالعيب، أو اجزت العقد ، أو امضيته، أو اسقطت حقي، أو اسقط خيار العيب ، أو امضيته ، أو رضيت بالبيع ، وما شابه ذلك من الاقوال الدالة على الرضا صراحة ، فاذا سقط الخيار بذلك لزم المبيع المشتري بالثمن كله ولا يحق له رده ولا اخذ ارش النقص الواقع بالعيب ، لأنه عندما رضي بالعيب بعد علمه به فيكون قد اسقط حقه الثابت له بالعيب لفوات سلامة المبيع والتي هي من قبيل المشروط دلالة في العقد فبذلك يكون لم يشترط سلامة المبيع ورضى بالعيب ، ومن هذه التصرفات كان يقوم بالانتفاع بالمبيع دون انتقاص أو اتلاف كان يكون دابة فيركبها المشتري أو ثوبا فيلبسه ، فهذه التصرفات تدل على ان المشتري قد ارتضي بالمبيع بالرغم من علمه بالعيب وهذا ما ذهب اليه الامامية والحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية[١] ، باستثناء فقهاء الظاهرية فهم يرؤن ان تصرفات المشتري في المبيع لا تخرجه عن ملكه ولا يسقط خياره ويكون له رد المبيع بالعيب الا في حالة بيعه مثلا فهذا التصرف يعد مسقطا للخيار لأنه دل على رضا المشتري بالعيب[٢] ، وهذا يعني ان التراخي في خيار العيب يسقط في حالة إذا صرح المشتري بذلك رغم معرفته بعيوب المبيع فإجازته للمبيع يفسر اسقاطه للمهلة التي قضاها في فحص المبيع ؛ ومن ثم لا يكون هناك داع لكي يفكر أو يتدبر في المبيع كونه قد صرح بذلك صراحة ؛ ومن ثم سقط حقه بالتروي .

اما في حالة الاجازة الضمنية فأنها تكون من خلال التصرفات التي يقوم بها المشتري والتي تدل على قبوله للمبيع برغم عيوبه ، حيث ان كل تصرف يوجد من المشتري في المبيع بعد علمه بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط حقه والتصرفات

(١) ينظر: التبريزي ، الميرزا فتاح الشهيدي ، *هداية الطالب إلى اسرار المكاسب*، ج٤، ط١ ، (ايران: دار الفقه للطباعة والنشر ، ١٤٢٨هـ-١٣٨٥هـ)، ص٤١١، وينظر ايضا: محمد قدري باشا، *مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية*، (بيروت –لبنان: دار الكتب العلمية، ٢٠١٧)، ص٥٢٢-٦٢٣، وينظر كذلك: الشيخ علي الخفيف، *احكام المعاملات المالية*، (القاهرة : دار الفكر العربي ، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، ص٣٩٣، وينظر كذلك : وهبه الزحيلي، *الفقه الحنفي الميسر*، ط١، (دمشق: دار الفكر، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م)، ص٤٩٦، وينظر ايضا : محمد السيواسي، *شرح فتح القدير على الهداية*، ج٦، ط٢،(مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بلا سنة طبع)، ص٣٩١.

(٢) ينظر: الظاهري، *المحلي بالاثار*، مصدر سابق ،ج٩، ص٧٣.

التي تكون بمثابة إجازة من قبل المشتري هي ثلاثة وهي ، استعمال المبيع واستغلاله والانتفاع منه باي وجه من أوجه الانتفاع ، وقد تكون الاجازة بصورة ضمنية أيضا ، من خلال اتلاف المبيع فعندما يقوم المشتري باستعمال المبيع باي وجه كان يكون تمزيق للثوب أو قتل الدابة ، فهذه التصرفات تكون لغير مصلحته ؛ ومن ثم يسقط خياره ، ليس هذا فقط بل ان اخراج المشتري المبيع عن ملكه باي عقد من عقود التمليك كان يكون هبة أو بيع واطلاعه على عيب قديم يسقط خياره ، وذلك لتعذر رد المبيع إلى البائع ، وهذه الحالة لا سبيل فيها إلى فسخ البيع بين المشتري الأول وبين بائعه لتعلق حق المشتري الثاني بالمبيع، لأنه اصبح حابسا للمبيع بالبيع ، فالأقدام على هذه التصرفات دليل على رضا المشتري بالعيب وبإجازته يسقط حقه في التراخي والخيار[١] .

اما حالات إجازة التراخي في التشريعات ، فمن المعروف ان اغلب احكام القانون العراقي والقانون اليمني قد استمدت احكامهما من الشريعة الإسلامية ، فالأحكام التي جاء بها المشرع العراقي نراها قريبة من الفقه الإسلامي ومنها، حيث نجد ان المشرع العراقي والمصري واليمني اوجبوا عندما يكتشف المشتري العيب ان يقوم بأخطار البائع دون ان يبنوا المهلة اللازمة للأخطار، لكنهم اوجبوا ان يكون خلال مدة معلومة، والا سقط حق المشتري في الرجوع على البائع ، ففي حالة إذا تصرف المشتري في البيع بالرغم من اكتشافه العيب وتراخى في الرد على البائع فيكون قد اسقط حقه في الضمان، لكن إذا تصرف بالمبيع وهو غير عالم بالعيب فلا يكون قد اسقط حقه في الرجوع على البائع ، فيجوز رجوعه على البائع بالضمان الا إذا كان العيب جسيم فلا يمكنه طلب التعويضات المقررة في دعوى الاستحقاق الكلي، وذلك لان الحصول على هذه التعويضات يقتضي رد المبيع إلى البائع وهو ما اصبح عليه مستحيلا ، لان المشتري قد يكون تصرف بالمبيع إلى مشتري اخر؛ ومن ثم لا يستطيع ان يسترد المبيع من المتصرف اليه لأنه ضامن له ، وكما معلوم الضمان والاسترداد لا يجتمعان ، ولا يكون للمشتري في هذه الحالة الا ان يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس احتفاظه بالمبيع[٢]، ففي ظل التشريع العراقي بين المشرع في نص المادة (٥٦٦) ان التصرف بالمبيع مع العلم بالعيب يدل على

(١) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ، مصدر سابق ، ص٤٦٠-٤٦١.
(٢) ينظر: د-سمير عبد السيد تناغو، *عقد البيع*، ط١، (مكتبة الوفاء القانونية، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٩)، ص٣٠٤.

الرضا ، وهذا يفسر لنا قبول المشتري بالمبيع وعدم اعتراضه ، لان التصرف جاء بعد العلم بالمبيع ؛ ومن ثم يسقط حق المشتري صراحة بالرجوع على البائع[١] ، وسار **المشرع اليمني** على نهج المشرع العراقي الا ان المشرع اليمنى جمع أسباب سقوط الخيار بصورة عامة في مادة واحدة ونص عليها في المادة (٢٤٨) حيث نصت على انه " إذا كان المتعاقد قد قبل العيب بعد العقد أو علم وسكت عنه ولم يخبر به العاقد الاخر في مدة معقولة سقط حقه في الخيار به ويعتبر العاقد عالما بالعيب إذا كان مما يظهر عند الفحص المعتاد وتسلم الشي دون ان يخبر بالعيب على الفور، أما ذا كان العيب مما يحتاج ظهوره إلى فحص غير معتاد فلا يسقط حق الخيار به الا بمضي مدة يمكن فيها الفحص غايتها سنة من تاريخ القبض ، وان كان مما لا يظهره الفحص أصلا فلا يسقط الخيار به مطلقا "، اما المشرع المصري فلا يختلف عن نظيره العراقي واليمني، وذلك عندما اوضح في المادة (٤٤٩) من قانون[٢] ' على المشتري اخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، فتسلم المشتري للمبيع لا يرفع مسئولية البائع عما يظهر من عيوب الا إذا كان التسلم هذا يفيد معنى قبول للعقد بغير تحفظ ، وهو ما يجب الرجوع فيه إلى العرف السائد [٣] ، كما نلاحظ بان المشرع المصري ايضا جاء بنفس المعنى الذي جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة (١٦٤١) [٤] ، حيث اعتمد في هذا الموضع على انه (للمشتري حتى قبوله للمبيع دون تحفظ يكون بوسع المشتري ان يحتج بأوجه عدم المطابقة أو عدم الصلاحية لوجهه الاستعمال ليطالب بفسخ العقد أو بالتعويض أو بالأمرين معا، أما إذا قبل المشتري المبيع دون تحفظ فيجب التفرقة بين عدم المطابقة أو عدم الصلاحية الظاهرة والتي كان باستطاعة المشتري اكتشافها فهنا تستبعد من الضمان ، فقبول المبيع دون تحفظ يظهرها أما أوجه الخفايا لعدم مطابقة أو وجود العيوب الخفية فهنا يستطيع المشتري ان يرجع على البائع بالضمان عندما يكتشفها [٥] .

ثانيا -مضي المدة: بالرغم من كون التراخي يرد على اغلب الخيارات التي تكون غير محدد المدة ، لكن هذا لا يعني انه لا يجري في الخيارات محددة المدة ، كخيار

(١) نصت المادة (٥٦٦)، من القانون المدني العراقي على انه " إذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره"
(٢) ينظر: نص المادة (٤٤٩)، من القانون المدني المصري النافذ ،
(٣) ينظر: د-محمد كامل مرسى باشا ، *شرح القانون المدني العقود المسماة* ، (الإسكندرية: منشاة المعارف ، ٢٠٠٥)، ص٣٢٩.
(٤) نص المادة (١٦٤١)، باللغة الفرنسية :
Art(1641)" Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropreà l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellementcet usage que l'acheteur ne l'auraitpasacquise,oun'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ."
(٥) ينظر: د-ثروت عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص١٢٥.

التأخير وخيار الشرط ، بل بالرغم من كون بعض الخيارات محددة المدة الا انها ثبتت على التراخي، وبانتهاء المدة المحددة يسقط التراخي ولا يكون له لزوم، فمضي المدة يعتبر سبب اصلي لسقوط حق التراخي في الخيار، وبما ان التراخي ينصب على الخيارات، فمضي المدة في الخيارات يؤدي إلى سقوط حق التراخي فيه ، فقد يبدو للمتأمل بان مضي المدة تعد من أسباب انتهاء الخيارات بصورة عامة والتراخي بصورة خاصة ، أو كونها مسقطات اختيارية ، لكن هذا التعبير لا يمكن الاخذ به كون ان مضي المدة تعد من قبيل المسقطات الضرورية ، وذلك لأنها تكف صاحب الخيار عن الفسخ إلى ان تمضي المدة بالرغم من انها تحدث دون اختيار، فالكف والامتناع يجري باختيار صاحب الخيار[١] ، فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي هناك اتفاق على انه مضي المدة تعد احد أسباب سقوط التراخي في الخيار، حيث ان هناك بعض الخيارات تسقط بمضي المدة المقررة اتفاقا أو عرفا ويلزم المبيع من يكون بيده ، فاذا كان المبيع بيد البائع فالبيع منفسخ ، وان كان بيد المشتري فالبيع ماض ولازم، وهذا عام في جميع حالات الخيارات لا يختلف بكونه لهما أو لاحدهما أو لغيرهما[٢] ، فهناك بعض الخيارات التي تكون محددة بمهلة معينة (كخيار الشرط وايضا خيار التأخير) وانتهاء هذه المهلة يؤدي إلى سقوط حق المتعاقد في التروي أي ان حقه محدد ضمن مهلة معينة بعكس الخيارات التي تكون مطلقة المدة وغير محددة فمتى ما صدر المتعاقد رده سقط حقه بالتروي ، فحق التراخي حق ينصب بمهلة معينة ومحددة وبانتهائه يسقط هذا الحق كما في خيار الشرط وخيار التعيين .

اما على صعيد التشريعات ، فنجد ان التراخي يكون محدد بمهلة معينة وبممارسة هذا الحق يسقط حق المتعاقد في الخيار أما بالفسخ أو الامضاء في العقد ، فمضي

(١) ينظر: د-عبد الستار أبو غدة ،مصدر سابق ،ص٣٠٥.
(٢) ينظر: محمد سكحال المجاجي، *احكام عقد البيع في الفقه المالكي* ، ط١، (بيروت –لبنان: دار ابن حزم للطباعة والنشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)، ص٢٥٠.

المدة القانونية دون ممارسة هذا الحق يصبح العقد لازما للطرفين ويسقط حق المتعاقد في هذه المهلة.

ففي التشريع الفرنسي نجد ان المشرع الفرنسي فقط قد نص على المهلة اللازمة للتروي وحددها بصورة قانونية وذلك بالنص عليها في المادة (١٢١ -١٢٠) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٣ المعدل والتي نصت على انه " يكون للمستهلك مهلة سبعة أيام صريحة لاستعمال حقه في العدول".

II.ب. المطلب الثاني

سقوط التراخي بصفة تبعية

التراخي لا يسقط بصورة اصلية فقط وانما هناك أيضا أسباب تؤدي إلى سقوطه بصفة تبعية وهما سبب الموت والجنون ، وأيضا هلاك المبيع ونحو، فهل يؤدي الموت إلى سقوط التراخي في الخيارات ام انه ينتقل إلى الورثة ، كذلك مالحكم لو ان احد المتعاقدان قد أصيب بالجنون في مجلس العقد فما حكمهما هنا ، أيضا من يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع، وعليه ولأجل الإحاطة بالموضوع اكثر فقد ارتأينا إلى تقسيمه على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى سقوط التراخي بصفة تبعية بسبب الموت ، وفي الثانية سيكون هلاك المبيع كأحد أسباب سقوط التراخي وكالاتي :

اولا- الموت

ان منح المتعاقد مهلة من التروي والتفكير جاء لاعتبارات نجدها جديرة بان تكون كافية للخروج عن المبدأ الاساسي والرئيسي الذي يسود كافة العقود (العقد شريعة المتعاقدين) ؛ومن ثم الخروج عن ما يبرر هذا المبدأ والذي تأتي بالدرجة الأساسية وعلى راس تلك المبررات هو حماية رضا المتعاقد بان يصدر رضاه حرا مستنيرا بناء على إرادة متمهلة غير متسرعة وغير متأثرة بما يقوم به المتعاقد من وسائل لأغراء وجذب المشتري أو المستهلك ؛ ومن ثم تدفع بهم إلى التعاقد هذا من جانب، من جانب اخر نجد ان المشرع في القانون الفرنسي قد حدد مهلة التراخي

بالمتعاقد ذاته والمستهلك فقط لا غيرهما وذلك لأنه الطرف الضعيف في العقد وقد تكون شخصيته محل اعتبار في بعض العقود كما في العقد الالكتروني ، وهذا يعني ان خيار التروي يسقط بوفاة المتعاقد صاحب هذا الحق ، كذلك ان هذا الحق لا يؤرث، وذلك بناء على تلك المعطيات أو الاعتبارات التي ذكرنها، فهو حق لصيق بشخصه وبوفاته يتأكد لزوم العقد بحق الورثة ؛ ومن ثم لا يكون لهم الحق في التروي ، واذا ما قلنا ان حق التروي يؤرث فأننا لا نكون امام سقوط وانما امام انتقال من شخص إلى عدة اشخاص وهذا لا يمكن تصوره من جانب ، كذلك ان اتجاه المشرع إلى عدم انتقال الخيارات القانونية كونها تسقط بوفاة صاحبها كما في خيار الشرط والرؤية وخيار التجربة ، ففي خيار التجربة من المعروف ان حق التجربة قاصر على المشتري فاذا توفى المشتري دون ان يعبر عن ارادته بإجازته لزوم البيع أو رفضه، فان كان عبر قبل وفاته بالإجازة أو الرفض ثم مات فلا مشكلة هنا فيكون العقد لازما في حق الورثة إذا كان قد اجازه ويكون غير موجود بالنسبة لهم إذا رفضه ثم مات.

لكن المشكلة تثار إذا لم يكن قد أجاز البيع أو رفضه ثم توفي المشتري، وكانت مدة التجربة لا تزال قائمة خلال المدة المتعارف عليها فما الحكم هنا ؟

ففي هذه الحالة ينتقل حق التجربة للدائن الذي أحاط دينه بمال المتوفي ثم للورثة إذا لم يكن للمتوفي دائن أحاط دينه بمال المدين ، فالموت يجب ان يكون سابقا لاختياره لأنه ان كان قد اختار قبل موته ثم مات فان اختياره الاجازة أو الرفض يكون ملزما[1] ، كذلك الامر إذا كانت شخصية المتعاقد في حق التروي محل اعتبار فانه لا يمكن النزول عنه إلى الاخرين اذ لا تثار في هذه المسالة ، لكن في حالة إذا كان الخيار اتفاقيا أي يتفق الأطراف ان يكون لاحدهما أو لكلاهما حق التروي كما

(١) ينظر: د- محمد يوسف الزعبي، *العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني* ، ط١، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٣)، ص٨٤.

في خيار الشرط[١] ، أما إذا كان الخيار مستندا إلى حكم المشرع أو نص في القانون فان الامر هنا يختلف فقد حرصت العديد من التشريعات على ربط احكام هذا الحق بالنظام العام بل ويقع باطلا كل اتفاق يحد من ممارسته وذلك بهدف تحقيق الحماية لمن تقرر له تتناسب واهمية ركن الرضا في التعاقد كما فعل المشرع الفرنسي[٢] .

ثانيا-هلاك المبيع (محل التراخي)

من الأسباب التبعية الأخرى التي تؤدي إلى سقوط التراخي هو هلاك الشيء المبيع أي (محل التراخي) في يد المتعاقد محل العقد ، فالعقد الذي يتضمن حق التروي كما ذكرنا سابقا هو عقد نافذ ملزم بالنسبة للبائع الا انه غير ملزم بالنسبة إلى المشتري ؛ ومن ثم يرتب اثاره من لحظة انعقاده للعقد ، وتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري ، بمعنى ان ملكية الشيء تنتقل إلى المشتري والتي يقابلها انتقال ملكية الثمن إلى البائع ، فاذا هلك الشيء محل العقد بعد تسلمه للمشتري له فانه يهلك عليه ؛ ومن ثم يترتب على ذلك استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه عندما يسقط الخيار بصفة تبعية ، لاستحالة قدرة المتعاقد على ان يعيد الحال إلى ما قبل ابرام العقد، فالمتعاقد إذا كان يريد ان يأخذ مهلة من التروي وجب عليه ان يكون مستعدا و قادرا في حالة إذا لم يجيز العقد ، أي يعدل عن العقد ؛ ومن ثم يجب ان تكون له القدرة على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، فان تعذر عليه ذلك سقط حقه ، كما في خيار الرؤية ، أو رد المبيع ، فان المبيع ينتقل إلى المشتري ؛ ومن ثم ان هلاك الشيء فانه يهلك على المشتري ويكون مسؤولا عن الهلاك [٣].

لكن السؤال الذي يثار هو ما حكم العقد الذي يرد على أشياء متعددة وهلكت احدهما بصورة كلية أو جزئية ؟

---

(١) ينظر:د- طارق كاظم عجيل ،*الوسيط في عقد البيع* ، مصدر سابق ، ص١٨٩.
(٢) ينظر: د-عمر محمد عبد الباقي، *الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)* ، ط٢ ، (الإسكندرية: منشاة المعارف جلال ، ٢٠٠٤)، ص٧٨١-٧٨٢.
(٣) ينظر: د-عزيز كاظم جبر الخفاجي، *الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية* ، (مصر: مطابع شتات، دار الكتب القانونية، ٢٠١١)، ص٣١٥.

جوابا نقول : ان هناك اتفاق بين فقهاء المسلمين على حكم هلاك العقد الذي يرد على عدة أشياء ، ففي حالة إذا هلكت عدة أشياء وكان الهلاك قد وقع بعد القبض وهذا ما يهمنا فهنا بالإمكان الزام المشتري بأحد الأشياء الباقية وذلك بالاستناد إلى خياره ، وإمكانية الاحتفاظ بحق الفسخ ، وهذا يكون في حالة إذا كان التعيين للبائع ، والامر ذاته في حالة إذا تعيب الشيء ولم يهلك ، الا ان المشتري هنا لا يستطيع ان يفسخ العقد وذلك لان العيب قد حدث بالشيء وكان معه ، وان كانت قد تعيبت الأشياء جميعها ، فيرجع البائع على المشتري هنا بنقصان الثمن والسبب لكون احد الأشياء مضمون بقيمته ، أما الأخرى في امانة بيده[١]، اما إذا كان الخيار للمشتري ، وهلك احد الأشياء أو تعيب بيده ، فهنا تعين حقه فيه لانه كان قد قبض احد الأشياء ملكا ، أما الباقي فهو امانة يلتزم المشتري بردها إلى البائع بعد التعيين ، وطالما ان الهلاك أو العيب يمنعان من الرد ، فان الهالك أو المتعيب يكونان من نصيب المشتري ؛ ومن ثم عليه ان يرد ما تبقى للبائع ، لكن ان هلكت الأشياء جميعها وكان الهلاك على التعاقب ، فالهالك الأول المبيع ، أما الثاني فهو امانة على المشتري ؛ ومن ثم يلتزم برد قيمته ، الا إذا كان الهلاك دون تقصير منه ، أما في حالة هلاك الأشياء جميعها دفعة واحدة ، فالمشتري يلتزم برد نصف الثمن ، وذلك لعدم إمكانية تمييز المبيع عن الأمانة لكونهما قد هلكا جميعا[٢].

اما في التشريعات المقارنة ، فنرى بان المشرع العراقي قد تطرق إلى مسالة واحدة وهي في حالة هلاك الشيء بيد المدين وكان الخيار له ، فهنا اعطي الحق في الزام الدائن بقبول الشيء الثاني ، وذلك في الوقت الذي اكد فيه على انفساخ العقد إذا هلكت الأشياء محل الالتزام جميعها ؛ ومن ثم يقرر مسؤولية المدين عن دفع قيمة

(١) ينظر: السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد بن سهل، *المبسوط* ، (دار المعرفة ، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)، ص٥٥-٥٦.

(٢) ينظر: ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز، *رد المختار على الدر المختار*، ط١، (بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، ٢٠٠٠)، ص٥٥.

اخر شيء هالك ، ان كان مسؤولا عن هلاكها جميعها الاشياء أو احدها[١] ، اما المشرع المصري فنجده قد أورد حكما ضيقا ، وذلك لكونه اكتفى بالإشارة إلى هلاك الأشياء المتعددة جميعها فقط ، ولذلك اوجب على المدين ان كان الخيار له ، وكان مسؤولا عن هلاك احدهما أو جميعها بان يدفع قيمة اخر شيء قد هلك[٢] ، ولم يتطرق المشرع اليمني والفرنسي إلى الحكم في هذه المسالة .

ويرى الباحث بان المشرع العراقي قد أعطى حكما واسعا ، وذلك عندما أوضح في نص المادة (٣٠١) مسؤولية البائع والمشتري في حالة إذا تسببا كل منهما بالهلاك وبين اثره ولم يفرق بين ان كان الهلاك كليا أو جزئيا .

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم يمكننا الان ان نبين بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها:

أولا-النتائج :

١-يولد التراخي نوعين من الاثار وهما الأثر المنشئ والاثر الكاشف ، حيث نجد ان الأثر المنشئ الذي يرتبه التراخي يكون في البيع الذي يكون معلق على شرط كان يكون خيار الشرط او شرط التجربة ، لكن وبالرغم من تعلق البيع بأحد هذه الخيارات الا ان المبيع ينتقل الى المشتري ومن ثم يرتب اثر منشيء ، اما الأثر الكاشف فانه يكون في البيع الذي ينتقل الى المشتري ومن ثم يكتشف المشتري وجود عيب في المبيع فهنا يرتب التراخي اثر كاشف

(١) نصت المادة (٣٠١)، من القانون المدني العراقي المعدل النافذ على انه " إذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشيئين في يده كان له ان يلزم الدائن بالثاني ، فان هلكا معا انفسخ العقد واذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين فيكون ملزما ان يدفع قيمة اخر شيء هالك "

(٢) نصت المادة (٢٧٧)، من القانون المدني المصري على انه " إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام وكان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء كان ملزما بان يدفع قيمة اخر شيء استحال تنفيذه".

٢- اتضح لنا ان المشرع العراقي أجاز ان تنتقل ملكية المبيع الى المشتري حتى وان كان المبيع معلقا على شرط كان يكون خيار التجربة فبإمكان المشتري تجربة المبيع والتأكد من سلامته وهذا لا يكون الا بعد القبض وفحص المبيع .

٣- بما ان التراخي هو حق خاص فان هذا الحق قد تجتمع عوامل على سقوطه ، والسقوط قد يكون بصورة اصلية كما في الاجازة فهندا يجيز المتعاقد العقد فان التراخي يسقط في هذا الحالة ولا يكون هنالك أي اثر له ، وقد تكون مضي المدة احدى الأسباب الاساسية في سقوط حق التراخي وهذه تكون في الخيارات المحددة المدة ، وقد تجتمع عوامل تبعية تكون سبب في سقوط التراخي كما في حالة الوفاة أو هلاك المبيع.

التوصيات :

١-نوصي المشرع العراقي با دراج نص في متنه يتضمن التراخي وبيان الأثر الذي يرتبه كما فعل المشرع الفرنسي لكي لا يكون التراخي سبب في ضياع حقوق المتعاقدين بل انه وسيلة من وسائل حماية المتعاقد وضمان حقوقه

٢-تعديل نص المادة (٥٦٠) من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت على انه " ١-اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا انكشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه فان اهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلا للمبيع ،٢-اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع "، لتصبح المادة " ١-اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا انكشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بأخباره عنه بعد مهلة معينة من التروي وكشفه للعيب ".

المصادر

بعد القران الكريم

اولا: كتب الفقه الإسلامي

١- الفقه الامامي

١- التبريزي ، الميرزا فتاح الشهيدي ، *هداية الطالب إلى اسرار المكاسب (الخيارات)* ، ط١، ايران: دار الفقه للطباعة والنشر، ١٤٢٨ هـ-١٣٨٥هـ-ق.

٢- الصدوق ، أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي ، *من لا يحضره الفقيه* ، ط٢، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٤هـ .

٣-العاملي ، الحر محمد بن الحسن بن علي بن الحسين ، *وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*، دار احياء التراث العربي: بلا مكان ، بلا سنة نشر.

٤-جعفر سبحاني ، *المختار في احكام الخيار*، قم: مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) ،ايران ، ١٤١٤هـ .

٢- الفقه الحنفي

١-ابن الهمام ، كمال الدين محمد الحنفي ، *شرح فتح القدير* ، بيروت: دار الكتب العلمية ، بلا سنة نشر.

٢-ابن عابدين ، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز ، *رد المختار على الدر المختار* ، ط١، بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠.

٣- السرخسي ، أبو بكر محمد بن احمد بن سهل ، *المبسوط* ، دار المعرفة: ١٤٠٦ هـ-١٩٨٦م.

٤-الكاساني ، أبو بكر علاء الدين بن مسعود الحنفي ، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع* ، ط٢ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٣-الفقه الحنبلي

١-موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد ابن قدامة، *المغني على مختصر الخرقي*، ط١، القاهرة: مطبعة المنار ، بلا سنة .

٤-الفقه الشافعي

١-الكافي ، تقي الدين علي بن عبد السبكي ، *تكملة المجموع شرح المهذب* ، القاهرة: المطبعة العالمية ، بلا سنة طبع

٥-الفقه المالكي

١- ابن رشد، ابي الوليد محمد بن محمد بن احمد الاندلسي ، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* ، ط١، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٤١٥ هـ-١٩٩٥م.

٢-محمد سكحال المجاجي، *احكام عقد البيع في الفقه المالكي* ، ط١، بيروت –لبنان: دار ابن حزم للطباعة والنشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م

٦- الفقه الظاهري

١-الظاهري ، محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، *المحلي بالاثار*، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري ، ط١، بيروت: طبعة دار الفكر المصورة ، ٢٠٠٣.

٧-الفقه الزيدي

١-ابو الحسن عبد الله بن ابي القاسم بن المفتاح ، *شرح الازهار* ، ط١، بيروت: دار احياء التراث العربي مكتبة اليمن صنعاء، ١٤٣٩هـ-٢٠١٨م .

ثانيا- كتب الفقه المعاصر

١- د- عبد الستار أبو غدة ، *الخيار واثره في العقود* ، ط ٢، الكويت: مطبعة مقهوي، ١٩٨٥.

٢- علي الخفيف، *احكام المعاملات الشرعية*، القاهرة: دار الفكر العربي ، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨.

٣-د-مصطفى إبراهيم الزلمي، *احكام الميراث والوصية وحق الانتقال (في الفقه الإسلامي المقارن والقانون)*، بيروت: دار السنهوري، ٢٠١٥.

٤-محمد قدري باشا، *مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية*، بيروت –لبنان: دار الكتب العلمية، ٢٠١٧ .

٥- وهبة الزحيلي، *الفقه الحنفي الميسر*، ط١، دمشق: دار الفكر، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

ثالثا -الكتب القانونية

١-د-إسماعيل غانم ، *مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)*، مصر: مطابع دار الكتاب العربي ، ١٩٥٨.

٢-د-ثروت عبد الحميد ، *العقود المدنية (عقد البيع)*، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر.

٣-د- د-حيدر حسين كاظم الشمري ، *المختصر في احكام الوصايا والمواريث (في التشريع العراقي والفقه الإسلامي)*،ط٢، كربلاء: دار الوارث للطباعة، ٢٠١٩.

٤-د-سمير عبد السيد تناغو ، *عقد البيع* ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية: بلا مكان نشر، ٢٠٠٩.

٥-د-سليمان مرقس ، *العقود المسماة(عقد البيع)*، ط٤، القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨٠ .

٦-د-طارق كاظم عجيل، *الوسيط في عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي)*، انعقاد البيع،ط١، عمان –الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع ، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

٧-د-عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية* ، القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٦٧.

٨-د-عبد الودود يحيى ، *دروس في نظرية الالتزام (احكام الالتزام)*،دار النهضة العربية:١٩٨٠ .

٩-د-عبد المنعم فرج الصده، *أصول القانون* ، مصر: مطبعة المصطفى البابي.

١٠-د-عزيزكاظم جبر الخفاجي، *الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية* ، مصر: مطابع شتات، دار الكتب القانونية، ٢٠١١.

١١-د-عمر محمد عبد الباقي، *الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)* ، ط٢ ، الإسكندرية: منشاة المعارف جلال ، ٢٠٠٤.

١٢-د-غني حسون طه ، *عقد البيع* ، بغداد: مطبعة المعارف ، ١٩٧٠

١٣-د-محمد كامل مرسى باشا، *شرح القانون المدني العقود المسماة* ، الإسكندرية: منشاة المعارف ، ٢٠٠٥.

١٤-د-محمد يوسف الزعبي ، *العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني* ، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٣.

١٥-د-نبيل إبراهيم سعد ، العقود *المسماه، (البيع)*، ط١، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٩٧.

رابعا -القوانيين

القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ والمعدل في٢٠١٦.

القانون المدني المصري رقم ٧١، لسنة ١٩٤٦ المعدل النافذ

القانون المدني العراقي رقم (٤٠)، لسنة١٩٥١المعدل النافذ.

القانون المدني اليمني رقم (٢٢)، لسنة ٢٠٠٢.المعدل النافذ .

Sources :

After the Holy Quran

First: Islamic jurisprudence books

1- Imami jurisprudence

1- Al-Tabrizi, Mirza Fattah Al-Shahidi, Guiding the Student to the Secrets of Gains (Options), 1st edition, Dar Al-Fiqh for Printing and Publishing, Iran, 1428 AH-1385 AH.

2- Al-Saduq, Abu Jaafar Muhammad bin Ali bin Al-Hussein bin Ba Buwayh Al-Qummi, Man La Yahdurah Al-Faqih, 2nd edition, Islamic Publishing Foundation, Qom, 1404 AH.

3- Al-Amili, Al-Hurr Muhammad bin Al-Hassan bin Ali bin Al-Hussein, Shiite means of understanding Sharia issues, Dar for the Revival of Arab Heritage, without a place, without a year of publication.

4- Jaafar Subhani, Al-Mukhtar fi Ahkam Al-Khiyar, Imam Al-Sadiq Foundation (peace be upon him), Qom, Iran, 1414 AH.

2- **Hanafi jurisprudence**

1- Ibn al-Hammam, Kamal al-Din Muhammad al-Hanafi, Sharh Fath al-Qadeer, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beirut, without a year of publication.

2- Ibn Abdeen, Muhammad Amin bin Omar bin Abdul Aziz, Radd Al-Mukhtar on Al-Durr Al-Mukhtar, 1st edition, Dar Al-Ma'rifah for Printing and Publishing, Beirut, 2000.

3- Al-Sarkhasi, Abu Bakr Muhammad bin Ahmed bin Sahl, Al-Mabsut, Dar Al-Ma'rifa, 1406 AH - 1986 AD.

4- Al-Kasani, Abu Bakr Alaa Al-Din bin Masoud Al-Hanafi, Bada'i' Al-Sana'i' fi Artan Al-Shara'i', 2nd edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, 1406 AH - 1986 AD.

3-Hanbali jurisprudence

1- Muwaffaq al-Din Abi Muhammad Abdullah bin Ahmad Ibn Qudamah, al-Mughni ‘ala Mukhtasar al-Kharqi, 1st edition, Al-Manar Press, Cairo, without a Sunnah.

4-Shafi’i jurisprudence

1- Al-Kafi, Taqi al-Din Ali bin Abd al-Subki, Completion of al-Majmu’ Sharh al-Muhadhdhab, International Press, Cairo, without a year of publication.

5-Maliki jurisprudence

1- Ibn Rushd, Abu al-Walid Muhammad bin Muhammad bin Ahmad al-Andalusi, The Beginning of the Mujtahid and the End of the Muqtassid, 1st edition, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beirut - Lebanon, 1415 AH - 1995 AD.

2- Muhammad Sakhal Al-Majaji, Provisions of the Sales Contract in Maliki Jurisprudence, 1st edition, Dar Ibn Hazm for Printing and Publishing, Beirut - Lebanon, 1422 AH - 2001 AD.

6- Zahiri jurisprudence

1- Al-Dhahiri, Muhammad Ali bin Ahmed bin Saeed bin Hazm Al-Andalusi, Al-Mahli bi-Athar, edited by Abdul Ghaffar Suleiman Al-Bandari, 1st edition, Dar Al-Fikr Illustrated Edition, Beirut, 2003.

7- Zaidi jurisprudence

1- Abu Al-Hasan Abdullah bin Abi Al-Qasim bin Al-Muftah, Sharh Al-Azhar, 1st edition, Dar Revival of Arab Heritage, Yemen Library, Sana’a, Beirut, 1439 AH - 2018 AD.

two: Contemporary jurisprudence books

1- Dr. Abdel Sattar Abu Ghudda, Option and its Effect on Contracts, 2nd edition, Maqhawi Press, Kuwait, 1985.

2- Ali Al-Khafif, Rulings on Sharia Transactions, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo, 1429 AH-2008.

3- Dr. Mustafa Ibrahim Al-Zalmi, Provisions of Inheritance, Wills, and the Right of Transfer (in Comparative Islamic Jurisprudence and Law), Dar Al-Sanhouri, Beirut, 2015.

4- Muhammad Qadri Pasha, The Guide to the Perplexed to Knowing Human Conditions in Sharia Transactions, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut - Lebanon, 2017.

5- Wahba Al-Zuhaili, Al-Muyassar Hanafi Jurisprudence, 1st edition, Dar Al-Fikr, Damascus, 1431 AH - 2010 AD.

Third - Legal books

1- Dr. Ismail Ghanem, Notes on Contracts Called (Sale Contract), Dar Al-Kitab Al-Arabi Press, Egypt, 1958.

2-D-Tharwat Abdel Hamid, Civil Contracts (Sale Contract), no place of publication, no year of publication.

3-D- Dr. Haider Hussein Kadhim Al-Shammari, The Summary of the Rulings of Wills and Inheritance (in Iraqi Legislation and Islamic Jurisprudence), 2nd edition, Dar Al-Warith Printing, Karbala, 2019.

4-Dr. Samir Abdel Sayed Tanago, Sales Contract, 1st edition, Al-Wafa Legal Library, no place of publication, 2009.

5- Dr. Suleiman Markus, Contracts Named (Sales Contract), 4th edition, Alam Al-Kutub, Cairo, 1980.

6-- Tariq Kazem Ajeel, the mediator in the sales contract (an in-depth and comparative study with Western and Islamic jurisprudence), the sale contract, 1st edition, Dar Al-Hamid for Publishing and Distribution, Amman - Jordan, 1431 AH - 2010 AD.

7- Abd al-Razzaq al-Sanhouri, the mediator in explaining the civil law, the right to property, Dar al-Nahda al-Arabiya, Cairo, 1967.

8- Abdul-Wadud Yahya, Lessons in the Theory of Commitment (Ahkam Al-Arabiya), Dar Al-Nahda Al-Arabiyya, 1980.

9- Dr. Abdel Moneim Farag Al-Sadda, Fundamentals of Law, Al-Mustafa Al-Babi Press, Egypt.

10- Dr. Aziz Kazem Jabr Al-Khafaji, Legal Options and Their Impact on Civil Contracts, Shatat Press, Dar Al-Kutub Al-Qaniya, Egypt, 2011.

11- Dr. Omar Muhammad Abdel-Baqi, Contractual Protection of the Consumer (A Comparative Study between Sharia and Law), 2nd edition, Manshaat Al-Ma'arif Jalal, Alexandria, 2004.

12- Dr. Ghani Hassoun Taha, Sales Contract, Al-Ma'arif Press, Baghdad, 1970.

13- Dr. Muhammad Kamel Morsi Pasha, Explanation of the Civil Law, Named Contracts, Manshaet Al-Ma'arif, Alexandria, 2005.

14- Dr. Muhammad Youssef Al-Zoubi, Contracts called Explanation of the Sales Contract in Civil Law, 1st edition, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 1993.

15- Dr. Nabil Ibrahim Saad, The Named Contracts, (Sale), 1st edition, Dar Al-Nahda Al-Arabi for Printing and Publishing, Beirut, 1997.

Fourth - Laws:

1. French Civil Code of 1804, amended in 2016.
2. Egyptian Civil Law No. 71 of 1946, as amended
3. Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, as amended.
4. Yemeni Civil Law No. (22) of 2002, effective amendment.