

# تعداد محل الالتزام

فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى

إعداد

د/ أحمد عبد الحكيم أحمد العنانى  
الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون بدمهور

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه حتى يرضى ربنا.  
اللهم صل وسلم وبارك على رسول الله محمد بن عبد الله، وعلى آله، وأصحابه  
ومن اتبعه، وصلى الله وسلم على جميع الأنبياء والمرسلين والملائكة أجمعين.

وبعد.....،

فلقد تناول القانون المدني المصري الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام في الباب الثالث، وخصص الفصل الثاني لتعدد محل الالتزام<sup>(١)</sup>، وقسم التعدد إلى نوعين أولهما الالتزام التخييري، وثانيهما الالتزام البدلي، وأفرد كل نوع بأحكام خاصة وتسمى الالتزامات المتعددة المحل بالالتزامات البديلة أو البدائل من غير فرق بين النوعين في نظر كل من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup>، والإيطالي<sup>(٣)</sup>، والأسباني<sup>(٤)</sup> لأن كل واحد مما اشتمل عليه المحل يحل محل الآخر، وتبرأ ذمة المدين بأداء التزام واحد مما اشتمل عليه المحل، يعينه من أعطاه الاتفاق أو القانون الحق في الاختيار

ويثير هذا التعدد الكثير من المشكلات التي تتعلق بالرضا، ماذا لو اشترى رجل سلعة يختارها من بين سلعتين، أو أكثر، أو يختارها له البائع، أو التزم بأداء عمل من بين اثنين أو أكثر، أو التزم بالامتناع عن عمل من بين اثنين أو أكثر، يختاره المدين أو الدائن، وماذا لو اختار من له الخيار ما لا يرضاه الآخر، أو امتنع عن الاختيار لأنه لم يرتض تعيين واحد من بين ما اشتمل عليه المحل، أو احتج الطرف الآخر - الذي لا خيار له - بأنه يجهل عين ما سيختاره من له حق الاختيار، وهل يتصور منه الرضا بالمجهول الذي لا علم له بعينه؟ وتثار ذات التساؤلات فيما إذا كان حق الدائن واحدا غير أن للمدين أن يختار الوفاء بالتزام آخر بدلا من الوفاء بالحق الأصلي.

(١) المواد ٢٧٥ - ٢٧٨ من القانون المدني المصري

(٢) Artículos De 1189 jusqu'à 1196 du code civil français

(٣) Gli articoli del 1286 fino al 1291 del codice civile italiano

(٤) artículos de 1131 hasta 1136 del código civil Español

وهل يعد مسلك القانون المدني في هذا الشأن متفقاً مع مبدأ الرضا، أم يتنافى معه، ويؤدى إلى الغرر والجهالة، والمنازعة، وإيقاع الناس في الحرج، وهل يجيز فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الوصف أم يمنعونه، وما تكييف هذا التعدد في نظرهم، سنجيب عن هذه التساؤلات وغيرها - إن شاء الله تعالى - في بحثنا هذا تحت عنوان: (تعدد محل الالتزام في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين)، وذلك في ثلاثة مباحث وخاتمة.

### المبحث الأول: حقيقة تعدد محل الالتزام

### المبحث الثانى : علاقة التخيير بين شيئين فأكثر فى

### الفقهاء الإسلاميين بتعدد محل

### الالتزام فى القانون

### المبحث الثالث : أحكام الالتزامات المتعددة فى القانون

### الخاتمة : نتائج البحث

والله أسأل أن يوفقنا إلى ما يحب ويرضى، وأن يجعل كل أعمالنا له خالصة، وأن ينفع بها، والله الموفق والمستعان.

الدكتور أحمد عبد الحكيم أحمد العنانى  
الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون بدمههور  
جامعة الأزهر

## المبحث الأول حقيقة تعدد محل الالتزام

يقسم القانون المدني المصري هذه الالتزامات إلى نوعين: الأول يعرف باسم الالتزامات التخييرية، والثاني يعرف باسم الالتزامات البديلية.

١- الالتزامات التخييرية: هي اشتغال المحل على التزامين فأكثر، يلتزم المدين بالوفاء بواحد منها، وتبرأ ذمته بهذا الوفاء، ولا يلزمه الوفاء بها مجتمعة، كمن يلتزم بإقامة بناء على أرض مملوكة لرب العمل، أو نقل ملكية أرض زراعية أو أرض معدة للبناء، أو يلتزم بالإمتناع عن المنافسة في تجارة أو صناعة معينة، أو بأداء مبلغ من المال، أو بتعليم الدائن حرفة أو صناعة معينة، وتعرف هذه الالتزامات في القانون المدني المصري باسم الالتزامات التخييرية (١)

ويخرج من هذا ما إذا كان محل الالتزام واحدا غير متعدد، كما إذا التزم المقاول بإقامة بناء، فلا تبرأ ذمته إلا بتمام العمل، أو كان مشتتلا على التزامين فأكثر يجب الوفاء بهم جميعا، كمن باع قمحا وشعيرا وأرزاً وعسلا صفقة واحدة، فإنه يلتزم بتسليم هذه الأشياء مجتمعة، ولا يجوز له الوفاء بأحدها، وكمن يلتزم بالإمتناع عن المنافسة في تجارة أو صناعة معينة، وألا يزيد ارتفاع بنائه عن قدر معين من الطوابق، أو عن عدد معين من الأمتار، وأن يشيد بناء بمواصفات معينة على أرض يملكها الدائن، فإنه لا يبرأ إلا بالوفاء بجميع الالتزامات التي اشتمل عليها

(١) المادة ٢٧٥ مدني مصري، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٣٧/٣  
مذكرة المشروع التمهيدي (سمة الالتزام الذي يلحق به وصف التخيير أن محله لا ينحصر في الإلزام بأمر واحد، أو بأمور متعددة يتعين ادائها في جملتها، بل يشمل أمورا متعددة يجتزأ بالوفاء بواحد منها فحسب، ويكون - الخيار للمدين مالم يوكل أمره إلى الدائن بمقتضى اتفاق خاص أونس في القانون)، أنور سلطان في النظرية العامة للإلتزام ٢٧١، جميل الشراوى في أحكام الإلتزام ١٩٠، محمود جمال الدين زكي في النظرية العامة للإلتزامات ٨٦٦، ٨٦٧، طلبه وهبة خطاب في أحكام الإلتزام ١٧٩، سليمان مرقس في الوافي ٤/٥٥٥، سمير عبد السيد تناغو في نظرية الإلتزام ٤٤٨، ٤٤٩، عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ٣/ ١٤٥ - ١٤٠، عبد المنعم فرج الصدة في أحكام الإلتزام ٢/٢٥، ٢٦، عبد المنعم البدروى في أحكام الإلتزام ٢/٢٥٨، ٢٥٩، فتحي عبد الرحيم في النظرية العامة للإلتزامات ٢١٧ - ٢١٩، توفيق حسن فرج في أحكام الإلتزام ١١٧ - ١١٩

المحل، ولا يبرأ بالوفاء ببعضها، أو بجلها، وإنما يبرأ بالوفاء بهذه الإلتزامات  
مجتمعة<sup>(١)</sup>

نصت المادة ٢٧٥ مدنى مصرى على ما يلى (يكون الإلتزام تخييرياً إذا شمل  
محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها، ويكون الخيار  
للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك)

٢ - الإلتزامات البديلية: وهى الإلتزامات التى يكون فيها المحل واحدا غير متعدد  
إلا أن للمدين ان يوفى باللتزام آخر يحدده الإلتفاق أو القانون، وتبرأ ذمته براءة تامة  
بالوفاء بأحدهما، وتعرف هذه الإلتزامات فى القانون المدنى المصرى باسم  
الإلتزامات البديلية<sup>(٢)</sup>

نصت المادة ٢٧٨ مدنى مصرى على ما يلى: (يكون الإلتزام بديلياً إذا لم يشمل  
محلّه إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر، والشئ الذى  
يشمله محل الإلتزام لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الإلتزام،  
وهو الذى يعين طبيعته)

وعلى هذا فإن تعدد محل الإلتزام يشتمل على الإلتزامات التخييرية والبديلية على  
حد سواء، ولقد أوردها المشرع المصرى فى الفصل الثانى من الباب الثالث تحت

(١) المراجع السابقة

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ٤٧/٣ (يفترق الإلتزام البديلى عن  
الإلتزام التخييرى فى أن محل الأول ينحصر فى الإلتزام بأمر واحد يعين ابتداءً، مع تحويل  
المدين حق الوفاء ببديل عنه فتبرأ ذمته بذلك، وقد يكون مصدر الإلتزام البديلى عقداً من  
العقود، اونصاً من نصوص القانون شأنه شأن الإلتزام التخييرى من هذا الوجه)، أنور سلطان  
فى أحكام الإلتزام ٢/ ٢٧٦، ٢٧٧، جميل الشرقاوى فى أحكام الإلتزام ١٩٣ - ١٩٥، طلبة  
خطاب فى أحكام الإلتزام ١٨٥، ١٨٦، محمود جمال الدين زكى فى النظرية العامة  
للإلتزامات ٨٦٩ - ٨٧١، سليمان مرقس فى الوافى ٤/ ٥٦٣ - ٥٦٤، سمير عبد السيد  
تناغو فى نظرية الإلتزام ٤٤٩، ٤٥٠، عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط ١٧٨/٣ - ١٨٢،  
عبد المنعم فرج الصدة فى أحكام الإلتزام ٢٨، ٢٩، عبد المنعم البدرولى فى أحكام الإلتزام  
٢/ ٢٦٠، ٢٦١، فتحى عبد الرحيم ٢٢٣، ٢٢٤

عنوان : **تعدد محل الالتزام** <sup>(١)</sup>، وأفرد لكل من النوعين احكاما خاصة، فخص الالتزامات التخيرية بالمواد من ٢٧٥ حتى ٢٧٧، وخص الالتزامات البدلية بالمادة ٢٧٨ مدني، ويسمى تعدد محل الالتزام بنوعيه - سواء ما يعرف في القانون المصري بالالتزامات التخيرية او بالالتزامات البدلية - يعرف باسم الالتزامات البدلية أو البدائل من غير فرق بين النوعين، فإذا اشتمل المحل على التزامين فأكثر، أو كان للمدين أن يوفى بالتزام بدلا عن الآخر كان كل ما اشتمل عليه الالتزام محلا لالتزام المدين وتبرأ ذمته بالوفاء بواحد منها، لأن كل التزام يعد بديلا عن الآخر من غير فرق بين النوعين في نظرنصوص كل من القانون الفرنسي <sup>(٢)</sup> والإيطالي <sup>(٣)</sup>، والأسباني <sup>(٤)</sup>

ويمكن تعريف محل الالتزام المتعدد : بأنه المحل الذي يشتمل على التزامين أو أكثر يجب على المدين الوفاء بأحدهم، والخيار في تعيين ما يلزم الوفاء به للمدين أولدائن وفقا لنص الاتفاق أو القانون.

### شروط المحل :

لايوصف محل الالتزام بالتعدد إلا إذا توافر في اثنين على الأقل من الالتزامات التي اشتمل عليها الشروط التي يجب توافرها في محل الالتزام، فإذا توافرت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية المذكرة الإيضاحية ٣٦/٣ (عمد المشروع - فيما تعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام إلى الجمع بين الالتزام التخيري والالتزام البدلي في الفصل المعقود لها مقنن في ذلك بالتقنين اللبناني، ولعل في دقة التفريق بين هذين الضربين من الالتزام ما يمتنع معه الإغضاء عن إهمال التقنين المصري والتقنين الفرنسي، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي للالتزامات البدلية)

(٢) Article 1192 (L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation)

(٣) Art 1285 (II deitore di un'obbligazione alternative si libera eseguendo una delle due prestazioni dedotte in oppligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra)

(٤) Artículo 1131 (El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por omplete una de éstas.

EL acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra)

الشروط في التزامين أو أكثر كان المحل متعددا، وإذا لم تتوافر الشروط إلا في التزام واحد كان الالتزام بسيطا حقيقة، وإذا لم تتوافر الشروط في أي منها كان الالتزام باطلا وفقا لما قرره القانون المدني المصري<sup>(١)</sup> ولا يوصف الالتزام بالبدلي في رأي القانون المدني المصري إلا إذا توافر في البديل والأصيل معا شروط محل الالتزام، فإذا لم تتوافر الشروط في البديل وتوافرت في الأصيل كان الالتزام بسيطا، وإذا لم تتوافر في الأصيل كان الالتزام باطلا، سواء توافرت شروط محل الالتزام في البديل أم لم تتوافر<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين الالتزامات التخيرية والبدلية - كما أسلفنا - في نظر كل من القانون المدني الفرنسي، والإيطالي، والأسباني، وبيننا أن هذه الالتزامات تعرف بالبدلية أو البدائل، ويبرأ المدين بالوفاء بأحدها. وعلى هذا يجب أن تتوافر شروط محل الالتزام في التزامين أو أكثر حتى تكون الالتزامات بدلية، وإذا لم تتوافر شروط المحل إلا في التزام واحد كان الالتزام بسيطا، وإذا لم تتوافر الشروط في أي واحد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ٣/ ٣٨ مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني (ويشترط لإلحاق وصف التخير بالالتزام أن يتعدد ما يرد الالتزام عليه على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للاختيار فإذا امتنع الإلزام بأكثر من أمر واحد بسبب عدم توافر الشروط القانونية فيما عداه " كما إذا كان الأمر الآخر تكليفا غير ممكن أو غير مشروع " فلا يكون للالتزام من وصف التخير إلا الظاهر، إذ الواقع أنه ينعقد بسيطا غير موصوف، ويقتصر محله على ذلك الأمر الذي قامت به صلاحية الإلزام دون غيره) أنور سلطان ٢٧٢، جميل الشرفاوي ١٩٠، طلبه خطاب ١٨٠، محمود جمال الدين زكي ٨٦٧، سليمان مرقس ٥٥٦، سمير عبد السيد تناغو ٤٤٨، عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ٣/ ١٤٣، عبد المنعم فرج الصدة ٢/ ٢٥، عبد المنعم البدرأوي ٢٥٨، فتحى عبد الرحيم ٢١٨، ٢١٩ توفيق حسن فرج ١١٨

(٢) المرجع السابق ٣/ ٤٧ (ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكليف الأصيل الذي يرد عليه، ويعتبر محلا له على وجه الأفراد، دون البديل الذي يكون للمدين أن يبرئ بأدائه، ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلي ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلا قبل اعدار المدين بغير خطأ منه، ولكنه يظل على نقيض ذلك قائما رغم استحالة الوفاء بالبديل ----)، محمود جمال الدين زكي ٨٧٠، سليمان مرقس ٥٦٤، عبد الرزاق السنهوري ١٧٩، محمود جمال الدين زكي ٨٧٠

مما اشتمل عليه المحل كان الإلتزام باطلا وهو رأى القانون الفرنسى<sup>(١)</sup> والإيطالى<sup>(٢)</sup>، والأسباني<sup>(٣)</sup>

### مصادر التعداد:

١- الإلتفاق: و هو المصدر الغالب لهذه الإلتزامات، فإذا اتفق المدين مع الدائن على الوفاء بواحد من بين التزامين أو أكثر، أو الوفاء بالإلتزام آخر بدلا من الإلتزام الأسمى كان مصدر هذا الإلتزام هو العقد، وفقا لما قررتة نصوص كل من القانون المدنى المصرى<sup>(٤)</sup>، والفرنسى<sup>(١)</sup>، والمنصوص عليه فى كل من القانونين الإيطالى<sup>(٢)</sup>، والأسباني<sup>(٣)</sup>

(١) Article 1192 Précédente , Article 1196 (Les mêmes principes s'appliquent au cas où il ya plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative) , Articles 1129 à 1131 , 1133

(٢) Articolo precedente nel 1285 , Art 1288 (L'obbligazione alternative si considera semplice, se una delle due prestazioni non poteve formare oggetto di obbligazione o se è divenuta impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti) , Art 1291 (Le regole stabilie in questa sezione si osservano anche quando le prestazioni dedotte obbligazione sono più di due) , Art 1325 , 1345 , 1346 , 1418

(٣) El articulo 1131 anterior , Articulo 1132 (----- El deudor no tendrá dercho a elegir las prestaciones imposibles, ilicitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación) , Materiales 1255 , 1272 , 1273 , 1275

(٤) المادتين ٢٧٥، ٢٧٨ من القانون المدنى المصرى، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ٣/٣٧ مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى (ذلك أن الإلتزام التخييرى قد يكون مصدره التعاقد أو نص فى القانون)، ص ٤٧ (وقد يكون مصدر الإلتزام البدلى عقدا من العقود، أو نصا من نصوص القانون)، أنور سلطان ٢٧٢، جميل اشراقوى ١٩٠ - ١٩٤، طلبية وهبة خطاب ١٨١، ١٨٥، محمود جمال الدين = زكى ٨٦٧، ٨٧٠، سليمان مرقس ٥٥٧، ٥٨٥، ٥٦٣، سمير عبد السيد تناغو ٤٤٨ - ٤٥٠، عبد الرزاق

٢- القانون : يعد القانون أيضا مصدرا لتعدد محل الالتزام، كما في نص المادة ٢٧٣مدنى مصرى (يسقط حق المدين فى الأجل ----- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق، أو بمقتضى نص فى القانون، هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين -----) (٤) وهذا النص يخيرالدائن بين مطالبة المدين بأداء الحق فورا

السنهورى ١٥١، ١٨٣، عبد المنعم فرج الصدة ٢٥، ٢٨، عبد المنعم البدرأوى ٢٥٩، ٢٦١، فتحى عبد الرحيم ٢١٧، ٢٢٤، توفيق حسن فرج ١١٨.

(١) Article 1189 (Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation) , Article 1192 précédente

(٢) Art 1173 (Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico) , Articolo precedente nel 1285 ,Art 1286 (La scelta spetta al debitore se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo.

La scelta diviene irrevocabila con l'esecuzione di una delle due prestazioni, ovvero con la dichiarazione di scelta, comunicata .all'altra parte, o ad entrambe se la scelta è fatta da un terzo

Se la scelta non è Se la scelta deve essere fatta da più persone, il giudice può fissare loro un termine fatto nel termine stabilito, essa è fatta dal giudice)

(٣) Artículo 1091 (las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor (de los mismos

Artículo 1132 (La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor)

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ٣ / ٣١، مذكرة المشروع التمهيدي (وينصرف حكم النص إلى كل تأمين خاص، ولو كان قد أنشئ بمقتضى عقد لاحق لنشوء الدين، كرهن رسمى إضافى رتب فيما بعد، أو بمقتضى نص فى القانون، كحق امتياز، أو

لسقوط الأجل بسبب إضعاف التأمينات بفعل المدين وبين مطالبته بتكملة التأمين، أو بلفظ آخر بتعويض ما نقص من التأمين، ولا يمس هذا بالالتزام الأصلي للمدين، وإنما يتعلق بحلول هذا الالتزام أو تأجيله، فللدائن المطالبه بحقه فوراً لسقوط الأجل بسبب إضعاف التأمين الخاص بفعل المدين، وللدائن المطالبة بتكملة التأمين مع الإبقاء على الأجل، فالأمر يخص تأمين حق الدائن.

ولقد طبقت المادة ١٠٤٨/١ مدني مصري نفس الحكم في الرهن الرسمي، فنصت على ما يلي: (إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً)

وهذا النص يخير الدائن بين المطالبة باستيفاء حقه فوراً، وبين الإبقاء على الأجل والمطالبة بتقديم تأمين كافٍ، بأن يلزم المدين بتقديم تأمين آخر يحل محل العقار المرهون على أن يكون كافياً للوفاء بحق الدائن عند حلول الأجل<sup>(١)</sup>

وقد يجعل القانون الخيار للمدين كما في نص المادة ١٠٤٨/٢ (فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً، أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل، وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق الإفاء باستيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين)

بمقتضى حكم من القضاء كحق الإختصاص، أما إضعاف الضمان العام وهو ما يتناول أموال المدين في جملتها فلا يكفي بمجرد سقوط الأجل بيد أنه ينبغي التفريق بين فرضين فيما يتعلق بإضعاف التأمينات الخاصة فإذا كان إضعاف هذه التأمينات قد حدث بفعل المدين فللدائن الخيار بين استيداء الدين فور الوقت وبين المطالبة بتأمين إضافي، فثمة التزام تخييري تثبت فيه رخصة الخيار للدائن، ص ٣٧ (وهو يتشئ التزاماً تخييرياً عهد فيه بالخيار للدائن، فله أن يستأدى الدين، أو أن يطالب بتأمين إضافي، انظر المادة ٣٩٦ فقرة ٢ من المشروع) المادة ٢٧٣ مدني مصري

(١) المرجع السابق ٧/ مذكرة المشروع التمهيدى ٥٢ (فإن هلك العقار أو تلف بخطأ الراهن كان الدائن المرتهن مخيراً بين اعتباره قد حل فوراً فيقتضيه، أو طلب تأمين كافٍ يحل محل العقار المرهون)

فلقد خير القانون المدين بين الوفاء بما التزم به فوراً، أو تقديم تأمين يكفي للوفاء بحق الدائن حين حلول الأجل، لأن تبعة هلاك التأمين - هنا - على المدين،<sup>(١)</sup> ولا علاقة لهذا بالالتزام الأصلي، ولا يمس ذاته، ولا يغير من طبيعته، والأمر لا يخرج عن الإبقاء على الأجل مع تأمين حق الدائن أو سقوط الأجل وقد ينص القانون على تخويل المدين حق الوفاء بالتزام آخر بدلا من الوفاء بالالتزام الأصلي، كما في نص المادة ٢٧٣ مدني مصري (-----) أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا يدخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا (----)<sup>(٢)</sup> وهذا يعني ان للمدين أن يتوقى سقوط الأجل بتقديم ضمان يكفي الوفاء بالحق غير أن المادة ١٠٤٨ مدني قد جعلته التزاما تخييريا إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي (ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل)<sup>(٣)</sup> وفي هذا دليل على أن المشرع المصري لا يميز بين ما سماه بالالتزام التخيري وما سماه بالالتزام البدلي

(١) المرجع السابق ٥٣ / ٧ (وإذا كان الهلاك بسبب أجنبي كان المدين هو المخير بين وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل - بعد انتقاصه الفوائد محسوبة بالسعر القانوني إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية - أو تقديم تأمين كاف، وكل هذه الأحكام تتفق مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات "مادة ٣٩٦ من المشروع") ووردت هذه المادة في القانون المدني تحت رقم ٢٧٣ المرجع السابق ٢٩/٣

(٢) المرجع السابق ٢٩ / ٣ مذكرة المشروع التمهيدي (أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا يدخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين)، ص ٣١، ٣٢ (أما إذا كان إضعافها يرجع إلى سبب لا يدخل لإرادة المدين فيه فيسقط الأجل أيضا، ولكن للمدين أن يتوقى هذا السقوط بأن يقدم للدائن تأمينا إضافيا، فثمة التزام بدلي يوكل فيه امر الإبدال إلى المدين) ص ٤٧ (فيتعين على المدين في هذا الفرض أن يفى من فوره بالالتزام، ويكون له مع ذلك أن يتوقى هذا الوفاء بتقديم تأمين إضافي)

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية "مذكرة المشروع التمهيدي" ٥٣ / ٧

ونصت المادة ٤٤٢ مدنى مصرى على يلى: (إذا توى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود، أو بأداء شئ آخر كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه، أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات)

ويلاحظ أن البائع يضمن للمشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه فإذا توى المشتري (استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود، أو أى شئ آخر كان ذلك وفاء بمقابل، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها، أو لم يتدخل، كان للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية، وجميع المصروفات، وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر) (١)

والحق أنه لا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق لأن المحكمة لم تقض للمدعى باستحقاق المبيع، ولم يقر البائع لمدعى الاستحقاق بأحقية فيما يدعيه، ولا يتعدى الأمر سوى منازعة من يدعى الاستحقاق للمشتري، فأراد المشتري قطع هذه المنازعة بما دفعه، فليس له عدالة إلا الرجوع على البائع بما دفعه، وتعويض ما أصابه من أضرار، ولا يستطيع الرجوع بضمان الاستحقاق لأن المبيع لم يقض باستحقاقه، ولم يسلم البائع لمدعى الاستحقاق بما يدعيه، فيكون الالتزام بسيطا وليس بدليا، وإذا رفعت دعوى استحقاق المبيع، وقضى للمستحق بما ادعاه، فاتفق المشتري مع من قضى له باستحقاق المبيع على إعطائه نقودا أو شيئا آخر، فإن المشتري يكون قد اشتراه من مالكه " الذى قضى له باستحقاق المبيع " ويرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق وفقا للقواعد العامة (٢)

ومن المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية ما يلى: (إذا كان الثابت فى الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات

(١) المرجع السابق ٩٢ / ٤

(٢) المرجع السابق

التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول - اشتراه من المطعون عليه الثاني وآخر - وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه "المالك الأصلي لهذه الأرض" ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين - وهو البائع للبايعين له - بهذا المبلغ فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لابوصفه مدينا شخصيا للبنك، وإنما بوصفه بائعا للبايعين للمطعون عليه الأول، وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع، فيجب عليه الضمان، ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشتري - ما دفعه للبنك . لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الإقرار المؤرخ ---- بأن يدفع دين البنك أو ائتمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقرارا بالتزامه بضمان الإستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها في المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدني، إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام (١)

ونصت المادة ٨٤٥ مدنى مصرى على مايلي (بجوزنقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس - على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة - وللمدعى عليه أن يقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته)

يفترض فى هذه الحالة أن المتقاسم المغبون لم يعلم بالغبن ولم يرض به، فإذا علم به ورضى أثناء القسمة أو بعدها سقط حقه فى المطالبة بإعادة القسمة، فإذا ظهر له أنه اصيب بغبن يزيد على الخمس كان له المطالبة بإعادة القسمة خلال السنة التالية فإذا أعيدت القسمة وجب إزالة ما لحق المتقاسم من غبن، وللمتقاسمين أو للمتقاسم الآخر " المدعى عليه أو عليهم " اعطاء المغبون ما نقص من حصته عينا، أو تعويضه عن النقص الواقع فى حصته نقدا، غير أن تعويضه نقدا عن النقص الواقع فى حصته يتوقف فى رأى على قبوله المعاوضة.

(١) الطعن رقم ٢٠١ س ٤٢ ق جلسة ١١/١٦/ ١٩٧٦/ المجموعة الرسمية س ٢٧ ص ١٥٨٣

موسوعة أحكام ومبادئ النقص خالد شهاب ٣/ ١٦١١، ١٦١٢

والملاحظ أن الموفى به في حال إعادة القسمة هو عين الموفى به في حال توقي إعادتها من جديد، فلا يخرج الحال عن وفاء المدين بما عليه اختياراً، وإلا الزم به قضاء، وليس هذا من قبيل الالتزام البدلي .

ومن المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ما يلي (جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدني من الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز بذاته نقضها، ومن ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن إسقاط الطاعة حقها في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون) (١)

ومن أمثلة الالتزامات البدلية ما نصت عليه المادة ١٢٩ مدنى مصرى (إذا كانت التزامات أحد العاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذ المتعاقد من فائدة بموجب العقد، او مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن)

ونص الفقرة الأخيرة يعد التزاماً بدلياً لأن (المتعاقد الذى استغل صاحبه يصبح مدنياً بالالتزام أصلى هو إعادة ما أخذ - بعد إبطال العقد - واسترداد ما دفع، ولكن القانون هياً له بديلاً إذا وفى به، قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلى، فللمدين

(١) الطعن رقم ٥١ س ٤٠ ق جلسة ١/٤ / ١٩٧٥، المجموعة الرسمية س ٢٦ ص ٧٢٨، موسوعة أحكام ومبادئ النقض خالد شهاب ٦ / ٣١٣٥، وراجع أيضاً الطعن رقم ٣٥٩ س ٣٤ ق جلسة ٥/١٢ / ١٩٦٨ المجموعة الرسمية س ١٩ ص ١٤٨٠، موسوعة أحكام ومبادئ النقض خالد شهاب ٦ / ٣١٣٤

أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن، وهذا القدر الكافى لرفع الغبن ليس إلا البديل الذى قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأسمى<sup>(١)</sup>

ولكن متى يلتزم هذا المتعاقد بإعادة ما أخذ واسترداد ما دفع، لا شك انه لا يلتزم به إلا بعد إبطال العقد، ولا يبطل القاضى العقد إلا إذا لم يعرض هذا المتعاقد ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن، فإذا قضت المحكمة بالإبطال سقط حقه فى توقيه لأنه لم يعرضه قبله، فإذا عرضه قبله لا يكون ملتزماً إلا بالالتزام واحد هو أن يوفى بما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن.

ولقد كان المشرع المدنى دقيقاً فى هذا إذ عبر بتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال فلقد جعله دفعا يدفع به الطرف الآخر دعوى الإبطال التى رفعها خصمه، وليس هذا من قبيل الإلتزام البدى لأن الدعوى بمجرد ما لاتلزم المدعى عليه بشيء، وإنما يلزمه إعادة الحال إلى ما كان عليه بعد القضاء بالإبطال، وبعد القضاء به لا يمكنه أن يعرض ما يراه القاضى مناسباً لرفع الغبن لأنه لم يعرضه قبله، وإذا عرضه قبله لم تقض المحكمة به، ولا يلزمه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد لانتفاء البطلان، ودعوى الإبطال بمجرد ما لاتلزمه بشيء، وإنما يلزمه الحكم القاضى بالإبطال بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، ولقد أجاز له المشرع توقي الدعوى، وليس الوفاء بالالتزام بدلا عن آخر

أوجه الاتفاق بين الإلتزامات التخيرية والبديلية فى القانون المصرى:

١ - يجمع بين الإلتزامات التخيرية، والإلتزامات البديلية أن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بأحد هذه الإلتزامات.<sup>(٢)</sup>

(١) السنهورى فى الوسيط ٣ / ١٨٣

(٢) المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى، مجموعة الأعمال التخيرية للقانون المدنى المصرى ٣ / ٣٧ مذكرة المشروع التمهيدي، والسابق نصها، المادة ٢٧٨ من القانون المدنى المصرى، مجموعة الأعمال التخيرية ٣ / ٤٧ مذكرة المشروع التمهيدي (يفترق الإلتزام البدى عن الإلتزام التخيرى فى أن محل الأول ينحصر فى الإلتزام بأمر واحد يعين ابتداء، مع تحويل المدين حق الوفاء ببديل عنه، فترا ذمته بذلك).

- ٢- الخيار لا يكون إلا للمدين في الالتزامات البديلية، وهو كذلك في الالتزامات التخييرية ما لم ينص القانون أو يقضى بالإتفاق بغير ذلك. (١)
- ٣ - يحل كل واحد من الالتزامات التخييرية التي يشتمل عليها المحل محل الآخر في الوفاء، وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها (٢) كما تبرأ ذمة المدين في الالتزامات البديلية بالوفاء بالبديل أو الأصل (٣).
- ٥- ليس لمن له الحق في الاختيار أن يختار شقاً من شيء أو تكليف، وشقاً من الآخر، وإنما يجب عليه أن يختار شيئاً أو تكليفاً كاملاً مما اشتمل عليه المحل المتعدد (٤) وهو المنصوص عليه في كل من القانون الفرنسي (٥)

والإيطالي (٦) والأسباني (٧)

(١) المادتين ٢٧٥، ٢٧٨ من القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ٤٧/٣ مذكرة المشروع التمهيدي والسابق نصها

(٢) المراجع السابقة

(٣) المراجع السابقة

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٨/٣ مذكرة المشروع التمهيدي (لايجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محلى التخيير، وشق من المحل الآخر)، سليمان مرقس ٥٥٩، عبدالرزاق السمهوري ١٥٨

(٥) Article 1191 (Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre)

(٦) Art 1285 (Il debiore di un' obbligazione alternativa si libera eseguendo una delle due prestazioni dedotte in obbligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra)

(٧) Artículo 1131 (El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.

El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra)

ويجوز لمن له الحق في الاختيار أن يختار الوفاء بشق من واحد وشق من الآخر، أو أن يختار الوفاء بثلاث من كل واحد - إذا كان التخيير بين ثلاثة - بموافقة الطرف الآخر لأن الحق له (١)

### الفرق بين الالتزام التخييري والبدلي في القانون المدني المصري :

١ - لقد أعطى القانون الخيار للمدين وحده في الالتزامات البدلية، فله الوفاء بالالتزام الأصلي أو البديل (٢)، ولا يملك الدائن إلا المطالبة بحقه الأصلي دون سواه، وليس له رفض البديل إذا اختار المدين الوفاء به، وإنما يلزمه قبوله (٣) وفي الالتزامات التخييرية يجوز ان يعطى الخيار لأحدهما وفقا لما يقضى به الإتفاق أو القانون.

ويناقش هذا بأن الإتفاق أو القانون قد ينص على أن الخيار للمدين في الالتزامات التخييرية كما ينص على هذا في الالتزامات البدلية، فالمصدر في الحالتين هو الإتفاق أو نص القانون دون ما سواهما، فلافرق، ولا مانع من أن يكون حق الدائن واحدا بالاتفاق، او القانون، وأن يكون التزام المدين تخييريا من بين الالتزامات المتعددة التي يشتمل عليها المحل بمقتضى الإتفاق أو النص.

٢- الإلتزام التخييري لا يمكن تحديد طبيعته- قبل الاختيار - إذا اختلفت الأشياء أو التكاليفات في طبيعتها، فلا نعلم إذا كان الإلتزام متعلقا بعقار أو منقول، ولا يمكن تحديد قيمته إذا كانت قيم الأشياء أو التكاليفات مختلفة، فإذا تعين أحد الأشياء أو التكاليفات بتعيين من له حق الاختيار، او بهلاك الجميع إلا واحدا - ولم يكن الإلتزام محصورا إلا فيه - أمكن في هذه الحالة تحديد طبيعة الإلتزام التخييري (٤)، بينما تتحدد طبيعة الإلتزام البدلي وفقا للإلتزام الأصلي قبل اختيار المدين بصرف

(١) المراجع السابقة

(٢) المادة ٢٧٨ / ١/ مدنى مصرى، مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ / ٤٧، السنهورى فى الوسيط ٣ / ١٨١.

(٣) المادة ٢٧٨ / ١/ مجموعة الأعمال التحضيرية مذكرة المشروع التمهيدي ٣ / ٤٧، السنهورى ٣ / ١٨٠

(٤) عبد الرزاق السنهورى ٣ / ١٨٠، ١٨١، عبد المنعم البدر اوى ٢٦٢

النظر عن البديل<sup>(١)</sup> (ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكليف الأصيل الذي يرد عليه، ويعتبر محلاً على وجه الأفراد، دون البديل الذي يكون للمدين أن يبرئ ذمته بأدائه، ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلي ينقض إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلاً قبل إعدار المدين بغير خطأ منه، ولكنه يظل على نقيض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالبديل " انظر المادة ٦٩ من التقنين اللبناني " وكذلك يرجع في اعتبار الالتزام البدلي عقاراً أو منقولاً، وفي التقاضي بشأن هذا الالتزام ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة أو الاختصاص إلى محله الأصيل دون البديل)<sup>(٢)</sup>

ويلاحظ أن الأحكام السابقة مصدرها النص التشريعي، وهو تحكى يستند إلى إرادة المشرع دون سواه (والشئ الذي يشمل محل الالتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام، وهو الذي يعين طبيعته)<sup>(٣)</sup>

٣ - يعد الالتزام بسيطاً من وقت نشوئه، متى اختار من له حق الاختيار واحداً من الالتزامات التخييرية<sup>(٤)</sup>

أما اختيار المدين الوفاء بالبديل فلا يرتد أثره إلى وقت نشوء الالتزام لأن محله منذ البداية واحداً<sup>(٥)</sup>

ويناقش هذا: ما الوصف الذي يصدق على الالتزام في الفترة السابقة على الاختيار، هل يوصف بأنه التزام تخييري، أو بسيط، لاشك أنه التزام تخييري " متعدد " بنص في القانون، فلماذا نغفل هذه المرحلة، وتعتبر كأن لم تكن منذ

(١) المادة ٢٧٨ / ٢ مدنى مصرى

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ / ٤٧، ٤٨

(٣) المادة ٢٧٨ / ٢ مدنى مصرى

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية مذكرة المشروع التمهيدي ٣٩ / ٢ (ويعتبر الشئ الذي وقع الاختيار عليه كما لو كان هو الواجب الوفاء وحده من بادئ الأمر)، السنهورى فى الوسيط ١٣٦ / ٣

(٥) المرجع السابق ٤٧ (يفترق الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري فى أن محل الأول ينحصر منذ البداية فى الإلزام بأمر واحد يعين ابتداء مع تحويل المدين حق الوفاء ببديل عنه فتبرأ ذمته بذلك)

نشأة الالتزام، إنه تجاهل لحقيقة واقعة - يرتب عليها المشرع أحكاماً - يجب مراعاتها، والقول بأن الالتزام يصبح بسيطاً من وقت الاختيار يجافى الحقيقة والواقع، وهو أمر افتراضى، لا حقيقى مرده إلى إرادة المشرع، ولا يعتمد على تفرقة عقلية أو منطقية (١)

والحق أيضاً أن المدين فى الالتزامات البدلية مخير بين الوفاء بأحد محلين الأصيل أو البديل، فهو التزام تخييرى فى جانب المدين دون الدائن.

٤- فى الالتزامات البدلية إذا لم تتوفر شروط محل الالتزام فى الالتزام الأصيل كان الالتزام باطلاً، ولو توافرت فى البديل، وإذا لم تتوفر الشروط إلا فى واحد مما اشتمل على الالتزام التخييرى كان الالتزام بسيطاً وفقاً لما أسلفناه. ويناقش بأن الذى جعل أحدهما أصيلاً والآخر بديلاً هو المشرع.

وما أرجحه أنه لافرق بين النوعين، ولقد احسنت القوانين الفرنسية والإيطالية والأسبانية صنعا حين نبذت التفرقة بين النوعين.

الفرق بين الالتزامات المتعددة وما قد يشتهب بها :

١- الفرق بينها وبين التعويض الإلتاقى " الشرط الجزائى "

أ- لا يعد الوفاء بأى من لالتزامات المتعددة تعويضاً عن إخلال المدين بالتزامه، أما الشرط الجزائى فهو التعويض الذى يقدره العاقدان فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ولا يستحق هذا التعويض إلا فى حال إخلال المدين بالتزامه، أو التأخر فى التنفيذ (٢)

ب- إذا كان التنفيذ العينى ممكناً، واختاره أحدهما فليس للآخر دائناً أو مديناً أن يختار التعويض الإلتاقى فى مقابل التنفيذ العينى، ولهما التراضى معاً على

(١) أنورسلطان ٢٧٤، طلبة وهبة خطاب ١٨١، محمود جمال الدين زكى ٨٦٩

(٢) المادة ٢٢٣ مدنى مصرى، مجموعة الأعمال التحضيرية مذكرة المشروع التمهيدي ٢/ ٥٧٣ (ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد تقدير إتفاقى للتعويض الواجب أدائه، فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذا من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهى الخطأ والضرر والإعذار) طلبة وهبة خطاب ١٨٠، سليمان مرقس ٥٦٤، عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط ٣/ ١٤٦

التنفيذ بطريق التعويض الإتفاقي، وفقا لأحكام القانون المدني المصري الصادر بالقانون ١٢١ / ١٩٤٨م<sup>(١)</sup> ولقد كانت المادة ٩٨ من القانون المدني الأهلي تجيز للدائن بعد تكليف المدين بالوفاء تكليفا رسميا في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه اختيار أحد طريقين لتنفيذ الإلتزام، فله المطالبة بتنفيذ الإلتزام الأصلي أو التعويض الإتفاقي<sup>(٢)</sup>، وهو نفس ما رددته المادتين ١٢٢٨ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٣)</sup>، ١١٥٢ من القانون المدني الأسباني<sup>(٤)</sup> غير أن للمحكمة في فرنسا أن تجيب الدائن إلى طلب التعويض الإتفاقي، ولها أن تقضى بالتنفيذ العيني متى كان ممكنا وفقا لسلطتها التقديرية<sup>(٥)</sup> وأجازت المادة ١٥٢ من القانون المصري المختلط للمدين " المتعهد " أن يوفى بالإلتزام الأصلي تاما غير منقوص، ويمنع بهذا خيار الدائن إذا كان التعويض يعد شرطا اتفاقيا على عدم الوفاء بالإلتزام، بخلاف ما إذا كان التعويض المقرر بالشرط يعد جزاء على مجرد التأخير في الوفاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية مذكرة المشروع التمهيدي ٥٧٤ / ٢ (فليس للدائن أن يستأدى هذا الجزاء، وليس للمدين أن يعرض أداءه ما دام الوفاء العيني ممكنا، ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي ليس بالتزام بدلي أو تحييري)،، السهوري ١٤٦/٣  
(٢) نصت المادة ٩٨ من القنون المدني الأهلي على ما يلي: (إذا كان التعهد بشئ معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشئ متعهد به في الأصل كان الخيار للمتعهد إليه في طلب وفاء التعهد الأصلي أو التعهد الجزائي بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا) راجع أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ / ٥٤٥ " المذكرة الإيضاحية "

(٣) Article 1228 (Le créancier , au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure , peut poursuivre) , Boris STARCK P 628. N 2118

(٤) Articulo 1152 (En las opligaciones con cláusula la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento , si otra cosa no se hubiere pactado sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente código)

(٥) Boris STARCK P. 628 N 2118

ج - إذا استحال على المدين بسبب أجنبى لايد له فيه الوفاء بأحد الالتزامات التخيرية تعين الوفاء بالالتزام الاخر إذا انحصر الخيار بين اثنين فقط، ويثبت الخيار في الباقي إذا كان الخيار أصلاً بين ثلاثة أو أكثر، بخلاف الالتزام المقترن بالتعويض الاتفاقي فإن ذمة المدين تبرأ منه براءة تامة باستحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبى لايد للمدين فيه، وليس للدائن المطالبة بالتعويض الاتفاقي أو غيره من التعويضات (١)

٢- الفرق بين الالتزام التخيري والالتزام المعلق على شرط واقف:

الالتزام المعلق على شرط واقف معلق على شرط غير محقق الوقوع (٢) بخلاف الالتزام التخيري فليس معلقاً على اختيار من له الحق فيه، او من ينقل

(١) السنهاورى فى الوسيط ٣ / ١٤٦

(٢) المادة ٢٦٥ مدنى مصرى (يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع)، مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ / ٧ مذكرة المشروع التمهيدى (إذا كان الأمر مستقبلاً ولكن محقق الوقوع فهو من قبيل الأجل ولا تنطوى الإضافة إليه على حقيقة التعليق)، السنهاورى فى الوسيط ٣ / ١٤٧

L'Article 1268 du code civil Français (L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement future et incertain' soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la resilient, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas)

= =

==

L'articolo 1353 del codice civile Italiano (Le parti possono subordinare ) l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto aun avvenimento futuro e incerto)

El artículo 114 del código civil español (En las obligaciones ) condicionales la adquisición de los derechos, asi como la resolución

القانون الحق في الاختيار إليه ؛ لأن الاختيار سيقع حتما، إما من الطرف الذي له الحق فيه، أو ورثته، أو ممن ينقل القانون الحق إليه في حال امتناع من له الحق فيه أو ورثته عن الاختيار (١)

ومن المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية مايلي: (متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو مزاد الأطنان الواردة به على البائع في جلسة المزادة أمام المحكمة الشرعية، وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة على الطاعن " المشتري " دون البائع فإنه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع، واعتباره كأن لم يكن، ولا يعيده إلى الوجود إجازة صاحب المصلحة في التمسك بانعدامه ما دام أنه لم ينعقد أصلا منذ البداية نتيجة لإعمال الأثر الرجعي للشرط الواقع، ومن ثم فاستلام الطاعن للأطنان محل النزاع وإقراره بشرائها، وسداده أغلب ثمنها، وتصرفه بالبيع في جزء منها كل ذلك ليس من شأنه أن يعيد إلى العقد وجوده) (٢)

(متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين " بيع أطنان موقوفة " بأنه معلق على شرط احتمالي، ذلك لأن الشرط الإحتمالي هو الذي يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علق على شرط موقوف هو شرط موافقة هيئة التصرفات

o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición)

(١) المواد ٢٧٥ - ٢٧٧ من القانون المدني المصري

Matériaux en 1189 jusqu'en 1196, 1302 du code civil Français.

Articoli di 1286 fino al 1291 del codice civile Italiano

Articulos de 1131 hasta 1136 del código civil Española

(٢) الطعن رقم ١٥٩ س ٢٦ ق جلسة ١١ / ١ / ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٩ موسوعة أحكام ومبادئ

النقض خالد شهاب ١٣٠٤/٣

بالمحكمة الشرعية على البديل، فإن تكيف الحكم لالتزام البائع بأنه معلق على شرط واقف إنما هو تكيف صحيح<sup>(١)</sup>

(من القواعد العامة في الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام أنه إذا علق الالتزام على شرط هو ان لا يقع أمر في وقت معين فإن الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر، وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع، فإذا لم يحدد وقت فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حد اليقين، وتقدير ذلك بأدلة تبرره عقلا مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع)<sup>(٢)</sup>

(مفاد نص المادتين ٢٦٥، ٢٧١ من القانون المدني أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصف يلحق الالتزام فإنهما يختلفان في قوامهما إختلافاً ينعكس أثره على الالتزام الموصوف، فبينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققاً في قيامه أو زواله إذا بالالتزام المضاف إلى أجل يكون محققاً في وجوده، ولكنه مؤجل النفاذ، أو مؤجل الإنقضاء)<sup>(٣)</sup>

### ٣ - علاقة الالتزامات المتعددة "التخييرية والبديلية" بالعربون:

نصت المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري على ما يلي (دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر)

(١) الطعن رقم ٤٢٩ س ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٧ س ١٧ ص ١٣٢٣ راجع أيضاً جلسة

١٢/١١ / ١٩٧٤ س ٢٥ المرجع السابق ١٣٠٤

(٢) الطعن رقم ٦٧٩ س ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦ / ٣/٢١ / ١٩٧٦ س ٢٤ ض ٨٣٨ المرجع السابق ١٣٠٥

(٣) الطعن رقم ٦٨ س ٤٢ ق جلسة ١٩٨٢ / ٤/١٥ / ١٩٨٢ س ٢٣ ص ٤١٧ موسوعة أحكام ومبادئ

النقض خالد شهاب ١٣٠٦/٣

فالأصل في العربون أنه يعطى لكل من المتعاقدين الحق في العدول، إلا إذا وجد ما يدل على مخالفة هذه القرينة، ومن المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية ما يلي (النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدني على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى بغير ذلك، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على وإن كان لدفع العربون دلالة العدول إلا أن شروط التعاقد قد تقضى بغير ذلك، والمرجع في بيان هذه الدلالة هو بما تستقر عليه نية المتعاقدين، وإعطاء العربون حكمه في القانون، وأن لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتا أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة) (١)

(-----) إن القانون قد وضع قرينة مفادها أن الأصل في دفع العربون وقت العقد أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا - مستخلصا من ظروف الدعوى ووقائعها - على أن دفع العربون يقصد به تأكيد العقد، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن، ونية المتعاقدين وحدها هي التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني، فإذا ثبت للمحكمة اتجاه نية العاقدين إلى الأخذ بالقرينة الواردة في المادة ١٠٣ من القانون المدني سألفة الذكر بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما في العدول عن الصفقة فيستطيع المشتري العدول فيخسر العربون الذي دفعه نظير هذا العدول، وكذلك يستطيع البائع أن يرجع عن البيع ويكون الجزاء في هذه الحالة هو رد ضعف العربون الذي قبضه، وذلك بغض النظر عن الضرر الذي يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول إعمالا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سألفة الذكر، أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأي من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءا من الثمن، وجاز لأي

(١) الطعن رقم ٧٢ س ٥٥ ق جلسة ١١/٥/ ١٩٨٨ المرجع السابق ١ / ٤٥٨

من الطرفين إلزام الآخر بتنفيذ العقد، ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ مع التعويض إن كان له وجه<sup>(١)</sup> وعلى هذا يعد العربون - وفقا للقرينة المستفادة من نص المادة ١٠٣ مدنى مصرى السابق نصها - التزاما تخبيريًا، وفقا للمبادئ التى فررتها محكمة النقض، فإذا عدل من دفعه خسرما ما قدمه، وإذا عدل من أخذه رد ضعفه، ما لم يستخلص من ظروف الدعوى ووقائعها إتفاق المتعاقدين على غير هذا<sup>(٢)</sup>

وذهب السنهاورى إلى اعتباره من الالتزامات البديلة بالمعنى المنصوص عليه فى القانون المدنى المصرى لأن البائع والمشتري يلتزمان أصلا بإتمام البيع، ويعد العربون بعضا من الثمن غير أن للمشتري الدافع للعربون أن يتركه للبائع بدلا من إتمام الصفقة، وللبائع أن يرد للمشتري ما دفعه ومثله معه بدلا من اتمام الصفقة<sup>(٣)</sup>

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد عدته التزاما تخبيريًا، وليس بدليا<sup>(٤)</sup> ويدل هذا على انتفاء الفرق بين الإلتزامات التخبيرية والبديلة لعدم القدرة على التمييز بينهما ويعد العربون وفقا لهذه القرينة من الإلتزامات البديلة أو البدائل فى نظرنصوص كل من القانون المدنى الفرنسى<sup>(٥)</sup>، والإيطالى<sup>(١)</sup>

(١) الطعن رقم ٦١٨ س ٧٠ ق جلسة ١/٤/٢٠٠٧ موسوعة أحكام ومبادئ النقض خالد شهاب ١/٤٥٨، ٤٥٩، وراجع أيضا الطعون ٩١ س ٥٠ ق جلسة ٣/١٦/١٩٨٣، ١٦٣٧ س ٥٣ ق جلسة ٣/٣١/١٩٨٧، ص ٤٥٧، ٧٢ س ٥٥ ق جلسة ٥/١١/١٩٨٨ ص ٤٥٨ المرجع السابق

(٢) الطعن رقم ٧٢ س ٥٥ ق جلسة ٥/١١/١٩٨٨ السابق نصه

(٣) عبد الرزاق السنهاورى فى الوسيط ٢/٢٦٢، ٢٦٣، ٣/١٨٢، ١٨٣

(٤) الطعن رقم ٧٢ س ٥٥ ق جلسة ٥/١١/١٩٨٨، وقد تقدم

(٥) Article 1590 (Si promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir ... celui qui les a données, en les perdant.

Et celui qui les a reçues, en restituant le double)

والحقيقة انه لا فرق بين ما يعرف في القانون المصري بالالتزامات التخيرية، وبين ما يعرف بالالتزامات البدلية من حيث العقل والمنطق، ومرد هذه التفرقة الى إرادة المشرع المصري، دون استناد إلى مبرر عقلي أو منطقي.

---

(١) Art 1386 (Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti , la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso.

In questo caso , il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta)

## المبحث الثاني

### علاقة التخيير بين شيئين فأكثر في الفقه الإسلامي بتعدد محل الالتزام

المقصود به هو وقوع العقد على واحد غير معين من بين شيئين أو أكثر على النحو الذي سنوضحه في المذاهب الفقهية .

ولقد اختلف فقهاء الشريعة في جواز هذا على رأيين: أحدهما جوازه، والثاني بطلانه، وسنفضل هذا إن شاء الله تعالى

الرأى الأول: أجاز التخيير بين شيئين أو أكثر، وهو رأى الحنفية، والزيدية، والمالكية وظاهر كلام الشريف وأبو الخطاب، ولكل مذهب ما يتميز به من تفصيلات وفقا لما سنوضحه

إن التخيير يعرف عند الحنفية، والزيدية بخيار التعيين، ويعرف عند المالكية ببيع الإختيار وسنبين حقيقة كل منهما، واحكامه إن شاء الله تعالى .

أ- خيار التعيين عند الحنفية:

تعريف خيار التعيين: هواتفق العاقدان على وقوع العقد على واحد لابعينه من بين اثنين أو ثلاثة على الأكثر من الأشياء التي اشتمل عليها المحل، مع تحديد العوض الذي يقابل كل واحد منها، ويعهد لأحدهما <sup>(١)</sup> بتعيين ما يقع عليه العقد من بين الإثنين أو الثلاثة التي اشتمل عليها المحل <sup>(٢)</sup>، وصورته كما إذا باع أحد

(١) اختلفوا في ثبوت الخيار لنحو البائع والمؤجر، وسيأتي

(٢) المبسوط للسرخسي المجلد السابع ج ١٣ / ٥٥ (ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر جاز العقد عندنا استحسانا، وكذلك هذا في ثلاثة أثواب، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٧ / ٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٦ / ٢١، ٢٢ (وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة وهو أن يبيع أحد العبدان أو الثلاثة، أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشتري واحدا)

الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٣، ٦٢٤ (وصح خيار التعيين أى بأن يقع البيع على واحد لابعينه ----- وفى الفتح المراد بأن يشتري أحد ثوبين غير معين على أن يأخذ أيهما شاء)، فتح القدير كمال الدين محمد بن عبد الواحد ٥ / ٥٢١، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١ (وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة وهو أن يبيع أحد العبدان أو الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء، أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء، ولا يجوز ذلك في الأربعة، وهذا استحسان، وقال زفر والشافعي - رحمهما الله لا يجوز هذا أصلا وهو القياس لهالة المبيع) .

شئيين أو ثلاثة كل عين بثمن معلوم على أن يختار المشتري واحدا من بين الاثنين أو الثلاثة، أو أجر أحد عينين أو ثلاثة كل عين بأجرة معلومة على أن يكون للمستأجر اختيار أحد الإثنين أو الثلاثة<sup>(١)</sup>

والقياس يأبى جواز خيار التعيين لجهالة المبيع لأنه أحد اثنين أو ثلاثة أو أكثر وهى متفاوتة فيما بينها، وتختلف فيها الأغراض من عين إلى أخرى، فيقع العقد فاسدا للجهل بعين المبيع وهو قول زفر<sup>(٢)</sup>

وأجازه غيره - من فقهاء الحنفية - استحسانا للحاجة إليه<sup>(٣)</sup>

(وجه الاستحسان الإستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك ورودا ههنا، والحاجة تدفع بالتحري فى ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردئ، فببقي

(١) المراجع السابقة

(٢) المراجع السابقة

(٣) المبسوط للسرخسى المجلد السابع ج ١٣ / ٥٥ (وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه، وبحكم خياره يستند بالتعيين، والجهالة التى لا تفضى إلى المنازعة لاتمنع صحة العقد كما إذا اشترى قفيزا من الصبرة، بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضى إلى المنازعة، وبخلاف ما إذا لم يسم لكل ثوب ثمننا لأن هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول، فإنما فسد العقد لجهالة الثمن، ثم الجهالة التى تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر الذى يتمكن بسبب شرط الخيار، وذلك يتحمل فى الثلث وما دونه ولا يتحمل فى الزيادة على ذلك، فكذا هذا اعتبارا للمحل بالزمان، وهذا لأن احتمال هذه الجهالة لأجل الحاجة، فقد يشتري الإنسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى السوق، ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحمله إلى عياله بغير عقد، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة)، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٥ / ١٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٢/٦، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٤، فتح القدير ٥ / ٥٢١، ٥٢٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١.

الحكم في الزيادة مردود إلى أصل القياس، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك<sup>(١)</sup>

محل خيار التعيين: قصره البعض على القيميات لتفاوتها فيما بينها، فيكون للخيار فائدة، ولاخيار في المثليات لأنها متساوية، ولاتفاوت بين أحدها، فيكون ثبوت الخيار فيها عار عن الفائدة، والحاجة غير داعية إليه، فيبقى على الأصل<sup>(٢)</sup> وأطلقه البعض في المثليات والقيميات على السواء<sup>(٣)</sup>

من يشترط له خيار التعيين:

اتفق القائلون بجواز خيار التعيين على جواز اشتراطه لنحو المشتري والمستاجر لأنه في حاجة إلى اختيار ما يلائمه، لأن هذه الأشياء لم تكن في حوزته من قبل، فهو محتاج إلى التروى والإختيار<sup>(٤)</sup> وهل يجوز اشتراطه لنحو البائع والمؤجر ؟

اختلف القائلون بخيار التعيين في هذا على رأيين: أحدهما لايجوز اشتراطه لنحو البائع والمؤجر لأنه مالك للأعيان وهي في حوزته فلا حاجة له فيه<sup>(٥)</sup> الثاني : يجوز اشتراطه لنحو للبائع والمؤجر أيضا لأنه قد يحتاج إلى التروى عند خروج الشيء من ملكه، او من تحت يده، ولايتأمله مادام في حوزته أو

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥ / ١٥٧، (وفي مفردات أبي الوفا يصح بيع عبد من ثلاثة بشرط الخيار)، راجع المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٣٠/٤، الفروع لابن مفلح ٢ / ٣١٩، ٣٢٠

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/٢٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٤

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/٢٣.

(٤) المبسوط للسرخسي المجلد السابع ١٣ / ٥٥ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ١٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٢، فتح القدير ٥ / ٥٢١، ٥٢٢ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٤

(٥) البحر الرائق ٦ / ٢٢، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٤ / ٦٢٤، فتح القدير ٥ / ٥٢٢، تبين الحقائق شرح كنز الوقائق ٤ / ٢٢.

ملكه، وقد يحتاج إلى استشارة غيره<sup>(١)</sup>

علاقة خيار التعيين بخيار الشرط :

اختلف القائلون بخيار التعيين في وجوب مصاحبة خيار الشرط لخيار التعيين على رأيين: أحدهما اشترط مصاحبة خيار الشرط لخيار التعيين، لأنه ملحق بخيار الشرط وهو مورد النص، فوجبت مصاحبة خيار الشرط لخيار التعيين إحقاقاً للفرع بالأصل<sup>(٢)</sup>

وثانيهما لا يشترط هذه الصحبة، فيصح خيار التعيين ولو كان عارياً عن خيار الشرط، فلا يشترط أن يكون خيار التعيين في محل صورة خيار الشرط، لأن البيع بخيار النقد إلى ثلاثة أيام صحيح، دون حاجة إلى مصاحبة خيار الشرط رغم أنه

- (١) البحر الرائق ٦/ ٢٢، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٤/ ٦٢٤ (والأصح أنه يجوز اشتراطه للبايع أيضاً ٠ كافي لأنه قد يرث قيمياً ويقبضه وكيله، ولا يعرفه فيبيعه بهذا الشرط فمست الحاجة إليه)، وقال في حاشية رد المحتار ٤/ ٦٢٤ (واعترض الحموي الجواب بأن ما ذكر من صورة الإرث صورة نادرة، والأحكام لاتناط بالنادر ---- قلت وقد يجاب أيضاً بأن الإنسان مادام المبيع في ملكه لا يتأمل فيما يلائمه، وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع، وأيضاً كثيراً ما يحتاج إلى رأي غيره)، فتح القدير ٥/ ٥٢٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ٢٢
- (٢) المبسوط للرخسى ١٣/ ٥٥، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤/ ٦٢٤، ٦٢٥، شرح فتح القدير ٥/ ٥٢٢، ٥٢٣ (واختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع، أعنى البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط ---- قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويراً على ما ذكرناه، ونسبه قاضيخان إلى أكثر المشايخ، وقال شمس الأئمة في جامعه هو الصحيح، وقيل اتفاقاً لا قيماً، وصححه فخر الإسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط، وهو قول ابن شجاع، وجه الإشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحساناً بموضع السنة، وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضى أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبرة، وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط، لا يعلم اشتراط ذلك، غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه)

الأصل وخيار النقد ملحق به، فيصح البيع إن تم النقد خلال ثلاثة أيام، ولا يبيع بينهما إن لم ينقد الثمن خلال المدة المشترطة (١)

وعلى العموم إذا صاحب خيار الشرط خيار التعيين وجوبا - وفقا للرأى الأول - أوجوازا- وفقا للرأى الثانى- كان لكل من الخيارين حكمه، فيجوز رد الجميع خلال مدة خيار الشرط، فيجوز مثلا رد الثوبين أو الثلاثة جميعا بمقتضى خيار الشرط، وإذا اختار أحد العينين أو الأعيان ورد الباقي بمقتضى خيار التعيين قبل انقضاء مدة خيار الشرط كان له أن يرد ما اختاره بمقتضى خيار الشرط، وإذا مضت مدة خيار الشرط دون رد للعقد بقى خيار التعيين، فله ان يختار أحد العينين، أو الثالث (٢)

وإذا مات من له الخيار قبل انقضاء مدة خيار الشرط بطل خيار الشرط، وانتقل خيار التعيين إلى الورثة لأنه لا يبطل بالموت عند الحنفية (٣)

### زمان الخيار:

اختلف القائلون بخيار التعيين فى وجوب تحديد مدته على رأيين: أحدهما لا يشترط تحديد المدة لأن تحديدها عار عن الفائدة، فلا يترتب على مضى المدة المشترطة سقوط خيار التعيين، ولا تعيين شئ لم يعينه من له خيار التعيين بخلاف خيار الشرط إذ يترتب على مضى المدة المحددة لزوم العقد (٤) (إن توقيت الخيار فى المعين إنما كان شرطا لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الغبن بواسطة التأمل، فكان فى معنى الاستثناء، فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك فى الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه،، وخيار التعيين

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٥ / ٥٢٣

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٣، حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤ / ٦٢٥ شرح فتح القدير ٥ / ٥٢٣، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١

(٣) المراجع السابقة

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٥، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١، ٢٢

لا يمنع ثبوت الحكم، بل يثبت الحكم في أحدهما غيرعين، وإنما يمنع تعيين المبيع لا غير، فلا يشترط له بيان المدة<sup>(١)</sup>

وثانيهما يشترط تحديد المدة لأن من له الخيار يجبر على التعيين بعد مضي المدة، ولدفع الضرر عن الطرف الآخر لأن المماثلة في الاختيار تؤدي إلى الإضرار به، وتحول بينه وبين الانتفاع بماله<sup>(٢)</sup>، بل لتحديد المدة فائدة أخرى بمضيها يزول الحق في الاختيار وينفسخ العقد لأنه غير لازم<sup>(٣)</sup>، قال في البدائع: (الا أن للمشتري أن يردهما جميعا لا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة، بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم، فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود)<sup>(٤)</sup>

### مقدار مدة الخيار

اختلف القائلون - بوجوب تحديد المدة - في مقدارها على رأيين أحدهما: أنها لا تزيد على ثلاثة أيام، لورود النص بها دون ما سواها، وهو رأى أبي حنيفة<sup>(٥)</sup>، واستدلوا لرأيهم هذا بما رواه البخاري في صحيحه قال: (حدثنا عبدالله بن يوسف أخبرنا مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع فقال: إذا بايعت فقل لا خلافة)<sup>(٦)</sup>

عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدى منقذ بن عمر، وكان رجلا قد أصابه آفة في رأسه، فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، فكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فقال إذا أنت بايعت فقل لا خلافة،

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٥٧/٥

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٦٢٥/٤،

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/٢٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٤/٦٢٥

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٧/٥

(٥) صحيح البخاري بحاشية السندی ١٣/٢

(٦) المبسوط للسرخسي ٤١/١٣، ٥٥، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٧/٥، البحر

الرائق شرح كنز الدقائق ٦/٢٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤/

٦٢٥، شرح فتح القدير ٥/٥٢٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/٢١

ثم أنت في في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردها على صاحبها) رواه البخاري في تاريخه، وابن ماجه، والدار قطني (١)

فقد دل الحديث على أن مدة الخيار ثلاث ليال دون زيادة (ويؤيده جعل الخيار في المصرة ثلاثة أيام واعتبار الثلاث في غير موضع) (٢)

قال في تلخيص الحبير (وأما قوله فلك الخيار ثلاثا فرواه الحميدى في مسنده، والبخاري في تاريخه، والحاكم في مستدركه، من حديث محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر، ولفظ البخاري "إذا بعث فقل لاخلاة وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال"، وصرح بسماح بن اسحاق----- وفي مصنف عبد الرزاق عن أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا واشترط الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع، وقال الخيار ثلاثة أيام) (٣)

(والتقدير الشرعي إما أن يكون لمنع الزيادة والنقصان، أو لمنع أحدهما، وهذا التقدير ليس لمنع النقصان، فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز، فعرفنا أنه لمنع الزيادة، إذ لو لم تمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة) (٤)

وثانيهما: يجيز للمتعاقدین الاتفاق على مدة معلومة تزيد على ثلاثة أيام، وهو رأي محمد وابي يوسف وابن أبي ليلى (٥)

واستدلوا بما رواه البخاري في صحيحه قال (قال النبي صلى الله عليه وسلم: المسلمون عند شروطهم) (٦)، وما رواه مالك في الموطأ قال (حدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس فيها، فقال القاسم بن محمد ما أدركت

(١) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منقلى الأخبار المجلد الثالث ٥ / ١٨٣

(٢) المرجع السابق ١٨٤، نصب الراية بتخريج أحاديث الهداية ٤ / ٤٣٢

(٣) تلخيص الحبير بتخريج أحاديث الرافعي الكبير ٣ / ٢٤

(٤) المبسوط للرخسى ١٣ / ٤١

(٥) المبسوط للرخسى ١٣ / ٤١، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ١٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٥،

شرح فتح القدير ٥ / ٥٢٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١

(٦) صحيح البخاري بحاشية السندی ٢ / ٣٥

الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، ما أعطوا، قال يحيى سمعت مالكا يقول: وعلى ذلك الأمر عندنا أن العمرى ترجع إلى الذي أعمارها إذا لم يقل هي لك ولعقبك، وحدثني مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها، قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن، ورأى أنه له<sup>(١)</sup>

فلقد دلت هذه النصوص على الإعتداد بما يقطعه الناس على أنفسهم من شروط، وعليه يجوز لهما الإتفاق على أن تكون مدة الخيار أكثر من ثلاثة أيام لأنه شرع للتروى وقد يحتاج هذا إلى أكثر من الأيام الثلاثة، كما يجوز تأجيل الثمن إلى المدة التي يحددها العاقدان باتفاقهما<sup>(٢)</sup>

وأجاب ابو حنيفة رضى الله عنه عن هذا بأن ثبوت الخيار يخالف مقتضى العقد، والقياس يأبى جوازه للغرر، وإنما جاز للنص الوارد فيه، الأمر الذي يتعين معه الإقتصار على المدة التي حددها النص دون ما سواها<sup>(٣)</sup>، وتحديد المدة لا يخلو من الفائدة وفقا لما أسلفناه.

واستدلوا أيضا بأن ابن عمر أجاز الخيار إلى شهرين<sup>(٤)</sup>، وأجاب عن هذا صاحب نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية بقوله (قلت إنه غريب جدا)<sup>(٥)</sup>

(١) موطأ مالك وشرحه تنوير الحوالك ٢/ ١٢٨، راجع أيضا سنن أبي داود ٢/ ٢٩٧، ٢٩٨ قال (حدثنا سليمان بن داود المهري أخبرنا ابن وهب أخبرني سليمان بن بلال وحدثنا أحمد بن عبد الواحد دمشقى ثنا مروان - يعنى بن محمد - حدثنا سليمان بن بلال أوعبد العزيز بن محمد - شك الشيخ - عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الصلح جائز بين المسلمين " زاد أحمد " إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا " وزاد سليمان بن داود: وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " المسلمون عند شروطهم "

(٢) الهداية للمرعينانى، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٥/ ٤٩٩، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ١٤

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٤

(٤) نصب الرأية بتخريج أحاديث الهداية جمال الدين الزيلعى ٤/ ٤٣٤، المبسوط للسرخسى

١٣/ ٤١، البحر الرائق ٦/ ٤ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ١٤

(٥) نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية ٤/ ٤٣٤

وما ارجحه هو الرأى الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، وعليه فلا يجوز فى الخيار الثابت بالشرط اشتراط مدة تزيد على ثلاثة أيام.

### تبعه الهالك:

لا يخلو الأمر من أن يكون الخيار للمشتري أو للبائع، ولكل منهما أحكامه إذا كان الخيار للمشتري وتسلم العينين أو الثلاثة ليختار من بينها، فإذا هلك أو تعيب أحد العينين أو الثلاث تحت يد المشتري قبل الاختيار لزمه الهالك أو المعيب بثمنه، ويتعين البيع فيه لأنه لا يستطيع رد الهالك، ويكون أمينا فى الباقي<sup>(١)</sup>

وإذا هلك الجميع فى وقت واحد كان أحد الإثنين أو الثلاثة بغير عينه مبيعا، والباقي بغير عينه على الأمانة، وليس واحدا منهم باولى من الآخر ليتعين للبيع أو للأمانة، فيلزمه نصف ثمن كل منهما، أو ثلث ثمن كل منهما، سواء كانت الأثمان متفقة أو مختلفة<sup>(٢)</sup>

(١) المبسوط للسرخسى ٥٥/١٣، ٥٦، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٥/ ٢٦٢، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٢/٦ (فلو اشترى ثلاثة أثواب، وعين لكل ثمننا على أن له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث رد النصف الباقي، ولاشئ عليه من ضمان النصف المحترق، وضمن نصف ثمن المحترقين، ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل معا رد أيهما شاء بغير ضمان، وضمن ثمن الآخر، ولو احترق أحدهما ونصف الآخر لزمه ثمن المحترق لتعينه مبيعا، ورد الآخر بغير ضمان)، الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٤، شرح فتح القدير ٥/ ٦٢٤، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٢/٤

(٢) المبسوط للسرخسى ٥٦/ ١٣، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٥/ ٢٦٢، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٢/ ٦ (ولو هلكا معا ضمن نصف ثمن كل واحد منهما، ولو اختلفا فى الهالك أولا تحالفا على العلم على قول الإمام الأول ثم رجع إلى قوله الثانى، من أن القول قول المشتري مع يمينه، وبينه البائع أولى)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤/ ٦٢٤، شرح فتح القدير ٥/ ٥٢٤، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ٢٢

ولو تعيب الجميع في وقت واحد بقي المشتري على خياره، فله اختيار واحد من الثلاثة، أو الإثنين<sup>(١)</sup>، وإذا أصيب أحدهم بعيب جديد - دون الباقي - تعين للبيع والباقي للأمانة<sup>(٢)</sup>، وإن هلك أحدهما أولاً، أوتعيب تعين مبيعاً، وتعين الباقي للأمانة سواء بقي على حاله بعد هلاك الأول، أو هلك بعد ذلك أو أصيب بعيب<sup>(٣)</sup> وأن اختلفا في الهالك أولاً وكان الثمن في الجميع متساوياً فلا فائدة من الخلاف لأنه يلزمه نصف ثمن كل منهما أو ثلث ثمن كل منهم<sup>(٤)</sup>، وإنما تظهر فائدة الخلاف عند التفاوت في الثمن، فإذا ادعى المشتري هلاك الأقل ثمناً، وادعى البائع هلاك الأكثر ثمناً (كان أبو يوسف يقول أولاً يتحالفان، وبهما نكل لزمه دعوى صاحبه)، وإن حلفا جميعاً يجعل كأنهما هلكا معاً، ويلزمه نصف ثمن كل واحد منهما، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه، وهو قول محمد ---- وأيهما أقام البينة قبلت بينته، وسقطت اليمين، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع لأنها تظهر زيادة<sup>(٥)</sup> وإذا اختار المشتري أحدهما لزمه ثمنه لتعينه للبيع، ويتعين الآخر للأمانة فإذا هلك ما تعين للبيع هلك على المشتري، وإذا هلك ما تعين للأمانة فلا ضمان لأن الأمين لا يضمن<sup>(٦)</sup>

ولو هلك أحد الإثنين أو الثلاثة بيد البائع قبل قبض المشتري بقي البيع صحيحاً لأنه لا يبطل باحتمال اختيار المشتري للهالك، لأن البيع انعقد صحيحاً قبل هلاك أحد الإثنين أو الثلاثة، فلا يبطل باحتمال اختيار الهالك، وللمشتري اختيار الباقي

(١) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٢ (ولو تعيباً معاً فالخيار بحاله)، ألد المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٢٤، شرح فتح القدير ٥ / ٥٢٤، ٥٢٥، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢٢

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٥٧

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٢ (وإن على التعاقب تعين الأول مبيعاً، وإن اختلفا في الأول فعلى ما ذكرنا)

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٦٢

(٥) المرجع السابق، البحر الرائق ٦ / ٢٢

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٥٦

منهما، أو واحد من الإثنين إذا كانوا ثلاثة، وله الرد أيضاً، لتغير المبيع قبل القبض (١)

وإذا كان الخيار للبائع فهلك أحدهما كان له أن يلزم المشتري الباقي (٢)، وإذا أصيب أحدهما بعيب تحت يد البائع كان له أن يلزم المشتري الصحيح دون المعيب (٣) وليس للبائع أن يلزم المشتري المعيب إلا برضاه (٤)، فإذا ألزمه المعيب فرده لم يكن للبائع أن يعود فيلزمه الصحيح (٥)

ويبطل البيع بهلاك الجميع تحت يد البائع لأن الهالك ليس محلاً للبيع (٦)، وإذا أصيب الجميع بعيب تحت يد البائع كان للبائع أن يعين أحدهما للمشتري وله الأخذ أو الرد، لثبوت الخيار للمشتري بتغير المبيع قبل القبض (٧)

### تكييف خيار التعيين:

(الخيار صفة في العقد، يقال بيع بات، وبيع بخيار، وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف، وإنما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط) (٨) (وقوله المعقود عليه مجهول، قلنا هذا ممنوع، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد العقد موجبا للملك عند اختياره لا للحال) (٩)، وهذا يعني أن الملك مضاف إلى اختيار المشتري، ووقته، ولا يفيد الملك في الحال. (إلا أن للمشتري أن يردهما جميعاً، لاحكاماً لخيار الشرط المعهود - ليشترط له بيان المدة - بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم، فكان محلاً للفسخ

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٦١، شرح فتح القدير ٥ / ٥٢٤

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤ / ٦٢٤

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق

(٥) المرجع السابق

(٦) مبسوط للسرخسي ١٣ / ٥٧، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٦١

(٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٦١ ٢٦٢

(٨) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٤١، راجع نفس المعنى في شرح فتح القدير ٥ / ٥٢٣

(٩) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥ / ١٥٧

كالبائع بشرط خيار معهود<sup>(١)</sup> فلمن له خيار التعيين أن يتمتع عن الاختيار لأن له أن يرد الجميع، وهذا يدل على أنه لا يجبر على اختيار أحدهما أو اختيار واحد من ثلاثة.

(ويمكن أن يراد قسم آخر وهو ارتفاع العقد فيهما بمضى المدة من غير تعيين بخلاف مضيها في خيار الشرط، فإنه إجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه)<sup>(٢)</sup> قال بعد ماترجم بباب خيار الشرط والتعيين، وقدمهما على باقى الخيارات لأنهما يمنعان ابتداء الحكم<sup>(٣)</sup>

(وأما صفة هذا الحكم فهو أن الملك الثابت بهذا الاختيار ملك غير لازم، وللمشتري أن يردهما جميعاً لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد، كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ، وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك - لما بينا فيما تقدم - ولا تتعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى أن لا يوافقهما كلاهما فيحتاج إلى ردهما)<sup>(٤)</sup>

(١) المرجع السابق، راجع أيضاً الكفاية جلال الدين الخوارزمي مطبوع مع شرح فتح القدير ٤٩٧/٥ (البيع نوعان: لازم وهو الأصل، وغير لازم وهو الذى فيه الخيار)

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/٢٣ راجع أيضاً حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/٦٢٥٠ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/٢١ (وعلى قول الكرخي له أن يردهما لأن هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط)

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/٦٠٢، شرح فتح القدير ٤٩٧/٥ (والموانع خمسة أقسام: ----- ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه، وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه ---- وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة، وهى إضافة الخيار إلى سببه، إذ سببه الشرط، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلاً فى الحكم مانعاً من ثبوته)، راجع أيضاً الكفاية جلال الدين الخوارزمي ٤٩٧، ٤٩٨ مطبوع مع شرح فتح القدير المشار إليه

(٤) بائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٥/٢٦١، الهداية للمرغينانى مطبوع مع شرح فتح القدير ٥/٥٣٢

ومن خلال ما تقدم من نصوص تبين لنا أن خيار التعيين معلق على شرط واقف، وهو اختيار من نص العقد على إعطائه الحق في اختيار واحد من اثنين أو ثلاثة على الأكثر، وهو أمر مرده إلى إرادة من له الخيار، ويترتب على العقد حكمه من وقت الاختيار لاقبله، بل وله أن يمتنع عن الاختيار فلا يترتب على العقد حكمه ويعد هذا ردا ضمنيا للجميع، وله ان يقرر صراحة رد الجميع لأن العقد غير لازم لمن له الخيار (لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم)<sup>(١)</sup>، وإضافة البيع إلى أحد شيئين أو ثلاثة يمنع لزومه، فلمن له الخيار فسخه لأن البائع باع أحد شيئين أو ثلاثة، والمشتري اشترى أحد شيئين أو ثلاثة، فله الرد أيضا فهو غير لازم من الطرفين.

ويتضح مما سبق أن خيار التعيين عند الحنفية يغير الإلتزامات المتعددة في القانون المدني لأن خيار التعيين يمنع ابتداء الحكم فيجعله معلقا على شرط واقف هو تعيين الشيء المختار من بين اثنين أو ثلاثة، ولمن له حق الخيار أن يرد الجميع لأن العقد المضاف إلى واحد من اثنين أو ثلاثة عقد غير لازم من الجانبين - كما سبق أن أسلفنا - والإلتزامات المتعددة ليست على هذا النحو. وليس لأحد أن يدعى ان الإلتزامات المتعددة في القانون المدني هي عين خيار التعيين عند الحنفية

وعلى العموم فإن فقهاء الحنفية جميعا سواء القائلون بخيار التعيين وغيرهم يشترطون لصحة العقد ان يكون المعقود عليه معلوما علما مانعا للمنازعة لأن الرضا شرط في العقد، ولا يقع الرضا إلا على معلوم<sup>(٢)</sup>

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ١٥٧

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥ / ١٥٦ (ومنها أن يكون المبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة، فإذا كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، ----- ولأن الرضا شرط البيع، والرضا لا يتعلق إلا بمعلوم)

ولا يشترط عند الحنفية لصحة بيع الأعيان بيان أوصاف المعقود عليه "المبيع والتمن"، لأن العلم بها ليس شرطاً لصحة البيع، ولكنه شرط للزومه<sup>(١)</sup> (ولنا عمومات البيع من غير فصل ونص خاص، وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه فيصح كسواء المرئى، وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً لصدوره من أهله، وحلوله في محله)<sup>(٢)</sup>

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٦٣ (وأما العلم بأوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات؟ والجهل بها هل هو مانع من الصحة؟ قال أصحابنا ليس بشرط الصحة، والجهل بها ليس بمانع من الصحة، لكنه شرط للزوم، فيصح بيع ما لم يره المشتري لكن لا يلزم) راجع أيضاً الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤/ ٥٦٤ قال في حاشية رد المحتار (ظاهر كلامه كالكنز يعطى أن معرفة وصف المبيع غير شرط، وقد نفى اشتراطه في البدائع في المبيع والتمن، وظاهر الفتح إثباته فيهما ووفق في البحر بحمل ما في البدائع على المشار إليه أو إلى مكانه، وما في الفتح على غيره، لكن حقق في النهر أن ما فهمه من الفتح وهم فاحش، لأن كلام الفتح في الثمن فقط، قلت وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر في المبيع والتمن، وإنما الخلاف في اشتراط الوصف، فيهما، وللعلامة الشرنبلالي رسالة سماها "نفيس المتجر بشراء الدرر" حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه، أو إلى مكانه لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفى بثبوت خيار الرؤية، لأنه إذا لم يوافق يردده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة، الهداية، شرح فتح القدير، والكفاية ٥/ ٤٦٦، ٤٦٧، قال في الهداية ص ٥٣٢ (وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ٤، ٥ (ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار

إليه لأن جهالتهما تقضى إلى النزاع المانع من التسليم والتسلم، فيخلو العقد من الفائدة، وكل جهالة تقضى إليه يكون مفسداً، قال لامشار أى لا يحتاج إلى معرفة القدر والوصف في المشار إليه من الثمن أو المبيع، لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف، وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تقضى إلى المنازعة، فلا يمنع الجواز لأن العوضين حاضران بخلاف الربوى إذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافاً لاحتمال الربا)

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٦٣

روى الدار قطنى فى سننه قال: (حدثنا أبو بكر بن أحمد بن محمود بن خرزاد القاضى الأهوازى نا أحمد بن عبد الله بن أحمد بن موسى عبدان نا داهر بن نوح نا عمر بن إبراهيم بن خالد نا وهب اليشكرى عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، قال عمر وأخبرنى فضل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثله، قال عمر وأخبرنى القاسم بن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله، عمر بن إبراهيم يقال له الكردى يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح، لم يروها غيره، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله) (١)

(١) السنن الكبرى للبيهقى ٥/ ٢٦٨ قال: (أخبرنا أبو حازم عمر بن أحمد العبدوى أنا أبو الفضل محمد بن عبد الله بن محمد بن خميرويه أنا أحمد بن نجدة ثنا سعيد بن منصور ثنا اسماعيل بن عياش عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، هذا مرسل وأبو بكر بن أبى مريم ضعيف قاله لى أبو بكر بن الحارث وغيره عن على بن عمر أبى الحسن الدارقطنى الحافظ رحمه الله وروى من وجه آخر عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا يصح)، (أخبرنا أبو عبد الله الحافظ وأبو سعيد بن أبى عمرو قالنا ثنا أبو عبد الله محمد بن عبد الله الصفار ثنا يعقوب بن أبى يعقوب الأصبهاني المعدل ثنا داهرين نوح ثنا عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب اليشكرى عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه - كذلك رواه عبدان عن داهر بن نوح عن عمر بن إبراهيم عن عمر بن --- عن = فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبى هريرة) وعن عمر عن القاسم بن الحكم عن أبى حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة كذلك مرفوعاً أخبرنا أبو بكر بن الحارث الفقيه أنا على بن عمر الحافظ ثنا أبو بكر أحمد بن محمود بن خرزاد القاضى ثنا عبد الله بن أحمد بن موسى عبدان فنكره، قال أبو الحسن الحافظ عمر بن إبراهيم يقال له الكردى يضع الحديث، وهذا باطل لا يصح لم يروها غيره، وإنما يروى عن ابن سيرين من قوله)

(أخبرنا أبو حازم الحافظ أنا أبو الفضل محمد بن عبد الله بن محمد بن خميرويه أنا أحمد بن نجده ثنا سعيد بن منصور ثنا حماد بن زيد عن أيوب قال سمعت الحسن يقول من اشترى

فلقد دل الحديث على ثبوت خيار الرؤية لمن اشترى ما لم يره، فله إمضاء العقد أو رده عند الرؤية، ولا يثبت خيار الرؤية للبائع إذا باع ما لم يره (١)

واستدلوا لهذا بما رواه البيهقي في سننه قال: (أخبرنا أبو القاسم هبة الله بن الحسن أنا عبد الله بن محمد بن أحمد أنا عثمان بن أحمد ثنا أبو قلابة ثنا عبيد الله بن عبد المجيد ثنا رباح بن أبي معروف عن ابن أبي مليكة أن عثمان ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة ناقلة بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان ثم قال بايعتك ما لم أره، فقال طلحة إنما النظر لي إنما ابتعت مغيباً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت، فجعلنا بينهما حكماً، فحكما جبير بن مطعم، ف قضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً، وروى في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا يصح) (٢) والجهل بعين المبيع يمنع لزوم العقد من غير توقف على الرؤية، فإذا كان المعقود عليه عينا مجهولة أو عينا غير معينة من بين اثنين أو ثلاثة كان مجهولاً، والجهل بالمعقود عليه بمجرد منع لزوم العقد (٣)، والمعقود عليه مجهول من الطرفين.

شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، قال وحدثنا سعيد عن هشيم قال أنا يونس، وابن عون عن ابن سيرين أنه كان يقول إن كان على ما وصفه له فقد لزمه)، نصب الراجحة بتخريج أحاديث الهداية ٤ / ٤٤١، ٤٤٢ (فالمسند أخرجه الدار قطنى فى سننه عن داهر بن نوح ----- -- وأما المرسل فرواه ابن أبى شيبه فى مصنفه والدار قطنى، ثم البيهقى وهو فى سننهما) (١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ١٦٣/٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢٧، الهداية، وشرح فتح القدير ٥ / ٥٣٣ قال فى الهداية ومن باع مالم يره فلا خيار له، وكان أبوحنيفة يقول: أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط، لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتاً، ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ٢٥

(٢) السنن الكبرى للبيهقى ٥ / ٢٦٨

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٥ / ١٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٧، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، حاشية رد المحتار ٤ / ٦٣٤ (ولو فسخه قبلها، قبل الرؤية صح فسخه فى الأصح، بحر لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع فلم يقع مبرماً) قال فى

أما الموصوف في الذمة فيشتترط فيه العلم بالجنس والنوع، والوصف والقدر فلا يصح إلا فيما ينضبط، وجهالة أحد هذه الأمور تؤدي إلى المنازعة المفسدة للعقد (١)

ولا يجوز اشتراط الخيار فيه لأنه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، ولقد ورد الخيار في بيع الأعيان دون ما سواها، فيقتصر على ما ورد فيه (٢) ولا فائدة من خيار الرؤية في الموصوف في الذمة، لأنه إذا وجدته على غير النحو المشترط فرده عاد ديناً في الذمة كسالف عهده، ولا يؤدي إلى فسخ العقد لأن المبيع ليس عيناً، وإنما هو موصوف في الذمة (٣)، ولقد ورد خيار الرؤية في بيع الأعيان دون الموصوف في الذمة (٤) وثبوت خيار التعيين أو الشرط أو الرؤية يمنع لزوم العقد (٥)، وبيع الموصوف في الذمة لا ينعقد إلا لازماً عارياً عن شرط الخيار أو الرؤية، ولا يجوز اشتراط خيار التعيين إلا في الأعيان دون الموصوف في الذمة

- الحاشية (وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع، وإذا رآه حدث له سبب آخر لعدم لزومه وهو الرؤية، ولا مانع من اجتماع الأسباب على سبب واحد، أفاده في البحر)، الهداية للمرغيناني مطبوع مع شرح فتح القدير ٥ / ٢٣٢ (وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢٥
- (١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥ / ٢٠٧ - ٢١٠، الهداية وشرح فتح القدير والكفاية ٦ / ٢٠٧ - ٢١٣، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ١١٠ - ١١٢
- (٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٠١، الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٠٧، ٦٠٨، الهداية وشرح فتح القدير والكفاية ٦ / ٢٢٧ - ٢٢٨، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ١١٧
- (٣) الهداية وشرح فتح القدير ٦ / ٢٢٨، الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٣١، ٦٣٢
- (٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٠١، الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٠٧، ٦٠٨، الهداية وشرح فتح القدير والكفاية ٥ / ٥٣٠ - ٥٣٤، ٦ / ٢٢٨
- (٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٢٨، الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤ / ٦٠٢، الهداية ٤ / ٤٤١ مطبوع مع نصب الرأية (وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث)، شرح فتح القدير ٥ / ٤٩٧، الكفاية ٥ / ٤٩٧، ٤٩٨

ومن خلال ما سبق نتبين أن القول بجواز خيار التعيين عند الحنفية يعد جريا على قواعدهم التي تجعل العلم بأوصاف الأعيان المبيعة شرطا للزوم العقد، ولا ينعقد العقد في حق الحكم إلا من وقت تعيين المبيع، ولا يكون لازما إلا بعد اختيار أحد العينين أو الثلاث<sup>(١)</sup>، وليس هذا من قبيل الالتزامات المتعددة

ب- خيار التعيين عند الزيدية:

وافقوا الحنفية، فأجازوا للمشتري الخيار في الاختيار، على معنى أن للمشتري تحديد العين التي اشتراها من بين عدة أشياء<sup>(٢)</sup>

واستدلوا لجواز هذا بما رواه البخاري في صحيحه قال: (حدثنا أبو النعمان حدثنا حماد بن زيد حدثنا أيوب عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر، وربما قال أويكون بيع خيار)<sup>(٣)</sup>

وروى مسلم في صحيحه قال: (حدثنا يحيى بن يحيى، ويحيى بن أيوب، وقتيبة، وابن حجر، قال يحيى بن يحيى أخبرنا، وقال الآخرون حدثنا اسماعيل بن جعفر عن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: كل بيعين لا يبيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار)<sup>(٤)</sup>

(١) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٤١، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥ / ١٥٧، ٢٦١، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ٢٣، الكفاية جلال الدين الخوارزمي مطبوع مع شرح فتح القدير ٥ / ٤٩٧، ٤٩٨، حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤ / ٦٢٥، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١

(٢) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ٣ / ٣٥٥، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٣ / ١٠٠، التذكرة الفاخرة ٣٥١

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندی ٢ / ١٢

(٤) صحيح مسلم المجلد الثالث ج ٥ / ١٠

فلقد دل الحديث على جواز بيع عين أو أعيان غير معينة من بين عدة أشياء إذا اشترط الخيار، لأن الخيار يرفع الغرر المنهى عنه شرعا، ولا يصح العقد دون اشتراط الخيار للغرر المنهى عنه شرعا، ولانتفاء الرضا بالمعقود عليه<sup>(١)</sup>، كما إذا اشترى واحدا لابعينه من بين جملة أشياء<sup>(٢)</sup>، (أو اشترى الكل ليأخذ ما شاء ويرد ما شاء)<sup>(٣)</sup>

ولا يصح البيع في غير المعين إلا بشرط الخيار<sup>(٤)</sup> (لأنه بيع الغرر المنهى عنه، ولكونه لم يتحقق التراضي الذي هو مناط البيع والشراء)<sup>(٥)</sup>

ويعد البيع معلقا على الاختيار فإذا تم انعقد البيع<sup>(٦)</sup> فإذا مضت المدة دون اختيار أو صرح بترك الاختيار لم ينعقد البيع<sup>(٧)</sup> لانتهاء تحقق الرضا بالمبيع<sup>(٨)</sup>

ويعلم من هذا ان للبائع الخيار أيضا إذا اختار المشتري ما لا يرضاه البائع، لأن الرضا من الطرفين هو مناط الانعقاد

ج - بيع الاختيار عند المالكية:

هو بيع (جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه، كإبيعك أحد هذين الثوبين على البت بدينار، وجعلت لك يوما أو يومين تختار فيه واحدا منهما)<sup>(٩)</sup>

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٣/ ١٠٠

(٢) التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة ٣٥١

(٣) المرجع السابق

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٣/ ١٠٠

(٥) المرجع السابق ١٠٠

(٦) المرجع السابق ١٠٠

(٧) المرجع السابق ١٠١

(٨) المرجع السابق ١٠٠

(٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٦، الخرشى على مختصر خليل خليل ٥/ ١٢٥،

راجع أيضا المدونة الكبرى مالك ٣/ ٢٣٣، المقدمات الممهديات لابن رشد مطبوع مع المدونة

الكبرى ٣/ ٢٤٥، ٢٤٦

وقد يجعل البائع للمشتري خيار الشرط فيما يختاره، فإذا عين ما اختاره كان له أخذه أو رده بخيار الشرط<sup>(١)</sup> وهذا يعني أن له بعد تحديد ما اختاره أخذه أو رده إذا كان خيار الشرط متققا عليه فيما بينهما.

وإذا مضت مدة الاختيار، وتباعد الزمان - وكان البيع على البت عاريا عن خيار الشرط - دون أن يختار كان شريكا للبائع، فيكون له نصف كل ثوب من الثوبين أولاً ثلث كل واحد من الثلاثة، وأربع كل واحد من الأربعة، أو خمس كل واحد من الخمسة وهكذا<sup>(٢)</sup>

وإذا كان العقد على الاختيار مع اشتراط الخيار، فمضت مدة الاختيار دون أن يختار لا يلزمه من الصفقة شئ لأن البيع لم يقع على معين فيكون لازماً له بمضى مدة الخيار، ولم يقع البيع على اللزوم فيكون شريكاً للبائع<sup>(٣)</sup> شروط صحة بيع الاختيار عند الملكية:

١- يشترط أن يكون ثمن جميع المخير فيه متساوياً، فإن اختار أحد اثنين أو ثلاثة، أو أكثر كان له بألف مثلاً، فإن اختلف الثمن بحسب ما يقع عليه الاختيار، كأن كان ثمن الأول الفاء، والثاني سبعمائة، والثالث خمسمائة، على أن يلزمه ما ما يختار بثمنه كان باطلاً<sup>(٤)</sup> قال مالك (قلت رأيت إن اشتريت جاريتين هذه بخمسمائة، وهذه بألف على أن أختار إحدهما قال: قال مالك لا يصلح هذا البيع إذا كان يأخذهما على أن إحدهما قد وجبت له إن شاء التي بخمسمائة، وإن شاء التي بألف قال: قال مالك فإن كان أخذهما على أن ينظر إليهما إن أحب أن يأخذ أخذ، وإن أحب أن يترك ترك، والبائع أيضاً لا يلزمه شئ من البيع إن أحب أن يمضى أمضى، وإن

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٦/٣ (وبيع الخيار والاختيار: بيع جعل فيه البائع للمشتري الاختيار في التعيين، وبعده هو فيما يعينه بالخيار في الأخذ والرد، كأبيك هذين الثوبين بدينار على أن تختار واحداً منهما، وبعد اختيار واحد لك الأخذ والرد ثلاثة أيام)، راجع أيضاً المدونة الكبرى مالك ٢٣٣/٣، المقدمات الممهدة لابن رشد ٢٤٥-٢٤٧

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٦/٣، الخرشى على مختصر خليل ١٢٥/٥

(٣) الخرشى على مختصر خليل ١٢٥/٥، المدونة الكبرى مالك ٢٣٣/٣، ٢٣٤

(٤) المدونة الكبرى مالك ٢٣٥/٣

أحب أن يرد رد فلا بأس بهذا، وإن أخذهما على أن البيع في إحداهما لازم للمشتري أو للبائع فلا خير في ذلك عند مالك<sup>(١)</sup> واستدلوا لرأيهم: بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة<sup>(٢)</sup>، روى الترمذى في صحيحه قال: حدثنا هناد قال حدثنا عبدة بن سليمان عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة)<sup>(٣)</sup> (وفى الباب عن عبد الله بن عمرو، وابن عمر، وأبي مسعود، قال أبو عيسى حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح)<sup>(٤)</sup> (رواه أحمد والنسائي وصححه الترمذى وابن حبان)<sup>(٥)</sup>، ولأن البائع لا يدرى بما باع، ولا يدرى المشتري ما اشترى وقت إبرام العقد فيؤدى إلى منع استقرار الثمن والمثمن<sup>(٦)</sup>، خلافا للحنفية الذين يجيزون التفاوت في الثمن بحسب ما يقع عليه الاختيار فيجوز أن يكون الجيد بثلاثين، والوسط بعشرين، والرديء بعشرة<sup>(٧)</sup>

(١) المرجع السابق

(٢) المدونة الكبرى مالك ٢٣٦/٣

(٣) الجامع الكبير أبي عيسى الترمذى ٥١٣ / ٢

(٤) المرجع السابق

(٥) سبل السلام شرح بلوغ المرام ٢٨ / ٣، نيل الأوطار للشوكاني ١٥٢ / ٥، وقال الترمذى

٥١٣/٢ (حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح)

(٦) الجامع الكبير لأبي عيسى الترمذى ٥١٤ / ٢، وهذا يفارق عن بيع بغير ثمن معلوم ولا

يدرى كل منهما على ما وقعت عليه صفته، المدونة الكبرى مالك ٢٣٦/٣، سبل السلام

شرح بلوغ المرام ٢٩ / ٣، نيل الأوطار للشوكاني ١٥٢ / ٥،

(٧) المبسوط للسرخسى ١٣ / ٥٥، ٥٦، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ١٥٧ / ٥

(وأما جهالة الثمن فلأنه إذا لم يسم لكل واحد منهم ثمننا، فلا يعرف ذلك إلا بالحرز =

=والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا، وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع، فجهالتها

أولى، وكذا إذا عين الذى فيه الخيار، لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لأن

الثمن مجهول، وكذا إذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذى فيه الخيار من صاحبه

لأن المبيع مجهول، ولو عين وبين جاز البيع فيهما جميعا لأن المبيع والثمن معلومان،

منحة الخالق على البحر الرائق مطبوع مع البحر الرائق ٦ / ٢١ الدر المختار وحاشية رد

المختار ٦٢٣/٤، حاشية الشلبى هامش تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٢/٤

٢ - يجوز أن يكون العدد الذي يختار من بينه أكثر من ثلاثة، كالعشرة، أو الخمسين أو المائة، فيجوز أن يختار خمسين من بين مائة، أو عشرة من الغنم من جماعة كثيرة أو واحدة من جماعة (١)، وقيد الحنفية العدد الذي يتم الإختيار من بينه بالثلاثة، ويقع العقد فاسدا فيما زاد عن هذا العدد لأن خيار التعيين ما شرع إلا للحاجة، وهي تندفع بالإختيار من بين ثلاثة لاشتغالها على الجيد والوسط والرديئ (٢)

٣- يشترط أن يكون المخير فيه "المحل" يشتمل على أشياء لا تتفاوت أحادها، فإن كان له اختيار خمسين ثوبا من مائة اشترط أن يكون الجميع من نوع واحد، وأن تكون أوصافها واحدة، على معنى أن تكون الثياب مثلا - جميعا متساوية في الطول، ومتساوية في العرض، والجودة، أو الرداءة، أو تكون جميعا من صنف وسط، أو بعبارة أوجز أن تكون أحادها متساوية دون تفاوت فيما بينها وينحصر هذا في المثليات دون القيميات (٣)

وقيدت بعض كتب الحنفية محل خيار التعيين بالقيميات لتفاوت أحادها، واختلاف الأغراض منها، دون المثليات (٤)، وأطلقه البعض فأجازها في القيميات والمثليات على السواء (٥)

٤- يجوز عند المالكية اشتراط خيار الشرط مع الإختيار، ويجوز أن ينفك أحدهما عن الآخر، فيجوز أن يكون البيع على البت مع اشتراط المشتري اختيار واحد من بين أربعة أو أكثر، أو أقل، ويجوز الجمع بين شرط الإختيار وخيار الشرط (٦)

٥- تحديد مدة الإختيار:

(١) المدونة الكبرى مالك ٣/ ٢٤٢

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/ ٥٥، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٥٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢١، ٢٢، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية رد المحتار ٤/ ٦٢٤، شرح فتح القدير ٥/ ٥٢٢

(٣) المدونة الكبرى مالك ٣/ ٢٤١، ٢٤٢، المقدمات للمهدات لابن رشد ٣/ ٢٤٨، ٢٤٩

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢٣، الدر المختار وحاشية رد المحتار ٤/ ٦٢٤

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢٣، حاشية الشلبي ٤/ ٢٢

(٦) راجع ماتقدم

يجوز تحديد المدة التي يتم خلالها الإختيار<sup>(١)</sup>، فإن مضت المدة وتباعد الزمن دون اختيار سقط حقه في الاختيار، وهذا يعنى جواز الاختيار في اليوم التالي لمضى المدة لتقارب الزمن<sup>(٢)</sup>

٦- مقدار المدة التي يتم الاختيار خلالها: مدة الاختيار لا تثبت إلا بالشرط وهي مقيدة في كل شئ بحسب ما يليق به، وتختلف باختلاف الأشياء<sup>(٣)</sup>

(قلت لابن القاسم صف لى بيع الخيار فى قول مالك، قال: قال مالك: بيع الخيار أن يقول الرجل أبتاع منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه الجارية أو هذه الدابة وأنا عليك بالخيار هذا اليوم أو هذه الجمعة، أو هذا الشهر، قال، وقال مالك: أما الثوب فلا بأس به أن يكون فيه الخيار اليوم واليومين، وما أشبه ذلك، وما كان أكثر من ذلك فلا خير فيه، والجارية يكون الخيار فيها أبعد من ذلك قليلا الخمسة أيام والجمعة، وما أشبه ذلك، فلا بأس بالخيار إلى ذلك ينظر إلى خبرها وهيئتها أو عملها، والدابة تركب اليوم وما أشبهه، قال فقلت لمالك: فإن اشترط أن يسير عليه البريد أو نحو ذلك ينظر إلى سيرها قال: لا بأس بذلك ما لم يتباعد، والدار أكثر من ذلك، قليلا الشهر وما أشبهه، وللأشياء وجوه، من هذه الوجوه تشتري إليها ليعرفها الناس بوجه ما تختبر فيه، ويستشار فيها، فما كان مما يشتري الناس حاجتهم في الإختيار مثل ما وصفت لك فلا بأس بالخيار فى ذلك، وما بعد من أجل الخيار فى ذلك فلا خير فيه لأنه غرر)<sup>(٤)</sup>

(١) المدونة الكبرى مالك ٢٣٢/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٦/٣، الخرشي على

مختصر خليل ١٠٩ / ٥، ١٢٥

(٢) المدونة الكبرى مالك ٢٣٣/٣ (أما ما قرب من أيام الخيارفه أن يأخذ أيهما شاء بالثمن الذى

سماه)، الخرشي على مختصر خليل ١٢٥ / ٥

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩١ / ٣ - ٩٣، الخرشي على مختصر خليل ١٠٩ / ٥

(٤) المدونة الكبرى مالك ٢٢٣ / ٣، راجع أيضا المقدمات الممهدة لابن رشد ٢٢٦ / ٣ - ٢٢٨

الخرشي على مختصر خليل ١٠٩ / ٥

ويصح العقد مع اشتراط الخيار، ولو لم يحدد العاقدان مدته، ويكون لمن اشترط له الخيار الأخذ أو الرد خلال المدة المقررة لمثل هذه السلعة<sup>(١)</sup>

الأحكام المترتبة على صحة اشتراط الاختيار: "تبعة الهلاك"

أولاً: اشتراط الخيار فيما يختار: إذا تلف أحدهما أو ضاع كان عليه نصف ثمن التالف أو الضائع إذا كان مما يغاب عليه، وكان التلف أو الضياع قبل الاختيار لأنه أخذ واحداً لبيعينه على الضمان، والآخر لبيعينه على الأمانة، وله رد الباقي بخيار الشرط، فإن أمضى الصفقة كان له نصف الآخر بنصف الثمن فيلزمه ثمن أحدهما، وإذا مضت مدة الخيار ولم يختَر إضفاء الصفقة فلا يلزمه شيء<sup>(٢)</sup>، ولو ضاعاً أو تلفاً جميعاً كان عليه ثمن أحدهما لأنه أخذ أحدهما على الضمان، وأخذ الآخر على الأمانة<sup>(٣)</sup>، ولا يصدق في ادعاء التلف أو الضياع بقوله إذا كان مما يغاب عليه<sup>(٤)</sup>، وإذا تلف أو ضاع ما اختاره أثناء مدة الخيار كان بقوله إذا كان مما يغاب عليه<sup>(٥)</sup>، وإذا اتلف أو ضاع ما اختاره أثناء مدة الخيار كان عليه ضمانه بالثمن إذا كان مما يغاب عليه ولا يلزمه قيمته إن كانت أقل من الثمن لأن المشتري

(١) المدونة الكبرى مالك ٢٤١/٣ (قلت رأيت لو أنى اشتريت سلعة، ولم أجعل للخيار وقتاً أتري هذا البيع فاسداً أو جائزاً، قال: أراه جائزاً، وأجعل له من الخيار مثل ما يكون له في مثل تلك السلعة)

(٢) المدونة الكبرى مالك ٢٣٣/٣ (قال مالك إذا اشترى الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن قد سماه، فضاع أحد الثوبين إن الضياع من المشتري في نصف ثمن الثوب التالف، فلا يضمن إلا ذلك)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٦/٣، الحرشي على مختصر خليل ٥/١٢٣

(٣) المدونة الكبرى مالك ٢٣٣/٣ (ولو ضاعاً جميعاً لم يضمن إلا ثمن واحد لأنه أخذ واحداً على الضمان وآخر على الأمانة)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٦/٣، الحرشي على مختصر خليل ٥/١٢٣ (ولافرق بين طوع البائع بدفعهما له وسؤال المشتري له ذلك، --- وقيل إن سأل يضمهما، أحدهما بالقيمة لأنه غير مبيع، والآخر بالأقل من الثمن والقيمة فيما إذا كان فيما يختاره بالخيار لأنه قادر على التزامه بالثمن ورده فيضمن قيمته بعد حلفه)

(٤) المدونة الكبرى مالك ٢٣٤/٣

(٥) المدونة الكبرى مالك ٢٣٤/٣

لا يصدق بقوله، وإن كانت القيمة أكثر لا يستحقها البائع لأنه رضى بالأقل وهو الثمن (١)

وإذا اشترى شيئين كثوبين على أن له خيار الشرط فتلف أحدهما أوضاع كان من ضمانه، وله رد الباقي بخيار الشرط واسترداد حصته من الثمن (٢)، وليس له الرد على رأى من ذهب إلى أن فى رد أحدهما دون الآخر تفريق للصفقة على البائع وعلى هذا تكون الصفقة لازمة للمشتري (٣) وإذا تلفا معا أوضاعا أثناء مدة الخيار فهما من ضمانه بالثمن، ولا يصار إلى القيمة لما أسلفناه (٤)

وإذا مضت مدة الخيار - والمبيع قائم - دون أن يرد لزمته الصفقة بالثمن (٥) الضمان خلال مدة خيار الشرط:

الضمان دائماً على البائع حتى ولو كان الخيار للمشتري، إذا كان المبيع مما لا يغاب عليه، أو كان مما يغاب عليه وقامت للمشتري بينة على التلف أو الضياع دون تفريط منه كان الضمان على البائع (٦)

(١) المدونة الكبرى مالك ٣ / ٢٣٤ (وكذلك لو أنى اشترت ثوبين على أنى بالخيار ثلاثاً ثم جئت لأردهما أيام الخيار فضاعا فى أيام الخيار قال لا يجوز قولك، ولا تصدق بقولك أنهما ضاعا، والثمن لازم لك، لأن الثوبين مما يغيب عليهما، ولا تكون عليك القيمة لأننا إذا ذهبنا أن نردك على القيمة وكانت القيمة أقل لم نردك إلى أقل من الثمن بقولك، ولم نردك خوفاً من أن تكون غيبتهما فإن كانت القيمة أكثر من الثمن لم يعطها البائع لأنه قد رضى بالثمن الذى باعها به)

(٢) المدونة الكبرى مالك ٣ / ٢٣٤

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣ / ١٠٧

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣ / ١٠٦

(٥) المرجع السابق

(٦) المدونة الكبرى مالك ٣ / ٢٣٧ (قال لنا مالك فى بيع الخيار ضمانها أبداً من البائع حتى يرضى المشتري إذا كان ذلك حيواناً، أو مما لا يغاب عليه، فإن كان مما يغاب عليه ضمنه المشتري إلا أن تقوم له بينة على تلفه ---- قال إن كانت حيواناً أو أرضين فمصيبتها من البائع، وإن كانت غير حيوان مما يغاب عليه فهلكت هلاكاً ظاهراً فمصيبتها من البائع، وإن غاب عليها المشتري ولم يعلم هلاكها إلا بقوله لم يصدق، قلت فما يغرم قال الثمن = قلت وهذا قول مالك أنه يقوم بالثمن) وفى ص ٢٣٩ (قلت فإن أتى بالبينة على أن السلعة التى غاب عليها قد هلكت هلاكاً ظاهراً يعرف من غير تفريط من المشتري قال يكون من البائع)

ثانياً: اشتراط الإختيار دون خيار الشرط: إذا اشترى أحد شيئين على اللزوم فباعاً أو تلفاً أو أحدهما لزمه نصف كل واحد منهما بكل الثمن لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وهو في النصف الآخر أمين<sup>(١)</sup> وإذا مضت مدة الإختيار ولم يختَر - وكان ما اشتراه قائماً - كان شريكاً للبائع بنصف كل منهما<sup>(٢)</sup> ومن خلال ما أسلفناه يتضح أن المالكية لا يجيزون بيع الإختيار إلا في المثليات، وهي لا تتفاوت في أحادها، فإذا اختار المشتري من بين هذه المثليات ما اشتراه فلا ضرر عليه، ولا على البائع لأن الثمن واحد لا يختلف بحسب ما يقع عليه الإختيار والمثليات التي يتم اختيار المثمن "المبيع" من بينها لا تختلف أحادها<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا فإن بيع الإختيار عند المالكية يعد في رأيي كبيع صاع من صبرة مشاهدة لا تختلف في أجزائها، فإذا أعطى البائع للمشتري صاعاً منها، أو خول له استيفاء الصاع من أي ناحية شاء، فاستوفاه فإن البائع قد أدى ما عليه وأخذ المشتري ما له<sup>(٤)</sup>، ولا علاقة لهذا النوع من الإختيار بخيار التعيين عند الحنفية المحصور في القيميات التي تتفاوت أحادها، وتختلف بها الأغراض بحسب ما يقع عليه الإختيار<sup>(٥)</sup>، ويلتقيان إذا كان خيار التعيين في المثليات التي لا تتفاوت في

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ١٠٦ (وفي بيع الإختيار فقط إن ادعى ضياعهما معا أوضاع أحدهما أو مضت مدة الإختيار ولم يختَر لزمه النصف من كل منهما بكل الثمن فهذه ثلاثة)

(٢) المرجع السابق

(٣) المدونة الكبرى مالك ٣/ ٢٤١، ٢٤٢، المقدمات الممهدة لابن رشد ٣/ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٧ (أن المشتري إذا قال للبائع أشتري منك صاعاً من هذه الصبرة ----- كان البيع جائزاً سواء كانت الصبرة معلومة الصيعان أم لا)، الخرشى على مختصر خليل ٥/ ٢٥ (يعنى أنه يجوز بيع عدد أصاع من صبرة معلومة الصيعان أو مجهولتها)، حاشية الشيخ على العدوى ٥/ ٢٥ هامش المرجع السابق قال: (يعنى أنه يجوز بيع عدد أصاع، هذه الصورة جائزة اتفاقاً ولو كانت من صبرة مجهولة الصيعان) (٥) راجع ما تقدم

آحادها، ولا في أثمانها، فيكون خيار التعيين في المثليات أيضا كبيع صاع من صبرة لا تتفاوت آحادها<sup>(١)</sup>، وليس هذا من قبيل الالتزامات المتعددة

د - ظاهر كلام الشريف، وأبو الخطاب جواز بيع عبد من عبيد إن تساوت القيمة<sup>(٢)</sup>

والتساوى في القيمة دليل على عدم التفاوت بين العبيد اوبين أفراد القطيع، كبيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء (ولو فرق القفزان فباعه أحدهما مبهما فاحتمالان)<sup>(٣)</sup> (أظهرهما يصح)<sup>(٤)</sup> لأن جميع القفزان من المثليات، لأن الفرض أن الصبرة متساوية الأجزاء قبل التفريق فلا تفاوت بين قفزانها<sup>(٥)</sup>، ويوافق هذا رأى المالكية المتقدم

والخلاصة ان الالتزامات المتعددة تغاير كلا من خيار التعيين عند الحنفية والزيدية وبيع الاختيار عند المالكية، وأيضا ما ورد في ظاهر كلام الشريف وأبو الخطاب.

الرأى الثانى: ذهب الى أن العقد على غيرالمعين باطل، سواء كان ثمنا أو مثمنا فلا يجوز بيع عين مجهولة، أو جعلها ثمنا، كبيع ثوب من ثوبين أو أكثر أو بيع شاة غير معينة من قطيع للجهل بعين المعقود عليه، سواء كان ثمنا أو مثمنا،

وهورأى الشافعية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(١)</sup>، والظاهرية<sup>(٢)</sup>

(١) المبسوط للسرخسى ١٣ / ٥، ٦، الهداية وشرح فتح القدير ٥ / ٤٧٢، ٤٧٣

(٢) المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح ٤ / ٢٩، ٣٠، الفروع لابن مفلح ٢ / ٣١٩، ٣٢٠

(٣) المبدع فى شرح المقنع ٤ / ٣١

(٤) الفروع لابن مفلح، وتصحيح الفروع علاء الدين المرادوى ٢ / ٣٢٠

(٥) المبدع شرح المقنع ٤ / ٣٠، الفروع لابن مفلح ٢ / ٣١٩، ٣٢٠

(٦) الأم للشافعى ٣ / ٥٢، ٥٣ (وهكذا إذا استثنى عليه نخلات يختارهن، أو يتشرهن، فقد يكون فى الخيار والشرار النخل بعضه أكثر ثمنا من بعض، وخيرا منه بكثرة الحمل وجودة

التمر، فلا يجوز أن يستثنى من الحائظ نخلا لا بعدد ولا كيل بحال، ولاجزءا إلا معلوما، ولا نخلا إلا نخلا معلوما)، المهذب للشيرازي ١/ ٢٦٣ (ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد، وثوب من أثواب لأن ذلك غرر من غير حاجة، ويجوز أن يبيع قفيزا من صبرة لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٣/ ٤٠٨ (وبيع أحد الثوبين أو العبدین مثلا وإن استوت قيمتهما باطل، كما لو باع بأحدهما للجهل بعين المبيع أو الثمن)، روضة الطالبين ٣/ ٢٣، ٢٤ (لو قال بعتك عبدا من العبيد، أو أحد عبدي، أو عبيدي هؤلاء، أو شاة من هذا القطيع فهو باطل، وكذا لو قال بعتهما إلا واحدا مبهما، وسواء تساوت قيمة العبيد والشياة أم لا، وسواء قال ولك الخيار في التعيين أم لا، وحكى في التتمة قولاً قديماً إنه لو قال بعتك أحد عبدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام أو أقل صح العقد، وهذا شاذ ضعيف)، شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين وحاشية القليوبي وعميرة ٢/ ١٦١

(١) كشف القناع عن متن الإقناع ٣/ ١٦٧ (ولا يصح بيع عبد غير معين، إن لم يوصف بما يكفى في السلم، لما تقدم، ولا يبيع عبد غير معين من عبيد أو من عبيد للجهالة، ولا يبيع شاة من قطيع، ولا يبيع شجرة من بستان، لما في ذلك من الغرر والجهالة، ولا يصح بعتك هؤلاء العبيد إلا واحدا غير معين، ولا بعتك هذا القطيع إلا شاة غير معينة، ولا هذا البستان إلا شجرة مبهمة لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم، قال الترمذى حديث صحيح ولأن ذلك غرر، ويفضى إلى التنازع)، الفروع لابن مفلح ٢/ ٣١٩، ٣٢٠ قال فى ص ٣٢٠ (ويصح بيع قفيز من صبرة إن علما زيادتها عليه، وقيل ومن صبرة بقال القرية، ولو تلفت إلا قفيزا فهو المبيع، ولو فرق القفزان فباعه أحدهما مبهما فاحتمالان أظهرهما يصح)، قال فى تصحيح الفروع ص ٣٢٠ (قلت وهو ظاهر كلام الأصحاب، ومحل الخلاف إذا كانت متساوية الأجزاء) - وهذا موافق لرأى المالكية المتقدم -، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٤، المغنى لابن قدامة ٤/ ١٤٥ (ولنا أن ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين، ولا مشاعا كالأربعة، وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالأربعة، ولا حاجة لهذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد، ثم ما قالوا يبطل بالأربعة)

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ٨/ ٤٢٩، ٤٣٠ المسألة ١٤٥٨

(٣) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للمولى ١/ ١٧٠، (إذا اشترى شيئين وشرط الخيار فى أحدهما على التعيين صح، وإن أبهم بطل)، وهذا يعنى أنه اشترى واحدا معينا على البيت وله الخيار فى الآخر، فإذا كان أحدهما لا يعينه على البيت والآخر لا يعينه على الخيار بطل

ويرى زفر أن العقد فاسد للجهل بعين المبيع، وقد بينا رأيه فيما أسلفناه<sup>(١)</sup> واستدلوا لما ذهبوا إليه بأن العقد على غير المعين غرر، فلا يعلم البائع ما باع ولا المشتري ما اشتراه، وهذا هو الغرر المنهى عنه شرعا . روى مسلم في صحيحه قال: (حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن إدريس ويحيى بن سعيد ، وأبو أسامة عن عبيد الله وحدثني زهير بن حرب واللفظ له، حدثنا يحيى بن سعيد عن عبيد الله حدثني أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر)<sup>(٢)</sup> قال في المذهب: (الغرر ما انطوى عنه أمره، وخفى عليه عاقبته)<sup>(٣)</sup>، ولا شك في أن العقد على المبيع مجهول العاقدان عينه - وقت العقد - فقد انطوى عنهما أمره، وخفى عليهما العين التي سيتم تعيينها بعد العقد، والحديث يدل على النهي عن العقد على العين المجهولة، لأن البائع يخفى عليه ما باع، ويخفى على المشتري ما اشتراه، ومن البديهي أن الرضا لا يقع إلا على معلوم، ولا يرد على مجهول أبدا

العقد لأن ما هو على البت مجهول وكذلك ما هو فيه بالخيار، والأمر على هذا النحو إذا اشترى أحد شيئين لابعينه على أن يمسك أحدهما ويرد الآخر، وقال في ص ١٧٨ (لو اشترى عبدا من غبدين لم يصح العقد، وفيه قول موهوم)

(١) راجع خيار التعيين عند الحنفية "الرأى الأول لفقهاء الشريعة"

(٢) صحيح مسلم المجلد الثالث ٥/٣، والحديث رواه ابن ماجة في سننه ٧٣٩/٢ الحديث رقم ٢١٩٤ قال (حدثنا محرز بن سلمة المدني ثنا عبد العزيز بن محمد عن عبيد الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع الحصة)، ورواه أيضا أبو داود في سننه ٢٥٠/٢ قال: (حدثنا أبو بكر وعثمان ابنا أبي شيبة قالوا ثنا ابن إدريس عن عبيد الله بن أبي زياد عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، زاد عثمان والحصة)، وقال في نيل الأوطار ٥/١٤٧ (رواه الجماعة إلا البخاري) . راجع أيضا سنن النسائي بشرح جلال الدين

السيوطي وحاشية السندي ٧/٢٦٢

(٣) المذهب للشيرازي ١/٢٦٢

(١) قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا) (٢)  
 واستدلوا أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم :  
 حدثنا زياد بن أيوب البغدادي قال أخبرنا عباد بن العوام قال: أخبرني سفيان بن حسين عن يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا إلا أن تعلم (٣)  
 قال الترمذي (هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه من حديث يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر) (١)

(١) المحلى لابن حزم ٨ / ٤٣٠ ألمسألة ١٤٥٨

(٢) الآية ٢٩ سورة النساء

(٣) الجامع الكبير للترمذي ٢ / ٥٦٤ والحديث رواه أبو داود في سننه ٢ / ٢٥٧ قال (حدثنا أبو حفص عمر بن زياد السيارى ثنا عباد بن العوام عن سفيان بن حسين عن يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة، وعن المحاقلة، وعن الثنيا إلا أن تعلم)، نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ١٥١، المزابنة ورد معناها في ص ١٩٨ : قال: (عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة أن يبيع الرجل ثمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا، وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام، نهى عن ذلك كله، متفق عليه)، والمحاقلة قال في نيل الأوطار ص ١٧٥، ١٧٦ (اختلف في تفسيرها فمنهم من فسرها في الحديث فقال هي بيع الحقل بكيل من الطعام معلوم، وقال أبو عبيد هي بيع الطعام في سنبله، والحقل الحرث وموضع الزرع، وقال الليث الحقل الزرع إذا تشعب من قبل أن تغلظ سوقه، وأخرج الشافعي في المختصر عن جابر أن المحاقلة أن يبيع الرجل الرجل الزرع بمائة فرق من الحنطة --- -- والمحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه أو يبيعه في سنبله بالحنطة)، والمخابرة ورد معناها في سنن أبي داود ٢ / ٢٥٨ قال: (حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ثنا عمر بن أيوب عن جعفر بن برقان عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع)، والحديث رواه النسائي في سننه ٧ / ٢٩٦ قال (أخبرنا زياد بن أيوب قال حدثنا عباد بن العوام قال حدثنا سفيان بن حسين قال حدثنا يونس عن عطاء عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وعن الثنيا إلا أن تعلم)

والمراد بالثبوت هو استثناء بعض المبيع، فإن كان المستثنى من البيع معلوماً كان المبيع معلوماً، والجهل بالمستثنى من البيع يؤدي إلى جهالة المبيع<sup>(١)</sup> والحديث يدل على النهي عن استثناء المجهول لأنه يؤدي إلى الجهل بالمبيع، والغرر المنهي عنه شرعاً<sup>(٢)</sup>

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة اقتصروا في خيار التعيين وبيع الاختيار على الأعيان دون الموصوف في الذمة • ولم تقتصر الالتزامات المتعددة على التعلق بالأعيان، وإنما تشمل أيضاً الالتزامات المتعلقة بغيرها  
**طبيعة الخلاف بين فقهاء الشريعة:**

هل يعد الخلاف بين الفقهاء خلافاً حقيقياً؟ أم أن الأمر ظاهره الاختلاف وحقائقه الاتفاق؟ هذا ما سنوضحه إن شاء الله تعالى  
بيننا فيما سبق أن الحنفية يرون أن العقد لا ينعقد في حق الحكم إلا من وقت تحديد العين التي تم اختيارها، ولا ينعقد العقد عند الزيدية إلا إذا تم التراضي على عين المبيع ولا يقع الرضا إلا من وقت الاختيار فمرد الانعقاد عندهم إلى وقت الاختيار

أما المالكية، والشريف، وأبو الخطاب فقصر الجواز على المثليات دون سواها كمن اشترى قفيزاً من صبرة متساوية الأجزاء، فلا ضرر على البائع أو المشتري إذا تم أخذ القفيز من أي ناحية شاء البائع أو المشتري لأن المثليات لا تفاوت بين أحدها فيكون المبيع معلوماً علماً نافياً للجهالة وقاطعاً للمنازعة.

وإذا وقع البيع على الاختيار مع اشتراط خيار الشرط فلا ينعقد البيع إلا بعد الاختيار لأن خيار الشرط لم يقع على معين حتى يلزم العقد بمضي المدة، فإذا مضت المدة دون اختيار فلا عقد بينهما وفقاً لما أسلفناه

وذهب الرأي الثاني إلى أن العقد لا ينعقد إلا على معلوم، وبيع المجهول باطل للغرر، وانتفاء الرضا بالمجهول، لأن الرضا لا يقع إلا على معلوم

(١) الجامع الكبير للترمذي ٧ / ٥٦٤، ٥٦٥

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ١٥١

(٣) المرجع السابق

والحق أنى لا أجد بين الرايين خلافاً إلا فى الظاهر لاتفاقهما على ان العقد لا ينعقد إلا على معلوم العين، والرضا هو مناط الانعقاد، ولا يقع إلا على معلوم خلاصة القول أن فقهاء الشريعة لا يجيزون ما يعرف بالالتزام التخييري أو البدلى على النحو الوارد فى القانون المصرى، أو ما يعرف بالالتزامات البديلة أو البدائل فى كل من القانون الفرنسى، والإيطالى والأسباني.

## المبحث الثالث

### أحكام الالتزامات المتعددة فى القانون

أولاً: أحكام الالتزامات التخيرية " البدائل "

نود الإشارة أولاً الى أن القوانين الفرنسية، والإيطالية، والأسبانية لاتفرق بين ما يعرف فى القانون المصرى بالالتزامات التخيرية، والبدلية، ويسمون الجميع بالالتزامات البديلة " البدائل " على النحو الذى أسلفناه

تعيين ما يقع عليه الاختيار لا يخلو الحال من أن يكون الخيار للمدين أو نائبه، أو للدائن أو نائبه . ولا يخلو الحال أيضاً من ان ينفذ من له الحق فى الاختيار التزامه فيعين ما اختاره، أو أن يمتنع عن الإختيار، ولكل حالة حكمها

١- إذا كان الخيار لأحدهما التزم بتعيين ما وقع عليه اختياره، فإذا عين ما اختاره التزم المدين بالوفاء بعين ما تم اختياره

#### كيفية التعيين:

يتم التعيين بإعلان من له حق الاختيار إرادته إلى الطرف الآخر يحدد فيه المحل الذى وقع عليه اختياره، أو بمطالبة الدائن - إذا كان الخيار له - المدين بالوفاء بمحل معين (١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية مذكرة المشروع التمهيدي ٣ / ٣٨ ، ٢٩ ، أنور سلطان ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، طالبة وهبة خطاب ١٨١ ، محمود جمال الدين زكى ٨٦٧ ، ٨٦٨ ، سليمان مرقس ٥٥٨ ، عبد الرزاق السنهورى ١٥٦ ، ١٦٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ٢٦ ، فتحى عبد الرحيم ٢٢١ ، ٢٢٢ ، توفيق حسن فرج ١١٩

L'article 1194 de la loi civile française (Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déferé par la convention au créancier ou l'une des choses seulement est périe ;et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ;si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle ;qui est périe . Ou les deux choses sont périées ; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux ,ou même à l'égard

ويتم التعيين أيضا - إذا كان الخيار للمدين - بوفاء المدين فعلا بمحل معين من المحال المتعددة، أو بعرضه على الدائن (١) ويناقش هذا بأنه يجب رضا الطرف الآخر بعين ما تم اختياره، لأنه لا يدخل في ملكه ولا يخرج منه إلا ما يرضاه، ولا يتصور الرضا بغير معين

==

de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix)

El artículo 1133 del código civil Español (La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada)

L'articolo 1286 del codice civile italiano (La scelta spetta al debitore se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo.

La scelta diviene irrevocabile con l'esecuzione di una delle due prestazioni, ovvero con la dichiarazione di scelta, comunicata all'altra parte, o ad entrambe se la scelta è fatta da un terzo)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لمذكرة المشروع التمهيدي ٣/ ٣٨، ٣٩، أنور سلطان ٢٧٣، ٢٧٤، طلبة وهبة خطاب ١٨١، محمود جمال الدين زكي ٨٦٧، ٨٦٨، سليمان مرقس ٥٥٨، عبد الرزاق السنهوري ١٥٦، ١٥٧، عبد المنعم فرج الضدة ٢٦، فتحى عبد الرحيم ٢٢١، ٢٢٢، توفيق حسن فرج ١١٩

L'article 1191 de la loi civile française (Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre)

L'articolo 1286 del codice civile italiano ,

El artículo 1133 del código civil Español se desarrolló , 1136 (---- si alguna de las

cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes o la que haya quedado, si una soia subsistiera)

٢- إذا كان الخيار للمدين أو نائبه ، وامتنع عن الإختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم على ما يوفون به لم يكن أمام الدائن إلا أن يرفع الأمر للقضاء، وتضرب المحكمة في هذه الحالة للمدين أو من ينوب عنه أجلا ليعين فيه ما يختار، أو ليتفق المدينون فيما بينهم على ما يوفون به، فإن مضى الأجل دون أن يعين المدين أو نائبه ما يختار، أو اختلف المدينون فيما بينهم عين القاضى ما يلتزم المدين أو المدينون بالوفاء به من بين الأشياء المتعددة التى يشتمل عليها المحل ، وهو رأى القانون المصرى (١)

وللمحكمة أن تعين فى ذات الحكم القاضى بمنح المدين أجلا لتعيين ما يقع عليه اختياره، أن تعين ما يجب على المدين الوفاء به فى حالة امتناعه عن الإختيار خلال الأجل، أو ما يجب على المدينين الوفاء به إذا لم يتفقوا على ما يوفون به خلال الأجل المضروب (٢)

وذهب القانون الإيطالى - أيضا - إلى اسناد الإختيار إلى المحكمة فى حالة ما إذا كان الإختيار لعدة أشخاص من المدينين أو الدائنين، ولم يحددوا ما وقع عليه اختيارهم خلال الأجل المضروب لهم من قبل المحكمة (٣)

وأناقش هذا بان المحكمة تتدخل فى رضا أحد الأطراف فتحل إرادة المحكمة محل إرادة المدينين أو الدائنين لأن الإختيار يعتمد على إرادة من لهم الحق فيه ورضاهم، وفى تدخل المحكمة فى الرضا مصادرة لمبدأ سلطان الإرادة فى تعيين ما يوفى به المدين، وإلزام الدائن به ولا ينحصر عمل المحكمة - هنا - فقط فى

(١) المادة ٢٧٦ / ١ من القانون المدنى المصرى (إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الإختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الإلتزام)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤١/٣ مذكرة المشروع التمهيدي (وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه فيما لو امتنع المدين عن الإختيار فى هذا الأجل)

(٣) Art 1286 -3 (Se la scelta non è fatta da piÙ persone, il giudice può fissare loro un termine fatto nel termine stabilito, essa è fatta dal giudice)

تنفيذ العقود، وإنما يتعداه إلى المساس بمبدأ سلطان الإرادة، والواجب أن يقتصر عمل المحكمة على تنفيذ ما تراضى الأطراف على عينه في الاتفاق المبرم بينهما، ولا يتعدى هذا إلى إحلال إرادة المحكمة محل إرادة أحد الأطراف، أو الطرفين<sup>(١)</sup> أما إذا كان الخيار للمدين - وكان واحدا - وامتنع عن الاختيار خلال الأجل المضروب له من المحكمة انتقل الخيار إلى الدائن<sup>(٢)</sup> وأناقش هذا بأن ما يرضى به الدائن يغير ما يرضى به المدين، بل قد تتجه إرادة المدين إلى الامتناع عن اتمام الصفقة أصلا، أو الرضا بغير ما يرضى به الدائن، فلا تلتقي الإرادتان ولا يتوافر الرضا الذي عليه مناط الاعتقاد.

٣- إذا كان الخيار للدائن أو نائبه وامتنع عن الاختيار كان للمدين اللجوء إلى القضاء لتضرب المحكمة للدائن أجلا يعين فيه ما يختار، فإن امتنع عن الاختيار خلال الأجل الذي حددته المحكمة انتقل الاختيار إلى المدين وهو رأى القانون المصري<sup>(٣)</sup>

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ / ٤١ مذكرة المشروع التمهيدى (وقد يعترض بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته ويقوم نفسه مقام المدين فى تنفيذ التزامه، بيد أن هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة، فقد تقدم أن القاضى يتدخل فى تنفيذ العقود، بل وفى تكوين بعضها إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة، أو ملحة، والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لامحيص عنه، فليس فى الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن، لأن ذلك يفضى إلى تحكيم الثانى فى الأول، خلافا لما تقضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك)

(٢) Art 1287 (Quando il debitore, condannato alternativamente a due prestazioni, non ne esegue alcuna nel termine assegnatogli dal giudice, la scelta spetta al creditore)

(٣) المادة ٢/٢٧٦ مدنى مصرى (أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم عين القاضى أجلا إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين)

ورأى القاتون الإيطالي أيضا إذا كان الدائن الذي له حق الإختيار واحدا (١) وأناقش هذا بأن إرادة الدائن لا تتفق مع ارادة المدين، والرضا من العاقدين هو مناط الانعقاد فكيف ينعد العقد دون أن يتراضى الأطراف على تعيين محله أما إذا كان الخيار لشخص ثالث غير المدين والدائن وجب على هذا الشخص تعيين ما يختاره خلال الأجل الذي تحدده المحكمة، فإن مضى دون اختيار انتقل الاختيار إلى المحكمة (٢)

وإذا تعدد الدائنون ولم يتفقوا على تعيين ما يختارونه خلال المدة التي تحددها المحكمة انتقل الاختيار إلى المحكمة كما أسلفنا (٣)

وسبق لنا ان بينا ما يرد على تدخل المحكمة في رضا الدائنين أو المدينين ولا يجوز للمحكمة أيضا التدخل في ارادة من يسند له الدائنون او المدينون أمر الاختيار فيجب على المحكمة التقيد بإرادة الأطراف أو من يمثلهم، ولاتقوم إرادة المحكمة مقام إرادة أى طرف

حكم استحالة تنفيذ بعض ما ورد عليه التخيير قبل الاختيار بخطا المدين

أ - الحالة الأولى: إذا كان الخيار للمدين

إذا كان الخيار للمدين واستحال الوفاء ببعض ما اشتمل عليه المحل تعيين عليه اختيار واحد من الباقيين، فإن كان الباقي واحدا فقط تعين للوفاء، وهو رأى القاتون المصري (٤) (ويستوى في هذا المقام أن تكون الإستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم

(١) Art 1287 -2 (SE la facoltà di scelta spetta al creditore e queesti non l'eserceita nel termine stabilito o in quello flssatogli dal debitore, lascelta passa aquest'ultimo)

(٢) Art 1287 -3 (Se la scelta è rimessa a un terzo e questi non la fa nel termine assegnatogli, essa è fatta dal giudice)

(٣) Art 1286 -3

(٤) أنورسلطان ٢٧٤، ٢٧٥، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٥/٣ مذكرة المشروع التمهيدى (أما اذا اقتصررت لإستحالة على أحد محل التخيير دون الآخر --- فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الإمكان)، طلبية وهبة خطاب ١٨٢، سليمان مرقس ٥٦٠، عبد الرزاق السنهورى ١٦٩، ١٧٠، عبد المنعم فرج الصدة ٢٧

إلى حادث فجائي، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطئه في الحالة الأولى، وهو ملزم بتحمل التبعة في الحالة الثانية، ولهذه العلة يتعين عليه أداء قيمة ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً<sup>(١)</sup>، إن استحال الوفاء به أيضاً، فإن كان باقياً تعين عليه الوفاء به

والأمر على هذا النحو في رأى القانون الفرنسى<sup>(٢)</sup>، والإيطالى<sup>(٣)</sup>، والأسباني<sup>(٤)</sup>

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٥ / ٣ " مذكرة المشروع التمهيدي

(٢) Article 1193 (L'obligation alternative devient pure et simple, si l'unne des choses promises périt et ne peut plus être livrée, Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place même par la faute du débiteur

(٣) Art 1288 (L'obbligazione alternativa si considera semplice, se una delle due prestazioni non poteva formare oggetto di oppligazione o se è divenuta impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti) , Art 1290 (Qualora entrambe le prestazioni siano divenute impossibili e il depitore debba rispondere riguardo a una di esse, egli deve pagare l'equivalente di quella che è divenuta impossibile per l'ultima, se la. Se la scelta spettava al creditore, questi può domandare l'equivalente dell'una o scelta spettava a lui dell'altra)

ويوجب النص السابق - م ١٢٩٠ مدنى إيطالى - على المدين فى حالة ما إذا كان الخيار له تعويض الدائن عن آخر شيء استحال الوفاء به، إذا كانت الاستحالة فى جميع ما اشتمل عليه المحل أوفى واحد على الأقل مما اشتمل عليه ترجع إلى خطأ المدين، وإذا بقى أحد ما اشتمل عليه المحل صالحاً للوفاء تعين على المدين الوفاء به دون سواه، ويصير الإلتزام بسيطاً، والحكم على هذا النحو فى نص المادة ١١٩٣ مدنى فرنسى .

(٤) Artículo 1132-2 (El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilicitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación) , Artículo 1135 (El acreedor tendrá derecho a la

==

ويناقش هذا بأنه يجب اتفاق الدائن والمدين على عين الشيء أو التكليف الذي يجب على المدين الوفاء به، فلا بد من التراضي على عين ما يدخل في الملك، وما يخرج منه، والقول بغير هذا يخل بمبدأ التراضي، ولا يقع الرضا إلا على معين .

==

indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.

La indemnización se fijará tomando por base el valor de la Última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que Últimamente se hubiera hecho imposible)

يبين نص المادة ١١٣٢-٢ أسباني أنه ليس للمدين أن يختار الوفاء بما استحال تنفيذه عن طريق تعويض الدائن عنه، وإنما عليه ان يختار الوفاء بالممكن من بين ما يشتمل عليه المحل المتعدد، فإن لم يوجد إلا واحد تعين الوفاء به، ويبين نص المادة ١١٣٥ أنه اذا استحال الوفاء بجميع ما اشتمل عليه المحل المتعدد بخطأ من المدين - في حالة ما إذا كان الخيار له - وجب تعويض الدائن عن قيمة آخر التزام استحال تنفيذه، وهذا يعني أنه إذا بقي واحد فقط من مشتزمات المحل المتعدد تعين على المدين الوفاء به عينا

### الحالة الثانية: إذا كان الخيار للدائن:

إذا كانت الاستحالة في البعض ناشئة عن خطأ المدين كان للدائن اختيار واحد من الباقي إن تعدد، أو اختيار الباقي إن كان واحداً، وله اختيار قيمة ما هلك بخطأ من المدين حتى لا يفوت عليه حقه في الاختيار بخطأ من المدين وهو رأى القانون المصري<sup>(١)</sup> والفرنسي<sup>(٢)</sup>، والإيطالي<sup>(٣)</sup>، والأسباني<sup>(٤)</sup>

ويناقش بأنه لا بد من رضا المدين على عين ما اختاره الدائن كما أسلفنا

حكم استحالة تنفيذ بعض ما ورد عليه التخيير قبل الاختيار بخطأ الدائن:

الحالة الأولى: إذا كان الخيار للمدين :

يجوز للمدين في هذه الحالة ان يختار الوفاء بالشئ أو التكليف الذى ما زال صالحا للوفاء به وتبرأ ذمته بالوفاء به، ويطالب الدائن بقيمة الشئ أو التكليف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٥/٣ مذكرة المشروع التمهيدي (فإن اقتضت الإستحالة على أحد محلي التخيير فللدائن أن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً، أو أن يطالب بقيمة الأول، وهو الذى أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء خطأ المدين)

(2) Article 1194 (Losque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déferé par la convention au créancier, Ou l'une des choses seulement est pere ; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périée ; Ou les deux choses sont périées ; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix)

(٣) Art 1289 -3,4 (Quando la scelta spetta al creditore, il debitore è liberato dall'obbligazione, se una delle due prestazioni diviene impossibile per colpa del creditore, salvo che questi preferisca esigere l'altra. Se dell'impossibilità deve rispondere il debitore, il creditore può prestazione e risarcire il danno scegliere l'altra prestazione o esigere il risarcimento del danno)

(٤) Artículo 1136 (Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido)

الذي استحال تنفيذه بخطأ الدائن، وله ان يعين شيئاً أو تكليفا استحال الوفاء به، وتبرأ ذمته بهذا التعيين، ويكون الدائن في هذه الحالة قد ألتف مال نفسه، ولم يتلف مال غيره، وهو رأى القانون المصرى<sup>(١)</sup>، والفرنسى<sup>(٢)</sup>، والإيطالى<sup>(٣)</sup> ويستنتج هذا أيضا من خلال نص المادة ١١٣٦ من القانون المدنى الأسباني لأن هذه المادة قد أجازت للدائن - فيما إذا كان الخيار له، وكان هلاك بعض ما ورد عليه التخيير بخطأ من المدين - أن يختار قيمة ما استحال الوفاء به أو أن يطلب استيفاء ما يصلح للوفاء به، فيكون للمدين - في حالة ما إذا كان الخيار له وهلك البعض بخطأ الدائن - أن يختار الوفاء بما يصلح للوفاء ويطلب بقيمة الهالك، او يختار ما أهلكه الدائن بخطئه، ويكون الدائن قد ألتف ما له واستوفى حقه بهذا الإلتاف<sup>(٤)</sup>

#### الحالة الثانية: إذا كان الخيار للدائن

يجوز للدائن أن يختار ما ألتفه بخطئه، وتبرأ ذمة المدين بهذا الاختيار، وليس للمدين في هذه الحالة مطالبة الدائن بشئ، وله اختيار واحد من الباقي إن تعدد، أو اختيار الباقي إن كان واحدا، وعليه قيمة ما هلك بخطئه وفقا لما أسلفناه في الحالة السابقة.<sup>(٥)</sup>

ويناقش بأنه لا بد من رضا الطرفين على عين ما يختاره أحدهما كما أسلفناه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٤٤ / ٣ (وإن اقتصرست الإستحالة على أحد محلى التخيير فللمدين وقد ثبت له خيار التعيين أن يختار الوفاء بالآخر، وفي هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه)، عبدالرزاق السنهورى ١٧٠، عبد المنعم فرج الصدة ٢٧/٢

(٢) L'article 1194 précédent

(٣) Art 1289-1,2 (Quando la scelta spetta al debitore, l'obbligazione

(٤) alternatvia diviene semplice, se una della due.

Se una delle due prestazioni prestazioni diventa impossibile anche per causa a lui imputabile diviene impossibile per colpa del creditore, il debitore, è liberato dell'obbligazione, qualora non preferisca eseguire l'altra prestazione e chiedere il risarcimento dei danni)

(٥) Articolo 1136.

استحالة تنفيذ جميع ما ورد عليه التخيير قبل الاختيار:

أ - إذ كان هلاك واحد من الأشياء أو التكاليف قد استحال الوفاء به بخطأ المدين، والخيار له التزم بقيمة ما أصابه الهلاك أخيراً، لأن هلاك البعض يجعل الالتزام منحصرًا فيما يصلح محلاً للوفاء، ويعد الباقي بمثابة البديل عن الهالك بخطأ المدين، فإذا هلك الباقي بسبب أجنبي، أو بخطأ المدين وجب عليه قيمته للدائن، وهو رأى القانون المصرى<sup>(١)</sup>، والفرنسى<sup>(٢)</sup>، والإيطالى<sup>(٣)</sup>، والأسباني<sup>(٤)</sup>، وإذا هلك الجميع فى وقت واحد كان له أداء قيمة ما يقع عليه اختياره من بينها<sup>(٥)</sup>

ب- إذا كان الهلاك بخطأ المدين، والخيار للدائن كان له اختيار قيمة واحد من الأشياء أو التكاليف وفقاً لإرادته، ويكلف المدين الوفاء بها، وهو رأى القانون المصرى<sup>(٦)</sup>، والفرنسى<sup>(٧)</sup>، والإيطالى<sup>(٨)</sup>، والأسباني<sup>(٩)</sup>

(١) المادة ٢٧٧ مدنى مصرى (إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسئولاً عن هذه الإستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه)

٢) L'article 1193 précédente.

٣) Precedente Articolo 1290

٤) Artículo anterior 1135

(٥) المراجع السابقة

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٥/٣ مذكرة المشروع التمهيدى (وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها فللدائن - وهو المتصرف فى الخيار - أن يطالب بقيمة ما يقع عليه اختياره

٧) L'article 1194 précédente

٨) Precedente Articolo 1289

9) Artículo 1136 -3,4 (Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre suprecio.

Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles)

ج - إذا كان الهلاك بخطأ الدائن والخيار للمدين كان له أن يختار واحدا من الالتزامات التي استحالت تنفيذها بخطأ الدائن وتبرأ ذمته بمجرد الاختيار، ويعد الدائن مستوفيا لما اختاره المدين، وللمدين المطالبة بقيمة ما لم يقع عليه اختياره<sup>(١)</sup>

د - إذا كان الهلاك بخطأ الدائن والخيار له كان له اختيار واحد من الأشياء أو التكاليف، ويعد مستوفيا لما اختاره، ويلتزم للمدين بقيمة الباقي<sup>(٢)</sup>

هـ - إذا كان هلاك الجميع بسبب أجنبي انقضى الالتزام لاستحالة الوفاء به وفقا للقواعد العامة في القانون المصري<sup>(٣)</sup>، والإيطالي<sup>(٤)</sup>، والأسباني<sup>(٥)</sup>

ولم يكتف المشرع الفرنسي بالنصوص الواردة في القواعد العامة، وإنما أورد نصا خاصا مفاده انقضاء الالتزام في هذه الحالة اعمالا لنص المادة ١٣٠٢ مدني

Article 1195 (Si les deux choses sont Péries sans la  
faute du débiteur, et avant qu'al soit en demeure,  
l'obligatiok est éteinte,  
conformément à l'article 1302)<sup>(٦)</sup>

(١) راجع حالة هلاك البعض بخطأ الدائن وحق الاختيار للمدين " السابقة "

(٢) راجع حالة هلاك البعض بخطأ الدائن وحق الاختيار له " السابقة "

(٣) المادة ٣٧٣ مدني مصري (ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لايد له فيه)

٤) Amod 1256 fino 1259 di Diritto

٥) Materiales 1096,1182 hasta 1196 del código civil español

٦) Article 1302 (Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'obiget de l'obligationvien vient à périr, est mis hors du commerce, ou ce perd de mantère qu'on en ignore absolument l'existence. L'obligation est éteinto si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur Obiteur et avant qu'il fût en demeure

==

==

وعموماً فإن أحدهما لا يعلم عين ما يختاره من له حق الاختيار إلا بعد تعيين الشيء أو التكليف، فلا بد من رضا الطرف الآخر بعين ماتم اختياره، وأذا تم هذا الرضا بعد تعيين من له خيار التعيين يكون الالتزام بسيطاً، وليس متعدداً، لأنه لا يدخل في الملك ولا يخرج منه إلا ماتم التراضي على عينه، وينعقد العقد من وقت تمام رضا الطرفين بعين ما تم اختياره دون أن يرتد إلى الوقت الذي كان فيه الالتزام متعدداً وعلى هذا يقع الالتزام التخييري الإتفاقي على النحو الموضح في القانون المدني باطلاً، لأن الطرف الآخر لا يعلم عين ما يقع عليه اختيار الطرف الذي له حق الاختيار، ولم يرض به، لأن الرضا لا يقع إلا على معلوم، فلا يجوز أن يعهد إلى أحدهما تعيين ما يختار من بين اثنين أو أكثر، فإذا رضى الطرف الآخر بعين الالتزام المختار انعقد عقد جديد لعلاقة له بالالتزام التخييري الذي وقع باطلاً

ولقد بينا أن تعدد محل الالتزام في القانون المدني يغير كلا من خيار التعيين عند الحنفية والزيدية، وبيع الاختيار عند المالكية، وما ورد في ظاهر كلام الشريفة وأبو الخطاب على النحو الذي فصلناه

وتعد الالتزامات التخييرية التي نص عليها القانون مشروعة إذا كانت لا تدخل شيئاً في ملك أحدهما ولا تخرجه منه إلا بتراضي الطرفين على عينه كما إذا تعلق بتأمين حقوق الدائنين، فإذا اضعف المدين بفعله ما قدمه للدائن من تأمين خاص كان الدائن مخيراً بين مطالبة المدين بالوفاء بالحق قبل حلول الأجل أو المطالبة بتكملة التأمين<sup>(١)</sup>

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des /  
cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût  
également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée  
Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.  
De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte  
ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix)

(١) المادة ٢٧٣/٢ مدني مصري

وإذا كان ما أصاب التأمين من ضعف يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه كان للمدين ان يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن ضمانا يكفى للوفاء بحقه عند حلول الأجل<sup>(١)</sup>

أما المادة ١٠٤٨ مدنى مصرى فقد خيرت الدائن- فى حالة هلاك العقار المرهون بخطأ الراهن - بين استيفاء حقه فوراً وبين أن يقتضى تأميناً يحل محل العقار المرهون يكفى للوفاء بحق الدائن عند حلول الأجل<sup>(٢)</sup>

وإذا كان هلاك العقار المرهون بسبب أجنبى لايد للمدين أوالدائن فيه كان المدين مخيراً بين أن يوفى الدين فوراً وبين أن يقوم تأميناً يكفى الوفاء بحق الدائن عند حلول أجله<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن هذا لا يخل بما تراضى عليه العاقدان لأن الدائن قد رضى بتأجيل حقه اعتماداً على ما أعطاه المدين للدائن من تأمين خاص، فإذا أضعف المدين بفعله ما أعطاه للدائن من تأمين وجب عليه تعويض ما نقص إذا طالب الدائن بتكملة التأمين، وللدائن المطالبة بالوفاء بالحق قبل حلول الأجل لأنه ما رضى بالتأجيل إلا اعتماداً على التأمينات التى تضمن له حقه.

وإذا كان ما أصاب التأمينات من ضعف يرجع إلى سبب أجنبى كان للمدين أن يقدم للدائن ضماناً كافياً لأن تبعة هلاك التأمين أونقصه تقع عليه، وله ان يوفى الدين قبل حلول الأجل، لأن الأجل ما أعطى للمدين إلا اعتماداً على ما قدمه للدائن من تأمين خاص، وهذا لا يدخل شيئاً فى ملك أحد، ولا يخرج منه دون رضا، وغاية ما فيه أنه يتعلق بتأمين حقوق الدائنين، أو سقوط الأجل

### ثانياً: أحكام الالتزامات البديلية فى القانون المدنى المصرى

بيننا فيما سبق أن محل الالتزام البدلى فى رأى القانون المصرى واحد، غير أن للمدين أن يوفى بالالتزام آخر بدلاً من الوفاء بالالتزام الأسمى، وتبرأ ذمته بهذا الوفاء ويتقرر للمدين هذا الحق بمقتضى الإتفاق أو نص فى القانون

(١) المادة ٣/٢٧٣ مدنى مصرى

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ / ٥٢ مذكرة المشروع التمهيدي

(٣) المرجع السابق ٥٣

وعلى هذا تكون العبرة بالالتزام الأصلي لا البديل الذي يجوز للمدين أن يبىء ذمته بأدائه بدلا عن الوفاء بالالتزام الأصلي<sup>(١)</sup>

### ويترتب على هذا الأحكام التالية:

- ١ - لايتعدى حق الدائن الالتزام الأصلي الى ما سواه، ويستطيع المطالبة باقتضائه وحده، ولايستطيع مطالبة المدين بالبديل رغم أن للمدين أن يوفى به بدلا من الوفاء بالالتزام الأصلي، وتبرأ ذمته بالوفاء به<sup>(٢)</sup>
- ٢- للمدين الخيار بين أن يوفى بالالتزام الأصلي، وبين أن يوفى بالبديل، وتبرأ ذمته بالوفاء بأحدهما، ويرغم الدائن على قبول ما يختاره المدين للوفاء<sup>(٣)</sup>
- نصت المادة ١/٢٧٨ على ما يلي: (يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر)
- ٣- تتحدد طبيعة الالتزام البدلي بالالتزام الأصلي، فيكون عقارا، ولو كان البديل منقولا، والعبرة فى تحديد المحكمة المختصة بالالتزام الأصلي دون البديل سواء فيما يتعلق بالإختصاص المكانى أو القيمى (ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه، ويعتبر محلا له على وجه الأفراد ----- وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام البدلي عقاريا أو منقولا، وفى التقاضى بشأن هذا الالتزام، ولاسيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص إلى محله الأصيل دون البديل)<sup>(٤)</sup>

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣/ ٤٧، ٤٨ مذكرة المشروع التمهيدي (ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه، ويعتبر محلا له على وجه الأفراد دون البديل الذى يكون للمدين أن يبىء ذمته بأدائه)

(٢) أنورسلطان ٢/ ٢٧٦، جميل الشرقاوى ١٩٣، ١٩٤، محمود جمال الدين زكى ٨٦٩، ٨٧٠، سليمان مرقس ٤/ ٥٦٣، سمير تناغو ٤٤٩، عبد الرزاق السنهورى ٣/ ١٨٦، ١٨٧، عبد المنعم فرج الصدة ٢/ ٢٨، عبد المنعم البدرأوى ٢/ ٢٦١، فتحى عبد الرحيم ٢٢٣، ٢٢٤، توفيق حسن فرج ١٢٠

(٣) المراجع السابقة

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣/ ٤٧، ٤٨ مذكرة المشروع التمهيدي

- نصت المادة ٢٧٨ / ٢ على ما يلي (والشيء الذي يشمل محل الالتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحده محل الالتزام، وهو الذي يعين طبيعته)
- ٤- إذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه وفقاً للقواعد العامة، وليس للدائن المطالبة بالبديل إذا كان قائماً<sup>(١)</sup>
- ٥- إذا هلك المحل الأصلي بخطأ المدين كان للدائن المطالبة بالتعويض عن المحل الأصلي، وليس له المطالبة بالبديل إن كان قائماً، وللمدين أن يوفى بالبديل بدلاً من تعويض الدائن عن الالتزام الأصلي<sup>(٢)</sup>.
- وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الأصلي، فليس له المطالبة بقيمة ما استحال تنفيذه أخيراً كما هو الحال في الالتزام التخييري<sup>(٣)</sup>
- ٦- إذا هلك المحل الأصلي بخطأ الدائن مع بقاء البديل كان للمدين أن يعتبر الدائن مستوفياً لحقه لهلاك المحل الأصلي بخطئه، وله الوفاء بالبديل والمطالبة بالتعويض عن المحل الأصلي<sup>(٤)</sup>، وإذا هلك البديل بخطأ الدائن مع بقاء المحل الأصلي ظل الالتزام على حاله، ويثبت للمدين الحق في التعويض عن البديل، ولما كان للمدين الوفاء بالبديل فله أن يعتبر الدائن مستوفياً لحقه لهلاك البديل بخطئه<sup>(٥)</sup>

(١) أنور سلطان ٢/٢٧٧، جميل الشراوى ١٩٤، طلبة وهبة خطاب ١٨٥، محمود جمال الدين زكى ٨٧١، سليمان مرقس ٥٦٤، سمير عبد السيد تناغو ٤٥٠، عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط ٣/١٨٨، عبد المنعم فرج الصدة ٢/٢٨، عبد المنعم البدرولى ٢٦٢، فتحى عبد الرحيم ٢٢٦، توفيق حسن فرج ١٢٠

(٢) محمود جمال الدين زكى ٨٧١، عبد الرزاق السنهورى ٣/١٨٨ فتحى عبد الرحيم ٢٢٦

(٣) عبد الرزاق السنهورى ٣/١٨٨

(٤) عبد الرزاق السنهورى ٣/١٨٨، فتحى عبد الرحيم ٢٢٦

(٥) عبد الرزاق السنهورى ٣/١٨٩

٧- لا أثر لهلاك البديل على الالتزام الأصيل، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بخطأ أحدهما لأن المحل الأصيل ما زال باقيا (١) غير أن الالتزام يتحول إلى التزام بسيط إذا هلك البديل - دون الأصيل - بسبب أجنبي، أو بخطأ المدين (٢) وناقش هذا بأن الدائن لا علم له بما سيختاره المدين، فلا بد من رضا الدائن بعين ما يختاره المدين للوفاء به، فهل سيختار الأصيل أم سيختار البديل، ولاشك أن الأغراض والحاجات تختلف من شئ إلى آخر، ولو كانت متساوية فى القيمة المالية، فلا بد من رضا الدائن بعين ما يوفيه له المدين، فهل تم هذا الرضا وقت العقد على الالتزام البدلى، وهو لا يعلم بعين الحق الذى سيقنضيه، أو تم حين اختيار المدين الوفاء بأحدهما، أو بما وفاه فعلا؟

فإن قيل بأنه تم حين التعاقد على الالتزام البدلى قلت وكيف يرضى بما لا علم له بعينه، والرضا لا يقع إلا على معين، فيكون العقد على المجهول باطلا، وهذا يعنى أن العقد الواقع على التزام بدلى يقع باطلا.

وإن قيل بأن الرضا قد تم حين اختيار المدين للوفاء بالبديل، أو حين اختيار المدين للوفاء بالأصيل، قلت إن رضاه وقع صحيحا من هذا الوقت الذى تلاقى فيه الإرادتان على وفاء المدين بالبديل دون الأصيل، أو بالأصيل دون البديل، وينعقد العقد صحيحا من هذا الوقت دون ما قبله، فلا يكون الالتزام بدليا، وإنما يكون التزاما بسيطا.

أما الالتزامات البدلية المقررة بنص فى القانون فإذا كانت لاتدخل شيئا فى ملك أحد ولا تخرجه منه إلا برضاه كما فى نص المادة ٢/٢٧٣ مدنى مصرى (أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه فإن لأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا)، فالأصل هو سقوط الأجل والزام المدين بأداء الدين فورا، غير أن للمدين أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأمينا

(١) سليمان مرقس ٥٦٤، عبد الرزاق السنهورى ١٨٨، ١٨٩، عبد المنعم فرج الصدة ٢/ ٢٨،

عبد المنعم البدرأوى ٢٦٢

(٢) محمود جمال الدين زكى ٨٧١، فتحى عبد الرحيم ٢٢٦

إضافيا يعد بديلا عن حلول الأجل، وفي حالة تقديم المدين للتأمين الإضافي يبقى الالتزام إلى أجله<sup>(١)</sup>

ولا يتناقض هذا مع رضا الدائن بالأجل فإنه ما رضى بالتأجيل إلا لما قدمه المدين للدائن من تأمين خاص، فإذا نقص التأمين سقط الأجل لخشية الدائن من ضياع حقه، فإذا قدم المدين للدائن تأمينا إضافيا فقد زالت هذه الخشية وبقي الأجل. والخلاصة أن العقد على محل يتعدد الالتزام فيه على النحو الوارد في القانون المدني يقع باطلا لانتفاء الرضا بغير المعين، وللغرر المنهى عنه شرعا وأقترح على المشرعين في البلاد الإسلامية النص في قوانينهم على بطلان الاتفاقات المتعلقة بالالتزامات التخيرية والبدلية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ٣ / ٣٢ مذكرة المشروع التمهيدي

## نتائج البحث

- ١- لافرق بين ما يعرف في القانون المدني المصري بالالتزامات التخيرية والبديلية لأن كل واحد مما اشتمل عليه المحل المتعدد يعد بديلا عن الآخر، وفقا لما يختاره من له الحق - اتفاقا أو قانونا - في الاختيار
- ٢- خلط المشرع المصري بين ما سماه بالالتزامات التخيرية وبين ما سماه بالالتزامات البديلية، ولم يضع معيارا للتفرقة بينهما كما في نص المادة ٢٧٣ ٢/، ونص المادة ١٠٤٨ /٢ على النحو الذي وضحناه في البحث
- ٣- التعاقد بالعربون يعده القضاء من الالتزامات التخيرية، ويعدده بعض فقهاء القانون المدني من الالتزامات البديلية، وهذا دليل على الخلط بينهما وعدم القدرة على التمييز بين نوعي الالتزامات المتعددة ولقد احسنت القوانين الفرنسية، والإيطالية، والأسبانية صنعا حين نبذت التفرقة بينهما، وسمت الجميع بالالتزامات البديلة أو البدائل، لأن كل واحد من مشتقات المحل المتعدد يعد بديلا عن الآخر
- ٤- مجرد الدعوى لايلزم المدعى عليه بشئ
- ٥- انتفاء العلاقة بين خيار التعيين في الفقه الإسلامي وبين تعدد محل الالتزام في القانون المدني
- ٦- إنتفاء العلاقة بين بيع الاختيار في الفقه الإسلامي وبين تعدد محل الالتزام في القانون المدني
- ٧- اقتصر فقهاء الشريعة الإسلامية في خيار التعيين، وبيع الاختيار على الالتزامات المتعلقة بالأعيان دون الموصوف في الذمة، ولا يقتصر تعدد محل الالتزام - في القانون - على الأعيان، وإنما يشمل أيضا الالتزامات المتعلقة بغير الأعيان، فيشمل الالتزامات المتعلقة بالأعيان وغيرها على السواء

- ٨- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن العقد لا ينعقد إلا على معلوم العين لأن الرضا هو مناط الانعقاد، ولا يقع إلا على معلوم العين ولا أعلم منهم مخالفاً، وإذا وقع العقد على واحد غير معين من بين ثلاثة أو أقل، أو أكثر كان الانعقاد مضافاً إلى وقت الاختيار مع اشتراط رضا المتعاقد الآخر بما تم اختياره، فإن امتنع من له الخيار عن الاختيار أو اختار ولم يرض الآخر بما وقع عليه الاختيار لم ينعقد العقد لأن المعقود عليه مجهول العين
- ٩- تقتصر سلطة المحكمة على تنفيذ ما اتفق عليه العاقدان، وليس لها أن تتدخل في الرضا فتلزم أحدهما بما لا يرضاه
- ١٠- العقد الوارد على محل يتعدد فيه الالتزام على النحو الوارد في القانون المدني يقع باطلاً، ويقع التعدد المقرر بنص في القانون صحيحاً إذا كان لا يدخل في ملك أحد شيئاً، ولا يخرج منه إلا برضاه، كتأمين حقوق الدائنين على النحو المبين في البحث
- ١١- المقترحات:

أقترح على المشرعين في البلاد الإسلامية النص على بطلان الاتفاقات والعقود الواردة على كل محل تتعدد فيه الالتزامات.

والله أسأل أن يجعل كل أعمالنا له خالصة، وأن ينفع بها

الدكتور  
أحمد عبد الحكيم أحمد العناني

## مراجع البحث

### أولاً: القرآن الكريم

### ثانياً: مراجع السنة النبوية:

- ١- الجامع الصحيح: مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري طبعة مصورة من طبعة إستانبول المحققة والمطبوعة ١٣٢٩ هـ صورتها مطابع شركة الإعلانات الشرقية " مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطبع والنشر " ١٣٨٤ هـ.
- ٢- الجامع الكبير: أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي الطبعة الأولى ١٩٩٦ م دار الغرب الإسلامي
- ٣- موطأ مالك: أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي بشرح تنوير الحوالك جلال الدين عبد الرحمن السيوطي - شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م
- ٤- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منقهي الأخبار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني دار الكتب العلمية بيروت لبنان
- ٥- نصب الراية بتخريج أحاديث الهداية: جمال الدين الزيلعي الطبعة الأولى دار الحديث القاهرة ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م
- ٦- السنن الكبرى: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي - مطبعة دار المعارف العثمانية بيحدرد أباد الدكن الهند ١٣٥٢ هـ
- ٧- سنن ابن ماجه: أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ٨ - سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م
- ٩- سنن الدارقطني: علي بن عمر الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني: أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي- عالم الكتب بيروت لبنان ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م
- ١٠- سنن النسائي: أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار النسائي بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندی - دار الحديث القاهرة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م
- ١١ - سبل السلام: شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تأليف محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م
- ١٢ - صحيح البخاري بحاشية السندی: أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري مطبعة دار إحياء الكتب العربية فيصل الحلبي

١٣ - تلخيص الحبير بتخريج أحاديث الرافعي الكبير: أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلاني مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٧م

### ثالثاً: مراجع الفقه الإسلامي:

#### أ - فقه الحنيفة:

- ١ - الميسوط: شمس الدين السرخسي - دار المعرفة بيروت لبنان ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، والملقب بملك العلماء - دار الكتب العلمية بيروت لبنان
- ٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين الشهير بابن نجيم - مكتبة رشيدية باكستان
- ٤- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: محمد علاء الدين الحصكفي مطبوع مع حاشية رد المحتار لابن عابدين - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م
- ٥- الهداية: برهان الدين أبي الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، مطبوع مع فتح القدير - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ورجعت أيضاً إلى نسخة أخرى مطبوعة مع نصب الراية بتخريج أحاديث الهداية والمشار إليها في كتب السنة النبوية
- ٥- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار محمد أمين الشهير بابن عابدين، وقد تقدم
- ٦- حاشية الشلبي: شهاب الدين أحمد الشلبي مطبوع على هامش تبين الحقائق شرح كنزالدقائق - الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ١٣١٣هـ
- ٧- منحة الخالق: السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين، مطبوع بهامش البحر الرائق، وقد تقدم
- ٨- شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام - دار الكتب العلمية بيروت لبنان
- ٩- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن على الزيلعي - الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر

#### ب - فقه المالكية

- ١- المدونة الكبرى: مالك بن أنس الأصبحي برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن القاسم - دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع

- ٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي
- ٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، والمعروف بالحطاب - الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م دار الفكر بيروت لبنان
- ٤- المقدمات الممهدة: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مطبوع مع المدونة الكبرى، وقد تقدم
- ٥- الشرح الكبير على مختصر أبي الضياء خليل: أبي الضياء خليل بن موسى بن إسحاق بن موسى المالكي - تأليف أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهرى الخلوني المشهور بالدردير مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي
- ٦- الخرشي على مختصر خليل: أبي عبد الله محمد الخرشي . المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ١٣١٧ هـ

### ج- فقه الشافعية

- ١- الأم: أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، برواية الربيع بن سليمان المرادي، كتاب الشعب ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م
- ٢- المهذب: أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه
- ٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م
- ٤- روضة الطالبين: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م
- ٥- شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: محيي الدين النووي، وحاشية القلبوي وعميرة، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه

### د - فقه الحنابلة:

- ١- ألمبدع شرح المقنع: لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، الطبعة الأولى المكتبة الإسلامية ١٩٨٠ م

٢- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر العربي للطباعة والنشر لبنان بيروت

٣- الفروع: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، دار الكتاب العربي بيروت ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م

٤- شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - عالم الكتب بيروت لبنان ١٤١٤ هـ - ١٩٩٢ م

٥- المغنى: أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي - عالم الكتب بيروت لبنان هـ - فقه الظاهرية:

المحلى: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي - دارالجيل ودار الآفاق الجديدة بيروت

و- فقه الزيدية:

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: أحمد بن يحيى بن المرتضى مطبعة دار الحكمة اليمانية بصنعاء، الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م.

٢- التجريد في فقه الزيدية: أحمد بن الحسين الهاروني الحسني - مركز البحوث والتراث اليمنى صنعاء اليمن ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

٣- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي الشوكاني - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

٤- التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة: الحسن بن محمد النحوي - مركز التراث والبحوث اليمنى صنعاء اليمن ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

ز- فقه الشيعة الإمامية:

١- الجامع للشرائع: يحيى بن سعيد الحلبي - دار الأضواء بيروت لبنان ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

٢- النهاية في مجرد الفقه والفتاوى: أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي - دار الكتاب العربي بيروت لبنان ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام: جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، والملقب بالمحقق الحلبي - دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر بيروت

١٩٧٨ م

رابعاً: مراجع القانون المدني:

أ- القوانين:

١- القانون المدني الأهلي المصري

٢- القانون المدني المختلط

٣- القانون المدني المصري الصادر بالقانون ١٢١/١٩٤٨

4- Le droit civil Français

5- CodIce civile Italiano.

6- Código civil Español.

### ب - فقه القانون المدني المصري:

- ١ - أنور سلطان: أحكام الالتزام الجزء الثاني - دار المعارف بمصر
- ٢- جميل الشرقاوي: أحكام الالتزام الكتاب الثاني المطبعة العربية الحديثة ١٩٨١ م
- ٣- طلبة وهبة خطاب: أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون - الطبعة الأولى دارالفكر العربي
- ٤- محمود جمال الدين زكي: النظرية العامة للالتزامات - الطبعة الثالثة مطبعة جامعة القاهرة
- ٥- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني المجلد الرابع أحكام الالتزام - إيريني للطباعة مطبعة السلام ١٩٩١م
- ٦- سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام - مطبعة أطلس ١٩٧٥ م
- ٧- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - مطبعة دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨
- ٨- عبد المنعم فرج الصدة: أحكام الالتزام - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٩٥٥ م
- ٩- عبد المنعم البدرأوى: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - دار القومية العربية للطباعة ١٩٨٧م
- ١٠- فتحى عبد الرحيم عبدالله: النظرية العامة للالتزامات - المطبعة العربية الحديثة - الطبعة الثانية ١٩٨٩ م
- ١١- توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام " الجزء الثاني ١٩٨٥

### ج- فقه القانون الفرنسي

Boris StARCK: Droit Civil obligations ,LIBRAIRIES  
TECHNIQUES- Libraire de La cour de Cassation. 27  
place Dauphine – PARIS Ier 1972.

#### د- المجموعات:

١- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: الحكومة المصرية وزارة  
العدل - الجزء الثالث - مطبعة أحمد مخيمر بشارع فاروق، الجزء السابع مطبعة  
دار الكتاب العربي شارع فاروق

#### هـ- الموسوعات:

موسوعة أحكام ومبادئ النقص في القانون المدني - خالد شهاب ٢٠٠٨ م

## فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٦٦٣	المقدمة
٦٦٥	المبحث الأول: حقيقة تعدد محل الالتزام
٦٦٨	شروط المحل
٦٦٩	مصادر التعدد
٦٧٧	أوجه الإتفاق بين الإلتزامات التخييرية والبدلية فى القانون المصرى
٦٧٨	الفرق بين الإلتزام التخييرى والبدلى فى القانون المصرى
٦٨٠	الفرق بين الإلتزامات المتعددة وما يشتبه بها
٦٨٨	المبحث الثانى : علاقة التخيير بين شيئين فأكثر فى الفقه الإسلامى بتعدد محل الالتزام فى القانون المدنى
٦٨٨	الرأى الأول لفقهاء الشريعة
٧١٤	الرأى الثانى لفقهاء الشريعة
٧١٨	طبيعة الخلاف بين فقهاء الشريعة
٧٢٠	المبحث الثالث: أحكام الإلتزامات المتعددة فى القانون
٧٢٠	أولاً: أحكام الإلتزامات التخييرية
٧٢٠	تعيين ما يقع عليه الإختيار
٧٢٤	حكم استحالة تنفيذ بعض ما ورد عليه التخيير قبل الاختيار بخطأ المدين
٧٢٧	حكم استحالة تنفيذ بعض ما ورد عليه التخيير قبل الاختيار بخطأ الدائن
٧٢٩	استحالة تنفيذ جميع ما ورد عليه التخيير قبل الاختيار
٧٣٢	ثانياً: أحكام الإلتزامات البدلية فى القانون المدنى المصرى
٧٣٧	نتائج البحث
٧٣٩	مراجع البحث
٧٤٥	الفهرس

تعدد محل الالتزام في القانون المدني والفقهاء الإسلامي