



كلية الشريعة والقانون بدمهور



جامعة الأزهر

# مجلة البحوث الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة  
تصدرها كلية الشريعة والقانون بدمهور

بحث مستقل من

العدد الرابع والأربعين - "إصدار يناير ٢٠٢٤م - ١٤٤٥هـ"

نظرية الإخلال الفعال بالعقد في القانون الأمريكي في ضوء  
القانون المدني المصري وأحكام خيار التروي في الفقه الإسلامي  
دراسة تحليلية نقدية

The Theory of Effective Breach of Contract In American Law In View  
of Egyptian Civil Law and The Thinking Option in Islamic Fiqh  
Analytical and Critical Study

الدكتور

طارق جمعه السيد راشد

أستاذ مشارك بكلية القانون جامعة قطر قسم القانون الخاص  
وأستاذ مساعد معارف من كلية الحقوق، جامعة القاهرة قسم القانون المدني

مجلة البحوث الفقهية والقانونية  
مجلة علمية عالمية متخصصة ومُحكّمة  
من السادة أعضاء اللجنة العلمية الدائمة والقارئة  
في كافة التخصصات والأقسام العلمية بجامعة الأزهر

المجلة مدرجة في الكشاف العربي للإستشهادات المرجعية ARABIC CITATION INDEX

على Clarivate Web of Science

المجلة مكشّفة في قاعدة معلومات العلوم الإسلامية والقانونية من ضمن قواعد بيانات دار المنظومة

المجلة حاصلة على تقييم ٧ من ٧ من المجلس الأعلى للجامعات

المجلة حاصلة على تصنيف Q3 في تقييم معامل "Arcif" العالمية

المجلة حاصلة على تقييم ٨ من المكتبة الرقمية لجامعة الأزهر

رقم الإيداع

٦٣٥٩

الترقيم الدولي

(ISSN-P): (1110-3779) - (ISSN-O): (2636-2805)

للتواصل مع المجلة

+201221067852

journal.sha.law.dam@azhar.edu.eg

موقع المجلة على بنك المعرفة المصري

<https://jlr.journals.ekb.eg>

**نظرية الإخلال الفعال بالعقد في القانون الأمريكي في ضوء  
القانون المدني المصري وأحكام خيار التروي في الفقه الإسلامي  
دراسة تحليلية نقدية**

**The Theory of Effective Breach of Contract In American Law In View  
of Egyptian Civil Law and The Thinking Option in Islamic Fiqh  
Analytical and Critical Study**

الدكتور

**طارق جمعه السيد راشد**

أستاذ مشارك بكلية القانون جامعة قطر قسم القانون الخاص  
وأستاذ مساعد معارف من كلية الحقوق، جامعة القاهرة قسم القانون المدني



## نظرية الإخلال الفعال بالعقد في القانون الأمريكي في ضوء القانون المدني المصري وأحكام خيار التروي في الفقه الإسلامي دراسة تحليلية نقدية

طارق جمعه السيد راشد

قسم القانون الخاص، تخصص (مدني)، كلية القانون، جامعة قطر، قطر.  
وكلية الحقوق، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية.

البريد الإلكتروني: tr.gomaa@qu.edu.qa

### ملخص البحث:

لقد ناقشنا في هذا البحث إشكالية مدى إمكانية نظرية الإخلال الفعال في النظام القانوني الأمريكي في ضوء المقاربة بينها وبين نظامنا القانوني المدني للوصول إلى صياغة قانونية تتوافق مع القواعد القانونية المستقرة في القانون المدني المصري ولا تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية. وقد وجدنا أن خيار التروي في الشريعة الإسلامية هو الصياغة الأنسب للإجابة عن إشكالية البحث ولكن في صياغة قانونية جديدة أساسها جواز الرجوع عن العقد مقابل تعويض عادل للطرف الآخر. وبناء على ذلك نحقق التقارب دون التطابق مع نظرية الإخلال الفعال بالعقد، ونضمن لمقترحنا ذاتية مستقلة عن كل من خيار التروي ذاته وإقالة النادم والبيع بالعربون والإيجاب غير الملزم. ومن ثم فقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهجي التحليلي المقارن. وترتيباً على ذلك قسمنا هذا البحث إلى ثلاثة مباحث: نتعرض في الأول منهما لماهية نظرية الإخلال الفعال بالعقد وناقش في المبحث الثاني معوقات تطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد في نظامنا القانوني والفقهية. وأخيراً جاء المبحث الثالث تحت الإخلال الفعال بالعقد على أساس خيار التروي مقابل تعويض عادل.

**الكلمات المفتاحية:** الإخلال الفعال، إقالة النادم، الفسخ، التروي، التعويض العادل.

**the theory of effective breach of contract in American  
law in view of Egyptian civil law and The  
Thinking option in Islamic Fiqh  
analytical and critical study**

Tarek Gomaa EL Sayed Rashed

Private Law Department (Civil Law), College of Law, Qatar  
University, Qatar.

Faculty of Law, Cairo University, Egypt.

E-mail: tr.gomaa@qu.edu.qa

**Abstract:**

In this research, we discussed the problem of the possibility of the effective breach theory in the American legal system in light of the approach between it and our civil legal system to reach a legal formulation that is consistent with the legal rules established in Egyptian civil law and does not violate the principles of Islamic Sharia. We have found that The option of Thinking in Islamic law is the most appropriate formulation to answer the research problem, but in a new legal formulation based on the permissibility of retracting the contract in exchange for fair compensation to the other party. Accordingly, we achieve convergence without conformity with the theory of effective breach of contract, and we guarantee to our proposal a subjectivity that is independent of both the option of discretion itself, the dismissal of the remorseful, the sale for a deposit, and the non-binding offer.

**Keywords:** Repudiation , Rescission, Fair Compensation, Tawarru.

**مقدمة:**

لقد نظم القانون الأمريكي - وفقاً للتحليل الاقتصادي للعقد - نظرية الإخلال الفعال Efficient breach بالعقد التي تجيز للمدين - على الرغم من أنه وافق على العقد وقبل شروطه - أن يخل بالتزاماته الناشئة عن العقد الذي أبرمه مع الدائن إذا أتيحت له فرصة أفضل من العقد الذي أبرمه بأن حقق مكسباً يفوق الثمن المتفق عليه في العقد أو تدفع عنه خسارة متوقعة مستقبلاً. وحتى يقيم أنصار هذه النظرية توازناً بين مصلحة الطرفين اشترطوا على المدين بتنفيذ العقد أن يدفع للدائن تعويضاً عادلاً عما كان يأمله من العقد. وبناء على منطق هذه النظرية سوف يخرج الجميع رابحاً عن طريق تحقيق المكسب أو تجنب الخسارة. فالقاعدة لديهم أن الالتزام بتنفيذ العقد يتساوى بشكل عام مع خيار الأداء أو دفع التعويض عند الإخلال بالتنفيذ. ومفاد ذلك أن الطرف المتعاقد الذي يختار الإخلال بالعقد من المحتمل جداً أن يكون قد اتخذ خياراً مرغوباً فيه اجتماعياً ويستحق المدح بل التصفيق حتى ولو كان إخلاله بالعقد متعمداً.

لقد أكد أنصار هذه النظرية على أنها تقدم رؤية جديدة فيما يتعلق بالمسؤولية عن الإخلال بالعقد بحيث تقيم نوعاً من التوازن الاقتصادي بين الدائن والمدين<sup>(١)</sup>. فالمسؤولية عن الإخلال لا تنتفي عن المدين بالتنفيذ تماماً ولكن تتم معالجة آثار الإخلال بالعقد عن طريق معالجة جديدة تعود بالمكسب والربح على الطرفين.

(١) وهذا لا يعني أن هذه النظرية تتشابه من نظرية الظروف الطارئة. حيث إن البون بينهما شاسعاً؛ لأن نظرية الظروف الطارئة تعتبر آلية قانونية، متى طرأت ظروف استثنائية جعلت تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، لإعادة التوازن التعاقدية والاقتصادي بين أطراف عن طريق تدخل القاضي، وفقاً لنص المادة ١٧٤، لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. راجع في هذا المعنى د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة العربية، بدون تاريخ النشر، ص ٤٧٩



لقد استندت أسس تطبيق نظام الإخلال المربح بالعقد على المعيار الاقتصادي للعقد والمنفعة والربح الذي سيحنيه أطراف العقد دون أن يأبه هذا النظام بما يجب أن يتوفر لدى طرفي العقد من حسن النية سواء عند إبرام العقد أو تنفيذه. فلا يتصور أن يتعاقد شخص مع آخر وهو ينوي في الوقت ذاته أن يخل بالتزامه معه إذا سنحت له فرصة للحصول على ثمن أكبر من الثمن الذي عرضه عليه الطرف الآخر. فهذا المنطق في التعاقد لا يستقيم مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانون للعقد في القانون المدني المصري في المواد ١٤٧ / ١ / ١٤٨ ، ١ / ٢٠٣ احتراماً للقوة الملزمة للعقد.

وإذا ولينا وجهنا شطر الفقه الإسلامي، لا نجد اختلافاً بين فقهاء المسلمين على أن الأصل في البيع هو اللزوم وعدم الرجوع في العقد؛ لأن الهدف من إبرام العقد نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري. غير أنه انطلاقاً من الفرق بكلا المتعاقدين أجازوا - استثناءً - لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد أو امضائه حتى وإن تم العقد وكان خالياً من كل عيب يخل به؛ حيث إن البائع قد يندم على البيع بأن يحتاج للمبيع أو كانت له فرصة في حصول ربح أكثر له، وأما المشتري فقد تزول حاجته للمبيع، فلو أمضينا البيع لتضرر بذلك ببذل ماله فيما لا يحتاجه.

فقد يقول قائل: بأن هناك انسجاماً وتوافقاً بين نظرية الإخلال الفعال وما قرره الفقهاء المسلمين بشأن خيار التروي؟

في واقع الأمر إن هذا النوع من الفسخ الذي أجازته الفقهاء ليس هو ذات الفسخ الذي نظمه القانون المدني؛ حيث إن هذا النوع من الفسخ أطلق عليه في الفقه الإسلامي خيار التشهي وهو: الخيار المتعلق بمجرد التشهي أي: الرغبة في فسخ العقد بعد لزومه؛ لتشهي أحد



المتعاقدين فسخ العقد مع عدم وجود الدافع لفسخه لخلوه من العيب، وعكسه خيار العيب الذي يحدث بسبب نقص المبيع لوجود خلل أو عيب فيه<sup>(١)</sup>.

فكلا المتعاقدين قد اشترط لنفسه خيار التشهي عند إبرام العقد، بحيث يمكن لأي منهما الرجوع في العقد وفسخه خلال المدة المتفق عليها في العقد، والهدف منه هو منح العاقد الفرصة للتفكير وعدم التسرع في إمضاء العقد. وهو ذات ما أقره المشرع الفرنسي في المادة ١٢٢٢ من قانون العقود الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يتضح جلياً أن غاية هذا الشرط هو جلب المصلحة للعاقد، أو تكملة النقص ودرء الضرر عنه. وليس الأمر على إطلاقه كما هو في نظام الإخلال الفعال بالعقد، وأساس هذا الخيار هو أساس أخلاقي مغاير تماماً للأسس التي استند إليها أنصار الإخلال الفعال بالعقد<sup>(٣)</sup>.

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الخطيب الشربيني المتوفى ٦٧٦هـ، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ج ٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص ٤٠٢.

(٢) تنص المادة ١١٢٢ من قانون العقود الفرنسي الجديد: يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة للتفكير، وهي المهلة التي لا يستطيع متلقي الايجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، أو على ميعاد للعدول، وهو الميعاد الذي يستطيع المستفيد منه العدول عن موافقته قبل انقضائه".

(٣) وقد أشار الإمام النفاوي من المالكية إلى سبب الخلاف فقال: "وسبب الاختلاف يتمثل في أن" التَّبَائِيغَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ". راجع: صحيح البخاري للحافظ أبو عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزیه البخاري الجعفي - مصر - دار المنار ٢٠٠١، "كتاب البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٢/٢٤ رقم ٢١١١)، صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري المتوفى سنة ٢٦١هـ - مصر - مكتبة الصفا - ط ١٩٩٧م، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٢/٩٧ رقم ١٥٣١). فالإمام مالك،

ومن ثم فإننا قد اقترحنا تطبيقاً معاصراً لخيار التروي الذي أقرته الشريعة الإسلامية والمادة ١٢٢٢ مدني فرنسي مقارنة مع نظام الإخلال الفعال الذي أقره المشرع الأمريكي قائم على أنه عند اشتراط أحد المتعاقدين لنفسه خيار التروي، فإنه يقوم بشراء حق العدول عن العقد مقابل تعويض عادل للطرف الآخر.

### إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية هذا البحث في الإجابة عن سؤال مفاده: هل نظرية الإخلال الفعال بالعقد صالحة للتطبيق في النظام القانوني المصري؟، وما مدى إمكانية تطبيق خيار التروي وفقاً لمفهومه لدى الفقهاء المسلمين ونص المادة ١٢٢٢ مدني فرنسي كبديل لنظرية الإخلال الفعال بالعقد، ويتفرع عن هذا السؤال بعد الأسئلة الأخرى مثل:

- متى يكون الإخلال بالعقد فعالاً في القانون الأمريكي؟
- هل يعد نظام الإخلال الفعال بالعقد مقبولاً في القانون المدني المصري ولدى فقهاء الشريعة الإسلامية؟
- ما هي ضوابط وأسس تطبيق خيار التروي كبديل لنظام الإخلال الفعال بالعقد؟ .

### منهج البحث:

لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهجي التحليلي المقارن. وقد تحقق ذلك من خلال تحليلنا لماهية فكرة الإخلال الفعال بالعقد في القانون الأمريكي مقارنة مع الأسس

---

ومن وافقه ترك العمل بظاهره وحمل التفرق على التفرق بالأقوال، وأنهما إذا عقدا البيع، ولم يذكر خياراً ولا كانت العادة جارية به يقع البيع لازماً ولم يكن لأحدهما خيار، ومن هؤلاء من قال هو على ظاهره، وتقدم أن الحامل لمالك - رضي الله عنه - على عدم العمل بخيار المجلس عمل أهل المدينة".  
راجع، الشيخ أحمد بن سالم النفراوي المالكي الأزهري، الفواكه الدواني، مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٣، ج ٢، ص ١٥٨، ١٩٥٥م، وانظر: أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق/ طه عبد الرؤف سعد، المكتبة الأزهرية للتراث - مصر - ٢/٢٥٥، ٢٥٦ بدون سنة للنشر.

القانونية والفقهية وصولاً إلى نقد لهذه الفكرة من جانب ومحاولة بيان أوجه الاختلاف بينها وبين خيار التروي في الفقه الإسلامي من جانب آخر بحيث يمكن تطبيقها في ثوبها الشرعي القائم على فكرة خيار التروي.

### خطة البحث:

لقد قسمنا هذا البحث إلى ثلاثة مباحث: نتعرض في الأول منهما لماهية نظرية الإخلال الفعال بالعقد وناقش في المبحث الثاني معوقات تطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد في نظامنا القانوني والفقهية. وأخيراً جاء المبحث الثالث تحت الإخلال الفعال بالعقد على أساس خيار التروي مقابل تعويض عادل.

## المبحث الأول

### ماهية نظرية الإخلال الفعال بالعقد

#### المطلب الأول

#### أسس تطبيق الإخلال الفعال في القانون الأمريكي

تمثل هذه الأسس في القانون الأمريكي في كل من الفعالية الاقتصادية والفائدة الربحية والخيار العقدي والعقود الناقصة. وهذا ما سنعرضه في هذين الفرعين تباعاً.

#### الفرع الأول

#### الفاعلية الاقتصادية والفائدة الربحية للإخلال الفعال بالعقد

لا جدال في أن تغير الظروف يؤثر تأثيراً إيجابياً على الأطراف المتعاقدة بحيث يتعين عليهم التوافق مع هذه الظروف الجديدة وأن تكون لديهم بدائل للتنفيذ وهو ما ينطبق على المثال الذي باع فيه شخص لآخر محصولاً وقبل التنفيذ قد يصاب المحصول بآفة تفسد بعضه ويعجز من ثم البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم المحصول للمشتري في الوقت المتفق عليه إلا بتحمل تكلفة مالية باهظة<sup>(١)</sup>. ففي هذه الحالة يقدم البائع - تجنباً للخسارة المحتملة - على فسخ عقده مع المشتري مقابل تعويضه عما لحقه من خسارة وفاته من كسب. وفي المثال المقابل قد يبيع شخص لآخر أرضاً وقبل تنفيذ التزامه بتسليمها للمشتري قد يعرض عليه شخص ثالث ثمناً يفوق الثمن الذي دفعه المشتري مرة ونصف، فيقدم على فسخ عقده مع المشتري ويعرضه كما في المثال السابق، ومن ثم يجني كلا من البائع والمشتري ربحاً كبيراً ولا يخرج أي منهما خاسراً<sup>(٢)</sup>.

(1) Goebel v Linn, 47 Mich. 489, 11 N.W. 284 (1882).

ومن الأمثلة كذلك أن الشركة التي تباع كتل الثلج لأغراض التبريد قد تجد نفسها غير قادرة على الحصول على الإمدادات بسعر مستدام بسبب شتاء دافئ بشكل غير متوقع.

(2) Maree Chetwin and David Round 'Breach of Contract and the New Remedy of Account of Profits' (2002), vol. 38, issue 3, 406. Available at "https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-6281.00115. 22-5-2022, 9:27 PM".

و لا ينكر أحد أن في كل حالة من هذه الحالات السابقة، يمكن أن يجنى المدين مكاسب اجتماعية كبيرة أو يتجنب الخسائر من خلال تعديل خطته التعاقدية<sup>(١)</sup>.

ومن ثم فقد كان الحل - في أدبيات القانون والاقتصاد لمعالجة هذه المشكلة هو تطبيق نظرية الإخلال الفعال؛ حيث إنه وفقاً لهذه النظرية يقرر الطرفان ما يجب القيام به، وتكون الخيارات المتاحة هي الأداء أو الإخلال على افتراض أن الظروف المتغيرة لا ترقى إلى مستوى القوة القاهرة. وفي هذه المرحلة، يكون الأداء فعالاً إذا تجاوزت أرباح تنفيذ العقد التكاليف التي كان من المتوقع أن يتحملها المدين. وفي هذه الحالة يكون الأطراف - على حد قول البعض - قد امتثلوا للالتزاماتهم الأخلاقية<sup>(٢)</sup>.

ووفقاً لمعيار تحليل الكفاءة أو الفاعلية الاقتصادية، فإن قيام المدين بخرق العقد يكون فعالاً اقتصادياً عندما تتجاوز المكاسب الناتجة عن الإخلال بالعقد - والموزعة على جميع الأطراف المتأثرة - الخسائر التي كان من المحتمل أن يتكبدها. ففي هذه الحالة سيجعل هذا المعيار جميع الأطراف في وضع أفضل من الوفاء بالعقد. وفي المثال العكسي قد تتاح للمدين الفرصة في الحصول على ثمن أكبر من المتفق عليه مع الدائن ويرى أن مصلحته في الإخلال بالعقد يكون مقابل دفع تعويض للمشتري. فالجميع قد فاز وحقق فائدة نتيجة للإخلال بالتزامه بتنفيذ العقد. وفي المقابل قد يحدث أن تتجاوز تكاليف تنفيذ العقد المتفق عليه المكاسب التي كان من المحتمل تحقيقها عند الوفاء به، فلا يكون من سبيل لجعل حالة كلا الطرفين في وضع أفضل سوى الإخلال بالعقد

(1) Neri v. Retail Marine Corp. 334 N.Y.S.2d 165, 285 N.E.2d 311 (N.Y. 1972)

(2) Avery W. Katz, Virtue Ethics and Efficient Breach, SUFFOLK UNIVERSITY LAW REVIEW, VOL. 45, P. 777, 2012; COLUMBIA LAW & ECONOMICS WORKING PAPER No. 402 (2011). Available at:

[https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2695&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2695&context=faculty_scholarship), last visited, 22-5-2022, 10:46 PM.

ومطالبة المدين بتعويض الدائن<sup>(١)</sup>. وفي مجال تطبيق هذه النظرية على الوعد بالتعاقد ذهب البعض إلى القول بأنه المدين قد يرجع في وعده تجنباً لخسارة محتملة، وفي هذه الحالة ذهب البعض إلى القول بأن الدائن لن يكون أسوأ حالاً مما لو كان المدين قد وفى بالوعد والسبب في ذلك أن المدين نفسه سيكون في وضع أفضل؛ لأن التعويض الذي دفعه أقل تكلفة مما كان سيتحمله من خسائر لو وفى بوعده. ومن ثم تكون النتيجة هي أن توفير التكلفة الناتجة ستكون بمثابة زيادة صافية في الرعاية الاجتماعية<sup>(٢)</sup>. ومن ثم يؤكد أنصار هذه النظرية على أن هدف القانون يجب أن يكون هو إنتاج وتوزيع الموارد بطرق أكثر فاعلية<sup>(٣)</sup>. ويبرر البعض ذلك بأن المدين عندما يتخذ القرار بالوفاء أو الإخلال بالتزامه العقدي يعلم مقدار الخسارة التي سيتكبدها الدائن والطرف الثالث الذي سوف يستفيد من هذا الإخلال ويبرم معه العقد مثلاً يكون لديه تصور باستخدام أعلى قيمة للشيء محل العقد من الدائن وهذا ما يبرر وصف هذا الإخلال بأنه فعال أو أكثر كفاءة من الوفاء بالعقد<sup>(٤)</sup>.

(1) Nina Khouri 'Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis' 9 Auckland University Law Review 739,2002, P.1. Available at ” <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AukULawRw/2002/5.pdf>, 22-5-2022, 10:19 PM.

(2) Richard Posner, Economic Analysis of Law (1973),P.57.

(3) McDowell and Webb, The New Zealand legal system : structures, processes and legal theory (2 ed, 1998)P.25.

(٤) انظر في ذات المعنى:

Melvin Eisenberg, The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination, Law and Economics Workshop Series, 04 - 19- 2004, p.16.available at, <https://escholarship.org/content/qt0gq0n2gz/qt0gq0n2gz.pdf?t=lnpjnm,laste> visited,1-6-2022,1;37PM.

## الفرع الثاني

### فكرة الخيار العقدي والعقود الناقصة

#### أولاً: فكرة الخيار العقدي

اتجه أنصار التحليل الاقتصادي<sup>(١)</sup> إلى تأسيس نظرية الإخلال الفعال على أساس فكرة الخيار العقدي. فالمدين عندما يبرم العقد يصبح له الخيار أو أنه قد اشترى لنفسه الخيار بين الوفاء أو الإخلال به ودفع التعويض<sup>(٢)</sup>. وتكون ميزة الخيار واضحة بشكل خاص عندما يحتوي العقد على شرط محدد فيه قيمة التعويض الاتفاقي. ويطبق ذات الحكم حتى ولو جاء العقد خالياً من شرط التعويض الاتفاقي وأخل المدين بعقده وحكم عليه القاضي بالتعويض لصالح الدائن. فالمدين ليس مخطئاً ولا يمكن لومه على إخلاله بعقده؛ لأنه أصلاً لم يخل بعقده وإنما استعمل حقه في الخيار بين الوفاء بعقده أو دفع التعويض كمقابل تكلفة عدم الوفاء. وهذا يعني أن الخيار العقدي يكون مفترضاً وثابتاً للمدين حتى ولو لم تكن عبارات العقد تنطق بذلك<sup>(٣)</sup>. وفي المقابل لا يملك الدائن أي قدرة على التفاوض مع المدين للحصول على مكاسب تزيد على المكسب الذي كان

(١) لقد ذهب المحامون الاقتصاديون إلى القول بان قانون العقود يعد وسيلة لتحديد وتعزيز السلوك الاقتصادي الفعال.

Nina Khouri (2000) 'Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis' 9 Auckland University Law Review 739. Available at , <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AukULawRw/2002/5.pdf>, 22-5-2022, 9:46 PM.

(2) O.W. Holmes, The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457 (1897), at 462. <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>

(3) Richard A. Posner, Let Us Ne Let Us Never Blame a Contr er Blame a Contract Breaker, Michigan Law Review, vol. 107, 2009, p. 1350. Available at, [https://www.researchgate.net/publication/237786402\\_Let\\_Us\\_Never\\_Blame\\_a\\_Contract\\_Breaker](https://www.researchgate.net/publication/237786402_Let_Us_Never_Blame_a_Contract_Breaker), Last visited ,2-6-2022.11;51 AM.



سيحصل عليه لو تم تنفيذ الصفقة المتفق عليها<sup>(١)</sup> وحتى يتحقق التوفيق بين مصلحة الطرفين فإن مسؤولية المدين عن دفع التعويض مقابل الإخلال بعقده مفترضة ويعفى الدائن من إثبات الخطأ في جانبه. وهذا يعني أن الخيار العقدي أصبح له مضمون تأميني يأمن الدائن ضد مخاطر إخلال المدين بعقده ونفويت الآمال التي بناها على إتمام العقد. ووفقاً لهذا الرأي، فإن الإخلال الفعال بالعقد لا يمكن وصفه خطأ ولا يوجب مسؤولية المدين العقدية أو التصيرية<sup>(٢)</sup>.

وأمام الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الخيار العقدي التي حولت الجزاء العقدي إلى نوع من الغفران العقدي وبدلاً من أن يحمي الحق أصبح يحل محله. فضلاً عن أنه يتعارض مع وجوب التنفيذ العيني للالتزام (الجزاءات الإنصافية في القانون الأمريكي) والسوابق القضائية التي تقضي بأن رفض تنفيذ الالتزام قبل استحقاقه يعد إخلالاً بالعقد<sup>(٣)</sup>.

---

(1) Schwartz, Alan and Markovits, Daniel, "The Myth of Efficient Breach" (2010). Faculty Scholarship Series. Paper 93. P.6. Available at, [https://www.researchgate.net/publication/228644593\\_The\\_Myth\\_of\\_Efficient\\_Breach](https://www.researchgate.net/publication/228644593_The_Myth_of_Efficient_Breach), Last visited ,2-6-2022.11;54 AM.

(2) Omri Ben - Shahr & Oren Bar - Gill, An Information Theory of Willful Breach, Michigan Law Review, vol. 107, 2009, p. 1482. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss8/10/>, Last visited ,2-6-2022.12;04 PM.

(3) Joseph M. Perillo, Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, 68 Fordham L. Rev. 1085 (2000),P 1087, Available at, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3624&context=fllr>, Last visited ,2-6-2022.1;22 PM.

### ثالثاً: فكرة العقود الناقصة

وفقاً لهذه الفكرة يتم تقسيم العقود من الناحية الاقتصادية إلى نوعين تامة وناقصة<sup>(١)</sup> وأن الإخلال لا يقع إلا في العقود الناقصة فقط التي لم يتفق الطرفان فيها على كيفية مواجهة الحوادث والظروف المحتملة التي تعترض تنفيذها ومن هذه الظروف ارتفاع تكاليف تنفيذ العقد أو أن يعرض الغير على المدين مقابلاً أكبر من المتفق عليه في عقد الوعد. لقد بنوا فكرة العقود الناقصة على افتراض أن الطرفان لديهم من العقل والرشد ما سيجعلهم يتفقون ضمناً على إعفاء أحدهما الآخر عند وقوع حادث طارئ يعرض المدين إلى خسارة أو يفوت عليه ربحاً أكبر من المتفق عليه في العقد<sup>(٢)</sup>. وبرروا ذلك بأن ما توصل إليه الطرفان عن طريق هذا الاتفاق الضمني يتساوى مع ذات النتيجة في حالة الاتفاق

(١) إن هذا التمييز سيشير بطبيعة الحال إلى اختلاف في كيفية تعامل النظام القانوني مع هذين النوعين من العقود. وهذا يعني أن مصطلح "غير مكتمل" يشير إلى أن العقد به ثغرات في شروطه، الأمر الذي سيترك محتواه غير محدد ما لم يكمله القانون بقواعد تكميلية، تفسيرية. وعلى النقيض من ذلك، فإن العقد "الكامل" لا يحتاج إلى أي من هذه القواعد القانونية التكميلية، حيث يمكن دائماً تطبيق العقد الكامل وفقاً لشروطه (الكاملة). راجع :

Juliet P. Kostritsky, Taxonomy for Justifying Legal Intervention in an Imperfect World: What To Do When Parties Have Not Achieved Bargains or Have Drafted Incomplete Contracts, 2004 Wis. L. REv. 323 (2004). available at ,

[https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1197&context=faculty\\_publications](https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1197&context=faculty_publications), last visited, 3-6-2022,2;08.

Alan Schwartz, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Contracts and Judicial Strategies, 21 J. LEGAL STUD. 271, 283, available at , <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467908>, last visited, 3-6-2022,2;08.

(2) Richard Craswell, The "Incomplete Contracts" Literature and Efficient Precautions, 56 Case W. Rsrv. L. Rev. 151 (2005),P.151 -154. available at , <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1632&context=caselrev>. last visited, 3-6-2022,2;26.

الصريح في العقود التامة التي حدد فيها الطرفان آلية مواجهة الظروف الطوارئ التي يمكن أن تعيق تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>.

---

(1) Steven Shavell, Economic Analysis of Contract Law, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, 2003, Paper 403, p.10-11, available at , [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Shavell\\_531.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_531.pdf) , last visited, 3-6-2022,2;23.

## المطلب الثاني

### أهداف تطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد

يتحدد نطاق تطبيق هذه النظرية من حيث صور الإخلال الفعال بالعقد التي تتمثل في أن الإخلال بالعقد قد يكون بهدف الربح أو تجنب الخسارة على في هذين الفرعين:

### الفرع الأول

#### الإخلال بهدف الربح

إن فلسفة هذه النظرية قائم على منح المدين الحق في الإخلال بالتزامه متى عرض عليه الغير ثمنًا أكبر مما هو متفق عليه مع الدائن. وفي هذه الحالة يقوم مباشرة بالتعاقد مع الغير على بيع الشيء محل العقد مقابل أن يدفع للدائن تعويضًا عادلاً<sup>(١)</sup>.

ويبرر أنصار هذه النظرية هذا المنطق بأن هناك دافعًا فطريًا يتولد لدى كل من الطرفين، فيدفع البائع في عقد البيع إلى قبول العرض المقدم له من الغير؛ لأنه سيحظى ربحًا أكبر<sup>(٢)</sup>.

(١) وفي هذا الصدد قضي بأنه حتى لو كان إخلال الواعد بوعده متممًا، فإنه ليس بالضرورة جديرًا باللوم. ولعل ذلك راجع إلى أن الواعد قد يكتشف ببساطة أن إخلاله بالوعد سيكون أكثر فاعلية من تنفيذه. فإذا كان الأمر كذلك، فإنه يتعين السماح له بالإخلال بوعده، بشرط أن يعوض الموعد له عن خسائره الفعلية.

Patton v. Mid-Continent Systems, Inc. 841 F. 2d 742 - Court of Appeals, 7th Circuit, 1988, available at [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=2308384349628267441&q=Patton+v](https://scholar.google.com/scholar_case?case=2308384349628267441&q=Patton+v), last visited, 27-5-2022. 6:57 PM.

أما إذا أوجب البائع مثلاً على دفع مبالغ مالية أكثر مما كان يتوقعه من أرباح عند إخلاله بالعقد، فإن الإخلال لن يكون حينئذ ذا فائدة أو فاعلية اقتصادية، وبالطبع فإن القانون لا يريد إحداث مثل هذه النتيجة. ومن الأمثلة على ذلك:

J. Yanan Associates, Inc. v. Integrity Ins. Co., 771 F.2d 1025, 1034 (7th Cir. 1985), available at <https://casetext.com/case/j-yananassociates-v-integrity-ins-co>, last visited, 27-5-2022. 7:24 PM.

(٢) وفي هذا دلالة على أن هذه النظرية تمنح للفعالية الاقتصادية قيمة تعلق على غيرها من القيم الأخرى كالعدل والسكينة الاجتماعية. راجع:

وهذا الدافع نفسه – وفقاً لرأيهم – موجود كذلك لدى المشتري إذا كان في محل البائع أو كان قد تسلم المبيع من البائع وعرض عليه شخص من الغير ثمنًا مرتفعًا فإنه سيقبل به ويخل بالتزامه. والنتيجة المترتبة على ذلك: أن المشتري لن يملك الاعتراض أو مقابلة إخلال البائع بعقد البيع، بل سيجبر المشتري على قبول التعويض الذي يعرضه عليه البائع شريطة أن يكون تعويضًا عاديًا<sup>(١)</sup> يجعل المشتري في ذات الموقف الذي كان من الممكن أن يكون فيه لو تم تنفيذ البيع<sup>(٢)</sup>.

---

د. على حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال في العقد، دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٢٠، ص ٥٨.

(1) Ronald J. Scalise Jr., Why No 'Efficient Breach' in the Civil Law? The American Journal of Comparative Law Vol. 55, No. 4 (Fall, 2007),, p. 752. Available at: <https://www.jstor.org/stable/20454595>, last visited,28-5-2022,1;37PM.

(2) Wenqing Liao, Efficient Breach in the Common European Sales Law, Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 41, No. 2 [2014], Art. 4,P.8. Available at: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=jilc>, last visited,28-5-2022,1;27PM.

## الفرع الثاني الإخلال بهدف تجنب الخسارة

يعتمد ذلك على منطق أن الإخلال بالوعد خير من الاستمرار في تنفيذه. ويتحقق ذلك بسبب تغير الظروف، وما صاحبها من زيادة في التكاليف نتيجة زيادة كلفة تنفيذ الوعد أو انخفاض قيمة العقد بعد إبرام عقد الوعد. ونتيجة لذلك فقد يتعرض المدين للخسارة إذا وفي بوعده بأن يدفع نفقات باهظة تفوق ما كان سيحصل عليه من الوعود له<sup>(١)</sup>. وفي المقابل قد يقدر الدائن أن الإخلال بعقد الوعد سيكون أكثر فائدة له بسبب أن قيمة الشيء محل الوعد قد انخفضت، ومن ثم أصبح ليس لديه الرغبة في شرائه. ومن ثم لا يكون من سبيل أمام كلا الطرفين للتغلب على التقلبات الاقتصادية بسبب تغير الظروف سوى الإخلال بعقد الوعد ودفع التعويض للطرف الآخر المضرور كبديل عن عدم تنفيذ عقد الوعد<sup>(٢)</sup>.

---

(1) Richard Stone and James Devenney, The Modern Law of Contract, 11th edition, Routledge, Oxon, 2015, p. 472.

(2) Thomas J. Miceli, The Economic Approach to Law, Stanford Economics and Finance, An imprint of Stanford University Press, Stanford, California, 2004, p. 129.

## المبحث الثاني

### المعوقات القانونية والفقهية لتطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد

#### المطلب الأول

#### المعوقات القانونية لتطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد

إن نظام الإخلال الفعال بالعقد المطبق في القانون الأمريكي لا يمكن قبوله بصورته الحالية في نظامنا القانوني المدني<sup>(١)</sup>؛ لأنه يتعارض مع العديد من المبادئ القانونية المستقر عليها والتي قوامها المعيار الأخلاقي وليس الاقتصادي كما نحا المشرع الأمريكي في تبنيه لهذا النظام الذي يصفه البعض بأنه غير أخلاقي؛ حيث إن النظام يبدو في ظاهره الرحمة وتحقيق الربح لجميع أطراف العقد سواء طرفاه أو الغير الذي يتدخل في العلاقة العقدية ويعرض ثمنًا أكبر يغري المدين على الإخلال بالعقد مقابل مبلغًا من المال يدفعه للدائن كما سبق وأوضحنا. وفي هذا الصدد قد انبرى البعض للترويج لإمكانية تطبيق نظام الإخلال الفعال بالعقد في أنظمتنا القانونية اللاتينية التي لا تتوافق مبادئها القانونية الراسخة منذ سنين عديدة على تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي قوامه الأسس الأخلاقية دون الاقتصادية، واستقرار المعاملات. ومن ثم فإننا سنعرض للعقبات التي تعترض تطبيق نظام الإخلال الفعال بالعقد في نظامنا القانوني المدني في هذين الفرعين:

(١) تعتبر هذه النظرية تحديًا للمفهوم التقليدي السائد في التقنيات العربية أن العقد شريعة المتعاقدين

والطبيعة الأخلاقية للالتزام راجع:

Frank Menetrez, Consequentialism, Promissory Obligation, and the Theory of Efficient Breach, 47 UCLA L. REV. 859, 860 (2000), Available at <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr47&div=26&id=&page=>, last visited, 28-5-2022,12:43,PM.

وبناء على ذلك من المفترض أن يكون تنفيذ العقد الموعود به من الناحية الاقتصادية - أمر غير مرغوب

فيه للمجتمع



## الفرع الأول

### المخالفة للمبادئ الكلية في الشريعة الإسلامية

بالنظر إلى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع فإنه يتوجب على المشرع العادي أن تكون التشريعات التي يسنها متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية؛ حيث تنص المادة الثانية من الدستور المصري المعدل ٢٠١٩ على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

إن مفاد هذا النص الدستوري: أن هناك نظامًا قانونيًا في الشريعة الإسلامية يتضمن قواعد وأحكامًا أساسية كلية تتفرع عنها الأحكام التفصيلية وتتفق عليها المذاهب الفقهية<sup>(١)</sup> ومن أهم هذه القواعد مبدأ حسن النية في المعاملات، لحديث النبي صلى الله عليه: "إنما الأعمال بالنيات"<sup>(٢)</sup> ومبدأ أن العقد ملزم لعاقديه؛ لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>(٣)</sup>.

ويتعارض مع هذا النص الدستوري القاعدة الفقهية "من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه"؛ لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>(٤)</sup>، وقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"<sup>(٥)</sup>. وقد أخذ بها كافة فقهاء المسلمين، وأخذت بها مجلة الأحكام العدلية الصادرة سنة (١٨٧٩م) في المادة

(١) انظر في ذات المعنى: طارق جمعه راشد، ومحمود سعد بدير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول - نظرية القانون، ط ١، بدون ناشر، نسخة إلكترونية، ٢٠٢١ / ٢٠٢٢، ص ١١٣.

(٢) البخاري - صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب بدء الوحي (١ / ٦) رقم (١)، مسلم - صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب من قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية (٣ / ١٥١٥) رقم (١٩٠٧).

(٣) الآية الأولى سورة المائدة.

(٤) سورة المائدة، الآية ١.

(٥) سورة الإسراء، الآية ٣٤.

١٠٠ والتي مفادها أنه لا يجوز لشخص أن يسعى إلى نفي ونقض ما قام به بنفسه، فلا يجوز سعي من جانبه إلى تقديم حجة لنفي ما تم على يديه مردود عليه ولا يؤخذ به. ومن أنواع هذه القاعدة الاستوبل بموجب العقد والذي بموجبه تقوم مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، وبناء على ذلك يجبر المدين قضاء على التنفيذ وعدم التراجع عن ما هو ملتزم به<sup>(١)</sup>.

ومن ثم فإن أساس نظرية الإخلال الفعال يتعارض مع هذه المبادئ الكلية التي أقرتها الشريعة الإسلامية بالنسبة للعقد. وتطبيقاً لذلك، فإن تعاقد شخص مع آخر على بيع عقار ما وبسعر محدد، فإن هذا البيع يكون ملزماً لهما ولا يجوز لطرف ثالث التدخل في هذه العلاقة التعاقدية وفسخ البائع للعقد مع المشتري عن طريق عرض ثمن أكبر عليه؛ لأن هذا التدخل منه يعتبر سلوكاً خاطئاً نهى عنه النبي - صلى عليه وسلم -؛ لما روى البخاري عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ"<sup>(٢)</sup>. وقد ذهب الإمام النووي إلى القول بأنه يحرم أن يبيع الشخص على بيع أخيه بعد استقرارهما على الثمن<sup>(٣)</sup>. وبناء على ذلك يمكن القول بأن

---

(١) راجع للمزيد حول هذا الموضوع: د. محمد أحمد المعداوي، منع التناقض في مرحلة التعاقد: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ع ٥٠، جامعة المنوفية - كلية الحقوق، ٢٠١٩، ص ٥٤٨.

(٢) أخرجه البخاري في «البيوع» باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكُلَّ محفلة (٢١٥٠)، ومسلم في «البيوع» (١٥١٥).

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى ٦٧٦هـ، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت - دمشق - عمان - المكتب الإسلامي ط ٣، ج ٣، ١٤١٢هـ، ١٩٩١م، ص ٤١٦.

هذا الحديث يهدم الأساس الأول لنظرية الإخلال الفعال المتمثل في الفاعلية الاقتصادية والفائدة الربحية التي يأمل الأطراف جنيها من الإخلال بالعقد؛ لأنه يحرم تدخل الغير في العلاقة التعاقدية ويفسد على المتابعين بيعهم.

## الفرع الثاني

### الاصطدام بمبدأ القوة الملزمة للعقد وحسن النية عند تنفيذ العقد

لقد كرس النظام القانوني المدني في مصر لمبدأ تفضيل الأداء المحدد للوفاء بالالتزام، وفي المقابل إذا تعذر الوفاء يتم العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري بأنه "١ - يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

وقد استمد هذا المبدأ قوته وأساسه من مبدأ حسن النية الذي يفرض على أطراف العقد الالتزام بما تم الاتفاق عليه في العقد ولا يتصور أن يصدر من أحدهما ما يخل بما التزموا به ويتصرفون بسوء نية بما يتعارض مع الصفة الأمرة لمبدأ حسن النية<sup>(١)</sup>.

وقد كرس المشرع المصري بموجب نص المادة ١٤٨ / ١ مدني مصري لمبدأ وجوب توافر حسن النية عند تنفيذ العقد. ومن ثم نصت هذه المادة مدني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقه تنفق مع ما يوجب حسن النية ". وبناء على هذا النص يتعدى تطبيق نظرية الإخلال الفعال؛ لأنه يتعين وفقاً لمبدأ حسن النية على

---

(١) انظر: د. بلال عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٧، ص ٣٧. حيث إن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد على أساس أخلاقي. راجع: د. إكرامي بسيوني عبد الحى خطاب، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت " مجلس النشر العلمي "، المجلد ٤٢، العدد ٣، سبتمبر ٢٠١٨، ص ٢٨٩؛ د. فراس كريم شيعان، وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة " دراسة مقارنة "، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد ٣، السنة ١١، ٢٠١٩، ص ١٢.

المدين تنفيذ العقد وفقاً لبنوده المتفق عليها وفاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعدم الإخلال بالعقد دون سبب مشروع.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد، هل يمكن لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ - كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجيز للمدين حسن النية أن يخل بالتزامه العقدي المرهق ويدفع التعويض كمقابل لذلك الإخلال - تحقيق المقاربة مع نظرية الإخلال الفعال بالعقد؟.

لقد ذهب رأي في الفقه - لا نؤيده - إلى القول بأن تنفيذ المدين لالتزامه المرهق عن طريق التعويض النقدي يعتبر استثناءً يجيز للمدين أن يخرق العقد مقابل التعويض الذي يدفعه إلى الدائن الذي يكون قد ربح من جراء قبوله إخلال المدين بالعقد. وأيد حجته بان تبني نظام الإخلال الفعال في الأنظمة القانونية المدنية سيكون هو الخيار الأفضل تأسيساً على أن الممارسة الفعلية أثبتت أن المطالبة بأداء معين ليس له أهمية كبيرة في الممارسة العملية بسبب طول مدة التقاضي. وبناء على ذلك، فإن المطالبة بأداء محدد - وفاء للالتزام التعاقدية - لن يؤدي إلى أن يكون الطرف المتضرر (الدائن) في وضع أفضل مما كان من الممكن أن يكون عليه لو تم تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه مقارنة بالربح الذي سيجنه بقبوله التعويض النقدي كبديل عن التمسك بالتنفيذ العيني<sup>(١)</sup>.

لقد حاول صاحب هذا الرأي السابق تبرير وجهة نظره بتقليل الفجوة بين نظامنا المدني اللاتيني ونظام القانون العام الأمريكي بشأن قبول تطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد. ونحن نرى أن التبريرات التي ساقها كانت غير مقنعة، وأنه قد وقع في خلط بين التنفيذ بطريق التعويض والإخلال الفعال بالعقد. ففي حالة قبول الدائن التعويض النقدي

(1) Mohammed Hassan Al-Kaabi, Is it Possible to Introduce Efficient Breach Theory to a Civil Law Country? The Case of Qatar, Arab Law Quarterly 36 (2020) ,P23. Available at, [https://brill.com/view/journals/alq/36/3/article-p291\\_2.xml](https://brill.com/view/journals/alq/36/3/article-p291_2.xml),last visited 22-2-2023,5;19 PM.

كبديل عن التنفيذ العيني في حالة استحالة تنفيذه عيناً ، فإن المدين في هذه الحالة لا يكون مخلاً بتنفيذ التزامه<sup>(١)</sup> ، وإنما يكون قد نفذ التزامه ولكن عن طريق التعويض الذي سيدفعه للدائن عوضاً له عن الفائدة التي كان من المحتمل الحصول عليها إذا ما تم تنفيذ الالتزام عيناً<sup>(٢)</sup> . والسبب يرجع في ذلك إلى أن تنفيذ الالتزام الذي استحال عيناً بطريق التعويض مقيد بشرطين نصت عليها المادة ٢٠٣ / ٢ مدني يتمثل الأول منهما في أن يؤدي تمسك الدائن بالتنفيذ العيني إرهاباً للمدين يسبب له ضرر فادح. وفي هذه الحالة وبدافع أخلاقي يكون للقاضي أن يلزم المدين بدفع تعويض نقدي للدائن، ولا يعتبر هذا التعويض الذي حصل عليه الدائن ربحاً وثنماً لقبوله الإخلال بالعقد وفقاً لمنطق نظرية الإخلال الفعال. ويتمثل القيد الثاني في وجوب مراعاة مصلحة الدائن بحيث لا يصيبه ضرر جسيم من جراء إعفاء المدين من التنفيذ العيني وقبوله التعويض النقدي.

غير أنه قد يجادل البعض بأن المشرع الفرنسي في المادة ١٢٢١ مدني من قانون العقود الفرنسي الجديد قد ضيق من نطاق الفجوة بين النظام المدني اللاتيني ونظام الإخلال الفعال الأمريكي عندما نصت على أنه " " يحق للدائن بالتزام معين ، بعد إعدار المدين ، المطالبة بالتنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلاً أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن " .

لقد ذهب البعض إلى القول بأن نص المادة ١٢٢١ مدني فرنسي يتوافق تطبيقه مع

---

(١) قارن مع ما ذهب إليه البعض من القول بأن التنفيذ بطريق التعويض لا يعد في حقيقة تنفيذاً للالتزام وإنما مجرد جزاء يتحمل به المدين مقابل قيام مسؤوليته العقدية بسبب امتناعه عن تنفيذ التزامه. راجع:

عبد الفتاح عبد الباقي - دروس في أحكام الالتزام - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٢ - فقرة ١٦ ص ٢٢ .

(٢) راجع في ذات المعنى: د حسن حسين البراوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني

المصري، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية ٢٠٢٣، ص ٥٧ .

نص المادة ٢٥٦ مدني قطري (يقابلها نص المادة ٢٥١ مدني مصري). وبني حجته على سند من القول بأن المشرع في نص المادة ٢٥٦ مدني قطري لا يجبر المدين على التنفيذ العيني عند عدم الوفاء أو التأخير في التنفيذ، وإنما أتاح له خيار دفع تعويض للدائن عن الضرر الذي أصابه جراء عدم الوفاء أو التأخير في التنفيذ<sup>(١)</sup>.

في واقع الأمر إننا لا نتفق مع هذا الرأي فيما ذهب إليه من وجود شبه اعتراف من النظام القانون المدني سواء في مصر أو في قطر بإمكانية تطبيق نظام الإخلال الفعال بالعقد. حيث إن نص المادة ١٢٢١ مدني فرنسي لا يفهم منها أن الدائن يمكن أن يستعيز عن التنفيذ العيني وقبول التعويض للخلاص من العقد والحصول على مقابل نقدي من المدين يعتبر ربحاً حققه الدائن من جراء قبوله الإخلال بالعقد وفقاً لمنطق نظرية الإخلال الفعال.

ومن هنا يمكن القول بأن الحالة التي نصت عليها عجز المادة ١٢٢١ مدني مفادها أن وجود عدم تناسب ظاهر بين كلفة تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين، ومدى فائدة هذا التنفيذ بالنسبة للدائن قد يجعل من التمسك بالتنفيذ العيني غير ذي فائدة للطرفين، ويسبب إرهاقاً للطرفين بأن يسبب خسارة للمدين كثر من كلفة التنفيذ متى كانت كلفة التنفيذ باهظة. وفي الوقت ذاته فوت على الدائن الفائدة التي كان ينتظرها من التنفيذ العيني للالتزام.

وبناء على ذلك نرى ان الصورة الأخيرة التي أضافتها المادة ١٢٢١ مدني ما هي إلا صورة من صور الإرهاق ولا يمكن أن نعتبرها صورة من صورة الإخلال بالعقد. ومن ثم يعتبر التمسك بالتنفيذ العيني على الرغم من عدم وجود فائدة حقيقية ستعود على الدائن إذا تمسك بالتنفيذ العيني، وفي الوقت نفسه سيكلف التنفيذ العيني ثمنًا باهظًا تعسفاً من الدائن في استعمال حقه.

(١) راجع: د. فوزي بن أحمد بالكناني، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون

المدني القطري، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الثاني ٢٠٢٠، ص ٤٦.



## المطلب الثاني

### المعوقات الشرعية لتطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد

تتمثل هذه المعوقات الفقهية الشرعية في أنه لا يجوز فسخ العقد بعد إبرامه ولزومه للمتعاقدين. وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني المصري. ولكن وجه الخلاف بينهما - على الرغم من اتفاقهم على مبدأ القوة الملزمة للعقد - أن الفقهاء المسلمين قد ساقوا العديد من المبررات الشرعية التي تؤيد عدم جواز فسخ العقود بعد لزومها وتعتبر في الوقت نفسه رفضاً لمنطق نظرية الإخلال الفعال بالعقد والتي من أهمها أن فسخ العقد بعد لزمه فيه شبهة الربا وضد استقرار المعاملات. وقد أسس لقولهم بأدلة من القران والسنة والمعقول. وهذا ما سنبينه تفصيلاً في هذين الفرعين.

## الفرع الأول

### مبررات عدم جواز الإخلال بالعقد بعد لزمه

لقد ساق الفقهاء المسلمون العديد من المبررات للتأكيد على عدم جواز فسخ العقد بعد لزمه للمتعاقدين. وأكدوا في ذلك على رفضهم لنظرية الإخلال الفعال بالعقد وتتمثل فيما يلي:

### أولاً: الأصل في العقود اللزوم وليس اختيار فسخ العقد

إن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي هو ما يتفق مع الأصل في العقود وهو اللزوم وليس اختيار فسخ العقد؛ لأن العقود تعتبر وسيلة مهمة لتحقيق المقاصد والأهداف المختلفة عندما يتعلق الأمر بالأعيان والخدمات<sup>(١)</sup>. وفي المقابل لا يكون هناك خيار للرجوع عنه إلا في حالات معينة<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في ذات المعنى، الذخيرة - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفى ٦٧٤هـ، تحقيق:

د/ محمد حجي، بيروت - دار الغرب الإسلامي، ط١، ج٥، ١٩٩٤م، ص ٢٠.

(٢) وقد ذكر الإمام الرافعي في شرحه لوسيط الغزالي: "والأصل في البيع اللزوم والخيار عارض".

راجع: أبي القاسم بن عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح

ولعل هذا ما يدعوننا إلى القول بأنه يراد بقولنا لزوم العقد أحد أمرين:  
**أولهما:** أن البيع من العقود التي تقتضي وضعها للزوم؛ ليتمكن كل واحد من المتعاقدين  
 من التصرف فيما أخذه آمناً من نقض صاحبه عليه<sup>(١)</sup>.

**والثاني:** أن الغالب من حالات البيع هو اللزوم، وفي هذه الحالة يتكون الأطراف ملزمة  
 بتنفيذ العقد والامثال لشروطه، واستثناء يمكن في ثبوت الخيار الرجوع عنه. وفي هذه  
 الحالة يكون الخيار على قسمين؛ أحدهما ألا يتوقف على فوات شيء بل يتعلق بمجرد  
 التشهي وهو ما عبر عنه بخيار التروي، وإما أن يتوقف على فوات شيء مظنون الحصول،  
 وهذا ما عبر عنه بخيار النقيصة<sup>(٢)</sup>.

ولا ينبغي إن أعطينا حق الفسخ ما دام المتعاقدين لم يبرحا مكان انعقاد العقد مع استمرار  
 هذا الحق بعد انتهاء العقد وتفرق المتعاقدين؛ لأن ذلك الحق كان للتيسير على  
 المتعاقدين فجعل الشرع ساعات المجلس كحالة إنشاء العقد.

**ثانياً:** وجود شبهة الربا، في صياغة نظرية الإخلال الفعال، في فسخ العقد بعد لزومه  
 مقابل تعويض يدفعه البائع للمشتري.

في واقع الأمر قد يقول قائل إن الفقه الإسلامي لم يمنع البائع من أحقيه فسخ العقد بعد  
 لزومه نتيجة ظهور مشتري آخر لما باعه في مقابل أن يعطيه مقابل لإلزامه بالفسخ.

---

الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: الشيخ/ علي معوض، والشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود،  
 دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ج ٤، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ١٦٩.

(١) الماوردى، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي - الحاوي، تحقيق:  
 الشيخ علي معوض، والشيخ عادل عبد الموجود، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ج ٥، ١٤١٩هـ -  
 ١٩٩٩م، ص ٢٨.

(٢) القرافي - الذخيرة - ٢٠/٥.

ويذهب على القول بأنها عملية معاصرة مستحدثة، لم يتناولها الفقه الإسلامي في العصور الأولى. وإذا كان الأمر كذلك فلا ينظر إلى القول بعدم الصحة لعدم وجود نص في الشريعة الإسلامية. وحيث إن الأصل في الأشياء كما قررت الشريعة الإسلامية الإباحة ومن ثم تدخل هذه المعاملة في نطاق الإباحة وقبول ما استحدثت من المعاملات.

ولكن يجاب عن ذلك بأنها حجة ضعيفة، أو هن من بيت العنكبوت، سببها عدم الإلمام بمبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي. فمرونة الفقه الإسلامي وصلاحيته الشريعة الإسلامية لكل الأزمان والأجيال مهما تعاقبت الأزمنة والدهور أعطى لها أفضلية السبق لمعالجة مثل هذه المعالجة التي قد تتميز بطابع غير أخلاقي في إجبار المشتري على قبول الفسخ مقابل تعويض مالي مما حصل عليه البائع من بيعه الثاني بعد استرداده للمبيع. وهذا الطابع غير الأخلاقي يتمثل في أمر هام حرّمته جميع الشرائع السماوية، ألا وهو وجود شبهة الربا في هذه المعاملة.

وفي الفقه الإسلامي المعاملة إذا دخلها ربا فلا يطلق عليها بيع فهما نقيضان لا يجتمعان لعدم تماثلهما، قال الله تعالى: **"وأحل الله البيع وحرم الربا"**<sup>(١)</sup>. فالبيع شيء والربا شيء آخر فشتان بين ما أحل الله وما حرّمه الله تعالى.

ومن ثم فإن القانون الوضعي بصفة عامة ينظر إلى الأمور المادية والظاهرية، بينما الفقه الإسلامي وازن بين الجانبين المادي والمعنوي المرتبط بالقيم والأخلاق.

وأما شبهة الربا فتتمثل في أن البائع لما باع سلعته ثم استردها مرة ثانية مقابل تعويض للمشتري يكون من باب العينة وهي وإن كان ظاهرها البيع إلا أنها من حيث مقصدها ومضمونها ربا.

(١) سورة: البقرة، من الآية: [٢٧٥].

والعينة هي شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، أو بمعنى آخر يعتبر البيع عينة أن يبيع السلعة بثمن مؤجل، ثم يشتريها مرة أخرى نقدا بثمن أقل. فهذه المعاملة فيها نوع من التحايل على الشرع فمتى كان القصد منها الربا كان ذلك محرماً؛ لأنه وصل بها من دين إلى عين وجمعها العين، ومنه الحديث: "إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم" (١) "والفعل منه تعين" (٢).

وعلى ذلك: فإنه يمكن القول بأن القول بإلزام المشتري بفسخ العقد بعد لزومه لطلب البائع لذلك فيه شبه الربا الذي حرّمته جميع الأديان السماوية فالبائع قد باع السلعة للمشتري بثمن معين ولما أراد الفسخ واسترداد المبيع لكي يبيعه لغيره لحصول ربح أكثر مع مقابل تعويض مالي يدفعه البائع للمشتري، وهذا هو نوع من أنواع بيع العينة التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(١) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ) - سنن أبي داود - تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد - بيروت - المكتبة العصرية، بدون تاريخ، كتاب البيوع، باب في النهي عن العينة (٣/ ٢٧٤ رقم ٣٤٢٦)، البيهقي - السنن الكبرى - تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت - دار الكتب العلمية طبعة سنة ١٩٩٩م، كتاب البيوع، باب ما ورد في كراهة التبايع بالعينة (٥/ ٥١٦ - ٥١٧ رقم ١٠٧٠٣)، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت - الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٥١) قال: إِسْتَادَ ضَعِيفٌ.

(٢) عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، بدون طبعة، ١٣١١هـ - طلبه الطلبة - في الاصطلاحات الفقهية - ص ٢٤٢.

**ولكن الذين ينبغي الإشارة إليهم** أن الشريعة الإسلامية لا تمنع المشتري أن يبيع ما اشتراه للبائع مرة ثانية، ونصوص الفقهاء واضحة لذلك ولكن ينبغي أن تكون هذه المعاملة ليس فيها اتفاق مسبق بين المتعاقدين -لأن الاتفاق المسبق هو سبب الإيحاء بشبهة الربا- على فعل ذلك من أجل استحلال الربا بأن كان البائع في حاجة إلى مال فاتفق مع المشتري بأن يبيع له السلعة إلى زمن معين ثم بعد ذلك يشتريها منه بثمن أعلى وهو الربا ولكن على شكل تعويض؛ لكي يفر المتعاقدين من ارتكاب محظور وهو الربا. ومثل هذه المعاملة في المقام الأول هي معاملة أخلاقية، مرجعها إلى قصد المتبايعين ونيتهما، فإن كان قصدهما التحايل على الربا فهي حرام، وإن كان القصد منها مجرد البيع والشراء فلا ربا ولا حرمة في ذلك، ولكن مع تحقق ضوابط البيع والشراء من حصول الرضا التام بينهما، فأما الإلزام بالفسخ فإنه يكون وفق الضوابط التي ذكرناها سابقاً وهو الإلزام على الفسخ بعد لزوم العقد إذا كانا لم يبرحها مكانهما أو استحبابه إذا برح المكان وتركاه والمناطق كما قلنا على قصد الإنسان ونيته.

### **ثالثاً: يعتبر فسخ العقد بعد لزمه ضد استقرار العقود والمعاملات**

لقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود فقال: **" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"**<sup>(١)</sup>، فقد أمر الله تعالى بالوفاء بما يعقده الإنسان سواء أكان معه ربه من الإيمان به أو غيره كعقد البيع، وفي القول بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد بعد انتهاء مجلس التعاقد فيه تلاعب بالعقد من حيث عدم الوفاء به والرجوع عنه، فيكون منهياً عنه.

**وبيان ذلك** أن القانون الأمريكي في نظرية الإخلال الفعال أباح للبائع الحق في فسخ العقد بعد لزمه دون تحديد مدة زمنية لانفساخ العقد ودون وقوع اشتراط أجل معين

(١) سورة: المائدة، الآية [١].

لفسخ العقد، وقد يجيز بعض شراح هذا القانون ذلك اعتماداً على مذهب الإمام مالك<sup>(١)</sup> والقاضي أبي يعلى من الحنابلة<sup>(٢)</sup> على أنه إذا اشترط أحد المتعاقدين مدة للخيار فإن حقيقة الفسخ تقع مؤبدة أي أن البائع أو المشتري يحق له أن يفسخ العقد مهما طالت المدة أو قصرت.

وهذا التصور لا ينطبق إطلاقاً على مذهب الإمام مالك، ومن ثم فإنه لا يضمني عليه الجانب الفقهي الإسلامي لإمام عظيم مثل الإمام مالك رضي الله عنه، وذلك لأمر منها: أ\_ أن القانون الأمريكي في نظرية الإخلال الفعال قد أباح فسخ العقد مطلقاً، أي: سواء اشترط المتعاقدين مدة فيتروا فيها بين إتمام العقد أم لا. أما الإمام مالك فأباح ذلك في حالة إذا اشترط المتعاقدين ذلك فإنه يحق لهما فسخ العقد وأبداً.

(١) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني - مواهب الجليل - تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، بيروت - دار الكتب العلمية، ط١، ج٦، ١٩٩٥م، ص٣٠٦، الزرقاني على مختصر خليل - تحقيق: عبدالسلام محمد أمين، بيروت - دار الكتب العلمية، ط١، ج٥، ٢٠٠٢م، ص٢٠٣" وظاهر كلام المصنف أن الخيار إذا كان للبائع وهو بيد المشتري أن المبيع يلزم البائع بانقضاء زمن الخيار مع أنه لا يلزمه". أبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: د/ عبدالله المرابط المراغي، أ/ محمد عبدالعزيز الدباغ، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ج٦، ص٣٨٧، "ومن كتاب ابن المواز: قال مالك: وإن اشترط للخيار يومين، وشرط إن لم يأت به لزمه البيع، فلا يعجني، قال ابن القاسم: يفسخ البيع وإن فات الأجل الذي يجب به البيع".

(٢) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي - المغني - تحقيق: د/ محمد شرف الدين حطاب، مصر - دار الحديث، ط١، ج٥، ١٩٩٦م ص٤٠٥" وقال القاضي: لا يلزم بمضي المدة".

ب- أن ما ذهب إليه الإمام مالك من إعطاء الحق للمتعاقدين في فسخ عقد البيع إذا اشترط المتعاقدين ذلك على وجه تأييد لم يوافق عليه باقي فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية<sup>(١)</sup> والشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> إذا انقضت مدة الخيار والتروي في فسخ العقد أو فإنه لا يحق لهما فسخ العقد.

وقد ذكر ابن قدامة عدة وجوه تؤيد ما ذهب إليه الجمهور من القول بأن انقضاء مدة الشرط توجب لزوم العقد وعدم إباحة فسخ العقد لأحدهما، وهي:

(١) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (٩٧٠هـ) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: الشيخ / زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م" (وتم العقد بموته ومضي المدة)، وأما مضي المدة فمبطل للخيار سواء كان للبائع أو للمشتري"، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني المتوفى: ٨٥٥هـ) - البناية - تحقيق: أيمن صالح شعبان، بيروت - لبنان، ط١، ج٨، ٢٠٠٠م، ص ٦٥، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي - تبين الحقائق - تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، بيروت - دار الكتب العلمية، ط١، ج٤، ٢٠٠٠م ص ٣١٠.

(٢) أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، المتوفى: ٥٥٨هـ) - البيان - تحقيق: د/ أحمد حجازي السقا، بيروت - لبنان - دار الكتب العلمية، ط١، ج١، ٢٠٠٢م، ص ٣١" وإذا شرطا خيار الثلاث، فمضت الثلاث، ولم يفسخا، ولم يجيزا تم العقد، ولزم، وقال مالك: لا يلزم بمضي مدة الخيار"، النووي - المجموع - تحقيق: نجيب المطيعي، جدة - مكتبة الإرشاد، بدون تاريخ ٢٣٣/٩.

(٣) ابن قدامة - المغني - تحقيق: د. محمد شرف الدين خطاب، د. سيد إبراهيم صادق، مصر - دار الحديث، ط١، ج٥، سنة ١٩٩٦م، ص ٤٠٥" فصل وإذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وقال القاضي: لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك"، شرف الدين أبي النجا الحجاوي (المتوفى: ٩٦٠هـ)، الروض المربع شرح زاد المستتقع، تحقيق: محب الدين الخطيب، السعودية - مكتبة الرياض الحديثة، ط٦، ج٢، بدون تاريخ ص ١٧٢.

- ١ - أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل.
  - ٢ - أن الحكم ببقائها يفضى إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاً فيها والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله.
  - ٣ - ولأنه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات.
  - ٤ - ولأن البيع يقتضي اللزوم، وإنما تخلف موجهه بالشرط فما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجهه لزوال المعارض كما لو امضوه<sup>(١)</sup>.
  - ٥ - القياس على لو خير الزوج زوجته الطلاق لمدة معينة فمضت المدة فإنه يسقط خيارها وحققها في الفسخ وكذلك لو مضت مدة الخيار في البيع يصبح البيع لازماً ويسقط الحق في الفسخ<sup>(٢)</sup>.
- أما الإمام مالك والقاضي أبي يعلى من الحنابلة فأجازا للمتعاقدين فسخ العقد حتى ولو مضت المدة، أي: اشترط مدة معينة يجعل العقد قابلاً للانفساخ حتى وإن مضت المدة. وهذا القول يمكن أن يتمشى مع القول بانفساخ العقد بعد لزومه بيد أن أصحاب هذا القول لم يجيزوه على إطلاقه وإنما يجوز في حالة إذا وقع شرط يجيز انفساخ العقد في مدة ومضت المدة. أما القانون الأمريكي في نظرية الإخلال الفعال، فإنه يجيزه على إطلاقه، فضلاً عن كون المالكية، والحنابلة لم يجيزا هذا التحايل. وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن نظرة الفقه الإسلامي أدق وأكمل من نظرة القانون الأمريكي في نظرية الإخلال الفعال، وذلك للأسباب الآتية:

(١) ابن قدامة - المغني - ٥ / ٤٠٥ - ٤٠٦.

(٢) ابن نجيم - البحر الرائق - ٦ / ٢٩ " إذ لم يثبت الخيار فيها فلا بقاء له بعدها كالمخيرة في وقت

مقدور"، الزيلعي - تبیین الحقائق - ٤ / ٣١٠ " لم يبق لها الخيار بعد مضيه"



١- إذا أجبر المشتري على الفسخ بعد لزوم البيع وتمامه فسوف يؤدي ذلك إلى عدم استقرار عقود المعاوضات؛ إذ في مكنة أي بائع إذا ظهر له ثمن أعلى مما باع به دون أن يبخر يغبن في البيع أن يفسخ عقد البيع وفي هذا لا يمكن أن يستقر أي عقد؛ لأن المشتري لم يقع في قلبه الطمأنينة بأن ما اشتراه صار ملكاً له.

٢- لا يتصور إجبار المشتري على الفسخ لطلب البائع مقابل تعويض أنه فسخ؛ لأن المعروف من الفسخ أنه رفع للعقد من أصله فيسترد المشتري الثمن والبائع المبيع فيعتبر كأنه لم يكن بينهم بيعاً أصلاً، وهنا استرداد المشتري الثمن أكثر مما تعاقد عليه فكيف يكون ذلك فسحاً.

٣- إن القول بالفسخ مع تعويض البائع للمشتري وفقاً لنظرية الإخلال الفعال - لأنه ظهر له سعر أعلى من الأول - وإن كان من قبيل استحداث العقود وتطويرها؛ لأن العقود تتطور بصفه مستمرة إلا أنه هناك قواعد لمثل هذه الأمور المستحدثة والمستجدة وأهم هذه القواعد والضوابط التراضي، فالقانون الأمريكي قد غفل عن هذه القاعدة التي أرساها الفقه الإسلامي والتي نصت عليها كذلك نصوص القانون المدني المصري، فهذا يعتبر بمثابة الانحراف عن الطريق والخروج عن الثوابت في العقود، قال -تعالى-: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" (١) قال صلى الله عليه وسلم: "إنما البيع عن تراض" (٢).

(١) سورة: النساء، من الآية: [٢٩].

(٢) ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: ٢٧٣هـ) - سنن بن ماجه - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مصر - دار إحياء الكتب العربية، كتاب التجارات، باب بيع الخيار (٢/٧٣٦ - ٧٣٧ رقم ٢١٨٥) "وفي الزوائد إسناده صحيح، ورجاله موثقون"، : محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ) - صحيح ابن حبان بن بليان - تحقيق وتعليق: شعيب الأرنؤوط، دمشق - دار الرسالة العالمية، ط ١، ٢٠٠١م، كتاب البيوع، باب ذكر العلة التي من أجلها زجر عن هذا البيع (١١/٣٤٠ - ٣٤١ رقم ٤٩٦٧).

## الفرع الثاني

### أسس عدم جواز فسخ العقد بعد تمامه ولزومه للمتعاقدين

جدير بالذكر أنه إذا تمت صفقة البيع وظهر للبائع وهو في مجلس العقد مشتر آخر أراد أخذها بثمن أكثر من المشتري الأول، أو أراد شراؤها بثمن حال بينما المشتري الأول اشتراها بثمن مؤجل؛ فإنه لا يحق للبائع فسخ العقد وإن كان في فسحه مصلحة له. **وبه قال:** الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (المتوفى ٥٨٧هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ على محمد معوض، الشيخ: عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، ط ١/ج ٧، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م "ص ١٨٩ - ١٩٠.

قال الكاساني: "وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو أن يكون خاليًا عن خيارات أربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي - رحمه الله - افتراق العاقدین مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضا ولقب المسألة أن خيار المجلس ليس بثابت عندنا، وعنده ثابت"، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي (المتوفى سنة ٨٥٥هـ)، البناية في شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت ط ١، ج ٨، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م ص ١١، الموسوعة الفقهية المقارنة - ٥ / ٢٢٢٥، التجريد للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري (المتوفى ٤٢٨هـ) دراسة وتحقيق محمد أحمد سراج، د. علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام - القاهرة ط الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة - تأليف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي (المتوفى ٤٢٢هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ج ٢، ١٩٩٨م "ص ٦٥ خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم خلافاً للشافعي"، القرافي - الذخيرة - ٥ / ٢٠، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (المتوفى: ١١٢٦هـ) - الفواكه الدواني، مصر - مصطفى البابي الحلبي، ط ٣، ج ٢، ١٩٥٥م، ص ١٥٨.

(٣) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ) - الإنصاف - تحقيق: أبي عبدالله محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت - دار الكتب

### أولاً: الاستدلال بالقرآن الكريم:

لقد استدلوا على قولهم بقوله تعالى: { لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }<sup>(١)</sup>. قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }<sup>(٢)</sup>.

وجه الاستدلال من هاتين الآيتين أنه لا يحق لأحد المتعاقدين فسخ العقد بغرض الحصول على ربح أكثر من العقد الأول سواء أكان المتعاقدين في مجلس واحد أم لا؛ حيث إنه - تعالى - أباح الأكل بالتجارة أن يكون ناتجاً عن الرضا ولم يشترط في ذلك قيد التفرق عن مكان العقد، فكان بمجرد انعقاد العقد يلزم البيع ولا يحق فسخه بسبب حصول ربح أكثر من عقد وآخر<sup>(٣)</sup>. كما أنه إذا تم العقد - البيع وغيره - فإنه لا يحق لأحد المتعاقدين فسخ العقد سواء كان في المجلس أم لا؛ لأنه - تعالى - أمر بالوفاء بالعقود وعقد البيع قد تم ومن ثم يجب الوفاء به ولا يجوز فسخه بمبرر حصول ربح أكثر من عقد آخر، أو تعويض العاقد الأول<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: الاستدلال بالسنة:

واستدلوا من السنة بما رواه ابو داود والدارقطني وغيرهما عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا، إلا أن يكون صفقة الخيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله"<sup>(٥)</sup>.

---

العلمية، ط ١، ج ٤، ١٩٩٧ م، ص ٣٥٢ وفي طريقة بعض الأصحاب رواية: لا يثبت خيار المجلس في بيع وعقد معاوضة".

(١) سورة: النساء، الآية: {٢٩}.

(٢) سورة: المائدة، الآية: {١}.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع - ١٩٠ / ٥ " أباح الله - سبحانه وتعالى - الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد، وعنده: إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الأكل فكان ظاهر النص حجة عليه".

(٤) القرافي - الذخيرة - ٢٢ / ٥ " والأمر للوجوب المنافي للخيار".

(٥) سبق تخريجه.

**وجه الاستدلال من الحديث أنه يدل على أن البيع إذا تم فلا يحق لأحد المتعاقدين الاستقلال بفسخ العقد حتى وإن كان المجلس لا يزال قائماً؛ إذ لو كان الخيار لهما مشروعاً لما احتاج إلى طلب الإقالة؛ إذ يحق له فسخ العقد مباشرة دون طلب منه للإقالة<sup>(١)</sup>. واستدلوا كذلك بما رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه - أنه صلى الله عليه وسلم "نهى بيع الغرر"<sup>(٢)</sup>.**

**وجه الاستدلال أن القول بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد ما دام في مجلس انعقاده فيه نوع من الغرور، والغرر منهي عنه، فكان فسخ العقد بعد تمامه منهي عنه. وهذا يعني أن في القول بثبوت الفسخ لأحدهما غرر حيث كل من المتبايعان لا يعرف ما الذي يتحقق من العقد هل هو الثمن أم المثلث<sup>(٣)</sup>.**

**وأكدوا على قولهم بعدم عدم جواز فسخ أحد المتعاقدين للعقد بسبب حصول نفع أكثر من العقد الأول بالقياس على الإقالة، فكما أنه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخها بعد انعقاد العقد؛ لندمه على العقد الأول بسبب عدم حصول نفع أكثر أو حاجة البائع للمبيع، فكذلك بعد تمام العقد وقبل تفرق المتعاقدين لا يحق لأحد المتعاقدين فسخ العقد، بجامع أنه كما لا يفسخ العقد بعد الافتراق فكذلك لا يفسخ قبله<sup>(٤)</sup>.**

(١) القرافي - الذخيرة - ٢٢/٥ "فلو كان المجلس مشروعاً لم يحتج الإقالة".

(٢) مسلم - صحيح مسلم - كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (٢/٩٠ رقم ١٥١٣)، الترمذي - سنن الترمذي - كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر (٢/٢٧٠ رقم ١٢٣٠).

(٣) القرافي - الذخيرة - ٢٢/٥ "لنهيه ﷺ عن بيع الضرر" وهذا من الغرر؛ لأن كل واحد منهما لا يدري ما يحصل له هل الثمن أم المثلث".

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع - ٧/١٩٠.

### ثالثاً: الاستدلال بالمعقول

وإمعاناً من أصحاب هذا الرأي في تأكيد وجهة نظرهم، فقد استدلوا بالمعقول على قولهم من أربعة وجوه.

**الوجه الأول:** أنه إذا أعطينا لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد لتحقيق ربح أكثر من العقد الأول ما دام في مجلس العقد وتم الايجاب والقبول فإنه وإن تحققت مصلحة للطرف الذي يريد ربحاً أكثر إلا أن في ذلك إلحاق ضرر بالطرف الآخر وإبطال لحقه، ومن ثم فلا يجوز<sup>(١)</sup>.

**الوجه الثاني:** لو كان يصح لأحد المتعاقدين فسخ عقد البيع بعد انعقاد العقد وقبل التفرق؛ لغلاء أو رخص المبيع، أو حصول ربح أكثر لصح ذلك بعد التفرق؛ لأن شأن فسخ العقد لا يفرق فيه بين كونه قبل التفرق أو بعده، وهذا شأن فسخ العقد بسبب العيب وسائر الخيارات فإنه يثبت قبل التفرق وبعده، فلو قلنا: يصح لأحد المتعاقدين فسخ العقد قبل التفرق لصح بعده ولكن ذلك لا يجوز، ومن ثم لا يفسخ العقد بسبب ربح أو تفادي خسارة ما دام العقد قد تم بأركانه وشروطه<sup>(٢)</sup>.

**الوجه الثالث:** أن عقد البيع بعد تمامه يكون المتعاقدين قد رضيا به، ومن ثم فلا وجه لإبطال العقد كما لو تم العقد ومضيا المتعاقدين وانصرفا<sup>(٣)</sup>. كما أن هذا الخيار مجهول

---

(١) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني (المتوفى ٥٩٣هـ) - الهداية في شرح الهداية - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط الأولى سنة ١٤١٠ - ١٩٩٠م ٨ / ١١ م: (ولنا: أن في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز).

(٢) القاضي عبد الوهاب - المعونة - ٢ / ٦٥ - ٦٦، " ولأنه عقد معاوضة كالنكاح، ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق، فليس من مقتضى العقد كالخيار في إغلاء الثمن ورخص "

(٣) القرافي - الذخيرة - ٥ / ٢٢، " عقد وقع الرضا به فبطل خيار المجلس فيه كما بعد الإضاء "

العاقبة فبطل هذا الخيار؛ لما فيه من عدم معرفة الأثر المترتب على البيع من رده أو إبقائه، فبقي العقد متأرجحاً<sup>(١)</sup>.

**الوجه الرابع:** لو كان هذا الخيار جائزاً؛ لتعذر أن يتولى شخص واحد طرفي العقد، كما لو اشترى الأب لابنه الصغير، أو وصيّه، أو تولى القاضي العقد إذا كان الشخص الذي يتولى العقد واحد فقط، فبناءً على ذلك يتعذر انعقاد العقد. ولكن وقع الإجماع على صحة ذلك، فلزم من ذلك ترك العمل بحق أحد المتعاقدين فسخ العقد مطلقاً، ومثله مما يسرع إليه الفساد من الأطمعة إذ ربما تفسد والمجلس ما زال قائماً<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك فإن ما أقره القانون الأمريكي من استحداث فسخ البائع أو أحد المتعاقدين لفسخ العقد بعد لزمه مقابل تعويض من البائع للمشتري؛ لأنه ظهر له مشتري آخر بعد لزوم البيع وانتهاء مكان التعاقد لا يمكن تكيفه بالمقابلة في الفقه الإسلامي لا من قريب ولا من بعيد؛ إذ كيف يعطي القانون صفة الإلزام للبائع تجاه المشتري بفسخ العقد بعد لزمه لظهور ربح أكثر مما باع له بعد أن صار ملكاً له، وقد يكون المشتري قد تصرف في المعقود عليه أو بنى حياته على ما اشتراه كأن كان مسكناً فتزوج فيه، أو آوى فيه أولاده فكيف يصوغ للبائع أن يفسخ البيع ويلزمه بالخروج من مسكنه مقابل تعويض مالي له. إن هذا الإلزام والقول بأحقية البائع لفسخ العقد يعد عملاً غير أخلاقي وهو يتنافى مع مقصود المقابلة في الفقه الإسلامي؛ إذ بها يفسخ العقد برضا المشتري، ولا يكون فيها زيادة في الثمن أو نقصان فإن كان كذلك فإنه يعد بيعاً جديداً يشترط فيه ما يشترط في البيع من شروط وأحكام.

(١) القرافي - الذخيرة - ٢٢/٥، " خيار مجهول العاقبة، فيبطل الخيار الشرط".

(٢) القرافي - الذخيرة - ٢٢/٥، " لو صح خيار المجلس لتعذر تولي طرفي العقد كسواء الأب لابنه الصغير والوصي والحاكم لكن ذلك مجتمع عليه ..... ومثله الفساد من الأطمعة كالهراس والكناسل".

الأصل في القانون أنه بمجرد تطابق إرادة المتعاقدين فإن العقد ينعقد والإرادة الأولى تسمى بالإيجاب، الثانية تسمى بالقبول<sup>(١)</sup>.

ولكي يكون العقد ويتحقق لابد له من أركان وشروط، أما الأركان فهي الإيجاب والقبول، ذلك أن العقد هو ربط بين كلامين أو عبارتين صادر كل منهما عن طرف والعبارة الأولى تسمى إيجاباً، والثانية: تسمى قبولاً، فإذا قال الطرف الآخر قبلت كان قبولاً وبه يتحقق العقد، وحينئذٍ يصير البائع ملتزماً بتسليم السيارة، ويصير المشتري ملتزماً بدفع الثمن<sup>(٢)</sup>.

---

(١) د. محمد حسام محمود لطفي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ص ٣٠، الناشر: النسر الذهبي - شارع عبدالعزيز - القاهرة، ط ٢ سنة ٢٠٠٢م، د. عبدالله مبروك النجار - المدخل لدراسة القانون والالتزام - ص ٤٥٨، الناشر: دار كتب الجامعي.

(٢) د. محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - ص ، الناشر: دار الكتاب العربي - العربي، ط الأولى ١٩٥٢م.

### المبحث الثالث

#### الإخلال الفعال بالعقد على أساس خيار التزوي مقابل تعويض عادل

في واقع الأمر إننا لا نرفض تطبيق أية نظرية قانونية تبنتها التشريعات الأجنبية على الإطلاق دون أن نحاول تطويعها وتهذيبها بما يتناسب وما استقر عليه أنظمتنا القانونية. وفي الصدد نود القول بأن نظرية الإخلال الفعال الأمريكية يمكن أن نستفيد من بعض ميزاتها متى كان ذلك يحق مصلحة للمتعاقدين. ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال وضع تصور قانوني جديد لهذه النظرية يتناسب ويتوافق مع المبادئ القانونية المستقرة في القانوني المدني والشريعة الإسلامية.

إن الانتقاد الذي وجهناه لهذه النظرية يكمن في أنها تخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد ويؤدي تطبيقها إلى زعزعة الثقة في التعامل بين المتعاقدين واختفاء مبدأ حسن النية تمامًا عند إبرام أو تنفيذ العقد.

وبناء على ما تقدم، فإننا سوف نحاول هذا المبحث إعادة توظيف هذه النظرية في نظامنا القانوني من خلال اقتراح تصور قانوني جديد لهذه النظرية يستمد أصوله من الفقه الإسلامي من خلال تطبيق مبدأ خيار التشهي أو التزوي الذي أقره فقهاء الشريعة الإسلامية؛ لتحقيق مصلحة العاقدين، أو أحدهما بحيث إنه إذا اشترط في العقد فإنه سوف يحقق الربح للعاقدين أو أحدهما ويجنبه الخسارة في بعض الحالات التي يكون فيها البائع أو المشتري متردد بين إمضاء الصفقة أو الرجوع فيها أو أن البائع ليس لديه خبرة بالسوق ويشعر بأنه قد باع السلعة بثمن أقل من السوق أو ينتظر ارتفاعًا متوقعًا في الأسعار خلال الأيام القادمة يجني من ورائه ربحًا كثيرًا أو يجنبه خسارة كانت ستحقق به. ولعل السؤال الذي يثور في هذا الشأن هل هناك قاسم مشترك بين نظرية الإخلال الفعال ونظرية الإخلال القائم على خيار الشرط؟.



إن القاسم المشترك بين النظرتين يتمثل في إمكانية إخلال أحد المتعاقدين بالعقد إما لتجنب خسارة أو لتحقيق ربح. وفي المقابل سيكون الخلاف بينهما في مسألة تدخل شخص ثالث وعرض ثمن أكبر مما عرضه المشتري. وهذا يعني أن الإخلال سيكون فعالاً ومربحاً لمن اشترط الشرط لمصلحته فقط دون الطرف الآخر الدائن أو الطرف الثالث الذي يريد شراء الصفقة لنفسه.

ولكي نقرب بين النظرتين، فإننا نقترح أن يلتزم المشتري لخيار التروي بدفع تعويض عادل للطرف الآخر إذا أثبت أن المشتري لخيار التروي قد عدل عن العقد نتيجة حصوله على ثمن أعلى للصفقة محل الشرط. ونقصد بالتعويض العادل الخسارة التي تحملها الطرف الآخر (الدائن) نتيجة إخلال المدين بالتنفيذ دون الحصول على أي تعويض مقابل الكسب الفائت لاستبعاد شبهة الربا. وفي ذلك نكون قد طبقنا نظرية الإخلال الفعال بالعقد في ثوبها الجديد وفقاً لأسس العدالة التعاقدية والشرعية.

وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية خيار التروي كأساس للإخلال الفعال بالعقد

المطلب الثاني: خصوصية خيار التروي مقابل التعويض العادل

## المطلب الأول

### ماهية خيار التروي كأساس للإخلال الفعال بالعقد

يسمى خيار التروي عند أكثر الشافعية<sup>(١)</sup> كذلك بالخيار الشرطي، والتروي والنظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه وإن كان موجه ظهور عيب في المبيع أو استحقاق فهو خيار النقيصة ويسمى الخيار الحكمي<sup>(٢)</sup>.

ونقصد به: أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر أمر خيار تروي، أو رؤية، أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر أمر خيار التعيين، علماً بأن الأصل في البيع اللزوم؛ لأن القصد منه نقل الملك، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار؛ رفقا بالمتعاقدين<sup>(٣)</sup>. وبناء على ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

## الفرع الأول

### حكم خيار التروي والحكمة منه وأدلة مشروعيته

#### أولاً: حكم خيار التروي

خيار التروي جائز للمشتري، أو البائع أو كلاهما، أو لغيرهما ثم لمن اشترطه أن يمضي البيع أو يرده ما لم تنقض مدة الخيار أو يظهر منه ما يدل على الرضى إذا اشترطه معاً، فإن اجتمعا على إمضائه أو رده وقع ما اجتمعا عليه، من ذلك وإن اختلفا في الرد والإمضاء فالقول قول من أراد الرد<sup>(٤)</sup>.

(١) النووي - المجموع شرح المذهب ١٢ / ٤٣، الرافعي - فتح العزيز بشرح الوجيز ٨ / ٢٩١.

(٢) الخيار الشرطي، والغرض من وصفه بالشرطي تمييزه عن الخيار الحكمي الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراطه كخيار العيب (خيار النقيصة) وهذه التسمية متداولة كثيراً عند المالكية راجع:

الحطاب - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤ / ٤٠٩.

(٣) وهبه مصطفى الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته، سورية - دمشق - دار الفكر، ط ٤، ج ٤، ص ٣١٠٤.

(٤) أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي، بدون طبعة - القوانين الفقهية

## ثانيًا: الحكمة من مشروعيته:

خيار التروي من الخيارات الإرادية التي يكون الباعث عليها يكون أمرًا واحدًا هو ما دعاه الفقهاء بالتروي، أي: التأمل والتفكر وإمعان النظر في صلاح الشيء له وسد حاجته في الشراء، وتحصيل مصلحة المتعاقد التي يحرص عليها، وسبيل التروي يكون بالمشورة للوصول إلى الرأي الحميد، أو الاختبار وهو تبين خبر الشيء بالتجربة أو الاطلاع التام على كنهه<sup>(١)</sup>.

## ثالثًا: أدلة مشروعية خيار التروي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار التروي واعتباره مشروعًا، بالسنة والإجماع.

١- **من السنة** ما رواه البخاري ومسلم عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبَيْعِ، فَقَالَ: "ذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ"<sup>(٢)</sup>.

وما ثبت عن ابن عمر أن حبان بن منقذ كان شج في رأسه مأمومة، فثقل لسانه، فكان يخدع في البيع، فجعل له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما ابتاع من شيء، فهو فيه بالخيار ثلاثًا، وقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قل: لا خلابة"<sup>(٣)</sup>.

ففي هذين الحديثين دليل على جواز البيع مع شرط الخيار، بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - "لا خلابة"، والقياس يأبى ذلك؛ لأن شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات

(١) ابن رشد - المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي ط ١، ج ٢، ص ٨٧، القفال - محاسن

الشريعة، تحقيق: علي إبراهيم مصطفى، مصر - دار الفاروق، ط ١، سنة ٢٠٠٨ م ص ٤٠١ - ٤٠٢.

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع رقم (٢١١٧)، ٣/ ٦٥، صحيح

مسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع رقم (١٥٣٣) ٣/ ١١٦٥.

(٣) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف

بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ) - شرح مشكل الآثار، بيروت - دار صادر، ط ١، ١٣٣٣هـ، رقم

لا تحتمل التعليق ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجه وهو الملك، ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس إلى ذلك، فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك إلا أن ترى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ليحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار<sup>(١)</sup>.

٢- أما الإجماع: فاستدل به لخيار التروي كثير من الفقهاء، قال بدر الدين العيني: "وشرط الخيار جائز بإجماع العلماء والفقهاء، ولكن اختلفوا في المدة"<sup>(٢)</sup> وقال النووي: "وقد نقلوا فيه الإجماع" وقال في موضع آخر: "وهو جائز بالإجماع" لكنه أشار في موضع ثالث إلى أن صحته المجمع عليها هي فيما "إذا كانت مدته معلومة"<sup>(٣)</sup>.

---

(١) ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: ٤٤٩هـ) - شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، السعودية - الرياض - مكتبة رشد، ط ٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ٦/ ٥٣٠، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) - المبسوط، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت - لبنان، ط ١، ج ١٣ سنة ٢٠٠١م ص ٤٠-٤١.

(٢) بدر الدين العيني - البناية شرح الهداية ٤٨/٨.

(٣) النووي - المجموع شرح المهذب ٩/ ١٩٠، ٢٢٥.

## الفرع الثاني أحكام انعقاد خيار التروي

أولاً: صيغة ومدة خيار التروي:

بالنسبة للمدة، فإنه لا يشترط لخيار التروي صيغة معينة، فيحصل بلفظ اشتراط (الخيار) كما يحصل بكل لفظ يدل على ذلك المراد، مثل لفظ: (الرضا)، أو (المشيئة) بل يثبت ولو لم يتضمن الكلام لفظ الخيار أو ما هو بمعناه.

أما بالنسبة لمدته، فإنه ليس لأقله مدة، وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه فيجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل بالأولية على جواز الأقل، ومن هنا نص بعض الحنفية وغيرهم على أنه يجوز " ولو لحظة " (١).

وأما أكثر مدة جائزة له فقد اختلفت فيها مذاهب الفقهاء بين التوقيت بثلاثة أيام، وبين التفويض للمتعاقدين مطلقاً، وبين التفويض لهما في حدود المتعارف عليه بين الناس. وهذا التحديد بثلاثة أيام بلياليها مهما كان المعقود عليه، وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه زفر، والشافعي في الوجه المشهور عنه (٢).

وقد احتج لهذا التحديد بما جاء في حديث حبان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام. غير أن الزيادة عن ثلاثة أيام جائزة عند هؤلاء الفقهاء، لما في النصوص المثبتة للخيار من الإطلاق وعدم التفصيل؛ ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع إليه في تقديره، أو يقال: هو مدة ملحقة بالعقد فتقديرها إلى المتعاقدين (٣).

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢١٣.

(٢) السرخسي - المبسوط ١٣ / ٤٠-٤١، النووي - المجموع شرح المذهب ٩ / ١٩٠، ٢٢٥.

(٣) ابن قدامة - المغني ٣ / ٤٩٨، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدائهم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ) - مطالب أولي النهى، دمشق، المكتب الإسلامي، ط ١، ج ٣، سنة ١٩٦١م ص ٨٩، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني

أما تفويض مدة الخيار للمتعاقدين في حدود المتعارف عليه بين الناس فهو مذهب مالك وحده. فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة، نظرًا لاختلاف المبيعات، فللعائد تعيين المدة التي يشاء على أن لا يجاوز الحد المعتاد في كل نوع<sup>(١)</sup>. فعلى سبيل المثال تكون أقصى مدة في العقار شهر، وما ألحق به هو ستة أيام، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار إليها في العقار (٣٦) يومًا.

### ثانيًا: شروط خيار التروي:

لا يقوم خيار التروي بمجرد حدوث الاشتراط في العقد، بل لا بد من وجود شروط شرعية، لتحقيقه فإذا اكتملت تلك الشروط أصبح خيار التروي صحيحًا، وإذا اختل شيء منها اعتبر العقد لازمًا بالرغم من اشتراط الخيار في العقد، غير أن تلك الشرائط ليست موضع اتفاق بين المذاهب، فهي متفاوتة العدد بين مذهب وآخر، وبيان هذه الشروط كالآتي:

#### ١- حصول اشتراط الخيار مع انعقاد العقد، أو لاحقًا به

حيث إنه لا يصح اشتراط الخيار قبل إجراء العقد؛ إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف، ويعتبر بمنزلة المقارنة للعقد ما لو ألحق اشتراط الخيار بالعقد بعدئذ، بتراضي المتعاقدين، فذلك في حكم حصوله في أثناء العقد أو بمجلس العقد عند الملتمزين بمجلس العقد، وهذه التسوية عند الحنفية<sup>(٢)</sup>.

---

ثم الصالح الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ) - الفروع، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ج ٤، سنة ١٩٩٧م ص ٨٣، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) - منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط ١، ج ١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م ص ٣٥٧.

(١) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣ / ٢٢٦.

(٢) السرخسي - المبسوط ١٣ / ٤٠ - ٤١.

٢- أن تكون مدة الخيار معلومة:

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من تقييد الخيار بمدة معلومة؛ لأن الجهالة تؤدي إلى المنازعة فلا يصح اشتراط الخيار بمدة مجهولة، فجهالة المدة من الشروط المفسدة للخيار<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: صاحب خيار التروي ومجمله:

يثبت خيار التروي لأي واحد من المتعاقدين البائع أو المشتري، أو لكليهما، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولا يعرف في ذلك خلاف، إلا ما روي عن سفيان الثوري وابن شبرمة من أنه يختص بالمشتري، وليس للبائع أن يشترطه لنفسه، ولا يصح تطرق الجهالة إلى مستحق الخيار، فلو اتفق العاقدان على أن الخيار لأحدهما لا بعينه، ولم يبين هل هو البائع أم المشتري، أو تعاقدوا على أن يكون الخيار لشخص ما يعينه أحدهما فيما بعد، أو لمن يشاء أحدهما، فهذا كله فيه جهالة مفضية للنزاع<sup>(٢)</sup>.

**وقد يثور التساؤل عن حكم اشتراط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبي عن العقد؟** يوجد اتفاق بين الفقهاء على جواز ذلك سواء أكان الأجنبي المشتري له الخيار شخصاً واحداً معيناً من العاقدين كليهما أو كان عن كل منهما شخص غير من اشتراطه الآخر، على ما نص عليه الشافعية؛ لأن دلائل الجواز تشملته<sup>(٣)</sup>.

(١) السرخسي - المبسوط ١٣ / ٤٠ - ٤١.

(٢) ابن قدامة - المغني ٣ / ٥٢٤، الشوكاني - فتح القدير: تحقيق: أحمد عبدالسلام، دمشق - بيروت، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، ط ١، ج ٥، ١٤١٤ هـ، ص ٥٠٠.

(٣) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠ هـ) - فتح القدير ٥ / ٥١٦، الكاساني - بدائع الصانع ٥ / ١٧٤، النووي - المجموع شرح المذهب ٩ / ١٩٦، ابن رشد - بداية المجتهد ٢ / ٢١٢، ٤ / ٥٥١.

**أما بالنسبة لحل خيار التروي**، فإنه لا يثبت في غير العقود، والعقود التي يمكن فيها وقوع خيار التروي هي العقود اللازمة القابلة للفسخ؛ لأن فائدته إنما تظهر فيها فقط، أما العقود غير اللازمة فهي بما تتصف به من طبيعة عدم اللزوم لا فائدة لاشتراط خيار فيها، وأما العقود التي لا تقبل الفسخ فيتعذر قيام الخيار فيها، لأنه يناقض طبيعتها، والبيع هو المجال الأساسي لخيار التروي، وجريان الخيار في البيع اتفاقي.

### رابعاً: مسقطات الخيار:

العقد الذي فيه الخيار عقد غير لازم، ويصبح لازماً إذا سقط الخيار بعد ثبوته، وطرق الإسقاط ثلاثة:

- ١- الإسقاط الصريح: هو أن يقول صاحب الخيار: أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزأت البيع أو رضيت به، ونحوها، فيبطل الخيار، سواء علم المشتري بالإجازة أو لم يعلم؛ لأن الخيار شرع للفسخ، وكذلك يسقط الخيار إذا قال من له الحق فيه: (فسخت العقد، أو نقضته، أو أبطلته) لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة، فأيهما وجد سقط الخيار.
- ٢- الإسقاط الضمني: وهو أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدل على إجازة البيع وإثبات الملك، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع ضمناً.
- ٣- الإسقاط ضرورة: كمضي مدة الخيار: فيسقط الخيار بمضي مدته دون اختيار فسخ العقد، لأن الخيار مؤقت بها، فيبقى العقد بلا خيار، فيصبح لازماً.
- ٤- وهلاك المبيع في مدة الخيار.
- ٥- وموت من له الخيار: إذا مات من له الخيار، يسقط الخيار، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري، أو لهما، وبصير العقد لازماً، لأنه وقع العجز عن الفسخ، فيلزم ضرورة، كذلك يسقط الخيار بما هو في معنى الموت كالجنون، والإغماء، والنوم، والسُّكْر والردة واللاحق بدار الحرب فإذا ذهب عقل صاحب الخيار بالجنون أو الإغماء، في مدة الخيار،



ومضت المدة على تلك الحال صار العقد لازماً لأنه عجز عن الفسخ فتزول فائدة الخيار، فإن أفاق في مدة الخيار، بقي الخيار، لإمكان ممارسة حق الفسخ والإجازة<sup>(١)</sup>.

**وهنا يثور سؤالاً إذا كان البيع قد شرط فيه خيار التروي فما هو حكم المبيع وقت الخيار؟ (ملكية المبيع زمن الخيار):**

الجواب: إذا كان الخيار للمتبايعين كانت ملكية المبيع موقوفة حتى يتبين الحال من فسخ العقد أو إمضائه، فإذا فسخ العقد تبين أن الملكية لم تنتقل من البائع، وإذا أمضي البيع وأجيز تبين أن المبيع ملك للمشتري من تاريخ العقد، وأن الثمن ملك للبائع كذلك، وبالتالي يملك كل واحد منهما زوائد ومنافع ما تبين أنه ملكه من تاريخ العقد، والزوائد كثمر الشجر ولبن المواشي، والمنافع كأجرة الدار والسيارة ونحو ذلك. وبالمقابل يكون على كل واحد منهما نفقة ومؤونة ما تبين أنه ملكه من تاريخ العقد، كعلف الدابة وإصلاح السيارة ونحو ذلك.

وإذا كان الخيار لواحد منهما كان المالك له، لأنه هو الذي يملك التصرف دون غيره. وبالتالي كانت له المنافع والثمرات، وكانت عليه المؤونة والنفقات<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ٥ / ٢٦٨، الماوردي - الحاوي الكبير ٥ / ٦٠، وهبه الزحيلي - الفقه

الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٥٣٨، مصطفى الخن - مصطفى البغا - علي الشرنجي - الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دمشق - دار القلم، ط ٤ ج ٦، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م ص ٢٤.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٢٣٨، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر

علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠ هـ) - تحفة الفقهاء، بيروت - دار الكتب العلمية ط ٢، ج ٢،

١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ص ٧٧، مصطفى الخن - مصطفى البغا - علي الشرنجي - الفقه المنهجي على

مذهب الإمام الشافعي ٦ / ٢٤.

## المطلب الثاني

### خصوصية خيار التروي مقابل التعويض العادل

لقد أفصحت الحياة العملية المعاصرة عن معاملات جديدة تسمح بتطبيق خيار التروي في حالة عدم الوقوف على حقيقة الثمن الذي قومت به السلعة وخاصة في حال تقلب الأسعار في الأسواق، أو عدم استقرار سعر صرف العملة، أو اضطراب السعر في السوق. ومن ثمَّ فإن ما يجري في القانون الأمريكي من جواز الإخلال بالعقد؛ لتحقيق مكسب أو تجنب خسارة يكتنفه العديد من العيوب التي من أهمها عنصر المفاجأة لأحد الطرفين والتعسف من قبل الطرف المخل بالعقد عند تقدير التعويض المستحق له. ونتيجة لذلك فإنه لا يمكن قبول تطبيق هذا النظام في صورته الحالية المطبقة في أمريكا في نظامنا القانون المدني المصري مقارنة بالتطبيق المعاصر المقترح لخيار التروي.

حيث إن تطبيق هذا النظام المقترح من شأنه السماح لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه خيار إمضاء العقد أو العدول عنه إذا تغيرت القيمة بالزيادة أو النقص خلال مدة التروي. فهذا النظام المقترح من جانبنا ليس فسحاً للعقد أو إقالة وإنما هو عدول عن العقد مقابل تعويض عادل يستحق للمتعاقد الآخر متى نتج عن استعمال خيار التروي خلال المدة المتفق عليها ربحاً يفوق الثمن المتفق عليه أو تجنب خسارة تفوق الربح المتوقع لأحدهما.

حيث إنه في خيار التروي لا يوجد عنصر المفاجأة ويوجد مراعاة لحقوق الطرفين لجواز الاتفاق على استحقات تعويض عادل بنسبة من الربح المتحصل لمشترط الخيار. وفي هذه الحالة يمكن تكييف هذا الاتفاق - من وجهة نظرنا - على أنه شكل من أشكال المشاركة في الربح فيما زاد عن الثمن المتفق عليه. وبناء على تقدم فإننا سوف نحاول إبراز ذاتية التطبيق المعاصر لخيار التروي مقارنة بغيره من العديد من وسائل الإخلال بالعقد في القانون المدني المصري أو الفقه الإسلامي في هذين الفرعين

## الفرع الأول

### اختلاف خيار التروي مقابل التعويض العادل عن إقالة النادم

خلافًا للتطبيق المعاصر المقترح لخيار التروي القائم على جواز العدول عن العقد مقابل تعويض عادل، فإن خيار التروي وفقًا لتصور الفقهاء المسلمون يعد من قبيل المعروف ولا يترتب على استعماله تعويض للطرف الآخر. ومن ثم قرب بعض الفقهاء بينه وبين إقالة النادم.

ومن ثم إذا تفرق المتعاقدين وبدا لأحدهما فسخ العقد لأي سبب من الأسباب كما لو ندم البائع بعد البيع بأن ظهرت له حاجته للبيع كما لو كانت له سيارة فباعها ثم بعد ذلك ظهرت له حاجته للسيارة بأن كان مكان عمله قريبًا من مسكنه فباع سيارته لقلته احتياجه إليها ثم انتقل عمله إلى مكان بعيد يحتاج إلى سفر فأصبح في احتياج إلى سيارته التي باعها. ففي هذه الحالة ليس له الحق أن يجبر المشتري على الفسخ؛ لتمام العقد وتفرقهما ولكن يستحب للمتعاقدين أن يجيب طلبه ويفسخ العقد؛ لاستحباب إقالة النادم.

والفسخ في هذه الحالة وإن كان لا يجبر عليه المشتري إلا أنه يعد من مكارم الأخلاق ومن باب المواساة؛ لأنها غالبًا لا تكون إلا تحت ضغط الحاجة وتحمل كلا الطرفين المتعاقدين للآخر، وهذا الفسخ في الفقه الإسلامي يسمى بالإقالة، أي رفع العقد بعد وجوبه بناءً على طلب أحد المتعاقدين فسخه.

**وذهب الإمام النووي إلى القول بأن "الإقالة بعد البيع جائزة بل إذا ندم أحدهما يستحب للآخر إقالته"<sup>(١)</sup>. ودل على مشروعية الإقالة واستحبابها بالسنة، والمعقول.**

**فأما السنة:** فما رواه أبو داود، وابن ماجه وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"من أقال مسلمًا أقال الله عشرته يوم القيامة"**<sup>(٢)</sup>.

(١) النووي - روضة الطالبين - ١٥٣/٣.

(٢) أبو داود - سنن أبي داود - كتاب البيوع، باب فضل الإقالة (٣/٢٧٤ رقم ٣٤٦٠)، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري

وفي لفظ للبيهقي وابن حبان " **من أقال نادماً**" <sup>(١)</sup>.

وهذا الحديث يدل على مشروعية فسخ العقد بعد لزومه إذا احتاج أحد المتعاقدين إلى فسخه لأي سبب من الأسباب.

**ومما يستدل عليه من المعقول:** أن عقد البيع يعد حقاً للمتعاقدين، فلما كان حقهما امتلاكاً رفعه، وذلك دفعاً لحاجتهما إلى فسخه؛ لأن كل من كان يملك حقاً فإنه يملك رفعه وفسخه <sup>(٢)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في التكيف الفقهي لرفع العقد بعد لزومه هل يعد ذلك الرفع للعقد فسحاً للعقد أم أن ذلك يعد بيعاً بمعنى: أنه إذا تراجع أحد المتعاقدين عن العقد فأجابته

المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) - المستدرک - تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، كتاب البيوع (٢/٤٥)، قال الحاكم: " هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، ووافقه الذهبي في " التلخيص"، صحيح بن حبان بترتيب بن بلبان (١١/٤٠٥ رقم ٥٠٣٠)، تأليف: الأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي (المتوفى: ٧٣٩هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ سنة ٢٠١١م، البيهقي - السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض قبضاً (٦/٤٤ رقم ١١١٣٠).

(١) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) - السنن الكبرى - تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت - لبنان - ط ٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، كتاب البيوع، باب من أقال المسلم إليه بعض السلم (٦/٤٤ رقم ١١١٣٠)، ابن حبان - صحيح ابن حبان بترتيب بن بلبان (١١/٤٠٤ رقم ٥٠٢٩).

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي - ٣/٦٠، " ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما"، قال بدر الدين العيني في البناية شارحاً لهذا النص: "م (ولأن العقد) ش: أي عقد البيع م: (حقهما فيملكان رفعه) ش: أي رفع العقد الذي وقع بينهما م: (دفعاً) ش: أي لأجل الدفع م: (لحاجتهما) ش: لأن كل من كان له حق يملك رفعه". بدر الدين العيني - البناية -

الآخر إلى طلبه فهل ذلك يعد فسحًا للعقد واعتباره كأن لم يكن، أم أن ذلك بمثابة بيع جديد، أي: أن المشتري صار بائعًا لمن اشترى منه. في حقيقة الأمر للفقهاء في هذه المسألة قولان:

### القول الأول: الإقالة فسخ بمثل الثمن الأول.

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن رفع العقد إن كان بمثل الثمن الأول يكون فسحًا وليس بيعًا. **وبه قال:** الحنفية<sup>(١)</sup>، والشافعية على المشهور من المذهب<sup>(٢)</sup> والحنابلة على الصحيح من المذهب<sup>(٣)</sup> **ودليلهم على ذلك:** أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان ذلك فسحًا للعقد، كما لو عاد بسبب عيب في المبيع<sup>(٤)</sup>.

### القول الثاني: الإقالة بيع ولو كانت بمثل الثمن لأول.

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن المتبايعين إذا تقايلا ولو بمثل الثمن كان بيعًا جديدًا، لا فسحًا للعقد من أصله وإنما بمثابة بيع آخر، بمعنى: أن المشتري باع المعقود عليه لمن اشتراه منه أما العقد فلم يفسخ.

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ٧ / ٣٨٠ " قال أبو حنيفة عليه الرحمة: الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده. "

(٢) العمراني - البيان - ٥ / ٤١٤ " الإقالة فسخ وليست ببيع على المشهور من المذهب "، النووي - روضة الطالبين - ٣ / ١٥٣ .

(٣) ابن قدامة - المغني - ٥ / ٥٧٩ " اختلفت الرواية في الإقالة فعنه: أنها فسخ، وهو الصحيح واختار أبي بكر وهو مذهب الشافعي " الرحيباني - مطالب أولى النهى - ٣ / ١٥٥ .

(٤) العمراني - البيان - ٥ / ٤١٤ " دليلنا: أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسحًا كالرد بالعيب " ابن قدامة - المغني - ٥ / ٥٨٠ .

**وبه قال:** الإمام أبو يوسف من الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية في القديم<sup>(٣)</sup>، والحنابلة في رواية<sup>(٤)</sup>.

### واستدل أصحاب هذا القول من وجهين:

**الوجه الأول:** أن المبيع عاد إلى البائع عن طريق مبادلة المال بالمال وهذا هو حقيقة البيع، ولا عبرة بلفظ الإقالة؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ ولا المباني<sup>(٥)</sup>.

**الوجه الثاني:** انتقال الملك إلى كلا الطرفين عن طريق دفع عوض، وهذا هو حقيقة البيع<sup>(٦)</sup>.

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ٣٨١ / ٧ وقال أبو يوسف: أنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا ألا يمكن أن يجعل بيعاً فتجعل فسحاً".

(٢) محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي (المتوفى ١١٠١هـ)، حاشية الخرشي - ٥ / ٥٦٢، تحقيق: الشيخ / زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط، الأولى سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م "الإقالة بيع يشترط فيها ما يشترط فيه، ويمنعها ما يمنعه".

شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل - ٣٠١ / ٥، تأليف: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى ١٠٩٩هـ) تحقيق: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

(٣) العمراني - البيان - ٤١٤ / ٥ "وقال مالك: (هي بيع بكل حال). وحكى القاضي أبو الطيب: أنه القول القديم للشافعي وأما الشيخ أبو حامد: فحكاه وجهاً لبعض أصحابنا"، النووي - روضة الطالبين - ١٥٣ / ٣.

(٤) ابن قدامة - المغني - ٥ / ٥٨٠ "والثانية: أنها بيع وهي مذهب مالك".

(٥) الكاساني - بدائع الصنائع - ٣٨٢ / ٧ "ووجه قول أبي يوسف: أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بدل وإعطاء بدل وقد وجد فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة"، ابن قدامة - المغني - ٥ / ٥٨٠.

(٦) ابن قدامة - المغني - ٥ / ٥٨٠ "ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضي؛ فكان بيعاً كالأول".

**وقد أجب عن ذلك:** بأنه إذا تم فسخ العقد عن طريق الإقالة فإن ذلك رفعًا للعقد وازالة

له، وهذا هو حقيقة الفسخ، فكان تقايل المتبايعين فسحًا وليس بيعًا<sup>(١)</sup>.

### **ثالثًا: تعقيب وملاحظات ختامية:**

نخلص من دراستنا لموضوع اختلاف خيار التروي المقترح عن إقالة النادم والإيجاب

غير الملزم وخيار العدول مقابل خسارة العربون إلى الملاحظات الآتية:

١- إن الخلاف بين الفقهاء فيما إذا تم فسخ العقد بلفظ الإقالة أو ما يقوم مقامها لا يمنع من أحقية المتعاقدين بفسخ العقد بعد لزومه.

٢- إن الخلاف بين الفقهاء في التكييف الفقهي لرفع العقد بعد لزومه هل يعد فسحًا أم بيعًا خلاف لفظي؛ لأن كلا الفريقين لم يمنعا المتعاقدان عن فسخ العقد بعد لزومه.

٣- أن الفقه الإسلامي عندما أجاز فسخ العقد بعد لزومه بمثل الثمن الذي تعاقد عليه ليس فيه جبراً على أحد، بمعنى: أن البائع الأول ليس له أحقية أن يجبر المشتري على فسخ عقد البيع واسترداد المبيع، وإنما له ذلك إذا تراضى المشتري بذلك، وهذا هو محور الخلاف بين الفقه الإسلامي ونظرية الإخلال الفعال بالعقد.

**ومن ثم نلاحظ** أن الفقه الإسلامي إذا كان قد استحب إقالة البائع وفسخ العقد إذا تم بمثل الثمن فإنه في الوقت ذاته خالف نظرية الإخلال الفعال بالعقد التي أجازت للبائع الأول أن يفسخ عقد البيع بعد لزومه مقابل تعويض مالي يدفعه للمشتري، فقد اتحدت كلمة الفقهاء أنه إذا أراد البائع فسخ العقد بعد لزومه وتفرق العاقدان مقابل أن يشتري المبيع بأكثر مما أعطاه له أن ذلك لا يسمى إقالة، أي: لا يعتبر فسحًا وإنما يكون ذلك بمثابة بيع جديد.

(١) ابن قدامة- المغني - ٥٨٠ " ولنا: أن الإقالة، هي: الدفع والإزالة، يقال: أقال الله، أي: زالها".

وهذا معناه أن المشتري صار بائعاً للبائع الأول، والفقه الإسلامي لا يمنع من ذلك، وإنما الذي يمنعه أن ينفرد البائع بفسخ العقد دون إرادة المشتري.

فالفقه نظرته إلى العقود بصفة عامة هو إلى مقاصدها ومعانيها وليس بألفاظها فالقاعدة الفقهية: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني".

ومن ثم لا يمكن تكييف بيع المشتري البيع لبائعه بمقابل تعويض له لفسخه العقد على أنه فسخ بالإقالة؛ لأن الواضح من الصورة في هذه الحالة أن المشتري لما أخذ تعويض مقابل فسخ البيع بإجبار القانون له صار بيعاً مع الإكراه انقطع فيه التراضي وعلى ذلك سار فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، الشافعية<sup>(٣)</sup>، الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

والفقه الإسلامي لا يمنع المشتري من بيع المبيع للبائع الأول، ولكن الذي يمنع منه كما هو واضح من نصوص الفقهاء أن يجبر البائع المشتري على البيع مقابل تعويض يعطيه له فلا يحق له في الأصل فسخ العقد بعد اللزوم وتفرقهما أن يفسخه ولو مقابل تعويض. ولكن إذا حدث ذلك بتوافق بين المتعاقدين ورضاً تمام بذلك فإن الفقه الإسلامي لا يمنع من ذلك، ولكن هذا في الفقه لا يسمى فسخاً، وإنما يسمى بيع جديداً باع فيه المشتري المعقود عليه للبائع الأول، فكان لا بد من التراضي بينهما، والمعروف عن الفسخ أنه يقع

(١) المرغيناني - الهداية - ٣ / ٦٠ "الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول"، العيني - البناية - ٢٢٤ / ٨.

(٢) الخرشي - حاشية الخرشي - ٥ / ٥٢٦ "إذا تركه بئمن آخر فإنه بيع آخر".

(٣) النووي - روضة الطالبين - ٣ / ١٥٤ "ولا يشترط في الإقالة ذكر الثمن ولا يصح إلا بذلك الثمن، فلو زاد أو نقص بطلت وبقي البيع بحالة".

(٤) ابن قدامة المغني - ٥ / ٥٨٠ "ولأنها تتقدر بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به".



بدون تراض إذا تم العقد وأصبح لازماً بتفرق المتعاقدين إلا إذا تقايل المتعاقدين فهو فسخ ولكن لا بد ان يكون عن رضا تام بين المتعاقدين.

وعلى ذلك فإنه إذا فسخ البائع عقد البيع مقابل تعويض يدفعه للمشتري، وفقاً لنظرية الإخلال الفعال، فإن ذلك لا يعد إقالة حتى وإن كان بلفظها أو فسخت أو أبطلت العقد؛ لأن الإقالة يشترط فيها أن يكون الفسخ بمثل الثمن فإن قل أو زاد فإنه لا يعد إقالة ولا فسحاً وإنما عقد بيع جديد<sup>(١)</sup>.

وقد نقل ابن القطان الإجماع على أن المتبايعين إذا تقايلا فإن البيع يفسخ بشرط ألا يكون الاتفاق على انفساخ العقد ربح لأحدهما أو وضعة - نقص في الثمن مقابل قبول الفسخ - أو كان هناك تأخير في تسليم الثمن أو المعقود عليه، فإن دخل العقد شيء من ذلك فإن هذا لا يعد فسحاً للعقد وإنما هو بيع يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرمه<sup>(٢)</sup>.

---

(١) قال الإمام الرحيباني: " (ولا تصح مع تلف مضمن)..... (ولا بزيادة على ثمن) معقود به، (أو) مع (نقصه، أو بغير جنسه)؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه، ورجوع كل منهما إلى ما كان له، فلو قال مشتر لبائع: أقلني، ولك كذا، ففعل، فقد كرهه أحمد". الرحيباني - مطالب أولي النهى - ١٥٦/٣.

(٢) أبي الحسن ابن القطان (المتوفى ٦٢٨هـ) - الإقناع في مسائل الإجماع - ٢/٢٤١، تحقيق: حسن بن فوزي الصعيدي، الناشر: دار الفاروق الحديثة - القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٤م.

## الفرع الثاني

### الاختلاف بين خيار التزوي والإيجاب غير الملزم والعدول عن العربون

#### أولاً: الاختلاف بين خيار التزوي والإيجاب غير الملزم

الإيجاب عمومًا هو وعد أو بالأحرى عرض من الموجب يفصح به عن رغبته الجازمة في إبرام عقد معين<sup>(١)</sup>. وللإيجاب صورتان إحداهما: الإيجاب الملزم الذي يفقد فيها الموجب خيار الرجوع في وعده ويتعين عليه بموجب ذلك الالتزام إمضاء العقد. ويتعين أن يكون هذا الإيجاب مقترنًا بمدة زمنية للقبول صراحة أو ضمناً من خلال ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٣ مدني في قولها بأنه "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

والصورة الثانية هي الإيجاب غير الملزم الذي لا يقيد فيها الموجب نفسه بمدة معينة يتعين عليه البقاء فيها على إيجابه ولا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه. ولعل الهدف من عدم إلزام الموجب بإيجابه هو منحه الفرصة للتفكير واتخاذ القرار بالإبقاء على إيجابه أم العدول عنه. ويترتب على ذلك أثرين مهمين يتعلق الأول منهما بأن الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصاله بعلم القابل. وفي هذا نصت المادة ٩١ مدني على أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك". ويختص الأثر الثاني بأن الموجب يكون له حق العدول عن إيجابه إلى ما قبل وقت إعلان القبول من الطرف الآخر. ويبدو لنا أن هناك تشابهاً ظاهرياً بين الإيجاب غير الملزم وخيار

(١) راجع في ذات المعنى، نقض مدني، الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٥٩ قضائية بتاريخ ٢٤/٦/١٩٩٣

مكتب فني ٤٤، ج ٢، ص ٧٥٩، القاعدة رقم ٢٦٢.

التروي ما يلبث أن يختفي إذا ما علمنا أن خيار التروي لا يرد إلا عقد تم إبرامه مقارنة بالإيجاب غير الملزم الذي يعد مقدمة لإبرام العقد. كما أن رجوع الموجب في إيجابه ليس كرجوع المشتراط للخيار من ناحية أن الأخير يرجع عن عقد تم إبرامه ومكتمل الأركان. ومن ثم لا يمكن القول بوجود ثمة تقارب أو تشابه بينهما.

### ثانياً: الاختلاف بين خيار التروي والعدول عن العقد مقابل خسارة العربون

خلافًا لخيار التروي في صورته المقترحة من جانبنا، يمكن القول بأن: العدول عن العربون هو خيار قانوني نظمته المشرع المصري في نص المادة ١٠٣ مدني التي بموجبها يمكن للمتعاقدين الاحتفاظ بخيار العدول عن العقد مقابل خسارته لقيمة العربون إذا كان العدول من جانب المشتري ورد ضعفه إذا كان من جانب البائع.

ومن خلال دراستنا لهذين النوعين من الخيارات تبرز أوجه التشابه والاختلاف بينهما على النحو التالي:

#### أولاً: أوجه التشابه بينهما بين خيار التروي وخيار العدول

كلاهما يميزان العدول عن العقد ولا يمنحان هذا الحق مجاناً وإنما مقابل ثمن عند العدول عن العقد أو تعويض عادل عند استعمال خيار التروي.

وهذا ما يمكن أن نستخلصه سواء من تعريفنا لخيار التروي في صورته الجدية المقترحة كما عرضنا سابقاً أو من خلال تعريف عرف الفقه المصري للعربون بأنه عبارة عن دفع أحد المتعاقدين مبلغاً من النقود وقت إبرام العقد إما للاحتفاظ لكلا المتعاقدين بحق العدول عن العقد مقابل خسارة مبلغ العربون وإما لغرض تأكيد العقد واعتبار العربون بدءاً في التنفيذ<sup>(١)</sup>.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام - المجلد الأول: العقد، الطبعة الثالثة ٢٠٢٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، فقرة ١٤٠، ص ٣٣٣؛ عبد المنعم فرح الصدة، في عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة

وقد أخذ المشرع المصري في المادة ١٠٣ / ١ بدلالة خيار العدول مقابل خسارة مبلغ العربون فنصت على أن " " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

فهذا النص واضح في دلالة على أن مبلغ العربون ليس إثماً للعدول كخيار قانوني لمن يريد الرجوع في العقد دون مسئولية في مواجهة الطرف الآخر<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: أوجه الاختلاف بين خيار لتروى والعدول عن العقد مقابل خسارة العربون

هناك أوجه اختلاف كثيرة بينه وبين خيار التروي مقابل التعويض العادل من عدة وجوه:

**الوجه الأول:** استعمال خيار التروي مقابل التعويض العادل المقترح من جانبنا ليس ثمناً للرجوع عن العقد وإنما هو تعويض يدفعه من يستعمل خيار التروي للطرف الآخر المضروب من هذا العدول غير محدد القيمة عند اشتراط هذا الخيار وإنما يحدد على أساس المنفعة التي عادت على صاحب الخيار. وعلى الوجه الآخر يكون ممارسة حق العدول عن العقد مقابل خسارة العربون ليس تعويضاً اتفاقياً يستحق للطرف الآخر وإنما هو ثمن اتفق على قيمته عند إبرام العقد. وبناء على ذلك ذهب بعض الفقه إلى التأكيد على أن خيار العدول يعتبر بمثابة رخصة يتم استعمالها مقابل مبلغ محدد بقيمة العربون غير قابل للنقصان أو الزيادة<sup>(٢)</sup>.

١٩٤٦، ص ١٠٩، ص ١٣٧، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات، المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة ١٩٧٨، فقرة ٩٧، ص ١٨٨-١٨٩.

(١) د. جابر محجوب، د. محمد سامي عبد الصادق، د. طارق جمعه راشد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون المصري، دار رلمار للنشر والتوزيع ٢٠٢٢، ص ٢٠٢.

(٢) سعيد جبر، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ١٣٣؛ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول في

## ثانياً: جواز نفي قرينة العدول عن العقد مقابل خسارة العربون مقارنة بخيار التروي

يقوم دفع مبلغ العربون عند إبرام العقد على قرينة مفادها أن المتعاقدين قصداً أن يكون لكل منهما خيار العدول عن العقد مقابل مبلغ العربون. غير أن قرينة خيار العدول عن العقد تزول متى كان هناك اتفاق ينفي وجودها. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن "مقتضى نص ١٠٣ من القانون المدني أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد، فيعتبر المدفوع تنفيذاً له وجزءاً من الثمن". وقضت المحكمة أيضاً بأن نص المادة ١٠٣ مدني يدل على قيام قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس تقضي بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد"<sup>(١)</sup>.

أما في خيار التروي المقترح ليس له إلا دلالة واحدة هي جواز العدول عن العقد. حيث إنه عند اشتراط هذا الخيار فتقوم قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات على أن المشتري يحق له العدول عن العقد مقابل تعويض عادل يدفعه للمتعاقد الآخر معه.

**الوجه الثاني:** استعمال خيار التروي لا يكون إلا لمن اشترطه لنفسه وقت إبرام العقد مقارنة بالعدول عن العقد مقابل خسارة العربون الذي يكون مقرراً لكلا المتعاقدين يخسره من دفعه ويرد ضعفه من قبضه. وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٣ / ٢: "فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر". وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن ".... نية المتعاقدين وحدها هي التي يجب

---

مصادر الالتزام، الطبعة الثانية ١٩٧٦، فقرة ٥١، ص ٩٣؛ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٩، فقرة ١١٠، ص ١٣٨.

(١) نقض مدني ٢ ديسمبر ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣١، ص ١٩٩٢

التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني، فإذا ثبت للمحكمة اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بالقرينة الواردة في المادة ١٠٣ من القانون المدني سالفه الذكر، بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما في العدول عن الصفقة، فيستطيع المشتري العدول فيخسر العربون الذي دفعه للبائع 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 إعمالاً لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سالفه الذكر. أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد، فلا يجوز لأي من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن، وجاز لأي من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد، ويجري على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ مع التعويض إن كان له وجه<sup>(١)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه: أن الفقهاء قد أجازوا للطرفي العقد اشتراط خيار التروي لهما معاً وهذا الخيار لا يكون إلا بالاتفاق عند إبرام العقد. أما خيار العدول عن العقد مقابل خسارة العربون يكون مقرر للمتعاقدين دون اتفاق لأنه يستمد هذا الحق من نص المادة ٢/١٣.

(١) نقض مدني ٤ يناير ٢٠٠١، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٧٠ق، مجموعة أحكام النقض، السنة ٥٢، ج١،

ص ١١٨؛ نقض مدني رقم ١٦٧٠٦، لسنة ٨٥ق، جلسة ٢٨/١/٢٠١٧

## الختام

لقد ناقش هذا البحث في ضوء دراسة تحليلية مقارنة نظرية الإخلال الفعال بالعقد المطبقة في القانون الأمريكي. وقد أشارنا في مقدمة البحث إلى أن الهدف من دراسة وتقييم هذه النظرية ليس رفضها بالكامل، وإنما محاولة الاستفادة من مزاياه بالقدر الذي يتفق ونظامنا القانوني والشرعي في مصر ويمهد لإمكانية تطويعها وتقريبها من نظامنا القانوني بحيث يمكن أن نوصي المشرع المصري بتقنين أحكام هذه النظرية في صياغتها الجديدة المقترحة من قبلنا والقائمة على تطبيق خيار التروي على أساس التعويض العادل. وقد أكد في هذه الدراسة على أن هذا الاقتراح أساسه هو العدول عن العقد وليس فسحاً أو إقالة وإنما هو - من وجهة نظرنا - عدول عن العقد وأن يكون مقابل تعويض عادل عن الخسارة التي لحقت بالمتعاقد الآخر دون الكسب الفائت لاستبعاد شبهة الربا. ووصولاً إلى تأصيل قانوني وشرعي لنظام خيار التروي مقابل التعويض العادل قسمنا هذا البحث إلى ثلاثة مباحث: عرضنا في أولهما لماهية نظرية الإخلال الفعال بالعقد وناقشنا في المبحث الثاني معوقات تطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد في نظامنا القانوني والفقهية. وأخيراً جاء المبحث الثالث تحت عنوان الإخلال الفعال بالعقد على أساس خيار التروي مقابل تعويض عادل. وانتهينا من هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات:

### أولاً: نتائج البحث

- ١ - استندت أسس تطبيق نظام الإخلال المربح بالعقد على المعيار الاقتصادي للعقد والمنفعة والربح الذي سيجنيه أطراف العقد دون أن يأبه هذا النظام بما يجب أن يتوفر لدى طرفي العقد من حسن النية سواء عند إبرام العقد أو تنفيذه.
- ٢ - الأصل لدى الفقهاء المسلمين أن الأصل في البيع هو اللزوم وعدم الرجوع في العقد. واستثناءً أجازوا إقالة النادم من العقد.

٣- إن المقصود بخيار التشهي أو التروي لدى الفقهاء المسلمين الرغبة في فسخ العقد بعد لزمه لتشهي أحد المتعاقدين فسخ العقد مع عدم وجود الدافع لفسخه لخلوه من العيب. وقد نظم المشرع الفرنسي في المادة ١١٢٢ من قانون العقود الفرنسي الجديد هذا النوع من الخيار الذي بموجبه يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة للتفكير، وهي المهلة التي لا يستطيع متلقي الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، أو على ميعاد للعدول، وهو الميعاد الذي يستطيع المستفيد منه العدول عن موافقته قبل انقضائه.

٤- لا يمكن قبول نظام الإخلال الفعال بالعقد المطبق في القانون الأمريكي بصورته الحالية في نظام القانوني المدني المصري؛ لأنه يتعارض مع العديد من المبادئ القانونية المستقر عليها والتي قوامها المعيار الأخلاقي وليس الاقتصادي كما نحا المشرع الأمريكي في تبنيه لهذا النظام الذي يصفه البعض بأنه غير أخلاقي.

٥- لقد ساق الفقهاء المسلمون العديد من المبررات الشرعية التي تؤيد عدم جواز فسخ العقود بعد لزمها وتعتبر في الوقت نفسه رفضاً لمنطق نظرية الإخلال الفعال بالعقد والتي من أهمها أن فسخ العقد بعد لزمه فيه شبهة الربا وضد استقرار المعاملات.

٦- يمكننا الاستفادة من بعض مزايا نظرية الإخلال الفعال الأمريكية متى كان في ذلك مصلحة حقيقية وجدية للمتعاقدين. ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال وضع تصور قانوني جديد لهذه النظرية يتناسب ويتوافق مع المبادئ القانونية المستقرة في القانوني المدني والشريعة الإسلامية.

٧- إن تطبيق مبدأ خيار التروي الذي أقره فقهاء الشريعة الإسلامية لتحقيق مصلحة العاقدين أو أحدهما من شأنه أن يحقق الربح للعاقدين أو أحدهما ويجنبه الخسارة في بعض الحالات التي يكون فيها البائع أو المشتري متردد بين إمضاء الصفقة أو الرجوع فيها أو أن البائع ليس لديه خبرة بالسوق ويشعر بأنه قد باع السلعة بثمن أقل من السوق أو ينتظر



ارتفاعاً متوقعاً في الأسعار خلال الأيام القادمة يجني من ورائه ربحاً كبيراً أو يجنبه خسارة كانت ستحقيق به .

٨- القاسم المشترك بين نظرية الإخلال الفعال بالعقد وخيار التروي مقابل التعويض العادل يتمثل في إمكانية إخلال أحد المتعاقدين بالعقد إما لتجنب خسارة أو لتحقيق ربح . وفي المقابل سيكون الخلاف بينهما في مسألة تدخل شخص ثالث وعرض ثمن أكبر مما عرضه المشتري .

٩- إن أساس مقترحنا بشأن خيار التروي مقابل التعويض هو التزام المشتري لخيار التروي بدفع تعويض عادل للطرف الآخر إذا أثبت أن المشتري لخيار التروي قد عدل عن العقد نتيجة حصوله على ثمن أعلى للصفقة محل الشرط . ونقصد بالتعويض العادل الخسارة التي تحملها الطرف الآخر (الدائن) نتيجة إخلال المدين بالتفويض دون الحصول على أي تعويض مقابل الكسب الفائت لاستبعاد شبهة الربا .

١٠- لا يوجد عنصر المفاجأة في خيار التروي في صورته الجديدة، وإنما يوجد مراعاة لحقوق الطرفين لجواز الاتفاق على استحقاق تعويض عادل بنسبة من الربح المتحصل لمشتري الخيار . وفي هذه الحالة يمكن تكييف هذا الاتفاق - من وجهة نظرنا - على أنه شكل من أشكال المشاركة في الربح فيما زاد عن الثمن المتفق عليه .

١١- إذا كان الفقه الإسلامي قد استحب إقالة البائع وفسخ العقد إذا تم بمثل الثمن فإنه في الوقت ذاته خالف نظرية الإخلال الفعال بالعقد التي أجازت للبائع الأول أن يفسخ عقد البيع بعد لزمه مقابل تعويض مالي يدفعه للمشتري .

١٢- إذا فسخ البائع عقد البيع مقابل تعويض يدفعه للمشتري، وفقاً لنظرية الإخلال الفعال، فإن ذلك لا يعد إقالة حتى وإن كان بلفظها أو فسخت أو أبطلت العقد؛ لأن الإقالة

يشترط فيها أن يكون الفسخ بمثل الثمن فإن قل أو زاد فإنه لا يعد إقالة ولا فسخًا وإنما عقد بيع جديد.

١٣ - وجود اختلاف واضح بين خيار التروي مقابل التعويض العادل والإيجاب غير الملزم من حيث إنه لا يرد إلا على عقد تم إبرامه مقارنة بالإيجاب غير الملزم الذي يعد مقدمة لإبرام العقد. كما أن رجوع الموجب في إيجابه ليس كرجوع المشتري للخيار من ناحية أن الأخير يرجع عن عقد تم إبرامه ومكتمل الأركان. ومن ثم لا يمكن القول بوجود ثمة تقارب أو تشابه بينهما.

١٤ - يختلف خيار التروي مقابل التعويض العادل عن العدول عن العقد مقابل خسارة العربون من حيث أن الأخير لا يعد تعويضًا اتفاقياً يخسره من دفعه ويرد ضعفه من قبضه، وإنما هو رخصة للعدول عن إتمام العقد مقابل خسارة العربون. وفي المقابل فإن خيار التروي المقترح يكون استعماله مقابل دفع تعويض عادل للطرف الآخر عن الخسارة التي لحقت به دون الكسب الفائت. كما أن خيار التروي المقترح ليس له إلا دلالة واحدة هي جواز العدول عن العقد. حيث إنه عند اشتراط هذا الخيار فتقوم قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات على أن المشتري يحق له العدول عن العقد مقابل تعويض عادل يدفعه للمتعاقد الآخر معه. وفي المقابل يكون دفع العربون دلالة على جواز العدول عن البيع يكون ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

### ثانيًا: التوصيات

لقد خلصنا من دراستنا في تقييم نظرية الإخلال الفعال بالعقد في ضوء القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية إلى التوصية بصياغة نص قانوني ينظم خيار التروي وفق تصورنا الجديد على النحو التالي: " للمتعاقدين الحق في اشتراط الخيار في العدول عن العقد أو إمضائه مدة معلومة للتفكير لهما أو أحدهما. على أن يكون العدول عن العقد إلا

نظرية الإخلال الفعال بالعقد في القانون الأمريكي في ضوء القانون المدني المصري وأحكام خيار التروي في الفقه الإسلامي دراسة تحليلية نقدية (٥٥٠)

مقابل تعويض عادل يتفق عليه المتعاقدان يراعي في ذلك مقدار الأرباح التي حصلها صاحب الخيار أو مقدار الخسارة التي تجنبها من استعمال الخيار".

## مصادر البحث

### أولاً: المصادر الشرعية

#### مصادر التفسير:

- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، فتح القدير، تحقيق: أحمد عبد السلام، دمشق - بيروت، دار ابن كثير، ط ١، ١٤١٤هـ.

#### مصادر الحديث وعلومه:

- ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: ٤٤٩هـ) - شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، السعودية - الرياض - مكتبة رشد، ط ٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: ٢٧٣هـ) - سنن بن ماجه - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مصر - دار إحياء الكتب العربية.
- أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري المتوفى سنة ٢٦١هـ، صحيح مسلم، مصر - مكتبة الصفا - ط ١، ١٩٩٧م.
- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت.
- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ) - شرح مشكل الآثار، بيروت - دار صادر، ط ١، ١٣٣٣هـ.
- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ) - سنن أبي داود - تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد - بيروت - المكتبة العصرية، بدون تاريخ.

- أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) - المستدرک - تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) - السنن الكبرى - تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت - لبنان - ط ٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزیه البخاري الجعفي - صحيح البخاري - مصر - دار المنار ٢٠٠١م.
- محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ) - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان - تحقيق وتعليق: شعيب الأرنؤوط، دمشق - دار الرسالة العالمية، ط ١، ٢٠٠١م.

## كتب الفقه

### أ- الفقه الحنفي:

- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني المتوفى: ٨٥٥هـ) - البناية - تحقيق: أيمن صالح شعبان، بيروت - لبنان، ط ١، ٢٠٠٠م.
- أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري (المتوفى ٤٢٨هـ)، التجريد، تحقيق: محمد أحمد سراج، د. علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام - القاهرة ط الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (المتوفى ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: الشيخ على محمد معوض، الشيخ: عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، ط ١/ج ٧، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

- برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني (المتوفى ٥٩٣هـ) - الهداية في شرح الهداية - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط الأولى سنة ١٤١٠ - ١٩٩٠م.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (٩٧٠هـ) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: الشيخ / زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي - تبين الحقائق - تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م.
- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ) - تحفة الفقهاء، بيروت - دار الكتب العلمية ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) - المبسوط، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت - لبنان، ط ١، سنة ٢٠٠١م.
- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي (المتوفى سنة ٨٥٥هـ)، البناية في شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

### بـد الفقه المالكي:

- أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي، بدون طبعة - القوانين الفقهية.
- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: د/ عبد الله المرابط المراغي، أ/ محمد عبدالعزيز الدباغ، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ١.

- أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق/ طه عبد الرؤف سعد، المكتبة الأزهرية للتراث - مصر - بدون سنة للنشر.
- الذخيرة - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفى ٦٧٤هـ، تحقيق: د/ محمد حجي، بيروت - دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٩٩٤م.
- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني - مواهب الجليل - تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٥م.
- الشيخ أحمد بن سالم النفرأوي المالكي الأزهرى، الفواكه الدواني، مطبعة مصطفى الحلبي ط ٣، ١٩٥٥م.
- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى ١٠٩٩هـ) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- القاضي أبي محمد عبد الوهاب على بن نصر المالكي (المتوفى ٤٢٢هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٩٩٨م.
- محمد بن عبد الله بن على الخرشي المالكي (المتوفى ١١٠١هـ)، حاشية الخرشي، تحقيق: الشيخ/ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

### ج- الفقه الشافعي:

- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي البصري البغدادي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي معوض، والشيخ عادل عبد الموجود، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

• أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي، المتوفى: (٥٥٨هـ) - البيان - تحقيق: د/ أحمد حجازي السقا، بيروت - لبنان - دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٢م.

• أبو القاسم بن عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: الشيخ/ علي معوض، والشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٤، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

• أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى ٦٧٦هـ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت - دمشق - عمان - المكتب الإسلامي ط ٣، ١٤١٢هـ، ١٩٩١م.

• أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المجموع - تحقيق: نجيب المطيعي، جدة - مكتبة الإرشاد، بدون تاريخ.

• شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الخطيب الشربيني المتوفى ٦٧٦هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

• القفال - محاسن الشريعة، تحقيق: علي إبراهيم مصطفى، مصر - دار الفاروق، ط ١، سنة ٢٠٠٨م.

#### د- فقه الحنابلة:

• أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي - المغني - تحقيق: د/ محمد شرف الدين حطاب، مصر - دار الحديث، ط ١، ١٩٩٦م.



- شرف الدين أبي النجا الحجاوي (المتوفى: ٩٦٠ هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق: محب الدين الخطيب، السعودية - مكتبة الرياض الحديثة، ط ٦، بدون تاريخ.
- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥ هـ) - الإنصاف - تحقيق: أبي عبدالله محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧ م.
- محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣ هـ) - الفروع، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، بيروت - دار الكتب العلمية، ط ١، سنة ١٩٩٧ م.
- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣ هـ) - مطالب أولي النهى، دمشق، المكتب الإسلامي، ط ١، سنة ١٩٦١ م.
- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١ هـ) - منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

#### فقه عام:

- مصطفى الخن - مصطفى البغا - علي الشرنجي - الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دمشق - دار القلم، ط ٤، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م.
- وهبه مصطفى الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته، سورية - دمشق - دار الفكر، ط ٤.

#### ثانياً: مصادر اللغة:

- عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧ هـ)، طلبه الطلبة، في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، بدون طبعة، ١٣١١ هـ.

## ثالثاً: المصادر القانونية

### ١-المراجع العامة

- جابر محجوب ، د. محمد سامي عبد الصادق ، د. طارق جمعه راشد، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام في القانون المصري، دار رلمار للنشر والتوزيع .٢٠٢٢ .
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات، المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة ١٩٧٨ .
- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة العربية، بدون تاريخ النشر .
- سعيد جبر، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ٢٠٠٨-٢٠٠٩ .
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية ١٩٧٦ .
- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام - المجلد الأول: العقد، الطبعة الثالثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٢ .
- عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٤٦ .
- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٩ .

### ٢-المصادر المتخصصة

- إكرامي بسيوني عبد الحى خطاب ، مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود الإدارية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت " مجلس النشر العلمي " ، المجلد ٤٢ ، العدد ٣ ، سبتمبر

- بلال عزيزي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة اليرموك ، الأردن ، ٢٠١٧ .
- حسن حسين البراوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية ٢٠٢٣ .
- طارق جمعه راشد، ومحمود سعد بدير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول - نظرية القانون، ط ١، بدون ناشر، نسخة إلكترونية، ٢٠٢١ / ٢٠٢٢ .
- عبد الفتاح عبد الباقي - دروس في أحكام الالتزام - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٢ .
- على حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال في العقد، دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٢٠ .
- فراس كريم شيعان ، وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة " دراسة مقارنة " ، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العدد ٣ ، السنة ١١ ، ٢٠١٩ .
- فوزي بن أحمد بالكناني، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الثاني ٢٠٢٠ .
- محمد أحمد المعداوي، منع التناقض في مرحلة التعاقد: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ع ٥٠ ، جامعة المنوفية - كلية الحقوق، ٢٠١٩ .
- محمد حسام محمود لطفني - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ص ٣٠ ، الناشر: النسر الذهبي - شارع عبد العزيز - القاهرة، ط ٢ سنة ٢٠٠٢ م، د. عبدالله مبروك النجار - المدخل لدراسة القانون والالتزام - ص ٤٥٨ ، الناشر: دار كتب الجامعي .

• محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - ص، الناشر: دار

الكتاب العربي - العربي، ط الأولى ١٩٥٢م.

### المصادر الأجنبية :

Alan Schwartz, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Contracts and Judicial Strategies, 21 J. LEGAL STUD. Vol. 21, No. 2, Jun., 1992

Avery W. Katz, *Virtue Ethics and Efficient Breach*, Suffolk University Law Review, Vol. 45, p. 777, 2012; Columbia Law & Economics Working Paper No. 402 (2011).

McDowell and Webb, The New Zealand legal system : structures, processes and legal theory ,2 ed, 1998.

Frank Menetrez, Consequentialism, Promissory Obligation, and the Theory of Efficient Breach, 47 UCLA L. REV. 859, 860 ,2000.

Joseph M. Perillo, Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, 68 Fordham L. Rev. 1085 (2000),

Juliet P. Kostritsky, Taxonomy for Justifying Legal Intervention in an Imperfect World: What To Do When Parties Have Not Achieved Bargains or Have Drafted Incomplete Contracts, 2004 Wis. L. REv. 323 (2004).

J. Yanan Associates, Inc. v. Integrity Ins. Co., 771 F.2d 1025, 1034 (7th Cir. 1985.

Maree Chetwin and David Round 'Breach of Contract and the New Remedy of Account of Profits' (2002).

Melvin Eisenberg, The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination, Law and Economics Workshop Series, 04 - 19- 2004.

Mohammed Hassan Al-Kaabi, Is it Possible to Introduce Efficient Breach Theory to a Civil Law Country? The Case of Qatar, Arab Law Quarterly 36 (2020).

Nina Khouri 'Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis' 9 Auckland University Law Review 2002.

Nina Khouri (2000) 'Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis' 9 Auckland University Law Review 739

O.W. Holmes, The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457 ,1897 .

Omri Ben - Shahr & Oren Bar - Gill, An Information Theory of Willful Breach, Michigan Law Review, vol. 107, 2009.

Patton v. Mid-Continent Systems, Inc. 841 F. 2d 742 - Court of Appeals, 7th Circuit, 1988.

Richard Posner, Economic Analysis of Law (1973).

Richard A. Posner, Let Us Ne Let Us Never Blame a Contr er Blame a Contract Breaker, Michigan Law Review, vol. 107, 2009.

Schwartz, Alan and Markovits, Daniel, "The Myth of Efficient Breach Faculty Scholarship Series. " (2010).

Ronald J. Scalise Jr., Why No 'Efficient Breach' in the Civil Law? The American Journal of Comparative Law Vol. 55, No. 4 ,Fall, 2007.

Richard Stone and James Devenney, The Modern Law of Contract, 11th edition, Routledge, Oxon, 2015.

Richard Craswell, The "Incomplete Contracts" Literature and Efficient Precautions, 56 Case W. Rsrv. L. Rev. 151 (2005).

Steven Shavell, Economic Analysis of Contract Law, Harvard La School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, 2003.

Thomas J. Miceli, The Economic Approach to Law, Stanford Economics and Finance, An imprint of Stanford University Press, Stanford, California, 2004.

Wenqing Liao, Efficient Breach in the Common European Sales Law, Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 41, No. 2 ,2014.

## References:

### 1: almasadir alshareia:

#### masadir altafsir:

• muhamad bin ealiin bin muhamad bin eabd allah alshuwkani alyamani (almutawafaa: 1250hi), fath alqudir, tahqiq: 'ahmad eabd alsalam, dimashq - bayrut, dar aibn kathiri, ta1, 1414h.

#### masadir alhadith waeulumihi:

• abn bataal 'abu alhasan ealii bin khalaf bin eabd almalik (almutawafaa: 449hi) - sharh sahih albukhari, tahqiq: 'abu tamim yasir bin 'iibrahim, alsueudiat - alrayad- maktabat rishdi, ta2, 1423h, 2003m.

• abn majat 'abu eabd allh muhamad bn yazid alqazwini, wamajat asm 'abih yazid (almutawafaa: 273hi) - sunan bin majah- tahqiq: muhamad fuaad eabd albaqi, misr - dar 'iihya' alkutub alearabiati.

• 'abu alhusayn muslim bin alhajaaj bin muslim alqayshari almutawafaa sunat 261hi, sahih muslmun, masr-maktabat alsafa-ta, 1 -1997m.

• 'abu alfadl 'ahmad bin eali bin muhamad bin 'ahmad bin hajar aleasqalani (almutawafaa: 852hi), aldirayat fi takhrij 'ahadith alhidayti, tahqiq: alsayid eabd allah hashim alyamani almadani, dar almaerifat - bayrut.

• 'abu jaefar 'ahmad bin muhamad bin salamat bin eabd almalik bin salamat al'azdi alhajarii almisrii almaeruf bialtahawii (almutawafaa: 321hi) - sharh mushkil alathar, bayrut - dar sadir, ta1, 1333h.

• 'abu dawud sulayman bin al'asheath bin 'iishaq bin bashir bin shidad bin eamrw al'azdi alssjstany (almutawafaa: 275hi)- sunan 'abi dawud- tahqiq: muhamad muhyi aldiyn eabd alhamid- bayrut - almaktabat aleasriatu, bidun tarikhi.

• 'abu eabd allah alhakim muhamad bin eabd allah bin muhamad bin hamduih bin nueym bin alhakam aldabiu altahmaniu alnaysaburiu almaeruf biaibn albaye (almutawafaa: 405hi)- almustadrika- tahqiq: mustafaa eabd alqadir eataa, bayrut- dar alkutub aleilmiati, ta1, 1411h-1990m.

• 'ahmad bin alhusayn bin eali bin musaa alkhusrwjirdy alkhirasani, 'abu bakr albayhaqi (almutawafaa: 458h)- alsunan

alkubraa- tahqiqu: muhamad eabdalqadir eataa, bayrut -lubnan -ta3, 1424h-2003m.

- alhafiz 'abu eabd allh muhamad bin 'iismaeil bin 'iibrahim bin almughirat bin bardizih albukhariu aljaefi- sahih albukhari- masra- dar almanar 2001m.

- muhamad bin hibaan bin 'ahmad bin hibaan bin mueadh bin maebda, altamimi, 'abu hatim, aldaarimi, albusty (almutawafaa: 354hi) - sahih abn hibaan bitartib abn bilban- tahqiq wataeliqi: shueayb al'arnawuwt, dimashq - dar alrisalat alealamiati, ta1, 2001m.

### **kutub alfiqh**

#### **'a- alfiqh alhanafi:**

- 'abu muhamad mahmud bin 'ahmad bin musaa bin 'ahmad bin husayn alghitabi alhanafiu badr aldiyn aleayni almutawafaa: 855h) - albinayatu-tahqiqu: 'ayman salih shaeban, bayrut - lubnan, ta1, 2000m.

- 'abi alhusayn 'ahmad bin muhamad bin jaefar albaghdadi alqaduri(almutawafaa 428h), altajridi, tahqiqu: muhamad 'ahmad siraji, da. eali jumeat muhamad,alnaashir: dar alsalam - alqahirat t al'uwlaa 1424h- 2004m.

- al'iimam eala' aldiyn 'abi bakr bin maseud alkasani alhanafii (almutawafaa 587hi), badayie alsanayie fi tartib alsharayiei, tahqiq wataeliqi: alshaykh ealaa muhamad mueawad, alshaykh: eadil 'ahmad eabd almawjud,alnaashir: dar alkutub aleilmiat bayrut, ta1/ja7, 1418h- 1997m.

- burhan aldiyn 'abi alhasan ealaa bin 'abi bakr bin eabdialjalil alrishdani almirghinani(almutawafaa 593h)- alhidayat fi sharh alhidayati-alnaashir: dar alkutub aleilmiati- bayrut, t al'uwlaa sanat 1410- 1990m.

- zayn aldiyn bin 'iibrahim bin muhamad almaeruf biabn najim almisrii alhanafii(970hi)- albahr alraayiq sharh kanz aldaqayiqi, tahqiqu: alshaykhi/ zakariaa eumayrat,alnaashir: dar alkutub aleilmiat - bayrut, altabeat al'uwlaa , 1997m.

- ethaman bin eali bin mahjin albariei, fakhr aldiyn alziylei alhanafiu -tabiayn alhaqayiqat-tahqiq: alshaykh 'ahmad eazw einayat, bayrut -dar alkutub aleilmiati, ta1, 2000m.

- muhamad bin 'ahmad bin 'abi 'ahmadu, 'abu bakr eala' aldiyn alsamarqandiu (almutawafaa: nahu540h)- tuhfat alfuqaha', bayrut - dar alkutub aleilmiat ta2, 1414h- 1994m.
- muhamad bin 'ahmad bin 'abi sahl shams al'ayimat alsarukhsii (almutawafaa: 483hi) - almabsuta, tahqiqu: 'abi eabd allah muhamad hasan muhamad hasan 'iismaeil alshaafieay, bayrut - lubnan, ta1, sanat 2001m.
- mahmud bin 'ahmad bin musaa bin 'ahmad bin alhusayn almaeruf bibadr aldiyn aleayni alhanafiu (almutawafaa sanat 855h), albinayat fi sharh alhidayati, tahqiqu: 'ayman salih shaebanalnaashir: dar alkutub aleilmiati-birut, ta1, 1420h- 2000m.

### **bi- alfiqh almalki:**

- 'abu alqasim muhamad bin 'ahmad bin muhamad bin eabd allah abn jizi alkalbi, bidun tabeat - alqawanin alfiqhiatu.
- 'abi muhamad eabdallah bin eabdalrahman 'abi zayd alqayrawani, alnawadir walziyadat ealaa ma fi almudawanat min ghayriha min al'umahati, tahqiqu: d/ eabdallah almarabit almaraghi, 'a/ muhamad eabdaleaziz aldabagh, bayrut: dar algharb al'iislami, ta,1.
- 'ahmad bin rushd alqurtibi, bidayat almujtahid wanihayat almuqtasidi, tahqiqu/ tah eabd alruwuf saedu, almaktabat al'azhariat lilturath - masra-bidun sunatan lilynashri.
- aldhakhirat -shihab aldiyn 'ahmad bin 'iidris alqurafii almutawafaa 674hi, tahqiqu: du/ muhamad haji, bayrut - dar algharb al'iislami, ta1, 1994m.
- shams aldiyn 'abu eabd allah muhamad bin muhamad bin eabd alrahman altarabulsi almaghribi, almaeruf bialhitab alrrueyny - mawahib aljilil-tahqiqi: alshaykh zakariaa eumirat, bayrut -dar alkutub aleilmiati, ta1, 1995m.
- alshaykh 'ahmad bin salim alnafrawi almaliki al'azhari, alfawakih aldawani, matbaeat mustafaa alhalabi ta3, 1955m.
- eabd albaqi bin yusif bin 'ahmad alzarqani almisrii (almutawafaa 1099h) sharah alzarqani ealaa mukhtasar saydi khalil, tahqiqu: eabd alsalam muhamad 'amin,alnaashir: dar alkutub aleilmiat - bayrut, altabeata: al'uwlaa 1422hi- 2002m.
- alqadi 'abi muhamad eabd alwahaab ealaa bin nasr almalki(almutawafaa422hi), almaeunat ealaa madhhab ealam



almadinati, tahqiq: muhamad hasan muhamad hasan 'ismaeil alshaafieii,alnaashir: dar alkutub aleilmiat - bayrut, ta1- 1998m.

- muhamad bin eabdallah bin ealaa alkharsii almalikii (almutawafaa 1101h), hashiat alkharsii, tahqiq: alshaykhi/zakariaa eumayrat,alnaashir: dar alkutub aleilmiati- bayrut, ta1 sanat 1417h- 1997m.

#### **ja- alfiqh alshaafieii:**

- 'abu alhasan eali bin muhamad bin muhamad bin habib almawardi albasari albaghdadi, alhawi alkabira, tahqiq: alshaykh eali mueawad, walshaykh eadil eabd almawjudi, bayrut-dar alkutub aleilmiati, ta1, 1419h-1999m.

- 'abu alhusayn yahyaa bin 'abi alkhayr bin salim aleumrani alyamani alshaafieii, almutawafaa: 558hi) - albayan- tahqiq: du/'ahmad hijazi alsaqaa, bayrut - lubnan - dar alkutub aleilmiati, ta1, 2002m.

- 'abu alqasim bin eabd alkarim bin muhamad bin eabd alkarim alraafie alqazwini alshaafieii, aleaziz sharh alwajiz almaeruf bialsharh alkabira, tahqiq: alshaykhi/ eali mueawad, walshaykhu/ eadil 'ahmad eabd almawjudi, dar alkutub aleilmiati- bayrut, ta4, 1417hi- 1997m.

- 'abu zakaria muhyi aldiyn bin sharaf alnawawiu almutawafaa676hi , rawdat altaalibin waeumdat almuftina, tahqiq: zuhayr alshaawish, bayrut - dimashqa- eamaan - almaktab al'iislamiu ta3, 1412hi ,1991m.

- 'abu zakariaa muhyi aldiyn yahyaa bin sharaf alnawawiu (almutawafaa: 676hi), almajmuei- tahqiq: najib almutayei, jidat - maktabat al'iirshadi, bidun tarikhi.

- shams aldiyn muhamad bin muhamad alkhatab alshirbini alkhatab alshirbini almutawafaa 676hi, mughniy almuhtaj 'iilaa maerifat maeani 'alfaz alminhaji, bayrut, dar alkutub aleilmiati, ta1, 1415hi - 1994m.

- alqafaal - mahasin alsharieati, tahqiq: eali 'iibrahim mustafaa, misr - dar alfaruq, ta1, sanat 2008m.

#### **da- fiqh alhanabila:**

- 'abu muhamad muafaq aldiyn eabd allh bin 'ahmad bin muhamad bin qudamat aljamaeili almaqdisii thuma aldimashqiu alhanbalii,

alshahir biaibn qudamat almaqdisi - almughni- tahqiq: du/ muhamad sharaf aldiyn hatabi, masra- dar alhadithi, ta1, 1996m.

- shraf aldiyn 'abi alnaja alhajaawi(almutawafaa: 960 hu), alrawd almurabae sharh zad almustaqnaei, tahqiq: muhibi aldiyn alkhatiba, alsaecudiat - maktabat alriyad alhadithati, ta6, bidun tarikhi.

- eala' aldiyn 'abu alhasan eali bin sulayman almardawii aldimashqiu alsaalihiu alhanbaliu (almutawafaa: 885hi)- al'iinsaf-tahqiq: 'abi eabdallah muhamad hasan 'iismaeil alshaafieay, bayrut - dar alkutub aleilmiaati, ta1, 1997m.

- muhamad bin muflah bin muhamad bin mufraji, 'abu eabd allah, shams aldiyn almuqdisii alraaminaa thuma alsaalihiu alhanbali (almutawafaa: 763hi) - alfurue, tahqiq: 'abi alzahra' hazim alqadi, bayrut - dar alkutub aleilmiaati, ta1, sanat 1997m.

- mustafaa bin saed bin eabdih alsuyuti shuhrata, alrahibanaa mualidan thuma aldimashqiu alhanbali (almutawafaa: 1243hi)- matalib 'awli alnahaa, dimashqa, almaktab al'iislamia, ta1, sanat 1961m.

- mansur bin yunis bin salah aldiyn abn hasan bin 'iidris albahutaa alhunbulaa (almutawafaa: 1051hi) -muntuhaa al'iiradat, ealam alkatub, ta, 1 1414hi 1993m.

### **fiqh aam:**

- mistafaa alkhana- mustafaa albugha - eali alsharanji - alfiqh almanhaji ealaa madhhab al'iimam alshaafieayi, dimashqa- dar alqalami, ta4, 1413hi - 1992m.

- wahabah mustafaa alzuhayliu - alfiqh al'iislamiu wa'adlathu, suriat - dimashqa- dar alfikri, ta4.

### **2: masadir allugha:**

- eumar bin muhamad bin 'ahmad bin 'iismaeil, 'abu hafsa, najm aldiyn alnisfii (almutawafaa: 537hi), talabat altalabati, fi aliastilahat alfiqhiaati, almatbaeat aleamirati, maktabat almuthnaa bibaghdad, bidun tabeati, 1311h.

### **3: almasadir alqanunia:**

#### **1-almarajie aleama:**

- jabir mahjub , du. muhamad sami eabd alsaadiq , da. tariq jameah rashid ,alnazariat aleamat lilailtizam , aljuz' al'awal , masadir alailtizam fi alqanun almisrii, dar rlimar lilnashr waltawzie 2022.

- sulayman marqas, alwafi fi sharh alqanun almadanii - 2 - fi alailtizamati, almujalad al'awal nazariat aleaqd wal'iiradat almunfaridatu, altabeat alraabieat 1978.
- eabd almuneim faraj alsadh, nazariat aleaqd fi qawanin albilad allearabiati, bayrut, dar alnahdat allearabiati, bidun tarikh alnashri.
- saeid jabara, masadir alialtizami, altabeat al'uwlaa, dar alnahdat allearabiati 2008-2009.
- mahmud jamal aldiyn zaki, alwajiz fi alnazariat aleamat lilailtizamat fi alqanun almadanii almisrii, aljuz' al'awal fi masadir alailtizami, altabeat althaaniat 1976.
- eabd alrazaaq alsinhuri alwasit fi sharh alqanun almadanii aljadid, jal, masadir alailtizam - almujalad al'awala: aleaqda, altabeat althaalithata, bayrut: manshurat alhalabi alhuquqiati, 2022.
- eabdalmuneim farah alsadat, fi euqud al'iidhean fi alqanun almisrii, risalat dukturah min jamieat alqahirat 1946 .
- eabd almuneim faraj alsadhi, masadir alialtizami, dar alnahdat allearabiati 1969 .

## **2-almasadir almutakhasisa:**

- 'iikrami bisayunaa eabd alhaa khataab , mabda hasan alniyat faa tanfidh aleuqud al'iidariati , majalat alhuquq , jamieat alkuayt " majlis alnashr aleilmii " , almujalad 42 , aleadad 3 , sibtambar 2018
- bilal eazizi , mabda hasan alniyat fi tanfidh aleuqud " dirasat muqarana " , risalat majistir , kuliyat alqanun , jamieat alyarmuk , al'urduni , 2017.
- hasan husayn albarawi, alnazariat aleamat lilailtizam fi alqanun almadanii almisrii, alkutaab althaani, 'ahkam alailtizami, dar alnahdat allearabiati 2023.
- tariq jameuh rashid, wamahmud saed bidir, almadkhal lidirasat aleulum alqanuniati, aljuz' al'awal - nazariat alqanuni, ta1, bidun nashir, nuskhata 'iiliktruniati, 2021 / 2022 .
- eabd alfataah eabd albaqi - durus fi 'ahkam alialtizam - matbaeat jamieat alqahirat 1992.
- ealaa husayn munhali, nazariat al'iikhlal alfaeal fi aleaqda, dirasat muqaranat fi daw' altahlil alaiqtisadii lilqanuni, almarkaz allearabiu llnashr waltawziei, ta1, 2020.
- fras karim shiean , wasayil muealajat altaeasuf al'iijrayiyi ealaa saeid alealaqat aldawliat alkhasa " dirasat muqarana " , majalat

almuhaqiq lileulum alqanuniat walsiyasiat , kuliyyat alqanun , jamieat babel , aleadad 3 , alsanat 11 , 2019.

- fuzi bin 'ahmad balkinani, nazariyat aleaqqd fi alqanun almadanii alfaransii almueadal walqanun almadaniyu alqatariyu, dirasat muqaranati, almajalat alduwliyat lilqanuni, almujalad altaasie, aleadad althaani 2020.

- muhamad 'ahmad almieadawi, manae altanaqud fi marhalat altaeaqudi: dirasat muqaranati, majalat albuqhuth alqanuniat walaiqtisadiyat ea50, jamieat almanufiat - kuliyyat alhuquqi, 2019.

- muhamad husam mahmud litfi- alnazariyat aleamat lilaitizami-masadir alaitizami- si 30,alnaashir: alnasr aldhahabi- sharie eabd aleaziz - alqahiratu, ta2 sanat 2002m, da. eabdallah mabruk alnijar- almadkhal lidirasat alqanun walaitizamumu- sa 458,alnaashir: dar kutub aljamiei.

- muhamad yusif musaa- al'amwal wanazariyat aleaqqd fi alfiqh al'iislami- sa ,alnaashir: dar alkitaab alarabii- alarabii, t al'uwlaa 1952m.

## فهرس الموضوعات

٤٨٥	.....	مقدمة:
٤٨٨	.....	إشكالية البحث:
٤٨٨	.....	منهج البحث:
٤٨٩	.....	خطة البحث:
٤٩٠	.....	المبحث الأول ماهية نظرية الإخلال الفعال بالعقد
٤٩٠	.....	المطلب الأول أسس تطبيق الإخلال الفعال في القانون الأمريكي
٤٩٠	.....	الفرع الأول الفاعلية الاقتصادية والفائدة الربحية للإخلال الفعال بالعقد
٤٩٣	.....	الفرع الثاني فكرة الخيار العقدي والعقود الناقصة
٤٩٧	.....	المطلب الثاني أهداف تطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد
٤٩٧	.....	الفرع الأول الإخلال بهدف الربح
٤٩٩	.....	الفرع الثاني الإخلال بهدف تجنب الخسارة
٥٠٠	.....	المبحث الثاني المعوقات القانونية والفقهية لتطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد
٥٠٠	.....	المطلب الأول المعوقات القانونية لتطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد
٥٠١	.....	الفرع الأول المخالفة للمبادئ الكلية في الشريعة الإسلامية
٥٠٤	.....	الفرع الثاني الاصطدام بمبدأ القوة الملزمة للعقد وحسن النية عند تنفيذ العقد
٥٠٨	.....	المطلب الثاني المعوقات الشرعية لتطبيق نظرية الإخلال الفعال بالعقد
٥٠٨	.....	الفرع الأول مبررات عدم جواز الإخلال بالعقد بعد لزومه
٥١٧	.....	الفرع الثاني أسس عدم جواز فسخ العقد بعد تمامه ولزومه للمتعاقدين
٥٢٣	.....	المبحث الثالث الإخلال الفعال بالعقد على أساس خيار التروي مقابل تعويض عادل
٥٢٥	.....	المطلب الأول ماهية خيار التروي كأساس للإخلال الفعال بالعقد
٥٢٥	.....	الفرع الأول حكم خيار التروي والحكمة منه وأدلة مشروعيته
٥٢٨	.....	الفرع الثاني أحكام انعقاد خيار التروي
٥٣٣	.....	المطلب الثاني خصوصية خيار التروي مقابل التعويض العادل
٥٣٤	.....	الفرع الأول اختلاف خيار التروي مقابل التعويض العادل عن إقالة النادم
٥٤١	.....	الفرع الثاني الاختلاف بين خيار التروي والإيجاب غير الملزم والعدول عن العربيون
٥٤٦	.....	الخاتمة
٥٤٦	.....	أولاً: نتائج البحث

٥٤٩ ..... ثانياً: التوصيات

٥٥١ ..... مصادر البحث

٥٦١ ..... REFERENCES:

٥٦٨ ..... فهرس الموضوعات