منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة



المدخل
لدراسة التشريع الإسلامي

الجزء الثاني

بعض النظريات العامة في الفقه الإسلامي

الطبعة الثامنة

الدكتور
عبد الرحمن الصابوني

جامعة دمشق


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

القسم الثاني

الباب الاول :

الحق ومصادره واركانه في الفقه الاسلامي

الباب الثاني :

احكام الملكية والعقد في الفقه الاسلامي

الباب الثالث :

بعض ما اقتبسه القانون المدني عن الفقه الاسلامي

Damascus University

الباب الأول

الحق ومصادره واركانه في الفقه الاسلامي

الفصل الاول :

تعريف الحق وانواعه

الفصل الثاني :

اركان الحق

Damascus University

الفصل الأول

انواع الحقوق ومصادرها

تمهيد :

لقد رأينا في أدوار الفقه الاسلامي كيف نشأ هذا الفقه وتطور وذلك من مجموع الادلة التفصيلية من مصدريه الاساسيين القرآن والسنة ، وما تكوّن بعد ذلك من تفسير للقرآن وشرح للسنة النبوية ، ومن فتاوى واجتهادات الصحابة الى ان اكتمل في عصر تدوين الفقه .

ان ترتيب الفقه الاسلامي على اساس المسائل والفروع والجزئيات لا على أساس النظريات كالقوانين الوضعية يعود الى سبب نشأته كما ذكرنا وهو سبب تاريخي من جهة وانه تشريع سماوي وليس بوضعي من جهة ثانية حتى يقوم واضعوه بتأسيسه بناء على النظريات ، فالصفة الشرعية والنشأة التاريخية ، ثم الاسلوب الشائع في العصر الذي وجد وتكون فيه الفقه ، كل هذه أمور تعدد اسباب عدم صياغة الفقه بشكل نظريات عامة .

على أن هذا الامر ليس على شموله وعمومه ، بل يصدق الى حد كبير لعصر تدوين المذاهب ، أما بعد ذلك فلم يعد من عذر لعدم اكتمال الفقه الاسلامي حتى يقال انه لايزال في طور التكوين ، بل يعود حينئذ سبب عدم تدوينه بشكل نظريات الى ناحية الاسلوب والشكل لا المحتوى والمضمون .

ومهما يكن من أمر ، فان وجود علم القواعد الكلية في تاريخ التشريع الاسلامي يعتبر جسرا لا بد لعبوره من الانتقال بالفقه الاسلامي من الجزئيات

والفروع الى النظريات العامة ، اذ ان تقعيد الفقه يعتبر الاداة التي لا بد منها لوضع النظريات العامة ، فقد ضبطت القواعد الكلية والمبادىء العامة الفروع والمسائل ، وبهذا فتحت الباب أمام الباحث لصياغة هذا الفقه الجليل بشكل نظريات عامة ، كما يفعل الباحثون المعاصرون في وقتنا الحاضر في الفقه الاسلامي •

واذا كان موضوع بحثنا : نظرية الحق وما يترتب عليها من احكام وبيان مصادر الحق واركانه للانتقال الى نظرية الالتزام ، فلا بد من القول بأن لكل فقه صياغته وطريقته وأسلوبه ، ولا يضير نظام ما الا يكون متفقا مع غيره من النظم ، لان الصواب ليس قاصرا على اسلوب دون آخر ولا على طريقة دون اخرى •

حتى ان نظرية الالتزام بالرغم من أهميتها ، وانها العمود الفقري للاحكام القانونية التي فرع عنها علماء القانون معظم بحوثهم ، فقد انتقدها علماء القانون الالماني ووضعوا بديلا عنها ، ونحن في هذه المحاضرات الموجزة ان ذكرنا الهيكل العام لهذه النظرية وما ذهب اليه فقهاؤنا لا نحاول وضع نظرية أمام نظرية اخرى وانما نتلمس خطوطا عامة لما ذهب اليه الفقه الاسلامي في ضوء هذه النظرية بشكل موجز بسيط يتناسب مع هذه الدراسة البسيطة التي تعتبر مدخلا عاما يعرف بالفقه الاسلامي واصوله ومصادره وأدواره التاريخية وبعض نظرياته العامة •

الفرع الاول

تعريف الحـق

وردت كلمة الحق بمعاني متعددة بالنظر لما يراد منها من جهة ، ولان معناها اللغوي يدل على أكثر من دلالة واحدة ، على أن المعنى العام لكلمة حق تعني : الثبوت والوجوب ، ولم يبتعد علماء الفقه عن المعنى اللغوي كثيرا .

ونورد بعض المعاني التي وردت بيانا لكلمة الحق[1] :

١ ــ الثبوت والوجوب : وفي هذا المعنى تفيد ثبوت الحكم ووجوبه كقوله تعالى : « لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون » .

٢ ــ الامر الثابت : أي الامر الموجود كقوله تعالى : « قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا ، فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا ؟.. قالوا نعم » .

٣ ــ الحق ضد الباطل : كقوله تعالى : « لا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وانتم تعلمون » .

٤ ــ الحق بمعنى اليقين : كقوله تعالى : « فورب السماء والارض انه لحق مثل ما انكم تنطقون » .

٥ ــ ويستعمل الحق بمعنى العدل : كما في قوله تعالى : « والله يقضي بالحق » ، وقوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق » .

٦ ــ ويرد الحق بمقابل الواجب او الحكم : كقوله تعالى : « وفي أموالهم حق للسائل والمحروم » .

وكذلك فقد وردت تعريفات كثيرة لعلمـاء القانون تنحصر كلها بالمفهـوم القانوني لمدلول كلمة الحـق .

من هذه التعريفات قولهم : الحق عبارة عن فائدة مادية أو أدبية يحافظ عليها

---

(١) الحق واللمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٥ .

القانون بواسطة منح صاحبها قوة يعمل بها الاعمال اللازمة للتمتع بهذه الفائدة[1] .

وقد عرف الدكتور السنهوري الحق بانه مصلحة ذات قيمة عالية يحميها القانون[2] .

وقد انتقد هذا التعريف المأخوذ عن الفقيه الالماني ايهرنج بانه حصر الحق بالقيمة المالية مع أن هناك حقوقا لا تقدر بالاموال ولكنها من قبيل السلطة كحق الولي على الصغير مثلا .

ولذا نجد بعض شراح القانون المدني المصري يعرفون الحق : بانه سلطة أو قدرة ارادية يخولها الشخص لتمكينه من القيام باعمال معينة ، تحقيقا لمصلحة له يعترف بها القانون ومن ذلك تعريف لاستاذنا الجليل الشيخ مصطفى الزرقاء : « الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة او تكليفا »[4] . وعرفه الاستاذ الشيخ علي الخفيف بقوله : الحق هو المصلحة المستحقة شرعا .

---

(١) اصول القوانين للدكتور محمد كامل مرسي ص ٤٠٨ .
(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج١ ص ٤ .
(٣) المدخل لعلم القانون للدكتور سليمان مرقس ص ٤١٩ .
(٤) المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ص ١١ .

الفرع الثاني

انواع الحق

تقسيمات الحقوق

قسم علماء القانون الحقوق لعدة أقسام باعتبارات مختلفة ، وهي عبارة عن بيان وتوضيح لمدلول ومفهوم انواع الحقوق ، فهي وصف لواقع يظهر ما يدل عليه اطلاق كلمة حق وليست بمنشئة لحقوق جديدة ، والمثال على ذلك تقسيم الحق الى مطلق ونسبي .

فالحق النسبي هو الحق الذي وجد لمصلحة شخص أو أكثر تجاه آخر ، كالالتزامات بين الافراد ، فالدين عبارة عن ارتباط بين دائن ومدينه يلتزم به القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

اما الحق المطلق فهو امتياز يمنح لشخص معين ويكفل القانون حفظ هذا الحق دون أن يكون هناك التزام معين من فرد معين بل أن الناس جميعا يلتزمون باحترام هذا الحق كحق الملكية مثلا .

فهذه التسمية التي عرفها علماء القانون لم يذكرها فقهاؤنا ، أما الاحكام التي تبنى أو المضمون الذي يدل على كل من النسبية أو الاطلاق في هذه الحقوق فأمر طبيعي وموجود في التشريع الاسلامي فكل من الحقين يلتقيان في أن لصاحب كل منهما ان يلزم الغير باحترام حقه ، فحق الدائن وان كان نسبيا بالنسبة لمدينه الا انه يستوي ايضا مع حق الملكية وهو حق مطلق في انه لا يجوز لغير الدائن مطالبة المدين بهذا الدين ، كما لا يجوز لغير المالك استعمال حق ملكيته دون اذنه ورضاه .

تقسيمات اولية : لقد قسم علماء القانون الحقوق الى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية ، والى حقوق عامة وحقوق خاصة ، والى حقوق الاسرة ،

وحقوق مالية ، والى شخصية وعينية وذهنية ، نعرّفها بكلمة مختصرة على اعتبار انها ليست محلا لدراستنا .

الحقوق السياسية وغير السياسية : الحقوق السياسية هي حقوق تقررها فروع القانون العام لاشخاص مواطنين للقيام ببعض الاعمال التي تساهم في ادارة شؤون الدولة كحق الترشيح للانتخابات مثلا[1] .

اما ما عدا ذلك فتسمى بالحقوق غير السياسية وهذه تطبق على كافة الناس للقيام بمختلف النشاطات العامة وتقسم الى حقوق عامة وحقوق خاصة .

الحقوق العامة والحقوق الخاصة : الحقوق العامة هي سلطات يقررها القانون العام لكل فرد لتضمن له التمتع بالحرية والنشاط في شتى الميادين ولجميع أفراد المجتمع ، كالحقوق الدستورية والجنائية وجميع الحقوق والانظمة المتعلقة بالحرية والعدالة والمساواة .

والحقوق الخاصة هي التي يتمتع بها الفرد بصفته الخاصة وينظمها القانون المدني خاصة ، كحق الملكية وحق الولاية وتقسم الى حقوق أسرية وحقوق مالية .

حقوق الاسرة والحقوق المالية : حقوق الاسرة ، هي الحقوق التي ينظمها

---

(١) لم يبين فقهاؤنا هذا التقسيم لانهم لم يضعوا احكاما تفصيلية لنظام الحكم في الاسلام بل جاء القرآن باصول محكمة ومبادىء عامة تحدد الهيكل العام لنظام الحكم وانه يجب ان يبنى على اسس من الشورى والمساواة والعدالة وترك الناس ان يختاروا وسائل تحقيق هذه الاهداف .

ولذلك فان تحديد الحقوق السياسية بشكل مفصل يفرض نوعا من الرأي الثابت لدى مختلف العصور وهذا يتنافى مع طبيعة تطور الاحكام الشرعية التي من شانها ان تتغير وان تتبدل لمصلحة الفرد والمجتمع والدولة .

ان تحديد الحقوق السياسية بشكل مفصل ثابت يحدد بالتالي نوع وشكل الحكومة ونظام الحكم وهو أمر ابتعد عنه الشارع منذ اول الامر ليترك للناس حرية الاختيار ضمن المبادىء العامة والاهداف الرئيسية التي حددها القرآن الكريم .

ولكن ليس معنى هذا انه لا توجد حقوق سياسية وغير سياسية ، بل ان هذه الحقوق موجودة بمضمونها وفحواها دون تفصيلات وشروح ثابتة لها .

قانون الاحوال الشخصية وتضمن تحديد واجبات وحقوق كل فرد من أفراد الاسرة تجاه قريبه ، وتبين الاحكام الناشئة عن ذلك .

وتتميز هذه الحقوق عن غيرها بانها خاصة باصحابها أي بمن تثبت له بحكم القانون ولا تنتقل لا بالارادة ولا بالتعاقد ولا بالخلفية كالميراث ، فحق الولاية مثلا ثابت للاب لا يجوز له التنازل عنه ، ولا يورث عنه بل ينتقل لشخص آخر قد لا يكون وارثا للاب .

اما الحقوق المالية فهي الحقوق التي ينظمها القانون المدني في المعاملات المالية بين الافراد كحق الملكية وحق الدائنية ، وتتميز عن حقوق الاسرة بانها حقوق تقوم بالمال وتقبل الانتقال .

وتقسم الحقوق المالية الى حقوق عينية ، وشخصية ، وذهنية .

الحقوق العينية والشخصية والذهنية : الحق العيني وهو سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي يستطيع بمقتضاها ان يتمسك به جميع الاشخاص كحق الملكية ، فالمالك له حق استعمال ما يملك ، وحق الانتفاع به ، وحق التصرف فيه .

وأما الحق الشخصي فهو سلطة مقررة لشخص تجاه شخص آخر تخوله أن يلزم الثاني بأداء حق له عليه ذي قيمة مالية سواء أكان هذا الحق عملا أو امتناعا عن عمل ، كحق الدائن مع مدينه .

وينشأ في الحق العيني علاقة مباشرة بين صاحب الحق وبين موضوع الحق ذاته كالمالك والملكية ، وأما الحق الشخصي فالعلاقة قائمة بين شخصين هما دائن ومدين ، ففي الحق العيني عنصران ، بينما نجد في الحق الشخصي ثلاثة عناصر .

أما الحقوق الذهنية كحقوق التأليف وتحقيق المخطوطات ، والاختراعات وغير ذلك فهي من الحقوق الفكرية التي تعطي لصاحبها الحق بالاحتفاظ بالربح الناتج عن عمله ، وهو حق مشروع موجه يقره الفقه الاسلامي على اساس الجهد المبذول من قبل صاحبه ويعطيه السلطة بمنع أي انسان آخر أن يقوم بنشر مؤلفه أو اختراعه ولهذا الحق جانبان مادي ومعنوي . فالجانب المادي يتعلق بالفائدة المادية الذي يحققها صاحب هذا الحق من عمله ، والجانب المعنوي انه لا يجوز لاحد ان ينسب

هذا العمل له لانـه يعتبر متجاوزا حق صاحب الانتاج الذي له وحده الحق بحمل اسم عمله المبتكر .

أهمية التفريق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية :

لعل تقسيم الحقوق الى عينية وشخصية من أهم التقسيمات لدى رجال القانون ، وقد عرف الفقه الاسلامي احكام كل من الحقين والآثار التي تترتب عليهما والخلاف الذي ينبني على اعتبار الحق شخصيا أو عينيا ، فمن ذلك :

١ ـ ان الحق العيني يعطي صاحبه السلطة على شيء مادي معين ، سواء أكان هذا الشيء لديه فعلا أم لدى غيره بصفة شرعية كالمستعير او بصفة غير شرعية كالغاصب .

أما الحق الشخصي فهو سلطة لشخص تجاه شخص آخر ، يلزمه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، أو اعطاء شيء .

ومن هذا نرى أن سلطة صاحب الحق العيني ترد مباشرة على محل الحق ، بينما سلطة صاحب الحق الشخصي ترد على ذمة المدين[1] .

٢ ـ ينشأ لصاحب الحق العيني واجب عام من جميع الناس تجاه حقه يلزمهم بالامتناع عن التعرض له لانـه من الحقوق المطلقة ، أما الحق الشخصي فيحسب من الحقوق النسبية فينشأ لصاحبه واجب خاص يقع على عاتق المدين وحده دون غيره .

٣ ـ ان الحق العيني يخول صاحبه حق التتبع وحق الاولوية ، أما الحق

---

(١) من الامثلة التي توضح بين الحق العيني والحق الشخصي ان البائع اذا باع شيئا معينا فان حق المشتري بهذا المبيع حق عيني بحيث اذا تبين ان هذا الشيء لم يكن ملكا للبائع كما لو كان مسروقا او مغصوبا فان البيع يبطل لعدم امكان البائع تقديم بدلا عن المبيع ولان حق المشتري ثابت بذات المبيع لانـه حق عيني ، اما لو ظهر ان الثمن مسروق او مغصوب فان العقد لا يبطل والبيع نافذ ، انما يكلف المشتري بتقديم ثمن المبيع من ماله الخاص اي من غير المال لان حق البائع حق شخصي في ذمة المشتري وليس حقا عينيا في الثمن الذي ظهر انه مسروق . وهذا فرق واضح بين الحقين العيني والشخصي راجع المدخل الى نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٣٦ .

الشخصي فلا يعطي صاحبه هذا الحق بل يشترط جميع الدائنين اصحاب الحقوق الشخصية في استيفاء حقوقهم عند عدم الوفاء قسمة غرماء لان لهم جميعا حق عام بالضمان على أموال مدينهم .

على أن الفقهاء قد أعطوا أولويه لبعض الحقوق الشخصية كتقديم ديـون الصحة على ديون المرض، فمثلا لو تزاحمت ديون شخص ولم تكف أمواله لوفائها ، فتقدم الديون التي نشأت والمدين في حال الصحة على الديون التي نشأت في مرض الموت لاحتمال ان يكون هناك تواطؤ في هذه الفترة مع بعض الدائنين ، ولان تصرفات المريض محدودة الاثر وقابلة للنقض فيما زاد عن ثلث تركته وذلك بعد وفاتـه .

تقسيم الحقوق في الفقه الاسلامي :

لم يذكر فقهاؤنا التقسيمات التي وضعها علماء القانون لانها اصطلاحات حديثة ووليدة الحاجات المتجددة المتطورة ، غير أن مضمون هذه الفروع عرفها الفقه الاسلامي وطبقها علماؤه في مختلف ابواب الفقه والعبرة للمضمون والمحتوى لا للشكل والاسلوب لان الغاية منها واحد والهدف لا يتغير وهو وصول كل ذي حق لحقه بصياغة قواعد ضابطة للفروع والمسائل التشريعية .

ومع هذا فقد ورد في الفقه الاسلامي تقسيمان للحقوق باعتبارات مختلفة ، نذكر منها :

١ ـ باعتبار صاحب الحق :

يقسم الحق الى ثلاثة انواع : حق الله وحق الانسان وحق مشترك وهو ما اجتمع فيـه الحقان معـا .

١ ـ حـق الله : أو الحق العام هو كل من قصد به اقامة الشعائر الدينية تقربا الى الله سبحانه وتعالى او كان في الحق مصلحة المجتمع وحمايته . أي الحقوق التي لا تختص بأحد وليس لها مطالب معين بذاته يطالب بها الا الله أو الدولة أو المجتمع .

وهذه الحقوق لا يجوز اسقاطها بعفو او صلح او تنازل ، فعقوبة الزنا ثابتة لتعلق حق الله والدولة في هذه الجريمة التي تهز كيان الاسرة التي هي النواة الاولى للمجتمع ، فليس لزوج أو قريب ان يعفو أو أن يصفح أو أن يسكت عن اقامة الدعوى لانها جريمة عامة تتعلق بالحق العام فليس للافراد الحق في التدخل في اسقاط عقوبتها .

ب ـ حق الانسان : وهو الحق الذي تترتب عليه مصلحة للافراد ، وقد يكون عاما وهو الحق الذي تنشأ عنه مصلحة عامة للمجتمع من غير ان يكون خاضعا بفرد معين كحق التعليم وحق الحريه وحق التمتع بالمرافق العامة ، فهذه حقوق تثبت للجميع وتعتبر الدولة مسؤولة عن تأمينها والدفاع عنها . وقد يكون هذا الحق خاصا وهو الحق الذي نشأ عن مصلحة فردية خاصة كحق انتفاع صاحب الدار بداره مثلا ، فهذه حقوق تثبت لاصحابها فقط ولهم دون غيرهم حق التصرف فيها ضمن حدود الشرع .

جـ ـ الحق المشترك : وهو الحق الذي يجتمع فيه الحقان معا ، حق الله وحق الانسان ، وذلك كحفظ الفرد لحياته من الخطر وصيانة ماله من التلف فهذه أمور يجتمع فيها حقان : حق الله في دوام هذه الحقوق لان فيها بقاء المجتمع ، وحق الانسان لان فيه استمرار لوجوده الذاتي وكيانه الاجتماعي .

والقاعدة في مثل هذه الحقوق انه ينظر الى الغالب فيها ، فان غلب حق الانسان كان التصرف كما يشاء فيها ، وان غلب حق الله فلا يجوز له اسقاطها او التصرف فيها .

على أن بعض الفقهاء لا يقر وجود هذا التقسيم بل يذهب الى ان جميع الحقوق تعتبر مشتركة حيث يشترك فيها الحقان معا : حق الله وحق العباد ، ويقوى اصحاب الرأي : ما من فعل الا وفيه حق الله وهو تكليفه به والاقرار بشرعيته . وفيه في نفس الوقت حق الانسان للمصلحة الفردية المتعلقة به ويجب في مثل هذه الحال النظر الى الصفة الغالبة في الحق .

ومن الذين ذهبوا الى عدم التفرقة بين الحقين : الامام القرافي والامام

الشاطبي من المالكية ، والامام الشوكاني من الزيدية[1] .

٢ ـ باعتبار القوة المؤيدة :

ويقسم الحق لدى فقهاء المسلمين باعتبار القوة الملزمة له الى نوعين : حق ديانى وحق قضائي .

أ ـ الحق الديانى : هو الحق الذي ينشأ لاحد الافراد دون ان يستطيع صاحبه اثباته امام القضاء كالدائن الذي له في ذمة آخر دين مستحق ولكن ليس لديه وسيلة أو وثيقة ليبرهن على صحة ادعائه امام القاضي ، فيبقى الدين في ذمة المدين قائما ديانة ولكن دون اثبات لدى القضاء . وكذلك اذا حكم القاضي بناء على شهادة زور أو يمين كاذبة لاحد الاشخاص بحق ما ، فان الحق الديانى يبقى ثابتا ببراءة من حكم عليه بذلك .

ومن الحقوق الديانية ايضا لو أن امرأة عجزت عن اثبات عقد زواجها من زوجها فالزوجية ثابتة ديانة بموجب عقد الزواج الصحيح بين الزوجين ولكن قضاء لم تستطع الزوجة اثباته .

ب ـ الحق القضائي : هو الحق الذي يمكن اثباته لدى القضاء لاحد المتخاصمين . وحكمه ان لصاحبه السلطة بالوصول اليه عن طريق الخصومة القضائية . فللزوجة بموجب عقد الزواج الصحيح الثابت ان تطالب بحق النفقة على زوجها ، وعلى القاضي أن يحكم لها لان هذه الحقوق نشأت بموجب عقد زواج صحيح تترتب عليه نفقة الزوجة فان امتنع الزمه القاضي بالدفع رغما عن ارادته .

وعلى الرغم من ان الحق القضائي يترتب عليه حق ديانى كما امتنع عن الانفاق على زوجته فانه آثم ديانة ويعد مرتكبا لمعصية مخالفة أمر الله فيما شرع من أحكام الزوجية ، الا انه مع ذلك يبقى الفارق بين الحقين في القوة الملزمة المنفذة لهذا الحق .

---

(١) راجع الفروق للقرافي والموافقات للشاطبي وارشاد الفحول للشوكاني .

الفرع الثالث

مصادر الحق

ان مصدر الحق هو السبب الشرعي الذي ينشئه ، لان الحق حكم من قبل الشارع ، ولا يكون حقا الا اذا أقره الشارع ، ولذا فان الحكم لا يكون في الفقه الاسلامي الا لله تعالى الذي ترجع اليه أدلة جميع الاحكام الشرعية .

اذن فمصادر الحقوق في الشريعة الاسلامية هي أدلة الاحكام ومصادرها ولا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس .

وكذلك لدى علماء القانون فان الحقوق لا تنشأ الا بقانون يعترف بها ويرتب الآثار على وجودها ، وذلك ببيان حق كل انسان وواجبه ، ولذا كان من الطبيعي ان تختلف الحقوق باختلاف الامم والمجتمعات ، فما يكون حقا لدى أمة قد لا يكون حقا لدى أمة أخرى لان القانون لم يعترف بهذا الحق ، فحق الميراث يعتبر من الحقوق الثابتة للمرأة في أمة ولا يعتبر حقا لها في أمة اخرى لان المشرع لم يمنح هذا الحق للمرأة مثلا .

من هذا يتضح لنا التلازم بين الحقوق ومصادرها ، فلا ينشأ حق دون ان يكون له سبب ينشئه[1] .

على ان للمصدر معنى آخر غير السبب المنشىء له ، هو السبب المباشر له ، فالبيع مثلا سببه المباشر العقد ، غير أن سببه المنشىء له هو الشرع أو القانون الذي جعل من توافق الارادتين أو من الايجاب والقبول عقدا اذا توافرت شروطه .

---

(١) الحق واللمة للشيخ علي الخفيف ص ٤١ .

فعلى المعنى الثاني للمصـــدر يمكننا ان نقـــول ان مصـــادر الحق بشكل عام هي :

١ ــ الشرع أو القانون ٠
٢ ــ العقـــد ٠
٣ ــ الارادة المنفردة ٠
٤ ــ العمل غير المشروع ٠
٥ ــ الاثراء بلا سبب ٠

وقد ذكر العلامة الكبير المرحوم الشيخ احمد ابراهيم رحمه[1] ٠ ان مصادر الحق في الفقه الاسلامي : اما عمل يباشره الانسان باختياره يوجب به حقا على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع ، واما ان يكون الايجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الالهي ، أو ترتيبا على فعل صدر عن الانسان لم يرد به وقت صدوره منه ترتيب أي التزام عليه ، لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه ، وقد يكون الانسان بهذا الفعل دائنا لغيره شرعا ٠

فالاول يتناول العقد والارادة المنفـــردة والثاني يتناول شـــيئين ، أولهما : ما أوجبـــه الشـــرع مباشرة كنفقة الاقـــارب ، وثانيهما : ما كان سببه المباشـــر فعلا ضارا يصير به الفاعل ملازما بتعويض الضرر ، أو مثلا نافعا لغيره يصـــير به الانسان دائنا لذلك الغير بذلك الفعل شرعـــا ، وعلى هـــذا تكون مصادر الالتزام امـــا اختيـــارية واما جبريـــة ، والاختيارية تشـــمل العقـــد والارادة المنفردة والجبرية يندرج فيها الفعل الضـــار الذي به يكون الفاعل مدينا شرعا لمن لحق به الضرر ، فأما ان يصلح ما أتلفه ويعيده الى حالته الاولى ، واما ان يقضي به القانون الشرعي ٠

على ان الاستاذ السنهوري يرد هذه المصادر كلها الى مصدرين اثنين هما : التصرف القانوني والواقعة القانونية ٠

---

(١) الالتزامات في الشرع الاسلامي ص ٣٦ ٠

الفصل الثاني

اركـان الحـق

الفرع الاول

صاحب الحـق

من خلال تعريفنا للحق تبين انه لا بـد له من صاحب يعتبر ركنا له خوله الشارع السلطة على شيء او القيام بعمل او الامتناع عن القيـام بأي عمل ولهذا كان لا بد من بحث : صاحب الحق ومحل الحق .

ان صاحب الحق هو الشخص الذي يتمتع بالسلطات والمكنات لاظهار هذا الحق سواء تجاه شخص معـين أم لا لانه لا يمكننا ان نتصور عمليا وجود حق دون صاحب له .

واذا كان الشخص ركن الحق هو الذي يمارس حقه بموجب القانون فانه قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا قانونيا ولهذا درج رجال الفقـه والقانون على بحث كل موضوع من الموضوعين : الشخصي الطبيعي وهو الكائن الحي . والشخص القانوني وهو الكائن الاعتباري .

الشخص الطبيعي :

لكل انسان شخصيته التي تلازمه ما بقي حيا فتبدأ معه وتنتهي بوفاته ، وقد نص القانون المدني على ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموتـه .

ونلاحظ على ما ذهب اليـه القانون ما يلي :

١ ـ وبالرغم من ثبوت بعض الحقوق للجنين قبل ولادته باعتراف القانون فقد قرر بداية شخصيته بمجرد ولادته ، وهذا غير منسجم مع بقية احكام القانون الذي أحال الى الشريعة الاسلامية احكام الاهلية وحقوق الجنين ، وهي النسب والميراث والوقف والوصية ، وسنعود الى هذا البحث بعد قليل .

٢ ـ لقد قرر فقهاء الحنفية أن خروج أكثر المولود حيا من بطن أمه يكفي لاعتباره حيا له حقوق الاحياء ولو توفي بعد ذلك بعدة لحظات ، فيرث ما كان له من ميراث ويستحق جميع الحقوق المالية من وقف ووصية ثم تورث عنه بعد ذلك .

وهذا ما كان عليه العمل في سورية قبل صدور قانون الاحوال الشخصية عام ١٩٥٣ الذي أخذ بمذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعيّة والحنابلة الذين اشترطوا تمام الولادة لاعتباره حيا وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ولا يكفي خروج أكثره حيا ليعطى حقوق الاحياء .

وكذلك يشترط القانون خروج الجنين حيا بكامله ، لان العبرة في ابتداء الشخصية هو تمام الانفصال حيا ولو لعدة لحظات كما لو ظهر منه دلالة على انه حي من صراخ او بكاء أو غير ذلك ، وعلى القاضي ان يسترشد برأي الطب بهذا الموضوع .

اما الجنين الذي اسقط بجناية على أمه ، فقد ذكر الحنفية انه يستحق المبلغ المحفوظ له من الميراث والوصية ، كما يملك الغرّة المستحقة له نتيجة هذه الجناية ويورث عنه ذلك كله ، لان الحنفية يعتبرون الجنين بخروجه حيا حقيقة أو تقديرا فالحياة الحقيقية هي خروج أكثره حيا وحياته التقديرية هو خروجه بجناية اذ لولا هذه الجناية لكان حيا .

بينما ذهب جمهور الفقهاء الى ان حياة الجنين التقديرية في حال سقوطه بجناية يستحق الغرة فقط وهي وحدها تورث عنه دون الميراث والوصية والوقف للشك في حياته .

وذهب بعض الفقهاء الى انه يعتبر ميتا بالنسبة لجميع الحالات حتى الغرة لا يستحقها حتى تورث عنه ، لان الجناية وقعت على أمه وليس هو المقصود بها ، كما ان موته ليس محققا بسببها ، فالغرة تستحقها الام فقط لا يشاركها فيها الجنين ولا ورثته[1] .

وقد أخذ القانون بالرأي الثالث حين اشترط تحقق موت المورث أو الحكم بوفاته ، وتحقق حياة المستحق للتركة الوارث وقت موت المورث .

وهذا لو فرق القانون بين حالتين . الحالة الاولى : اذا تبين ان الاعتداء على الام بقصد حرمان الجنين من الميراث للاستيلاء على حصته من الوقف والميراث والوصية ، فأخذ برأي الحنفية ، واذا لم يكن هناك قصد فالمانع من الاخذ بالرأي المعمول به . وفي الحالتين تفضل رأي الحنفية منعا للاعتداء على الزوجات بقصد استعجال الحصول على الميراث المذكور .

قال الحنفية في كشف الاسرار[2] :

اذا ضرب رجل امرأة حبلى فأسقط جنينها ميتا فيعتبر حيا تقديرا لانه مات بفعل الجاني ولهذا يورث عنه كما لو ولد حيا ثم مات .

انتهاء الشخصية :

اذا كانت الشخصية تلازم الكائن الحي فمن الطبيعي ان نقول انها تنتهي بوفاته حقيقة أو حكما ، والوفاة الحقيقية تتحقق بالموت كما نص القانون المدني بأن شخصية الانسان تنتهي بالموت ، والموت يثبت كثبوت الولادة في السجلات الرسمية المعدة لذلك .

وامن الوفاة التقديرية وهو الحكم بوفاة المفقود او الغائب الذي انقطعت اخباره ولا يعلم مكانه ولا يدري أحد أحي هو أم ميت ـ وسنبحث احكام المفقود في الشريعة الاسلامية في بحث القوامة على المفقود والغائب ـ

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها للاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم . مجلة القانون واقتصاد السنة السابعة ص ٢٧٢ .

(٢) كشف الاسرار ج٤ ص ١٣٦٠ .

الفرع الثاني

الاهليـة وعوارضهـا

لا بد لكل تصرف من التصرفات من صفات يتصف بهـا الشخص ليصبح عمله ذا أثر قانوني فعال ، هذه الصفات يحددها المشرع في كل تشريع ليعطي الشخص صاحب التصرف النتائج المترتبة على قيامه بكافة اعماله وتصرفاته .

هذه الشروط والصفات التي يجب ان تتوافر في الانسان هي ما يسمى بالاهلية ، فعلى كل شخص أراد الانتماء الى جهة ما ، فيجب ان تتوافر فيه الشروط المطلوبة ، وبشكل عام تطلق الاهلية على الصفات التي يجب ان توجد بالشخص ليترتب على أعماله الآثار القانونية التي يعترف الشارع بها .

والاصل ان كل انسان يتصرف في ملكه ضمن حدود القانون والشرع ، وان تصرفه في غير ما يملكه تصرف غير صحيح ، غير ان هذا قد يكون في حالات غير ذلك ، فيتصرف الانسان فيما يملكه ولا ينتج أثرا ، وقد يتصرف في ملك غيره وينتج أثرا .

وهكذا نجد أنـه لا بد لصحة التصرفات مـن أهلية يقدرها الشارع في الشخص ليكون أهلا للالزام والالتزام ، فاذا لم تتوافر فيـه كان لا بد له من شخص آخر يقوم نيابة عنه باجراء تصرفاته .

هذه النيابة قد تكون مستمدة من الشارع مباشرة فتثبت حكما وابتداء كنيابة الاب والجد عن الصغير فهذه ولاية شرعية تثبت دون عقد أو اختيار أو تعيين .

وقد تكون مستمدة من شخص آخر وهذه اما ان تكون ولاية خاصـة بعقد كالوكيل والوصي واما بحكم قضائي كالقيم الذي يعينه القاضي عـلى المجانين والمعتوهين ، واما فضالة كنيابة الفضولي عمن قام عنه باجراء التصرف .

والنيابة الخاصة اما ان تكون في حياة الاصيل كما في الوكالة او بعد وفاته كما في الوصاية حيث لا يظهر أثرها الا بعد وفاة الموصى .

ويجب ان تلاحظ ان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ان اتحدا في موضوع واحد واختلفا فيه ، فليس للقاضي ان يباشر تصرفا من اختصاص الوصي دون ارادته ، فلا يستطيع القاضي ان يزوج فتاة صغيرة مع وجود ابيها الا في حاله العضل وظلم أبيها ، فحينئذ يتدخل القاضي لرفع الظلم فيتزوج الفتاة ، أي أن القاضي صاحب الولاية العامة لا يتدخل الا حين يسيء الاب صاحب الولاية الخاصة الى من هو تحت ولايته ويتعسف في اداء واجباته .

والاصل في مشروعية نيابة الانسان عن غيره أحد الامور الآتية :

١ ــ اما عجز الاصيل عن التصرف وذلك لعارض صغر او جنون قام به .

٢ ــ واما لعدم اهتدائه الى ما فيه الخير والمصلحة وذلك كالسفيه وذي العملة

٣ ــ واما لمعاونة الاصيل ومشاركته في بعض الاعمال كما في الوكالة والمساعدة القضائية اما لغياب الاصيل او لضرورة اقتضت ذلك .

٤ ــ واما انتهازا لفرصة رأى فيها المتصرف النفع والخير فيها فتصرف نيابة عن غيره بدون توكيل كما في تصرف الفضولي .

وسوف ندرس هذه المواضيع دون توسع في بحوث ثلاثة :

١ ــ احكام الاهلية .

٢ ــ النيابة الشرعية عن الغير .

٣ ــ الوكالة والفضالة .

المبحث الاول

احكـام الاهليـة

ان موضوع الاهلية من المواضيع التي اختلفت فيها التشريعات قديما وحديثا لاعتبارات كثيرة ، أهمها في رأينا فلسفة المجتمع التي ينبثق عنها هذا التشريع ونظرته الى الكون والحياة ، فأهلية المـرأة كانت وما تزال لـدى كثـير من التشريعات أهلية ناقصة ، ترزح المرأة فيها تحت الوصاية بخلاف الشـريعة الاسلامية التي سوت بين الرجل والمرأة في أحكام الاهلية الا في بعض أمور خاصة جاءت على سبيل الحصر .

على ان جميع التشريعات وان اختلفت سعة وضيقا في هذا الموضوع فانما تهدف كلها ـ من وجهة نظرها الى أمرين اثنين :

١ ـ حماية المستضعفين في الارض ، وهم فئة من الناس حرموا نعمة العقل أو حسن التصرف والادراك ، وفي سبيل حفظ حقوق هؤلاء لا بد من مراعاة ما يضمن لهم مصالحهم دون اضرار ، وينتج عن ذلك :

أ ـ محاولة التشريع حماية ناقصي الاهلية ومعدوميها من أنفسهم اولا لان تصرفاتهم قد تسيء اليهم أكثر من الغير كالمجنون الذي يبيع أمواله .

ب ـ محاولة التشريع حماية ناقصي الاهلية ومعدوميها من الغير سـواء أكانوا من أقاربهم أم ممن يتعاملون معهم .

ثم أن المجتمع يستفيد من هذه الحماية اذ ليس من مصلحة المجتمع ان يكون من بين أفراده اناس لا يحسنون التعامل أو يسيئون التصرف باموالهم دون عقل أو تدبير أو حسن ادراك .

٢ ـ حماية هؤلاء الضعفاء ممن يتولون النيابة عنهم كالاولياء والاوصياء ، فاذا كان الولي أو الوصي سيء النية ، فاسد التدبير ، فاقد الامانة ، كان القضاء له بالمرصاد ، لان الغاية من قيود الاهلية والحجر على ناقصيها او فاقديها ليست هي المنع من التصرف بل الغاية حمايته من التصرف الضار حفظا لمصلحته .

تعريف الاهليـة :

الاهلية هي صلاحية الشخص للالزام والالتزام ومباشرة حقوقه وتصرفاته ، بمعنى ان يكون الشخص صالحا لان تثبت له حقوق ، وتلزمه حقوق لغيره ، وان يكون أهلا لاداء هذه الحقوق[1] .

فالاهلية اذن ذات معنيين : صلاحية الشخص لان يكتسب حقا او يتحمل التزام ، وصلاحية لان يباشر التصرفات الشرعية التي تكسبه حقـا او تحمـله بالتزام[2] .

فالمعنى الاول يتعرض لاصل الحق ، والمعنى الثاني لمباشرة هذا الحق .

وعلى ذلك فقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية ، ووافقهم في هذا فقهاء القانون المدني على تقسيم الاهلية المدنية الى قسمين :[3]

١ ـ أهليـة وجـوب .

٢ ـ وأهليـة اداء .

فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق المشروعة لـه وعليـه[4] .

وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لباشـرة الحقـوق المشـروعة له والتصرف فيها .

ونلاحظ ان أهلية الاداء تفترض وجود أهلية الوجوب ، ولا عكس ، لان أهلية الاداء لا تتوافر في الشخص ما لم تتوافر فيه أهلية الوجوب .

---

(١) نظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٦٢ .

(٢) كشف الاسرار ج٤ ص ٣٣٧ .

(٣) هناك انواع من الاهليات لا نتعرض لذكرها كالاهلية السياسية والاهلية التجارية وغيرها ، لان موضوع بحثنا خاص بالاهلية المدنية او ما تسمى بالاهلية المدنيـة .

(٤) يعرف الاستاذ فتحي زغلول اهلية الوجوب في شرحه القانون المصـري ص ٢٦ بانها كون الانسان محلا لان يكون له حق او عليه حق .

المطلب الاول

اهليـة الوجـوب

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للالزام والالتزام ، فهي بهذا التعريف تشمل عنصرين : عنصر الالزام وعنصر الالتزام .

وقد ربط الفقهاء بين أهلية الوجوب بعنصرها الثاني وهو الالتزام وبين الذمة[1] بناء على تعريفهم الذمة بانها [illegible] من خواص الانسان ترجع الى تركيبة من بدن ونفس ناطقة و [illegible] ة و [illegible] اعر ليست لغيره من الحيوان والجماد مما يجعله صالحا للالزام والالتزام به[2] .

ومن الفقهاء من ذهب الى أن الذمة أمر فو وجود حقيقي لاافتراضي ومن هؤلاء الفقيه البزدوي اذ يعرف الذمة[3] « الذمة هس لها عهد والآدمي لا يخلق الا وله هذا العهد والذمة أي لا يخلق الا وهو أهل للايجاب والاست [illegible] »

وكذلك فان فقهاء القانون المدني قد اختلفوا في ربط أهليـة الوجـوب بالشخصية فمعظمهم يرون أن أهلية الوجوب والشخصية أمر واحد اذ يقولون « ان أهلية الوجوب هي الشخص ذاتـه منظورا اليـه من الناحية القانونية » وعلى رأس هؤلاء استاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري[4] .

---

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ٤٩٣ بند ٤١٠ .

(٢) التنقيح ج٢ ص ٥٢ .

(٣) كشف الاسرار ج٤ ص ٢٣٨ .

(٤) نظرية العقد ص ٢١٥ : « ... فالشخص سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا انما ينظر اليه القانون من ناحية انه قادر على ان تكون له حقوق وعلى ان يتمتع بها فاذا فقد هذه المزية فهو ليس بشخص في القانون ومثل ذلك الرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق » .
اما الرقيق في الشريعة الاسلامية فهو غير فاقد اهلية الوجوب خلافا لما يذكر الدكتور السنهوري لأن له ان يتزوج بالذن سيده وله ان يطلق وان جنى جناية عوقب وان اتلف شيئا ضمن ما اتلف وتلزمه الديون ان كان ممن يكسب بعمله وهذا كله لا يكون الا لمن يملك أهلية الوجوب وان كانت ليست تامة .

وهذا الفريق يرى ان دراسة الشخصية القانونية تغني عن دراسة أهلية الوجوب طالما أنهما أمر واحد بلفظين مختلفين[1] .

بينما نرى فريق آخر من القانونيين ومنهم الدكتور سليمان مرقس ان الاهلية والشخصية أمران مختلفان[2] .

فالشخصية تبدو لنا صفة عامة تقوم في كل كائن بمجرد صلاحيته لان يكون صاحب حق واحد أيا كان ذلك الحق ومتى تثبت الشخصية لكائن معين ، فانما تثبت له كاملة غير قابلة للتجزئة فلا يصح وصف شخصية الجنين او الرقيق او الشخص المعنوي بانها ناقصة .

اما أهلية الوجوب فهي صفة تقوم في الشخص تجعله صالحا لان يتعلق به حق معين أو واجب بذاته ، فهي صفة نسبية ينظر فيها الى صلاحية الشخص لكل حق أو واجب على حدة .

وعلى هذا الرأي فان للجنين أهلية وجوب تامة بالنسبة لبعض الحقوق وهي التي لا تحتاج الى قبول كما يعتبر عديم الاهلية بالنسبة لغيرها من الحقوق .

وهناك رأي وسط بين الرأيين لا يقول بأن الشخصية القانونية هي أهلية الوجوب ولا يذهب على انهما أمران متغايران بل يقول أن أهلية الوجوب هي من أهم خواص الشخصية القانونية ومن ثم فلا يمكن أن نتصور انسانا ليست لديه أهلية وجوب مطلقة[3] .

انواع اهلية الوجوب :

من تعريفنا لاهلية الوجوب بأنها صلاحية الشخص للالزام والالتزام يمكن تقسيم هذه الاهلية الى قسمين :

١ ــ أهلية وجوب ناقصة وهي التي تؤهل الشخص للالزام فقط أي ليكون دائنا لا مدينا وهذه تثبت للجنين وهو في بطن أمه .

---

(١) حشمت ابو ستيت نظرية الالتزامات بند ١٣٨ .
(٢) المدخل للعلوم القانونية ص ٥٥٢ .
(٣) نظرية الحق للدكتور عبد الحي حجازي ص ٩٠ .

٢ ــ وأهلية وجوب تامة وهي التي تؤهل الشخص للالتزام فضلا عن الالزام أي يصبح مدينا ودائنا وهذه تثبت للطفل بمجرد ولادته حيا .

وبتعبير آخر ان لاهلية الوجوب عنصرين : عنصر موجب وهو الصلاحية لكسب الحقوق وعنصر سالب هو الصلاحية لتحمل الواجبات[1] .

اما اذا ولد الجنين ميتا فان أهلية الوجوب تكون معدومة لديه لان أهلية الوجوب مناطها الصفة الانسانية او الشخصية القانونية وقد انعدم ذلك فلم تعد هنالك أهلية وجوب لانه لا يمكن ان نتصور شخصا ليست لديه أهلية وجوب مطلقا وقد جاء من القانون المدني السوري .

ف أ : تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته .

ف ب : ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

وهذا القانون الذي يبين حقوق الحمل هو قانون الاحوال الشخصية المستمد من التشريع الاسلامي .

وعلى ضوء ذلك سنبحث في البحثين التاليين :

١ ــ أهلية الوجوب الناقصة وهذه تثبت للجنين وهو في بطن أمه .

٢ ــ أهلية الوجوب الكاملة وهذه تثبت للطفل بعد ولادته .

١ ــ اهليــة الوجوب الناقصة

قلنا أن شخصية الانسان تبدأ حسب ما جاء في القانون المدني منذ ولادته فقبل الولادة لا يعتبر الجنين ذا شخصية كاملة كذلك لا يمكن ان نعتبر الجنين قبل ولادته عدما ولهذا كان في مرحلة وسط بين الوجود والعدم لانه لا يزال في مرحلة التكوين فلا بد اذن من الاعتراف له بشخصية ناقصة ولهذا يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة ويمكن تعليل نقص أهلية الوجوب لدى الجنين بأمرين :

١ ــ ان أهلية الوجوب الكاملة هي في الالزام والالتزام بينما لا يثبت للجنين

---

(١) بحث قيم للشيخ احمد ابراهيم في مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى العدد الاول .

الا الحقوق المترتبة له ولا يثبت عليه شيء من الواجبات أي لا يلتزم بشيء ولهذا توفر في الجنين عنصر واحد من عناصر أهلية الوجوب فكانت أهلية ناقصة .

وسبب عدم التزام الجنين بواجبات تترتب عليه ان الواجب لا يثبت الا بفعل ولا فعل من الجنين يوجب عليه الضمان ، أو بالتزام يصدر ممن له الولاية على الجنين ولا ولي له ، فالجنين لا عبارة له تنشىء الالتزام ولا ولي له ينشيء عليه حقوقا تترتب بذمته لانه لا ولاية لاحد على الجنين الا بعد الولادة في الفقه الاسلامي .

٢ ــ ثم ان الاهلية التي تثبت للجنين في عنصر الالزام لا يشمل ايضا جميع أنواع الالزام بل يشمل فقط الحقوق التي لا يتوقف وجودها على القبول . اما الحقوق التي يحتاج وجودها الى ايجاب وقبول فلا تثبت له لانه لا يوجد من يتولى عنه صيغة القبول[١] .

لهذا يقول الفقهاء ان الجنين يعتبر جزءا من أمه لانه ينتقل بانتقالها كما يعتبر منفصلا عنها لانه في طريق الاستقلال عن أمه حين ولادته[٢] .

كما ان بعض فقهاء الحنابلة قالوا ان على الجنين التزاما بالنفقة من المال الموروث له الى من تجب عليه نفقتهم أي تثبت له أهلية وجوب كاملة في بعض الحقوق[٣] وقد تمشى بعض القانونيين على هذا الرأي فذهب الى ثبوت أهلية وجوب كاملة للجنين في بعض الحقوق وانعدام أهليته في حقوق أخرى[٤] .

ولهذا فان ما ذهب اليه القانون المدني من ان الشخصية تبدأ منذ الولادة غير دقيق في رأينا ولو نص على ان الشخصية تكمل بولادة الجنين حيا لكان أدق تعبيرا ، خاصة وان الطفل تترتب له أهلية وجوب كاملة وان القانونيين ربطوا بين هذه الاهلية والشخصية القانونية .

---

(١) الملكية ونظرية العقد : للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٦٧ .

(٢) شرح المنار ص ٢٤٣ .

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ١٨١ حيث جاء : وقد نص احمد في رواية الكحال ان نفقة أم الولد الحامل من نصيب مافي بطنها .

(٤) المدخل للعلوم القانونية ، الدكتور سليمان مرقس ص ٤٩٩ .

٢ ـ أهلية الوجوب الكاملة

تبدأ أهلية الوجوب الكاملة بالنسبة للحقوق المالية بولادة الانسان ولكن هل تثبت له هذه الاهلية بمجرد الولادة ؟

١ ـ ذهب الاحناف الى أن مجرد ولادة أكثر الجنين حيا يكفي لثبوت أهليته[١] .

٢ ـ وقال جمهور الفقهاء لا بد من تمام ولادة الجنين حيا فلو جاء أكثره حيا لا تثبت أهليته وهذا ما نص عليه القانون المدني السوري .

٣ ـ وقد نص القانون المدني الفرنسي على وجوب قابلية الجنين للحياة حتى يكتسب شخصيته القانونية خلافا لما ذهب اليه القانون المدني الالماني نظرا لصعوبة تقدير قابلية الحياة للجنين[٢] .

ونصت المادة ٣١ من القانون المدني السوري :

تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته .

وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية السوري في أحكام الوصية (م ٢٣٦) والوارث (م ٢٦٠) برأي جمهور الفقهاء[٣] .

أما اذا ولد الجنين ميتا فان جميع الحقوق المحفوظة له من ميراث أو وصية تعود لاصحابها من الورثة أي يعتبر كأنه ميت حين استحقاق الميراث والوصية .

---

(١) شرح المنار ص ٥٣٨ .

(٢) النظرية العامة للحق . الدكتور شفيق شحاته ص ٤٣ .

(٣) جاء في المادة ٢٦٠ من قانون الاحوال الشخصية السوري :

١ ـ يجب لاستحقاق الارث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث او وقت الحكم باعتباره ميتا ويكون الحمل مستحقا للارث اذا توافر فيه نص المادة ٢٣٦ .

ونصت المادة ٢٣٦ :

تصح الوصية للحمل المعين : اذا اقر الموصي بوجود الحمل حين الايصاء بشرط ان يولد حيا لستة فاقل من ذلك الحين .

المطلب الثاني

أهليـة الاداء

يعرف علماء الاصول الاحناف أهلية الاداء : صلاحية المكلف لصدور الفعل عنه وعلى وجه يعتد به شرعا[1] .

ويعرفها بعض رجال القانون بانها صلاحية الشخص لمباشرة اعماله القانونية على وجه يعتد به شرعا[2] .

---

(١) شرح المنار لابن مالك ص ٣٣٣ .

ونلاحظ ان فقهاء الشريعة المعاصرين على اربعة آراء في تعريف اهلية الاداء :

أ ــ فالعلامة المرحوم احمد ابراهيم يعرفها بمثل التعريف السابق نقلا عن شرح المنار في مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى العدد الثالث ١٩٣١ وفي هذا التعريف ذكر صريح للفعل الصادر من المكلف .

ب ــ ويعرفها الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة رحمه‌الله في كتابه نظرية العقد ص ٢٧٠ على انها اهليةالشخص لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية. اي يقصر بتعريفه هذا اهلية الاداء على صحة التصرفات القولية دون الفعلية .

جـ ــ بينما نرى الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله في كتابه اصول الفقه ص ١٥ يجعل أهلية الاداء شاملة الافعال والاقوال ويقول ان تصرفات عديم اهلية الاداء باطلة ، غاية الامر اذا جنى احدهما على نفس او مال غيره يؤاخذ ماليا لا بدنيا .

د ــ ويذهب الاستاذ الشيخ مصطفى الزرقا في كتاب المدخل الفقهي فقرة ٤١١ الى ان اهلية الاداء هي صلاحية الشخص لممارسة الاعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل .

(٢) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص ٣٨٥ .

وهناك خلاف ايضا بين رجال القانون في تعريف اهلية الاداء :

أ ــ ويعرف الدكتور السنهوري اهلية الاداء في الوسيط ج١ ص ٢٦٨ بانهـا صلاحية الشخص لاستعمال الحق وقد وجـه الى هذا التعريف ان عديم اهلية الاداء كالمجنون قد يستعمل حقه بسكنى داره مثلا ولكننا نقول ان سكن المجنون دارا يملكها يعود الى اذن القيم واقراره عنى ذلك .

ب ــ وهناك تعريف للدكتور شفيق شحاته في النظرية العامة للحق ص ٧٠ بانها ←

ونرى أن مناط أهلية الاداء هو العقل والادراك والتمييز ، فمن تثبتت له أهلية الاداء كاملة كانت تصرفاته صحيحة وترتبتت عليها آثارها الشرعية والقانونية ما دامت له هذه الاهلية .

الفرق بين أهلية الوجوب وأهلية الاداء .

١ ــ ان أهلية الوجوب هي قابلية الشخص للتمتع بالحقوق أو للالتزام بها . أما أهلية الاداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال هذه الحقوق ومباشرتها .

٢ ــ فأهلية الاداء اذن تستلزم أهلية الوجوب ولا عكس ، أي من ثبتت له أهلية الاداء فقد ثبتت له أهلية الوجوب اما من تمتع بأهلية الوجوب فلا يستلزم ذلك تمتعه بأهلية الاداء ، فالصغير مثلا يتمتع بأهلية الوجوب ، فهو يتمتع بحق الملكية ولكنه لا يستطيع استعمال هذا الحق بنفسه دون وليه فهو اذن ناقص أهلية الاداء ، كامل أهلية الوجوب .

٣ ــ ان مناط أهلية الاداء هو العقل بينما نجد ان مناط أهلية الوجوب هي الصفة الانسانية التي تكتمل بمجرد ولادة الشخص حيا فمجرد وجود الشخص حيا يعني وجود أهلية وجوب له ، بينما هذا لا يكفي في أهلية الاداء اذا لم يكن الشخص ذا عقل وادراك وتمييز .

انواع أهليـة الاداء :

وبما ان أهلية الاداء مناطها العقل ، فمن كان كامل العقل ، كان كامل الاهلية ، ومن نقص عقله أو تمييزه أو ادراكه كانت له أهلية أداء ناقصة ، ومن انعدم تمييزه وعقله لم يكن له أهلية اداء . فأهلية الاداء اذن أهلية إداء تامـة ، وأهلية أداء ناقصة ، وأهلية أداء معدومة وقد يكون الشـخص متمتعا بعقله التام وتمييزه وادراكه ولكن قد يمنعه مانع من القيام بالتصرفات الشرعية .

→

صفة تلحق الشخص فتصبح أعماله منتجة لآثارها القانونية .

وينتقد هذا التعريف لانه لا يفرق بين الاهلية والمسؤولية .

جـ ــ وهناك تعريف للدكتور اسماعيل غانم : أهلية الاداء هي صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا ويمكن ان نلاحظ تشابها بين هذا التعريف وتعريف الاستاذ الزرقا من حيث مناط كل منهما العقل والتعبير عن الارادة .

الفرق بين الاهليـة والولايـة :

١ ــ الاهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة اعمال غيره والتي تعود آثارها على نفس الغير وعلى أمواله .

ولهذا يقول الفقهاء : الولاية : نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى .

فالولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب كل هؤلاء لهم ولاية على مال الغير فلا يقال لهم الاهلية في التصرف في أموال غيرهم بل يقال ان لهم الولاية في ذلـك .

فالاهلية صفة تقوم بالشـخص لتجعل تصرفاتـه ذات أثر صحيح ونافذ ، وأما الولاية فهي صفة تقوم بالشخص تجعل له سلطة على غيره في نفسه أو في ماله أو فيهما معا .

ومن هنا كانت الولاية على ثلاثة أقسام : ولاية على النفس ، وولاية عـلى المال وولاية على النفس والمال معا .

٢ ــ ان لكل انسان أهلية قد تكون أهلية وجـوب والتي مناطهـا الصفة الانسانية وقد تكون أهلية أداء ومناطها العقل والادراك اضافة الى أهلية الوجوب ومتى ثبتت أهلية الاداء لشخص كان له أن يتصرف في أمواله وشؤون نفسه في حدود القانون .

أما الولاية فليس لكل شخص ولاية على غيره لان الولاية على الغير أمـر استثنائي بخلاف الاهلية ، فالولاية لا ترد على الغير الا حين انعدام أهلية الاداء أو نقصها .

٣ ــ لا تثبت الولاية الا لمن كان كامل أهلية الاداء ــ عند الشـافعية ــ فكل من لم يملك مباشرة عقد لنفسه لا يستطيع ان يباشر نيابة عن غيره .

فالولاية اذن تتطلب الاهلية بينما الاهلية لا تتطلب الولاية الا حين نقصها او انعدامها .

وذهب الاحناف الى خلاف ذلك فقالوا يجوز للصبي المميز ان يكون وكيلا عن غيره في اجراء العقود لان الحجر عليه شرع للمحافظة على أمواله ولا ضرر على

العبي من توكيل الغير له لان آثار ذلك تعود على الموكل لا على من باشر التصرف .

ويبدو لنا ان رأي الشافعية أقرب للمصلحة وللقواعد العامة .

الفرق بين عدم الأهلية والمنع من التصرف :

الاصل ان الشخص اذا كان كامل أهلية الاداء فله التصرف في أمواله الا لمانع ، هذا المنع قد يكون لتعلق حق الغير بالمال أو لخروج هذا المال من يد مالكه الى جهة أخرى .

فالمريض مرض الموت لا يستطيع التصرف في أمواله الا في حدود معينة لا لعدم أهليته بل لتعلق حق الورثة في ثلثي أمواله ، وكذلك المدين لا يملك التصرف متى تعلق حق الدائنين في أمواله ، وقد يكون المانع من التصرف في المال ذاته فمن وقف ماله لجهة من الجهات الخيرية فقد خرج من ملكه فلا يملك التصرف فيه رغم أهليته الكاملة .

وهكذا نلاحظ ان المنع من التصرف يلحق الشخص اما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال[1] .

أحكام الأهلية من النظام العام :

لا يجوز للشخص ان يتنازل عن أهليته لان ثبوت هذه الاهلية وزوالها لا يكون بارادة الشخص حتى تمنح له أو تسلب عنه متى أراد ، وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا وذلك لان أحكام الاهلية من النظام العام . وقد نص القانون المدني في المادة (٥) :

ليس لاحد التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها .

والاصل ان الشخص كامل الاهلية اذا لم تسلب منه وقد عبر القانون عن ذلك في المادة ١١ « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » .

---

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ج١ ص ٢٦٩ .

كما أن عبء اثبات عدم الاهلية يقع على من يدعيه ، فمن ادعى عدم الاهلية وأثبت ذلك كان له حق ابطال العقد ، هذا اذا لم يلجأ ناقص الاهلية الى طرق احتيالية أثناء التعاقد لاخفاء نقص أهليته .

فاذا لجأ ناقص الاهلية الى ذلك ألزم بالتعويض للطرف الآخر وفق المادة ٢٠ :

يجوز لناقص الاهلية ان يطلب ابطال العقد وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته .

ادوار الاهليـة

ذكرنا أن مناط أهلية الوجوب هو الصفة الانسانية وأن مناط أهلية الاداء هو العقل والادراك والتمييز ، فالاهلية اذن تتأثر بالسن وبالادارك وقـد تتأثر بعوامل أخرى قانونية لا علاقة لها بأصل الاهلية .

أ ــ من حيث تأثر الاهلية بالسن تمر الاهلية بخمسة دأوار سنأتي عـلى ذكرهـا .

ب ــ وفيما يتعلق بتأثر الاهلية بالادراك والعقل تتأثر الاهلية بعـوارض أهمها الجنون والعته والسفه والغفلة .

جـ ــ وأما تأثر الاهلية بالموانع القانونية فقد توجـد رغم توافـر الاهليـة لشخص ولكن قد يمنع من التصرف بناء عـلى حكم جنائي أو في حالة فقدان الشخصية أو غيابه غيبة لا يعرف فيها مكانه .

١ ــ تأثر الاهلية بالسن

يمكننا أن نقسم مراحل الاهلية حسب ما جاء في القانون المدني وقانـون الاحوال الى خمسة أدوار وذلك حسب ما جاء في الشريعة الاسلامية بايجاز لعدم الخروج عن موضوع هذا الكتاب .

١ ــ الدور الاول : دور الجنين (قبل الولادة) : وفي هذا الدور لا يكون للجنين ولي يتولى عنه أموره حسب ما جاء في الشريعة الاسلامية لان الجنين ما دام في بطن أمه فهو عديم أهلية الاداء وثبتت له أهلية نيابة عنه في حدود القانون .

٢ ــ الدور الثاني : ويبدأ منذ ولادة الجنين حيــا حتى بلوغه سن التمييز .

٣ ــ الدور الثالث : يبدأ من سن التمييز الى سن البلوغ : وفي هذا الدور تصح بعض التصرفــات من الصبي المميز كمــا ان وليــه يقــوم عنــه بسائر التصرفات الاخرى .

٤ ــ الدور الرابع : من سن البلوغ الى سن الرشد : وهذا الدور اختلف فيه الفقه عن القانون قليلا فقد ذكر أكثر الفقهاء على أن سن البلوغ يكفي لصحة التصرف اذا رافقه الرشد ، فاذا بلغ سن البلوغ وكان راشدا أي يصلح للتصرفات المالية سلمت اليه أمواله ، أما اذا لم يأنس القاضي منه الرشد رغم بلوغه فلا تسلم اليه أمواله[1] .

أما القانون فهو وان لم يذهب مذهب الفقه في هذا اذ اعتبر الاهلية التامة بسن الرشد الا انــه سمح لمن بلغ الخامسة عشرة من عمره ببعض التصرفات .

٥ ــ الدور الخامس : وهو سن الرشد وقد حدده القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية بسن الثامنة عشرة فلمن بلغ هذا السن أن يستلم أمواله اذا لم يكن محجورا عليــه .

وهذا يتفق بمراميه مع الشريعة الاسلامية التي لم تحدد سنا معينا الا أنها تركت ذلك لاولياء الامور ، وان كانت قد حددت مبدأ عاما مــن قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم »[1] .

فالآية الكريمة اشترطت لتسليم الاموال سن البلوغ وايناس الرشد فاذا لم يتوافرا معا لا يعطى البالغ أمواله[2] .

وقد فسر ابن عباس الرشد بانــه صلاح العقل وحفظ المال[3] .

---

(١) هذا فيما يتعلق بالولاية عــلى المال وصحة تصرفات البالغ وعدم صحــة تصرفاته الا انــه يجب أن نلاحظ ان الولاية على النفس تنتهي بسن البلوغ بالنسبة للرجل والولاية عــلى النفس تشمل سلطة التزويج والتطبيب والتعليم .

(٢) سورة النساء آية ٤ .

(٣) تفسير القرطبي ج٣ ص ٣٧ .

وجاء في تفسير القرطبي قال سعيد بن جبير والشعبي : ان الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع لليتيم ماله وان كان شيخا حتى يؤنس منه رشده ، وقال الضحاك : لا يعطى اليتيم وان بلغ مائة سنة حتى يعلم منه اصلاح حاله[1] .

٢ ـ تاثير الاهلية بالعقل والتمييز والادراك .

قد يبلغ الشخص سن الرشد وتسلم اليه أمواله ولكن تطرأ عليه عوارض تؤثر في أهليته فاما ان تطرأ على عقله أو على تدبيره وتقديره ، فالعوارض التي تصيب العقل هي الجنون والعته فيصبح الشخص عديم الاهلية . والعوارض التي تصيب التدبير فيصبح الشخص سيء التدبير قليل التقدير لا يزن الامور بموازينها تكون بحالتين : حالة السفه وحالة الغفلة .

١ ـ المجنون : وهو من فقد عقله وانعدم تمييزه ، والجنون مرض يصيب الشخص فتنتفي معه أهلية الاداء لزوال التمييز معه ، ولهذا كان حكمه حكم الصبي غير المميز .

٢ ـ المعتوه : هو من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، ولكنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون . والعته لدى أكثر الفقهاء نوعان : عته يذهب بالعقل فيأخذ حكم المجنون أي يصبح فاقد الاهلية ، وعته لا يفقد التمييز فحكمه حكم الصبي المميز أي لصاحبه أهلية أداء ناقصة .

٣ ـ السفيه : هو من يحسن التصرف في أمواله فينفق في غير مواضع الانفاق على خلاف مقتضى العقل[2] .

---

(١) الملكية ونظرية العقد : الشيخ محمد ابو زهرة .

(٢) جاء في المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال فقرة ٩٦ « والسفه بوجه عام خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع وقد غلب اصطلاح السفه على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . وفكرة السفه ليست من قبيل الفكرة المقيدة المنضبطة المضمونة ، وانما هي فكرة معيارية يرجع الى التجارب الاجتماعية وما يتعارف عليه الناس في حياتهم » .
راجع حكم محكمة مصر الابتدائية ٢٥ شباط ١٩٥٤ مجلة المحاماة .

٤ ــ ذو الغفلة : هو الذي لا يهتدي الى خيره اذا تصرف فلا يعرف التصرف الرابح من الخاسر[١] فيغبن بسهولة في المعاوضات .

هذه هي أهم عوارض الاهلية في الفقه الاسلامي[٢] .

* * *

(١) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ٢٩ يناير ١٩٥٩ : « الغفلة ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ، ترد على حسن الادارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص ان يغبن في معاملاته مع الغير » .

(٢) وهناك عوارض اخرى يذكرها علماء الاصول الاحناف لم نات على ذكرها حرصا على وحدة البحث وعدم الاستطراد فيه . راجع الاهلية والوصية للدكتور مصطفى السباعي والدكتور الصابوني ص ١٨ .

المبحث الاول

موانع الاهلية

هناك موانع لاهلية الاداء تميز عن العوارض بأنها تصيب كامل الاهلية ، وأكثر الفقهاء ورجال القانون لا يميزون بين عوارض الاهلية والموانع على اعتبار انه لا يترتب على الخلاف في التسمية أي خلاف في الحكم .

والمثال على ذلك :

ان المفقود أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، هؤلاء يعتبر كل منهم كامل الاهلية ، انما وجد مانع حال دون ممارستهم لاهليتهم بدليل ان الغائب يتصرف تصرفا كاملا في المكان الذي يوجد فيه ، وكذلك المريض مرض الموت يعتبر المرض به مانعا من موانع الاهلية في تصرفات معينة حددها الشارع سنذكرها بعد قليل .

والخلاصة :

ان الاشخاص من حيث أهلية الاداء ثلاثة أصناف :

١ ــ عديمو الاهلية . وهم الاشخاص الذين لا يصلحون لمباشرة أي تصرف قانوني وهؤلاء هم : المجنون ، والمعتوه ، والصبي غير المميز .

٢ ــ ناقصو الاهلية : وهم الاشخاص الذين يصلحون لمباشرة بعض التصرفات دون بعض وهم : الصبي المميز ، والسفيه ، وذو الغفلة .

وهؤلاء تكون لهم أهلية أداء كاملة في بعض التصرفات كقبولهم الهبات ، وأهلية اداء معدومة بالنسبة لتصرفات أخرى كقيامهم بهبة أموالهم للغير ، وتعتبر لهم أهلية أداء ناقصة بالنسبة لباقي التصرفات[1] .

٣ ــ كاملو الاهلية : وهؤلاء يملكون مباشرة جميع التصرفات وهم كل شخص بلغ الثامنة عشرة من عمره ولم يحجر عليه أو لم يحكم عليه باستمرار الولاية او الوصاية عليه ، ولم يقم به مانع من موانع الاهلية .

---

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص ٣٨٦ .

الفرع الثالث

النيابة الشرعية عن الغير

ذكرنا في مبحث الاهلية ان هناك أفرادا سلبتهم الحياة نعمة العقل أو حسن التدبير ، أو كانوا في سن لم تؤهلهم بعد الى رعاية شؤون انفسهم والتصرف في أمورهم ، كما انه يوجد أفراد تتوفر فيهم الاهلية كاملة الا ان ظروفا او موانع من فقد او غياب او سجن تحول دون ممارستهم التصرف في أمورهم ، فكان لا بد للمشرع من ايجاد نائب يقوم نيابة عنهم فيما يحتاجون اليه .

وبناء على ذلك شرعت أحكام النيابة الشرعية عن الغير في الفقه الاسلامي .

جاء في قانون الاحوال الشخصية السوري :

م ١٦٣ ــ ف ١ : النيابة الشرعية عن الغير تكون اما ولاية او وصاية او قوامة أو وكالة قضائيــة .

ف ٢ : الولاية للاقارب من أب أو غيره ، والوصاية على الايتام ، والقوامة على المجانين والمعتوهين والمغفلين ، والسفهاء ، والوكالة القضائية عن المفقودين .

وقد أضاف القانون المدني السوري حكم حالة المريض ببعض العاهات[1] .

م ١١٨ ــ ف ١ : اذا كان الشــخص اصم ابكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى

---

(١) ونصت المادة ٥٠ من قانون العقوبات السوري : كل محكوم عليه بالاشغال الشاقة او الاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر ، وتنتقل ممارسة حقوقه عــلى املاكه ، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص ، الى وصي وفاقا لاحكــام قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الاوصياء على المحجور عليهم ، وكل عمل او ادارة او تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلا بطلانا مطلقا مع الاحتفاظ بحقوق الغير ذوي النية الحسنة . ولا يمكن ان يسلم الى المحكوم عليه اي مبلغ من دخــله ما خلا المبالغ التي يجيزها القانون وانظمة السجون . راجع شرح قانون الاحــوال الشخصية السوري للدكتور السباعي بالاشتراك مع المؤلف ص ١٧٦ .

أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين لـه مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته في ذلك .

ف ٢ : ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، اذا صدر التصرف بعد شهر قرار المساعدة[1] .

وعلى هذا سنبحث بايجاز احكام النيابة الشرعية عن الغير :

البحث الاول ـ الولاية .

البحث الثاني ـ الوصاية .

البحث الثالث ـ القوامة .

البحث الرابع ـ الوكالة القضائية .

ثم نتكلم بعد ذلك عن أحكام النيابة عن الغير عن طريق الوكالة أو الفضالة على اعتبار انها من قبيل التصرف عن الغير أثناء حياة الاصيل[2] .

---

(١) راجع احكام النيابة الشرعية عن الغير في الوصية والولاية والتركات للمؤلف ص ١٠ ـ ٣٠ .

(٢) احكام التصرف عن الغير للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم ص ١٨٢ .

المبحث الاول

١ ـ الولايـــة

تثبت الولاية للاب على أولاده القصر بحكم الشرع والقانون دون حاجة الى عقد أو حكم قضائي ما دام الاب متمتعا بالاهلية الكاملة ومستوفيا الشروط المطلوبة منه تحقيقا للثقة به وللعدالة ومصلحة الصغير .

وشرعت الولاية لتعطي الولي الحق بالتصرف نيابة عمن لا يستطيع ادارة شؤونه بغية الاشراف على أمواله خشية ضياعها .

وقد قسم الفقهاء الولاية الى ولاية على المال وولاية على النفس ، وتجتمع الولايتان بشخص الاب بصفته أقرب الناس وأوفرهم شفقة على أولاده .

فالولاية على النفس تتضمن سـلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه والتزويج وسائر الامور الخاصة بالعناية بشخص القاصر وتكون للاقارب العصبات وفق الترتيب التالي :

الابناء وأبناء الابناء
الآباء ثم آباء الآباء
الاخوة ثم أبناء الاخوة
الاعمام ثم أبناء الاعمام .

وهكذا تثبت الولاية على النفس لهؤلاء الاقارب نظـرا لما لهم مـن صـلة وقربى بالقاصر وحرص على مصلحتـه .

أما الولاية على المال فهي تختص بالشؤون الماليـة ولا دخل لها باختصاص الولاية على النفس، وأحيانا تكون الولايتان معا لشخص واحد وهو الاب ثم الجد.

وهناك ولاية أخرى يمكن أن نسميها بولاية التربية الاولى أو ما تسمى بولاية الحضانة وتكون للام منذ ولادة الطفل حتى سن معينة حددها الشارع ، يكون الولد

خلالها لدى أمه اذا كانت هناك فرقة بين الابوين لان الوالد في هذه السن يحتاج لرعاية أمه أكثر من رعاية أبيه .

وقد نص القانون السوري للاحوال الشخصية في المادة ١٧٣ :

للاب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على مال القاصر محفظا وتصرفا واستثمارا . على أن هذه الثقة التي وضعها الشارع في شخص الاب كولي عن القاصر ، اذا ثبت خلافها أي اذا أساء التصرف في أموال القاصر ، سلبت الولاية منه ، ولذلك نص القانون السوري نقلا عن الفقه الاسلامي بهذا الموضوع أنه اذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي فللقاضي أن يسلب ولاية الولي ويختار شخصا سواه يكون وصيا على أموال القاصر[1] .

وكذلك اذا حجر على الولي أو اعتقل وتعرضت مصلحة القاصر للضياع ، اختار القاضي وصيا موقتا لادارة أموال القاصر . ولا يجوز للقاضي عزل الاب اذا كانت تصرفاته سليمة لان ولايته خاصة وهي أقوى من ولاية القاضي العامة .

وللاب الحق باختيار وصي على أولاده يفضل على الجد عند الحنفية ، أما الشافعية فيعطون حق الولاية للجد عند عدم وجود الاب لانه أقرب من الوصي الذي اختاره الاب .

ونظرا لاهتمام الفقهاء بالولاية على القصر وشؤونهم فقد صنفوا الآباء الى عدة اصناف وجعلوا لكل صنف أحكاما مميزة عن غيرها :

١ ـ أب مبذر مسرف في انفاقه ، لا يصلح أن يكون وليا اذا بلغ الاسراف حد الحجر عليه للسفه ، أما اذا لم يصل اسرافه الى درجة السفه فان القاضي يختار وصياً آخر الى جانبه .

٢ ـ أب فاسق فاسد الرأي والتدبير : تعتبر تصرفاته غير صحيحة الا اذا كان له مصلحة ظاهرة للصغير ، وهذه المصلحة نسرها الحنفية بأن يبيع الاب من مال

---

(١) جاء في قانون الاحوال الشخصية السوري في المادة ١٧٢ ف ٢ :
لا ينتزع مال القاصر من يد الاب والجد العصبي ما لم تثبت خيانته او سوء تصرفاته فيه ، وليس لاحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه اصلا ، ولا بيع عقاره او رهنه الا باذن القاضي بعد تحقق المسوغ .

الصغير بضعف القيمة أو أن يشتري له بنصف القيمة ، وفي غير هذه الحالة لا يصح تصرف الاب الفاسد الرأي .

وقال جمهور الفقهاء بأن تصرف الاب بهذه الصفة غير صحيح ولو كان بمصلحة الصغير بل على القاضي أن يختار شخصا كفئا لصيانة أموال القصر .

والاصل في ولاية الاب أن تكون شاملة لجميع أموال أولاده القصر لانه ليس لغيره حق التدخل فيها ، الا أن قانون الاحوال الشخصية استثنى حالة واحدة وهي اذا تبرع شخص بمال للقاصر واشترط أن لا يكون هذا المال تحت ولاية أبيه صح التبرع والشرط حرصا على عدم فوات هذا المبلغ المتبرع به ، وحينئذ يعين القاضي وصيا للاشراف على ادارة المال المتبرع به فقط .

حكم تصرفات الاب بأموال أولاده القصر :

١ ـ حفظ الاب اموال اولاده :

على الاب أن يحفظ أموال أولاده بما فيه مصلحتهم ، فان كان الاستثمار أنفع لهم وجب عليه ذلك ، والا حفظ أموالهم حفظا دون تصرف عن طريق الايداع في مكان أمين وبشكل مشروع .

وان جميع العقود التي يجريها الاب نيابة عن الصغير بحكم ولايته تعتبر نافذة بحق الصغير ان كانت نافعة نفعاً محضاً ، أما ان كانت ضارة ضررا مطلقا فلا تصح منه أبدا ولا تقبل الاجازة في المستقبل .

أما ان كانت تصرفات الاب في العقود التي تحتمل النفع والضرر فتصح من الاب مبدئياً الا اذا كانت بغبن فاحش ـ ضمن تفصيلات ذكرها الفقهاء في موضعها ـ .

لا يجيز أكثر الفقهاء للولي بيع عقار القاصر الا اذا كانت مصلحة القاصر تقضي بمثل هذا البيع ، ويشترط في بيع عقار القاصر ألا يكون بغبن فاحش ، أما الغبن اليسير فجائز ، وكذلك الحكم في شراء العقار لقاصر بغبن فاحش الا انه في مثل هذه الحالة اذا اشترى الولي مالا لابنه القاصر بغبن فاحش ولم يضف العقد انه انصرفت آثار العقد للولي متى وجد نفاذا على عاقده نفذ عليه .

وكذلك اذا كان العقد بين الاب والصغير خلافا للقاعدة العامة التي توجب أن يكون العقد بين طرفين الا أن الفقهاء أجازوا ذلك للاب على ألا يكون بغبن فاحش والا كان باطلا لا يقبل الاجازة ولو بلغ الصغير سن الرشد وأجازه لان العقد نشأ معدومـا .

٢ ـ التبـرع :

لا يجوز للأب أن يتبرع من مال الصغير لانه ضرر محض بمصلحته ، وولايته قوامها المصلحة ، بخلاف قبول التبرعات للصغير فيجوز للأب قبولها وتكون في ملك الصغـير .

وقد اتفق الفقهاء على منع الأب من هبة شيء من أمال الصغير مهما كان الموهوب ضئيلا ، في الوقت الذي أجازوا له البيع بغبن يسير ، وفي الغبن اليسير معنى من معاني التبرع ولكن العقد لم يرد على التبرع صراحة ولهذا جاز في الغبن ولم يجز في التبرع .

٣ ـ انتفاع الاب باموال أولاده :

اذا كان الأب محتاجاً فنفقته من مال أولاده ، ونفقة الصغير من ماله الخاص ان كان له مال ، أما اذا لم يكن للصغير مال وأنفق الأب عليه ، فان كانت النفقة من الامور الواجبة شرعا على الأب نحو أولاده ، لا يحق للأب الرجوع بما أنفق اذا أيسر الصغير ، أما اذا أنفق نفقة غير معتادة فيرجع على الصغير حين يساره اذا أشهد الأب أن ما ينفقه من هذه النفقة التي تزيد على الواجب عليه هي دين في ذمة ابنه ، أما اذا لم يشهد فيعتبر متبرعاً بما أنفق نحو أولاده .

المبحث الثاني

٢ ـ الوصايـة

الوصي هو من أقيم مقام الأب للنظر والاشراف في شؤون القصر وأمور التركة وتنفيذ الوصايـا .

والايصاء عقد يتم بايجاب من الموصي وقبول من الوصي سواء أكان هـذا القبول أثناء حياة الموصي أو بعد وفاته . وتختلف الوصاية عن الولاية ، بأنهـا تنشأ بعقد من الموصي أن بحكم من القاضي بخلاف الولاية التي تنشأ بحكـم الشرع والقـانون .

ويشترط في الوصي العقل والبلوغ واتحاد الدين مع القاصر والعدالـة ، وقد منع القانون السوري المحكوم عليه بالعقوبات التالية أن يكون وصياً :

آ ـ المحكوم عليه في جريمة سرقة أو اساءة ائتمان أو تزوير أو جريمة من الجرائم المخلة بالاخلاق والآداب العامة .

ب ـ المحكوم بافلاسه الى أن يعاد اعتباره .

جـ ـ من قرر الاب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته على ان يثبت ذلك ببينة خطية .

د ـ من كان بينه هو أو أحد أصوله أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر .

انـواع الاوصيـاء :

قسم الفقهاء الاوصياء الى عدة أنواع بالنظر الى اعتبارات مختلفة :

١ ـ الوصي المختار والوصي المعين .

٢ ـ الوصي الموقت والوصي الدائم .

٣ ـ الوصي العام والوصي الخاص .

٤ ـ الوصي الواحد والاوصياء المتعددون .

١ ـ الوصي المختار والوصي المعين :

الوصي المختار هو الوصي الذي يختاره الأب قبل وفاته للاشراف على تنفيذ وصاياه ورعاية أولاده القصر ، واذا لم يكن الأب موجودا أي كان ميتا جاز للجد أن يختار وصيا أيضا .

واذا اختار الاب أو الجد وصيا على القصر فان هذا الاختيار غير ملزم بمعنى أنه يجوز الرجوع عنه اذا تبين لاحدهما المصلحة بتغيير الوصي .

وقد اشترط القانون السوري أن تعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتثبيتها .

أما اذا مات الاب أو الجد دون أن يتركا وصيا وكانت هذه حاجة لايجاد وصي فان القاضي يقوم بتعيين وصي يسمى بوصي القاضي .

والحالات التي ينصب القاضي وصيا هي : اذا كان للمتوفى ورثة صغار ولا ولي لهم ، أو اذا كانت هناك ديون ولا يوجد وارث باستيفائها ، أو كانت وصايا تحتاج الى تنفيذ .

٢ ـ الوصي الموقت والوصي الدائم :

الاصل في عمل الوصي أن يكون دائما حتى ينتهي من العمل المكلف به اما ببلوغ القاصر سن الرشد أو بوفاته . غير أن هناك حالات خاصة يضطر القاضي خلالها لكف يد الوصي الدائم وتعيين وصي موقت لادارة أموال القاصر حتى زوال سبب كف يد الوصي الدائم أو تعيين وصي جديد . ومن هذه الحالات اذا قامت دعوى بين القاصر والوصي فلمصلحة القاصر يعين القاضي وصيا موقتا يتولى الدفاع عن القاصر والنظر في موضوع الخلاف فاذا ظهر صدق دعوى الوصي عادت اليه الوصاية وان ثبت عكس ذلك عزل الوصي وعين القاضي بديلا عنه .

٣ ـ الوصي العام والوصي الخاص :

الوصي اما أن يكون وصيا عاما ينوب عن الاب بعد وفاته بجميع الاعمال التي تسند اليه برعاية القصر وادارة أموالهم . واما أن تكون وصايته خاصة ببعض الامور دون الاخرى . فيقال للاول وصي عام وللثاني وصي خاص .

فان كان الوصي خاصا ببعض الاعمال وتصرف بأعمال اخرى لم تنفذ تصرفاته لانه يعتبر كالوكيل فان تعدى ما وكل اليه كان مخالفا لارادة الموصي أو الموكل. فقد يحسن الانسان القيام بعمل ولا يحسن القيام بعمل آخر .

٤ ـ الوصي الواحد والاوصياء المتعددون :

اذا اختار الأب وصياً واحداً كانت له جميع الصلاحيات بالتصرف بادارة أموال القصر ورعايتهم بما يحتاجون اليه . وقد يختار الاب أكثر من وصي نظرا للعبء الثقيل الذي يتعذر على وصي واحد أن يقوم به ، أو لعدم وجود الثقة الكاملة بوصي واحـد .

فاذا تعدد الاوصياء فلا يجوز لاي واحد منهم أن ينفرد بالتصرف دون الرجوع الى بقية الاوصياء لان الموصي لو وثق به وحده منفردا لما ضم اليه غيره .

على أن هناك بعض الحالات المستعجلة الضرورية تصح من أحد الاوصياء منفردا وتصبح نافذة غير متوقفة على اجازة جميع الاوصياء وهي :

١ ـ تصرفات لا تحتمل التأخير ، كتجهيز الميت ، أو النفقات المستعجلة الطارئة كاجراء عملية جراحية لاحد القصر ، أو قبول الهبات من الغير لان فيها نفعا محضا وقد يضرها تأخير القبول فيعدل الواهب عنها .

٢ ـ تصرفات لا يحتاج فيها الى أخذ رأي لانها من الامور التي لا تختلف فيها وجهات النظر وان تعددت ، كقضاء الديون الثابتة في ذمة الموصي ، أو رد الودائع المعلومة الى أصحابها ، أو تنفيذ الوصايا المحددة المعينة اذا كانت تتفق مع الشرع ولا اجتهاد في تنفيذها[1] .

---

(١) نصت المادة ٣٠ من قانون الولاية على المال المصري الصادر عام ١٩٥٢ :
يجوز عند الضرورة تعيين اكثر من وصي واحد ، وفي هذه الحالة لا يجوز لاحدهم الانفراد الا اذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق ، ومع ذلك يجوز لكل من الاوصياء اتخاذ الاجراءات الضرورية او المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر . وعند الاختلاف بين الاوصياء يرفع الأمر الى المحكمة لتقوم بما يتبع .

الوصايـة على الجنـين :

اذا اختار الاب وصياً على الحمل فان هذه الوصاية لا تثبت الا بعد وفـاة الاب وولادة الجنين حيا ، هذا ما اتفق عليه الفقهاء لانهم قالوا لا ولاية لاحد على الجنين قبل ولادته ، فأولى أن لا تكون عليه وصاية أيضا .

وسبب ذلك أنه لا ملك للجنين قبل ولادته حتى في الاموال المحفوظة له من ميراث أو وصية ، فان جاء الجنين ميتا ردت الاموال لاصحابها ، وما دام لا مال للجنين فلا حاجة للولاية عليه لاحد .

ولكن نظرا للضرورة بحفظ هذه الاموال وخشية ضياعها ، فقد قرر الفقهاء تعيين أمين تودع الاموال لديه حتى ولادة الجنين حيا حيث يسلمها لوليه أو الوصي عليه ، وان جاء الجنين ميتا رد الاموال لمستحقيها من الورثة أو من ورثة الموصي .

غير أن قانون الاحوال الشخصية السوري نقلا عن قانون الولاية على المال المصري أجاز للاب أو الجد أن يقيم كل منهما وصيا للحمل والا اختارت المحكمة وصيـاً .

وفي تفسير هذا النص اختلف شراح القانون على رأيين :

١ ـ الراي الاول :

ان الوصي الذي أجاز القانون تعيينه هو الامين وعليه أن يودع الاموال لديه حتى ولادة الجنين حيا . وليس له صلاحيات الاوصياء أبدا ، لان مصدر القانون هو الشريعة الاسلامية ولا خلاف لدى الفقهاء بعدم جواز تنصيب وصي على الجنين قبل ولادتـه[١] .

. وهذا الرأي الذي نأخذ به ورجحناه في شرحنا لقانون الاحوال الشخصيـة السوري[٢] وعليه معظم الشراح في القطر المصري[٣] .

---

(١) من انصار هذا الراي : الدكتور عبدالحجي حجازي في نظرية الحق ص٨٨ والدكتور عبد المنعم البدراوي في المدخل للقانون ص ٦٨ والدكتور سامي مدكور في نظرية الحق ص ٤٥ والدكتور حسين النوري في عوارض الاهلية ص ٢٩ .

(٢) الوصية والولاية والتركات للمؤلف ص ٧٣ .

(٣) نظرية العقد للدكتور السنهوري ص ٢١٣ .

٢ ـ الرأي الثاني :

يرى أصحاب هذا الرأي أن القانون حين أجاز تعيين وصي على الحمل فانما قصد بذلك الاحكام العامة للوصاية لا مجرد أن يكون الوصي أمينا لحفظ المال حتى ولادة الجنين[١] .

وبناء على ما نرجحه بالاخذ بالرأي الاول فاننا نرى عدم صحة الوصاية على الجنين ، وان الحقوق التي تكون للجنين من مال موروث أو موصى له بها، أو وقفت له ، فانما تنحصر صلاحية الوصي الذي أشار اليه القانون بحفظ هذه الاموال دون ادارتها أو التصرف فيها .

ويتبين من ذلك أن الهبة للجنين غير جائزة لعدم وجود من يقوم بقبولها نيابة عن الصغير ، وليس بصحيح القول بأن الهبة تقاس على الوصية لان كلا منهما تقوم على التبرع ، وذلك لاختلاف طبيعة الهبة عن الوصية ، فالوصية تنشأ بارادة الموصي ويعتبر عدم رد الموصى له قبولا عند الحنفية بينما لا بد في الهبة من ايجاب وقبول وفي مجلس واحد كما يشترط لتمامها قبض الموهوب له على خلاف الوصية.

انتهاء الوصاية :

تنتهي الوصاية على القاصر بعدة أسباب :

١ ـ وفاة القاصر :

اذا توفى القاصر فلا يملك الوصي القيام بأي تصرف يعود على القاصر لانتهاء مهمته ، ويجب عليه حينئذ تسليم الاموال التي في عهدته الى الورثة المستحقين لميراث القاصر .

٢ ـ رشد القاصر :

اذا بلغ القاصر سن الرشد فقد زالت الوصاية عنه ، وعليه أن يستلم أمواله اذا لم يكن محجورا عليه لعته أو جنون أو سفه .

---

(١) راجع نظرية الحق للدكتور شفيق شحاتة ص ٤٨ والنظرية العامة للحق للدكتور اسماعيل غانم ص ٧١٤ .

٣ ــ عودة الولاية للاب او الجد :

اذا كان الوصي موقتا وزال سبب وصايته كما لو كان الاب محجورا عليه ثم عادت اليه حرية تصرفاته ، فان الولاية تعود اليه وتنتهي مهمة الوصي بذلك أثناء حياتــه .

٤ ــ استقــالة الوصي :

يجوز للوصي أن يستقيل من عمله خلافا للاصل وهو الالزام بما كلف به وقبله صراحة ، لان الوصاية عقد تم بايجاب وقبول ، عــلى أنه يسمح له بترك عملــه في حالتــين :

١ ــ اذا اشترط الوصي في عقد الوصاية ترك مهمته متى أراد وقبل الوصي بذلك أثناء حياتــه .

٢ ــ اذا ادعى كثرة أشغاله أو أثبت عجزه عن القيام بما وكل اليه ، وتأكد القاضي من ذلك جاز اعفاؤه من عمله .

٥ ــ زوال اهليــة الوصي :

اذا طرأ مانع أو عارض من عوارض الاهلية على الوصي ، فلا يصح بقاؤه وصيا لانه أصبح بحالة يحتاج هو فيها الى من ينوب عنه فاولى أن لا تصــح نيابتــه عن غيره .

٦ ــ عزل الوصي :

يجوز للقاضي عزل الوصي اذا تبين له عدم جدارته للعمل المكلف به أو وجد به سبب من أسباب الحرمان من الوصاية التي نص عليها الفقه أو القانون .

المبحث الثالث

القوامـــة

بما أن مناط صحة التصرف العقل وحسن الادراك فقد قرر الفقهاء الحجر على المجانين والمعتوهين والسفهاء وذوي الغفلة ، وذلك بتعيين شخص ينوب عن كل من هؤلاء بادارة أمواله حتى يعود لوضعه الطبيعي .

وقد نص قانون الاحوال الشخصية السوري على تعيين قيّم للقيام بالتصرف نيابة عن المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة .

المبحث الاول

الجنون والعتـــه

المجنون معدوم أهلية الاداء بمعنى أن عبارته لا قيمة لها في جميع التصرفات ، أما الافعال فيؤاخذ بها مدنيا لانه لا حجر في الافعال لحدوث الفعل الضار وعدم امكان رفعـــه .

وقد قسم الفقهاء الجنون الى جنون مستمر وجنـــون متقطع ، فالجنـــون المستمر هو ما اتصل بسن الرشد والجنون العارض هو الطارىء بعد سن الرشد وكمال الاهلية ، ورتبوا على كل من هذه الاقسام أحكاما مفصلة .

وقد فرق الفقهاء بين الجنون وهو فقدان العقل أو اختلاله وبين العته وهو اختلاط الكلام واختلال الشعور دون فقدان العقل ، ولذا قالوا : « ان العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله ، والمجنون ضده والمعتوه من يختلط كلامه بأفعاله » .

ولذا فان الفقهاء ميزوا بين نوعين من العته ، أحدهما يعدم الاهلية فيلحـــق بالمجنون ، وثانيهما يضعف التمييز ويلحق بأحكام الصبي المميز[1] .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ج٥ ص ١٩١ ، جامع احكام الصغار ج١ ص ١٠٦ .

ونظرا لعدم وجود فوارق واضحة بين كل من الجنون والعته وبين نوعي العته ذاته فقد جعل القانون السوري أحكامهما واحدة .

نصت المادة ١١٥ من القانون المدني السوري :

ف١ ــ يقطع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر .

ف٢ ــ أما اذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، او كان الطرف الآخر على بينة منها .

وخلاصة ما ذهب اليه القانون المدني :

أ ــ ان كل تصرف يصدر من المجنون والمعتوه بعد شهر قرار الحجر يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

ب ــ وان كل تصرف يصدر منهما قبل شهر قرار الحجر يعتبر صحيحا نافذا الا في حالتين اثنتين :

١ ــ اذا كان الجنون شائعا آي معروفا لدى الناس ولو كان الطرف المتعاقد يجهل الجنون .

٢ ــ أما اذا كان الجنون غير شائع فيعتبر التصرف باطلا اذا كان المتعاقد مع المجنون على علم بجنونه .

ونلاحظ في هذا الموضوع :

١ ــ ان القانون المدني قد ربط بين صحة التصرف الصادر من المجنون وبين شهر قرار الحجر . وهذا خطأ لان قرار الحجز لا يجعل العاقل مجنونا ، بل ان وضع المريض المجنون هو الذي يقرر صحة التصرف ، فمن كان عقله سليما فتصرفه صحيح ، ومن كان مجنونا فتصرفه باطل سواء صدر قرار بالحجر أم لم يصدر .

هذا الربط المنطقي السليم بين صحة التصرف وصحة العقل هو ما جاءت به الشريعة الاسلامية حين فرقت بين الجنون المطلق حيث تبطل تصرف صاحبه مهما كان وضعه سواء صدر قرار بالحجر عليه أم لم يصدر بعد ، وبين الجنون المتقطع اذا صدر التصرف أثناء افاقة المجنون وصحوه فيعتبر التصرف صحيحا .

٢ ــ قد يكون الباعث على هذا النص هو حرص واضع القانون المدني على

استقرار المعاملات بين الناس بتوفير الثقة والطمأنينة بعدم المفاجأة ببطلان التصرف اذا لم يكن هناك قرار بالحجر ، ولكنا نقول ردا على ذلك بأنه اذا كان من واجب المشرع حفظ الاستقرار فان من واجبه الاول ضمان وحماية حقوق المرضى المجانين الذين حرمتهم الحياة نعمة العقل ، اذ ما ذنب المجنون الذي لم يحجر عليه بقرار بعد أن تلزمه بنفاذ تصرفاته الضارة به لان الطرف الآخر عاقل والمصلحة دون شك بجانبه في هـذا التعاقد .

ان في الزام المجنون بتصرفاته قبل الحجر عليه عقوبة ، ولا عقوبة الا عن خطأ وجريمة ، والمجنون يجب ألا يعاقب على خطأه او جريمته .

٣ ــ لهذا ذهب معظم شراح القانون المدني في القطر المصري الى التخلص من قسوة هذا النص عن طريق التوسع في تفسيره وتأويله الى عدة آراء منها :

أ ــ ان النص القانوني بصحة تصرفات المجنون قبل الحجر عليه فيما عـدا الحالتين المذكورتين ، انما يعني حالة الجنون غير المطبق ، أي اذا كان المجنون حال صحوه فتصرفه صحيح قبل الحجر عليه .

أما اذا كان المجنون وقت الاصابة أي تصرف وهو في حال جنونه فيعتبر تصرفه باطلا ولو لم يصدر قرار بالحجر عليه وكان جنونه غير شائع والطرف الآخر غير عالم بجنونـه .

وقد علل أصحاب هذا الرأي قولهم هذا بأن المجنون قبل الحجر عليه اذاعتبره القانون غير عديم الاهلية فيعتبر معدوم الارادة فتصرفه باطل ، اذ لا تصرف من عـديم الارادة[1] .

ب ــ وذهب بعض الشراح الى تعطيل مفهوم النص القانوني عن طريـق تقسيم الاهلية الى أهلية قانونية وأهلية طبيعية منعدمة بجنونه[2] .

---

(١) نظرية الحق للدكتور سامي مدكور ص ٩٨ . المدخل للقانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٠٥ نظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٨٠ وراجع ايضا احمد حشمت ابو ستيت ص ١٣٨ . ويرى الدكتور جميل الشرقاوي خلاف هذا الراي في النظرية العامة للحق .

(٢) نظرية الحق للدكتور عبد الحي حجازي ص ١٠٩ .

وأما التصرفات الصادرة بعد قرار الحجر فتعتبر باطلة لان قرار الحجر يقيم قرينة قانونية على انعدام أهلية الجنون[1] وعلى هذا الاعتبار يتبدل انعدام الاهلية الطبيعي الواقعي القائم على انعدام التمييز وفقدان الادراك بانعدام قانوني للاهلية قائم على أساس قرار الحجر[2] .

هذا التفسير من جمهرة الشراح في مصر حول النص القانوني الخاص لتصرفات المجانين والمعاتبة ، والذي يتجه فيه اتجاها واضحا نحو التخلص مما جاء فيه ، ويأخذ بالرأي الذي سار عليه فقهاء الشريعة الاسلامية وهو ما نص عليه صراحة قانون الاحوال الشخصية السوري :

م ٢٠٠ : المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ، ويقام على كل منهما قيّم بوثيقة .

ويعتبر هذا النص واجب العمل لدينا في سورية لانه صدر بعد صدور القانون المدني فيعتبر ناسخا له من جهة ، وان قانون الاحوال الشخصية يعتبر القانون الخاص بالنسبة للاهلية وأحكامها ، والنص الخاص يخصص النص الوارد في القانون المدني والذى يعتبر قانونا عاما في هذا الموضوع[3] .

---

(١) عوارض الاهلية للدكتور حسين النوري ص ١٣١ .

(٢) ويرى الدكتور السنهوري في الوسيط ج١ ص ٢٨٠ ـ ان تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر ـ اذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ـ انما يصح أخذا بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة ، لان الارادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

ولكن يبدو أن تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة يقتضي اصلا وجود ارادة باطنة ، فهل يوجد مثل هذه الارادة لدى المجنون ، وهو عديم الارادتين الظاهرة والباطنة .

راجع اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٨١١ .

(٣) راجع شرح الاحوال الشخصية في الاهلية والوصية والتركات للدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني ص ١٦٢ ـ ١٧٢ .

المطلب الثاني

السفـه والغفلة

السفيه هو من يبذر أمواله وينفقها على خلاف مقتضى العقل والشرع ، وذو الغفلة هو الشخص الذي لا يهتدي الى خيره ومصلحته في سائر تصرفاته ويغبن في عقوده مع الغـير[1] .

ويعتبر السفيه وذو الغفلة ناقصي الاهلية لا معدوميها بمعنى أنه تصح منهما بعض التصرفات التي تصح من المميز بل ان صحة تصرفاتهما أوسع من تصرفات المميز في بعض الاحكـام .

وقد نص القانون المدني في المادة ١١٦ :

ف١ : اذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد قرار الحجر ، سرى هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

ف٢ : أما التصرف الصادر قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

---

(١) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بمجموعة المكتب الفني لاحكام النقض رقـم ٦٩ ص ٦١٩ :

« ان السفه هو انفاق المال على غير مقتضي الشرع والعقل . وتصرف الانسان في كل ما يملك لزوجته واولاده الصغار سواء اكان هذا التصرف بعوض او غير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة في تامين مستقبـل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن مثل هذا التصرف اتلاف المال في مفسدة ، بل ان فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف انهم أحق اهله به ، اذ الشرع لا يحرم على الانسان الخروج عن ماله حال حياته كلا او بعضا لاحد ورثته لمصلحـة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول اليهم ».

والذي نراه في هذا الحكم انه اتجه في مشروعية هذا التصرف الى الناحيـة القضائية لا الديانية اذ لا يجوز ديانة توزيع المال ولو أثناء حياة الانسان بقصد حرمان الورثة أو تفضيل بعضهم على بعض وان كان نافذا قضاء .

وقد ذهب جمهور الفقهاء الى أنه لا بد من صدور قرار بالحجر على السفيه وذي الغفلة لاعتبار تصرفاتهما موقوفة، أما قبل صدور قرار الحجر فتصرفات السفيه صحيحة ، وذلك لانه لا بد من تقدير دقيق لوضع السفيه والذي يقوم بتقويمه القاضي وان كان بعض الفقهاء قد ذهب الى أن بدء السفه لا يشترط فيه صدور قرار بالحجر اذ تعتبر تصرفات السفيه موقوفة منذ قيام السفه في الانسان .

على أن أبطال تصرفات السفيه قبل الحجر عليه وفق ما ذهب اليه القانون يمكن اجراؤها على أساس الاستغلال والتواطؤ لا على أساس السفه والغفلة .

وقد فرق الفقهاء بين تصرفات المميز والسفيه بعدة أمور منها :

ان التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل تصح من السفيه كالزواج بمهر المثل ، وطلاق السفيه بدون اجازة على خلاف زواج وطلاق المميز .

واذا أنفق السفيه على نفسه أو على من تجب عليه نفقته بالمقدار المشروع فتصرفه صحيح .

وقد نص قانون الاحوال الشخصية السوري في المادة ٢٠٠ ف٢ .

السفيه والمغفل يحجران قضاء وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة . ويقام على كل منهما قيّم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة .

لمن تكون القوامة على المجانين والمعاتيه والسفهاء والمغفلين .

فرق الفقهاء في الولاية على هؤلاء بين حالتين :

١ ــ اذا كان الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة قبل بلوغ سن الرشد واتصل العارض به فان الولاية تستمر على المحجور عليه لمن كان وليا خلال الصغر .

٢ ــ أما العارض الطارىء فرأيان في الفقه :

آ ــ رأي يقول بعودة الولاية مرة ثانية للولي نفسه .

ب ــ ورأي يقول ينتقل الامر للقاضي ليختار من يشاء لهذا الامر .

وقد نص القانون المصري على أن الولاية على هؤلاء تثبت للابن البالغ الراشد ثم للاب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة .

أما قانون الاحوال الشخصية السوري فقد أعطى هذا الحق للقاضي ليعين من يرى فيه الكفاءة للقيام بالقوامة على هؤلاء وقد يختار أحد الاقارب .

المبحث الرابع

الوكالة القضائيـة

جاء في قوانين الاحوال الشخصية والمدني والعقوبات السوري ثلاث حالات نوجز أحكامها بما يلي :

١ ــ أحكام المصاب بعاهتين معا من الصمم والبكم والعمى في المادة ١١٨ من القـانون المـدني .

٢ ــ المحكوم عليه بالاشغال الشاقة أو الاعتقال وفق ما ورد في المادة ٥٠ من قـانون العقوبـات .

٣ ــ أحكام المفقود والغائب حسب ما جـاء في المادة ٢٠٢ من قـانون الاحوال الشخصيـة .

١ ــ المصاب بعاهتـين :

اذا أصيب المرء بعاهتين من ثلاث عاهات حددها القانون المدني مما يتعذر عليه التعبير عن ارادته جاز للقاضي تعيين شخص يقوم بمساعدته باجراء تصرفاته .

ويشترط ذلك :

١ ــ وجود عاهتين من ثلاث عاهات هي : الصمم والبكم والعمى .

٢ ــ أن يتعذر على المريض التعبير عن ارادته باجراء تصرفاته .

٣ ــ أن يصدر قرار بتعيين مساعد قضائي يحدد فيه نوع التصرفات لمساعدته.

وهذا الشخص يعتبر كامل الاهلية ومرضه لا يجعله ناقص الاهلية الا أن مرضه اذا حال دون قيامه بتصرفاته فان للمحكمة أن تعين شخصا يساعده للتعبير عن ارادته . وكل تصرف من المريض بعد شهر قرار المساعدة يعتبر قابلا للابطال .

ويلاحظ أنه لا يجوز للمساعد القضائي أن ينفرد بالقيام بالعمل نيابة عن المريض خلافا للقيّم والوصي حيث ينفرد كل منهما بالتصرف لمصلحة المحجور عليه.

ولا بد من القول بأن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يذكروا حكما لمثل هذه

الحالة على اعتبار أنها لا تشكل سببا للحجر ، الا انه اذا تعذر على الشخص التعبير عن ارادته فقد ذكر الفقهاء حكم الاخرس وقالوا ان اشارته المعهودة تقوم مقام لفظه أما اذا كان يحسن الكتابة فان الكتابه تعبير صحيح عن ارادة العاقد أو المتصرف وقد تكون أقوى من اللفظ .

والذي أراه أنه يمكن التوفيق بين الرأيين بأنه اذا تعذر على المرء التعبير عن ارادته بالكتابة أو بالاشارة المعروفة المعهودة التي يفهم منها مراد الانسان ، حينئذ كان لا مناص من اختيار شخص ليقوم بمساعدته على أن لا ينفرد دون الرجوع الى رأيه فهو سفير ومعبر ورسول وليس بنائب شرعي يستقل برأيه فيما يتصرف فيه[1].

على أن الفقهاء قد بحثوا مفصلا لاتصرفات المريض مرت الموت في نظرية خاصة ووضعوا لها أحكاما مفصلة سنذكر أهم ما جاء فيها في موضع آخر .

٢ ـ المحكوم عليه بالاشغال الشاقة او الاعتقال :

لقد نص قانون العقوبات السوري على حرمان الشخص الذي يحكم عليه بالاشغال الشاقة أو الاعتقال ن التصرف بأمواله حيث تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا ما عدا الحقوق الشخصية الملازمة له كالطلاق مثلا .

ولم يذكر الفقهاء مثل هذه الحالة على اعتبار أن الاصل في الشخص كمال أهليته ولا يجوز اهدار آدمية انسان دون سبب يدعو لذلك ، بينما اعتبر قانون العقوبات اضافة عقوبة لهذا الشخص تجعل تصرفاته باطلة ولا أثر لها .

ويعين القاضي شخصا يتصرف نيابة عنه ما دام سجينا ، وتنتهي مهمته بالافراج عليه أو بوفاته أو بتنفيذ حكم الاعدام ان كان محكوما بذلك ، وفي هذه الحالة على الوصي تسليم كافة أمواله الى ورثته .

٣ ـ المفقود او الغائب :

لقد نص القانون المدني السوري في المادة ٣٤ :

يسري في شأن المفقود والغائب الاحكام المقررة في قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية .

---

(١) اجاز فقهاء الحنفية للقاضي تعيين وصي للاخرس اذا كان اصم واعمى ولا وصي عليه . راجع رد المحتار ص ٤٧٦ .

والقانون الخاص المشار اليه هو قانون الاحوال الشخصية والمصدر الفقهي لهـذا القـانون .

جاء في قانون الاحوال الشخصيـة السوري :

م ٢٠٢ : المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان .

م ٢٠٣ : يعتبر كالمفقود ، الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى مقامه أو ادارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غـيره .

م ٢٠٤ : اذا ترك المفقود وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، والا عينت له وكيلا قضائيا .

وتنتهي مهمة الوكيل القضائي باحدى حالات ثلاث :

١ ـ عودة المفقود بعد غيابه ، وحينئذ يستلم جميع أمواله .

٢ ـ اذا عزل القاضي الوكيل لسوء تصرفه أو ضعفه وعدم قدرته على العمل، أو اذا استقال رغبة منه بعدم القيام بهذا العمل .

٣ ـ اذا حكم القاضي بوفاة المفقود ، فتسلم أمواله الى ورثته .

وقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي يحكم فيه القاضي بوفاة المفقود الى عـدة آراء .

١ ـ قال الحنفية : لا يحكم بوفاة المفقود حتى يبلغ السن الذي يموت فيه أقرانه عادة ، وهذا التحديد يختلف من عصر لآخر ولهذا نجد فيه اختلافا واضحـا بين تحديده بالثمانين سنة أو التسعين أو المائة ...

ولا فرق في هذا بين الاموال والزوجة ، فما دام لم يصدر حكم بالوفاة بناء على دليل أو بلوغ السن المذكور فان أمواله تبقى كما هي وزوجته على عصمته .

ودليل الحنفية في هذا أن حياة هذا الانسان ثابتة بيقين فلا تزول الا بيقين مثله ، وما دام لم يثبت لدينا ما يؤيد وفاته فلا نستطيع الحكم بذلك حتى يبلغ السن الذي يموت فيه أقرانه حينئذ يغلب على الظن أنه قد توفي فنحكم بوفاته .

ويعتبر المفقود ميتا من تاريخ الحكم بالوفاة فتعتدّ زوجته عدة الوفاة ، وتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بذلك .

٢ ــ وقال الحنابلة : أ ــ اذا غاب الشخص في حال يظن فيها الهلاك كمن سافر الى الحرب مثلا ولم يعد فيحكم بوفاته بعد أربع سنين من فقده سواء بالنسبة لامواله أو بالنسبة لزوجتــه .

ب ــ أما اذا غاب في غير ذلك فيفوض أمر تحديد وفاته الى القاضي بعد أن يتحرى بكافة الوسائل عن حياته .

وفي رواية اخرى : لا يجوز الحكم بوفاته حتى يبلغ السن الذي يموت فيــه أقرانه عادة كالحنفية .

٣ ــ أما المالكية : فقد فرقوا بحكم المفقود بين الزوجة والاموال :

أ ــ بالنسبة لزوجته أجازوا لها طلب التفريق بعد غياب زوجها بأربع سنين اذا تضررت من غيابــه .

ب ــ أما بالنسبة لامواله فلا ضرورة للحكم بفقده بل ينتظر القاضي حتى يبلغ السن وفق ما حدده الحنفية .

وقد فرق القانون السوري بحكم المفقود في حال غيابه بين زوجته وأمواله .

١ ــ حكم زوجــة المفقود :

اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منــه .

٢ ــ حكــم امواله :

وأما أمواله فلا توزع قبل الحكم بوفاته ، ولا حكم بالوفاة قبل بلوغ المفقود ثمانــين عاما .

هذا اذا لم يقم الدليل على وفاة المفقود قبل هذا التاريخ ، والا حكم القاضي بالوفاة منذ ثبوت هذه الواقعة ولو بعد عدة سنوات .

نتائج الحكم بوفاة المفقود :

اذا حكم القاضي بوفاة المفقود فان زوجته ترث منه وتعتد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذا بخلاف ما لو طلبت الزوجة الطلاق للضرر من غياب زوجها فانها لا ترث وعدتها عدة الطلاق لا عدة الوفاة .

وأما بالنسبة لامواله فتوزع على الورثة الموجودين حين الحكم بالوفاة . لا على أقاربه الذين ماتوا قبل ذلك . هذا حكم توريث الغير منه ، وأما ميراثه من غيره فيعتبر المفقود ميتا من تاريخ فقده فلا يرث نصيبه المحجوز له من ميراث أو وصية أو هبة[1] .

عودة المفقود :

اذا عاد المفقود بعد الحكم بوفاته ، فان القرار بفقده يعتبر باطلا ، ويبطل ما بني عليه من احكام فمن ذلك امور ثلاثة :

١ ــ يسترد ما بقي من أمواله التي أخذها ورثته ، أما ما استهلك منه فلا يسترده ، لانهم تصرفوا فيها وفق حكم قضائي شرعي ، وكذلك يأخذ ما حفظ له من ميراث أو وصية بعد أن ردت لاصحابها لانه تبين أنه حي يستحق الميراث من غيره والمبلغ الموصى له به .

٢ ــ ويعود لزوجته اذا كانت لم تتزوج لان قرار الحكم بالوفاة بطل . وان طلاقها كان أثرا له ، فتبين بطلانه ، فهي زوجته حكما مهما بعدت الفترة الزمنية بين الحكم والعودة .

إلا أنها اذا تزوجت فلا يمكنه أن يعود اليها الا في حالتين :

١ ــ اذا كان الزواج لم يتم بالدخول .

---

(١) لقد اخذ قانون الاحوال الشخصية بالمذهب الحنفي والمالكي في اعتبار المفقود ميتا حين فقده بالنسبة لميراثه من غيره ، واعتباره ميتا من تاريخ الحكم بوفاته بالنسبة لميراث الغير منه .

أما الحنابلة والشافعية فلم يفرقوا بين الحالتين فقد قرروا اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بوفاته بالنسبة لما يرثه من غيره ولما يرث الغير منه .

٢ ــ أو كان الزواج الثاني باطلا كما لو تزوجها الآخر وهي في العدة ، أو كان يعلم أن زوجها حي غير متوفى .

ويجب أن نلاحظ أن هذا هو خاص بالفرقة الزوجية الناشئة عن الحكم بالوفاة ، أما الفرقة الناشئة بناء على طلب الزوجة لغياب زوجها فلا يحق لهمراجعتها الا اذا كانت في العدة، أما اذا انتهت العدةفلا يحق له الرجوع اليها إلا بعقد جديد.

ولا بد من الاشارة الى أن أحكام الاهلية والغائب المفقود تطبق على جميع السوريين باعتبار أن ما جاء في قانون الاحوال الشخصية في هذا الموضوع هو قانون عام بصراحة المادة ٥٣٥ التي عددت اختصاص المحكمة الشرعية بالنسبة لجميع السوريين فذكرت من جملتها أحكام المفقود والولاية والوصاية والنيابة الشرعية واثبات الوفاة وتعيين الحصص الشرعية للورثة والحجز وفكه واثبات الرشد والنسب .

المبحث الرابع

النيابـة عن الغير في حياة الاصيل وكمال اهليتـه

المطلب الاول

الوكـالـــة

الوكالة هي اقامة الشخص غيره مقام نفسه في التصرف كما لو وكل انسان آخر ببيع أو شراء أو نكاح أو طلاق ، فالوكيل يستمد صلاحياته في هذه التصرفات من الموكل وتعود آثار هذه التصرفات الى الموكل لا الى الوكيل .

وركن الوكالة : هو الايجاب من الموكل والقبول من الوكيل ويصح بكـل لفظ أو فعل يدل على ذلك ، كما لو وكل شخص آخر فسكت ثم قام بما وكل به من أعمـال .

أما اذا قال شخص لآخر وكلتك ببيع داري فقال له لا أقبل هذه الوكالة رد الايجاب ، فاذا باع الوكيل هذه الدار كان فضوليا ، لانه لا وكالة بينـه وبين الموكل بعد أن رفض ما وكل به وأصبح الامر يحتاج الى اجازة ، للبيع أو الى ايجاب جديد للوكالة .

ولا يشترط اتحاد المجلس في الايجاب والقبول بل يجوز قبول الوكالة ولو بعد زمن من ايجاب الموكل متى علم الوكيل بذلك .

نوعـا الوكالـة :

الوكالة أما أن تكون خاصة بعقد معين واما أن تكون مطلقة عامة في جميع التصرفـات .

فان كان الوكيل وكالة خاصة فلا يملك الا القيام بما وكل به فاذا تجاوز حدود وكالته اعتبر تصرفه بحكم الفضولي الذي يتوقف على اجازة صاحب الشأن.

أما الوكيل وكالة عامة فيملك كل تصرف جائز للموكل وقال بعض الفقهاء الى أن الوكيل وكالة عامة لا يملك طلاق زوجة الموكل الا اذا نص الوكيل صراحة على ذلك .

والوكالة اما أن تكون منجزة كما لو قال له أنت وكيلي وتكون مضافة الى المستقبل معلقة على شرط محتمل الوجود كما لو قال شخص لآخر ان نجحت في الامتحان فأنت وكيلي .

شروط الوكالة :

١ ــ لا يصح لشخص أن يوكل غيره الا فيما يملك التصرف فيه لان من لا يملك التصرف أولى أن لا يملك توكيل الغير به .

٢ ــ ويشترط في الوكيل أن يكون كامل الاهلية حتى تصح عقوده وتصرفاته لان فاقد الاهلية لا تعتبر عقوده صحيحة بل ان كلامه هدر ملغى لا قيمة له .

وعلى ذلك فلا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز لانهما لا يملكان حق التصرف ، ويصح من الصبي المميز في حدود الاذن المعطى له من وليه لان للولي أن يسمح للصبي المميز بممارسة الاعمال التي تدور بين النفع والضرر .

أثر التوكيل :

إن أثر العقود التي ينشئها الوكيل تعود الى الموكل فيما وكله فيه كما لو باشرها بنفسه .

ويختلف أثر التوكيل اذا كانت الوكالة مطلقة أو كانت وكالة مقيدة كما لو قال له وكلتك ببيع داري بألف فلا يجوز للوكيل أن يتصرف الا فيما قيد به .

وأما الوكالة المطلقة فللوكيل حرية التصرف دون تقييد الا ما قيده العرف به كأن يبيع الدار مثلا الى شخص لا يثق الناس بالتعامل معه بثمن مؤجل ، أو أن يزوجه فتاة شوهاء لا تليق بأمثاله فالعرف يقيد الوكالة المطلقة[1] .

---

(١) هذا على خلاف بين أبي حنيفة والصاحبين فابو حنيفة يرى أن الوكالة المطلقة لا تقييد فيها ولا تخصيص خلافا للصاحبين حيث قيدا الوكالة المطلقة بالعرف الجاري بين الناس .

هل يجوز للوكيل ان يوكل غيره بما وكل به :

اذا وكل شخص آخر سواء كانت وكالة عامة أم خاصة وسواء كانت مقيدة أم مطلقة فللوكيل أن يوكل غيره نيابة عنه باجراء هذه التصرفات ، ويعتبر الوكيل الثاني نائبا عن الموكل وكأنه هو الذي وكله مباشرة ، هذا اذا فوض الموكل الوكيل في اجراء التصرفات حسب رأيه .

واذا كان موضوع الوكالة مما تختلف فيه الآراء وكان اختيار الموكل لوكيله لصفة شخصية فيه فالذي أراه عدم جواز توكيل الغير في هذا الموضوع أي لا يجوز للوكيل انابة غيره بـه .

تعدد الوكلاء :

اذا وكل المرء عدة وكلاء للقيام بعمل واحد كما لو وكل خمسة أشخاص ببيع دار فان كان التوكيل بمدد مختلفة أي بعقود متفاوتة بالزمن لا بعقد واحد ، فمن باشر هذا التصرف صح تصرفه منفردا ببيع الدار دون بقية الوكلاء . أما لو كان التوكيل في عقد واحد لاكثر من وكيل كما لو قال لعدد من الوكلاء مجتمعين وكلتكم ببيع داري فلا يجوز لاحدهم أن ينفرد بالبيع دون سائر الوكلاء .

اجر الوكيل :

الاصل أن الوكالة بدون أجر الا اذا طالب الوكيل بأجر فله ذلك . أما اذا سكت الموكل والوكيل فالعبرة للعرف فان كان العرف يقضي بوجوب دفع اجرة للوكيل كالمحامي مثلا فيجب على الموكل أن يدفع اجرته ، أما اذا كان العرف خلاف ذلك فلا أجرة الا باتفاق صريح .

الفرق بين الرسول والوكيل :

الرسول ينقل عبارة مرسله دون تصرف ، فيقول له : ارسلني فلان لابلغك كذا ... فالرسول لا يتصرف برأيه وعبارته وانما هو ينقل ما بلغه اياه المرسل .

أما الوكيل فانما يتصرف برأيه وارادته فيعقد العقود الموكل بها حسب مايرى من المصلحة، فقد يبيع أو يشتري، وقد لا يفعل ذلك، أما الرسول فلا يملك ذلك .

وقد يصبح الوكيل كالرسول اذا أضاف العقد الى موكله كما لو قال : باع فلان موكلي داره بكذا صار بهذا التصرف معبرا عن ارادة موكله فأصبح كالرسول بخلاف ما لو أضاف العقد الى نفسه .

الى من ترجع احكام العقد وحقوقه في الوكالة :

نقصد هنا بحكم العقد الاثر المترتب عليه بمجرد انشائه فلكل عقد أثر رتبه الشارع بالنسبة للعاقدين .

أما حقوق العقد فالمراد بها ما يثبت لكل من العاقدين من اجراءات والتزامات تتعلق بتنفيذ العقد لسلامة المعقود عليه ، وهل هو وفق الوصف المرغوب الذي تم التعاقد على أساسه أم خلاف ذلك .

ولنضرب لهذا مثلا للفرق بين حكم العقد وحقوق العقد .

ان حكم عقد البيع هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري واستحقاق البائع الثمن المتفق عليه في العقد .

وأما حقوق العقد أي الالتزام الناشىء عن العقد فهي تسليم المبيع الى المشتري وقبض الثمن ، والرد بخيار العيب ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وضمان رد الثمن اذا تبين وجود مستحق البيع كما لو ظهر أن البائع لم يكن مالكا للمبيع وقت البيـــع .

الخلاصـــة :

ان حكم العقد هو الاثر الذي يترتب على انشائه . أما حقوق العقد فالمراد بها ما يستتبعه العقد من التزامات تؤكد حكم العقد .

وعلى ذلك فاذا تصرف الوكيل بموجب وكالته فعقد عقدا من العقود فاما أن يضيفه الى موكله واما يضيفه الى نفسه .

١ ــ فاذا أضاف الوكيل العقد الى موكله كما لو قال بعت هذه الدار نيابة عن موكلي فلان فان حكم هذا العقد أي آثاره تعود الى موكله ، وترجع اليه كافة

حقوق العقد ، ويصبح الموكل ملزما بحقوق العقد وآثاره دون الوكيل وتنتهي مهمة الوكيل بمجرد تمام العقد بالايجاب والقبول .

٢ ــ اما اذا أضاف الوكيل العقد الى نفسه : كما لو باع دون أن يذكر أنه وكيل فلان في هذا العقد ففي هذه الحالة نلاحظ أمرين :

١ ــ اذا كان العقد الذي باشره الوكيل من العقود التي لا تتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والعارية ، فاما أن يكون الوكيل وكيلا عن المالك ، واما أن يكون وكيلا عن المتملك .

فان كان وكيلا عن المملك كما لو قال : وهبت هذه الدار فالعقد يتم بقبض الموهوب له هذه الدار وترجع حقوق العقد وآثاره الى الموكل .

اما ان كان وكيلا عن المتملك كما لو قال : قبلت هبة هذه الدار فاذا تم العقد بتسليم الدار الموهوبة الى الوكيل انصرف أثر ذلك أي حكم العقد وحقوقه أيضا الى الوكيل واعتبر هنا أصيلا لا وكيلا .

وكذلك الحكم لو كان وكيلا عن الزوج فأضاف العقد الى نفسه للمرأة بقوله لها تزوجتك ، انصرف أثر العقد له ، لانه لم يضف العقد الى موكله .

٢ ــ أما اذا باشر الوكيل عقدا من عقود المعاوضات كان الحكم للموكل ورجعت اليه كافة حقوق العقد .

فاذا باع الوكيل أو اشترى فان ملكية المبيع أو ملكية الثمن تثبت للموكل ويطالب الوكيل بتسليم المبيع ، ويرده اذا وجد به عيبا ، ويطالب بالثمن .

على ذلك فان آثار العقد تثبت للوكيل لا للموكل اذا أضاف العقد الى نفسه في حالتين :

١ ــ اذا كان وكيلا عن الزوج .

٢ ــ أو كان وكيلا عن المتملك في العقود التي لا تتم الا بالقبض .

انقضاء عقد الوكالة :

تنتهي الوكالة بأحد الامور التالية :

١ — اذا قام الوكيل بما وكل به فلو وكله ببيع داره فنفذ البيع انتهت الوكالة .

٢ — اذا قام الموكل نفسه بهذا التصرف كما لو باع الدار قبل أن يتصرف بذلك الوكيل .

٣ — اذا استحال تنفيذ العقد الموكل باجرائه كما لو هلكت العين الموكل ببيعها .

٤ — اذا اصيب الوكيل بعارض من عوارض انعدام الاهلية كالجنون أو اذا توفي الوكيل فالوكالة تنتهي حكما ، وكل تصرف من الوكيل بعد زوال أهليته يعتبر تصرفا باطلا .

٥ — وتنتهي الوكانة أيضا اذا خرج الموكل عن أهليته كما لو أصيب بجنون أو اذا توفي الموكل فالوكالة تنتهي حكما ، وكل تصرف من الوكيل بعد جنون الموكل أو بعد وفاته يعتبر لاغيا .

أما اذا حجر على الموكل لسفه فان التصرفات التي تصح من الوكيل بعد ذلك الوقت هي التي تصح من السفيه كالزواج والطلاق ، أما التبرع فلا يصح لان الموكل السفيه لم يعد يملك أهلية التبرع .

٦ — اذا عزل الموكل الوكيل بطلت الوكالة لانها عقد غير لازم لكل من الطرفين حق فسخه ، الا أن أثر العزل لا يعتبر الا من وقت علم الوكيل به ، أما اذا كان انتهاء الوكالة بزوال محل عقد الوكالة فلا يشترط علم الوكيل بل يعزل ولو لم يعلم بذلك كالحالات الثلاث الاولى من هذا البحث .

٧ — وكذلك اذا استقال الوكيل من مهمته فله ذلك طالما أن الوكالة من العقود اللازمة التي لا تلزم أحد طرفيها بالاستمرار بها هذا اذا لم يتعلق بهذا العزل حق للغير والا وجب اعلامه .

وكذلك يجب اخبار الموكل بعزل الوكيل نفسه لئلا يترتب على ذلك ضرر من جراء ترك الموضوع دون توكيل .

المطلب الثاني

الفضـــالـة

تعريف الفضولي :

الفضولي : هو من يتصرف في شؤون غيره دون ولاية أو وكالة فمن بـاع ملك غيره دون اذنه ولم يكن وليا عليه سمي هذا فضوليا ، ويسمى التصرف فضالة.

آثار تصرفات الفضولي :

اذا عقد الفضولي عقدا كان موقوفا على اجازة صاحب الشأن بذلك ، فمن باع ملك غيره كان البيع موقوفا على اجازة مالك المبيع فان أجاز هذا التصرف اعتبر البيع صحيحا والا كان تصرفه باطلا .

ويأخذ حكم الفضولي في الاجازة الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته كما لو قيد له الموكل قيودا محددة أو شروطا معينة فتجاوزها ولم يلتفت اليها فيعتبر تصرفه تصرف فضولي لا تصرف وكيل يحتاج الى اجازة .

وتعتبر الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وتسري آثار العقد من حين انشائه لا من حين اجازته،اذا كان من العقود التي لا تقبل التعليق كجميع عقود المعاوضات.

أما آثار العقود التي تقبل التعليق فتعتبر حين الاجازة لا حين الانشاء،كالطلاق مثلا فلو طلق فضولي زوجة آخر فأجاز الزوج هذا الطلاق فيقع حينئذ الطـلاق وقت الاجازة لا وقت انشاء الطلاق من الفضولي .

متى تصح اجازة تصرفات الفضولي :

١ ــ يشترط في اجازة تصرفات الفضولي عدم امكان تنفيذ العقد عليه والا اذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي ولم يجزه صاحب الشأن نفذ عليه .

فاذا اشترى الفضولي عينا ولم يجز صاحب العلاقة هذا الشراء نفذ عليـه

جبرا ، هذا اذا لم يضف الفضولي العقد الى من أجراه له كما لو قال اشتريت هذه العين ولم يقل لفلان فان لم يجز الشخص هذا التصرف لزم البيع بالنسبة للفضولي نفسه .

أما اذا كان لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي فلا يجبر على الزامه به كما لو باع فضولي دار غيره فلا يجوز اذا رفض البائع الاجازة أن نلزم الفضولي بهذا العقد للضرر الذي يصيب مالك العين دون ذنب منه .

وفي هذه الحالة اذا أجاز مالك العين البيع نفذ واعتبر تصرف الفضولي صحيحا . أما اذا لم يجز ذلك فلا يجوز الزام الفضولي بهذا العقد أو الزام البائع ببيع ملكه . وذلك بخلاف الحالة الاولى التي يشتري فيها الفضولي عينا اذ من الممكن الزامه بالشراء ونعود آثار العقد عليه حينئذ .

٢ ـ كما يشترط في العقد الذي يباشره الفضولي أن يكون له من يجيزه حين انشائه .

فاذا باع الفضولي عقارا للغير وكان لهذا العقار مالك رشيد يتصرف به كما يشاء فله حق اجازة هذا البيع أو رفضه .

وتعتبر الاجازة بالنسبة لعقد البيع من وقت انشاء عقد الفضولي لا من وقت الاجازة .

أما لو باع الفضولي عقارا بغبن فاحش وكان ملكا لصغير غير راشد فلا يملك أحد اجازة هذا البيع ، ولهذا يعتبر تصرف الفضولي باطلا حين انشاء العقد .

وفي هذه الحالة ان كان للصغير ولي فلا يملك أيضا حق الاجازة لان في البيع ضررا يصيب القاصر لا يجوز للولي أن يتصرف فيه ، أما ان كان فيه نفع ولم يكن بغبن فاحش فيجوز للولي اجازة بيع العقار .

فاذا بلغ الصبي سن الرشد لا يجوز له أن يجيز هذا التصرف من الفضولي لانه حين أنشأ العقد لم يكن للعقد من يجيزه أو كان الصبي دون سن الرشد فلا تصح اجازته فيما بعد لانه صدر باطلا ولا اجازة على التصرفات الباطلة .

أما لو أقدم الفضولي على بعض التصرفات التي تجوز لولي الصغير أن يقوم

بها بحكم ولايته انعقدت موقوفة على اجازة الولي أو اجازة الصغير بعد بلوغه سن الرشـــد[1] .

آثار اجازة تصرفات الفضولي :

اذا أجاز من له الشأن في تصرفات الفضولي كما باع فضولي دارا لغيره فأجاز صاحب الدار هذا البيع يعتبر الفضولي كالوكيل ويصبح العقد نافذا من وقت نشوئه .

ومنذ تاريخ الاجازة تترتب حقوق وواجبات الوكيل والموكل على كل من المجيز والفضولي فيلزم المجيز بجميع ما يلزم به الموكل .

ويترتب على نفاذ العقد حين نشوئـــه :

ان نماء المبيع وزيادتـــه اذا كانت الاجازة تلحق العقد منذ نشـــوئه خـــلال الفترة بين تصرف الفضولي وبين الاجازة هي ملك المشتري المجيز فمثلا لو اشترى فضولي دارا فجاء شخص فأجاز هذا الشـــراء بعد مدة مـــن الزمن فان أجـــرة الدار خلال هذه الفترة هي لمن أجاز الشراء وأصبحت الدار ملكا له .

أما لو كان أثر الاجازة يقتصر على وقتها لا على وقت انشاء العقد لكانت زوائد المبيع ونماؤه على ملك البائع لانه لا يزال مالكا للعين .

وبما أن زوائد المبيع هي ملك المشـري المجيز فكذلك فان نفقات المبيع تترتب عليه تبعـــا لذلك .

هل يجوز للفضولي فسخ العقد قبل اجازته :

اذا باشر الفضولي عقدا من العقود فلا بد من اجازة صاحب الشأن بذلك . ويعتبر العقد قبل الاجازة عقدا غير لازم بالنسبة له ، والعقود غير اللازمة يجوز للعاقد فسخها ، ولهذا كل عقد معاوضة أجراه فضولي يحق له فسخه قبل أن يجيزه صاحبه ، كعقد البيع مثلا أما النكاح فلا يجوز للفضولي ــ عند من قال بصحـــة تصرفاته من الفقهاء ــ أن يفسخه بل يعتبر لازما بالنسبة له ولصاحب العلاقة الخيار

---

(١) البدائع ج٥ ص ١٤٩ .

بين اللزوم وعدمه[1] . أما اذا أجازه فلا يجوز له للفضولي الفسخ لانه أصبح ملتزما به بالنسبة لصاحبه .

شروط الاجـازة :

لا تعتبر اجازة تصرفات الفضولي الا اذا توافرت لها الشروط التالية :

١ ــ يجب أن تكون الاجازة لمن له ولاية على انشاء العقد ، فاذا باع فضولي دار صغير قاصر وله وصي ، فاذا أجاز القاضي هذا البيع فلا تصح اجازته لان من له الحق في انشاء هذا العقد هو الوصي لا القاضي ، فان أجاز الوصي صح البيع . وتصح اجازة القاضي اذا لم يكن هناك وصي على الصغير .

ونرى هنا أن حق الاجازة لا يورث فلو مات الوصي مثلا بعد أن تصرف الفضولي فباع عقدا للصغير ، فلا يجوز لوارث هذا الوصي أن يتولى اجازةالعقد بل تبطل الاجازة حينئـذ .

٢ ــ يشترط أن تصدر الاجازة قبل وفاة الفضولي ، لان كل اجازة بعـد وفاته باطلة .

هذا في عقود المعاوضات ، فمن باع دارا فضالة ومات فلا يصح لمـالك الدار أن يجيز هذا العقد فيقول : أجزت بيع فلان الفضولي .

أما اذا كان العقد من غير المعاوضات كما في الزواج فالاجازة بعد الوفاة صحيحـة .

٣ ــ كذلك يشترط أن تصدر الاجازة والعاقد الآخر حي ، والا بطلتالاجازة فلا تصح اجازة المشتري لما اشتراه الفضولي اذا مات البائع .

وكذلك لو زوج شخص امرأة فضالة كما لو قالت زوجت فلانة من فـلان واستكمل هذا العقد شروطه فيجوز للزوجة أن تجيز هذا العقد فتقول أجزت ما عقد فلان . هذا ما دام الزوج حيا ، أما لو مات الزوج فلا تصح اجازة الزوجة لعقد زواجها الذي قام به الفضولي .

---

(١) فتح القدير ج٥ ص ٣١٢ ، رد المحتار ج٢ ص ٣٥٧ .

٤ ــ لا تصح الاجازة اذا صدرت بعد زوال محل العقد ، كما لو باع فضولي عينا ثم اتلفت ، فلا يصح اجازة هذا العقد بعدئذ .

رأي المذاهب الفقهية في تصرفات الفضولي :

ان اجازة تصرفات الفضولي هو مذهب الحنفية ورواية في المذهب الحنبلي وقول عند الامام مالك . وقال الشافعي ان تصرفات الفضولي باطلة ولا تصحح اجازة باطلا ، فاذا رغب صاحب العقد اجازة عمل الفضولي وجب عليه تجديد العقد بايجاب وقبول لان التصرف يجب أن يصدر من المالك أو من نائب شرعي أو وكيل وما عدا ذلك يعتبر تصرف الفضولي باطلا .

هل يجوز للعاقد الواحد ان يتولى طرفي العقد :

الاصل في انعقاد العقود ان العقد لا يتم الا بايجاب وقبول ، وأما التصرفات التي تنشأ بارادة منفردة فيكفي أن يتولى انشاء العقد شخص واحد .

ولكن هل يجوز لشخص واحد أن يتولى العقد الذي لا بد فيه من توافر ارادتين كعقد البيع مثلا ؟..

١ ــ قال الاحناف يجوز أن يتولى شخص واحد طرفي العقد في النكاح وذلك أن تكون له ولاية على الزوج والزوجة معا أو يكون وكيلا عنهما في الزواج ، أو كان وليا لطرف ووكيلا لطرف آخر .

فتعتبر عبارة العاقد مقام عبارتين في الايجاب والقبول .

وخالف من الاحناف زفر كما خالف الشافعية لانهم قالوا : لا يجوز لشخص واحد أن يكون مملكا وممتلكا لتنافيهما .

وأما عقد الفضولي فلا يجوز في الزواج عند أبي حنيفة ومحمد وأجاز ذلك أبو يوسف فقال يعتبر عقد الفضولي في عقد النكاح موقوفا على اجازة الزواج أو الزوجة .

٢ ــ أما عقود المعاوضات المالية كالبيع والشراء فلا يصح لشخص واحد أن يقوم مقام العاقدين ، وذلك أن المبيع أو عقد المعاوضة فيه تسليم المبيع وقبض الثمن وهذه حقوق متقابلة لا بد فيها من عاقدين .

وقد استثنى الفقهاء من البيع حالة واحدة صححوا فيها أن يتولى عاقد واحد طرفي العقد وهي ما اذا كان المتصرف أبا فباع مال ابنه الصغير فاشتراه لنفسه أو باع ولده الصغير مالا له ، أو أن يتولى البيع والشراء بالنسبة لاكثر من قاصر تحت رعايته .

وقد ألحق الفقهاء تصرفات الجد بتصرفات الاب بصحة انشائه العقد نيابةعن الطرفين .

أما بالنسبة للوصي فان صلاحياته أخف وأقل من صلاحيات الاب والجد ولهذا لا يجوز بيعه وشراؤه من مال الصغير لنفسه الا اذا كان في ذلك نفع ظاهر ولمصلحة القاصر لقوله تعالى :

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد النفع فقال أكثرهم أن يشتري الوصي عقار الصغير لنفسه بضعف قيمته أو أن يبيعه عقاره بنصف القيمة وبعض الفقهاء لم يقيد النفع بمقدار معين ، بل قال يكفي أن تكون هناك منفعة ظاهرة ومصلحة له من جراء هذا التصرف .

* * *

المبحث الخامس

الذمة وخصائصها وانتهاؤها

تعريف الذمـــة :

يعرف رجال القانون الذمة المالية بأنها مجموع ما يتعلق بالشخص من حقوق مالية ، له أو عليه في الحال أو الاستقبال ، وبهذا التعريف تشمل الذمة جميـــع الحقوق المالية في الحاضر وما يمكن أن ينشأ في المستقبل أيضا ، لان الذمة لا تقتصر على الاموال الحاضرة والديون ، ولذا فهي أشبه باناء يحتوي على الحقوق المالية والديون . فقد يكون هذا الاناء في وقت ما مليئا وقد يكون فارغا ولا يعني عدم وجود الذمـــة[1] .

أما الذمة عند الفقهاء فقد اختلفوا في تعريفها ، فذهب بعضهم الى أن الذمة صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الانسان[2] . وعرفها آخرون : وصف شرعي يصير به المكلف أهلا للالزام[3] . على أن هذه التعاريف غير دقيقة لانهـــا تقترب بمعني الاهليـــة .

وقد جاء في أحكام المعاملات الشرعية[4] .

الذمة هي وصف شرعي اعتباري يصـــير به الانسان أهلا للوجوب لـــه وللوجوب عليـــه .

وقد عرف استاذنا الجليل الشيخ مصطفى الزرقا الذمة بأنها : محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه[5] .

وبهذا التعريف تشمل الذمة الحقوق المالية وغير المالية لأن الذمة لا تقتصر في

---

(١) المدخل لعلم القانون للدكتور سليمان مرقس .
(٢) التنقيح لصدر الشريعة ج ٢ ص ١٥٢ .
(٣) كشاف القناع ج٢ ص ١١٧ .
(٤) المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٢٣٦ .
(٥) المدخل الى نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٢١٤ .

نظر الفقهاء على المسائل المالية بل تتعدى ذلك الى علاقة الانسان بربه وبأسرته وبجميع التزاماته ولهذا عرّفها بعض علماء أصول الفقه بأنها نفس الشخص . يقول فخر الاسلام البزدوي : ان الذمة نفس لها عهد .

فالذمة هي المحل المقدر لاتساع الحقوق . ويمكن تقسيم أهلية الوجوب الكاملة الى شطرين : أهلية في الشخص لان تجب عليه حقوق أي قابلية لتحمل الحقوق ، ومحل مقدر لاستقرار تلك الحقوق فيه ، هذا المحل المقدر أو الوعاء الاعتباري هو ما يسمى بالذمة ، وهو ملازم لاهلية الوجوب وتارة يكون مليئا بالالتزامات وتارة يكون غير مشغول بشيء منها[1] .

خصائص الذمة :

١ ــ لا توجد ذمة دون شخص سواء أكان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا. ولا ذمة للحيوان لانه غير مكلف بالتزامات وغير أهل لان يملك ، ولذا قال الحنفية من أوصى لحيوان فتعتبر الوصية لصاحب الحيوان ثمنا لغذائه .

وقال الشافعية[2] ان أوصى لدابة وقصد تمليكها أو اطلق فالوصية باطلة لان الدابة لا تملك ، وان قال في وصيته : يصرف لعلفها صحت ، لان مؤونتها على مالكها فكان هو المقصود بالوصية ويتعين عليه صرف ما أوصى به في مؤونتها .

وبما أن الذمة شطر من أهلية الوجوب الكاملة وهذه لا تكون الا للجنين بعد ولادته ، فان الجنين قبل ولادته لا ذمة له ، ولا تثبت له إلا الحقوق التي لا تحتاج الى قبول لعدم وجود ولي يقبل نيابة عنه كما سبق وبينا ذلك في أحكام الجنين .

٢ ــ لا بد لكل شخص من ذمة تبدأ منذ ولادته لانها من توابع الشخصية ولو لم يكن هناك أية التزامات مالية فقد تكون الذمة مشغولة أو بريئة ، لان الذمة هي محل الالتزام لا نفس الالتزام .

---

(١) وقد عرف الذمة العز بن عبد السلام بانها معنى شرعي قدر وجوده في الشخص ويصلح للالزام والالتزام ، وقريب من هذا تعريف الحموي في شرحه الاشباه والنظائر ص ٢١٠ بان الذمة هي أمر شرعي قدر وجوده في الانسان يقبل الالزام والالتزام.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ج٥ ص ٣٦١ .

٣ ــ لا تتعدد ذمة الانسان وكذلك لا تتجزأ ولا يجوز التنازل عنها لانها صفة من صفات الشخصية توجد بوجودها وتلازمه الصفة الانسانية .

٤ ــ الذمة محل لكل الديون وضمان لكل الدائنين ، وذلك لان الذمة تتسع لكافة الالتزامات وهذا ما يفسر صلاحية المدين لتحمل ديون أكثر من مجموع أمواله ، لان محل هذه الديون ليست مجموعة الاموال بل هي الذمة الوعاء الاعتباري لهذه الالتزامات[1] ، واستنادا الى نظرية الذمة واتساعها لكافة الحقوق والالتزامات تسهل أعمال الناس بعدم حصر ديونهم بمقدار أموالهم ، وانه يحق للدائن الحجز على أموال المدين اذا امتنع عن الوفاء أو أعسر ، إلا أنه فيما عدا ذلك يستطيع التصرف الكامل بكافة أمواله مهما قلت عن التزاماته،لان حق الدائن لا يتعلق بقيمة معينة من أموال المدين وانما يتعلق بمجموعة أمواله الحاضرة والمستقبلة .

انتهاء الذمة :

تنتهي ذمة الشخص المالية بوفاته لانتهاء شخصيته ، وتتعلق حقوق دائنيه وورثته بما ترك من أموال حيث تخصص لوفاء الديون أولا ثم لتنفيذ الوصايا ثم يوزع الباقي على الورثة .

وفي انتهاء الذمة أثر الموت ثلاثة آراء في الفقه الاسلامي .

١ ــ الرأي الاول : انهدام الذمة بالموت :

ما دامت الذمة ملازمة المكائن الحي فان وفاته تبطلها ، ولا ذمة بعد وفاته لانها تتلاشى بالموت ، فمتى مات الانسان لم يعد صالحا للالزام والالتزام وبهذا تنعدم الذمة وتنتهي .

أما ديونه فتنتقل من ذمته الى أمواله ان ترك أموالا ، أما ان مات دون أن يترك مالا وهو مدين ، فان الدين يسقط بسقوط الذمة وانتهائها ، ولان الالتزامات

---

(١) الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

لا تورث ولا يلزم الورثة بأداء ما على مورثهم أن مات ولم يترك مالا[1] .

٢ ــ الرأي الثاني : بقاء الذمة حتى تصفية التركة وسداد الديون :

تبقى ذمة الميت صحيحة حتى تصفية التركة وسداد الديون ، وأما انهدام الذمة بالموت فلا يعني أكثر من عدم صلاحيتها للمطالبة . وذلك لنشوء التزامات جديدة بعد الوفاة في عدة حالات كما رد المشتري سلعة معيبة الى ورثة البائع المتوفى وقد اشتراه منه قبل وفاته، ففي هذه الحالة تشغل ذمة المتوفى برد المبيع[2].

وعلى هذا الرأي فان الذمة لا تفنى نهائيا بالموت بل تبقى ما بقيت الحاجة الى بقائها ، أما الجديد في الموضوع ، ان الذي يطالب بالاداء هم الورثة وان محل الالتزام هو مال التركة الذي ناب عن ذمة المتوفى ولهذا كانت المطالبة في حدود ما ترك المتوفى من أموال .

وبناء على هذا الرأي تصح كفالة المدين المتوفى بعد وفاته بما عليه من ديون .

٣ ــ الرأي الثالث : ضعف الذمة :

هذا الرأي يعتبر وسطا بين الرأيين السابقين ، من قال بانهدام الذمة ومن قال ببقائها صحيحة الى سداد الديون ، ولعل من أسباب ذلك أن أصحاب هذه النظرية وجدوا كثيرا من الاحكام تبقى آثارها الى بعد الوفاة متعلقة بذمة المتوفى كالمبيع الذي رد لعيب فيه ، فان ملكية هذا المبيع في ذمة المتوفى ، وهناك احكام اخرى لا تثبت في ذمة المتوفى كمن أوصى لميت فان الوصية باطلة لان ذمة الموصى له انقضت بالوفاة فلا تصلح لترتب الحقوق والالتزامات .

---

(١) وفي هذا يذكر استاذنا الجليل العلامة الشيخ محمد ابو زهرة رحمه الله في كتابه الملكية ونظرية العقد ص ٢٦٣ ان الذمة هي امر تقديري اعتباري فرض موجودا ليكون محلا للديون وسائر الالتزامات والتكليفات .

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ١٩٣ .

(٣) ذكر الشهاب ابو العباس احمد الرملي في حاشية على اسنى المطالب شروح روض الطالب ج٢ ص ١٣٥ ان ذمة الميت صحيحة بعد الوفاة للحديث النبوي : ان ذمة الميت مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه .

ولهذا قالوا ان ذمة المتوفى تضعف ولا تفنى حتى سداد الديون[1] .

والفرق بين الرأي الثاني والثالث : ان كفالة ديون المتوفى صحيحة عند أصحاب الرأي الثاني وان لم يكن للمتوفى مال .

أما عند أصحاب الرأي الثالث فلا تصح هذه الكفالة الا اذا ترك الميت أموالا ، لان الميت المدين اذا لم يترك مالا فقد انقضت ذمته فلا كفالة له حينئذ[2] .

* * *

(١) المغني لابن قدامة ج٦ ص ٤٤٢ .

(٢) هذا ما ذهب اليه ابو حنيفة خلافا لجمهور الفقهاء الذين أجازوا الكفالة في هذه الحالة لان ذمة الميت لا تبرأ بعد وجود المال لوفاء الدين بل تبقى مشغولة به ولكن تسقط المطالبة بالدين .

المبحث الثاني

الشخص الاعتباري ومقوماته

الشخص الاعتباري هيئة تقوم بمصلحة عامة او خاصة كالجمعيات او المؤسسات حيث يتكون من مجموعة أفراد لها أغراض معينة مشروعة . وقد ذكر القانون المدني على سبيل المثال لا الحصر عدة انواع لهذه الشخصيات الاعتبارية ، منها عامة ومنها خاصة ، كالدولة والمحافظات والهيئات والطوائف الدينية التي لها شخصية اعتبارية والاوقاف ، والشركات التجارية والمدنية ، والجمعيات والمؤسسات ، وكل مجموعة من الاشخاص او الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون .

وقد عرف الفقه الاسلامي الشخصية الاعتبارية ممثلة في عدة هيئات كبيت مال المسلمين ، والوقوف ، والشركات التجارية ، والجمعيات الخيرية وغير ذلك .. وان لم تعرف هذه التسمية لان العبرة بالمضمون لا بالشكل الذي يعتبر اصطلاحا حديثا .

ولعل أبرز مثال على وجود الشخصية الاعتبارية هو وجود الاوقاف والشركات التجارية .

١ ــ فالوقوف هو حبس مال معين لجهة معينة لا تنقطع ، كوقف دار على مستشفى ، أو وقف بستان على الفقراء والمحتاجين ، أو على طبقة معينة من الورثة ، فالوقف هو اخراج ملكية شيء معين من ملك الشخص ورصده الى المنفعة العامة أو الى ورثة معينين وفروعهم للانتفاع به .

وبمجرد وجود الوقف صحيحا تنشأ الشخصية الاعتبارية حيث يكون للناظر عليه الحق في ادارة هذا المال دون ان تترتب على ذمته أية التزامات لانه يتصرف كممثل لهذا الوقف ، فكل التزام ينشأ يكون مرده ذمة الوقف لا ذمة القائم عليه .

٢ ــ أما الشركات فقد ذكر الفقهاء أحكاما مختلفة لها وقسموها لعدة اقسام

ليست مجال بحثنا الآن سوى الاستدلال بها على وجود الشخصية الاعتبارية مستقلة عن الاشخاص القائمين على تأسيسها وتمثيلها .

من هذه الشركات : شركة الملك وشركة العقد ، فشركة الملك هي ان يملك اثنان أو أكثر عينا أو دينا بسبب ميراث أو وصية أو شراء فيكون الملك مشتركا بينهما ، وشركة العقد هي ان يتعاقد اثنان أو أكثر برأسمال مشترك على القيام بعمل تجاري مشروع ، على ان يتفقا على نسبة الربح فيما بينهما .

وشركة العقد تكون على عدة أنواع اما شركة بالاموال ، واما شركة بالاعمال ، واما شركة بالوجوه ، وهذه الشركات اما ان تعطي لاحد الشركات الحق وحده بالتصرف باسم الشركة ، واما يعطى هذا الحق لجميع الشركاء .

ولا بد في الشخصية الاعتبارية من مقومات أهمها وجود غرض ثابت يرصد المال لتحقيقه ان كان الغرض ماديا ، كما يجب ان يكون هناك تنظيم تخضع له هذه الشخصية الاعتبارية وان تعترف الدولة لها بهذه الشخصية لتصبح تصرفاتها صحيحة نافذة .

ولعل بعض رجال القانون الذين أنكروا وجود الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، التبس عليهم الامر في بعض فروع ومسائل فقهية ذكرها الحنفية ، من ذلك انهم قالوا لا تصح الهبة للمسجد أو المستشفى لان الهة تمليك وهذه لا تملك ، ولا تصح ان تكون مشترية أو بائعة لانه لا ذمة لها تكون أهلا للملك وقالوا : ان الوقف لا ذمة له .

ولكن المراد بذلك هو نفي الاهلية للقيام بالالتزامات لهذه المؤسسات فالمراد بالذمة هنا هي ان تكون هذه المؤسسات محلا للتكليف او التمييز وهذا غير متصور فيها[1] .

ولذلك قالوا ان الوصية صحيحة للانفاق على المسجد لانها ليست للتمليك من جهة ولان الوصية تتم بايجاب بينما الهبة لا تتم الا بايجاب وقبول .

---

(١) ذكر الشافعية في نهاية المحتاج ج٣ ص ١١٦ « ا نالوصية للمسجد صحيحة وان اريد بها تمليكه » .

واذا رجعنا الى الاحكام الفقهية العامة حتى عند الحنفية فلا نرى أي أثر يؤيد القول بعدم جواز التمليك على هذه الجهات لكثرة المسائل المغايرة لهـذا الحكم وخاصة في أحكام الوقف وصلاحيات الناظـر حيث أجازوا له استغلال الارض والشجر والملك لمصلحة الجهة الموقوفة ، واذا قام بذلك لم يكن تصرفه لملكه بل لمصلحة الوقف ، وكذلك اذا استدان الناظر لمصلحة الوقف ، لم يكن هو مدينا بل ان الوقف هو المدين .

ويقول الاستاذ الشيخ علي الخفيف ردا على من ينكر وجـود الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي بعد أن أورد أمثله كثيرة على وجود ذمة مستقلة لبيت مال المسلمين وللجمعيات والشركات التجارية والوقف .

أليس كل هذا كافيا لان نطمئن الى أن الحنفية يقولون بالشخصية المعنوية وان لم ينطقوا بهذه الألفاظ لانها نتيجة اصطلاح حديث . ذلك ما يجب ان يفهم والا فكيف يدار مستشفى وقفه انسان ووقف عليه أعيانا لادارته ؟ .. أليـس يحتاج الى أطباء وصيادلة وممرضين وخدم وكل هؤلاء يستحقون أجرهم قبل وقف المستشفى ؟ .. الا تستحق جهة المستشفى في ذمم المرضى الاجرة فيطالبهم القائم على المستشفى بها ويؤدونها اليه فتكون من اموال المستشفى وملكا له لا للقائم عليـه ؟.. أليس كل ذلك يقضي بثبوت الذمة لجهات لا حياة لها ..

* * *

الفرع الثاني

محـل الحـق

الاشـياء والامـوال

ميز القانون المدني السوري والقانون المصري بين الاشياء والاموال ، خلافا للقانون المدني المصري القديم ، وقد سار على ذلك أكثر شراح القانون حيث فرقوا بين الشيء والمـال .

فالمال هو كل حق ذي قيمة مالية يمكن تقديرها بمبلغ من النقود . أما الشيء المادي فليس الا محل الحق المالي .

فالفرق بين المال والشيء كالفرق بين الحق ومحل هذا الحق .

ولكننا سنبحث الموضوع وفق ما ذهب اليه فقهاؤنا بتقسيم الاموال على اعتبار انه لا يترتب فرق عملي على هذه التقسيمات ولاننا نعرض وجهة نظر مستقلة عما أخذ به القانون المدني[1] .

---

(١) آثرنا ترك موضوع التفرقة بين الشيء والمال وفق ما ذهب اليه اغلب شراح القانون المدني المعاصرين ، لنوضح وجهة نظر اخرى سار عليها فقهاؤنا .

وضع فقهاء المسلمين تصنيفا آخر بين الحق والمال ، وتقسيما بين الحق الذي يتعلق بالمال او لا يتعلق به الى غير ذلك من التفصيلات ذكرنا بعضها بايجاز في بحث بعض القواعد الكلية كامثلة تطبيقية لهذا الخلاف وبخاصة في مدلول حديث نبوي : من ترك مالا او حقا فلورثته وما دار بين الفقهاء في تحديد معنى الحق وتقسيماته .

المبحث الاول

تعريف المال وعناصره

تعريف : المال لغة : ما ملكته من كل شيء وجمعه أموال ، فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان المملوك عينا أم كان منفعة .

أما تعريف المال لدى الفقهاء فقد اختلفت عباراتهم في تعريف المال وان كانت متقاربة من حيث المعنى والمراد ، وها نحن ننقل بعض التعريفات :

١ ــ جاء في المادة (١٢٦) من مجلة الاحكام العدلية :

المال ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة[1] .

هذا التعريف يجمع بين معنى المال لدى الفقهاء أي معناه الاصطلاحي وبين معناه اللغوي ، غير أنه لم يشمل جميع أنواع المال فهو تعريف ناقص لان قوله : ما يمكن ادخاره يفهم منه ان مالا يمكن ادخاره لا يعتبر مالا مع انه لا خلاف فيه لدى الفقهاء باعتباره من الاموال كالخضر والبقول التي يصعب ادخارها خشية فسادها فهذه أموال لا يمكن ادخارها .

وقوله : ما يميل اليه طبع الانسان ايضا يمكن ان لا نعتبر من الاموال مالا يميل اليه طبع الانسان مع أنها أموال كبعض الادوية وبعض السموم وكل ما لا يميل اليه طبع الانسان رغم انها لها قيمة ويجري فيها التعامل بين الناس .

وقد نقلت مجلة الاحكام هذا التعريف عن ابن عابدين حيث ورد في حاشيته :

---

(١) جاء في شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ سليم باز : « المالية تثبت بتمويل الناس كافة او بعضهم . والفرق بين الملك والمال هو بالعموم والخصوص فكل مال ملك وليس كل ملك مالا . لان المنافق ملك وليست مالا ، اذ لا يمكن ادخارها » .
اقول : هذا التعليق يتفق مع ما ذهب اليه الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء كما سياتي في موضعه من ان المنافع تعتبر أموالا لديهم .

المراد بالمال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة[1] .

٢ ــ وقد عرف محمد قدري باشا المال في المادة الاولى من كتابه مرشد الحيران :

المال : ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة .

ونلاحظ في هذا التعريف انه يسلم من النقد الثاني وهو عدم ذكره ما يميل اليه الطبع ، ولكنه مع ذلك نص على امكان ادخاره ، ونود ان نقول ان كلا التعرفين بقولهما : لوقت الحاجة قد يفهم منه الادخار لى وقت معلوم محدود بزمن يتناسب مع ماهية هذه الاموال ، وبهذا التفسير يمكن ان نصحح النقد الذي وجهناه الى التعريفين في هذا الخصوص .

٣ ــ وقد جاء في البحر الرائق وهو من كتب الاحناف نقلا عن الحاوي[2] تعريفا جامعا للمال :

المال : ما أمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار .

وهذا التعريف الاخير سنجعله أساسا لدراستنا خصائص المال وما يشترط لتحققه مع العلم بأن جميع التعريفات لا تخلو من نقد نظرا لما تشتمل عليه من نقص أو عدم شمول لجميع أنواع المال .

وخلاصة ما ذهب اليه الفقهاء في تعريف المال :

ان المال هو كل ما أمكن احرازه والانتفاع به وعلى هذا فيشترط لتحقق المالية شرطان لا بد منهما معا :

١ ــ امكان الاحراز والحيازة : ان كل ما لا يمكن احرازه وحيازته لا يعد مالا كالصحة والشرف والعلم والذكاء .. واذا أمكن احراز الشيء أيضا دون ان يتوفر فيه امكانية الانتفاع فلا يعد مالا كحفنة من تراب مثلا هذه يمكن ادخارها وحيازتها ولكن لا يمكن الانتفاع بها وكذلك حبة قمح مثلا يمكن احرازها ولكن لا يمكن الانتفاع بها عادة .

---

(١) رد المحتار ج٤ ص ٣٠ .

(٢) البحر الرائق ج٤ ص ٢٥٦ .

وقد يكون الشيء في الاصل مالا ثم يصبح غير مال اذا قل الى درجة لا يمكن الانتفاع به ككسية من القمح أو الارز أو السكر قلت حتى أصبحت حبة واحدة من القمح أو الارز أو السكر ، فهذه تفقد صفتها المالية لعدم امكان الانتفاع بها عادة . ولهذا يقول الامام الشافعي رضي الله عنه : لا يقع اسم مال الا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه .

٢ ـ **امكان الانتفاع به عادة** : وهذا يشمل المال سواء أكان محرزا فعلا كجميع الاشياء من أرض ومتاع وحيوان أم كان غير محرز ولا منتفع به ولكن من الممكن احرازه والانتفاع به ، لاننا قلنا : امكانية احرازه وامكانية الانتفاع به ، وهذا يعني ما كان محرزا ومنتفعا به في الحال وما أمكن احرازه والانتفاع به في المستقبل ، فالاسماك في البحار والطيور في الهواء ، هذه أموال رغم انها محرزة ولا يمكن الانتفاع بها ما دامت على شكلها الحاضر ولكن يمكن بعد الاصطياد احرازها والانتفاع فيتوفر بذلك شرط المالية .

ومعنى قولنا : الانتفاع به عادة يخرج به ما أمكن الانتفاع به في حال الضرورة فهذا لا يعتبر مالا فلحم الميتة مثلا لا يعتبر مالا لانه لا ينتفع به عادة وسبب الخلاف انه لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية تعريف واضح للمال فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا » وجاء على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه ، وماله وعرضه »[1] .

ونلاحظ أن التعريف الفقهي للمال أخص من التعريف القانوني اذ أن المال لدى علماء القانون يشمل كل حق ذي قيمة مالية ، مهما كان نوع ذاك الحق سواء أكان الحق عينيا ، أم شخصيا ، أم كان الحق يتعلق بالملكية الادبية أو الفنية أو الصناعية .

---

(١) راجع المعاملات الشرعية للشيخ احمد ابراهيم ص ٣٥ .

المبحث الثاني

اقســـام المـــال

يقسم المال باعتبارات مختلفة الى عدة أقسام :

١ ــ بالنظر الى الضمان أو عدمه أو الحماية وعدمها يقسم المال الى مال متقوم ومال غير متقوم .

٢ ــ وبالنظر الى وضع المال واستقراره يقسم الى عقار ومنقول .

٣ ــ وبالنظر الى تماثل أحاده يقسم الى مثلي وقيمي .

المطلب الاول

المـال المتقـوم وغـير المتقـوم

من حيث الضمان وعدمـه :

ليس كل مال صالح للانتفاع أو للاقتناء يعتبر مباح الاقتناء ، بل من الاموال ما تعتبر غير مباحة الاستعمال والاستغلال رغم انها تعتبر أموالا حيث يمكن ادخارها والانتفاع بها ، وعلى هذا فالاموال بهذا الاعتبار قسمان : أموال متقومة وأموال غير متقومة :

١ ــ فالمال غير المتقوم هو كل مال لا يجوز استعماله واستغلاله ، ولا يحترم الشارع ملكيته فالخمر والخنزير أموال ولكنها غـير متقومة في نظـر الشارع الاسلامي بالنسبة للمسلمين دون غيرهم .

وخصائص المال غير المتقوم تبدو لنا من نواح عدة أهمها :

١ ــ لا يباح للمسلم الانتفاع بالمال غير المتقوم ، ويباح لغيره ذلك اذا كان المال يعتبر في شريعته متقوما ، فالخمر مال غير متقوم بالنسبة للمسلم ، ومال متقوم بالنسبة لغيره ، اذا كان يعتبر في شريعته متقوما .

٢ً ــ ان ملكية المال غير المتقوم غير محترمة ولا مصونة بمعنى ان من أتلف للغير مالا غير متقوم في شريعته لا يضمن ذلك اما اذا كان متقوما فيضمن ما أتلف[١] .

وفي المثال الذي ذكرناه وهو الخمر يعتبر مالا غير متقوم للمسلم فاذا أتلف شخص خمرا لمسلم لا يضمن ثمن ما أتلف اما اذا أتلفه لمسيحي فيضمن قيمة ما أتلفه[٢] .

٣ً ــ المال المتقوم يصلح ان يكون محلا للمعاوضة المالية أي للتبادل والتعاقد كالبيع مثلا فيجوز بيع المال المتقوم ويجوز الايصاء به الى الغير . أما المال المتقوم فلا يصلح ان يكون كذلك فاذا بيع المال غير المتقوم كان البيع باطلا[٣] ، واذا اوصى شخص لآخر بمال غير متقوم كانت وصية باطلة .

٤ً ــ يباح الانتفاع بالمال غير المتقوم في حالة الضرورة ولا يباح في غير ذلك الوقت كمن لا يجد ماء واشرف على الهلاك من الظمأ فيباح له شرب الخمر مقدار ما يدفع عن نفسه الضرر .

٥ً ــ قد تطرأ بعض حالات تجعل المال غير المتقوم مالا متقوما كمخدر مثلا يعتبر مالا متقوم ولكنه اذا أصبح دواء بحيث لا يغني سواه عنه اعتبر مالا متقوما ، أو اذا تحول الى دواء باسم آخر كما لو فقد خاصة التخدير أصبح محترما متقوما كبقية الاموال التي اذا أتلفها الغير ضمن لصاحبها قيمتها .

---

(١) هذا ما ذهب اليه الاحناف والمالكية ، اما الشافعية والحنابلة فيعتبرون ما كان من الاموال غير متقوم في الشريعة فهو غير متقوم بالنسبة للجميع ، وعلى هذا اذا أتلف مسلم لمسيحي خمرا فلا يضمن قيمة ما أتلفه لان لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، دون تفرقة بين مسلم وغير مسلم .

راجع كشف الاسرار على اصول البزدوي ج٤ ص ١٥٤١ .

(٢) يرى ابو حنيفة ان المسلم اذا أتلف لغير المسلم مالا غير متقوم فيضمن قيمته ، اما اذا أتلفه غير مسلم لغير مسلم فيضمن مثله ويرى المالكية والصاحبان من الحنفية الى ان الضمان بالقيمة دائما سواء كان المتلف مسلما ام غير مسلم .

(٣) هذا اذا كان محل العقد في البيع هو مال غير متقوم كان العقد باطلا اما لو كان الثمن مالا غير متقوم كان العقد فاسدا .

٢ ــ واما النوع الثاني فهو المال المتقوم ، وقد بدا لنا تعريفه بالمقارنة مع المال غير المتقوم ومع هذا فنذكر بعض خصائصه :

١ً ــ ان الشارع اعترف بقيمة المــال المتقوم .

٢ً ــ واباح الانتفاع به بكل طرق الانتفاع .

٣ً ــ وملكيته ملكية محترمة بمعنى ان من أتلف للغير مالا متقوما ضمن له قيمة ما أتلف[١] .

يقول ابن نجيم في كتابه البحر الرائق[٢] :

« ... والمالية انما تثبت بتمويل الناس كافة أو بتقوم البعض والتقوم يثبت بها وباباحة الانتفاع له شرعا فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة وما لا يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر » .

ما يشترط في المال المتقــوم :

يشترط في المال المتقوم شرطان لا يثبت بدونهما :

١ ــ احراز المال احرازا فعليا .

٢ ــ جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا .

وعلى هذا فكل مال قبل حيازته كالسمك في الماء والطير في الهواء لا يعتبر مالا متقوما لدى الفقهاء اذ لا بد من الاحراز وقبل ذلك يعتبر مالا غير متقوم بمعنى لا حرمة لملكيته ولا ضمان لها . ويجب ايضا ان يكون الاحراز بشكل يمكن الانتفاع به انتفاعا مطلقا والا كان غير متقوم ومن أتلفه لم يضمن قيمة ما أتلف[٣] .

---

(١) المغني لابن قدامه ج٤ ص ٢٧٦ .

(٢) البحر الرائق ج٤ ص ٢٥٦ .

(٣) وقد نص القانون المدني على ان هناك اشياء لا تصلح ان تكون محــلا للحقوق المالية لانها تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهي التي لا يمكن حيازتها كالاموال العامة فهذه لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها ان تملكها بالتقادم . او لان القانون منع ان تكون تلك الاموال محلا للحقوق المالية لاعتبارات تتعلق بالنظام العام او الاداب العامة كالحشيش والافيون مثلا .

وهذا التقسيم القانوني وان كان يختلف عن تقسيم الفقهاء ولكنه على كل حال

على انه يلاحظ في جميع حالات المال المتقوم وغير المتقوم ان مناط ذلك كله حالة السعة والاختيار اما حالة الاجبار والضرورة فيختلف النظر الفقهي الى المال غير المتقوم لانه قد يصبح غير المباح مباحا في ظروف طارئة خاصة .

هل يعتبر المباح من الاموال المتقومة :

وقد جاء في المادة (١٢٧) من مجلة الاحكام العدلية :

« المال المتقوم يستعمل في معنيين : الاول بمعنى ما يباح الانتفاع به ، والثاني بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم واذا اصطيد صار متقوما بالاحراز » .

فالتقويم اذا يثبت بالمالية وباباحة الانتفاع به شرعا فما يباح بلا تمول لا يكون الا كحبة حنطة وما يتمول بلا اباحة انتفاع لا يكون متقوما كالخمر بحق المسلم واذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدم مثلا .

وهذا التعريف الذي جاءت به مجلة الاحكام العدلية مأخوذة عن كتاب التلويح فقد جاء فيه :

ان التقويم ضربان : عرفي وهو بالاحراز فغير المحرز كالصيد والحشيش وغيرها ليس بمتقوم ، وشرعي وهو باباحة الانتفاع به ، والذي نراه مع استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة : ان الاموال المباحة يجوز اعتبارها أموالا متقومة ما دام الشارع قد أباح الانتفاع بها ، واحترم ملكية من سبط اليها واستولى عليها ، واذا نظرنا هذا النظر لا تعد المباحثات أموالا غير متقومة لان الاموال غير المتقومة ما لا يقر الشارع ملكيتها ولا يحترمها ولا يبيح الانتفاع بها .

واما عدم ضمان المباح باتلافه فلان لا مالك له والضمان انما يكون لمالك يطالب بحقه . كذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه ، لعدم ملكية التصرف

↩

يعتبر من الاموال ما يجوز الانتفاع به ومن الاموال ما لا يجوز استعماله ولا الانتفاع به ، فالافيون مثلا كمادة محرمة تعتبر من الاموال غير المتقومة قانونا ، اما اذا استعملت في الادوية مثلا اصبحت من الاموال المتقومة قانونا ـ راجع المادة ٨٣ من القانون المدني السوري ـ .

ولانه باع على الشركة الطبيعية باباحته للعموم وتركه للجميع يتسابقون في احرازه والاستيلاء عليه ، وبالاحراز يدخل في الملكية وتتعلق به كل حقوق المالك للمحرز .

هـل تعتبر المنافـع امـوالا

قلنا في تعريف المال انـه ما أمكن الانتفاع به وأمكن احرازه فهل تعتبر المنافع أموالا كسكنى الدار مثلا ؟ ..

ان مقتضى التعريف لا يشمل المنافع لانه يمكن الانتفاع بها ولكن لا يمكن احرازها ، لان الاحراز يشترط فيه أن يكون المحرز مادة حتى يمكن ادخارها وحيازتها فعلا . فالمنافع اعراض تتجدد في كل وقت ، فمن استأجر دارا فان العقد مستمر بمعنى ان كل ساعة تمر لها منفعة تتغير بتغير الزمن . وقبل مجيء الوقت المحدد فالمنافع معدومة فكيف يمكن للمعدوم ان يكون محلا للاحراز والحيازة حتى نعتبره من الاموال ؟ ..

ولهذا قال الاحناف لا تعتبر المنافع أموالا لانه لا يمكن حيازتها ولا احرازها رغم الانتفاع بها .

وذهب جمهور الفقهاء ، الشافعية والحنابلة والمالكية : الى ان المنافع أموال متقدمة ، اذ لا تلازم في المال بين أن يحرز أو يحاز بنفسه بل يكفي ان يحاز بحيازة أصله والمنافع تحرز باحراز أصلها فمن استأجر دارا فانما يمنع الغير من الانتفاع بهذه الدار . وسنذكر رأي الاحناف والجمهور .

رأي جمهور الفقهاء في اعتبار المنافـع اموالا متقومة :

استدل الشافعية والمالكية في اعتبار المنافع مـن الاموال المتقدمة بالادلة التاليـة :

١ً ـ ان الطبع يميل الى المنافع ويسعى في طلبها ، والاشياء انما تقوم قيمتها بمنافعها لا بذاتها ، فذات الشيء لا تصبح مالا الا بمنافعها ، فبمقدار المنفعة تكون القيمة وما لا منفعة فيه لا يكون مالا .

فاذا كان الامر كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما .

٢ً ــ ان العرف العام في المبادلات التجارية والمعاوضات المالية تجعل المنافع غرضا ماليا فالبيوت تعد للاستغلال بسكناها ، والمتاجر كذلك .. فدل على أن العرف يعتبر المنافع أموالا .

٣ً ــ وفي الفروع الفقهية أمثلة كثيرة على اعتبار المنافع أموالا فالمهر في عقد الزواج يجوز أن يكون منفعة باتفاق جميع الفقهاء ، ولا يجوز أن يكون مهرا الا الاموال فكيف نقول ان المنافع ليست أموالا .

٤ً ــ ان المنافع تعتبر أموالا متقومة اذا جرى التصرف بها بالعقد ، أي اذا تم التعاقد عليها فتعتبر مضمونة بذلك دون خلاف بين الفقهاء ، فضمان المنافع بالعقد عليها دليل على اعتبارها أموالا اذ لو لم تكن أموالا ما قلب العقد غير الاموال الى الاموال لان العقود لا تقلب حقائق الاشياء بل تقرر خواصها .

راي الاحناف في عدم اعتبار المنافع من الاموال المتقومة :

وذهب الاحناف الى ان المنافع ليست أموالا متقومة بنفسها ، وانما تقوم بالعقد واستدلوا على ذلك بما يلي :

١ً ــ ان الشيء لا يصبح مالا الا بالتمويل والاحراز ، فمن ينتفع بالشيء لا يعد حائزا له بل مستهلكا له ، وما دامت المنافع لا يمكن تمولها لانه لا يمكن احرازها فهي ليست أموالا .

٢ً ــ ان المنافع قبل كسبها تعتبر معدومة لا وجود لها ، ومن صفات المال امكان وجوده لاحرازه فكيف يحرز شيء لا وجود له ، ومن أسباب التقوم الاحراز ، فالسمك في البحر مال غير متقوم لانه لا يمكن احرازه فعلا وان كان مالا لامكن احرازه .

٣ً ــ لهذه الاسباب لا تعتبر المنافع لدى الاحناف أموالا متقومة قياسا على تعريف المال وخصائصه ، ولكن الاحناف قالوا اذا جرى العرف على تقويم المنافع بالعقد كعقد الاجارة مثلا فتعتبر المنافع أموالا متقومة بالعقد استحسانا خلافا للقياس ، وما جاء على خلاف الاصل أي القياس فلا يتوسع فيه ولذلك فلا تعتبر المنافع أموالا متقومة الا بالعقود .

ويبدو لنا ان رأي الجمهور هو المعقول والارجح في ان المنافع أموال متقومة لانه ليس من الضروري في المال أن يحاز بنفسه بل يكفي حيازة مصدره فمن حاز سيارة منع غيره من استعمالها الا باذنه ولهذا يعرف بعض الفقهاء المال : ما يجري فيه البذل والمنع .

ويظهر لنا أثر الخلاف بين الحنفية والجمهور في أمثلة كثيرة أبرزها : لو أن شخصا غصب عينا لآخر فانه يضمن منفعتها لدى جمهور الفقهاء فضلا عن ردها ، وعند الحنفية لا يضمن منافعها بل بردها فقط لان المنافع لا تقوم الا بالعقد .

وعدا عن الغصب يظهر الخلاف ايضا في مسائل الاجارة والميراث فالاجارة تنتهي عند موت أحد العاقدين لان المنافع لا تورث عندهم وعند الجمهور المنافع تورث لانها أموال[1] .

على أن فقهاء الحنفية المتأخرين عدلوا من نظريتهم هذه فقالوا باعتبار المنافع أموالا في الحالات الآتية :

١ ــ اذا كانت العين المغصوبة وقفا فان الغاصب يضمن منافعها .

٢ ــ وكذلك اذا كانت العين مملوكة ليتيم فتقوم منفعتها ويضمن غاصبها قيمتها .

٣ ــ وكل شيء أعد للاستغلال فانه مضمون في حال الغصب .

ونرى ان هذا المعنى الاخير موجود الآن في كل المنافع ولهذا لا نرى حرجا من القول ان الحنفية قالوا اخيرا بضمان المنافع واعتبارها من الأموال كجمهور الفقهاء .

---

(١) جاء في تاسيس النظر للدبوسي ص ٦٣ : قال الشافعي ان الاجارة لا تنفسخ بالاعذار لان المنافع بمنزلة الاعيان القائمة ، ولو باع عينا ليس له ان ينقض البيع بالعذر كذلك ههنا ، وعندنا الاجارة تنتقض بالاعذار وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة بموت احد المتعاقدين لا تنتقض وعندنا (أي الحنفية) تنتقض .
وعلى هذا قال الشافعي ان الاجرة تجب بنفس العقد بمنزلة الاعيان المبيعة في وجوب ثمنها وعندنا تجب ساعة فساعة ويوما فيوما فيجب ان يتمكن من الانتفاع بعمله فمما لم يتمكن من الانتفاع به لا تجب عليه الاجرة .

المطلب الثاني

المال المنقول وغير المنقول

ويقسم المال من حيث الاستقرار وعدمه الى عقار ومنقول :
جاء في المادة (١٢٨) من مجلة الاحكام العدلية في تعريف المنقول :

المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات .

وعرفت العقار في المادة (١٢٩) :
غير المنقول ما لا يمكن نقله من مكان الى آخر كالدور والاراضي مما يسمى بالعقار .

وفي هذا المعنى جاء في مرشد الحيران في المادة (٢) :
العقار كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله .

وفي المادة (٣) عرف المنقول بقوله :
المنقول يطلق على مال يمكن نقله وتحويله فيشمل العروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والذهب والفضة ، ويشمل البناء والغراس القائمين في أرض مملوكة أو موقوفة .

والعقار عند الاحناف هو كل مال لا يمكن نقله وتحويله ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس مثلا ، ولهذا فالعقار لا يشمل الا الاراضي سواء كانت زراعية أم كانت معدة للبناء ، والمنقول يشمل ما عدا ذلك من الاموال .

وذهب مالك : كما جاء في بداية المجتهد الى ان العقار يشمل الدور والاراضي وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول . وعلى هذا فالعقار يشمل الغراس والبناء لانهما متصلان بالارض اتصال قرار ولانهما ثابتان غير قابلين

للانتقال وهما على شكلهما بل تتغير حالهما فيتحول الغراس الى حطب والبناء الى انقاض[1] .

فكل شيء اتصل بالعقار اتصال قرار يعتبر عقارا في المذهب المالكي ولو فقد صورته او تغير اسمه بنقله وتحويله كالشجر مثلا يعتبر عقارا لان نقله يغير صورته ويفقده اسمه وهذا خلافا لما ذهب اليه الاحناف حيث اعتبروه منقولا لا عقارا .

وكل شيء أمكن نقله مع عدم تغيير صورته أو اسمه يعتبر منقولا .

فائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول[1] :

١ ــ ان الشفعة لا تثبت في عقد البيع الا اذا كان المبيع عقارا ، فلا شفعة في المنقول[2] .

٢ ــ ان الوقف لا يصح الا في العقار ويجوز وقف المنقول استثناء عند الاحناف في حالات ثلاث :

١ً ــ أن يرد أثر بصحة وقف النقول كوقف السلاح والخيل اذ ورد أثر بجواز صحة وقفهما .

٢ً ــ أن يجري عرف بين المسلمين على وقف منقول ما ، كما جرى العرف بوقف الكتب والمصاحف ، وهذا ما ذهب اليه الامام محمد من الاحناف .

٣ً ــ أن يكون المنقول المراد وقفه للعقار الموقوف كأن يقف أرضا ثم يقف ماعليها من أدوات وآلات وما فيها من حيوان[3] .

---

(١) وقد توسع القانون المدني في مفهوم العقار كما ذهب الى ذلك المذهب المالكي خلافا للاحناف .

جاء في المادة ٨٤ من القانون السوري :

ف١ : كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .

ف ٢ : ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله .

(١) من فوائد تقسيم المال الى عقار والمنقول في القانون ان العقار من حيث انتقال الملكية لا ينتقل الا بالتسجيل بينما المنقول لا يحتاج الى ذلك .

(٢) الشفعة هي تملك العقار المجاور من مشتريه جبرا بدفع قيمته .

(٣) يلاحظ أن غير الاحناف كالمالكية اجازوا وقف المنقول .

٣ ــ يجوز لمشتري العقار التصرف فيه كبيعه مثلا قبل استلامه من البائع عند أبي يوسف وأبي حنيفة : أما في المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل استلامه وذلك خشية هلاكه قبل التسليم فيبطل العقد .

٤ ــ يجوز للوصي على أموال الصغار أن يبيع من أموالهم المنقولة متى رأى المصلحة في هذا البيع ، أما بيع العقار فلا يجوز الا اذا وجد لذلك مسوغ شرعي يقره الشارع كأن يكون على الموصي المتوفى دين لا تكفي المنقولات لوفائه أو أن تزيد نفقات العقار على وارداته فيجوز له حينئذ بيع العقار بعد استئذان المحكمة المختصة بذلك .

٥ ــ في حال بيع أموال المدين المحجور عليه لا يجوز بيع العقارات قبل بيع المنقولات ، فاذا كان ثمن المنقولات يكفي لوفاء الدين فلا يجوز بيع العقارات وذلك لضمان مصلحة المدين .

٦ ــ لا يثبت حق ارتفاق للمنقول اذ أن حقوق الارتفاق خاصة بالعقارات .

تحول العقار الى منقول وبالعكس :

قد يتحول العقار الى منقول كالشجر والبناء اذا فصلا من الارض فيصبح الشجر حطبا والبناء حجرا ، وقد يتحول المنقول الى عقار وهو كل شيء منقول وضع في الارض واتصل بها اتصال قرار[1] .

المطلب الثالث

المثلي والقيمي

ويقسم المال من حيث تماثل أجزائه الى مثلي وقيمي :

المال المثلي :

يطلق المال المثلي على الاموال التي تقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعد . كالزيوت والاقمشة والبيض وغير ذلك مما يجري العرف التجاري على التبادل باحدى هذه الصفات الثلاث مما تعتبر به متماثلة في مختلف أجزائها .

---

(١) راجع الملكية ونظرية العقد للمؤلف ص ٢٤ .

فيجب لاعتبار المال مثليا : التماثل بين أجزائه اذا كان مكيلا أو موزونا والتماثل بين آحاده اذا كان معدودا . على أنه يلاحظ شرط جوهري وهو أن يكون المثلي موجودا في الاسواق فالسكر والارز والقمح كل ذلك يمكن اعتباره من الاموال المثلية ما دام موجودا في الأسواق ، أما اذا فقدت لظرف ما فيعتبر حينئذ من الاموال القيمية لا المثليـــة .

وبهذا المعنى جاءت مجلة الاحكام العدلية تعرف المثلي في المادة /١٤٥/ :
المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به .

المـــال القيمـــي :

ويطلق على ما لا يقدر من الاموال بكيل ولا وزن ولا عد ، والمثلي اذا فقد من الاسواق يصبح حينئذ قيميا .

كما عرفته المجلة في المادة /١٤٦/ :
القيمي ما لا يوجد له مثل في الســوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتــد به في القيمـــة .

ويشمل القيمي الاراضي والاشجار والاحجار الكريمة وكل ما من شأنه أن تختلف أسعاره بتفاوت أجزائـــه .

فالضابط في التفرقة بين المثلي والقيمي :

هو التماثل المؤدي الى عدم الاختلاف في القيمة بين الاجزاء المتساوية في الوزن أو في الكيل أو بين الآحاد المتماثلة في الحجم مع وجود ذلك في الاسواق .

فائدة تقسيم المال مثلي وقيمي :

أ ــ أن المال المثلي يثبت دينا في الذمة اذا ما عين بأوصافه بخلاف القيمي فانه لا يثبت في الغالب دينا في الذمة ، ولكن يتعين بالاشارة اليه بصفته أو ما يقوم مقامهـــا .

يقول القرافي في كتابه الفروق : لا يثبت في الذمة ما كان معينا مشخصا في الخارج مرئيا بالعين ، وقد يثبت فيها ما عدا ذلك ، وذلك اذا عين بوصفـــه ، فاذا استقرض مدين من دائنه مبلغا من المال فمحل هذا الدين هـ وذمة المدين بحيث

يستطيع الوفاء من أي مبلغ أراد خلافا للقيمي حيث لا يثبت إلا بذاته لانه لا مثيل له حتى يقوم له بوفاء مثله .

٢ ـ اذا تعدى انسان على مال مثلي فأتلفه فانه يضمن مثله لا قيمته لوجود مثله في الاسواق كما لو أتلف كمية من السكر فانه يضمن مثل ما أتلف أما اذا تعدى على مال قيمي فانه يضمن قيمته لعدم وجود أمثاله في الاسواق كما لو قتل انسان حيوانا لآخر لا مثيل له في السوق أو كما لو أتلف شخص لآخر زجاجة أثرية قديمة لا نظير لها في المتاحف والاسواق[1] .

★ ★ ★

انقلاب المثلي الى قيمي وبالعكس :

نلاحظ أن المثلي اذا فقد من الاسواق أصبح قيمياً وبالعكس قد يصبح القيمي مثلياً والمثال على ذلك : كتاب فقد من الاسواق فهو قيمي ما دام لا مثيل له في الاسواق أو يوجد اختلاف كبير في الاسعار فاذا طبع هذا الكتاب طبعة جديدة اصبح مثلياً .

الفرق بين المال القيمي والمال المتقوم :

المال المتقوم أعم من المال القيمي اذ أنه يشمل المال القيمي والمثلي ، فاذا أتلف انسان مالا متقوما لآخر فان كان هذا المال مثليا ضمن لصاحبه مثله وان كان قيميا ضمن له قيمته .

يقول استاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه اصول القوانين :

القيمي ما لا تتعدد آحاده مثل منزل وفرس معين ويتعين بالتسمية أو بالوصف ، والمثلي ما تعددت آحاده وقام بعضها مقام البعض الآخر مثل الغلال والقطن والثياب والبيض ، ويتعين اما بالكيل كالغلال أو بالوزن كالقطن أو بالذراع كالثياب ، أو بالعد كالبيض .

وقد جاء في المادة ٨٨ من القانون المدني السوري :

الاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

---

(١) وقد جاء في حاشية الشلبي على الزيلعي ج٦ ص ٩٨ .
ان صاحب المال المتلف مخير بين أخذ القيمة حينئذ وبين أن يصبر الى ان يوجد المثل في السوق فيطالب به ويؤدي اليه .

الباب الثاني

احكام الملكية والعقد في الفقه الاسلامي

الفصل الاول

الملكية وخصائصها

الفصل الثاني

العقد واحكامه

Damascus University

الفصل الأول

احكـام الملكيـة

الفرع الاول

تعريف الملك وقابلية الاموال للملكية

قلنا في تعريف المال بأنه الشيء الذي يمكن حيازته والانتفاع به عادة ، وأن تقوّم المال لا يكون الا باحرازه وجواز الانتفاع به انتفاعاً مطلقاً ، فالمال اذنلا يعتبر الا اذا تموله النـاس •

فعلاقة الانسان هي التي تعطيه خواصه المالية والشرعية والاعتبارية ، هـذه العلاقة أو هذه الصلة بين المال والانسان تسمى بالملكية نسبة الى الملك •

تعريف الملك ـ نذكر عـدة تعريفات :

الملك هو حيازةالشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه إلا لعارض شرعي يمنع من ذلك •

ويعرفه القرافي في فروقـه[1] :

حكم شرعي قدّر وجوده في عين أو منفعة يقتضي تمكين من أضيف اليه من الاشخاص انتفاعه بالعين أو المنفعة ما لم يوجد مانع من ذلك •

ويعرفه آخرون : بأنه الاختصاص الحاجز[2] •

وعرفه الكمال بن الهمام في كتابه فتح القدير : الملك هو القدرة على التصرف ابتـداء الا لمانع •

---

(١) الفروق ج٣ ص ٢٢٨ •

(٢) البحر الرائق نقلا عن الحاوي • ج ٤ ص ٢٥٦ •

فالذي يملك التصرف نيابة عن غيره في شيء لا يعتبر مالكاً له لانه لا يقدر على التصرف به من تلقاء نفسه دون نيابة أو توكيل ، فلا يعتبر الوكيل أو الولي أو الوصي مالكاً بما يتصرف فيه لأن آثار تصرفه تعود الى غيره ، وكذلك من يملك التصرف بأمواله ولكن أهليته ناقصة أو معدومة لانه بالرغم من اعتباره مالكاً ، لكنه لا يجوز له التصرف لوجود المانع وهو نقصان الاهلية أو فقدانها .

فكل من المجنون والسفيه يعتبر مالكاً فيما يملكه الا أنه لا يجوز له التصرف في ملكه ما دام المانع موجوداً ، فاذا زال المانع جاز لكل من هؤلاء التصرف فى أموالهم .

ومما يجب ذكره أن الملكية لا تثبت الا باقرار الشارع لها واعترافه بها ، لان جميع الحقوق ومنها الملكية لا تكون محترمة مصونة الا باقرار الشارع واعتباره .

قابلية الاموال للملكيـة :

ان الاموال بطبيعتها قابلة للملكية ما دامت تقبل الاحراز والانتفاع بهـا ، ومتى طرأت الملكية على المباح جعلته مالاً متقوماً وأقامت حاجزاً مانعاً للغير من أن يتملكـه .

غير أنه قد تطرأ بعض حالات على الاموال فتجعلها مخصصة للانتفاع في بعض الوجوه لا من جميع الوجوه ، فتعتبر بهذا التخصيص غير قابلة للتمليك في جميع الحـالات .

وقابلية الاموال للملكية بهذا الاعتبار تقسم الى ثلاثة أقسام :

١ ــ ما لا يجوز للانسان أن يتملكه ولا أن يملكه للغير ، وهذا يشمل الاموال العامة وهي كل ما خصص للمنافع العامة دون أن يختص به فرد معين من النـاس كالطرق العامة والحدائق العامة والجسور والمرافيء والمطارات ...

فهذه تعتبر من الاموال العامة لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها ما دامت مخصصة لما وجدت له ، أما اذا زالت هذه الصفة فيتغير حكمها حينئذ وتصبح قابلة للملكية كما لو أصبحت الحدائق العامة حدائق خاصة فزالت صفتها العامة .

٢ ــ ما لا يقبل التمليك الا عند وجود المسوغ الشرعي لذلك كالعقارات

الموقوفة فهذه لا تباع ولا توهب الا بسوغ شرعي فتزول الصفة العامة عنها كأن تباع هذه العقارات في الحالات التي تجيز ذلك كالضرورة الملجئة أو لوجود مصلحة راجحة أو حاجة ماسة ٠

أما اذا لم توجد هذه المبررات فبيع هذا النوع من الملك بيع باطل لا يترتب عليه أثر ٠

٣ ـ ما يقبل التمليك دون قيد وهو ما عدا النوعين السابقين ٠

هذا هو الاصل في الملكيةأي ما يجوز فيهالتمليك والتملك دونقيد أو شرط٠

على أنه يلاحظ أن الملكية في الاسلام ليست ملكية مطلقة بل منوطة بتحقيق المصلحة العامة وخدمة الناس وعدم الاضرار بهم ، فاذا أصبحت الملكية ضرراً على مجموع الامة فللدولة أن تضع التشريعات التي تضمن تحقيق الملكية لاهدافها الاجتماعية حيث لا ضرر ولا ضرار بشكل يؤمن مصلحة الفرد ضمن مصلحة المجموع فلا طغيان لمصلحة المجتمع على مصلحة الفرد كما لا طغيان لمصالح الافراد على مصالح المجتمع ٠

الفرع الثاني

انـواع الملـك

قلنا ان الملك هو الاختصاص الحاجز الا لمانع ، هذا الملك إما أن يقع على ذات الشيء المملوك أي على عينه أو ما يسمى بملك الرقبة واما أن يرد على منافعه، وإما أن يرد على العين والمنفعة معاً .

ومن هنا قسم الفقهاء الملك الى نوعين : ملك تام ، وملك ناقص .

المبحث الاول

الملك التام وخصائصه

١ ــ فالملك التام : حين يجتمع ملك الرقبة مع ملك المنفعة لمالك واحـد ، أي حين تكون جميع الحقوق المتعلقة بالمال ملكاً لشخص واحد .

خصائص الملك التام :

١ ــ الملكية التامة تعطي صاحبهـا **القدرة على التصرف في ذات العـين المملوكة وفي** منافعها بجميع التصرفات التي تجوز شرعا من بيع وهبة ووصية ووقف وسائر التصرفات التي لا تتنافى مع مبادىء الشريعة العامة من عدم الاضرار بالغير.

٢ ــ وكذلك فان الملكية التامة تعطي صاحبها **حق الانتفـاع بالعـين على** اي وجه أراد من وجوه الانتفاع المشروع من اعارة واجارة وزراعة وسكنى سواء أكان انتفاعه بها يبقيها على صورتها الاصلية أم كان انتفاعه يؤدي الى تغيير صورتها. فله مطلق الحرية في ذلك طالما أنه يملك العين والمنفعة وملكيته ملكية تامة .

فلا قيد على الانتفاع بالعين المملوكة الا ما قيده الشارع كما لو كان وجه الانتفاع محرما بنص شرعي ، فلا يجوز حينئذ الانتفاع بالعين على الوجه المحرم .

٣ ـ ان ملكية الانسان للشيء المملوك ملكية تامة لا تتقيد بزمن محدود ، ولا تقبل التقييد أصلا ، وكل شرط فيه تقييد للملكية ينافي مقتضى هذا العقد .

٤ ـ تنتهي الملكية التامة بالنسبة للمال المملوك بانتقالها الى غير المالك بتصرف شرعي كعقد ناقل للملكية ، كما تنتقل بالميراث من المورث بوفاته الى ورثته وقد تنتهي العين المملوكة بهلاكه أيضا ، أما اذا كان انتقالها بوجه غير شرعي فلا يعتبر كالغصب والسرقة ، وتنتقل بالوصية ويسمي نقل الملكية بالوصية والميراث بالخلافة .

٥ ـ ان الملك التام لا يقبل الاسقاط ، فاذا أسقط انسان ملكية عين يملكها فلا تسقط ، كما لو غصب شخص عينا وجاء المغصوب منه فأبرأ الغاصب من العين المغصوبة وهي لا تزال موجودة فلا عبرة لهذا الاسقاط بل يحق أن يطالبه بردها في كل وقت ، أما لو تلفت العين المقصوبة فيتعلق حق المغصوب منه بقيمتها وبالتالي يتعلق بالذمة وهذا يجوز فيه الاسقاط ، فلو أبرأ المغصوب منه الغاصب من قيمة المغصوب صح ذلك لانه ابراء من دين في ذمة الغاصب لا من عين قائمة بذاتها .

٦ ـ اذا أتلف المالك العين التي يملكها فلا ضمان عليه ، لانه لا فائدة من الضمان طالما أن المالك والمتلف واحد فلا يطالب الانسان نفسه وليس معنى هذا أنه بريء من كل مسؤولية بل ان من يتلف أمواله دون سبب فهو مسؤول ديانة عما يتلف ، بل قد يكون مسؤولا أمام القضاء وقد يؤدي الى منعه من التصرفات كما لو كان سفيها وحجز عليه وتعتبر تصرفاته غير صحيحة ويتولى غيره التصرفات نيابة عنه حتى يزول سفهه .

المبحث الثاني

الملك الناقص وخصائصه

الملك الناقص .

هو ملك أحد الامرين : العين أو المنفعة بعكس الملك التام الذي يرد على ملكية العين والمنفعة معا .

انواع الملك الناقص :

١ ـ اذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء كانت المدة المعينة في الوصية للانتفاع محددة بزمن معين أم كانت محددة بحياة الموصى له ، فان الملكية في هذه الفترة تعتبر بالنسبة للموصى له ملكية ناقصة لانه لا يملك الا حق المنفعة أما حق الرقبة فقد يكون لورثة الموصي وقد يكون لموصى لهآخر .

٢ ـ اذا أوصى المالك لشخص برقبة العين دون المنفعة ، فان الموصى لهبالرقبة يملك الرقبة وحدها دون الانتفاع وينتظر زوال مدة الانتفاع الموصى بها لغيره كما لو كانت محددة بزمن معين أو بحياة الشخص الموصى له بالمنفعة ، فاذا انتهت المدة عادت اليه ملكية المنفعة فأصبح مالكا للرقبة والمنفعة فتصبح الملكية حينئذ ملكية تامة .

فالملك الناقص اذن يكون على صورتين : اما ملك الرقبة أو ملك الانتفاع دون الرقبة .

فاذا كانت رقبة الملك مملوكة لشخص ومنفعتها لشخص آخر ، ففي هذه الحال لا يجوز لمالك العين دون المنفعة أن ينتفع بها ، ولا أن يتصرف في منفعتها ، وكذلك لا يجوز له أن يتصرف بالعين تصرفا يضر أو يحول دون انتفاع مالك المنفعة بمنفعة العين .

فاذا أوصى شخص لآخر بمنفعة داره ولشخص ثان بعين الدار أي بملكالرقبة

فليس لمالك الرقبة أن يحول دون انتفاع الموصى له بالمنفعة كما ليس له أن يتصرف في بيع العين دون اذن مالك المنفعة .

وقد ينقلب الملك الناقص الى ملك تام كما لو انتقلت ملكية المنفعة الى ملك الرقبة كما ذكرنا .

ونلاحظ مع هذا أن ملك الانتفاع وحده دون ملك الرقبة يشمل نوعين من الحقوق :

١ ـ حق الانتفاع .

٢ ـ وملك المنفعة .

١ ـ وحق الانتفاع كما ذكر القرافي هو الاذن للشخص في أن يباشر الانتفاع بنفسه فقط كالاذن في الجلوس في المدارس والمساجد وجميع الاماكن العامة ، فلمن اذن له في ذلك الحق في أن ينتفع بنفسه فقط ، ويمتنع عليه أن يؤجر غيره هذا الحق .

٢ ـ أما ملك المنفعة فهو أن يكون لشخص الحق في أن يباشر الانتفاع بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع أيضا سواء كان ذلك بعوض كالاجارة أو بغير عوض كالعارية ، فمن استأجر دارا فله أن يؤجرها لغيره وله أن يعيرها الا اذا اشترط عدم ذلك .

وعلى ذلك نستطيع القول بأن حق الانتفاع يثبت بأحد سببين :

١ ـ أن تكون الاعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة الجمهور أي لعامة الناس ولا يملكها فرد معين كالطرق العامة وكل ما خصصته الدولة لفريق من الناس دون تحديد كالمدارس فهي وان كانت عامة ولكنها خاصة بالطلاب ، وكذلك المستشفيات، فهذه من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

٢ ـ الاباحة (أن يأذن شخص في الانتفاع بما له لا على وجه التعاقد) والاباحة تعطي للمباح له حق الانتفاع ولا تعطيه حق ملك المنفعة فليس له أن يملك المنفعة لغيره سواء بعوض أم بغير عوض .

وأما ملك المنفعة فيشمل نوعين : نوع يراعى فيه شخص المنتفع ، ونوع يراعى فيه العين ويسمى حق الارتفاق .

آ ــ ملك المنفعة الشخصي .

ويبدو في العقود التالية : الاعارة ، الاجارة ، الوقف ، الوصية وغيرها .

١ ــ الاعارة : الاعارة تمليك المنفعة بدون عوض ، فمن استعار شيئا فلا يجوز له أن يؤجر لغيره ، لان من ملك المنفعة بدون عوض لا يجوز له أن يملكها لغيره بعوض ، لان الاعارة بدون عوض والاجارة بعوض . فالاعارة عقد غير لازم وبدون عوض ، بينما الاجارة عقد لازم وبعوض . فاذا أجر المستعير الشيء المعار لغيره فقد يطلبه صاحبه منه أي يطلب المعير من المستعير رد العارية ، فكيف يستطيع المستعير أن يسترده من المستأجر بعد ايجاره . أما اعارة العارية للغير فتصح الا اذا اشترط المعير عدم ذلك أو كانت الاعارة تختلف من شخص لآخر ، هذا ما ذهب اليه الاحناف والشافعية .

وقال المالكية : من استعار عينا ، فقد ملك منفعتها ، فله الحرية المطلقة في التصرف فيها على الا يضر بالعين ، وعلى ذلك يستطيع المستعير أن يعير العين أو يؤجرها .

٢ ــ الاجارة : هذا النوع يعطي لصاحبه حق المنفعة لنفسه ولغيره ،فللمستأجر الحق في أن ينتفع بنفسه في الشيء المأجور .

ويجوز للمستأجر أن يؤجر للغير بشرطين :

١ ــ ألا تكون المنفعة تختلف من شخص لآخر باختلاف المنتفعين .

٢ ــ ألا يكون هناك شرط بين المؤجر والمستأجر بعدم السماح للمستأجر بتأجيرها للغير .

ففي هاتين الحالتين لا يجوز للمستأجر أن يؤجر للغير الا اذا اذن له المؤجر في ذلك .

٣ ، ٤ ــ الوقف والوصية : أما في الوقف والوصية فيكون الانتفاع حسب شرط الواقف أو الموصي ، فاذا نص الواقف أو الموصي على ملك المنفعة للاستعمال الشخصي فله ذلك وان نص على الاستعمال والاستغلال كان للموقوف له أو للموصى له الحق في استثمار ذلك واستغلاله للغير .

واذا نص الموصي أو الواقف صراحة على حق الاستعمال أو حق الاستغلال

دون الآخر فلا يجوز للموصى له أو الموقوف له أن يستغل العين اذا كان الشرط للاستعمال فقط .

أما اذا كان النص للاستغلال كمن أوصى لآخر باستغلال هذه الدار فله أن يؤجرها للغير ولكن هل يجوز له أن يستعملها بنفسه أي أن يسكنها فعلا ؟..

قال أكثر الاحناف : ان من ملك حق الاستغلال لا يملك حق الاستعمال اذا لم يكن هناك نص يجيز له ذلك ، لان الاستغلال شيء والاستعمال شيء آخر فهما مختلفـان .

وقال بعض الاحناف : ان من ملك حق الاستغلال فانه يملك حق الاستعمال لان من ملك أن يملك الغير منفعة الشيء فأولى أن يملكها لنفسه وليس الاستغلال الا من هذا القبيل فلا فرق بين استعماله واستعمال غيره .

ويلاحظ في هذا النوع من الملكية أنه يقبل التقييد فلا يكون للمالك الحق في الانتفاع الا على الوجه المشروط وهو حق موقت دائما .

وقد اختلف الفقهاء في توريثه فعند الاحناف ان حق المنفعة لا يورث ، وعند الجمهور ان المنافع تورث كما تورث الاعيان .

وتعتبر منفعة العين المملوكة أمانة في يد المنتفع ، ومعنى الامانة أي اذا أتلفت في يده من غير تعد أو تقصير لم يضمنها لمالكها ، أما إذا تلفت بتعد أو تقصير فانـه يضمنها للمالك .

ب ـ النوع الثاني من ملك المنفعة ـ حق الأرتفاق :

حق الارتفاق هو حق منفعة مقرر على عين دون النظر الى مالكها أو الى شخص المنتفع به ، كحق المرور وحق المجرى ، وحق الجوار، فان حق المرور من أرض معينة للوصول الى أرض اخرى ، أو حق سقي أرض معينة من مجرى ماء معين كلها تسمى بحقوق الارتفاق ، وهي تتبع العين فتنتقل من يد الى يد أيا كان مالك العـين .

فحق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقـار الاول .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

١ ــ ان حق الارتفاق يكون مقررا لعقار بخلاف حق الانتفاع فانه يكون مقررا لشخص على عقار أو على منقول كما في أرض اجرت أو في كتاب أعير ، فحق المرور من أرض اخرى هو حق للارض الثانيــة ، فالانتفاع به عام لكل شخص ملك عين الارض الثانية ، وهذا بخلاف حق الانتفاع الشخصي كمن أوصى لآخر بمنفعة دار معينة مثلا فانه خاص بشخصه .

٢ ــ ان حق الارتفاق حق دائم ولذا فهو يتبع العقار وان انتقلت ملكيته بينما حق الانتفاع مؤقت .

٣ ــ ان حق الارتفاق حق لازم بالنسبة لمالك العقار المرتفق به فلا يملك أن يبطله بخلاف حق الانتفاع الشخصي فقد يكون غير لازم كما في حق المستعــير ، وقد يكون لازما كحق المستأجر .

٤ ــ حق الارتفاق من الحقوق التي تورث تبعا للعقار بينما ملك المنفعــة لا يورث عند بعض الفقهــاء .

٥ ــ حق الارتفاق لا يمنع صاحب العين التي عليها هذا الحق من الانتفاع بملكــه .

خواص الملك النــاقص :

للملك الناقص أحكام تختلف عن أحكام الملك التام أهمها ما يلي :

١ ــ يقبل هذا النوع من الملكية التقييد بالصفة والزمان والمكان عنــد انشائها ، فاذا أوصى شخص لآخر بمنفعة داره للسكنى بعد وفاته ومات الموصى مصرا على وصيته ورضي الموصى له بالوصية ، فللموصى له بهذه المنفعة سكنى الدار لما أعدت له فلا يجوز له أن يجعلها محلا للتجارة أو معملا أو مصنعا ، ولمعير السيارة أن يقيد المستعير بأن ينتفع بها مدة شهر من الزمن فلا يجوز له أن يتجاوز هذه المدة ، وقد يشترط صاحب السيارة على مستعيرها السير في مكان معين مثلا .

٢ ــ عدم قبول هذه الملكية للتوارث عند الاحناف خلافا للجمهور ، فملك

المنفعة من الحقوق التي لا تورث في المذهب الحنفي ، ما عدا حق الارتفاق فانه لا خلاف على أنه يورث لانه يتبع العين .

فاذا أوصى شخص لآخر بمنفعة داره مدة عشر سنين مثلا ثم مات الموصى وقبل الموصى له الوصية فمات بعد سنتين من قبوله الوصية ، فان ملك المنفعة ينتقل الى ورثة الموصي له المدة الباقية أي ثماني سنين عند الجمهور ، ولا ينتقل هذا الحق الى الورثة عند الاحناف بل تنتقل ملكية المنفعة في هذه الحالة الى ملك ورثة الموصي ، أو لمن انتقلت اليه ملكية العين الموصى بمنفعتها ، فقد يوصي انسان بمنفعة عين لشخص ما ، ويوصي بالرقبة الى شخص آخر بعد استيفاء المنفعة المحددة بالوصية .

٣ ــ لمالك المنفعة الحق في استلام العين ليستوفي منفعتها ولو جبرا عن مالكها ، لانه لا وسيلة له باستيفاء هذه المنفعة الا بذلك ، فاذا استلم العين كانت أمانة في يده فيجب عليه أن يعتني بها عنايته بملكه الخاص .

واذا هلكت العين في يد مالك المنفعة ، وكان هلاكها دون تعد أو تقصير فلا يضمن قيمتها لانه لا ضمان على أمين . أما اذا كان هلاك العين أو تعيبها بتقصير أو تعد من مالك المنفعة فيضمن قيمتها .

ومن صور التعدي أو التقصير اذا تجاوز مالك المنفعة في استيفاء منفعته الحدود المألوفة أو خالف شرطا معينا شرطه صاحب العين ، ففي هذه الاحوال تنقلب يد المنتفع من يد الامانة الى يد الضمان .

٤ ــ اذا كان انتفاع الانسان بالعين مجانا كما في العارية وجب عليه أن ينفق عليها ان احتاجت الى نفقة ، أما اذا كان الانتفاع بأجر فالنفقات على مالك العين .

٥ ــ متى استوفى صاحب المنفعة هذه المنفعة وجب عليه تسليم العين الى مالكها ، الا اذا ترتب على تسليمها ضرر بالمنتفع به ، فاذا استأجر شخص أرضا للزراعة وانتهى وقت اجارها وكان في الارض زرع لم يأت وقت حصاده بعد ، فيجب أن تبقى الارض بيد المستأجر حتى يحصد الزرع على أن يدفع المستأجر لصاحب الارض أجر المثل خلال هذه المدة .

متى ينتهي حق المنفعة :

ان حق المنفعة موقت كما ذكرنا ، وليس حقا دائما حتى تستمر ملكيته ، ولهذا فهو ينتهي بعدة حالات :

١ ــ وفاة المنتفع على رأي الاحناف بأن المنافع لا تورث خلافا لجمهور الفقهاء .

٢ ــ وفاة مالك العين اذا كانت المنفعة عارية أو اجارة ، أما في الوصية والوقف فان الحق ينتقل بعد وفاة مالك العين وفق شروط الموصي أو الواقف .

٣ ــ انتهاء مدة الانتفاع .

٤ ــ هلاك العين المنتفع بها دون تعد من مالكها ، فاذا تعدى مالكها ليمنع مالك المنفعة من ذلك ضمن قيمة عين اخرى لينتفع بها مالك المنفعة كمن أوصى لآخر بركوب سيارة فأتلفها من آلت اليه ملكية العين ضمن سيارة اخرى لينتفع بها مالك المنفعة الموصى له بذلك .

* * *

Damascus University

المبحث الثالث

اسباب الملك التام

تنقسم أسباب الملكية التامة الى ثلاثة أقسام :

١ ــ سبب ينشيء الملكية على شيء بعد أن لم تكن على الشيء ملكية لاحد قط ، أي لم يكن على المملوك أي مالك قبله ، وهذا السبب هو احراز المباح ، أو الاستيلاء على الاشياء المباحة ، أو الحيازة عن غير مالك .

فهذا السبب هو انشاء ملكية على شيء غير مملوك لاحد ، ويتم بوضع اليد أي بسبب فعلي لا قولي ، ولهذا لا يشترط فيه ما يشترط في صحة التصرفات القولية فالمحجوز عليه مثلا تصرفاته غير صحيحة فأي عقد أجراه كان غير صحيح ، أما اذا وضع يده على مباح أصبح ملكا له .

٢ ــ سبب ينقل الملكية من حيز الى حيز أي نقل ملكية شيء من شخص الى شخص آخر بواسطة عقد من العقود سواء أكانت هذه العقود في أصل وضعها لنقل المال من مالك لآخر ، أم وضعت لمعنى آخر ولكن جاء نقل الملكية أثرا للعقد وليس جزءا من حقيقته كالمهر في الزواج ، فبعقد الزواج يثبت للزوجة المهر على الزوج ، وان كان الزواج في حقيقته لم يكن لنقل ملكية ذلك المال ، بل القصد من هذا العقد هو حل العشرة الزوجية وجاء المهر حكما من أحكامه أي كان أثرا من آثاره .

والعقود أسباب قولية لنقل الملكية وليست بأسباب فعلية بمعنى أنها لا تصح من فاقد الاهلية كالمجنون وغير المميز .

٣ ــ سبب ينقل الملكية بطريقة الخلافة . هذا النوع من الملكية هو الذي يؤول الى شخص قد يكون له صلة بالمالك الاول حين موته وذهاب ذمته المالية ، كما في الميراث ، فاذا مات الشخص فلا بد من شخص تنتقل اليه ذمة المتوفى .

وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع كما في الميراث ، فانها تثبت حكما بارادة الشارع لا بارادة المورث ولذلك قالوا : لا يدخل في ملك الانسان شيء جبرا عنه سوى الميراث ، فانه يدخل ملكه من غير ارادته كما أن المورث لا يستطيع حرمان الوارث من هذا المال الموروث .

وهذا سبب ينشيء الملكية بدون عقد فتنتقل به ملكية المال الموروث من ملك المورث الى الوارث بمجرد وفاة المورث ، اذا لم يكن لدى الوارث مانع من موانع الميراث .

والوارث يعتبر خليفة للمورث فيما ترك من حقوق وأموال ، فيجب على الوارث أن يقوم بوفاء ديون المورث ثم ينفذ جميع وصاياه وما بقي فهو ملك للوارث .

على أنه يلاحظ أن الوارث يرث مورثه فيما له من حقوق لا فيما عليه ؛ فاذا كانت هناك بعض الديون المتراكمة على ذمة المورث وكانت التركة لا تكفي لوفائها ، فلا يلزم الوارث بوفائها الا بحدود التركة .

ويثبت الميراث للوارث دون حاجة الى قول أو فعل لانه يثبت جبرا دون رأي صاحبه ولهذا لا دخل للاهلية والارادة فيه .

ويلاحظ أن الملكية التي تثبت بأحد تلك الاسباب هي ملكية تامة ، فلا يملك الغير أن ينال منها دون رضا من مالكها رضاء تاما .

وقد تثبت هذه الخلافة بارادة الشخص كما في الوصية ، فالموصى له يملك ما يوصى له بمقتضى خلافته عن الموصي ؛ وهي خلافة اختيارية من الموصي ، ومن الموصى له ، فالموصي أراد أن يكون هذا خليفة له في قدر محدود من ماله بملء حريته واختياره على أن لا يتجاوز ثلث تركته ، والموصى له قبل ذلك بارادته اذ لا يمكن أن يجبر على ملك شيء لا يختاره[1] .

---

(١) هنالك من يضيف الى هذه الاسباب سببا رابعا وهو الملكية بالشفعة وهي سبب تجعل لصاحبها الحق في ان يحل محل المشتري فيما اشتراه جبرا عنه .
وقد جاء في المادة ١٢٤٨ من مجلة الاحكام العدلية .
اسباب التملك ثلاثة :
الاول الناقل للملك من مالك الى مالك آخر كالبيع والهبة .
والثاني أن يخلف واحد الآخر كالارث .
والثالث احراز شيء مباح لا مالك له ، وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء واما حكمي بتهيئة سببه كوضع ماء المطر او نصب شبكة لاجل الصيد .

ويلاحظ أن الملكية التي تثبت بأحد تلك الاسباب هي ملكية تامة ، فلا يملك أحد أن ينال منها دون رضا صاحبها أو بسبب شرعي ، لان هذه الملكية تنزع جبرا عن مالكها في حالات خاصة استثنائية نذكر منها :

١ ــ اذا اقتضت المصلحة العامة نزع ملكية خاصة للمنافع العامة ، فيجوز ذلك على أن يعوض بقيمتهـا .

٢ ــ اذا امتنع المدين عن الوفاء وكان يملك ما يفي به ديونه فتباع في هذه الحالة أمواله جبرا لوفاء ديونه عند الغالبية وللقاضي حبس المدين حتى يؤدي الدين ولا يجوز بيع الملك جبرا عن المدين عند أبي حنيفة لانه لا يجيز الحجر على المـدين .

٣ ــ الشفعة ، وهي من أسباب الملكية كما عدها البعض لانها تعطي لمن له الحق تملك العقار المباع على أن يدفع ثمنه .

* * *

الفصل الثاني

احكام العقد

الفرع الاول :

تعريف العقـد وتكوينـه

الفرع الثـاني :

أثر الارادة في انشاء العقود

الفرع الثالث :

تصنيف العقود

الفرع الرابـع :

أثر القوة الملزمة في العقود

Damascus University

الفرع الاول

تعريف العقد وتكوينه

المبحث الاول

تعريف العقد

العقد لغة هو الربط والجمع بين أطراف الشيء .

اما اصطلاحا : فلا يختلف معنى العقد الاصطلاحي عن معناه اللغوي الا انه أضيق منه نطاقا ، وله عند فقهاء الشريعة الاسلامية معنيان :

المعنى الاول : هو الربط بين كلامين ـ او ما يقوم مقامهما ـ صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثر شرعي ، وهذا التعريف يتفق مع التعريف القانوني للعقد اذ هو : توافق بين ارادتين على انشاء التزام أو نقله او انهائه كالبيع والزواج والهبة .

وأكثر الفقهاء في الشريعة الاسلامية يحصرون العقد بهذا المعنى .

المعنى الثاني : وقد ذهب بعض الفقهاء الى تعميم معنى العقد بحيث يشمل كل تصرف شرعي سواء أكان بارادتين متطابقتين أم كان بارادة واحدة فيعرفون العقد بأنه كل ما عقد الشخص العزم عليه ، فكل ما التزم به الشخص الوفاء به كان عقدا في نظر هؤلاء .

وقد ذهب الجصاص من فقهاء الحنفية في كتابه احكام القرآن الى ان العقد هو كل ما التزم به الشخص الوفاء بأمر في المستقبل سواء أكان ذلك الالتزام بالزام نفسه أو كان باتفاق مع شخص آخر .

فالعقد اذن هو ارتباط **ايجاب بقبول على وجه** مشروع يثبت أثره في محله[1] .

واما ما يتم بارادة منفردة فلا يسمى عند جمهور الفقهاء عقدا .

ومن التصرفات التي تتم بالارادة المنفردة :

آ ـ الوقف :

لا خلاف بين الفقهاء على ان الوقف يتم صحيحا بمجرد صدوره **بالصيغة** الدالة عليه من الواقف دون حاجة الى قبول لانه يصح على جهة غير محصورة آحادها ، أما اذا كانت أولى طبقات المستحقين اشخاصا معروفين كأن يقول الواقف وقفت على فلان وفلان .. فجمهور الفقهاء على ان الوقف ينعقد لازما بمجرد صدوره من الواقف ولكن لا يثبت الحق للمستحق المعين الا بقبوله . وقالوا انه يكتفى من القبول بعدم الرد ؛ لان للقبول حالتين قبول ايجابي وهو اللفظ الصريح ، وقبول سلبي وهو عدم الرد ، لانه لا يثبت لشخص حق من غير ارادته . ولئلا يدخل في ملك الشخص شيء جبرا عنه[1] .

وعلى هذا فالتزامات الوقف من حيث وجودها وتقييد الواقف بها تنشأ بارادة منفردة ، ولكن حق المستحق المعين في الغلات لا يثبت الا بقبوله . وقد ذكر الاحناف بأن القبول يكفي فيه عدم الرد .

ب ـ الابراء :

يتم الابراء من الدائن دون حاجة الى قبول المدين بل يكفي فيه عدم الرد . وقد ذكر الفقهاء الفرق بين الابراء والهبة : ان الهبة لا تنعقد صحيحة الا بايجاب وقبول بينما الابراء يرتد بالرد فقط ويتم بعدم الرد دون حاجة الى قبول .

أي ان رضا المدير يعبر عنه بعدم الرد لان بعض المدينين قد لا يقبلون اسقاط الديون عنهم . ومما يعتبر من الابراء حط الزوجة المهر أو بعضه عن زوجها

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢٦١ .

(١) لا شيء يدخل في ملك الانسان دون ارادته غير الميراث .

فهذا لا يحتاج الى قبول من الزوج بل اذا ابرأته وسكت فلم يرد صح الابـراء وسقط المهر او بعضه من ذمته .

هذا ما ذهب اليه الحنفية في الابراء .

وفي المالكية رأيان : الرأي المشهور هو أن الابراء يحتاج الى قبول ، والرأي الثاني مع الحنفية .

وسبب الخلاف بين الرأيين هو هل يعتبر الابراء اسقاطا فلا يحتاج الى قبول ، أم يعتبر تمليكا يحتاج الى قبول .

حـ ـ الوصية تتم بمجرد وفاة الموصي مصرا على وصيته ولا تحتاج الى قبول من الموصى له ، ولكنها ترتد برده . هذا ما ذهب اليه الحنفية .

وقال جمهور الفقهاء لا بد من قبول للوصية[2] .

٢ ـ التصرفات التي لا تتم الا بتوافق ارادتين :

لقد قرر جمهور الفقهاء ان العقد هو ارتباط بين ارادتين يعبر عنهما بلفظ يصدر عن العاقدين أحدهما ايجاب والثاني قبول .

فالعبارة الاولى تسمى ايجابا والعبارة الثانية تسمى قبولا[3] ، فاذا قـال شخص لآخر بعتك هذا الكتاب بعشرين كان ايجابا ، فاذا أجابه بقوله اشتريت أو رضيت أو قبلت كان قبولا . لا فرق بين أن يبدأ المشتري أو البائع بالعبارة الاولى تعتبر ايجابا مهما كان قائلها والعبارة الثانية تسمى قبولا[3] .

وقد عرفت مجلة الاحكام العدلية الايجاب والقبول في المواد التالية :

م ـ ١٠١ ـ الايجاب اول كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف .

---

(١) ركن الشيء ما يتوقف عليه وجوده لانه جزء منـه .

(٢) هذا ما يراه الاحناف ، ويرى الشافعية والمالكية ان أركان العقد تتكون من العاقدين والايجاب والقبول ومحل العقد .

(٣) يلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية السوري اخذ برأي الحنفية في قبول الوصية .

م ــ ١٠٢ ــ القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبــه يتم العقد .

ونلاحظ في تعريف المجلة للايجاب والقبول :

١ ــ انها أخذت برأي الاحناف خلافا للمالكية بأن العبارة الاولى تسمى ايجابا دون تفرقة سواء صدرت من المملك أو المتملك[١] .

٢ ــ ان جملة : الايجاب أو كلام .. يفهم منه ان الايجاب لا يكون الا كلاما مع انه يصح اشارة او كتابة او بالفعل كما سيأتي في موضعه .

٣ ــ ثم ان كلمة انشاء .. ان دلت على الالفاظ الموضوعه لمجرد الاخبار فلا تكفي . فمثلا ان صيغة الماضي تصح اذا كانت بمعنى الانشاء وقت التعاقد لان الاصطلاح الشرعي والعرفي يدلان على ذلك . ولكنها لا تكون ايجابا ولا قبولا اذا استعملت بمعنى الاخبار عن معنى حصل في الماضي[٢] .

❁ ❁ ❁

(١) اما المالكية والحنابلة فيرون ان الايجاب ما صدر من المملك وان تاخر والقبول ما صدر من المتملك وان تقدم .

(٢) النظرية العامة للعقود والموجبات للدكتور صبحي المحمصاني ج٢ ص٣٨

المبحث الثاني

تكوين العقد

شروط الايجاب والقبول

ينشأ العقد بالايجاب والقبول أي بوجود ركن العقد وهذا لا بد له من الشروط الآتية :

١ ـ الاهلية :

لا بد من ان يعبر الايجاب والقبول عن ارادة صحيحة للمتعاقدين . فاذا كانت ارادة أحد المتعاقدين لا تعبر عن ارادة التعاقد كما لو كانت هذه الارادة محل شك فلا عقد . ولهذا كان لا بد من صدورها من شخص ذي أهلية حتى تعتبر ارادته اما اذا صدرت من فاقد الاهلية او ناقصها لم تكن معبرة تعبيرا ينم عن التعاقد بين الطرفين .

٢ ـ الرضا :

قد تتوافر الاهلية للعاقد ولكن الرضا يكون غير سليم ، كما لو كانت الارادة مصابة بعيب من العيوب التي تؤثر في العقد ، لذلك يضاف الى شروط الاهلية شرط سلبي آخر هو عدم وجود عيب في الارادة أي ان تكون الارادة سليمة ايضا .

٣ ـ مطابقة الايجاب والقبول :

أي أن يوافق الايجاب القبول . وهذه الموافقة قد تكون صريحة كما لو قال له بعتك بمائة فقال اشتريت بمائة او ان تكون الموافقة ضمنية كما لو اجابه بالصورة السابقة بقوله : اشتريت بمائة وخمسين . فالعقد صحيح ولكن لا يلزم المشتري الا بمائة لانه ورد عليه التعاقد واما الخمسون فلا يلزم المشتري بدفعها

الا اذا قال البائع بعد قبول المشتري بهذا المبلغ قبلت فيلتزم حينئذ المشتري بالمبلغ كله . والا فلا يلزم بأكثر مما تم الاتفاق بين الطرفين عليه وهو المائة .

اما اذا قال المشتري للبائع اشتريت بسبعين فلا ينعقد البيع لانه لا توافق بين الارادتين اذ أن الايجاب والقبول لم يردا على موضوع واحد بخلاف الحال الاولى حيث حصل توافق الايجاب والقبول ضمنيا[1] .

٤ ـ اتصال الايجاب والقبول :

ويشترط الفقهاء لذلك الاتصال الشروط التالية :

١ ـ ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد .

٢ ـ ان لا يصدر من العاقد الثاني « القابل » ما يدل على اعراضه .

٣ ـ ان لا يرجع الموجب في ايجابه قبل دخول الآخر .

١ ـ الشرط الاول :

يجب ان يحصل الايجاب والقبول في مجلس واحد ، اذ لا يجوز أن يكون الايجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر .

فاذا صدر الايجاب من أحد العاقدين كما لو قال البائع للمشتري بعتك هذا الكتاب ، أو قال المؤجر آجرتك هذه الدار ، ثم انتقل الموجب الى مجلس آخر أو من غرفة الى غرفة يعتبر المجلس الاول قد انتهى ، فاذا جاء المشتري او المستأجر فقال اشتريت لا يصح العقد لان الايجاب قد بطل والقبول بدون ايجاب لا يصح اذ لا بد حينئذ من قبول جديد ويعتبر قبول المشتري أو المستأجر ايجابا جديدا اذ لا يجوز أن نقيد الموجب بايجابه الى بعد انتهاء المجلس للاضرار الذي يصيبه من جراء ذلك اذا بقي مقيدا بايجابه .

وقد ذهب بعض المالكية الى ان الموجب اذا قيد نفسه بمدة معينة تقيد بها

---

(١) على انه يشترط ان يكون توافق الايجاب والقبول على محل غير منهي عنه ، كما لو نهى الشارع عن التعاقد على امر محرم أو كان محل العقد مالا غير مقوم فيعتبر العقد باطلا منعدما لا اثر له ولو كان باتفاق الارادتين وتحقق التراضي بين الطرفين .

والتزم بما الزم به نفسه فلو قال البائع للمشتري انا ملزم بايجابي مدة ثلاثة ايام فللمشتري حق القبول خلال هذه المدة ويعتبر العقد صحيحا الا اذا صدر عن الموجب خلال هذه المدة ما يدل على اعراضه عن ايجابه فيبطل الايجاب حينئذ .

وقد اعتبر الفقهاء تفرق المجلس قرينة عرفية على اعراض الموجب عن ايجابه او عدم قبول الطرف الثاني للايجاب ، ولهذا فقد كان الاصل في ذلك ان يتم القبول فور الايجاب دون فاصل زمني بينهما ولو في المجلس الواحد ، كما ذهب الى ذلك الشافعي حيث يشترط الفورية في الايجاب والقبول دون فاصل بينهما .

أما الاحناف فقد رأوا في فورية القبول للايجاب تضييق على المتعاقدين وخاصة بالنسبة للقابل اذ يحتاج الى فترة يفكر فيها بالقبول أو عدمه .

ولهذا فقد استحسن اكثر الفقهاء ان يمتد الوقت لدى القابل الى آخر المجلس ليكون لدى القابل الوقت الكافي للتفكير والتروي .

٢ ـ الشرط الثاني :

وكذلك يبطل الايجاب اذا صدر من القابل بعد الايجاب ما يدل على اعراضه كما لو قال البائع بعتك هذا الشيء بعشرين فأعرض المشتري عن ذلك بانشغاله في حديث لا صلة له بالموضوع ولو استمر المجلس يعتبر هذا الاعراض بمثابة العدول أو رفض الايجاب فيبطل اذا عاد وقال له اشتريت لا ينعقد العقد لبطلان الايجاب ، لان الايجاب انما وجه اليه لاحد أمرين ، أما القبول فيصح به العقد أو الرفض وهذا يتحقق بقوله لا أقبل أو باعراضه بما يدل على عدم قبوله .

٣ ـ الشرط الثالث :

ويشترط كذلك ان يستمر الموجب على ايجابه حتى قبول الطرف الآخر ، اما اذا عدل عن ايجابه فلا يصح القبول ، لان للموجب لدى جمهور الفقهاء ان يعدل عن ايجابه ما دام الطرف الثاني لم يقبل .

وعلى هذا اذا رجع الموجب قبل القبول بطل الايجاب ، فاذا قبل القابل بعد ذلك فكأنه قبول دون ايجاب فلا يصح به العقد .

ويعتبر من قبيل رجوع الموجب عن ايجابه لو قدم عرضا جديدا أي ايجابا جديدا يختلف عن الايجاب السابق قبل الطرف الآخر .

وذهب المالكية الى أن الموجب لا يجوز له الرجوع عن ايجابه الا اذا عدل من وجه له الايجاب عن القبول .

وعلى هذا اذا قال البائع للمشتري : بعتك هذا الدار بألف مثلا فلا يجوز له الرجوع عن ايجابه قبل جواب المشتري بالقبول او الرفض ويستمر هذا الالتزام ما دام المجلس .

وحجة المالكية في ذلك[1] :

« ان الموجب قد أثبت لمن وجه اليه الايجاب حق القبول والتملك بموجب ايجابه فاذا قبل وتملك فقد استعمل حقه الذي ثبت له ، واذا أعرض فقد ترك حقه وتنازل عنه وبذلك يسترد الموجب حريته . ولهذا لا يجوز للموجب الرجوع عن ايجابه كيلا يسقط حقا ثبت لغيره »[2] .

ورد الجمهور مع الاحناف على ذلك[3] :

« بأن الايجاب اذا ترتب عليه حق للطرف الآخر فهو حق موقت لا بقاء له الا برضا الموجب فله أن يرجع عنه اذا أراد وخاصة وان هذا الحق يعارضه حق أقوى منه هو حق المالك في أن يتمسك بملكه ويمنعه عن غيره واذا تعارض حقان قدم أقواهما » .

وقال الاحناف[4] :

ان للموجب حق الرجوع عن ايجابه ما دام لم يقيد بعد بالقبول لان الالتزام

---

(١) شرح الحطاب ج٤ ص ٢٤٠ .

(٢) يتفق القانون المدني مع ما جاء في المذهب المالكي فقد ورد في المادة :
٩٤ ف ١ : اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد .
ف ٢ : وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة .

(٣) شرح الوجيز ج٨ ص ١٠٤ .

(٤) البدائع ج٥ ص ١٣٥ .

لم ينشأ بعد اذ هو ارتباط ارادتين ولم يحصل هذا الارتباط بمجرد الايجاب .

وقد أراد بعض الفقهاء ان يجمع هذه الشروط الثلاثة باشتراط اتحاد المجلس ولهذا فانهم يقولون ان اتحاد المجلس يكفي عن بقية الشروط لان تغيير المجلس قد يكون حقيقيا كما لو تفرق المتعاقدان بالانتقال من مجلس لآخر ، ويكون حكميا بصدور ما يدل على الاعراض من أحد العاقدين .

ما ذهبت اليه مجلة الاحكام العدلية :

م ــ ١٠٣ ــ العقد التزام المتعاقدين أمرا وتعدهما به ، وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول .

م ــ ١٠٤ ــ الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما[1] .



(١) تعلق الايجاب والقبول بالبيع هو المبيع والثمن ، والاثر الذي يظهر بها هو حكم البيع اي ثبوت الملك في المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع .

نظريـة خيـار المجلـس

ومما يتصل بالشرط الاول من شروط الايجاب والقبول وهو وحدة المجلس مسألة كانت محل خلاف بين الفقهاء هي نظرية خيار المجلس .

وخيار المجلس هو ان يكون لكل من العاقدين حق الفسخ ما داما لم يتفرقا بالابدان ، أما اذا تفرق المجلس سقط حق الفسخ ، وحق خيار المجلس اختلف الفقهاء في ثبوته :

قال الحنابلة والشافعية : لكل من العاقدين حق الفسخ ما دام المجلس منعقدا فاذا تفرق العاقدان فلا يثبت هذا الحق .

غير أن هؤلاء لم يثبتوا حق الخيـار في جميع العقود بل قسموا العقود الى ثلاثة اقسام :

١ ـ عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية والوكالة أو غير لازمة من جانب واحد كالرهن والكفالة .

وهذا النوع لا يدخله خيار المجلـس لان فسـخه يكون جائـزا ولـو انفض المجلـس .

٢ ـ وعقود لازمة لا تقبـل الفسـخ سواء من جانـب واحد أو من جانبين كعقد النكاح والخلع .

فهذه الانواع لا يدخلها خيار المجلس لانها لا تتم عـادة الا بعد روية وتفكير ولا تكون الا بعد مقدمات كالخطبة في النكاح والتحكيم في الخلع .

٣ ـ العقود اللازمة القابلة للفسخ، وهذه تشمل جميع انواع عقود المعاوضات كالبيع والآجار وغيرها ، يثبت فيها خيار المجلس عند الشافعي واحمد بن حنبل .

وذهب الاحناف والمالكية : الى ان العقد متى تم بالايجاب والقبول فلا يثبت فيه خيار المجلس ولا يحق لاحد طرفيه الفسخ .

وقد استدل الفريق الاول في اثبات خيار المجلس بالادلة التالية :

١ ــ ما ورد من الآثار الصحيحة المتفق عليها من الطرفين قوله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا[1] . وقد فسر أصحاب هذا الرأي الحديث باعطاء حق الفسخ لاحد العاقدين ما دام المجلس قائما . اذ لا يمكن ان يفسر الحديث الا بأن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم ما دام العاقدان في مجلسهما ، فاذا تفرق أحدهما فقد انفض المجلس فلا خيار .

ومعنى قوله عليه السلام : البيعان أي المتعاقدان اللذان تم بينهما الايجاب والقبول ، وهما غير المتساومين .

ولاننا لو فسرنا كلمة « البيعان » بأن المراد منها (المتساومان) لم يكن للحديث معنى جديدا لان المعروف بداهة أن من يساوم في شراء شيء وهو بالخيار لا يوجد بعد شيء يلزمه .

واذا ثبت الخيار لعقد البيع بنص الحديث ، فيثبت أيضا في كل عقد كان فيه معنى البيع كعقود المعاوضات والعقود اللازمة التي تقبل الفسخ .

١ ــ ان عقود المعاوضات أساسها التراضي بين المتعاقدين ، والرضا أساسه الاختيار الصحيح ، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه ، والعقود اذا تمت لزمت الطرفين لذلك كان لا بد أن يكون لدى العاقد فرصة من الوقت للتفكير والتدبير ، فكانت هذه الفرصة هي مجلس العقد .

وقد جرى العرف قديما وحديثا على ان مجلس العقد في عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد ولا يعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد ، الا اذا تفرق العاقدين مصرين على عقدهما .

واستدل الفريق الثاني بادلة التالية :

١ ــ ورد الآثار الكثيرة بوجوب الوفاء بالعقود ، ولا شك ان وجود العقد

---

(١) ورد هذا الحديث في كتب الصحاح فقد جاء في صحيح البخاري (شرح العيني ج١١ ص ١٩٣) وفي صحيح مسلم ج٥ ص ١٠ وفي سنن ابي داود ج٣ رقم ٣٤٥٤ وورد ايضا في موطأ الامام مالك وفي مسند الامام الشافعي .

يتحقق بمجرد وجود اركانه وركن العقد هو الايجاب والقبول ، فاذا تم ذلك فقد انعقد العقد وقد أمرنا بالوفاء والالتزام بالعقود لقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » ومتى تحقق العقد يجب الوفاء به .

اما اذا أعطينا حق خيار المجلس للمتعاقدين وأجزنا لهم فسخ العقد ما داما في مجلسهما بعد ان تم التعاقد بينهما فمعناه عدم اللزوم بالوفاء وهذا يخالف نص القرآن الذي أوجب الوفاء بالعقد كما جاء في الآية السابقة .

٢ ــ ان اساس عقود المعاوضات المالية الرضا ، فالرضا هو مناط الاحكام التي تثبتها هذه العقود ولذلك يقول الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

وكلمة التجارة في الآية الكريمة تشمل كل عقود المعاوضات ، فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها وما رتبه الشارع لها من أحكام هو التراضي بين العاقدين ، واذا كان التراضي بين العاقدين هو أساس الالتزام فبمجرد تحقق رضا الطرفين يثبت الالتزام من غير حاجة الى الانتظار الى آخر المجلس .

أما ثبوت خيار المجلس كما ذهب الفريق الاول فمعناه اهمال لمعنى الرضا اذ فيه تأخير ثبوت الالتزام الى نهاية المجلس فكأن الحكم ببقاء الخيار الى آخر المجلس وعدم ثبوت احكام العقد الا بعد الافتراق دليل على ان هذا الرضا لا يكفي لانشاء العقد بل لا بد معه من الافتراق .

٣ ــ وقد استدل هذا الفريق على ابطال خيار المجلس بالقياس وذلك انهم قاسوا عقود المعاوضات على عقد النكاح حيث لا خلاف بين الفقهاء على عدم ثبوت خيار المجلس فيه فقالوا : « لا فرق بين عقد النكاح وبين غيره من عقود المعاوضات في كون كل منهما ينعقد بالايجاب والقبول ، وفي أن الرضا الذي دل عليه الايجاب والقبول هو أصل الالتزام في جميع العقود . ولهذا فلا مبرر ولا موجب للتفرقة

بينهما بجعل الرضا في أحدهما لا يوجب الالتزام الا بتفريق المجالس وعدم اشتراط ذلك في الثاني »[1] .

وخلاصة هذا البحث :

ان فقهاء الحنفية حين قالوا ان العقد هو ايجاب وقبول انما قصدوا بذلك انه متى تم الاتفاق بين العاقدين في مجلس واحد أصبح للعقد قوته الملزمة فلا يجوز لاحدهما فسخه ان كان من العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ، اذ ان العقد متى صدر بصيغته المعروفة ومن عاقد ذي أهلية وبارادة سليمة غير معيبة ، وكان واردا على محل مشروع فلا يملك أحد فسخه ، بينما ذهب غير الحنفية الى القول بأن ركن العقد هو العاقد والصيغة والمحل وان الرضا بالايجاب والقبول يتم في المجلس الواحد على ان يكون لاحد العاقدين الخيار في فسخ العقد ما دام المجلس قائما[2] .

وعلى هذا سنبحث العناصر المكونة للعقد في المباحث التالية :

المطلب الاول : صيغة العقد

المطلب الثاني : أهلية العاقدين

المطلب الثالث : مشروعية محل العقد

المطلب الرابع : سبب العقد

---

(١) راجع في كتب الحنابلة المغني لابن قدامة ج٤ ص ٧ . ومن كتب الشافعية الوجيز ج١ ص ١٤١ . ومن كتب المالكية المدونة الكبرى ج١٠ ص ٢٠ . ومن كتب الحنفية فتح القدير ج٥ ص ٨١ .

(٢) ومما تجدر الاشارة اليه أن القانون المدني العراقي قد عرف العقد بأنه ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه .

وهذا التعريف هو نص المادة ١٦٨ من مرشد الحيران للفقيه المصري محمد قدري باشا الذي استقاه من المذهب الحنفي .

المطلب الاول

صيغة العقد

لا بد للتعبير عن ارادة المتعاقدين من صيغة تدل عرفا او لغة على ما يريده المتعاقدان من انشاء العقد دلالة لا تحتمل معنى آخر ، سواء أكانت هذه الدلالة باللفظ أو ما ينوب عن اللفظ كالاشارة أو الكتابة أو أي فعل يعبر عن ارادة الطرفين بانشاء العقد بينهما .

هذه الصيغة هي الايجاب والقبول ، فكل عبارة تدل على الايجاب والقبول يعتبر العقد بها صحيحا دون اشتراط لفظ معين لان الغاية هي الافصاح عما في النفس بهذا الكلام مهما كان نوع العقد ، هذا ما ذهب اليه الحنفية[1] .

والتعبير عن الارادة بشكل جازم يستعمل عادة في الفعل الماضي كقول البائع بعتك هذا الشيء وقول المشتري اشتريت هذا الشيء وبهذا يتم الايجاب والقبول ، وذلك لان الفعل الماضي يدل على وجود معنى العقد ويدل على تحقيقه فعلا دون مساومة أو أي احتمال .

ويقوم مقام الفعل الماضي في التعبير عن القبول كلمة نعم كما لو قلت لآخر : اتبيعني كتابك هذا بثلاثين فقال لك نعم فيعتبر ايجابا بحيث لو قلت له اشتريت تم عقد البيع .

وينعقد كذلك اذا قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الكتاب بثلاثين فقال نعم ، وكما ينعقد العقد بالفعل الماضي ينعقد بالفعل المضارع الذي يراد به الحال لا الاستقبال ، اما اذا أريد بالمضارع الاستقبال فلا ينعقد به العقد ويعرف

---

(١) وقد استثنى بعض الفقهاء من ذلك عقد الزواج فقالوا لا يصح الا بلفظ الزواج أو النكاح او ما اشتق منهما من الالفاظ .

ذلك اما بالقرائن التي تفيد الحال أو باقتران الفعل بـ (س) او (سوف) حيث تفيد الاستقبال .

فاذا قلت لآخر أبيعك هذا الكتاب بعشرين فقال لك أشتريه وقامت القرائن على ارادة التعاقد لا على الوعد بالعقد صح البيع ، أما اذا قلت له سوف أبيعك هذا الكتاب فلا ينعقد البيع لانه صريح بالمساومة او الوعد وليس فيه ما يدل على ارادة انشاء العقد في الحال .

ولا فرق عند جمهور الفقهاء بين فعل المضارع وفعل الامر في انشاء العقود متى دل كل منهما على ارادة العاقدين في انشاء العقد في الحال .

والخلاصة ان الاصل في انعقاد العقود ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين ، ولا ينعقد بفعل المضارع اذا أريد به الاستقبال أما اذا أريد بـه الحال ودلت القرائن على التعاقد صح ذلك ، وقد استثنوا عقد الزواج حيث يصح عقده بعبارتين احداهما للمستقبل والثانية للماضي كما لو قال : زوجني ابنتك فقال له قبلت ، وسبب تمسك الفقهاء بصيغة الماضي أحد أمرين :

١ ـ ان صيغة الماضي هي التي تعبر لغة عـن انشـاء العقود ، اما صيغة الاستقبال فلا تفيد الا المساومة والوعد بالتعاقد ولهذا فدلالتها على التعاقد ليست دلالة معبرة عن انشاء العقد كما في صيغة الماضي .

٢ ـ ان العقود أمور معنوية يعطيها الشارع آثارا وأحكاما لا دخل للعاقد فيها أي أن الشارع هو الذي يحدد آثار كل تصرف وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يستعمل لفظ الماضي في عقوده .

على ان بعض الفقهاء يقول لا تعارض بين الامرين اذ انـه يجوز ان يكون الاثر أي فعل النبي معللا بأن صيغة الماضي هي التي تدل دلالة قاطعة على انشاء العقد ولهذا استعملها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والعبرة في العقود بالمعاني لا بالالفاظ ولهذا اذا دل التعاقد على أن النية اتجهت الى انشاء العقد كما لو قامت القرائن على ذلك صح التعاقد بفعل يفيد

العـــال[1] .

هل يصح التعاقد بالافعال :

اذا عرض البائع سلعته وكتب عليها الثمن فجاء المشتري فدفع الثمن واخذ السلعة فهل يصح هذا العقد دون ايجاب أو قبول لفظيين ؟ ..

اختلف الفقهاء في هذا النوع من التعاقد ويسمى بالتعاطي على ثلاثة أقوال

١ ــ الاصل في سائر العقود أنها لا تنعقـد الا باللفظ الدال عليها لانـه هو الوسيلة للتعبير عن ارادة المتعاقدين ، ولا تنعقد العقود بغير اللفظ الا من العاجز عنه كالاخرس مثلا ، أما الافعال فلا تعبر عن ارادة التعاقد فلا يصح العقد بها اذ لا بد من اللفظ وعلى هذا الرأي لا ينعقد عقد بمجرد المعاطاة لان البيع لا بد فيه من ايجاب وقبول لفظيين .

وهذا هو مذهب الظاهرية واليه مال جمهور الشافعية .

الا أن بعض الشافعية قالوا يصح العقد بالمعاطاة اذا كان محل العقد غير ذي قيمة بالغة أما اذا كان نفيسا فلا يجوز الا بالايجاب والقبول اللفظيين ، ثم حددوا ذلك بالعرف فما يعده العرف غير نفيس جاز بيعه بالمعاطاة وما كان غير ذلك فلا يجوز .

٢ ــ ان العقد وان كان الاصل فيه الا يتم إلا باللفظ الدال عليه إلا انه تجوز المعاطاة اذا قامت قرينة تدل على رضا المتعاقد كمن يركب سيارة معدة للنقل فمن المعروف بالقرائن انـه يرغب الانتقال بالسيارة الى محل معين فتصح هنا المعاطاة حيث يدفع أجرة نقله دون ايجاب وقبول وبهذا يصح العقد دون لفظ صريح .

ويقول ابن تيمية : « فان هذه العقود لو لم تنعقد بالافعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس ، ولان الناس من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الي يومنا هذا ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الاشياء بلا لفظ بل بالفعل الدال على المقصود ، وهـذا مذهب الاحناف وقول عند الحنابلة » .

---

(١) يقول كمال الدين بن الهمام في فتح القدير : واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال ، اما اذا تصادقا على نية البيع في الحال ، فينعقد به في القضاء ، لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال . تقضت بالنية .

٣ ــ وأما القول الثالث وهو ما ذهب اليه المالكية ان العقود تنعقد بكل ما يدل عليها من قول أو فعل ، فكل ما عبر عن ارادة المتعاقدين في البيع والشراء سواء كان بلفظ صريح أم كان بفعل صح به التعاقد .

ومن الملاحظ ان هذه الاقوال كلها في العقود المالية ، أما في عقد الزواج فلا خلاف بين الفقهاء على انه لا يصح بمجرد الفعل دون ايجاب او قبول عليه وذلك لاهمية هذا العقد ولان الاشهاد شرط فيه ولا يصح الاشهاد الا على لفظ صريح واضح ، وخشية ان يختلط الامر بين النكاح والسفاح[1] .

التعاقد بالاشارة :

اذا كان العاقد لا يستطيع النطق فهل يجوز عقده بالاشارة المفهمة الدالة على قصده في التعاقد ؟ ..

يختلف الامر ان كان العاقد يعرف الكتابة أم لا ، فقد ذكر الفقهاء ان الاشارة لا تكون الا حين العجز عن الكتابة ، لان الكتابة أدل وأقوى بالتعبير عن ارادة

---

(١) وقد علل القرافي سبب تشدد الفقهاء بعدم انعقاد عقد النكاح بالتعاطي بأربعة اسباب :

١ ــ لا بد من التفرقة الواضحة بين النكاح والسفاح ، ولهذا كان اللفظ الصريح هو الفيصل بينهما . والاشهاد شرط صحة فلا بد من لفظ حتى يقع الاشهاد عليه .

٢ ــ ان النكاح يختلف عن عقود المعاوضات لقدسيته وعظيم شانه ، والقاعدة ان الشيء اذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه . لذلك شدد الشارع في النكاح فاشترط الصداق والشهادة والالفاظ .

٣ ــ ان الاصل في السلع والعروض الاباحة ، والاصل في العلاقة الجنسية التحريم حتى يحصل عقد النكاح ، والقاعدة : ان الشارع يحتاط في الخروج من الحرمة الى الاباحة اكثر من الاحتياط في الخروج من الاباحة الى الحرمة .

٤ ــ شدة الحاجة الى التعامل بالبيع وكثرة وقوعه ، اذ لا غنى للانسان عنه بخلاف النكاح فانه قليل الوقوع والتكرار ، والقاعدة : التخفيف فيما يعم ويتكرر والتشديد فيما لا يعم ولا يتكرر .

العاقد من الاشارة . وقال بعضهم اذا تعذر النطق فان الكتابة والاشارة بدرجة واحدة ، فان شاء العاقد أن يعقد باشارته أو بالكتابة فكلا الامرين صحيح .

أما اذا كان العاقد قادرا على النطق فلا ينعقد العقد باشارته ولو كانت تدل على ارادته بتعبير صادق صريح .

التعاقد بالكتابة :

تقوم الكتابة مقام اللفظ في التعبير عن ارادة المتعاقدين في انشاء العقود اذا كانت الكتابة واضحة كالكتابة على الورق مثلا سواء كان العاقدان في مجلس واحد كما لو كتبت لآخر وهو بجانبك : بعتك هذا القلم على ورق فكتب تحت ذلك : اشتريت تم عقد البيع صحيحا بين الطرفين كما يجوز التعاقد بالكتابة ايضا بين غائبين .

ويستثنى من جواز العقد بين حاضرين بالكتابة عقد الزواج وذلك لاشتراط الشهادة على العقد وسماع الشهود لاقوال العاقدين .

أما اذا كان أحدهما غائبا عن المجلس فوصله كتاب الموجب فقرأه أمام شهود صح عقد الزواج بينهما اذا سمع الشاهدان لفظ الموجب والعبارة المقروءة وسمعا قبول الطرف الآخر أيضا .

واذا كان العاقدان غائبين في غير عقد الزواج فان العقد بينهما يتم بالمراسلة بمجرد قبول المرسل اليه خطاب المرسل وهو الموجب فاذا كتب شخص لآخر : بعتك هذا الشيء بكذا فوصل الكتاب الى المشتري فقال حين قراءته قبلت تم عقد البيع بينهما وذلك وفق القاعدة الفقهية المشهورة : الكتاب كالخطاب .

ويجوز للموجب الرجوع قبل وصول الكتاب الى المرسل اليه ، ولا يشترط علم المرسل اليه بهذا الرجوع ، فاذا قبل المرسل اليه الايجاب وكان الموجب قد رجع عن ايجابه فالعقد لم ينعقد سواء علم القابل برجوع الموجب أم لم يعلم ما دام الرجوع عن الايجاب قد تم قبل القبول .

المطلب الثاني

أهليـــة المتعاقدين

ان الركن الاول من اركان العقد هو التراضي المعبر عنه بالايجاب والقبول ، الا أن هذا لا يعتبر صحيحا الا اذا صدر من ذي أهلية لتحديد الشروط التي يجب توافرها في العاقـد .

وقد رأينا أن الاهلية تقسم الى قسمين : أهلية وجوب وأهلية أداء ، ولكل منهما أحكام خاصة بها ، ففيما يتعلق بانعقاد العقود تعتبر تصرفات فاقد الاهلية كالمجنون وغير المميز باطلة ، وأما تصرفات ناقص الاهلية فتعتبر صحيحة نافذة فيما يعود عليه بالنفع المحض كقبول الهبات ، وباطلة فيما يعود عليه بالضرر المحض كهبة بعض أمواله للغير ، وموقوفة على اجازة وليه أو الوصي عليه فيما يتعلق بالتصرفات التي تدور بين النفع والضرر .

وأما كامل الاهلية وهو من بلغ سن الرشد فان تصرفاته تعتبر صحيحة نافذة اذا لم يكن محجورا عليه بسبب العته أو السفه أو الجنون أو الدين ، أو كان به مانع من موانع الاهلية كالفقد أو الغياب أو مرض الموت .

أما المحجور عليه فان القيّم على شؤونه هو الذي ينوب مناب في اجراء العقود ، وقد وضعت أحكام النيابة الشرعية عن الغير الشروط التي يجب توافرها في النائب الشرعي سواء أكان ولياً أم وصياً أم قيّماً لتصبح تصرفاته نافذة ما دامت في مصلحة المحجور عليه .

المطلب الثالث

محـــل العقـــد

محل العقد أي المعقود عليه هو الشيء الذي ورد عليه العقد وثبت أثره فيه ، كالمبيع في عقد البيع ، والمنفعة في عقد الاجارة[1] .

ولا بد في المعقود عليه أو محل العقد من توافر الشروط التالية :

١ ـ وجود المعقود عليه أو قابليته للوجود : اذا كان المعقود عليه غير موجود فلا يصح العقد لان بيع المعدوم لا يجوز أصلا ، لعدم قابليته للتمليك . ويستثنى الفقهاء من هذا الاصل بعض العقود استحسانا خلافا القياس كعقد الاستصناع والعقود التي ترد على المنفعة كالاجارة ، الا ان بعض الحنابلة تساهل في ذلك نظرا لكثرة ما استثنى الفقهاء من الاصل بعدم جواز بيع المعدوم ، ولهذا يقول ابن القيم الجوزية[2] :

ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما يفيد ان العقد على المعدوم غير جائز وما ورد في السنة من النهي عن بعض الاشياء المعدومة ، كقوله عليه السلام : « لا تبع ما ليس عندك[3] » فليس العلة فيه العدم ، وانما الغرر بسبب عـدم القدرة على التسليم كبيع البعير الشـارد ، فاذا انتفت العـلة لم يوجد الحكم ألا ترى ان الشارع قد أجاز الاجارة والمسـاقاة وبيـع التمر قبل بدو صلاحه لعدم الغـرر

---

(١) يمكننا ان نفرق بين محل العقد كالمبيع والثمن وبين محل الالتزام كتسليم المبيع وتسليم الثمن ، وكذلك محل عقد الايجارة هو المنفعة ، أما محل الالتزام فهو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وقد يختلط محل العقد محل الالتزام احيانا كما لو كان الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل .

(٢) أعلام الموقعين ج١ ص ٣٥٢ .

(٣) يقول العز بن عبد السلام وهو من فقهاء الشافعية في كتابه قواعد الاحكام في مصالح الانام ج٢ ص ١١٢ في هذا المعنى :

والعجب ممن يعتقد ان المعاوضة على المعـدوم على خلاف الاصـل مـع ان الشريعة طافحة بها في جميع التصرفات .

في ذلك ولم يجز بيع البعير الشارد ، وان كان موجودا لوجود الغرر في بيعه ، كما لم يجز اجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها ، وكذلك سائر عقود المعاوضات بخلاف الوصية ، فانها تبرع محض ، اذا ما تعلقت بموصى به معدوم بطلت .

ومن هذا نرى ان ابن القيم يقرر ان المعدوم يصلح ان يكون موضوعا للعقد أي محلا له ولو كان عقد بيع ، ويرى ابن تيمية ايضا ان الآثار التي وردت بعدم صحة بيع المعدوم ليست العلة فيها الوجود أو عدمه بل العلة كون هذا العقد يؤدي الى الغرر والجهالة ، فالمعدوم لا يصلح محلا لبعض العقود للغرر الناشيء عن ذلك .

والخلاصة ان العقود : اما ان تقتضي بطبيعتها ان يكون موضوعها أي محل العقد موجودا عند التعاقد ، فهذه لا تصبح معدومة لان عدم وجودها ينافي طبيعة العقد فلا يجوز بيع حليب بقرة لم تحلب بعد ، فقد لا تلد البقرة ، ولا تثبت في ذمة البائع حتى يملكها المشتري باعتبارها دينا ، ولهذا قال الفقهاء لا يصح بيع مثل هذه العقود للغرر الذي ينشأ عن ذلك وللضرر الذي يصيب المتعاقدين .

قابلية المحل للوجود :

اما اذا كانت طبيعة العقد لا تقتضي وجود موضوع العقد وقت انشائه كالعقود التي ترد على المنافع وعقود الاستصناع ، فلا يشترط وجود المحل حينئذ فيها ، ويجوز التعاقد عليها لانتفاء الغرر ولدفع الضرر ، ويصح العقد بمثل هذه العقود بشرط امكان وجود موضوع العقد في المستقبل .

ولهذا يمكن القول بانه يشترط ان يكون موضوع العقد موجودا حين التعاقد أو متوقع الوجود في المستقبل حسب طبيعة العقد .

أما العقود التي يستحيل وجود موضوعها أي محلها في الحال والاستقبال فلا يجوز التعاقد عليها كمن يتعاقد مع طبيب على علاج شخص توفي أو التعاقد مع عامل على حصاد زرع احترق لانه يشترط في الالتزام أن يكون القيام به غير مستحيل .

ويلاحظ أن العقود التي ترد على المنفعة أو على العمل بأن محلها يوجد

شيئا فشيئا كالاجارة فان طبيعة هذا العقد تقضي ذلك ، وكذلك الوكالة أو اجارة العمل فالتعاقد عليها صحيح جائز

وقد اختلف الفقهاء في العقود التي ترد على عين في اشتراط وجود محلها أثناء التعاقد .

فالحنفية[1] والشافعية[2] قالوا يشترط وجود محل العقد في جميع العقود لا فرق بين عقود المعاوضات أو عقود التبرعات فبيع المعدوم لا يجوز عندهم وما أجازوه استثناء فهو خلاف الاصل .

وقد جاء في المادة ٣٠٤ من مرشد الحيران : « لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلا لعقد المعاوضة الا في السلم بشرائطه » .

اما المالكية[3] فأجازوا في عقود التبرعات كالهبة مثلا ان لا يكون محل العقد موجودا حين التعاقد ، ولكن العقد في الهبة لا يتم الا بالقبض وذلك كما لو وهب شخص لآخر ما ينتجه بستانه من ثمار مثلا .

واما في عقود المعاوضات فيشترط وجود محل العقد حين انشائه .

وتوسع الحنابلة[4] في اباحة التعاقد في حال عدم وجود محل العقد وخاصة ما ذهب اليه ابن القيم وابن تيمية فقد أجازوا بيع المعدوم ما دام خاليا من الغرر[5] اذا تعين المحل بالوصف .

٢ ــ تعيين محل العقد : اشترط الفقهاء ان يكون محل العقد معلوما للعاقدين لمنع الغرر ولئلا يؤدي الى المنازعة اذا كان العقد من عقود المعاوضات لان الجهالة في المعقود عليه يتعذر فيها تعيينه فلا يصح ، وكذلك اذا تردد موضوع العقد بين

---

(١) المبسوط ج١٤ ص٢ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٢ البدائع ج٥ ص ١٣٩ .
(٢) الام للامام الشافعي ج٧ ص ٩٣ .
(٣) الزرقاني على موطأ مالك ج٣ ص٢٦٠ ، الحطاب علي خليل ج٤ ص ٢٦٦ .
(٤) المغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٠٢ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢١٢ .
(٥) تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٤٤٢ .

حالين محتملين قد يوجد في الحالة الاولى دون الاخرى فلا يصح العقد به فلا يجوز بيع كتاب من هذه الكتبة دون تعيين وتحديد له .

ولا بد في الجهالة المفسدة للعقد ان تكون جهالة فاحشة ، اما الجهالة اليسيرة التي يمكن ازالتها فيصح العقد بها لانها لا تؤدي الى الغرر ، والعبرة في تقدير ذلك للعرف بين الناس في سائر معاملاتهم .

وأما عقود التبرعات فيجوز فيها الجهالة في بعض الحالات كما لو قال : اوصيت بجزء من مالي الى فلان وترك تحديد ذلك الى أحد الورثة فالوصية صحيحة لان فيها جهالة ولكن أمكن ازالة هذه الجهالة ، أما اذا لم يعط هذا الحق بتحديد الوصية الى احد الورثة فتعتبر الجهالة فاحشة فلا يصح العقد وتبطل الوصية .

وعلى هذه القسمة يمكننا القول ان الجهالة في المعقود عليه تكون على نوعين :

١ ــ جهالة فاحشة لا تغتفر ولا يصح العقد بها كمن قال : بعتك كتابا دون ان يحدد صفته .

٢ ــ وجهالة يسيرة ينعقد بها العقد كما لو باع قمحا فبين نوعه دون وصفه فهذه جهالة يمكن ازالتها فيصح العقد بها .

وفي اعتبار الجهالة في المعقود عليه هل هي جهالة فاحشة أم هي جهالة يسيرة اختلف الفقهاء ، فما يعده بعضهم جهالة يسيرة عده بعضهم جهالة فاحشة وهكذا . هذا من وجهة نظر من منع التعاقد لجهالة المعقود عليه .

ومن المذاهب من أجازت التعاقد مع الجهالة الفاحشة في المعقود عليه في بعض العقود دون عقود اخرى .

فقال ابو حنيفة والشافعي ان العقود لا تصح مع الجهالة الفاحشة في المعقود عليه

وقال مالك : تصح بعض العقود اذا كان في المعقود عليه جهالة فاحشة ، وبعض العقود لا تصح مع الجهالة .

ويقسم المالكية العقود في هذا الموضوع الى ثلاثة أقسام :

١ ـ عقود المبادلات المالية كالبيع والشراء ، فالجهالة الفاحشة في المعقود عليه تبطل هذه العقود لانه لا بد فيها من تعيين المعقود عليه محل العقد .

٢ ـ عقود التبرعات فهذه تصح بالمجهول وغير المجهول ، فالجهالة الفاحشة لا تفسدها لان مبناها التبرع لا المساومات كما في النوع الاول .

٣ ـ عقود المبادلات غير المالية كما في الزواج ، فالمهر في النكاح ليس مقصودا لذاته فتصح التسمية مع الجهالة اليسيرة وفي حالة جهالة المهر تستحق الزوجة مهر المثل[1] .

٣ ـ ان يكون المحل مشروعا :

يشترط في محل العقد ان يكون قابلا لحكمه شرعا ، فاذا لم يقبل حكمه لم يصلح محلا ، ولا يصح العقد لهذا السبب ، ونلاحظ ان عدم قبول المحل لحكم العقد يرجع لعدة اسباب :

١ ـ اما ان يكون ذلك راجعا الى المعقود عليه كما لو باع أحد العاقدين ملك غيره دون نيابة شرعية في هذا البيع[2] .

٢ ـ وقد يكون مرجع ذلك الى ان حكم العقد يتنافى مع ما خصص له ذلك المحل من منافع .

فالاموال العامة لا يرد عليها التعاقد كالجسور والطرقات لانها لا يمكن ان تملك ، وأثر البيع هو نقل الملكية فيتنافى مع ذلك .

٣ ـ وقد يكون مرجعه الى ما ورد عن الشارع من نهي أو تحريم كتحريم بيع الميتة أو الخمر أو تحريم العقد على من لا يجوز زواجها شرعا كزواج الاصول والفروع ، فالعقد هنا لا يصلح ان يترتب عليه أثره لان الشارع نهى عن ذلك .

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص١٩٤ .

(٢) على انه يراعى في هذا الاطلاق حكم تصرفات الفضولي صحيحة أم باطلة أم موقوفة على اجازة صاحب الشأن فيها .

والخلاصة ان العقد اذا كان محله مالا يشترط ان يكون مالا متقوما ، وان كان محله منفعة أو عملا فيشترط ان يكون مما اباحه الشارع فبيع الخمر باطل لان الخمر مال غير متقوم والاجارة على عمل محرم كارتكاب السرقة لا يجوز[1] .

بيع الاموال المستقبلة :

ذكرنا ان القاعدة العامة في الفقه الاسلامي عدم جواز العقد على شيء معدوم ولا على شيء يوجد في المستقبل الا ما استثناه الفقهاء .

ومما يتصل بهذا الموضوع بيع التركة المستقبلة ، هل يجوز للوارث أن يبيع جزءا من تركة مورثه وهو ما يزال حيا ، بل هل يسمح للمورث نفسه ان يبيع تركته أو بعضها وهو حي ويعتبر بيعا تاما أم تعتبر مثل هذه البيوع باطلة أصلا .

لا خلاف على ان مثل هذا البيع يعتبر باطلا لدى الفقهاء لانعدام محله ولان مفهوم التركة لا يكون صحيحا الا بعد الوفاة اما خلال الحياة فلا تسمى تركة فالتركة هي ما يتركه الميت خاليا من تعلق حق الغير به .

وقد وافق القانون المدني الفقه الاسلامي على بطلان بيع التركة المستقبلة خروجا عن أصله الذي أجاز بيع المعدوم ، اذ أن القانون على خلاف الفقه أباح التعاقد على معدوم أو على شيء يمكن وجوده في المستقبل واستثنى التركة المستقبلة سواء من الوارث أم من المورث ولو تم الاتفاق بين الوارث والمورث على اجراء هذا العقد فيعتبر باطلا[2] .

---

(١) الشرح الكبير ج٤ ص ١٦ المحلى لابن حزم ج٨ البحر الرائق ج٦ ص ١٩٠ مجمع الانهر ج٢ ص ٣٦٨ . شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ سليم باز .

(٢) لقد جاء في المادة ١٣٢ من القانون المدني السوري :

ف١ : يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا .

ف٢ : غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه .

المطلب الرابع

سبب العقد

لم يضع فقهاؤنا نظرية متكاملة للسبب في الالتزامات والعقود جريا مع أسلوبهم التقليدي في صياغة الاحكام التي تعتمد على المسائل والفروع والجزئيات كأساس لها ، غير أن هذا لا يعني عدم وجود اصول للنظريات عامة ولنظرية السبب خاصة ، بل على العكس نجد أمثلة واضحة متعددة لدى مختلف المذاهب ما يمكننا من صياغة نظرية للسبب ، وهذا ما فعله بعض الفقهاء المعاصرين الذين أفردوا لهذا الموضوع بحوثا خاصة[1] .

وقبل ان نذكر ما ذهب اليه الفقه الاسلامي في بحث السبب لا بد ان نشير الى ما وضعه رجال القانون المدني في هذه النظرية من آراء وما طرأ على هذه الآراء من تعديلات وتطورات نشأ عنه نظريتان : النظرية التقليدية والنظرية الحديثة .

الفرق بين السبب والمحل :

يختلف السبب عن المحل ، بأن المحل هو ما يلتزم به المدين ، أما السبب فهو الهدف الذي من أجله التزم المدين ، لان المحل هو جواب : بما التزم المدين ، أما السبب فهو جواب : لما التزم المدين .

فالسبب يتصل صلة وثيقة بالارادة ، لانه الغرض المباشر الذي تتجه نحوه ارادة العاقد ، فحيث تكون الارادة يكون السبب ، اذ لا يتصور ارادة صحيحة

---

(١) راجع : سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي للدكتور جمال الدين محمود ، وبحث السبب في مصادر الحق ج٤ للدكتور السنهوري ، والتعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار ، والنظرية العامة للعقود والموجبات في الشريعة الاسلامية للدكتور صبحي المحمصاني ، ونظرية الالتزامات في القانون للدكتور احمد حشمت ابو ستيت .

سليمة لا تتجه الى سبب معين في الالتزام الا اذا كانت ارادة صادرة عن غير وعي كارادة فاقد الاهلية مثلا .

وما دام السبب هو الغاية او الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه في العقد كان لا بد من وجوده ، لان أي عقد خلا عن غرض معين كان عبثا من القول ولا أثر له[1] .

أولا ـ النظرية التقليدية :

وخصائص السبب وفق النظرية التقليدية يمكن تلخيصها بما يلي :

١ ـ ان السبب شيء داخلي يستخلص من نوع العقد لامر خارجي عنه .

٢ ـ وهو شيء موضوعي لا أثر لنية الملتزم فيه ولا للغاية التي ينويها في نفسه او يرمي الوصول اليها .

٣ ـ والسبب ايضا شيء واحد في نوع واحد من العقود مهما تغيرت اوضاع العاقدين وصفاتهم . فالغرض الذي يسعى اليه البائع هو الحصول على الثمن والغرض الذي يسعى اليه المشتري هو الحصول على المبيع ، فهو اذن غرض واحد في النوع الواحد من العقود .

وقد وضع انصار هذه النظرية ثلاثة شروط لا بد من توافرها وهي ان يكون سبب الالتزام موجودا وصحيحا ومشروعا فاذا تخلف شرط واحد من هذه الشروط كان العقد باطلا :

١ ـ وجوب السبب : يجب ان يكون السبب موجودا ، فكل التزام لا سبب له يعتبر كأنه غير موجود ، ويعتبر السبب غير موجود اذا كان القيام به واجبا على العاقد بدون العقد ، كما لو استأجر شخص آخر للقيام بعمل واجب عليه بناء على عقد سابق مثلا فالاجارة باطلة لعدم وجود سبب لها .

وكذلك لو قام الوصي بتنفيذ وصية الموصي ثم تبين له ان المتوفي رجع عن وصيته قبل وفاته ، فسبب التزام الوصي بموجب عقد الوصاية له يعد موجودا .

ومن الفروع التي ذكرها فقهاؤنا في ضرورة وجود السبب ما جاء في جامع

---

(١) جاء في القانون المدني الاردني الجديد :

م ١٦٥ ف١ السبب هو التعهد المباشر المقصود من العقد .

ف٢ ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ج[1] .

ـ صحة السبب : يجب ان يكون سبب الالتزام صحيحا ، اذ لا يكفي وجود السبب دون صحته ، فالسبب غير الصحيح كالسبب الصوري أو المغلوط يجعل العقد باطلا وذلك كما لو تخارج أحد الورثه مع شخص آخر يعتقد أنه وارث فأعطاه مبلغا من المال ليتنازل له عن حصته في الميراث ثم تبين له بعد ذلك انه غير وارث فالتخارج هنا باطل لعدم صحة سببه .

٣ ـ مشروعية السبب : اذا كان سبب الالتزام غير مشروع أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

وترى هنا شدة الصلة بين مشروعية محل العقد ومشروعية السبب ، لان سبب التزام أحد العاقدين هو عبارة عن محل التزام لآخر ، والمثال على ذلك الرشوة فهي من جانب المرتشي باطلة لبطلان محلها ، أما من جانب الراشي فان محلها المال وهو مباح ولكن الغرض المباشر منها وهو السبب غير مشروع .

ثانيا ـ النظرية الحديثة في السبب :

بعد ان سادت النظرية التقليدية في السبب فترة من الزمن عاد القضاء الفرنسي للهجوم عليها ، كما تعرضت لنقد شديد من قبل فقهاء القانون لا لعدم صحتها بل لعدم جدواها ولانه يمكن الاستغناء عنها بنظرية المحل فعوضا عن ان نشترط وجود السبب وصحته ومشروعيته ، يمكننا أن نكتفي بوجود المحل وصحته ومشروعيته في العقد .

وبما ان النظرية التقليدية اقامت فروقا بين الباعث والسبب فقد قامت النظرية

---

(١) جامع الفصولين ج١ ص ٢٤٨ : « ان الاجارة على عمل يجب على العاقد لا تصح ، فلا يجوز العقد على ارضاع الام لطفلها ، فلو التزم الزوج خلال الحياة الزوجية اجرة للام لقاء ارضاع طفلها فلا يصح العقد لان الارضاع واجب على الام ديانة » . وجاء في متن القدوري في الفقه الحنفي ص ٩٦ : « واذا استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم تجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة » .

الحديثة لازالة هذه الفروق ، وقد ساعد على ذلك القضاء الفرنسي ، وهكذا اصبح السبب وفق هذه النظرية الحديثة هو الباعث الذي يدفع العاقد للعقد ، على ان يكون هذا الباعث مشروعا يرمي الى غرض لا يحرمه القانون ولا النظام العام . وحين يكون للعاقد عدة بواعث لا بد من معرفة الباعث الرئيسي الذي يعتبر هو سبب العقد لانه الدافع الذي يدفع الملتزم الى التزامه .

ولهذا كان الباعث في النظرية الحديثة أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية[1] .

ويبدو الفرق واضحا بين الباعث والسبب ، فالسبب معياره موضوعي وهو داخل في العقد و لايختلف باختلاف النوع الواحد من العقود ، فسبب عقد البيع واحد في جميع البيوع ، اما الباعث فمعياره ذاتي وهو خارج عن العقد ويختلف من عقد لآخر نتيجة اختلاف الدافع لدى كل عاقد ، فعقود البيوع ان كان سببها كلها واحدا فان البواعث تختلف من بائع لآخر .

واذا كان الباعث هذه الصفات من المرونة كان لا بد من وضع ضابط له اذ لا يجوز أن يبقى طي كتمان العاقد ونيته اذ أنه أمر داخلي يصعب معرفته ، فهل يعتد بالباعث ولو كان الطرف الآخر على غير علم به ؟ ..

يبدو ان هناك خلافا حول هذا الامر والرأي الغالب أنه يعتد بالباعث

---

(١) ونلاحظ ان القوانين المدنية العربية المصرية والسورية والليبية رجحت النظرية الحديثة على النظرية التقليدية في السبب . أما قانون العقود والموجبات اللبناني فقد فرق بين سبب الالتزام حيث أخذه عن النظرية التقليدية وسبب العقد الذي أخذه عن النظرية الحديثة . وجاء في القانون المدني السوري م ١٣٧ :

اذا لم يكن للالتزام سبب ، او كان سببه مخالفا للنظام العام او الاداب كان العقد باطلا م ١٣٨ .

آ ـ كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

ب ـ ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي للالتزام سببا آخر ان يثبت ما يدعيه .

اذا علم به الطرف الآخر سواء أكان العقد من عقود التبرعات أم من عقود المعاوضات .

على ان بعض الفقهاء يعتد بالباعث ولو لم يكن الطرف الآخر على علم به في عقود التبرعات فقط كما في الوصية فانه يعتبر الباعث لدى الموصي ولو لم يكن الموصى له على علم به .

فقد جاء في المادة الثالثة من قانون الوصية المصري .

يشترط في صحة الوصية الا تكون بمعصية والا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع[1] .

نظرية السبب في الفقه الاسلامي :

لكل عقد من العقود غرض مباشر او سبب مقصود[2] ، ولهذا اختلفت العقود باختلاف اسبابها من جهة وباختلاف البواعث من جهة أخرى ، فسبب عقد الزواج يختلف عن سبب عقد الهبة[3] ، والسبب في عقود التبرعات غير السبب في عقود المعاوضات ، ففي التبرع ارادة الخير والثواب وفي المعاوضات ارادة نقل الملكية والغرض من الانتفاع والحيازة[4] .

---

(١) راجع الاهلية والوصية والتركات للمؤلف ص ٢٠٢ .

(٢) يختلف مفهوم السبب لدى علماء اصول الفقه عن مفهومه لدى الفقهاء ، فالسبب لدى الاصوليين هو ما وضع شرعا لحكمة يقتضيها ذلك الحكم كحصول النصاب سببا لوجوب الزكاة والسرقة تعتبر سببا لوجوب الحد اي القود والعقود تعتبر سببا في اباحة الانتفاع او نقل الملكية . راجع الموافقات للشاطبي ج١ ص ١٨٥ المستصفى للغزالي ج٣ ص ٩٣ .

(٣) رد المحتار ج٢ ص ٤٧١ .

(٤) اذا كان لا بد في كل عقد من سبب فما هو حكم التصرف بدون سبب هل يعتبر صحيحا وملزما كما لو وعد شخص آخر بعمل ما او بهبة مبلغ ما ، فهل يلزم الوعد وينفذ على الواعد بحيث يجبر على الوفاء به ام لا ؟ ..

للفقهاء في اثر الوعد وقوة الالزام به ثلاثة آراء :

ا ــ ذهب جمهور الفقهاء الى ان الوعد غير ملزم ، وقد ذكر ابن حزم في المحلى ج٨ ص ٣٩ مؤيدا هذا الرأي بقوله « فلا يكون فرضا انجاز الوعد والعهد الا من وعد ـه

وبالرغم من ذلك فاننا لا نجد في الفقه الاسلامي نظرية كاملة للسبب لا لعدم وجود عناصرها وفروعها بل لان صياغة الفقه في العصر الذي كتب فيه لم تعتمد على النظريات بل على الفروع والمسائل .

وبالرجوع الى التطبيقات العملية للفقه نجد جذورا وأسسا واضحة لنظرية السبب وفق ما ذهب اليه رجال القانون سنذكر بعضها بما يتناسب مع دراستنا دون توسع في المقارنة ، لاننا لا نقارن ما جاء في الفقه الاسلامي مع النظريات القانونية المعاصرة كنظرية السبب وغيرها في بيان أوجه التشابه بينهما لاثبات أفضلية التشريع الاسلامي لان ذلك يفترض ان القانون الوضعي وما جاء به من آراء هو الاصل العام الذي يقاس عليه وان ما ورد به من احكام ونظريات هي دائمة صحيحة ولا ينالها النقد ، مع ان هذا الاسلوب غير دقيق ابدا في المقارنة فالنظريات القانونية تختلف وتتغير وتتبدل في أصولها وفروعها كما تختلف القوانين والتشريعات من بلد لآخر .

انما نقصد ببحوثنا هذه عرض وجهة نظر الفقه الاسلامي وما جاء به من قواعد وأسس ذات استقلال في المنشأ والمصدر وانها صالحة للحياة والتطبيق اذا آمن أصحابها بها وتخلوا عن التقليد[1] .

← بواجب عليه ، كوفاء دين او اداء حق فقط » .

٢ ـ وقال المالكية ان الوعد ملزم اذا قام الموعود له بتنفيذ الوعد ، كما لو قال شخص لآخر تزوج ولك مني الف ليرة فتزوج فيجب على الواعد الوفاء بوعده ، اما اذا لم يتزوج فلا يلزم بالوفاء بما وعد . وقد بين القرافي في الفروق ج٤ ص ٣٧ : ان الواعد بوعده اذا باشر الموعود السبب كما لو قال شخص لآخر : اهدم دارك وانا أسلفك لبنائها من جديد ، فان فعل لزم الوعد والا لا يلزم شيء .

٣ ـ وذهب ابن شبرمة وهو احد اصحاب المذاهب غير المدونة الى ان الوعد ملزم كله سواء ترتب عليه فعل أم لا لقوله تعالى : يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون .

(١) غير ان هذا لا يعني اننا نرفض اقتباس المنهج القانوني واسلوب الصياغة الحديثة على اساس النظريات لفهم موضوع معين او نظرية لاننا بهذا نتابع تطور تدوين الفقه الاسلامي الذي توقف عند تقعيد القواعد والمبادىء بعد ان اجتاز مراحل التدوين على اساس الفروع والمسائل وان المرحلة الثالثة هي مرحلة النظريات وبهذا ايضا نسهل على طالب الدراسات القانونية فهم الفقه بما اعتاد دراسته من اسلوب قانوني خاص .

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة في الفقه الاسلامي :

لفهم نظرية السبب في العقود يحسن أن نبين وجهة الفقه الاسلامي في اعتداده بالارادة الظاهرة أم بالارادة الباطنة ؟ ..

يغلب على الفقه الاسلامي النزعة الموضوعية أكثر من النزعة الذاتية ، ويبرز ذلك بشكل واضح حين يعتد بالعقود بالارادة الظاهرة أكثر من اعتداده بالارادة الباطنة[1] هذا من جهة ، ومن جهة ثانية نلاحظ ان الفقه الاسلامي يهتم بالنية والقصد ونظرا لصفته الدينية ولصلة أحكامه بالاخلاق فان جانب الباعث يبرز وتظهر أهميته في انشاء العقود وتلعب النية دورا رئيسيا في تكييف العقد[2] ، فقد يذكر العاقدان عقدا وتنصرف نيتهما الى عقد آخر فالعبرة للنية ، كالكفالة بشرط براءة الاصيل لا تعد كفالة بل تصبح حوالة ، والعكس فان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل تعتبر كفالة[3] .

وبين هذين العاملين : النزعة الموضوعية التي تعتد بالارادة الظاهرة والنزعة الذاتية التي يغلب فيها جانب القصد والنية تدور نظرية السبب بين مختلف المذاهب الفقهية مع رجحان الظاهرة الثانية وهي الباعث في السبب .

ومجمل ما ذكره الفقهاء في هذا الموضوع :

ان المذهب الشافعي لا يعتد بالباعث اما الحنفية فيأخذون بنظرية الباعث اذا ذكر في العقد او قامت القرائن على وجوده كما لو كان معلوما من العاقدين ، وتوسع الفقه الحنبلي في الاخذ بالباعث ولو لم يذكر في العقد او لم يكن معلوما لدى الطرف الآخر .

وللمالكية رأي مفصل في هذا فقد قرروا صحة العقد مع وجود الباعث

---

(١) مصادر الحق للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج٤ ص ٥٤ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠ ، فتح القدير ج٥ ص ٤٠٣ الموافقات للشاطبي ج٢ ص ٢٠٦ .

(٣) ذكر السيوطي في الاشباه والنظائر ص ١١١ هل العبرة بصيغ العقود او بمعانيها ؟ .. خلاف والترجيح مختلف .

غير المشروع غير أن هذا يمنع العقد من انتاج آثاره[1] .

وقد ذكر فقهاء الحنفية من حالات بطلان العقد عدم وجود سبب صحيح له كمن التزم بنفقة غير مستحقة عليه وهو يعتقد انه مكلف بها كالتزام الزوج بنفقة زوجته الناشز مثلا او التزام الجد بنفقة احفاده مع وجود الاب الموسر فالالتزام باطل لعدم وجود سببه[2] .

ويقول الدكتور صبحي المحمصاني[3] « ان الفقهاء يستخلصون احيانا السبب في العقد على انه شيء موضوعي داخل العقد لا يتغير ، أقرب ما يكون الى السبب في النظرية التقليدية » .

ويمكننا توضيح آراء المذاهب الفقهية فيما يلي :

الشافعية :

ذهب الشافعية الى عدم الاعتداد بالباعث في العقد لان النية تبقى لدى صاحبها دون أي أثر في صحة العقد أو فساده .

وقد ذكر الامام الشافعي في كتابه الام الى أنه يجوز بيع السلاح لمن يقصد به القتل حتما لان نية المشتري تبقى في نفسه من جهة وقد يعدل عن قصده الى أمر آخر فلا دخل للبائع في افساد العقد او تصحيحه ولكن هذا العقد مكروه بالنسبة للمشتري[4] ولا يكلف البائع شرعا بالتحري عن نية المشتري ومصدره ليعرف الباعث الذي دفعه الى شراء هذا السلاح مثلا .

والخلاصة فان الشافعية يرون ان العقد متى تم صحيحا بعبارته وصيغته وتوافرت شروطه واركانه فيعد مشروعا دون النظر الى نيـة العاقد الباطنـة

---

(١) سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي للدكتور جمال الدين محمود ص ٥١٠ .
(٢) البدائع ج٥ ص ٢٨٥ الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٢ .
(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ص ٩٨ .
(٤) الام للشافعي ج٣ ص ٦٥ الوجيز للغزالي ج١ ص ١٣٤ .

أما ان كانت النية غير سليمة كما لو كان الباعث غير مشروع فان العقد يعتبر فاسدا بالارادة الظاهرة التي دلت عليها عبارة العقد لا مجرد نية العاقد .

الحنفيـة :

وكذلك نجد فقهاء الحنفية لا يعتدون بالباعث في العقد لان النية أمـر داخلي لا يطلع عليه أحـد ، الا أنهم قالوا اذا دلت صيغة العقد على القصـد بأن عرف من اللفظ الظاهر الباعث على التعاقد يعتبر حينئذ ، فان كان مشروعـا صح العقد وان كان الباعث غير مشروع اعتبر العقد فاسدا . ومعرفة الباعث مـن خلال صيغة العقـد عند الحنفية تبدو في عـدة حالات منها ان يذكر السبب صراحة في صيغة العقـد وبهذا يعرف العاقدان بوضـوح الباعث المشروع او غير المشروع .

واحيانا يعرف السبب ضمنا دون ان ينص عليه صراحة حيث يستخلص عادة من طبيعة المحل ، فاذا كانت طبيعة المحل يستدل منها ان السبب الذي دفع العاقد الى التعاقد غير مشروع كان العقد غير صحيح .

اما العقد الذي لم تتضمن صيغته السبب الباعث على التعاقد لا بشكل صريح ولا ضمني فلا مجال للبحث عن السبب خارج العقد ويعتبر العقد صحيحا .

ويمثل الحنفية على نظريتهم بعدم الاعتداد بالباعث اذا لم تتضمنه صيغة العقد ببيع عصير العنب لمن يتخذه خمرا فالبائع لا علاقة له بالباعث الخفي لدى المشتري ولذلك فان بيعه حلال وليس عليه الكشف عن نية المشتري حتى لو تبين للبائع ان المشتري يقصد من اتخاذ العصير خمرا فما دام هذا الباعث غير المشروع في نفس المشتري لم يظهر في صيغة العقد فالبيع صحيح[1] .

الحنابلـة :

توسع فقهاء الحنابلة بالاخذ بالباعث في العقد وقالوا ان السبب هو الباعث

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ البدائع ج٤ ص ١٨٩ .

على التعاقد ، فان كان مشروعا فالعقد مشروع وان كان غير مشروع فالعقد غير صحيح .

وهذا الرأي على خلاف ما ذهب اليه الشافعية والحنفية لان الحنابلة اهتموا بالاخذ بالقصد والنية في العقد ولذا اعتدوا بالباعث سواء أكان مذكورا في العقد أم لا بشرط ان يكون معلوما من العاقد الثاني ، أو دلت الظروف والقرائن على ان الطرف الثاني كان بامكانه ان يعلم بذلك .

ويذكر ابن القيم في هذا المضمار ان قواعد الشرع وأدلته تظاهرت على أن القصود في العقود معتبرة وانها تؤثر في العقد في صحته وفساده وفي حله وحرمته ، بل وأبلغ من ذلك أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحريما وتحليلا ويصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة وفاسدا تارة أخرى باختلافها .

وعلى هذا فان ما ذكرناه عن نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتيني نجده في المذهب الحنبلي[1] .

المالكيـــة :

أما المالكية فقد انفردوا برأي توسطوا به بين ما ذهب اليه الحنفية والشافعية بعدم الاعتداد بالباعث وبين الحنابلة الذين اعتدوا بالباعث في العقد[2] .

ويتلخص مذهب المالكية بأن الباعث غير المشروع لا يبطل العقد بل يبقى صحيحا غير انه لا ينتج أثره ويجبر العاقد على التصرف فيما عقد فالمشتري مثلا بباعث غير مشروع يعتبر شراؤه صحيحا ولكن يلزم باخراج ما اشتراه من ملكه

---

(١) ويضرب ابن القيم في اعلام الموقعين ج٣ ص ٩٦ أمثلة على أثر القصد والنية والباعث في العقد والفعل منهـا عصير العنب بنية ان يكون خمرا فعل محرم ، أما عصره بنية ان يكون خلا او دبسا فهو جائز ، وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف انـه يقتل به ظلما حرام وباطل لما فيـه من الاعانة على الاثم والعدوان ، أما اذا باعـه لمن يعرف انـه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة .

(٢) وقد ذكر الحطاب في شرحه على متن خليـل : ان بيـع العنب لمن يعصره خمرا غير جائز ..

حتى لا يكون معصية[1] .

ومن الجدير بالذكر ان نشير الى ان المذاهب الزيدية[2] والجعفرية[3] والظاهرية[4] يعتدون بالباعث وفق ما ذهب اليه الحنابلة على تفصيل فيما بينهم في هذا الموضوع[5] .

وخلاصة ما نراه في نظرية السبب :

ان بعض الفقهاء لا يأخذون بالباعث كسبب في العقد وبعضهم يعتد بالباعث اذا نص عليه في العقد صراحة أو دلالة .

غير أن أكثرية الفقهاء توسعوا بالاخذ بالباعث الشخصي في العقد سواء أكان منصوصا عنه أم لا ما دام الطرف الآخر على علم به أو كان من السهل ان يعلم به من خلال ظروف التعاقد والمثال التقليدي الذي يذكره الفقهاء في السبب الباعث على العقد ، بيع عصير العنب ، فالحنفية يصححون هذا العقد لان السبب غير مذكور في العقد ، أما الحنابلة فلا يجيزون بيع عصير العنب اذا كان البائع يعلم ان المشتري سيتخذه خمرا ، ولهذا قالوا يبطل العقد اذا دلت القرائن وظروف الحال على ان البائع يعلم ذلك ، كما لو كان المشتري تاجر خمر معروفا لدى كافة الناس ، فهذه القرائن تقوم مقام العلم فتبطل العقد[6] .

---

(١) منح الجليل ج٣ ص٤٩ المدونة ج٣ ص٣٧٩ المقدمات لابن رشد ص٣٦٣ .
(٢) المنتزع المختار .
(٣) مفتاح الكرامة ج٤ ص ٣٧ .
(٤) المحلى ج٩ ص ٣٠ .
(٥) راجع شرح آراء هذه المذاهب في مصادر الحق للدكتور السنهوري
(٦) روي من ابن حنبل انه قال اذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها ، فلها ان ترجع عنه اذا طلقها ، لان سبب هذه الهبة او الباعث على هذا التبرع هو استدامة عقد النكاح فاذا طلق الزوج زوجته فكانه الغى الباعث على هذه الهبة فللزوجة حق الرجوع بما وهبته من صداقها . القواعد لابن رجب ص ٣٢٢ .

وكذلك جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٦٨ ان رجلا استدان من زوجته مبلغا من المال لخمس سنوات فاذا طلق الزوج زوجته فان الاجل يسقط ولها حق المطالبة باسترداد المبلغ ولو لم تمض المدة المتفق عليها لان الباعث على الاجل في هذا الفرض هو استدامة الحياة الزوجية .

الفرع الثاني

أثر الارادة في انشـــاء العقـــود

يذهب علماء القانون الى ان العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة لجميع ما يشتمل عليه على ان لا يخالف النظام العام ، فكل ما يتفق عليه المتعاقدان يجب الوفاء به اذا تحققت الارادة في انشاء هذا العقد .

اما في الفقه الاسلامي فليس للارادة هذا السلطان في العقود اذ ان الارادة تنشىء العقد فقط ، وأما آثار هذا العقد فليست لارادة العاقـد انما تترتب بارادة الشارع وما جعله أثرا لهذا العقد .

فالعاقد ينشيء العقد بارادته الحرة لان الرضا أساس العقود ، وأما الآثار التي تنشأ عن هذا التعاقد فقد حددها الشارع حين جعل لكل عقد آثاره وأحكامه .

فعقد البيع مثلا يتم بالتراضي بين البائع والمشتري وهذا الاصل فيه ، أمـا ما يترتب على هذا العقد من نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري ، واستحقاق البائع الثمن ، فهذه أمور جعلها الشارع أثرا لعقد البيع في كل عقد من العقود .

ودليل وجوب توافر الرضا في كل عقد ، قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

ثم أمر القرآن بوجوب الوفاء بالالتزام فقال :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

والى هنا ينتهي عمل المتعاقد حيث تعاقد برضاه التام ، الذي نشأ عنه التزام وأوجب الوفاء بما التزم به عن طواعية واختيار .

واما ما ينتج عن هذا العقد من آثار فحكمه الى الشارع اذا كان العقـد صحيحا توافرت فيـه اركانه وشروط صحته .

فلكل عقد في الشريعة الاسلامية آثار رتبها الشارع سـواء قبلها المتعاقد أم لم يقبلها لان ارادته تتعلق بانشاء العقد حين تكوينه ، ولا أثر لها فيما ينتجه العقد من آثار لان ذلك مردود الى الشارع لا الى العاقد .

وليس في هذا أي حجر على ارادة العاقد واختياره ولا ينافي القاعدة العامة في العقود وهي ان الاصل فيها الاختيار والرضا بين طرفي العقد ، لان موضع الرضا هو في انشاء العقد . وعلى هذا فلكل متعاقد الحرية التامة في أن يعقد ما يشاء من العقود، أما الآثار والاحكام فليست اليه بل الى الشارع الذي يتولى تنظيمها وتوزيعها بين العاقدين .

هذا هو الاصل العام في جميع العقود ، ولكن بعض الفقهاء أضاف الى هذا وجوب الوفاء بالشروط التي تم عليها الاتفاق أثناء وانشاء العقد ، أي يجوز احداث أثر جديد للعقد بمجرد الارادة .

وعلى رأس من أعطى للارادة السلطان المطلق في حرية اشتراط الشروط في العقود الفقيه الحنبلي ابن تيمية حيث يرى ان ارادة العاقد كما ان لها السلطان المطلق في انشاء العقد كذلك لها بعض ذلك في آثار العقد حين يشترط العاقد شرطا أكثر مما حدده الشارع لهذا العقد .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن مراعاة هذه الشروط للمتعاقدين يجب ان تبقى ضمن حدود النظام العام وعلى ان لا يخالف العاقد بارادته ارادة الشارع وان لا يخالف نصا مقررا في الشريعة الاسلامية ، هذا في العقود المالية .

اما في عقد النكاح فيرى الفقهاء ضرورة التشدد ضمانا لحفظ الاسرة من التفكك باشتراط شروط تخالف او تزيد عما وضعه الشارع من أحكام وآثار لعقد الزواج نظرا لاهمية هذا العقد واختلاف آثاره عن سائر العقود المالية[1] .

وسنبحث في نطاق الارادة العقدية ثلاثة مواضيع :

١ ــ حرية التعاقد .

٢ ــ الشروط في العقود .

٣ ــ عيوب الارادة في العقد .

---

(١) توسع فقهاء الحنابلة في حرية الشروط حتى في عقد الزواج خلافا لبقية الفقهاء ، وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية السوري بمذهب الحنابلة مع بعض القيود في حق الزوجة في شروط عقد الزواج وما يجب الوفاء به .

راجع شرح قانون الاحوال الشخصية السوري للمؤلف بحث الشروط المقترنة بعقد الزواج الجزء الاول ص ٣٨٣ .

المبحث الاول

حريـة التعاقـــد

يشمل بحث حرية التعاقد أمرين أساسيين : الامر الاول هل للناس الحرية الكاملة في انشاء العقود المعروفة أي المسماة الشائعة وما عرف بعد ذلك من عقود في العصور الحاضرة ، أم أن المتعاقد مقيد بما عرف من العقود قديما حين وضعت لها القواعد والاحكام الثابتة .

والامر الثاني : هل لكل عاقد الحرية في اشتراط الشروط كما يشاء في كل عقد يعقده متجاوزا تلك الآثار الثابتة التي جعلها الشارع أحكاما للعقود .

انشـــاء العقـــود

للفقهاء في هذا الموضوع رأيان فيما يتعلق بحرية انشاء العقود :

١ ــ الفريق الاول يقول : ان الاصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل عـــلى الاباحـــة .

٢ ــ اما الفريق الثاني : فقد جعل الاصل في العقود الاباحة الا اذا قام الدليل على المنـــع .

وفي كلا الرأيين ان الوفاء بالعقود اذا توافرت شـــروط صحتها أمر واجب بحكم الشـــرع .

من قال ان الاصل في العقود المنـــع :

ذهب هؤلاء الفقهاء وعلى رأسهم الظاهرية وفريق كبير من فقهاء بقية المذاهب الى أن كل عقد لم يرد به أثر فهو ممنوع لاننا تتقيد بما عرف لدى الاقدمين من عقود مما سطرته كتب الفقهاء ووضعت له أحكاما وقواعد وضوابط ، وما عدا

ذلك لم يقم الدليل على اباحته ، فهو غير لازم لانه لا التزام الا بما جاء في الشرع وهذا عقد جديد لم يرد الشرع به فلا يجوز .

ويلاحظ على هذا الفريق انهم قيدوا العقود بما هو متعارف لدى الفقهاء به حينئذ وما لم يكن كذلك فلا يعتبر عقدا واجب الوفاء .

ومن الادلة التي استدل بها هذا الفريق على رأيه في تقييد حرية التعاقد :

١ ــ ان الشريعة الاسلامية جاءت لمصالح الناس ولهذا فقد شرعت من العقود ما يضمن ويلائم مصالح الناس على اختلافهم فكل عقد لم يرد به دليل شرعي أو لم يرد به نص فهو عقد لا مصلحة فيه لانه يخالف الحدود الشرعية التي رسمها الشارع ولا يصح ان نلزم الناس بعقد اذا لم تقم لدينا الادلة الشرعية بوجوب الوفاء به والا كنا نحرم الحلال ونحل الحرام .

٢ ــ قوله عليه السلام : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد فدل هذا الحديث على بطلان كل عقد لم يأت النص باباحته لانه لا الزام الا بدليل ولا دليل هنا .

٣ ــ قوله عليه السلام : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل . فبطلان الشروط التي لم يأت الشارع باباحتها محرم فقياسا على تحريم الشروط غير المنصوص عليها تحرم العقود ايضا اذا لم يكن لديها دليل على الاباحة .

من قال ان الاصل في العقود الاباحة :

اما الفريق الثاني فقد ذهب الى أن للناس الحرية المطلقة في انشاء العقود وفي اشتراط الشروط في عقودهم ما دامت لا تخالف نصا شرعيا وما دام لم يرد من الشارع نهي أو منع عنها .

وأدلة هذا الفريق بحرية التعاقد وان الاصل في العقود الاباحة :

١ ــ ما ورد في القرآن الكريم من آيات تحث وتأمر بالوفاء في العقود من غير تحديد لها وتعيين ، انما حرص القرآن على أمر واحد وهو الرضا بين المتعاقدين

« الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء بمقتضى القياس عليها .

وكذلك الآثار الواردة عن رسول الله توجب الوفاء بما يلتزم به العاقد . وعلى هذا فالوفاء بالعقود أمر أوجبه الشارع ولو لم يرد بالعقد نص ، على أن لا يخالف العقد نصا شرعيا .

٢ ــ ان العقود في الشريعة الاسلامية من المعاملات وليست من العبادات ، والعبرة في المعاملات الى علل أحكامها ومعانيها لا الى نصوصها ، لان كل عقد فيه مصلحة وكل مصلحة معللة بخلاف العبادات ؛ وما دام الاصل في المعاملات العلة فتبنى الاحكام على عللها عن طريق القياس والاستحسان وتنشأ عقود جديدة لم تكن معروفة لدى الفقهاء القدامى لاختلاف العرف والعصر وتحديد مصالح الناس .

٣ ــ يميل كثير من الفقهاء الى تقرير القاعدة المشهورة : ان الاصل في الاشياء الحل لا الحرمة الا فيما يتعلق بالابضاع (حل الاستمتاع الجنسي) . فالاصل في الاشياء الاباحة الا ما قام الدليل على المنع ، وجميع العقود المالية مباحة ما لم يرد نص بتحريمها لان الاساس في كل عقد الرضا بين عاقدين ، فكل تحريم لعقد لم يحرمه الشارع معناه تحريم ما أحله وهذا لا يجوز .

والى هذا الرأي يميل فقهاء الشيعة وفريق كبير من الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم .

واذا كان لنا من رأي في هذا الموضوع فاننا نرى ضرورة اطلاق حرية الناس في عقودهم ما لم يرد نص او دليل على المنع ، لان حاجات الناس ومصالحهم في تزايد مستمر وهي تتطور وتتغير فمن الضروري مجابهة ذلك بتشريعات العقود التي يتعارف الناس عليها من جديد وفي كل عصر .

المبحث الثاني

حرية الاشتراط في العقود

الشروط في العقود تكون في حالتين ، اما أن تكون مقترنة بالعقد واما أن يكون العقد معلقا على وجود الشرط أو مضافا الى زمن يتحقق به العقد .

ولنبدأ بالشروط المقترنة بالعقد :

ان الفقهاء الذين أطلقوا الحرية في انشاء العقود المسماة منها وغير المسماة أطلقوا الحرية أيضا في اشتراط الشروط والذين قيدوا حرية المتعاقد في انشاء العقود منعوا أيضا الشروط الا ما جاء نص بجوازها .

ومع ذلك فاننا نجد للفقهاء في حرية الشروط ثلاثة آراء :

١ — المذهب الاول : ان كل شرط يخالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد ولم يرد به أثر هو شرط غير صحيح لا يجب الوفاء به والى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الاحناف[١] والشافعية[٢] والمالكية[٣] .

٢ — المذهب الثاني : ان كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهي عنه فهو واجب الوفاء ، وهذا مذهب جمهور الحنابلة[٣] وفريق من الشيعة الجعفرية[٤] .

٣ — المذهب الثالث : كل شرط لم يأت الشارع به فهو شرط باطل لان قوة العقود وآثارها وما يترتب عليها هو من عمل الشارع لا من عمل العاقد وهذا ما أخذ به الظاهرية .

---

(١) الدر المختار ج٢ ص ٢٣١ .
(٢) المهذب للشيرازي ج١ ص ٢٦٥ .
(٣) القوانين الفقهية ص ٢٥٧ .
(٣) المغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٨٥ .
(٤) شرائع الاسلام ج٢ ص ٦٧ .

ومن هذا نرى أن الحنابلة يرون أن الاصل في الشروط الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم فكل شرط لم يرد نص بتحريمه فهو شرط صحيح وواجب الوفاء .

وعلى العكس من ذلك يذهب الظاهرية الى أن الاصل في الشروط المنع فكل شرط لم يأت في الكتاب والسنة فهو شرط باطل ، وبين هذين المذهبين نجد آراء جمهور الفقهاء تختلف سعة وضيقا كالاحناف والمالكية والشافعية .

وقد قسم الشاطبي المالكي الشروط الى ثلاثة أقسام[٣] :

١ — أن يكون الشرط مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا ينافي مقتضى العقد كاشتراط الكفء في عقد الزواج واشتراط انفاق الزوج على الزوجة فهذه الشروط شروط صحيحة يجب الوفاء بها .

٢ — أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد ولا مكمل لحكمته أي خلاف القسم الاول كما لو اشترط الزوج على زوجته وعدم الانفاق ، أو عدم التوارث بينهما .

فهذه شروط باطلة .

وأما أثر هذه الشروط الباطلة في العقود فهي محل خلاف أي هل يبطل الشرط الباطل العقد الصحيح أم يبطل الشرط فقط ويبقى العقد على صحته .

٣ — ألا يكون الشرط منافيا للعقد ولا ملائما له فهذا النوع من الشروط محل نظر لدى الفقهاء هل يلحق بالاباحة أي بالقسم الاول فيكون شرطا صحيحا أم يلحق بالثاني فيكون باطلا ؟.

القاعدة العامة وجوب التفرقة بين العبادات والمعاملات ، فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المنافاة لان الاصل في العبادة التعبد دون النظر الى علل أحكامها فلا عبادة دون نص لانه لا مجال للعقول في تقديرها واثباتها .

أما ما كان من المعاملات فيكفي لصحة الشروط ألا يكون منافيا لمقتضى العقد

---

(١) الموافقات للشاطبي ج١ ص ٢٨٤ .

لان الاصل في المعاملات المعاني والعلل[1] .

ولنبحث الآن الشروط عند الاحناف[2] :

يقسم فقهاء الاحناف الشروط الى ثلاثة أنواع :

١ ــ شروط صحيحة .

٢ ــ شروط فاسـدة .

٣ ــ شروط باطلـة .

١ ــ الشروط الصحيحة عند الاحناف تكون في الحالات التالية :

آ ــ اذا وافق الشرط مقتضى العقد كان شرطا صحيحا واجب الوفاء ، ومعنى موافقة الشرط مقتضى العقد ان يوافق الاحكام أو الآثار التي رتبها الشارع على العقد كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها[3] .

ب ــ اذا كان الشرط مؤكدا لمقتضى العقد ، والمثال على ذلك : اشتراط تقديم كفيل بالثمن المؤجل فهذا الشرط يؤكد أثر العقد المرتب عليه لان أثر عقد البيع استحقاق البائع الثمن فشرط تقديم الكفيل في الثمن المؤجل شرط صحيح لانه يلائم ويؤكد مقتضى العقد[4] .

جـ ــ اذا ورد أثر بصحة الشرط كان صحيحا كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة ، فان اشتراط الخيار مدة معلومة ورد عن رسول الله حديث بصحته .

د ــ او كان الشرط مما تعارفـه الناس كما لو جرى العرف على ان مـن

---

(١) توسع المالكية اكثر من الحنفية في صحة اشتراط الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد حين اجازوا للبائع ان يشترط على المشتري أن يتصرف في المبيع مـدة معقولة كمن باع دارا واشترط على المشتري سكناها مدة معلومة ، فالشرط صحيـح عند المالكية خلافا للحنفية . راجع بداية المجتهد ج٢ ص ١٢٣ .

(٢) جامع الفصولين ج٢ ص ٦٥ درر الحكام ج٢ ص ٣٠٠ .

(٣) ان الشرط الذي يوافق مقتضى العقد لا خلاف بين الفقهاء على صحتـه لانه يؤكد امرا واقعا هو الاثر الذي رتبه الشارع على هذا العقد .

راجع في الفقه الحنفي المبسوط ج٣ ص ١٤ . وفي الفقه المالكي شرح الخرشي على خليل ج٥ ص ٨٠ وفي الفقه الشافعي المهذب ج١ ص ٢٦٨ وفي الفقه الحنبلي المغني ج٤ ص ٢٨٥ .

(٤) البدائع ج٥ ص ١٧١ ونلاحظ أن المالكية توسعوا اكثر من الحنفية في صحة هذا الشرط الذي يلائم مقتضى العقد . راجع منح الجليل ج٤ ص ٣٧٤ .

يشتري ساعة له ان يشترط على بائعها اصلاحها لمدة معينة . وهذا ما ذهب اليه ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف وقال زفر هذا شرط فاسد لانه زائد على مقتضى العقد ، والقياس مع رأي زفر لان في هذا الشرط زيادة منفعة لا يقتضيها العقد . وانما أجازه الحنفية استحسانا[1] .

ونلاحظ ان اعتبار الشرط الذي يجري به التعامل بين الناس وفق العرف الشائع بينهم شرطا صحيحا يعطي الفقه الاسلامي تطورا واسعا في حرية الاشتراط ما دام يحقق منفعةلاحد العاقدين أو لغيرهما ولو لم يرد به نص ما دام لا يخالف مقتضى العقد .

٢ ــ واما الشرط الفاسد فهو كل شرط لا يوافق مقتضى العقد ولا يؤكد مقتضاه ولم يرد به أثر ولا جرى به عرف ، وكان فيــه منفعة لاحد العاقدين كمن باع لغيره عربة واشترط لنفسه الانتفــاع بها مدة معلومة ، وقد تكون المنفعة لغير العاقدين كمن باع للآخر أرضا على أن يخصصها مدرسة للفقراء .

أثر الشروط الفاســدة في العقــود :

يختلف أثر الشرط الفاسد في العقود فان كان العقد عقد معاوضة أي مــن عقود المبادلات المالية كالبيع فيفسد العقد بفساد الشرط لان في الشرط زيادة منفعة لا يقابلها عوض اما اذا لم يكن العقد عقد مبادلة مالية كالزواج فالعقد صحيح والشرط لاغ لا أثر له ولا يجب الوفاء بــه .

وكذلك لا أثر للشرط الفاسد في عقود التبرعات حيث يلغو الشرط ويبقى العقد صحيحا .

٣ ــ والشرط الباطل : هو ما ليس موافقا لمقتضى العقد ولا مؤكدا له ، ولم يجر به عرف ، ولا نفع فيــه لاحد العاقدين ، كمن يبيع عربة ويشترط على المشتري ان لا يستعملها مدة معينة فهذا شرط لا نفع فيــه لاحد فهو باطل .

وبطلان الشرط لا يؤثر على صحــة العقد بل يبطل الشرط والعقد صحيح[2] ، واحيانا يبطل الشرط الباطل العقد ايضا .

---

(١) فتح القدير ج٥ ص ٢١٥ .

(٢) راجع في بحث الشروط مدى حرية الزوجــين في الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابوني ج٢ ص ٨٨١ .

المبحث الثالث

عيـــوب الارادة

عيـوب الارادة في العقـد

الاصل في انشـاء العقود التراضي الصحيح فكل خلل في الرضا او انعدام له يجعل العقد غير صحيح ، فعيوب الارادة اذن هي الامور التي تفوت الرضا على أحد العاقدين في اجراء العقد ، وهي :

١ ـ الاكـراه

٢ ـ الغلـط

٣ ـ التدليس او التغرير

٤ ـ الغبـن

المطلب الاول

الاكـــراه

الاكراه هو الزام الغير قهرا بأمر لا يريده ، فاذا حمل شخص على عقد ما دون ارادته كان مكرها وعقده غير صحيح لان ركن العقد هو توافق ارادتين على انشاء حق وهنا لا توافق بين ارادتين لانعدام رضا احدهما .

شـروط الاكـراه :

١ ــ ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به المكره ، فان لم يكن قادرا فلا يعتبر اكراها لان بامكان المكره حينئذ التخلص من المكره . ويعتبر من قبيل عدم القدرة على الحاق الاذى اذا كان باستطاعة المكره التخلص بأية وسيلة من أذى وتهديد المكـره .

ولا يشترط ان يكون الاكراه من العاقد الآخر ، بل يجوز ان يكون من شخص ثالث طالما ان مناط ذلك كله هو الخلل في ارادة العاقد ، فعيب العقد هو في الاكراه سواء أكان من العاقد الآخر أم من شخص أجنبي كما لو قال شخص لآخر بع ما عندك لفلان والا قتلتك ففعل وباع ، كان هذا اكراها والبيع غـير صحيح ولو كان المشتري على غير علم بهذا الاكراه[1] .

وقد قسم المالكية الاكراه الى اكراه على العقد واكراه على سبب العقد . فالاكراه على العقد كما لو أكره انسان آخر بيعه سلعة ما أو بيع السلعة الى الغير فالاكراه هنا اكراه على عقد البيع .

اما الاكراه على سبب العقد كما لو أكره شخص آخر على اقراضه مبلغـا

---

(١) وهذا على خلاف ما ذهب اليه القانون المدني الذي اشترط علم العاقد بالاكراه لابطال عقده فقد نصت المادة ١٢٩ : اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطـال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم أو كان من المفروض ان يعلم بهذا الاكراه .

من المال وكان يعلم انه لا يوجد لديه هذا المبلغ الا ببيع عين له فباع المكره العين ليقرض المكره من ثمنها ما هدد به ، فهنا الاكراه على سبب العقد وهو السبب الذي دفع المكره الى بيع ماله ليقرض المكره هربا من تهديده وتخلصا من أذاه لان الاكراه لم يرد على البيع بل ورد على القرض .

٢ ـ حدوث الخوف في نفس المكره بحيث يعتقد الحاق الاذى به اذا لم ينفذ ما طلب منه لان معيار الخوف ذاتي .

وهنا نلاحظ ان الاكراه وأثره يجب ان يقدر في نفس كل شخص فقد يخاف انسان من تهديد ولا يخاف منه شخص آخر لان مناط ذلك كله هو الخلل الذي يصيب ارادة المتصرف ويراعى في تقدير ذلك سن المكره وجنسه وظروفه .

وقد جاء في المادة ٢٢٨ من مرشد الحيران :

ويختلف الاكراه باختلاف أحوال الاشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا .

٣ ـ يشترط ان يكون الاكراه بغير حق أما اذا أكره انسان على فعل شيء واجب عليه فلا اكراه .

فاذا امتنع المدين عن وفاء دينه فانه يجبر على بيع ماله وفاء لديونه أو امتنع شخص عن اداء واجب كنفقة لمن تجب عليه فيجبر على ادائها حفظا لحق الشرع بما أوجب .

٤ ـ أن يكون الامر المهدد به حالا غير مؤجل فلو هدده بأمر في المستقبل لا يتحقق الاكراه لان بالتأجيل يستطيع التخلص مما هدد به ، حيث يلجأ المكره الى السلطات العامة خلال فترة التأجيل مثلا(١) .

٥ ـ وكذلك يشترط أن يكون حدوث الفعل المهدد به أثر التهديد لا بعد زوال سببه ، لانه بعد زوال الاكراه يعتبر كأنه قام بالفعل بطواعية واختيار ، فمثلا لو أكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره فباع الذي أكره على البيع

---

(١) المبسوط ج٢٤ ص ٥٥ القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٣٠ .

ماله في غياب المجبر ، فلا يعتبر الاكـراه ويكون البيـع صحيحا[1] .

اقسـام الاكـراه :

الاكراه في الفقه الاسلامي نوعـان :

١ ــ الاكراه التام أو الملجىء وهو التهديد بالقتل أو بقطع عضو من اعضاء الجسم او بالضرب الشديد المؤذي وما يشبه ذلك من انواع الضرر الشديد ، فهذا النوع أشد انواع الاكراه أثرا في العقود اذ يعدم الرضا ويفسد لاختيار .

٢ ــ الاكراه الناقص او غير الملجىء وهـو التهديد باتلاف بعض المال او التهديد بالضرب الذي لا يؤدي الى الضرر البالغ او بالحبس مثلا ، فهذا النوع من الاكراه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار[2] .

وقد اضاف بعض علماء اصول الفقه الحنفي نوعا ثالثا وهو الاكراه الادبي كالتهديد بحبس أحد الاصول أو الفروع فهذا الاكراه يعدم تمام الرضا ولا يعدم تمام الاختيار[3] .

اثر الاكراه في التصرفات :

اذا تحقق الاكراه بتوافر شروطه التي ذكرناها فما هو أثر ذلك في العقد الذي عقد تحت الاكراه والتهديد ففي الفقه رأيان :

١ ــ رأي جمهور الفقهاء :

---

(١) جاء في المادة ١٢٨ من القانون المدني السوري :

ف ١ : يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على اساس .

ف ٢ : وتكون الرهبة قائمة على اساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطرا جسيما محدقا يهدده هو او غيره في النفس او الشرف او المال .

ف ٣ : ويراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل طرف آخر من شانه ان يؤثر في جسامة الاكراه .

(٢) البدائع ج٧ ص ١٧٥ ، تبيين الحقائق ج٥ ص ١٨٠ .

(٣) كشف الاسرار ج٢ ص ٣٠٨ .

قال المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] :

ان كل تصرف وقع تحت تأثير الاكراه فهو باطل سواء أكان العقد باطلا للفسخ أم غير قابل له لانه لا بد لصحة التصرفات من الرضا ، والاكراه يعدم الرضا .

٢ ـ رأي الحنفية :

أما فقهاء الحنفية[5] فقد ميزوا بين التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع والاجارة فهذه لا تصح مع الاكراه ، والتصرفات التي لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق تصح مع الاكراه وتعتبر نافذة .

وقال زفر من فقهاء الاحناف وبعض المالكية ان العقد مع الاكراه عقد موقوف في جميع التصرفات ما يقبل منها الفسخ وما لا يقبل ، فاذا وقع عقد تحت اكراه وزال الاكراه فأجاز المكره العقد صح ذلك[6] .

ويبدو أن رأي زفر أصح بدليل أن الحنفية قالوا ان العقد الذي تم بالاكراه يقبل الاجازة فلو كان فاسدا لما جاز ذلك .

وقد جاء في المادة ١٠٠٦ من مجلة الاحكام العدلية :

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي المالكي ص ٢٢٨ مواهب الجليل ج٤ ص ٢٥٠ .

(٢) المهذب للشيرازي ج٢ ص ٨٣ ، الام للشافعي ج٣ ص ٢١٢ .

(٣) كشاف القناع ج٢ ص ٥٥ ، المغني ج٥ ص ٢٧٣ .

(٤) المحلى لابن حزم ج٨ ص ٣٣٠ .

(٥) المبسوط للسرخسي ج٢٤ ص ٥٦ .

(٦) يفرق الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء بين الرضا والاختيار ، فالرضا عندهم هو الرغبة بآثار العقد ، واما الاختيار فهو القصد لانشاء العقد ، وقالوا ان وجود الرضا يستلزم وجود الاختيار ولا عكس أي أن وجود الاختيار لا يعني وجود الرضا ، ويمثلون على ذلك بعقد الهازل ، فالهازل مختار غير راض .

وقال جمهور الفقهاء ان الرضا والاختيار شيء واحد لان الرضا هو القصد الى انشاء العقد .

(٦) اما الامام أبو حنيفة والصاحبان ابو يوسف ومحمد فقد ذهبوا الى فساد عقد المكره ، فالبيع مع الاكراه يعتبر فاسدا غير باطل وفساد البيع لا يمنع الملكية بل تثبت بعد القبض لا قبله . وهذا على خلاف سائر الائمة الذين ذهبوا الى بطلان بيع المكره ولا تثبت فيه ملكية لا قبل القبض ولا بعده .

« لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه لمعتبر ، ولا الشراء والايجار والهبة .. ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه صح » .

يقول ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى مسألة ١٤٠٣[١] .

الاكراه ينقسم قسمين : اكراه على كلام واكراه على فعل ، فالاكراه على كلام لا يجب به شيء وان قاله المكره كالكفر والاقرار والنكاح والرجعة والطلاق والبيع .. ولا شيء على الحاكي بلا خلاف ومن فرق بين الامرين فقد تناقض قوله ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما الاعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » فصح ان كل من أكره على قول ولم ينوه مختارا له فانه لا يلزمه[٢] .

والاكراه على الفعل ينقسم قسمين : احدهما كل ما تبيحه الضرورة كالاكل والشرب فهذا يبيحه الاكراه لان الاكراه ضرورة فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه لانه أتى مباحا له اتيانه . والثاني ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح والضرب وافساد المال فهذا لا يبيحه الاكراه فمن اكره على شيء من ذلك لزمه الضمان والقود لانه أتى محرما عليه اتيانه[٣] .

وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية السوري برأي الجمهور خلافا للحنفية بعدم وقوع طلاق المكره ، وهو الصحيح لان ارادة المكره مشلولة ولا عبرة بها في جميع التصرفات[٤] .

---

(١) المحلى لابن حزم ج٨ ص ٣٢٩ — ٣٣٠ .

(٢) يلاحظ ان القانون المدني العراقي أخذ مفهوم الاكراه وتعريفه عن الفقه الاسلامي فقد ورد في المادة ١١٢ :

١ — الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه .

٢ — ويكون الاكراه ملجئا ، اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس او عضو او ضرب مبرح او ايذاء شديد او اتلاف خطير في المال ، ويكون غير ملجىء اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب احوال الناس .

(٣) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٤٠ .

وراجع في هذا الموضوع: المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم ص٨٦ .

(٤) جاء في الفقرة الاولى من المادة ٨٩ من قانون الاحوال الشخصية السوري ، لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

المطلب الثاني

الغلـــط

من عيوب الارادة في الفقه الإسلامي الغلط وهو توهم شيء في نفس العاقد يخالف الواقع دلت عليه صيغة العقد .

وتوهم الشيء اما أن يكون أمرا نفسيا في نية المتعاقد واما أن يعبر عن نيتـه صراحة أو دلالة بصيغة العقد وعلى هذا فالغلط نوعان :

آ ـ غلط يقوم على أمر باطني غير ظاهر .

ب ـ وغلط يقوم على أمر ظاهر في صيغة العقد .

آ ـ فالغلط الباطني لا عبرة في الفقه الاسلامي لأن العبرة في العقود للارادة الظاهرة لا الارادة الباطنة فمن اشترى خاتما وهو يظنه أنه من الذهب الخالص دون أن يذكر ذلك صراحة أو دلالة فاذا به من النحاس فالعقد صحيح ولو دفع ثمن الخاتم بقيمته ذهبا ما دامت عبارة العقد لا تدل على ذلك(١) .

ب ـ أما الغلط الذي يقوم على أمر ظاهر في صيغة العقد فهذا يعيب الرضا لأن العقد تم ونشأ على أساس معين ثم ظهر خلاف ذلك ، وقد يترتب على هـذا الغلط بطلان العقد أو عدم لزومـه .

حـالات الغلـط :

١ ـ الغلط في المعقود عليـه .

٢ ـ الغلط في وصف مرغوب فيـه .

٣ ـ الغلط في شخص العاقـد .

٤ ـ الغلط في الحكم الشرعي .

---

(١) اما موقف القانون المدني في الغلط الباطني فقد نص في المادة ١٢١ :
اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب ابطال العقد ، ان كان المتعاقد الآخر ، قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به أو كان من السهل عليـه أن يتبينـه .

١ ـ الغلط في المعقود عليه :

اذا وقع الغلط في المعقود عليه كما لو اشترى سوارا على أنه من الذهب صراحة أو دلالة فاذا به من النحاس فالعقد هنا غير صحيح لان المشتري صرح برغبته بشراء السوار على أن يكون من الذهب ، فالعقد وقع على غير المعقود عليه أي أن المعقود عليه في صيغة العقد هو الذهب بينما الواقع كان من النحاس لان المحل ركن من أركان العقد والمحل هنا معدوم لان العقد لم يرد على النحاس .

وقد جاء في المادة ٢٠٨ من مجلة الاحكام العدلية :

اذا باع شيئا وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع ، فلو باع زجاجا على أنه من الماس بطل البيع .

٢ ـ الغلط في وصف مرغوب فيه :

أما اذا وقع الغلط على وصف مرغوب فيه وكان هذا الوصف هو الباعث على التعاقد ونص على ذلك صراحة أو دلت عبارة العقد على ذلك فان العقد يعتبر غير لازم وللمشتري حق الفسخ بخلاف الغلط في المعقود عليه .

فلو اشترى قطعة قماش من لون معين كما لو قال له اشتريت منك هذه القطعة من الصوف الانكليزي ذات اللون الاسود فاذا بها على صفة اخرى كما لو كانت من لون آخر فهنا الجنس واحد وهو الصوف ولكن الصفة المرغوب فيها تخالف الواقع فللمشتري حق الخيار بين امضاء العقد ودفع الثمن المتفق عليه أو فسخ العقد، لان محل العقد وهو جنس الصوف موجود غير مختلف عليه .

وقد جاء في المادة ٣٠١ من مرشد الحيران :

واذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويخير العاقد لفوات الوصف ان شاء أمضى العقد وان شاء نقضه .

● ● ●

على أننا نشير الى بعض الملاحظات في صحة العقد أو بطلانه أو عدم لزومه اذا لم يقع الغلط على محل العقد أو وقع عليه أو على صفة مرغوب فيها :

١ ـ الملاحظة الأولى :

اذا اتحد الجنس في المعقود عليه واتفقت عبارة العقد أي الصيغة التي عبّر عنها العاقد وبين الواقع أي على محل العقد الذي قدّمه البائع مثلا فالعقد صحيح ، وان اختلف الجنس فالعقد باطل .

غير أنه يلحق بهذه الحالة أي اتحاد الجنس أو اختلافه ، اذا اتحد الجنسان مع تفاوت القيمة تفاوتا فاحشا يعتبر العقد كأنه ورد على جنس آخر ، أي ان اتحاد الجنس مع تفاوت القيمة يعتبر تفاوتا في الجنس فاذا قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا السوار من الذهب فدفع له البائع سوارا من فضة أو نحاس كان العقد باطلا لان الفضة أو النحاس من جنس والذهب من جنس آخر واختلاف الجنس في المعقود عليه يؤدي الى بطلان العقد .

أما لو اتحد الجنس واختلف الوصف فالعقد لازم ويحق للمشتري حق فسخه أو حق امضائه ولكنه على كل حال لا يعتبر عقدا باطلا فان أمضاه المشتري كان نافذا والا كان باطلا .

وفي هذه الحالة الثانية أي اذا اتحد الجنس ولكن اختلفت القيمة اختلافا فاحشا هل يعتبر العقد باطلا أم قابلا للابطال ، فلو اشترى سيارة من جنس معين وطراز معين ثم قدم له البائع سيارة من شكل آخر لكن من نفس الجنس مع اختلاف فاحش في القيمة فهنا يعتبر العقد باطلا لان التفاوت الفاحش في القيمة وفي المنافع يعتبر بحكم اختلاف الجنس[1] .

٢ ـ الملاحظة الثانية :

اذا سمي المشتري محل العقد وأشار اليه كما لو قال اشتريت منك هذا السوار من الذهب وأشار الى سوار من الذهب كانت التسمية صحيحة وكذلك الاشارة ، فان دفع له البائع سوارا من غير الذهب كان العقد باطلا لانه ورد على غير

---

(١) كما لو قال له اشتريت منك سيارة من جنس « اوبل » انتاج عام ١٩٧٢، فقدم له البائع سيارة من نفس الجنس ولكن من انتاج ١٩٦٠ مثلا ، فهنا الجنس واحد ولكن الاختلاف فاحش في الفرق بين القيمتين .

محله وان المعقود عليه هو من الذهب بينما هذا السوار من غير الذهب فاختلف الجنسان فبطل العقـد .

أما اذا اتحد الجنسان : المسمى بالعقد والمشار اليه واختلف الوصف كما لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الصوف الانجليزي وأشار الى صوف ياباني ، فالعبرة هنا للمشار اليه لا للمسمى . وللمشتري حق الخيار بين امضاء العقد أو فسخه لفوات الوصف المرغوب فيه .

وقد جاء في المادة ١٢٢ من القانون المدني السوري :

يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

اذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية .

٣ ـ الملاحظـة الثالثـة :

يعتبر الغلط الباطني الذي لم يعبر عنه العاقد بصيغة العاقد ذا أثر في صحة العقد أو بطلانه في حالة واحدة خلافا للاصل وهي حالة نص عليها الفقهاء فيما اذا اشترى الشخص شيئا ولم يره فله الخيار اذا رآه ، وهذا ما يسمى بخيار الرؤية وسيأتي في بحث الخيارات وحالات عدم لزوم العقد .

يقول استاذنا الدكتور السنهوري[1] :

« وخيار الرؤية انما يقوم في أساسه على فكرة الغلط . ذلك أن المشتري الذي يرد الشيء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التي ظنها ، وكان يعتقد قبل رؤيته أنه يصلح له ، فمنذ رآه أدرك أنه لا يصلح ، وأنه كان على غلط في شأنه ، ولهذا كان له أن يرده بخيار الرؤية ، لما روى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اشترى شيئا لم يره ، فهو بالخيار اذا رآه » ، فأساس هذا الخيـار ، هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته .

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٢ ص ١٣٢ .

ومما يؤيد صلة خيار الرؤية بالرضا ، وان السبب فيه هو الغلط واختلال الارادة ما ذكر الكاساني أحد فقهاء الحنفية[1] .

« ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم ... لان جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه . واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار . ولان من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك ، فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم نظرا له » .

٤ ـ الملاحظة الرابعة :

ان حق الفسخ لفوات الوصف المرغوب فيه يثبت عند الحنفية في العقود التي تقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية وما يلحق بها ، أما العقود التي تصح مع الاكراه كالنكاح فان العقد لازم ولا أثر فيه لفوات الوصف ، الا في المهر اذا كان الوصف شرطا في العقد والنكاح لازم[2] .

وقال الحنابلة ان فوات الوصف المشترط أي المرغوب فيه يعطي الحق لمن وقع في الغلط حق فسخ العقد في جميع العقود لا فرق بين عقد النكاح أو غيره من العقود لان حق الخيار ثابت في حال فوات الوصف المرغوب فيه ، ولمن وقع في الغلط حق الخيار بين امضاء العقد وبين فسخه .

وخلاصة ذلك أن الغلط الواقع في المعقود عليه يجعل العقد باطلا وأما الغلط في وصف مرغوب فيه فانه يعطي حق الخيار لمن وقع بالغلط بين أبطال العقد أو امضائه .

ويعتبر التفاوت الفاحش في القيمة أو المنفعة مع اتحاد الجنس اختلافا في الجنس يجعل العقد باطلا[3] .

وذكر ابن الهمام في فتح القدير[4] .

---

(١) البدائع للكاساني ج٥ ص ٢٩٢ .
(٢) المعاملات في الشريعة الاسلامية للشيخ علي الخفيف ٣٢٥ .
(٣) راجع المبسوط ١٣ ص ١٢ والفتاوى الخانية ج٢ ص ١٣٤ .
(٤) فتح القدير ج٥ ص ٢٠٦ .

وان كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش ، كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا .

٥ ـ الغلط في شخص العاقد :

اذا كانت شخصية العاقد لها أثر أو كانت محل الاعتبار في العقد فان الغلط فيها يؤثر في العقد ويجعله قابلا للابطال .

فلو تعاقد شخص مع رسام ليرسم له صورة زيتية وكان يعتقده أنه الرسام الشهير بهذه المهنة ، فاذا بالرسام شخص آخر ، فان شخصية العاقد هنا لها اعتبار وأثر في العقد ، ففي هذه الحالة يعطى حق الفسخ لمن وقع بهذا الغلط .

فاذا وقع الغلط في ذاتية الشخص أو في صفة جوهرية فيه كانت السبب في التعاقد كان للطرف الآخر حق الخيار بين امضاء العقد أو فسخه .

فمن استأجر مرضعا لطفله ثم ظهرت بصفات غير كريمة فللمستأجر حق الفسخ لفوات وصف جوهري في المرضع أي في شخص العاقد .

وجاء في البحر الرائق[1] .

« ولو تقايأ الصبي لبنها فلأهله الفسخ ، وكذا اذا كانت سارقة ، وكذا اذا كانت فاجرة ظاهرا فجورها ، وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ لبنها ، كان لهم أن يفسخوا » .

الغلط في الحكم الشرعي :

أي الجهل في القاعدة القانونية الشرعية الواجبة التطبيق هل يعتبر غلطا يعطي الحق لمن وقع فيه فسخ العقد أم لا يعتبر الجهل عذرا .

اذا خارج أحد الورثة على حصة من الميراث بمبلغ من المال وهو يعتقد أن حصته الربع وهي في الواقع نصف التركة كما لو أن زوجا باع نصيبه من ميراث زوجته ولا ولد لها وهو يظن أن نصيبه من الميراث هو الربع بينما يستحق النصف،

---

(١) البحر الرائق ج٨ ص ٢٣ .

فالبيع أي المخارجة صحيحة والعقد لازم ولا يحق له الفسخ لانه لا جهل بأحكام الشريعة[1] .

ومثال آخر : ان الشفعة تثبت في العقارات فمن باع نصف عقار لشخص فلشريك البائع حق الشفعة ومطالبة المشتري بر دما اشتراه بعد دفع قيمته ، أما في المنقول فلا شفعة فيه ، ولنفرض أن شخصا اشترى نصف جوهرة مثلا ثم جاء شريك البائع فادعى الشفعة فتنازل له المشتري وقبض منه ما دفعه ظنا منه أن الشفعة تسري على جميع المبيعات من عقار ومنقول ، فاذا علم بعد ذلك أنه لا شفعة في المنقول وتبين له خطأه فالبيع لازم ولا يحق له الفسخ لانه لا عذر مع الجهل بالاحكام[2] .

* * *

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ج١ ص ٤٠٢ .
(٢) المعاملات في الشريعة الاسلامية للشيخ علي الخفيف ص ٣٢٥ .

المطلب الثالث

التدليس أو التغرير

التدليس هو اخفاء العيب عن أحد العاقدين واظهار محل العقد على غير ما هو عليـــه في الواقع .

فاذا كتتم أحد المتعاقدين عيبا خفيا في موضع العقد يعد مدلسا وللطرف الآخر الحق في فسخ العقد لان وجود العيب يرفع عن العقد لزومه ســـواء أكان المدلس يعرف بالعيب أم لا لان سلامة العقد وان لم تكن مشروطة فان المعروف عرفـــا كالمشروط شرطا وان رضا المتعاقدين يقوم على أساس خلو العقد من كل عيب[1] .

ويحق للمدلس عليه أن يفسخ العقد بسبب ما يجده من عيب ، ولهذا شرع في الفقه الاسلامي خيار العيب ـــ وسوف نذكر أحكامه مفصلة في موضعها ـــ .

وقد ذهب القانون المدني السوري الى اعطاء الحق للمدلس عليه بابطال العقد اذا كانت الحيل التي لجأ اليها المتعاقد المدلس بدرجة من الخطورة بحيث لولاها لما أبرم العقـــد .

ويشترط القانون المدني لقابلية العقد للابطال أن يصدر من أحد العاقدين أما اذا صدر التدليس من غيرهما فلا يعتبر سببا للفسخ الا اذا كان المتعاقد الآخر

---

(١) اشتهر التدليس على السنة فقهاء المالكية اكثر من غيرهم من فقهاء بقية المذاهب . شرح الحطاب على سيدي خليل ج٤ ص ٤٣٧ .

على علم بـــه[1] .

انـواع التـدليس :

يطلق المالكية على التغرير الحالات التي يخفي فيها أحد العاقدين عيبا أو يستعمل وسائل لايهام الغير ان المعقود عليه على خلاف ما هو عليه ، والتغرير أو التدليس لدى الفقهاء يقسم الى عدة أنواع نذكرها بايجاز :

حالات التدليس في الفقه الاسلامي :

١ ــ التدليس الفعلي .

٢ ــ التدليس القولي .

٣ ــ التدليس عن طريق كتمان الحقيقة .

٤ ــ التدليس الصادر من غير العاقدين .

١ ــ التـدليس الفعلي :

اذا استعمل المدلس طرقا احتيالية لاظهار المعقود عليه على حالة أحسن مماهو عليها كما لو صبغ شخص ثوبا قديما ليظهر بمظهر الثوب الجديد ، ومن ذلك تصرية الابل والغنم لينفخ ضرعها فيظن المشتري أنها كثيرة اللبن ومن ذلك طلاء الاثاث والادوات القديمة لتظهر أنها حديثة .

---

(١) جاء في المادة ١٢٦ من القانون المدني السوري :

ف١ ــ يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجا اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد .

ف٢ ــ ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

والخلاصة أن التغرير الفعلي هو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد[1] .

٢ ـ التدليس القولي :

يجوز البيع على أساس معرفة الثمن كأن يطلب المشتري من البائع أن يخبره عن الثمن الذي اشترى به المبيع على أن يدفع له ربحا معينا ويسمى بيع المرابحة ، فاذا كذب البائع في تسمية الثمن فقد دلس على المشتري .

جاء في الهداية من كتب الحنفية[2] .

« فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية (المبيع بخسارة معينة عن ثمن الشراء) اسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف يحط فيهما ، وقال محمد يخير فيهما » .

وذكر ابن جزي من فقهاء المالكية في كتابه القوانين[3] .

لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن . فان كذب اطلع المشتري على الزيادة في الثمن ، فالمشتري مخير من أن يمسك بجميع الثمن أو يرده ، الا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء .

٣ ـ التدليس عن طريق كتمان الحقيقة :

اذا لجأ البائع الى اخفاء العيب في المعقود عليه المبيع ولم يظهره كان تدليسا لقوله عليه السلام :

---

(١) شرح الحطاب ج٤ ص ٤٣٧ في المذهب المالكي .
وفي المذهب الشافعي ، نهاية المحتاج للرملي ج٤ ص ٧٣ .
وفي الفقه الحنفي رد المحتار ج٤ ص ١٤٩ .
وفي الفقه الحنبلي الشرح الكبير والمغني ج٤ ص ٨٠ .
(٢) فتح القدير ج٥ ص ٢٥٦ .
(٣) القوانين الفقهية ٢٦٣ .

« لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له » ولقوله عليه السلام: من غشنا فليس منـا .

جاء في المهذب من كتب الشافعية[1] .

« ومن ملك عينا وعلم بها عيبا ، لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها » .

وفي البحر الرائق من كتب الحنفية[2] :

« كتمان عيب السلعة حرام ... اذا باع سلعة معيبة عليه البيان » .

٤ ـ التدليس الصادر من غير العاقدين :

اذا دلس شخص غير المتعاقدين ليحملهما على التعاقد فيعتبر تدليسا يؤثر على العقد اذا كان ذلك بتواطىء مع أحد العاقدين .

جاء في حاشية ابن عابدين[3] .

« ان غره ، أي غرّ المشتري البائع أو بالعكس ، أو غره الدلال فله الرد » .

جاء في المادة ١٢٧ من القانون المدني السوري :

اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس[4] .

---

(١) المهذب للشيرازي ج١ ص ٢٨٣ .
(٢) البحر الرائق ج٦ ص ٣٥ .
(٣) رد المحتار ج٤ ص ٢٤٦ .
(٤) نص القانون المدني الاردني في المادة ١٤٣ :
التغرير هو ان يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية او فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها .
م ١٤٤ : يعتبر السكوت عمدا من واقعة او ملابسة تغريرا اذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

المطلب الرابع

الغبـــن

الغبن هو النقص أي أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل منه قيمة ، كما لو باع شخص سلعة قيمتها خمسون بثلاثين كان الغبن هنا بجانب البائع أما لو باعها بثمانين كان الغبن بجانب المشتري .

انـواع الغبـن :

الغبن نوعان : غبن يسير وغبن فاحش .

١ ــ الغبن اليســير :

هو التفاوت اليسير بين العوضين ، وقد اختلف الفقهاء في تحديده فقالوا ان الغبن اليسير هو المقدار الذي يختلف الناس في تقويمـه .

ومن الفقهاء من قال ان الغبن اليسير هو ما قل عن خمس الثمن .

وقد جاء في المادة ١٦٥ من مجلة الاحكام العدلية في تقدير الغبن :

« الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة ، ومن الطبيعي ان ما نقص عن ذلك كان غبنا يسيرا .

آثـار الغبن اليسـير :

نظرا لكثرة وقوع الغبن اليسير في المعاملات المالية ولصعوبة الاحتراز عنه ولاحتمال وجوده في أغلب الاحيان فان الفقهاء لم يعطوا لمن وقع فيه الحق في فسخ

العقد أو طلب التعويض عنه خشية وقوع الناس في حرج شديد ولهذا نقول أنه لا أثر للغبن اليسير في المعاملات الا في حالات خاصة :

الحالات التي تفسخ بالغبن اليسير :

آ ــ بيع المدين المحجوز عليه بدين مستغرق :

اذا باع المدين بدين مستغرق وكان في البيع بعض الغبن ولو كان يسيرا فان هذا البيع يعتبر غير نافذ بل هو موقوف على اجازة الدائنين ، فان اجاز الدائن صح البيع والا كنا بين أحد أمرين :

١ ــ إما فسخ العقد مع الغبن اليسير .

٢ ــ أو أن يدفع المشتري فرق الثمن أي تكملة القيمة فيرتفع الغبن اليسير بذلك فيصح العقد وينفذ .

ب ــ بيع المريض مرت الموت :

اذا باع المريض مرض الموت بعض ما يملكه بغبن يسير وكان مدينا بدين مستغرق لجميع ما يملك ، فللدائنين الحق في فسخ هذه البيوع بعد موته . لان مرض الموت لا يعرف الا بعد الوفاة ولو لم يكن محجوزا عليه ، لان مرض الموت يقوم مقام الحجر في التصرفات .

وللدائنين بعد موت المريض اما فسخ بيوعه وتصرفاته أو اجازتها، فان أجازوها كانت صحيحة ونفذت والا تعتبر كأن لم تكن .

٢ ــ الغبن الفاحش :

هو ما لا يتغابن الناس بمثله وقد حددته مجلة الاحكام العدلية بالنسبة للعقار في المادة ١٥٦ بخمس القيمة(١) .

وبالرجوع الى المذهب الحنفي نرى أن الفقهاء الذين قدروا الغبن الفاحش

---

(١) أما القانون المدني الاردني الجديد فقد حدد الغبن الفاحش في العقار وغيره بما لا يدخل تحت تقويم المقومين .

بالخمس لم يعتبروا الخمس غبنا فاحشا بل ما زاد عن الخمس[1] وبهذا أخذ القانون المدني السوري حيث اعتبر الغبن الفاحش في بيع العقار هو ما زاد على الخمس[2].

اثر الغبن الفاحش :

اختلف الفقهاء في أثر الغبن في التصرفات على ثلاثة آراء :

١ ــ الرأي الاول :

من تعاقد مع آخر وغبن غبنا فاحشا فله حق فسخ العقد لان الغبن ظلم يجب رفعه ، هذا اذا أقدم على التعاقد وهو لا يعلم بالغبن ، أما اذا علم به فلا يحق له الفسخ لانه تعاقد على بينه من أمره . والى هذا ذهب الحنابلة[3] .

٢ ــ الرأي الثاني :

ان الغبن الفاحش سبب لفسخ العقود اذا رافقه تغرير من أحد العاقدين أو ممن له مصلحة فيه كالدلال مثلا والتغرير هو وصف المبيع للمشتري بغير حقيقته .

---

(١) جاء في البدائع ج٦ ص ٣٠ وهو من كتب الاحناف :
« والفاصل بين القليل والكثير ، ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة ، وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة ، لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادة متحققة ، وقدر محمد (تلميذ ابي حنيفة) الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها ــ في الجامع ــ بنصف العشر فقال : ان كانت نصف العشر او اقل فهي مما يتغابن في مثلها ، وان كانت اكثر من نصف العشر او اقل فهي مما لا يتغابن في مثلها . وقال الجصاص : ما ذكره محمد لا يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها ، لان ذلك يختلف باختلاف السلع ، منها ما يعد اقل من ذلك غبنا فيه ، ومنها لا يعد اكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل في العروض بما لا يزيد عن نصف العشر ، وفي الحيوان بما لا يزيد عن العشر وفي العقار لا يزيد عن الخمس » .

(٢) جاء في القانون المدني السوري المادة ٣٩٣ :
ف١ : اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الاهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع ان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل .

(٣) كشاف القناع ج٢ ص ٥٥ .

وقد أخذ فقهاء الحنفية بهذا الرأى[1] وبه أخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة ٣٥٧ :

« اذا غرّ أحد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ » .

الحالات المستثناة التي يجوز فيها الفسخ بالغبن الفاحش ولو لم يصاحبه تغرير:

وذكر الحنابلة[2] والمالكية[3] والشافعية[4] حالات يجوز فيها الفسخ بدون تغرير نذكر منها :

آ ـ بيع النجش :

ذهب المالكية والحنابلة والشافعية الى الفسخ في بيع النجش وهو البيع الذي يزيد فيه من لا يرغب بالشراء ليوهم المشتري أن سعره كذلك ، فاذا كان البيع الذي يزيد فيه من لا يرغب بالشراء ليوهم المشتري أن سعره كذلك ، كان المشتري لا يعرف كذب من يزيد وخداعه فله حق الفسخ . أما اذا كان المشتري يعلم ان الشخص الذي يزيد لا يود الشراء ولا رغبة له فيه الا الخداع فلا حق له في الفسخ، والا فالغبن الفاحش يعطيه الحق في فسخ العقد[5] .

ب ـ بيع الاسترسال :

المسترسل هو الشخص الذي يجهل قيمة المعقود عليه فيستأمن البائع ويتفق معه على الشراء بالسعر المتبادل المتعارف بين الناس دون فصال أو مساومة ، فاذا غبن هذا الشخص يثبت له خيار الفسخ اذا كان الغبن فاحشا .

---

(١) تبين الحقائق للزيلعي .
(٢) الشرح الكبير ج٥ ص ٧٨ .
(٣) القوانين الفقهية ص ٢٦٨ .
(٤) شرح الوجيز ج٨ ص ٢١٠ .
(٥) ورد في صحيح البخاري في شرح فتح الباري ج٩ ص ١٧٥ عن ابي هريرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ، ولا تناجشوا ، ولا يبع الرجل على بيع اخيه ... الى آخر الحديث .

جـ ــ تلقي الركبـان :

اذا تلقى المشتري خارج البلدة أو بعيدا عن السوق القادمين الذين يجهلون الاسعار فاشترى منهم بغبن ثم تبين لهم أي للباعة هذا الغبن فلهم الحق في فسخ العقد ولو لم يصاحبه تغرير .

وقد استثنى الحنفية الذين قالوا لا بد من وجود الغبن الفاحش مع التغرير حالات أجازوا فيها الفسخ بالغبن الفاحش وحده ولو لم يرافقه تغرير هي التصرفات الواقعة على الاموال التالية[1] :

١ ــ أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو جنون .

٢ ــ أموال بيت المـال .

٣ ــ أموال الوقف .

فمن باع مال أحد هؤلاء من وصي أو ولي أو قيم بغبن فاحش كان بيعه باطلا ولا أثر له ، وقيل انه فاسد لا باطل وذلك لان تصرف من له الولاية على أموال هؤلاء منوط بالمصلحـة .

٤ ــ ويضاف الى ذلك الوكيل بالشراء فاذا وكل شخص آخر بشراء شيء ما فاشتراه بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه على الموكل .

أما الوكيل بالبيع فقد ذهب الصاحبان أبو يوسف ومحمد الى عدم جواز تصرفه اذا كان بغبن فاحش قياسا على الوكيل بالشراء . وقال أبو حنيفة انتصرفات الوكيل بالبيع صحيحة ولو كانت بغبن فاحش[2] .

وقد جاء في المادة ٣٠٠ من مرشد الحيران .

الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون الا اذا كان فيه تغرير وانما يفسد العقد ويجب فسخه بالغبن الفاحش ولو لم يكن فيه تغرير اذا

---

(١) رد المحتار ج٢ ص ٧٥ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ج٢ ص ١٥٦ مع شرح الحموي .

كان المغبون غبنا فاحشا صغيرا وكان المال الذي حصل فيه الغبن الفاحش مال وقف[1] .

٣ ــ الرأي الثــالث :

وقال الشافعية ــ فيما عدا الحالات المستثناة ــ لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء أصاحب الغبن تغرير أم لا ، وذلك لقوة العقد الملزمة ، والا فسخت أكثر العقود اذا رفعنا عنها صفة اللزوم ، فعلى العاقد أن يتبين أمره قبل اقدامه على التعاقد ، فاذا غبن في عقده كان وحده المسؤول عن تقصيره في ذلك .

متى يسقط حق الفسخ بالغبن الفـاحش :

فيما عدا التصرفات التي تبطل بالغبن الفاحش ، فان حق المغبون يستمر بالفسخ قائما الا اذا طرأ أحد الامور التالية :

١ ــ اذا مات المغبون فليس لورثته الحق بمطالبة البائع بالفسخ لان هــذا الحق لا يورث .

٢ ــ اذا هلك المبيع في يد المشتري ، أو احدث فيه عيبا .

٣ ــ اذا تغيّر أو تبدل المعقود عليه شكلا أو وصفا في يد المشتري .

٤ ــ اذا تصرف المشتري بالبيع تصرفا يدل على رضاه بالغبن فان حقه بالمطالبة بفسخ العقد يسقط .

---

(١) جاء في المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي :
١ ــ مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير .
٢ ــ على أنه اذا كان الغبن فاحشا ، وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فان العقد يكون باطلا .
٣ ــ لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية .

الفرع الثالث

تصنيف العقود

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان :

اذا توافرت للعقد أركانه من صيغة سليمة تعبر عن رضا صحيح وأهلية للعاقد ومشروعية لمحل العقد كان العقد منعقدا صحيحا تترتب عليه آثاره التي جعلها الشارع أثرا لازما له .

فاذا تم الايجاب والقبول في عقد كالبيع مثلا بين شخصين يتمتعان بأهلية التعاقد بصيغة واضحة الدلالة على معنى البيع وكان محل البيع مالا متقوما ، ولم يقترن بالعقد وصف من الاوصاف المنهي عنها كتوقيت البيع أو جهالة الثمن فقد أصبح البيع عقدا صحيحا تترتب عليه الآثار من نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري واستحقاق البائع الثمن من المشتري .

أما اذا اختل ركن العقد كما لو كان أحد العاقدين غير ذي أهلية أو لم يتوافق الايجاب مع القبول او كان محل العقد غير قابل لحكمه ، لم ينعقد العقد ولا تترتب عليه آثاره .

فلو جرى البيع من مجنون أو صغير غير مميز أو لم يتوارد الايجاب والقبول على موضوع واحد كما لو قال البائع بعتك هذه الدار فقال المشتري اشتريت البستان ، أو كان محل العقد مالا غير متقوم في هذه الاحوال لم تتوافر أركان العقد .

واذن فكل عقد اختل ركنه كان عقدا باطلا أي لا يعترف الشارع بوجوده ولا يرتب عليه آثار العقود .

وعلى ذلك فالعقد اما منعقد له آثار العقود كما في الحالة الاولى واما باطل لا أثر له كما في الحالة الثانية .. وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء .

وقد تتوافر أركان العقد فيتم الايجاب والقبول من عاقدين يتمتعان بالاهلية وعلى موضوع صالح لانشاء التعاقد ، ولكن يرافق ذلك العقد صفة أو شرط نهى عنه الشارع فهل يلحق هذا العقد بالحالة الاولى فيعتبر منعقدا صحيحا تترتب عليه آثاره أم يعتبر باطلا ولا أثر له ويلحق بالحالة الثانية .

وقبل الجواب على ذلك نأتي بمثال لهذا النوع من العقود وليكن عقد البيع اذا تم عقد بيع وتوافرت اركان العقد صحيحة ولكن اقترن بالعقد صفة أو شرط نهى عنه الشارع كما لو قال البائع بعتك هذه الدار لمدة عشر سنوات أو كان الثمن لاجل غير معين ففي هاتين صفة أو شرط نهى عنه الشارع اما لمنافاته خاصة من خصائص الملكية التامة كما في المثال الاول أو للغرر كما في المثال الثاني ، فما هو حكم هذا العقد ؟.

قال جمهور الفقهاء اذا اقترن بالعقد صفة نهى عنها الشارع كان العقد باطلا .

وقال الاحناف : يعتبر العقد فاسدا وهو مرتبة بين الصحة والبطلان .

تقسيم الاحناف للعقد[1] :

وعلى تقسيم الاحناف العقد الى صحيح وفاسد وباطل سوف نشرح أقسام العقود ونبين رأي الجمهور والآثار التي ترتب على الخلاف بينهم في هذا التقسيم .

١ ـ العقد الصحيح :

هو كل عقد توافرت أركانه سليمة من أهلية المتعاقدين وصحة المحل وتوافق الايجاب مع القبول . ولهذا يقول الفقهاء « العقد الصحيح ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه ، وهو انما يكون كذلك اذا تحقق معناه وسلمت أركانه ومحله وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على ارادة انشائه ؛ وصادرة من أهل له في محل قابل لحكمه ولم يعرف له من الاوصاف ما يجعله منهيا عنه شرعا » .

وقد جاء في المادة /٣٦٧/ من كتاب مرشد الحيران :

يشترط لتحقيق كل عقد توفره ثلاثة أشياء وهي العاقدان وصيغة العقد ومحل يضاف اليه .

---

(١) البدائع ج٥ ص ٢٣٠ .

والعقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه ان يكون ركنه صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وان تكون اوصافه صحيحة سالمة من الخلل وان لا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

٢ ـ العقد الباطل :

هو كل عقد وجد خلل في ركنه اما لعدم أهلية أحد طرفيه أو كان محل العقد غير قابل لحكمه كما في بيع المال غير المتقوم . فالعقد الباطل لا وجود له حتى ان بعضهم لا يسميه عقدا لانه في حكم العدم ، فمن باع بيعا باطلا فكأنه لم يبع شيئا لانه لا أثر على هذا الفعل أبدا ، كما لو باع مجنون دارا أو كتابا فالملكية باقية ولا تنتقل بهذا العقد لان الشارع لا يرتب على العقود الباطلة أي أثر ، وكذلك لو باع شخص مالا غير معد للبيع كالاماكن العامة المخصصة للجمهور فبيعه باطل ولا أثر له أيضا .

والعقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا اصلا ولا وصفا أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الايجاب والقبول صادرين ممن ليسو أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد .

٣ ـ العقد الفاسد :

أما العقد الفاسد فهو عقد وجدت أركانه سليمة ولكن صاحب ذلك صفة نهي عنها الشارع اما لمنافاتها أصل العقد وآثاره التي رتبها الشارع عليه أو خشية أن تؤدي هذه الصفة التي اقترنت بالعقد الى غرر بأحد العاقدين .

ومن هنا يبدو الفارق بين الباطل والفاسد :

١ ـ فالعقد الباطل لا وجود له مطلقا ولا أثر له فهو والمعدوم سواء ، أما العقد الفاسد فهو موجود بوجود أركانه لانه تم حين توافرت أركان العقد الا ان الشارع نهى عن صفة اقترنت به ولهذا فالواجب فسخه وعلى كل من المتعاقدين التخلص منه لان الشارع لا يرتب عليه تلك الآثار التي يرتبها على العقد الصحيح أو التي تم بموجبها الاتفاق بين المتعاقدين .

٢ ــ يختلف حكم العقد الفاسد قبل التنفيذ عنه بعد التنفيذ ، اما العقد الباطل فسواء نفذ ام لم ينفذ فحكمه واحد وهو العدم لانه لا أثر على تلك العبارات التي أنشأته لانها ملغاة .

فاذا باع شخص بيعا فاسدا فالواجب على المتعاقدين فسخ هذا العقد قبل التسليم فلو طالب المشتري البائع تسليم المبيع فعلى البائع ان يرد ذلك بأن العقد فاسد ولا تسليم فيه .

اما اذا تم التسليم وانتقل المبيع الى المشتري أي نفذ العاقدان العقد المتفق عليه ففي هذه الحال يختلف الحكم فالملكية تنتقل حينئذ من البائع الى المشتري ويستمر مع هذا الفسخ قائما .

واذا نفذ العقد فيجب على المشتري دفع ثمن المبيع الى البائع ولكن يجب ان يلاحظ هنا ان الثمن الذي يستحقه البائع في البيع الفاسد بعد التسليم ليس الثمن المتفق عليه في أساس العقد بل هو ثمن المثل أي بما يساوي قيمة المبيع يوم قبضه لا الثمن الذي تم التعاقد عليه .

فلو تم العقد بين البائع والمشتري بمبلغ مائة ليرة سورية وتم تنفيذ العقد فالواجب هنا ثمن المثل أي ننظر قيمة المبيع في الاسواق التجارية كم تعادل يوم قبض المبيع فقد يكون الاتفاق بين المتعاقدين أقل أو أكثر من القيمة الحقيقية للمبيع .

فلو كانت قيمة المبيع تعادل مائة وعشرين ليرة فالواجب على المشتري ان يدفع هذه القيمة ، وسبب ذلك ان القيمة المتفق عليها في العقد هي تسمية فاسدة لعقد فاسد فلا أثر لها بل يطالب المشتري هنا بالقيمة الحقيقية . وكذلك لو كانت قيمته خمسين فيجب ان يدفع خمسين ليرة الا اذا أراد الفسخ البائع .

ويجب ان نلاحظ هنا ، ان هذا الاثر لم يرتبه الشارع على نفس العقد الفاسد ، بل رتبه على تنفيذ العقد ، ولهذا يستمر حق الفسخ قائما بين المتعاقدين حتى يزول بسبب من الاسباب سوف نذكرها .

أما في عقد الاجارة الفاسدة تثبت الاجرة فيه الاقل من المتفق عليه أو أجر المثل بخلاف عقد البيع الفاسد لان المنافع غير مقومة عند الاحناف الا بالعقد .

٣ ــ ان العقد الباطل لا يحتاج الى فسخ لانه والعدم سواء اما العقد الفاسد فيفسخ بارادة أحد العاقدين وبارادة القاضي لان الشارع لم يرتب عليه آثار العقد الصحيح .

ويستمر حق الفسخ حتى بعد تنفيذ العقد الا اذا وجد مانع من الموانع التي لا تجيز الفسخ :

١ ــ اذا هلك المبيع في يد المشتري بعد التسليم أو غيره تغييرا يبدل فيه اسمه اصبح غير قابل للفسخ ، أما لو بقي المبيع في يد المشتري كما كان حين العقد فلكل من العاقدين حق فسخه .

٢ ــ وكذلك اذا انتقل المبيع من يد المشتري الى يد اخرى ببيع أو رهن أو هبة امتنع الفسخ لتعلق الغير به .

٤ ــ ان العقد الباطل يرد على جميع العقود والتصرفات ، أما الفاسد فلا يرد الا على عقود المعاوضات المالية .

أما في العبادات والعقود غير المالية كالزواج[1] والوصاية والتصرفات التي تتم بالارادة المنفردة كالطلاق والابراء والكفالة فلا تمييز فيها بين الفاسد والباطل فهي اما صحيحة او باطلة أي لا أثر للفساد فيها .

وقد لخص صاحب مرشد الحيران احكام العقد الفاسد في المادة ٣١٢ من كتابه بقوله : العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه أي انه يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله فاسدا باعتبار بعض أوصافه

---

(١) ان التمييز بين فاسد النكاح وباطله محل خلاف بين فقهاء الاحناف وقد ذهب معظم المؤلفين من الاحناف كابن الهمام في فتح القدير وغيره كالكاساني في البدائع الى أن فاسد النكاح وباطله سواء . وفرق بعضهم بين الفاسد والباطل لاختلاف اثر كل منهما عن الاخر .

وعلى الراي القائل بفساد النكاح والتفرقة بين الفاسد والباطل فان الفرق بين المعاملات المالية التي يوجد فيها فساد العقد وبين النكاح ان العقد الفاسد في المعاوضات منعقد ؛ واما الفاسد في النكاح فغير منعقد ولا تترتب عليه آثار الا بعد الدخول حيث تترتب بعض آثار على مجرد الدخول لا على مجرد العقد .

الخارجة بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد خاليا عن الفائدة ، أو يكون مقرونا بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد .

أقسام العقد عند جمهور الفقهاء :

وذهب المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] الى أن العقد اما ان يكون صحيحا أو باطلا ، فالصحيح هو ما توافرت جميع اركانه وشروطه بشكل يرتب الشارع عليه جميع آثاره وما عدا ذلك فهو باطل سواء لخلل في ركن من أركانه أم لصفة اقترنت به نهى الشارع عنها[4] .

سبب الخلاف بين جمهور الفقهاء والاحناف في العقد الفاسد

يرجع سبب الخلاف بين الاحناف وغيرهم في العقد الفاسد الى قاعدة اصولية اختلف فيها الفقهاء وهي : الاثر الذي يرتبه الشارع على عقد لمخالفته أمرا من الامور التي أوجبها فيه ، كما لو اوجب الشارع صفة في عقد ، أو نهى عن صفة معينة وجاء العقد مقترنا بهذه الصفة فما هو الاثر الذي يرتبه الشارع على ذلك ؟ .

للجواب على ذلك يجب ان نفرق بين نهي الشارع عن أصل العقد أو عن صفة تلازم العقد ، فمثلا نهى الشارع عن بيع الميتة ولحم الخنزير فهو نهي لذات المبيع لعدم صلاحية المعقود عليه للبيع ، أما نهي الشارع عن التوقيت في عقد البيع أو الجهالة في الثمن هو نهي عن صفة اقترنت بالعقد وليس نهيا عن أصل العقد .

ولا خلاف بين الفقهاء على ان نهي الشارع عن أصل العقد يجعله باطلا ولا

---

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ١٦٤ .
(٢) نهاية المحتاج ج٣ ص ٨٥ .
(٣) كشاف القناع ج٢ ص ٤٦ .
(٤) هناك خلاف بين جمهور الفقهاء في هذا الموضوع فالشافعية يفرقون في بعض المسائل بين الباطل والفاسد ، كما ان المالكية يجيزون عقد الفضولي في بعض التصرفات المالية ويتوقف على اجازة صاحب الشأن بخلاف الشافعية .

أثر له كما في بيع الميتة ولحم الخنزير مثلا لأن الشارع نهى عن أصل العقد لا عن وصفه أو صفة فيه .

انما الخلاف بين الاحناف وغيرهم عما اذا نهى الشارع عن صفة اقترنت بالعقد هل يصح العقد وتترتب عليه آثاره ، أم لا يعتبر صحيحا وهو والباطل سواء .

قال الاحناف اذا كان نهي الشارع عن وصف لازم العقد فالوصف يبطل والعقد صحيح لان النهي لم يرد على العقد ولكن ورد على الوصف المقترن به ويعتبر فاسدا غير باطل .

وبهذا يتميز العقد الفاسد عن الصحيح بان الفاسد مختل بوصفه لا بأساسه ويتميز عن الباطل بأن الفاسد صحيح باركانه لا باوصافه .

وذهب المالكية والحنابلة الى أن النهي عن صفة تلازم العقد يستوجب النهي عن العقد ذاته ولهذا لا فرق بين الباطل والفاسد(١) .

والمثال على النهي عن وصف يلازم العقد لا عن أصل العقد : النهي عن البيع وقت صلاة الجمعة فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى :

« اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » .

فالآية الكريمة أمرت المسلمين بترك البيع أثناء صلاة الجمعة ، فالنهي هنا لم يرد على عقد البيع بل لامر آخر هو أن هذا الوقت خصص للصلاة فالبيع أثناء ذلك يحول بين المتعاقدين وبين أداء فريضة الصلاة ولهذا نهى الشارع عنه .

قال الاحناف ان العقد صحيح أثناء الصلاة .

قال الحنابلة : العقد باطل لأن النهي يقتضي فساد وبطلان المنهي عنه .

حجة الجمهور بعدم التفرقة بين العقد الفاسد والباطل(٢) :

ان الذين لم يفرقوا بين الباطل والفاسد قالوا اذا تم العقد مع النهي فأي أثر لهذا النهي ؟ . فالعقد اما صحيح كما جاء عن الشارع واما باطل للنهي الوارد عليه سواء أكان النهي لذات العقد أم لصفة اقترنت به .

---

(١) هذا ما ذهب اليه بعض المالكية وبعض الحنابلة وقد اختلفوا في فروع كثيرة أثناء تطبيق هذه القاعدة .

(٢) راجع في هذا البحث :

تبيين الحقائق ج٤ ص ٦٥ . البدائع ج٥ ص ٢٣٠ . نهاية المحتاج ج٣ ص ٧٠ .

اذ أن العقد الفاسد أمام احدى حالات ثلاث :

١ ــ اما ان نعطيه حكم الباطل ، فالفاسد حينئذ والباطل سواء ، لا ضرورة للتفرقة في التسمية بينهما .

٢ ــ واما أن نعطي الفاسد حكم الصحيح فنرتب آثار العقد الصحيح على العقد الفاسد وهذا لا يجوز لان فيه مخالفة لارادة الشارع الذي عين وحدد حدودا للعقد الصحيح وللعقد غير الصحيح .

٣ ــ واما الحالة الثالثة فهي أن نعطي العقد الفاسد آثارا رتبها الشارع تختلف عما اتفق عليه المتعاقدان فمثلا اتفق المتعاقدان على بيع شيء ما لمدة عشر سنوات ، فهذا لا يجوز لان فيه صفة اقترنت به نهى عنها الشارع وهي التوقيت فهل نعطيه آثار العقد الصحيح فنقول هو والصحيح سواء ؟ ان هذا لا يتفق مع القواعد العامة في العقود . أم نقول انه عقد فاسد ونلغي سبب الفساد منه وفي هذا مخالفة لارادة المتعاقدين التي على اساسها تم التعاقد .

واما ان نرتب عليه آثارا تخالف ما اتفق عليه المتعاقدان ففي ذلك مخالفة للرضاء التام الذي بموجبه تم التعاقد بين المتعاقدين .

ولهذا يقول الجمهور ان العقد اما صحيح تترتب عليه آثار العقد الصحيح واما باطل لا تترتب عليه أية آثار من ذلك .

وقد رد الاحناف على ذلك بأن درجة النهي ليست واحدة ، فالنهي عن ذات العقد شيء ، والنهي عن صفة اقترنت بالعقد شيء آخر ، ولهذا لا يجوز اعطاء حكم حكم واحد لموضوعين مختلفين ، لان أثر النهي الوارد على أصل العقد وذاته هو البطلان ، أما النهي عن صفة أو شرط اقترنت بالعقد فأثره الفساد .

أقسام العقد الصحيح :

العقد الصحيح هو كل عقد توافرت اركانه وشروط صحته . وكل عقد تضاف آثاره الى من انشأه ويلتزم بها ، فمن باع التزم بآثار البيع ومن اشترى التزم بآثار الشراء وهذا هو الاصل العام في العقود أي لا ينفك الانشاء عن الآثار في العقد . الا أن هناك حالات ينشيء فيها العاقد العقد ولا تترتب آثار أثر انشائه .

ففي الحالة الاولى يكون العقد صادرا من أهله أو ممن له ولاية انشائه ؛ وفي الحالة الثانية يكون العقد صادرا من غير أهله بأن لم يكن للعاقد ولاية انشائه من توكيل أو وصاية أو ولاية شرعية .

فالقسم الاول أي حين يباشر المرء العقد وتنصرف آثاره اليه يكون العقد نافـذا .

والقسم الثاني أي حين لا يصدر العقد ممن له الولاية على انشائه يكون العقد موقوفا على اجازة صاحب الشأن فيه كعقد الفضولي فهو عقد صحيح ولكنه موقوف ، أو تكون له الولاية ولكن لا تنصرف آثاره اليه .

ومن هنا قسم الاحناف والمالكية العقد الصحيح الى عقـد نافـذ وعقد موقوف .

فالعقد النافذ : هو كل عقد صحيح ترتبت آثاره اثر انشائه فان كان العقد بيعا أفاد البائع ملكية الثمن وأفاد المشتري ملكية المبيع .

والعقد الموقوف : هو عقد صحيح لا يترتب على انشائه أي أثر من آثـار العقود الصحيحة بل تتوقف تلك الآثار على اجازة صاحب الشأن في هذا العقد ؛ فان اجازه اجازة صحيحة أصبح عقدا نافذا تترتب عليه آثار العقد الصحيح النافذ ، وتترتب الآثار من وقت صدور العقد .

ويرى الشافعي أن العقد الموقوف عقد باطل لان الفضولي لا يجوز له أن يباشر التصرف أو التعاقد لانه لا ولاية له في هذا العقد فكان تصرفه باطلا ، فالعقد عند الشافعي اما ان يصدر من صاحب العقد أو من له ولاية على انشائه من توكيل أو وصاية أو ولاية شرعية وما عدا ذلك من تصرفات الفضولي تعتبر ملغاة ولا قيمة لها لان ولاية العاقد على العقد شرط انعقاد وليست بشرط النفاذ .

أقسام العقد النافـذ :

يقسم العقد النافذ الى عقد لازم وعقد غير لازم فالعقد اللازم هو كل عقد لا يملك فيه أحد طرفيه حق فسخه ، والعقد غير اللازم هو كل عقد يملك أحـد طرفيه أو كلاهما حق فسخه .

والاصل في العقود الصحيحة النافذة اللزوم أي أن لا يستقل أحد عاقديها

بفسخها نظرا لقوة العقد الملزمة لان الوفاء بالعقود أمر واجب لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

غير ان الشارع لاحظ بعض ضرورات تجعل العقد غير لازم من طرف واحد في بعض العقود التي ليس لها القوة الملزمة للطرفين ، اما لمصلحة العاقد أو لطبيعة العقد نفسه .

وعلى ذلك فالعقود في الشريعة الاسلامية بالنسبة الى اللزوم وعدمه تقسم الى أربعة أقسام :

١ ــ عقود لازمة لا تقبل الفسخ :

هذا النوع من العقود لا يقبل الفسخ ولو اتفق الطرفان على الفسخ كعقد الزواج وعقد الخلع[1] فان كلا منهما لا يفسخ بالاقالة ، فاذا تم الزواج أو الخلع بين الزوجين فلا يجوز لهما فسخه لان الزواج ينتهي بالطلاق والطلاق ليس فسخا لعقد الزواج بل هو انهاء الحكم الزواج[2] .

ويعتبر بعض الفقهاء ان عقد النكاح عقد لازم بالنسبة للزوجة وغير لازم بالنسبة للزوج لانه يملك حق الطلاق .

وكل عقد لازم لا يقبل الفسخ لا يقبل خيار الشرط ولا خيار الرؤية ، لان معنى الخيار أن يكون لاحد العاقدين الحق في الفسخ وهذا ينافي طبيعة هذه العقود .

---

(١) الخلع هو عقد بين الزوج وزوجته يتم بينهما على ان تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها .

(٢) يرى بعض الفقهاء ان تفريق القاضي بين الزوجين فسخ وليس طلاقا ويرى بعضهم أن الخلع فسخ وليس بطلاق .

ومن هذا يجب أن نلاحظ ان عقد النكاح سواء انتهى بالطلاق أم بالفسخ فان آثاره ثابتة كحرمة المصاهرة مثلا وثبوت النسب التي تبقى بعد الفسخ قائمة ثابتة وعلى ضوء ذلك يفرق بينه وبين العقود التي تقبل الفسخ لان اللزوم يرتفع عن عقد الزواج في حالات خاصة ويصبح قابلا للفسخ . راجع شرح قانون الاحوال الشخصية للمؤلف الجزء الاول الزواج وآثاره .

٢ ــ عقود لازمة تقبل الفسخ :

هذا النوع من العقود يجوز فيه لعاقديه أن يتفقا معا على فسخه ويعتبر كأن لم يكن حينئذ ، وهذه العقود هي عقود المعاوضات وتقسم الى قسمين :

أ ــ العقود التي لا تتم الا بالقبض ، فهذه لازمة وليس لاحد العاقدين ان يشترط لنفسه حق فسخها لان هذا الشرط ينافي القبض اللازم لها .

ب ــ عقود لا يلزم القبض فيها كسائر البيوع فهذه لازمة ولا يستقل أحد العاقدين بفسخها الا انه اذا اتفق المتعاقدان بتراضيهما على اقالتها صحت الاقالة وفسخ العقد .

ويجوز في هذه العقود لاحد الطرفين أن يشترط حق الفسخ لمدة معلومة وهو ما يسمى بخيار الشرط وجميع عقود المعاوضات تعتبر عند الشافعي والحنابلة عقودا غير لازمة ما دام المتعاقدان في نفس المجلس اذ لكل منهما حق الفسخ ما لم يتفرقا خلافا للاحناف والمالكية .

٣ ــ عقود لازمة بالنسبة لاحد العاقدين فقط :

هذه العقود تكون لازمة بالنسبة لاحد العاقدين وغير لازمة بالنسبة للآخر، كعقد الرهن والكفالة ، فهما لازمان بالنسبة للراهن والكفيل وذلك لتعلق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة وبذمة الكفيل ولكن الرهن والكفالة غير لازمين بالنسبة للمرتهن والمكفول له ، لان الرهن والكفالة حق لهما فلهما ان يتنازلا عنه ولا ضرر من هذا التنازل على العاقد الآخر لان من ملك حقا ملك التنازل عنه .

٤ ــ عقود غير لازمة بالنسبة لكلا العاقدين :

هذه العقود يجوز فيها لكل من العاقدين حق فسخها ولو بدون رضاء الطرف الآخر كعقود التبرعات والوكالة ، فعقد التبرع المضاف الى ما بعد الموت كالوصية مثلا يملك فيها الموصي الرجوع عن وصيته بأي وقت شاء لانه عقد غير لازم من جهته ، وكذلك لكل من الوكيل والموكل فسخ عقد الوكالة .

الفرع الرابع

أساس القوة الملزمة في العقود

يستمد العقد قوته الالزامية من اتفاق ارادتي العاقدين المعبر عنه بالايجاب والقبول ، فمتى تم العقد صحيحا ترتبت آثاره والتزم كل من جانبيه بما يفرضه قانون العقد عليه من التزامات ، وقد أوجب القرآن الكريم ذلك بصريح قوله .. « وأوفوا بالعقود.. » ولان هذا أيضا من الضرورات الاجتماعية التي تفرضها العلاقات بين الافراد ، اذ لو تحلل كل عاقد من عقده لوقع الناس في اضطراب وعدم استقرار لكافة المعاملات .

فاذا نشأ العقد في مجلس العقد خاليا من شوائب الارادة ومستوفيا كافة الشروط والاركان أصبح ملزما للطرفين الا اذا طرأت ظروف استثنائية لها أحكامها الخاصة[1] .

غير أن بعض العقود تفقد صفتها الالزامية اما لان طبيعة العقد تقضي بذلك كالعقود غير الملزمة التي تعطي أحد الطرفين أو كليهما حق فسخ العقد أو يكون العقد مضافا الى المستقبل بطبيعته كعقد الوصية أو قابلا للاضافة أو معلقا على شرط محتمل .

كما ان بعض العقود يرتفع عنها اللزوم لحالات ذكرها الشارع بموجب نص خاص بها .

وسنبحث هذه الحالات في مبحثين اثنين :

١ ــ التعليق والاضافة في العقود .

٢ ــ الخيارات في العقود .

---

(١) راجع القوة الملزمة للعقد للاستاذ حسين عامر ص ١٠ .

المبحث الاول

التعليق والاضافة الى المستقبل في العقود

الاصل في العقود ان تترتب آثارها بمجرد انعقادها صحيحة ، فعقد البيع ينقل الملكية فعلا غير أن هناك بعض العقود يختلف أثرها عن وقت انشائها بارادة العاقد ، وبعض العقود لا تكفي الصيغة وحدها لترتب أثرها بل لا بد لاتمامها من قبض محل العقد .

١ ــ فالنوع الاول : هي العقود المنجزة التي تترتب آثارهـا فور انشائها دون تأخير .

٢ ــ والنوع الثاني : عقود يتأخر فيها الاثر عن وقت تكوينها حكما كعقد الوصية ، فالوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت عن طريق التبرع .

٣ ــ النوع الثالث : عقود تتعلق آثارها على حدوث أمر محتمل كمن علق طلاق زوجته على استمرارها في نشوزها .

٤ ــ النوع الرابع : عقود لا تتم الا بالقبض كعقد الهبة والعارية والوديعة والرهن والقبض ، فهذه العقود لا تتم بمجرد الايجاب والقبول بل لا بد فيها من القبض ، واذا تم الايجاب وحصل القبض ، قام القبض مقام القبول وتم العقد صحيحا .

العقـود المنجـزة :

الاصل في العقود التنجيز أي ان تترتب آثارها فور انشائها ، وكل العقود تصح منجزة ما عدا الوصية والايصاء فانهما مضافان الى ما بعد الموت حكما ، ولو كانت صيغتهما منجزة .

العقود المضافة الى المستقبل :

العقد المضاف الى زمن مستقبل هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الايجاب

الى زمن آت كما لو اقل شخص لزوجته انت طالق في مطلع السنة القادمة فقد أضاف طلاقها الى زمن مستقبل .

وحكم العقد المضاف الى المستقبل انه ينعقد في الحال الا ان أثره لا يوجد الا في الوقت الذي أضيف اليه .

العقود المعلقة على شرط :

العقد المعلق هو ما علق وجوده على وجود شيء آخر كما لو قال لزوجته اذا جاء أخوك فأنت طالق ، فاذا جاء أخوها طلقت ، ويشترط في العقد المعلق ان يكون الامر المعلق عليه محتمل الوجود أما اذا كان الامر المعلق عليه موجودا وقت التعليق كان العقد منجزا والتعليق صوري ، واذا كان الامر المعلق عليه مستحيل الوجود فان العقد لا ينعقد اصلا .

ولهذا يقول الفقيه الحنفي ابن نجيم في الاشباه والنظائر[1] :

يجب في الشرط ليصح التعليق به ان يكون معدوما على خطر الوجود .

الفرق بين العقد المعلق على شرط والعقد المضاف الى المستقبل :

ان العقد المعلق على شرط لا ينعقد الا حين وجود الشرط الذي علق عليه . اما الاضافة الى المستقبل فالعقد ينعقد في الحال ، ولكن آثاره لا تظهر الا في الوقت المضاف اليه .

قابلية العقود للتعليق في الفقه الحنفي[2] :

يقسم الاحناف العقود بالنسبة الى قابليتها للتعليق على شرط وعدم ذلك الى ثلاثة أقسام :

١ ـ عقود لا يصح فيها التعليق وهي :

أ ـ عقود التمليك المالية عدا عقد الوصية ، كعقد البيع والاجارة والمزارعة والابراء .

على ان هذه العقود يصح فيها التعليق على الخيار كما لو قال لآخر بعتك

---

(١) الاشباه والنظائر ص ١٤٨ .

(٢) راجع في هذا البحث : حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢٨٠ . الاشباه والنظائر ص ١٤٨ .

داري ان رضي فلان لمدة ثلاثة ايام فالتعليق هنا صحيح ، فلا يصح البيع اذا قال البائع للمشتري ان حضر فلان فقد بعتك داري • وسبب عدم صحة عقد البيع مع التعليق ، أن التعليق يتنافى مع حكم العقد لاننا لا ندري أثر هذا التعليق خلال هذه الفترة هل يمنع البائع من التصرف في ملكه وهـذا لا يجـوز وان أجزنا له التصرف فباع لآخر كان في ذلك تغريرا بالمشتري •

ب ــ عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع فلا يصح عقد الزواج اذا قالت لك امرأة : تزوجتك ان رضي أخي مثلا ، أو قال لزوجته خالعتك على ألف ان رضي أبي •

جـ ــ الرهن والاقالة والرجعة وعزل الوكيـل ، كل ذلك لا يصح فيها التعليق لانها لا تقع الا منجزة •

٢ ــ عقود يصح فيها التعليق على كل شرط ويشمل هذا القسم من العقود الانواع التاليـة :

أ ــ الاسقاطات كالطلاق فاذا علق الزوج طلاق زوجته على أمر محتمل الوجود ، فان حصل هذا الامر وقع الطلاق وان لم يحصل لا يقع الطلاق •

ب ــ الوكالة والوصية والايصاء ، فهذه عقود يصح فيها التعليق على شرط فاذا تحقق الشرط تحققت الوكالة والوصية والايصاء •

جـ ــ عقود يصح تعليقها بالشروط الملائمة دون غيرها ويشمل الكفـالة والحوالة كقوله : ان أقرضت فلانا فأنا كفيله أو قول مدين لدائنه : ان لم أؤد اليك الدين غدا فقد أحلتك به على فلان •

قابلية العقود للاضافة الى المستقبل :

وتنقسم العقود عند الاحناف بالنسبة لقبولها الاضـافة او عدم قبولها الى ثلاثة أقسام :

١ ــ عقود تكون دائما مضافة الى المستقبل ولو كانت صيغتها منجزة لان آثارها تتأخر عن وقت انشائها كالوصية مثلا ، فاذا قال شخص لآخر أوصيت لك

بداري فرغم ان الصيغة منجزة لا تعليق فيها ولا اضافة الا ان أثر هذا العقد لا يظهر الا بعد الوفاة .

وقد تكون الوصية معلقة على شرط ومع ذلك فالاثـر ايضا لا يظهر الا بعد الوفاة كما لو قال ان شفى الله مريضي فقد أوصيت لك بداري .

٢ ـ عقود لا تقبل الاضافة أي لا تصح الا منجزة وهي كل عقد أفاد التمليك في الحال كالبيع ، وسبب عدم قابلية هذه العقود للاضافة أن آثار هذه العقود تترتب أثر انشائها ، فاذا أضيفت الى المستقبل فمعنى ذلك تأخير الأثر عن الانشاء أي أن هذه العقود تبقى مدة من غير أثر وهذا لا يجوز .

ولنضرب على ذلك مثلا في عقد البيع اذا أضيف الى المستقبل كما لو قال البائع اذا جاء رأس السنة فقد بعتك هذا الكتاب فخلال هذه المدة يبقى الملك معلقا فلا يملك البائع حق بيع الكتاب حتى مجيء الوقت المحدد بمعنى ذلك اننا حرمنا المالك من التصرف في ملكه لان الكتاب لا يزال ملكا للبائع وان أجزنا له حق البيع كان فيه معنى الفسخ للاضافة وهذا يتنافى مع لزوم العقد المضاف . ولهذا قال الفقهاء ان العقود التي تفيد تمليك الاعيان في الحال بطبيعتها لا تقبل الاضافة الى المستقبل .

٣ ـ أما النوع الثالث فهي عقود تصح منجزة كما تصح مضافة الى المستقبل وهذه هي العقود التالية :

١ ـ كل عقد لا يترتب عليه أثره في الحال دفعة واحدة كالاجارة والعارية ، أي العقود التي ترد على المنافع فعقد المنفعة مستمر يتجدد مع الزمن ولهذا صحت اضـافته .

٢ ـ الالتزامات كالكفالة والحوالة لان أثرها لا يظهر الا حين عدم دفـع المدين الديـن .

٣ ـ الاسقاطات كالطلاق فهذا تصح اضافته الى المستقبل كما يصح منجزا ، واضافة الطلاق الى المستقبل كما لو قال الزوج لزوجته انت طالق في أول الشهر القـادم .

المبحث الثاني

الخيـــارات

الخيار او الاختيار معناه طلب خير الامرين ، وفي اصطلاح الفقهاء هو ان يكون لاحد العاقدين أو لكليهما حق فسخ العقد أو حق امضائه ، فقد يشتري الشخص شيئا دون ان يراه فاذا ما رآه فقد يجده على صورة خلاف ما كان يظنه عليها ، وقد يجد بالشيء الذي اشتراه عيبا فيلجأ الى فسخ هذا العقد .

وقد قسم الفقهاء الخيارات الى نوعين رئيسيين :

١ ــ نوع يثبت فيه الخيار بارادة المتعاقد كما لو اشترط أحد العاقدين على أن له الخيار مدة ثلاثة أيام ، فهذا النوع من الخيارات أساسه رضا العاقدين وهذا يكون في نوعين : خيار التعيين ، وخيار الشرط .

٢ ــ نوع يثبت فيه الخيار بحكم الشارع لا بشرط المتعاقد كخيار العيب . وقد يثبت بحكم الشارع بناء على نص كخيار الرؤية الذي ثبت بحديث نبوي ولو لم يشترطه العاقـد .

ويعلل الفقهاء شرعية هذه الخيارات بالضرورة التي تدعو اليها وان خالفت القياس ، فقد يجد أحد المتعاقدين نفسه بحاجة الى التروي في عقده فيشترط الخيار مدة ثلاثة أيام مثلا أو أقل من ذلك ، فاما ان يستمر ويصبح العقد لازما واما ان يفسخ العقد .

وكذلك قد يتردد المـرء في شـرائه بـين عدة سـلع فيختار احداها ، اما لعدم خبرته او لقلة معرفته بالاسعار فيشترط خيار التعيين .

ومثل ذلك خيار العيب لان المشتري انما اشترى المبيع على اساس السلامة فظهور عيب فيه ينافي الرضا الذي تم على أساسه التعاقد في البيع لان الرضـا الحقيقي الضمني بين المتعاقدين تم على أساس ان العقود عليه سليم غير معيب .

وعلى ذلك سنبحث الخيارات التالية :

١ ـ خيـار التعيين .
٢ ـ خيـار الشرط .
٣ ـ خيـار العيب .
٤ ـ خيـار الرؤية .
٥ ـ ثم نبحث هل تحتاج هذه الخيارات لقضاء القاضي لفسخها ورفع اللزوم عنها أم تفسخ دون حاجة الى قضاء .
٦ ـ واخيرا نبين هل تورث الخيارات وتنتقل من المورث الى ورثته اذا مات ولم تعرف ارادته باستمرار لعقد أم فسخه .

المطلب الاول

خيـــار التعيـــين

خيار التعيين لا يكون الا في عقود المعاوضات المالية كالبيع مثـــلا ، فاذا اشترى شخص شيئا ما واشترط حق التعيين من ثلاثة اشياء يختار احداها ، صح الشرط وكان للمشتري ان يختار أحد الاشياء الثلاثة بالقيمة المتفق عليها .

واما ثبوت هذا الحق للبائع فمحل خلاف لدى الحنفية ، الراجح انه يثبت للمشتري دون البائع لانه لا حاجة له به .

وقد خالف الاحناف الذين أجازوا هذا الشرط القواعد القياسية في العقود ، وقالوا يجوز ذلك استحسانا نظرا للضرورة في بعض الحالات بالنسبة لاشخاص لا خبرة لهم بالمعاملات التجارية .

شروط خيـــار التعيين :

لا بد لصحة العقد من شرط خيار التعيين من توافر الشروط التالية :

١ ــ ان يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل ، فان كان الخيار بين أربعة أو خمسة أشياء لا يصح العقد ، وسبب ذلك ان أصل هذا الخيار غير جائز وانما أجيز للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، فاختيار شيء واحد بـــين ثلاثة أشياء يحقق الغاية من هذا الخيار .

٢ ــ ان تكون الاشياء التي يقـــوم التخيير فيها متفاوتة القيمة ، أو مختلفة الاوصاف ، وان يكون ثمن كل منها معلوما ومقدرا ، لانه اذا كانت الاشياء الثلاثة بقيمة واحدة او بوصف واحد فلا ضرورة للاختيار بينها حينئذ ، فالاصل في الاختيار ان يكون هناك تفاوت في الســـلع ويستتبع ذلك اختلاف أســـعارها وأشكالها .

أما اذا تساوت هذه الاشياء بالاوصاف أو بالاسعار والاصناف فسد العقد لاقترانه بشرط فاسد لا ضرورة له .

وكذلك فان ضرورة ذكر وتحديد الثمن لئلا يؤدي الى الغرر فيفسد العقد .

ان يكون للخيار مدة معلومة حددها ابو حنيفة بثلاثة ايام على الاكثر قياسا على خيار الشرط خلافا للصاحبين حيث لم يحددا مدة بل اشترطا ان تكون المدة معلومة مهما بلغت دون تحديد لها .

ان العقد المقترن بخيار التعيين يعتبر عقـدا منعقدا لـه آثاره حيث يثبت للمشتري ملكية أحد الانواع الثلاثة فليس للمشتري مع هذا الشرط الا اختيار أحد الاشياء وليس له ردها جميعا بفسخ العقد ، لان العقد تم على اساس ان يختار واحدا من هذه الاشياء لا على اساس ان له الخيار في الشراء او عدمه فيرد الجميع اذا أراد ، وهنا يبدو الفرق بين خيار التعيين وخيار الشرط كما سيأتي في موضعه .

ويرى فقهاء الحنفية ان للمشتري حق رد العقد بكامله أي له ان لا يشتري شيئا من الاشياء الثلاثة اذا اشترط مع خيار التعيين ، خيار الشرط[1] .

وينتهي حق خيار التعيين بكل ما يدل على الاختيار صراحة او دلالة كما لو قال قبلت هذا الشيء او تصرف فيه تصرفا يدل على ذلك .

واذا اشترط مع خيار التعيين خيار الشرط فمضت مدة أحدهما بقي الخيار للشرط الثاني خلال المدة المحددة له .

ويعتبر العقد مع خيار التعيين عقدا لازما اذا كان خاليا من خيار الشرط ، ولهذا فانه يورث وعلى الورثة ان يقوموا باختيار أحد الاشياء الثلاثة التي اتفق المورث على شرائـه[2] .

---

(١) .على ان بعض الفقهاء يرى لزوم اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين كما لو قال المشتري للبائع اشتريت منك أحد هذين الكتابين على ان اختار أحدهما وعلى أن يكون لي الخيار ثلاثة ايام ففي هذه الحالة يثبت خيار التعيين وخيار الشرط .

(٢) ورد في بعض المؤلفات أن خيار التعيين لا يورث ، ولعل سبب الخلاف هو الخلاف القائم حول ضرورة وجود الشرط مع خيار التعيين ، وخيار الشرط لا يورث لانه يتعلق بارادة المورث .

المطلب الثاني

خيـار الشـرط

خيار الشرط هو ما يثبت لاحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما حق فسخ أو امضاء العقد خلال مدة معلومة ، كما لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الشيء علـى أن لي الخيـار ثلاثة أيام ، ويصح للبائـع اشتراط مثل هـذا الشرط[1] .

وقد يشترط الخيار لغير العاقدين كأن يقول البائع للمشتري بعتك هـذا الشيء بكذا على أن يكو ن لاخي الخيار في امضاء العقد أو فسخه مدة ثلاثة ايام ، فاذا قبل الطرف الآخر أي المشتري صح خيار الشرط لمن شرط له .

وقال الشافعي وزفر من الاحناف ان شرط الخيار لا يجوز لغير العاقدين .

وهذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضى عقد البيع اللزوم وهـذا ينافي اللزوم ، فكان من الواجب تطبيقا للقواعد العامة ان يعتبر هذا الشـرط فاسدا ولكن الفقهاء خالفوا القياس واجازوه استحسانا للضرورة التي تدعو الناس الى التروي لعدم خبرتهم في البيع والشراء وورود أثر عن النبي عليه السـلام بصحة هذا الشرط فقد جاء في الحديث أن أحد الصحابة واسمه حبان بن منقذ كان يغبن في شرائه فشكى ذلك لرسول الله فقال له : اذا بايعت فقل لا خلابة[2] ولي الخيار ثلاثة ايام .

وقت اشتراط الخيـار ومدته :

يشترط في شرط الخيار ان يكون أثناء العقد ولمدة ثلاثة ايام فقط وذلك للحديث السابق وهذا ما ذهب اليه ابو حنيفة وزفر والشافعي ، فاذا اشترط

---

(١) وقد نقل عن بعض الفقهاء كسفيان الثوري وابن شبرمه ان شرط الخيار لا يجوز للبائع . فتح القدير ج٥ ص ١١٢ .

(٢) الخلابة اي الخداع .

أكثر من ثلاثة ايام كان العقد فاسدا ، الا ان هذا الفساد يرتفع اذا اختار من له الخيار قبل مضي ثلاثة ايام[1] وقال الشافعي يبطل العقد في هذه الحالة .

وذهب الحنابلة والصاحبان ابو يوسف ومحمد الى ان شرط الخيار غير محدود بثلاثة ايام ، ولكن لا بد فيه من تحديد للمدة طالت أم قصرت[2] .

وحجة ابي حنيفة والشافعي ان هذا الشرط جاء على خلاف القياس أي على وجه الاستثناء ، فلا يجوز التوسع فيه ، وقد نص رسول الله على أن مدة الخيار ثلاثة ايام وهي المدة الكافية للبحث والتروي للاختيار .

وقال الآخرون[3] ان الاصل في شرعية هذا الشرط هو اعطاء الفرصة لاحد العاقدين للاختيار ، فهذه الفرصة متروك أمر تحديدها الى العاقدين ، فقد يكفي شخص يوم واحد وقد لا يكفي غيره اسبوع للاختيار وطالما الامر تابع لرضا العاقدين فيجب الا يحدد بمدة ثلاثة ايام[4] بل يترك لما يتفق عليه المتعاقدان ، وما جاء في حديث رسول الله قد يكون خاصا بحبان بن منقذ ، حيث حدد له رسول الله مدة ثلاثة ايام لانها تكفيه للاختيار ولكن عساها لا تكفي غيره .

على أن الحنفية استثنوا من تحديد مدة شرط الخيار في بعض العقود فقالوا يشترط في العقد الخيار في مدة ثلاثة ايام في العقود كلها الا في الوقف والكفالة والحوالة بالدين فيجوز فيها أكثر من ثلاثة أيام[5] .

العقود التي يرد عليها خيار الشرط :

ان العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق لا يجوز فيها خيار الشرط لان مقتضى خيار الشرط ان يكون لاحد العاقدين حق فسخ العقد وهذه العقود الاصل فيها عدم الفسخ[6] .

---

(١) المبسوط ج١٢ ص ٤١ البدائع ج٥ ص ١٧٣ المهذب ج١ ص ٢٦٠ .
(٢) مختصر الطحاوي ص ٧٥ .
(٣) ويرى المالكية ان تحديد المدة يقدر بقدر الحاجة على حسب اختلاف المعقود عليه . راجع تهذب الفروق للقرافي ج٣ ص ٢٨٢ .
(٤) وقال الصاحبان يرتفع الفساد اذا اختار ولو بعد ثلاثة ايام .
(٥) راجع المادة ٣٢٩ من مرشد الحيران في بحث خيار الشرط .
(٦) البحر الرائق ج٦ ص ١٤ .

واما العقود التي تقبل الفسخ بارادة أحد عاقديها كالوكالة والوديعة فهذه لا ضرورة لاشتراط خيـار الشرط فيها ما دامت تقبل الفسـخ بدون اشتراط لانها عقود غير لازمة .

وكذلك فان العقود التي تفسخ بالاقالة أي باتفاق العاقدين معا يجوز فيها اشتراط خيار الشرط كعقد البيع مثلا[1] .

آثار خيـار الشرط :

اذا اشترط أحد العاقدين خيار الشرط لمدة ثلاثة ايام فله حق امضاء العقد أو حق فسخه خلال هذه المدة وذلك بكل قول يدل على ذلك او فعل يفيد معنى الرضا والاختيار كما لو تصرف المشتري في المبيع برهن أو برع أو هبة[2] .

واذا كان الخيار للبائع فتصرف في المبيع كما لو باعه لآخر يعتبر هذا التصرف فسخا للعقد ونقضا للشرط الذي اشترطه على المشتري .

اما اذا اشترط كل من العاقدين خيار الشرط فأي منهما سبق الآخر بالقبول او الفسخ اعتبر العقد لازما من جانبه ، فاذا اتفق البائع والمشتري على بيع سلعة بشرط الخيار لكل منهما فان فسخ العقد البائع او المشتري خلال هذه المدة فلا يجوز للآخر القبول لان العقد قد بطل بفسخ السابق منهما . أما اذا رضي أحدهما بالعقد وقال قبلت لم ينعقد العقد لان حق الثاني لا يزال له الخيار فاما ان يقبل العقد فيصبح لازما للطرفين واما ان يفسخه بموجب خيار الشرط فيبطل العقد[3] .

---

(١) هذا اذا لم يكن القبض في هذه العقود شرطا في صحتها ، اما العقود التي لا تتم الا بالقبض فلا يصح فيه خيار الشرط لان صحة هذا الشرط تستلزم عدم وجوب القبض وهذا العقد لا يتم الا بالقبض .

(٢) الفتاوى الهندية ج٢ ص ٥٣ .

(٣) ذكر الكاساني في البدائع ج٥ ص ٢٧٠ : واما خيار البائع والمشـتري جميعا ، فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد ، فأيهما أجاز ، صريحا او ما يجري مجرى الصريح ، او فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ، ولزم البيع من جانبه ، والاخر على خياره : أن شاء اجاز وان شاء فسخ .

وهل يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ ؟ :

اذا مات العاقد الذي له خيار الشرط يعتبر لازما بموته أي يسقط حقه بالفسخ وكذلك اذا مضت مدة الخيار ولم يختر من له الخيار سقط حقه واصبح العقد لازما بالنسبة له ، اما لو كان الخيار للعاقدين فمات أحدهما بقي حق الخيار للثاني .

اما اذا اشترط احد العاقدين ان يكون خيار الشرط لغيره كما لو قال المشتري اشتريت منك هذا الشيء على ان يكون لاخي حق الخيار خلال ثلاثة ايام وقبل البائع صح خيار الشرط ولكل من المشتري واخيه حق الخيار بامضاء العقد او فسخه ، فان سبق احدهما الآخر فأمضى العقد أو فسخه فلا يحق للآخر مخالفته ، اما لو امضاه احدهما وفسخه الآخر دون ان يعلم من السابق منهما فيعتبر الفسخ أولى من الامضاء لانه أقوى منه فلا ينقض[1] .

ويجب أن نلاحظ ان فسخ العقد ممن له هذا الحق سواء أكان البائع أم المشتري لا يشترط فيه علم الطرف الآخر كما لو اشترط البائع خيار الشرط فتصرف في المبيع فباعه لآخر خلال مدة الشرط فيعتبر تصرفه فسخا للعقد فلا يحتاج لصحة هذا التصرف اعلام المشتري بذلك .

اما لو كان فسخ العقد بقول لا بفعل كما لو قال البائع الذي له حق خيار الشرط فسخت العقد فلا بد في هذه الحالة من اعلام المشتري بالفسخ والا لا يترتب على هذا الفسخ أي أثر بمعنى لو فسخ البائع العقد بقوله لا بفعله ولم يعلم المشتري ومضت مدة الخيار فالعقد يصبح لازما وتنتقل الملكية الى المشتري لسقوط حق خيار الشرط بالنسبة للبائع .

وقد جاء في المادة ٣٤ من مرشد الحيران :

ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار اذا فسخه من له الخيار قولا أو فعلا في المدة المعينة له ويشترط علم الآخر في المدة في الفسخ القولي لا الفعلي .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ٤٥ .

والمراد بالفسخ القولي او الفعلي كل قول او فعل يصدر ممن له الخيار دالا على فسخ العقد .

متى ينتهي خيـار الشرط :

ينتهي حق خيار الشرط بأحد الامور التالية :

١ ــ اذا أجاز العقد من له الخيار في ذلك المدة المحددة فلو قال البائع أجزت البيع صح العقد ان كان شـرط الخيار بجانبه وكذلك اذا قال فسـخت العقد ، والاجازة أو الفسخ كما يكون بالقول يكون بكل فعل يدل على ذلك .

٢ ــ اذا مات من له الخيار يصبح العقد لازما من جهته من الحقوق التي لا تورث عند الحنفية ، وقال الشافعية ان هذا الحق يورث ، فلا يسقط بالوفاة .

٣ ــ اذا مضت مدة الخيار دون اجازة أو فسخ اعتبر العقد لازما .

٤ ــ اذا هلك محل العقد كما لو هلك المبيع في يد من له الخيـار في ذلك فالعقد يصبح لازما على تفصيل بين الفقهاء فيما لو كان الهلاك قبل القبض او بعده وفي يد المشتري تم ذلك أم في يد البائع .

٥ ــ اذا زاد المبيع في يد من له الخيار كبناء على ارض او ولادة كولد الحيوان او ثمرة لشجر فكل ذلك يعتبر من الاسباب التي تجعل العقد لازما غير قابل للفسخ .

٦ ــ اذا جن من لـه الخيار قبل بيان رأيـه سقط حقـه بالخيار واصبح العقد لازما .

وقد اختلف فقهاء الحنفية في سقوط حق الولي اذا اشترى لمصلحة الصغير مع شرط الخيار وقبل مضي المدة المحددة بلغ الصغير من الرشد هل يسقط الخيار ويلزم العقد أم ينتقل الخيار الى البالغ الراشد الذي أصبح المتصرف الاصيل في أمواله[1] .

---

(١) راجع البدائع ج٥ ص ٢٦٨ وفتاوى قاضي خان ج٢ ص ١٥ .

المطلب الثالث

خيـار العيـب

خيار العيب هو ان يكون لأحد العاقدين الحـق في فسخ العقد او امضائه اذا اطلع على عيـب في المعقود عليه على ان لا يكون على علم بهذا العيب حـين التعاقـد .

فاذا اشتريت سلعة ثم وجدت بها عيبا فلك الحق في ردها أي فسخ العقد او امضائه اذا كنت لا تعلم بالعيب أثناء التعاقد ولم ترض بهذا العيب بعد اجراء العقد.

سبب مشروعية هذا الحق :

١ ـ وسبب مشروعية حق خيار العيب واعطاء أحد العاقدين حق فسـخ العقد هو خلل أصاب رضاه في هذا العقد لان الرضا تم بين المتعاقدين على أساس ان المعقود عليه لا عيب فيه وانه سليم من العيوب ، فظهور عيب في المعقود عليه يعني انهيار الاساس الذي قام عليه التعاقد بين الطرفين .

والرضا اساس عام في جميع العقود كما جاء في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فاذا لم يتحقق الرضا أعطى الشارع حق الفسخ لاحد العاقدين الذي اختل الرضا من جانبه فله حينئذ رد المعيب او امضاء العقد .

٢ ـ هذا من جهة ومن جهة ثانية ان عقود المعاوضات تقوم على اساس التعادل والتبادل فالثمن يعادل السلعة ، فهنا توجد مساواة بين شيئين فالثمن يقابل السلعة السليمة فظهور عيب فيها يعني وجود خلل فيهذهالمساواة لان ثمن المعيب لا يساوي ثمن السليم .

٣ ـ ثم ظهور العيب بالمبيع او بالمعقود عليه يعني ان البائع قد غش المشتري

حين أخفى عليه هذا العيب ، والغش أمر لا يقره الشرع لانه محرم فوجب اعطاء الخيار للمتضرر منه بالفسخ . وذلك لقوله عليه السلام : « لا يحل لمسلم باع لاخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له »[1] .

شروط تحقق خيار العيب :

١ ــ يشترط في العيب الذي يثبت فيه الخيار ان يكون من شأنه انقاص قيمة المعقود عليه ، والمرجع في هذا الى العرف السائد لذوي الخبرة ، ويثبت هذا الحق ولو كان السعر المتفق عليه أقل من قيمته معيبا .

فلو فرضنا ان بائعا باع سلعة بمائة فتبين ان بها عيبا ينقص قيمتها لان العبرة في هذا العيب هو في نقصان قيمة المعيب ، والعرف هو الذي يحدد ما يعد عيبا أو لا يعد كذلك .

٢ ــ ان يوجد العيب في المعقود عليه قبل العقد او بعد اجراء العقد وقبل التسليم فان حدث العيب بعد ذلك فلا يثبت حق خيار العيب بالرد .

٣ ــ اذا علم المشتري بالعيب سقط حقه بالرد ولهذا يشترط عدم علمه فاذا أخبره البائع بأن السلعة معيبة ورضي فلا رد لان الرضا تم بينهما على اساس وجود العيب .

٤ ــ وكذلك يسقط حق الرد بالعيب اذا شرط البائع على المشتري انه غير مسؤول عن كل عيب يوجد في المبيع ورضي المشتري بذلك فلا يحق له رد المبيع اذا ظهر معيبا وذلك ان شرط البائع البراءة من العيب يعني رضا المشتري بالمبيع معيبا فلا خلل في الرضا[2] .

آثار خيار العيب :

اذا وجد العيب في المعقود عليه كما لو كان في عقد البيع ووجد المشتري عيبا

---

(١) نيل الاوطار ج٥ ص ٢١٢ .
(٢) فتح القدير ج٥ ص ١٥٢ .

في المبيع فيستمر العقد نافذا لانه عقد صحيح الا انـه عقد غير لازم من جهـة المشتري اذ له أحد أمرين :

١ ــ امضاء العقد اذا رضي بالمبيع معيبا دون حق الرجوع الى البائع وهذا يبدو فيما لو رأى المشتري ان من مصلحته الابقاء على العقد رغم عيبه .

٢ ــ حق الفسخ ورد المبيع الى البائع واسترداد الثمن .

فاذا اختار المشتري فسخ العقد بعد ظهور العيب فيه فأما ان يكون ذلك قبل قبض المبيع أو بعد ذلك .

فان ظهر للمشتري العيب والمبيع لا يزال عند البائع فيفسخ العقد بمجرد قول المشتري للبائع فسخت العقد ولو لم يوافق البائع ولا يحتاج الى قضاء ما دام البائع موجودا ، ويشترط علم البائع بهذا الفسخ .

اما اذا ظهر للمشـتري العيب بعد قبض المبيـع وأراد المشـتري فسـخ العقد فلا يفسخ العقد الا برضا البائع فان أبى كان الفسخ بحكم القاضي ولو لم يرض البـائع .

وخلاصة ذلك : ان المشتري له الخيار بين فسخ العقد أو امضائه مع الرضا بالعيب ، ولكن لنتساءل هل للمشتري أن يحتفظ بالمبيع المعيب ويحط من ثمنه لقاء العيب ما يعادل ذلك أم لا ؟..

لو اشترى شخص سلعة بمائة ليرة ثم تبين له فيها عيبا فله رد السلعـة واسترداد الثمن أو الرضا بالسلعة مع وجود العيب ، فلو فرضنا أن العيب ينقص من قيمتها عشر ليرات فهل للمشتري أن يطالب البائع بعشر ليرات ويحتفظ بالمبيع .

والجواب على ذلك أنه يجوز الحط من قيمة المبيع لقاء العيب اذا تراضى البائع والمشتري ، فبالرضا أصبح الاتفاق جديدا بينهما ، ولكن لا يجوز للبائع اذا طالب المشتري فسخ المبيع المعيب أن يدفع له عشر ليرات ويرفض رد المبيع لان النقاص الثمن لا يجوز الا بتراضي العاقدين .

ويبقى حق المشتري بالرد بخيار العيب حتى ظهور مانع من الموانع التي تمنع الرد فما هي هذه الموانع[1] ؟

موانع الفسخ بخيار العيب :

١ ــ اذا رضي المشتري بالعيب سقط حقه بالفسخ .

٢ ــ اذا اسقط المشتري حقه بالخيار كما لو قال أسقطت حقي بالخيار .

٣ ــ وكذلك اذا هلك المعقود عليه أي المبيع في يد المشتري .

٤ ــ اذا طرأ عيب جديد على المبيع وهو في يد المشتري حال ذلك دون الفسخ أيضا حيث يصبح في المبيع أكثر من عيب فلا يجوز الرد لان الاصل أن به عيبا واحدا .

٥ ــ تصرف المشتري بالمبيع مانع من موانع الفسخ فلو باع المشتري المبيع المعيب الى غيره سقط حق الفسخ الا اذا اطلع المشتري الجديد على العيب فرده الى المشتري فيحق لهذا أن يرده الى بائعه الاول .

٦ ــ اذا تغير المبيع في يد المشتري بحيث أصبح له اسم آخر كما لو كان حبوبا فأصبح طحينا فيسقط حق الفسخ في هذا المجال .

ولكن نتساءل هنا أيضا : اذا وجد مانع من موانع الفسخ لخيار العيب فهل يسقط حق المشتري بالرجوع على البائع بالفرق بين السعرين أي ثمن السلعة وهي سليمة وثمنها غير سليمة ؟.

لو اشترى سلعة فتصرف فيها أو غيّرها أو استهلكها ثم ظهر له فيها عيبا دون أن يراه فليس من العدالة أن تحرمه من حق الرجوع على البائع بالمطالبة بفرق الثمن ، لانه اذا صعب الرجوع بالفسخ ورد السلعة واسترداد الثمن فليس من الصعب الرجوع بالفرق بين السعرين .

ولهذا قال الفقهاء اذا وجد مانع من موانع الرد الآتية :

١ ــ هلاك المبيع أو المعقود عليه .

---

(١) ولا يسقط حق الرد بالعيب بالتراضي عند الحنفية ما لم يقم دليل الرضا صراحة ، رد المحتار ج ع ص ٩٢ .

وقال الشافعية أن حق الرد بالعيب يثبت على الفور ما لم يكن التأخير لعذر . مغني المحتاج ج٢ ص ٥٥ .

٢ ــ تعييب المعقود عليه عيبا جديدا عند المشتري .

٣ ــ أو اذا تغيرت صورة المعقود عليه بحيث أصبح يطلق عليه اسم آخر .

في هذه الحالات يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالنقص بالثمن وذلك بأن يقدر قيمة المبيع وهو سليم ويقدر وهو معيب والفرق بين سعر السليم والمعيب هو المبلغ الذي يطالب به البائع .

وأخيرا لا بد لنا أن نلاحظ أن حق خيار العيب يثبت بدون اشتراط بخلاف خيار الشرط لان الاصل في العقود السلامة من العيوب في المعقود عليه .

ولنذكر هنا بعض أحكام خيار العيب كما جاءت في مجلة الاحكام العدلية :

م ــ ٣٣٦ ــ البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب ، يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالما خاليا من العيب .

م ــ ٣٣٧ ــ ما بيع مطلقا اذا ظهر فيه عيب قديم يكون المشتري مخيرا فيه ان شاء قبله بثمنه المسمى وان شاء رده .

وليس له أن يمسك المبيع ويحط ما أنقصه العيب من ثمنه .

م ــ ٣٣٨ ــ العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة .

م ــ ٣٤٢ ــ اذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب .

المطلب الرابع

خيـار الرؤيـة

هو الخيار الذي يثبت للمشتري اذا تم التعاقد على شيء لم يره فله حق الفسخ اذا رآه أو امضاء العقد والرضا بما تم ، فاذا اشترى شخص دارا لم يرها وذلك كما لو وصفت له على وصف معين ، فاذا رآها فهو بالخيار باتمام العقد وبفسخه .

وخيار الرؤية محل خلاف بين الفقهاء فقد ذهب الاحناف الى جوازه ومنعه الشافعية اذ لا يصح خيار الرؤية لديهم[1] .

وسبب هذا الخلاف أمر آخر اختلف فيه الفقهاء وهو صحة العقد على المعقود عليه الغائب . فمن ذهب الى أن العقد على العين الغائبة عقد صحيح قال بصحة خيار الرؤية لانه أثر من آثاره، ومن منع العقد على العين الغائبة لم يجز خيار الرؤية.

وقد استدل الاحناف على رأيهم بصحة العقد على الاشياء الغائبة وحق الفسخ بخيار الرؤية بقوله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شيئا لم يـره فهو بالخيار اذا رآه » .

وقال الشافعية الذين لم يأخذوا بهذا الحديث لا يصح العقد على العين الغائبة ولهذا فلا حق بخيار الرؤية لان العاقدين اذا اتفقا على المبيع وكان موجودا أمامهما فلا محل لخيار الرؤية بعدئذ . وذلك أن المعقود عليه اذا لم يكن معلوما بأوصافه ، فعدم مشاهدته يؤدي الى جهالة تفضي الى المنازعة في أصل العقد ، وفي هذا من الغرر ما لا يخفى ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر .

شروط حق خيار الرؤيـة :

١ ــ يشترط أن يكون المعقود عليه عينا كدار مثلا ، أما اذا كان دينا في الذمة كالسلم فلا يثبت فيه خيار رؤيـة .

---

(١) مغني المحتاج ج٢ ص ١٨ .

٢ ــ أن يكون المعقود عليه من العقود التي تقبل الفسخ .

٣ ــ أن لا يكون العاقد قد رأى المعقود عليه أثناء العقد أو قبله ، أما اذا رآه فلا حق له بخيار الرؤيــة .

٤ ــ ويثبت خيار الرؤية للعاقد بعد رؤيته المعقود عليه .

والمراد بالرؤية معرفة المعقود عليه وقد يكفي رؤية بعضه ان كان متماثل الاجزاء .

وقد عرفت المجلة خيار الرؤية في المادة ٣٢٠ :

من اشترى شيئا ولم يره ، كان له الخيار حتى يراه فاذا رآه كان مخيرا فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية .

وجــاء في المــادة ٣٢٤ :

الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها تكفي رؤية الانموذج فقط .

ويثبت خيار الرؤية في العقود والتصرفات التاليــة :

١ ــ عقد البيع اذا كان المبيع عينا مشخصة كمن اشترى دارا دون أن يراها فيثبت للمشتري حق خيار الرؤيــة .

٢ ــ عقد الاجارة ، فمن استأجر عينا دون رؤيتها له حق الخيار بفسخ العقد أو امضائه اذا رآهــا .

٣ ــ وكذلك اذا تقاسم شركاء فيما بينهم أموالا قيمية ولم ير أحد الشركاء حصته من هذه القسمة فله حق خيار الرؤية بعد رؤيته نصيبه الذي آل اليه من جراء هــذه القسمــة .

آثــار ثبوت حق خيــار الرؤيــة :

١ ــ يعتبر العقد الذي يثبت فيه خيار الرؤية عقدا غير لازم بالنسبة لمن له هذا الحق لان اللزوم ينافي حق الفسخ الذي منحه الشارع للعاقد الذي لم ير المعقود عليه ولهذا يملك العاقد الذي لم ير محل العقد حق الفسخ حين رؤيته المعقود عليه .

وهذا الحق يستمد قوته من الشارع لا من العاقدين بمعنى لو أراد أحد العاقدين اسقاطه قبل العقد لم يملك ذلك كما لو اشترى شخص ولم ير فقال اشتريت على أن لا يكون لي حق خيار الرؤية فلا يصح هذا التنازل قبل ثبوته أي بعد رؤيته العين فاذا رضي بها صح العقد أما قبل ذلك فتنازله غير صحيح .

٢ ـ وكما يملك العاقد الذي لم ير المعقود عليه حق فسخ العقد يملك كذلك حق امضائه العقد والرضا بعد رؤيته .

والفسخ يكون بكل ما يدل على رضا العاقد بالمعقود عليه ، وحق الفسخ بخيار الرؤية لا يصح الا بعد الرؤية ، أما الفسخ لعدم لزوم العقد فيصح أن يكون قبل الرؤية ، لان كل عقد غير لازم يملك فيه أحد عاقديه حق فسخه .

والرضا بالعقد وامضائه أيضا يكون بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل.

ويسقط حق خيار الرؤية بكل ما يدل على امضاء العقد أو فسخه صراحة أو دلالة ، فاذا تصرف المشتري بالمبيع مثلا أو تعيب في يده سقط حقه برده بخيار الرؤية[1] .

---

(١) البدائع ج٥ ص ٢٩٠ كشاف القناع ج٢ ص ٤٤ مواهب الجليل ج٤ ص٤٠٩ .

المطلب الخامس

هل يحتاج الفسخ بالخيارات الى القضاء

قلنا ان الخيارات في العقود على نوعين : نوع لا يثبت الا باتفاق العاقدين واشتراطهما كخيار الشرط ونوع يثبت بحكم الشارع ولو لم يتفق عليه المتعاقدان كخيـار العيب .

وذكرنا أن أثر هذه الخيارات تكون اما بفسخ العقد أو بامضائه والرضا به وفي حالات خاصة ينقص الثمن ما يعادل وجود العيب بالمعقود عليه .

فهل يحتاج الفسخ الى قضاء القاضي أم يتم باتفاق الطرفين أم يكتفي بالفسخ بالارادة المنفردة لمن يملك هـذا الحق .

وللجواب على ذلك يجب أن يميز بين أنواع الخيارات :

ان خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين يثبت فيه الفسخ دون حاجة الى القضاء بل لا يحتاج الى رضا الطرف الآخر ، وعلى هذا يتم الفسخ بارادة من له هـذا الخيـار .

أما خيار العيب فيختلف الامر ان كان الفسخ قبل قبض المعقود عليه أم بعد ذلـك .

فان حصل الفسخ قبل القبض فلا يحتاج الى القضاء لانه حينئذ يعتبر ممتنعا عن التسليم لان المعقود عليه معيب فالمشتري اذا رأى المبيع معيبا قبل استلامه يرفض استلامه كما يرفض دفع الثمن ولا حاجة الى القضاء .

اما ان حصل الفسخ بعد القبض فقد اختلف الفقهاء في حاجة الامر الى القضاء في خيـار العيب .

قال أبو حنيفة يحتاج الفسخ الى القضاء ، وقال الشافعية والحنابلة لا يحتاج ذلك الى القضـــاء[1] .

وحجة أبي حنيفة : ان العقد بعد تسليم المعقود عليه يعتبر تاما فلا ينقض الا بحكم القضاء أو بالاقالة أي باتفاق العاقدين ، ثم ان القضاء يحتاج اليه العاقدان لتقرير وجود العيب أو عدمه لانه لا مناص من الخلاف بين العاقدين حول ذلك .

وقال الشافعي ان وجود العيب بالمعقود عليه يرفع عنه صفة اللزوم فيصبح عقدا غير لازم يحق لمن يملك حق خيار العيب أن يفسخه دون حاجة الى حكم القضـــاء .

وسبب حاجة الفسخ للقضاء بخيار العيب دون خيار الشرط أو خيار الرؤية عند الحنفية اذا لم يتم بالتراضي بين العاقدين :

١ ــ ان خيار الشرط والرؤية يعتبر العقد بهما غير تام فلا يحتاج الفسخ للقضـــاء .

٢ ــ ان خيار العيب يحتاج الى القضاء لتقدير وجود العيب وحاجة ذلك الى الخبـــرة[2] .

---

(١) تبيين الحقائق ج٤ ص ٧٥ نهاية المحتاج ج٣ ص ١١٠ . كشاف القناع ج٢ ص ٦٥ .

(٢) المغني ج٤ ص ٢٨ .

المطلب السادس

هل تورث الخيارات

اذا ثبت حق الخيار ـ أي خيار كان ـ لاحد العاقدين ثم مات فهل يقوم ورثته بممارسة هذا الحق ؟. أي هل يملك ورثته حق الفسخ كما كان يملك المورث حال حياتـه ؟.

لنفرض أن شخصا اشترى سلعة ما بخيار الشرط أو اشتراها فوجدها معيبة ثم مات فهل يملك ورثته حق رد السلعة بخيار الشرط أو رد السلعة المعيبة بخيار العيب؟.

قال الشافعية ان حق الخيار ينتقل من المورث الى الوارث لان الوارث يرث مورثه بجميع أمواله وحقوقه لا فرق في هذا بين حق وآخر لان الوارث خليفـة مورثه في كل ما يتركـه .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : من ترك حقا أو مالا فلورثته.

وعلى هذا فللوارث رد المعقود عليه بخيار الشرط أو خيار العيب اذا كان المورث يملك هذا الحق أي توافرت له شروط هذا الخيار حال حياته[1] .

وفرق الاحناف في الخيارات بين نوعين :

فالخيار الذي يتعلق بارادة العاقد ومشيئته ويختلف فيه الرأي والنظر من شخص لآخر كخيار الشرط وخيار الرؤية فهذه من الحقوق التي لا تورث .

وأما خيار التعيين ، فبالرغم من أنه يتعلق بارادة العاقد المورث ، فانه يورث لان اختيار الوارث مقيد بالشراء باختيار أحد عدة أشياء ، فهو ملزم بالشراء ، على خلاف خيار الشرط حيث يثبت للمشتري امضاء العقد أو عدم الشراء مطلقا .

ب ـ وأما الحقوق التي تتعلق بذات المعقود عليه كخيار العيب فيثبت فيهذا

---

(١) الاهلية الوصية والتركات ـ للمؤلف بالاشتراك مع الدكتور مصطفى السباعي ص ٧٣٥ .

الحق للورثة وينتقل من المورث الى ورثته فمن اشترى سلعة بخيار الشرط ومات فليس لورثته حق ردها . أما لو اشتراها ثم تبين أنها معيبة فللورثة حق ردها لان خيار العيب يتعلق بذات المعقود عليه ولا علاقة له بالاختيار الشخصي .

وقد أخذت مجلة الاحكام العدلية برأي الاحناف فجاء في المادة ٣٢١ :

خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثـه .

وجاء في المادة ٣٠٦ : خيار الشرط لا يورث .

ومن الخيارات التي لا تورث ولم نذكرها في هذا البحث هو خيار الرد للغبن ، وقد مر في بحث عيوب الارادة ، فاذا مات المغبون وكان له حق رد العقد فليس لورثته هـذا الحق بعد وفاتـه .

وكذلك حق قبول الوصية وردها فانه من الحقوق التي تورث من الموصى له اذا مات دون قبول أو رد وينتقل هذا الحق للورثة عند جمهور الفقهاء أما عنـد الحنفية فلا يورث هذا الحق بل تعتبر الوصية تامة .



الباب الثالث

بعض ما اقتبسه القانون المدني عن الفقه الاسلامي

ويشمل فصلين :

الفصل الاول : بعض الاحكام التفصيلية .

الفصل الثاني : بعض النظريات العامة .

Damascus University

الفصل الأول

بعض الاحكام التي اقتبسها القانون المدني

عن الشريعة الاسلامية

سنبحث في هذا الفصل بعض الاحكام التي أخذها القانون المدني عن الشريعة الاسلامية مقارنين بين ما ورد من نصوص وما ذكره الفقهاء دون شرح يخرج بنا عن موضوع هذا الكتاب ثم نذكر بعض المواد التي أحالها القانون المدني لاحكام الفقه الاسلامي :

آ ـ أحكام البيوع .

ب ـ أحكام الهبة .

جـ ـ تصرفات المريض مرض الموت .

المبحث الاول

احكام البيوع

من أحكام البيع التي وردت في القانون المدني مأخوذة عن الشريعةالاسلامية أو تتفق معها نذكر ما يلي :

١ ــ رؤية البائع المبيع وضرورة علمه بأوصافه .

جاء في القانون المدني في المادة ٣٧٨ :

يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه .

وقد ذكر فقهاء الحنفية حكما مماثلا نذكر ما ورد في مرشد الحيران من نصوص تتعلق بالبيع على اعتبار انهذا الكتاب دون فيهالراجح في المذهب الحنفي[1] .

المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران :

من اشترى شيئا ولم يره وقت شرائه وقبله فله الخيار اذا رآه ان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ورده[2] .

ونصت المادة ٢٧٥ أيضـــا :

يصح البيع والشراء ما لم يره العاقدان وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الاشارة الى المبيع او الى مكانـــه .

نلاحظ في هذه المواد أنها تطبيق لمبدأ خيار الرؤية الذي ذكرنا بعض مسائله في بحث الخيارات والتي ثبت بالحديث النبوي : « من اشترى شيئا ولم يره فله الخيـــار اذا رآه » .

---

(١) ان حق خيار الرؤية خاص بالمشتري دون البائع . تبيين الحقـــائق للزيلعي ج ٤ ص ٢٥ .

(٢) لم يجز فقهاء الشافعية البيع في حال عدم رؤية المبيع للجهالة . وكذلك الحكم عند الحنابلة والمالكية مع بعض التفصيل .

ومما يتفق مع خيار الرؤية أيضا البيع بالنموذج وفق ما جاء في القانون المدني حيث نص في المادة ٣٨٨ :

١ ــ اذا كان البيع « بالعينه » وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .

٢ ــ واذا تلفت « العينه » أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق .

وهذا النص يشابه ما جاء في مرشد الحيران في المادة ٢٨١ :

« الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها تكفي رؤية الانموذج منها ، فاذا ثبت أن المبيع دون الانموذج الذي اشتراه على مقتضاه يكون مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع » .

٢ ــ هلاك المبيع قبل التسليم :

اذا هلك المبيع لدى البائع قبل تسليمه الى المشتري فان تبعة هلاكه تقع عليه ويحق للمشتري مطالبة البائع بالثمن هذه القاعدة قررها فقهاء الشريعة الاسلامية وأخذ بها القانون المدني السوري في المادتين ٤٠٥/٤٠٦ .

م ٤٠٥ :

اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسليم المبيع .

م ٤٠٦ :

اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم اتلف أصابه جاز للمشتري اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن .

وما ورد في القانون المدني نصت عليه مجلة الاحكام العدلية وهي التقنين الحديث للمعاملات وفق الراجح في المذهب الحنفي وذلك في المادتين ٢٩٣ ، ٢٩٤ .

م ٢٩٣ :

اذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري .

م ٢٩٤ :

اذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع .

٣ ــ حبس المبيع حتى وفاء الثمن :

ان حق البائع بحبس المبيع لديه حتى يقوم المشتري بدفع الثمن قاعدة قررها فقهاء الشريعة الاسلامية وأخذ بها القانون المدني السوري .

جاء في المادة ٣٦٠ من مرشد الحيران :

للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن اذا كان الثمن كله مالا ، ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة وسمى لكل منها ثمنا فله حبسه الى استيفاء كل الثمن .

وفي المادة ٣٦١ من الكتاب المذكور :

لا يسقط حق البائع في حبس المبيع باعطاء المشتري له رهنا أو كفيلا ولا بابرائه من بعض الثمن بل له حبسه الى استيفائه بتمامه .

وورد في المادة ٣٦٤ :

اذا كان الثمن مؤجلا في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له في حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشتري ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الاجل .

وقد أخذ القانون هذه الاحكام عن الفقه الاسلامي وصاغها في المادة ٤٢٧ :

آ ــ اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا و كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع .

ب ــ وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري في الاجل طبقا لاحكام المادة ٢٧٣[1] .

---

(١) نصت المادة ٢٧٣ بما يلي :

يسقط حق المدين في الاجل :

آ ــ اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون .

ب ــ اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى الدائن من تامين خاص ولو كان هذا التامين قد اعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن ان يطالب بتكملة التامين . اما اذا كان اضعاف التامين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

جـ ــ اذا لم يقدم الدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التامينات .

٤ ــ ضمان العيوب الخفية في المبيع :

اهتم فقهاء الشريعة الاسلامية في ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وأفردوا له بابا سموه : خيار العيب ، يضمن بموجبه البائع جميع العيوب التي لم يطلع عليها المشتري ، فاذا وجد عيب في المبيع جاز للمشتري أن يفسخ العقد بسبب ذلك .

وقد اقتبس القانون المدني السوري من الفقه الاسلامي ضمان هذه العيوب حيث وردت في المواد : ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤١٩ وفيما يلي نصوص هذه المواد :

م ٤١٥ :

آ ــ يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

ب ــ ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، الا اذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه .

م ٤١٦ :

لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

م ٤١٧ :

آ اذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل ، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

ب ــ أما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب .

م ٤١٨ :

اذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤١٢[1] .

م ٤١٩ :

تبقى دعوى لضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان .

ويلاحظ أن هذه الاحكام اخذت عن الفقه الحنفي المدون في مجلة الاحكام العدلية نذكر منها :

م ٣٣٦ :

البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب ، يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون سالما خاليا من العيب .

م ٣٣٧ :

ما بيع مطلقا اذا ظهر فيه عيب قديم يكون المشتري مخيرا فيه ان شاء قبله بثمنه المسمى وان شاء رده ، وليس له أن يمسك المبيع ويحط ما نقصه العيب من ثمنه .

م ٣٣٨ :

العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة .

م ٣٣٩ :

العيب القديم هو ما يكون موجودا في المبيع وهو عند البائع .

م ٣٤٢ :

اذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب .

م ٣٤٣ :

اذا اشترى مالا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك .

---

(١) جاء في المادة ٤١٢ ما يلي :

آ ـ اذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

ب ـ فاذا اختار المشتري استيفاء المبيع او كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

م ٣٤٤ :

بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع اذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره .

م ٣٤٥ :

لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن[1] .

وجاء في القانون المدني الاردني المستمدة أحكامه من الفقه الاسلامي في المادة ٥١٣ : يعتبر العيب قديما اذا كان موجودا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم اذا كان مستندا الى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع .

يشترط في العيب القديم أن يكون خفيا والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر الا بالتجربة .

* * *

(١) عقد البيع للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ١٣٠ .

المبحث الثاني

بعض أحكام الهبة

وردت أحكام الهبة في القانون المدني السوري في نحو عشرين مادة من ٤٥٤ ــ ٤٧٢ .

وقد أخذ معظم هذه المواد عن الفقه الاسلامي وما لم ينص على حكمه في موضوع الهبة فيرجع لمعرفته للشريعة الاسلامية بدلالة المادة الاولى من القانون .

وسنذكر بعض هذه المواد وما يقابلها في الفقه الاسلامي دون تفصيل :

١ ــ الايجاب والقبول في الهبة وشروط قبض الموهوب .

المادة ٤٥٥ من القانون :

آ ــ لا تتم الهبة الا اذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

ب ــ فاذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وليه نائب عنه في قبول الوصية وقبض الشيء الموهوب[١] .

المادة ٤٥٦ :

١ ــ تكون الهبة بسند رسمي والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ ــ ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة الى سند رسمي ، وقد جاء في كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية الذي جمعت فيه أحكام الهبة وفق الراجح في المذهب الحنفي وعلى اعتبار أن عقد الهبة من الاحوال الشخصية في بعض القوانين في المادة ٥٠٠ :

تصح الهبة بايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له والقبض يقوم مقام القبول[٢] .

---

(١) راجع مذكرات في العقود المسماة للمؤلف ص ٦٠ .

(٢) راجع العقود المسماة للدكتور حسن علي ذنون في شرح القانون المدني العراقي ص ٥ ــ ٦٣ ففيه تفصيل لاحكام الهبة في الفقه الاسلامي .

ونصت المـادة ٥١٢ :

هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالايجاب وينوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له سواء كان الواهب أبا أو أما أو غيرهما ممن يعوله عند عدم الأب بشرط كون الموهوب معلومـا .

٢ ـ وجود المال الموهوب وقت الهبة وملكية الواهب له وتعيينه :

م ٤٦٠ من القانون المـدني :

تقع هبة الاموال المستقبلة باطلة .

م ٨٥٦ من مجلة الاحكام العدليـة :

يشترط وجود الموهوب في وقت الهبـة .

م ٤٥٩ من القانون المدني :

اذا وردت الهبة على شيء معين بالذات ، غير مملوك للواهب ، سرت عليهـا أحكام المادتين ٤٣٤ ، ٤٣٥ .

وبالرجوع الى هاتين المادتين نجد نصوصهما هي الآتي :

آ ـ اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيـع .

ب ـ اذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري .

وبالمقارنة مع أحكام الفقه الحنفي نجد أن المادة ٨٥٧ من مجلة الاحكـام العدلية نصت على ما يلي :

يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب فلو وهب واحد مال غيره بلا اذنـه لا تصح الهبـة .

ولكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال تصح .

أما شرط تعيين الموهوب فلم يرد له نص خاص في القانون ولكن جاء في باب الالتزامات ما يفيد هذا المعنى بالنسبة لسائر التصرفات :

م ١٣٣ من القانون المـدني :

اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا .

م ١٣٤ :

آ ــ اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته . وجب أن يكون معينــا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا .

ب ــ ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء . من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط .

وجاء في المادة ٨٥٨ من مجلة الاحكام العدلية :

يلزم أن يكون الموهوب معلوما ومعينا فلو وهب واحد من المال شيئا أو من الفرسين أحدهما لا على التعيين لا تصح الهبة . ولو قال أيما أردت من هــذين الفرسين فهو لك فان عين الموهوب له في مجلس الهبة صحت والا فلا فائدة في تعيينه بعــد تفرق مجلس الهبة .

٣ ــ الرجوع في الهبــة :

م ٤٦٨ من القانون المدني :

آ ــ يجوز للواهب أن يرجع في الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك .

ب ــ فاذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

م ٤٧١ : يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

م ٨٦٤ من مجلة الاحكام العدليــة :

للواهب أن يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضى الموهوب له . وان لم يرض الموهوب له راجع الحاكم وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجــوع .

وجاء في كتاب الاحكام الشرعيــة :

م ٥٢٧ : لا يصح الرجوع في الهبة الا بتراضي العاقدين أو بحكم الحاكم . فاذا رجع الواهب بأحدهما كان رجوعه ابطالا لاثر العقد في المستقبل واعادة للملك .

فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضا فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له واذا طلبها بعد القضاء ومنعهـا الموهوب له فهلكت في يده ضمنهـا ٠

٤ ــ موانع الرجوع في الهبـة :

لقد وردت حالات موانع الرجوع في القانون المدني في المواد التالية :

م ٤٧٠ :

يرفض طلب الرجوع في الهبة اذا وجد مانع من الموانع الآتية :

آ ــ اذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المانع عاد حق الرجوع ٠

ب ــ اذا مات أحد طرفي عقد الهبة ٠

جـ ــ اذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي ٠

د ــ اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجيـة ٠

هـ ــ اذا كانت الهبة لذي رحم محرم ٠

و ــ اذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فاذا لم يهلك الا بعض الشيء، جاز الرجوع في الباقي ٠

ز ــ اذا قدم الموهوب له بدلا عن الهبة ٠

ح ــ اذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر ٠

موانع الرجوع عن الهبة في الفقه الحنفي :

م ٨٦٦ من مجلة الاحكام العدليـة :

من وهب لاصوله أو فروعه أو لاخيه أو اخته أو لاولادهما أو لعمه أو لعمتهأو لخاله أو لخالته شيئا فليس له الرجوع ٠

م ٥٢٠ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية :

من وهب هبة الذي رحم محرم منه ولو ذميا أو مستأمنا أو غير مستأمن فلا

رجوع عليه ، فان وهب لذي رحم غير محرم أو لمحرم غـير ذي رحم أو لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك .

م ٨٦٧ من مجلة الاحكام العدلية :

لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئا وسلمه حال كون الزوجية قائمة بينهما ليس له الرجوع .

م ٥١٩ من الاحكام الشرعية :

اذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع له فيها لو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبـة .

م ٨٦٨ من المجلة :

اذا اعطي للهبة عوض قبضه الواهب فهو مانع للرجوع ، وعلى هـذا لو أعطى الواهب شيئا على ان يكون عوضا عن هبته وقبضه فليس له الرجوع سواء أعطي العوض من الموهوب له أو من آخر .

م ٦٨٩ من المجلة :

اذا حصل للموهوب زيادة متصلة ، كما اذا كان الموهوب ارضا فاحدث فيه الموهوب له بناء او غرس شجرا او كان حيوانا ضعيفا فسمن بتربية الموهوب له ، او تبدل اسمه كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقا لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ .

وأما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع ، فلو حملت الفرس التي وهبها لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة ، وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له .

م ٨٧٠ من المجلة :

اذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه عن ملكه بالهبة والتسليم لا يبقى للواهب حق الرجوع .

م ٨٧١ من المجلة :

اذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يبقى للرجوع محل .

م ٥٢١ من الاحكام الشرعية :
اذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له او ا هلكت سقط حق الرجوع فيها فان استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقي

م ٨٧٢ من المجلة :
وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع .

فبناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفي الموهوب له ، كما انه ليس لورثته استرداد الموهوب .

م ٨٧٤ من المجلة :
لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه .
م ٥٢٦ من الاحكام الشرعية :
لا رجوع في الهبة للفقير بعد قبضها .

ونلاحظ ان ضابط عدم الرجوع في هذه الحالة الاخيرة هو نية التبرع من جهة وقصد الثواب من جهة اخرى ، فلو كانت الصدقة على غني لا يجوز الرجوع فيها على خلاف ما جاء في الاحكام الشرعية حين خصها بالفقير ، فقد ذكر فقهاء الحنفية ان الصدقة ما دام القصد فيها الثواب والتبرع فلا رجوع فيها سواء أكانت لفقير أم لغني .

وقد ورد في المادة ٥٦٠ من القانون المدني الاردني :
ف١ ـ تصح هبة الدين للمدين وتعتبر ابراء .
ف٢ ـ وتصح لغير المدين وتنفذ اذا دفع المدين الدين اليه .

المبحث الثالث

تصرفات المريض مرض الموت

تعريف مرض الموت :

هو المرض الذي يغلب على الظن الهلاك فيه ، ويتصل به الموت فعلا ، ولا يدوم سنة فأكثر[1] .

من هذا التعريف يتضح لنا أنه لا بد لاعتبار المرض مرض الموت من توافر الشروط التالية :

١ ــ ان يغلب على المصاب بمثل هذا المرض الوفاة ، اما المرض العادي فلا يعتبر مرض موت ولو حصلت فيه الوفاة .

٢ ــ ان يتصل الموت مباشرة بهذا المرض ، اما لو مرض مرضا مميتا ثم شفي منه ، فمرض مرضا آخر غير مميت ولكنه مات فيه فلا يعتبر مرض موت .

٣ ــ الا يدوم المرض سنة فأكثر والا لا يعد مرض موت ، فان زاد المرض على سنة فتعتبر تصرفات المريض صحيحة نافذة لو مات بعد ذلك .

اما اذا كان المرض يزداد فتحسب بداية السنة من آخر تطور طرأ على هذا المرض .

ويلحق باحكام المريض مرض الموت من كان في حالة خطر محقق ، كمن كان في سفينة أشرفت على الغرق ، أو شخص حكم عليه بالاعدام او أحاط به الموت لحريق أو غيره لاشتراك هذه الحالات مع مرض الموت بعلة واحدة هي خوف الهلاك[2] .

---

(١) الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية ج ص ٢٩٥ جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٣٧ .

(٢) توسع فقهاء المالكية في تعداد الحالات الملحقة بمرض الموت اكثر من فقهاء الحنفية . راجع مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ص ٧٨ .

ولقد جمعت مجلة الاحكام العدلية في المادة ١٥٩٥ تعريف مرض الموت بقولهـا :

« مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الاناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سـنة ، سواء أكان صاحب فراش أو لم يكن » .

وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير الى الوفاة مرض الموت .

ولقد قيد فقهاء الشريعة الاسلامية تصرفات المريض مرض الموت باحكـام خاصة نظرا لتعلق حق الدائنين والورثة والموصى لهم في أموال المريض[١] .

ولهذا قرروا ان كل تصرف يصدر في مرض الموت يعتبر غير نافذ اذا ترتب عليه ضرر بالغير الا اذا كان من الامور الضرورية الهامة بالنسبة للمريض وعلى هذا يحق لكل صاحب مصلحة ان يطلب نقض تصرفات المريض بعد وفاته ان كانت ضارة به ، ولا تعتبر تصرفات المريض باطلة بل موقوفة لان المريض كامل الاهلية انما وجد مانع لمرض فمنع نفاذ تصرفاته ان تعلق بها حق الغير ، بدليل انه اذا لم يكن هناك دائن أو وارث فتعتبر تصرفاته نافذة غير موقوفة ولو كان منعه من التصرف يرجع لنقص في أهليته لكان تصرفه في جميع الحالات غير نافذ .

اما اذا شفي المريض من مرضه فتعتبر جميع عقوده وتصرفاته صحيحة ونافذة كما لو صدرت عنه وهو صحيح غير مريض[٢] .

على أن بعض المذاهب كالظاهرية اعتبروا تصرفات المريض في جميع احواله كتصرفات الصحيح اذ أن أهليته كاملة وكل ما يصدر عنه يعد نافذا صحيحا[٣] .

---

(١) رد المحتـار ج٢ ص ٧١٥ .
(٢) المبسوط للسرخسي ج١٨ ص ٢٦ .
(٣) المحلى لابن حزم ج٩ ص ٣٥٥ .

تعلق حقوق الغير باموال المريض مرض الموت :

اذا مات الانسان وعليه ديون والتزامات فلا بد من القيام بوفائها ما دامت التركة تتسع لها او لبعضها ، واذا كان الموت في مرض الموت فقد رتب الفقهاء أحكاما خاصة بذلك يمكن اجمالها بالتالي :

١ ــ حق الدائن بأموال المريض مرض الموت .
٢ ــ تعلق حق الورثة بتركة المورث .
٣ ــ تعلق حق الموصى لهم بالمقدار الموصى لهم به .
٤ ــ بيع المريض مرض الموت خلال مرضه .
٥ ــ اقرار المريض للغير .
٦ ــ حقوق المريض وتصرفاته في أمواله .

١ ــ تعلق حق الدائن بأموال المريض :

آ ــ الدين غير المستغرق للتركة :

يتعلق حق الدائن بأموال المريض من حيث المالية لاستيفاء ديونه ، أي لا يتعلق حق الدائن بعين المال لان غاية ما يقصده الدائن هو استيفاء ديونه ، ولهذا لا ضرر على الدائن اذا باع المريض شيئا من أمواله بقيمته دون غبن ، وبقي ثمن المبيع في تركة المريض ، وحينئذ فلا يحق للدائن الاعتراض على تصرفات المريض بعد وفاته .

ب ــ الدين المستغرق للتركة :

اما اذا كانت تصرفات المريض تضر الدائن كما لو باع ارضا له بغبن فلا ينفذ البيع اذا كان الدين مستغرقا التركة لان حق الدائن يتعلق بجميع ما يملكه المدين ، فكل تصرف فيه اخراج جزء من المال كالغبن فهو دون مقابل فلا ينفذ الا اذا أجاز الدائن هذا البيع ، أما اذا لم يجز الدائن فان للمشتري حق الخيار بين فسخ العقد أو دفع الزيادة التي غبن فيها المدين المريض[1] .

---

(١) وقد ذكر صاحب مرشد الحيران في المواد ٢٦٤ ، ٢٦٥ هذه الاحكام بقوله :

١ ــ بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على اجازة بقية الورثة ولو كان بثمن المثل فان أجازوه جاز وان لم يجيزوه بطل .

٢ ــ يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثة بثمن المثل او بغبن يسير ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين .

ولا يجوز للمريض ابراء مدينه من ديونه لان في هذا ضررا يلحق بالدائنين لاسقاط جزء من أمواله لمدينه وفي هذا تفويت فرصة ايفاء ديونه لغرمائه .

٢ ـ حق الموصى لـه :

للموصي المريض الحق بالايصاء في حدود ثلث تركته وتأخذ التبرعات كالهبات وغيرها حكم الوصيه ، اما اذا زاد تصرف التبرع على الثلث كان موقوفا .

وفي حال استغراق الديون للتركة فلا عبرة للوصية أي لا تنفذ ولو كانت أقل من الثلث فدور الموصى له باستيفاء حقه يأتي بعد دور الدائن لان تنفيذ الوصايا بعد وفاء الديون وقبل حق الوارث في حدود ثلث التركة .

وكذلك اذا وهب شخص في مرض موته شيئا لاحد ورثته وبعد وفاته لم يجز سائر الورثة فلا تنفذ هذه الهبة . أما الهبة لاجنبي فتصح في حدود ثلث التركة اذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين .

أما هبة المريض الذي لا وارث له بعض أمواله للغير فتعتبر صحيحة اذا لم يكن مدينا لاحد لعدم تعلق أي حق بها حينئذ .

٣ ـ تعلق حق الوارث باموال مورثه المريض :

يأتي حق الوارث بعد حق الدائن ، وتتعلق حقوق الورثة بثلثي التركة بعد وفاء الديون لان الشارع أعطى الحق للمريض ان يتصرف في حدود ثلث تركته وصية واعتبر تصرفاته في ذلك نافذة .

واما تعلق حق الورثة بعين التركة او بماليتها فقد اختلف فقهاء الحنفية بذلك .

---

(١) وقد اخذ المالكية واكثر الفقهاء براي الصاحبين في صحة بيع وشراء المريض مع أحد ورثته بثمن المثل .

راجع المبسوط ج١٨ ص ٢٧ المدونة الكبرى ج١٣ ص ٥٩ مواهب الجليل ج٥ ص ٧٨ . وراجع ايضا نظرية العقود والموجبات للدكتور صبحي المحمصاني ج٢ ص ١٣٦ .

أ ــ قال ابو يوسف ومحمد :

ان حق الورثة كحق الدائنين يتعلق بمالية التركة لا بذاتها في فترة مرض الموت ، سواء كانت هذه التصرفات من المريض مع أحد ورثته أم كانت مع غيره .

وعللوا ذلك اذا باع المريض أمواله بنفس القيمة دون غبن ، صح بيعه ونفذ ، لان حق الورثة مضمون بقيمة المبيع ، وكل ما يحق للورثة المطالبة به هو ان يسلم لهم ثلثا التركة من حيث قيمتها المالية[1] .

ب ــ وقال ابو حنيفة :

ان تعلق الورثة بمالية التركة ان كان تصرف المريض مع غير الورثة ، واما تصرفه مع بعض ورثته فلا ينفذ لان حق الورثة يتعلق حينئذ بعين التركة .

وبناء على هذا فان المريض يستطيع ان يبيع لغير الورثة بعض امواله بنفس القيمة دون اعتراض من الورثة ما دام حقهم محفوظا في ثلثي التركة من حيث قيمتها المالية .

اما اذا باع لاحد ورثته ولو بنفس القيمة فلسائر الورثة حق الاعتراض ونقض التصرف . وسبب التفرقة بين الحالين :

ان حق الورثة بالنسبة لتصرف المريض مع غير الورثة يتعلق بقيمة التركة ، بينما تصرفه مع الورثة ينتقل الحق الى عين التركة ، لان ايثار بعض الورثة على بعضهم لا يجوز ولو كان بنفس القيمة ، فقد تكون هناك رغبة عند أحد الورثة ببعض أعيان التركة التي باعها المورث المريض لاحد ورثته ، فخشية المحاباة منع الامام أبو حنيفة أي تصرف يصدر من المريض في تركته بالنسبة للورثة .

وبرأي أبي حنيفة اخذت مجلة الاحكام العدلية حين نصت على انه اذا باع شخص في مرض موته شيئا من ماله لاحد ورثته ، فيصير ذلك موقوفا على اجازه سائر الورثة ، فان أجازوا بعد الموت ينفذ البيع ، وان لم يجيزوا لا ينفذ[1] .

غير أنه يبدو ان قانون الاحوال الشخصية السوري الصادر عام ١٩٥٣ كان

---

(١) راجع المادة ٣٩٣ من مجلة الاحكام العدلية .

أقرب الى مذهب جمهور الفقهاء والصاحبين حين أجاز للمورث قبل وفاته ان يقوم بقسمة تركته بين سائر ورثته عن طريق الوصية وبنفس قيمة الاسهم الشرعية وبهذا فقد سمح القانون بشيء من المحاباة التي منعها أبو حنيفة بجميع صورها بين الورثة ليبقى الميراث شائعا بين الورثة يقسم بينهم بحسب النصاب المقرر شرعا[1] .

٤ ــ بيع المريض مرض الموت :

لقد ذكرنا حكم تصرفات المريض مع ورثته أو مع غيرهم بشكل عام والآن نبين حكم البيع بشكل خاص وفق ما ذهب اليه القانون المدني الذي أحال الى الشريعة الاسلامية حكم بيع المريض .

لقد نقل القانون المدني السوري احكام بيع المريض عن القانون المصري ، وبما ان القانون المصري أجاز الوصية للوارث فانه بطبيعة الحال أجاز المحاباة بين سائر الورثة ، ولهذا فان بيع المريض لوارثه مع المحاباة في القانون المصري جائزة في حدود الثلث لانها تأخذ حكم الوصية التي تجوز للوارث اذا لم تتجاوز ثلث التركة ، أي ان محاباة المورث لورثته تجوز في حدود ثلث التركة سواء اوصى بها المورث لوارثه أو باعه بيعا فيه محاباة بحدود الثلث .

اما القانون السوري فقد نقل نفس النص الوارد في القانون المصري مع ملاحظة أمرين اثنين :

١ ــ صدر قانون الاحوال الشخصية السوري بعد صدور القانون المدني وفيه نص صريح بعدم نفاذ الوصية لوارث الا باجازة الورثة .

٢ ــ ان القانون المدني السوري اعتبر المحاباة بحكم الوصية .

---

(١) جاء في المادة ٢١٩ من قانون الاحوال الشخصية السوري :

٢ ــ اذا خصص الشخص في حياته كلا من ورثته أو بعضهم باعيان من ماله تعادل حصته الارثية واوصى بتنفيذ هذا التخصيص بعد وفاته جاز ذلك وكان لازما بوفاته .

ب ــ اذا زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الارثية جرى على الزيادة حكم الوصية للوارث .

وهذه هي نصوص القانون المدني في هذا الموضوع :

المادة ٤٤٥ :

١ ــ اذا باع المريض مرض الموت لوارث او لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فان البيع يسري في حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ ــ اما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة الا اذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين .

٣ ــ ويسري على بيع المريض مرض الموت احكام المادة ٨٧٧ .

واذا رجعنا الى المادة ٨٧٧ من القانون المدني السوري نجد انها نصت على اعطاء حكم البيع حكم الوصية .

المادة ٨٧٧ :

١ ــ كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

٢ ــ وعلى ورثة من تصرف ان يثبتوا ان العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك في جميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣ ــ واذا أثبت الورثة ان التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد احكام خاصة تخالفه .

وخلاصة هذه الاحكام :

ان بيع المريض مرض الموت يسري عليه احكام الوصية ، وبما ان الوصية تطبق عليها احكام الشريعة الاسلامية بنص المادة ٨٧٦ من القانون المدني التي تقول : تسري على الوصية احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، لذلك فان ما ذكرناه من احكام بيع المريض وفق المذهب الحنفي تعتبر المرجع في

هذا الموضوع أي لا تجوز محاباة أحد الورثة في بيع المريض وفق ما ذهب اليه الامام ابو حنيفة الا اذا أجاز الورثة لان قانون الاحوال الشخصية لم يجز الوصية لوارث التي أجازها القانون المصري .

كما نلاحظ على القانون المدني الذي لم يفرق بين وارث وغير وارث انه لم يذكر الاحكام التفصيلية لهذا النوع من البيوع ، فكان لا بد من الرجوع للفقه الحنفي لسد هذا النقص والذي أحال اليه صراحة القانون المدني .

٥ ـ اقرار المريض مرض الموت :

تختلف احكام اقرار المريض مرض الموت بحسب الحالة التي يقر بها والشخص الذي أقر له وفق الترتيب التالي :

١ ـ اذا أقر المريض في مرض موته لغير وارث فيعتبر الاقرار نافذا ولو احاط اقراره بجميع أمواله استحسانا خلافا للقياس الذي يقضي بعدم نفاذ اقراره فيما زاد على ثلث التركة لتعلق حق الورثة والدائنين بثلثي التركة .

وقد جاء في مجلة الاحكام العدلية ان اقرار المريض في مرض موته بعين أو دين لاجنبي ، أي لغير وارثه هو صحيح وان احاط بجميع ماله . ولكن اذا ظهر كذب المقر بأن كان معلوما عند كثيرين ان المقر به كان ملكه وقت الاقرار ، تملكه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة ، او انتقل اليه بالارث ، فحينئذ ينظر ان لم يكن الاقرار في أثناء مذاكرة الوصية حمل على معنى وفي كلتا الحالتين لا يعتبر اقرار المقر الا من ثلث ماله .

٢ ـ اما اقرار المريض لاحد ورثته فلا ينفذ الا اذا وافق الورثة على ذلك ما عدا بعض حالات استثنائية خاصة كما لو كان للمورث وديعة عند الوارث فأقر المريض بانه استلمها صح اقراره ولو لم يصدقه الورثة .

٣ ـ اذا أقر المريض في مرض موته ببنوة طفل وتوافرت في هـذا الاقرار

الشروط الشرعية للنسب كان الاقرار نافذا وصحيحا[1] .

٤ ــ لا يجوز للمريض مرض الموت تأجيل الديون الحالة اذا كان دائنا للغير لان تأجيل الدين للمدين يأخذ حكم الوصية فان كان في حدود ثلث التركة صح ذلك والا احتاج الى اجازة الورثة فان أجازوا التأجيل أجل الدين والا كان للورثة بعد موت المريض المورث مطالبة الدائنين بدفع ديونهم فور الوفاة .

ولا بد من الاشارة الى ان فقهاء الحنفية قدموا ديون الصحة على ديون المرض في الوفاء ، فتستوفى ديون الصحة اولا ثم الديون التي لزمت المريض باقراره خلال مرض موته ، أما الديون التي لزمت المريض عن غير طريق الاقرار فتأخذ حكم ديون الصحة دون أي تمييز بينهما .

٦ ــ حقوق المريض وتصرفاته في امواله :

لا يجوز نقض تصرفات المريض الا بعد وفاته ، لان مرض الموت لا يعرف أثناء حياة المريض ، فاذا توفي المريض وثبت انه في مرض الموت كان لورثته الحق في نقض تصرفاته في حدود ثلثي التركة ، كما يحق للدائنين مثل هذا الحق بجميع اموال المدين ان كانت الديون مستغرقة للتركة ، كما يحق لهم نقض كل تصرف كان ضارا بمصلحتهم .

اما تصرفات المريض النافذة دون اجازة الورثة فهي :

لقد أجاز الفقهاء كل تصرف يصدر عن المريض ان كان تلبية لحاجة ضرورية فلا يتوقف على اجازة أحد ومن ذلك .

١ ــ عقد الزواج : يعتبر زواج المريض نافذا لانه حاجة ضرورية له ، فان

---

(١) يشترط في الاقرار بالنسب ثلاثة شروط :

١ ــ ان يكون المقر له بالنسب مجهول النسب اما ان كان معروف الابوين فالاقرار باطل .

٢ ــ ان يكون فارق السن بين المقر والطفل المقر له يسمح بالابوة بينهما فلا يصح اقرار شخص عمره ثلاثون عاما مثلا ببنوة آخر عمره عشرون عاما .

٣ ــ ان يصدقه المقر له ان كان في سن يؤهله لذلك التصديق .

مات المريض فليس لاحد الحق في نقض هذا الزواج الا ان الفقهاء ذكروا قيدا لمصلحة الدائن والوارث فقالوا اذا كان الزواج يعبر عن حاجة ضرورية للمريض فيجب أن تبقى هذه الحاجة في نطاق الضرورة ، وخشية ان يكون هناك تواطؤ لتهريب جزء من مال المدين ، لذا يشترط ان لا يزيد المهر على مهر المثل ، اما الزيادة فتأخذ حكم الوصية ، واذا كانت الزوجة وارثة فلا وصية لوارث[1] الا ان يجيز الورثة[2] .

ب ـ طلاق المريض : يجوز طلاق المريض مرض الموت ، لان المرض كما ذكرنا لا يعرف الا بعد الوفاة ، ولكن الطلاق يجب ان يكون عن سبب وحاجة ولو نفسية، والمريض أحوج مايكون الى زوجته في مرضه، ولذا اعتبر الفقهاء طلاق المريض في هذه الحالة دلالة تعسف وعدم تلبية عن حاجة ملحة للطلاق . لـذا قالوا : اذا طلق المريض زوجته طلاقا بائنا ، فردا لقصده السيء فانها ترث منه لانه أراد حرمانها من الميراث . وهذا الميراث يثبت لدى الحنفية للمرأة المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت على أن تحصل وفاة المريض وهي معتدة وان لا يكون الطلاق بناء على رغبتها او طلبها .

جـ ـ المخالعة : ان احكام المريض تطبق على المريضة بمرض الموت ايضا ، وعلى هذا اذا خالعت الزوجة زوجها على مبلغ من المال لقاء طلاقها ، فان الشارع قيد هذا التصرف بقيود خشية ان تكون الرغبة بالمخالعة هي حرمان بعض الورثة من ميراث الزوجة التي تريد ان تعطي زوجها أكثر مما يستحق من الميراث عن طريق المخالعة التي لا حد أعلى للبدل المتفق عليه بين الزوجين :

وعلى ذلك اذا قالت الزوجة لزوجها طلقني على ان أدفع لك عشرين الف ليرة سورية فطلقها ، ففي هذه الحالة تلاحظ عدة احكام :

---

(١) اذا اختلف الدين بين الزوج وزوجته فلا ميراث بينهما .

(٢) وقال فقهاء المالكية على الراي المشهور لديهم ان زواج المريض مرض الموت غير جائز . القوانين الفقهية ص ١٩٧ المدونة الكبرى ج١٣ ص ٥٩ .

١ً ــ اذا ماتت الزوجة وهي في العــدة فان الزوج يستحق الاقل من الاشياء الثلاثــة التالية :

١ ــ مقدار بدل الخلع المتفق عليه .
٢ ــ ثلث تركة الزوجة كوصية .
٣ ــ مقدار ميراث الزوج من زوجته .

٢ً ــ اما اذا ماتت الزوجة بعد انتهاء العدة فان الزوج يستحق حينئذ الاقل من شيئين :

١ ــ مقدار بدل الخلع .
٢ ــ او ثلث التركة .

٣ً ــ واذا ماتت الزوجة بعد مرور سنة فأكثر على المخالعة ، فــان الزوج يستحق كامل بدل الخلع المتفق عليه ، لانــه حينئذ لا تكون امام مرض الموت لعدم توافر شروطه بعد أن تطاول المرض أكثر من سنة .

د ــ وكذلك تعتبر تصرفات المريض نافذة في النفقات الضرورية وثمن علاج الادوية واجراء العمليات الجراحية له ولمن تجب عليه نفقته من أولاده أو غيرهم[1] .

---

(١) راجع في هذا الموضوع :
البدائع ج٧ ص ٢٢ رد المحتار ج٢ ص ٧١٥ المبسوط ج١٨ ص ٢٧ شرح المواق على مختصر خليل على هامش مواهب الجليل ج٥ ص ٧٨ الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٧ المغني لابن قدامة ج٥ ص ٢٤٥ الوجيز للغزالي ج١ ص ١٩٤ الميزان للشعراني ج٢ ص ٩٠ الام للشافعي ج٧ ص ١١٠ بداية المجتهد ج٣ ص ٣٩ .

الفصل الثاني

بعض النظريات العامة التي اقتبسها القانون المدني عن الفقه الاسلامي

لقد ذكرنا بعض الاحكام التي استمدها القانون المدني عن الفقه الاسلامي وبخاصة في عقود البيع والهبة ، كما اوضحنا احكام المفقود وتصرفات المريض مرض الموت التي أحال القانون المدني الى الشريعة الاسلامية احكامها سواء ما ورد في قانون الاحوال الشخصية او ما يرجع فيه الى الراجح في المذهب الحنفي .

وسنعدد الآن أهم النظريات التي أخذها القانون المدني عن الفقه الاسلامي :

١ ـ نظرية لا تركة الا بعد سداد الدين .
« المواد ٨٣٦ الى ٨٧٥ » .

٢ ـ نظرية حوالة الدين .
« المواد ٣٢٥ الى ٣٢١ » .

٣ ـ نظرية التعسف في استعمال الحق .
« المواد ٥ الى ٦ » .

٤ ـ نظرية الظروف الطارئة
« المواد ٥٧٤ الى ٥٧٦ » .

٥ ـ مسؤولية عديم التمييز .
« المواد ١٧٤ الى ١٧٦ » .

١ ـ نظرية لا تركة الا بعد سداد الدين

لقد وردت احكام توزيع التركات في قانون الاحوال الشخصية السوري من المادة ٢٦٠ الى المادة ٣٠٤ كما جاءت احكام تصفية التركات في القانون المدني

في المواد ٨٣٦ الى ٨٧٥[1] .

وقد اشتهر على ألسنة رجال القانون نظرية **لا تركة الا بعد سداد الدين** نقلا عن الفقه الاسلامي مما جعلنا نشرح بعض جوانبها في هذه الدراسة الموجزة التي تعد مدخلا لدراسة التشريع الاسلامي وليست بالدراسة المفصلة التي تتناول توضيح النظريات القانونية ومصدرها الفقهي وما يتفرع عن ذلك من مسائل .

يتعلق بموضوع الميراث والتركة ثلاثة أبحاث هامة تعود أحكامها الى الشريعة الاسلامية وهي[2] :

١ ــ تعيين الورثة الذين يستحقون الميراث بعد وفاة المورث .

٢ ــ تحديد نصاب كل من هؤلاء الورثة من التركة .

٣ ــ تحديد وقت انتقال الملكية الى الورثة .

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للقانون المصري (مصدر القانون السوري) الذي نقل عنه القانون السوري احكام تصفية التركات ، ان الشريعة الاسلاميه هي المصدر لهذه الابحاث جميعها وانه يجب تطبيق قاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين .

ونورد النص الذي ورد في المذكرة الايضاحية نظرا لاهميته :

« ... ان احكام الشريعة الاسلامية والتقنينات المستمدة منها هي التي تسري على هذه المسائل الثلاث (تعيين الورثة وتحديد انصبتهم ووقت انتقال ملكية التركة الى الورثة) . وقد حسم المشرع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث ، فقضى بأن الشريعة الاسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو اتفقوا جميعا على تطبيق قانون ملتهم ، وجعل هذه الشريعة هي التي تنطبق على جميع مسائل الميراث ومنها انتقال ملكية التركة الى الورثة ، فيجب اذا تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة

---

(١) راجع الاهلية والوصية والتركات للمؤلف بالاشتراك مع الدكتور مصطفى السباعي ص ٤٠٣ ــ ٤١٥ .

(٢) احكام المواريث في الشريعة الاسلامية للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٠

التي تقضي بألا تركة الا بعد سداد الدين ، وهي قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، واذا كانت تغاير النظم اللاتينية فانها تتمشى مع النظم الجرمانية[1] .

متى تنتقل التركة الى الورثة :

اذا مات المورث فان تركته تنتقل بعد تصفيتها الى ورثته خالية من تعليق حقوق الغير بل ان حق الوارث يتأخر عن حق الدائن والموصى له ، فقد جاء في المادة ٢٦١ من قانون الاحوال الشخصية السوري ما يلي :

يؤدى من التركة بحسب الترتيب التالي :

آ ـ ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن بالقدر المشروع[2] .

ب ـ ديون الميت .

جـ ـ الوصية الواجبة .

د ـ الوصية الاختيارية .

هـ ـ المواريث بحسب ترتيبها في هذا القانون .

وهكذا نجد ان حق الدائن مقدم على حق الوارث لان هذا الحق يثبت في التركة ولا ينتقل من ذمة المدين المورث الى ذمة مورثه[3] لان الوارث غير مسؤول عن وفاء التزامات المورث الا في حدود ما تركه له من مال ، ثم يأتي دور الوصايا بعد الديون ثم بعد ذلك توزع التركة على الورثة .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج٦ ص ٢٠٠ .

(٢) يرى الحنفية تقديم وفاء الدين المتعلق بعين كالرهن مثلا على التجهيز والتكفين ، المبسوط للسرخسي ج٢٩ ص ١٧٣ ، المحلى لابن حزم ج٩ ص ٢٥٠ .
اما ابن حزم فيقدم كافة الديون على تجهيز الميت .

(٣) أما في القانون الفرنسي فان دين المورث ينتقل الى ذمة وارثه ، وللدائن ان ينفذ على اموال الوارث الشخصية ان لم يكن في التركة ما يكفي لسداد دينه ، الا اذا رفض الوارث الميراث في اول الامر او قبله مع اشتراطه بعدم الالتزام بديون مورثه اذا زادت على تركته .

ومن هنا تساءل الفقهاء عن الوقت الذي تنتقل فيه ملكية التركة الى الورثة ، فكان لا بد للجواب من التفرقة بين عدة حالات :

١ ــ اذا كانت التركة غير مدينة لاحد ولا يوجد فيها وصية فان ملكيتها تنتقل ملكية تامة من المورث الى الوارث حيث يخلفه في جميع ما ترك له من أموال ، ويتصرف الوارث تصرف المالك فيما يملكه .

٢ ــ اذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق أي أن الديون أكثر من مجموع التركة فلا تنتقل ملكية التركة الى الوارث لان خلافة الوارث هنا خلافة صورية ناقصة غير حقيقية لان لها بعض الآثار بحيث لو طلب الوارث وفاء جميع الديون جاز له استبقاء التركة ولو كانت أقل من ديون المورث بناء على رغبة الوارث واختياره ببراءة ذمة مورثه دون الزام لان الوارث لا يلتزم بديون مورثه الا في حدود ما ترك له .

٣ ــ أما اذا كانت التركة محملة بدين غير مستغرق أي يشكل الدين جزء من اموال التركة فهل تنتقل هذه التركة الى الوارث بمجرد وفاة المورث أم أنها لا تنتقل الا بعد سداد جميع الديون مهما قلت بالنسبة لمجموع التركة ؟ .

للفقهاء في انتقال التركة المدينة الى الوارث عدة آراء نوجزها فيمايلي :

١ ــ الرأي الاول :

ان ملكية المورث المتوفي تبقى فيما يحتاج اليه من تجهيز وتكفين وسداد ديون وتنفيذ وصاياه فلا تركة للوارث الا بعد سداد الديون والحاجات الضرورية للمورث وحجة اصحاب هذا الرأي قوله تعالى في آية المواريث « من بعد وصية يوصي بها أو دين »[1] فقد ذكر الله ذلك بعد أن بين نصيب كل وارث .

والنص في الآية المذكورة عام مطلق يشمل كل تركة مدينة سواء أكان الدين محيطا بها أي مستغرقا لها أم كان بجزء منها .

وعلى هذا الرأي لا يجوز للوارث ان يتصرف في التركة قبل سداد الدين ؛ لانه يتصرف فيما لا يملك ما دامت ملكيته لا تبدأ الا بعد وفاء جميع الديون .

---

(١) سورة النساء آية ١١ .

وهذا ما قال به جمهور المالكية[1] وفريق من الحنابلة[2] وقول للحنفية[3] .

٢ ــ الرأي الثاني :

تنتقل ملكية التركة المدينة الى الورثة بمجرد وفاة المورث سواء كان الدين مستغرقا لها أم كان بجزء منها ، على ان يتحمل الورثة الديون ، أي تنتقل التركة محملة بديونها الى ورثة المتوفي في حدود ما ترك من اموال او حقوق لا فيما يزيد على ذلك ، وفي هذه الحال يلتزم كل وارث بوفاء جزء من الدين بمقدار ما يصيبه من نسبة الميراث ، أي ان كان يرث نصف التركة فيرث ايضا نصف الدين بحيث يقوم بوفائه للدائن .

وهذا ما ذهب اليه جمهور الشافعية[4] والحنابلة[5] وبعض الشيعة الامامية .

واستدل اصحاب هذا الرأي بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقا فلورثته » ولا تعارض بين هذا الحديث وبين الآية التي احتج بها الفريق الاول لانه يمكن تفسيرها بأن التركة لا تنتقل الى الورثة انتقالا تاما مستقرا الا بعد وفاء الديون وتنفيذ الوصية .

ونلاحظ ان الآية الكريمة سوت في الحكم بين سداد الدين وتنفيذ الوصية ولم يقل أحد بأن الوصية تمنع انتقال التركة قبل تنفيذها فلماذا تمنع انتقال التركة قبل سداد الدين وكلا الحكمين وردا في آية واحدة .

ثم لو قلنا بأن ملكية التركة لا تنتقل الا بعد سداد الدين فما هو حكم

---

(١) المدونة الكبرى ج١٣ ص ٥٧ .
(٢) المغني ج٤ ص ٤٩٧ .
(٣) البدائع ج٧ ص ٣٠ تبيين الحقائق ج٥ ص ٢١٣ .
جاء في المادة ١١٦١ من مجلة الاحكام العدلية في بحث فسخ القسمة واقالتها : « اذا ظهر دين على الميت بعد قسمة التركة تفسخ القسمة ، الا اذا ادى الورثة الدين او ابراهم الدائنون منه ، او ترك الميت مالا سوى المقسوم يفي بالدين ، فعند ذلك لا تفسخ القسمة .
(٤) المهذب ج١ ص ٣٧٢ ، حاشية البجيرمي ج٢ ص ٣٦١ .
(٥) كشاف القناع ج٢ ص ٥٤٠ .

الوارث الذي يموت قبل سداد الدين الا يعتبر وارثا لحصة من الميراث ولو لم يتم وفاء الديون ؟ .

٣ ـ الرأي الثالث :

يفرق أصحاب هذا الرأي بين التركة المستغرقة بالدين فلا تنتقل للورثة بل تبقى على حكم ملك المورث المتوفي الى ان يسدد الدين .

اما اذا كانت التركة مدينة بجزء منها فينتقل الجزء غير المحمل بالدين الى الورثة ويبقى الجزء الذي يقابل الدين على ذمة المتوفي حتى يقوم الورثة بوفائه ، أي يخصص جزء من التركة لسداد الدين ثم يوزع بقية المال على الورثة . وهذا الرأي كما يبدو حل وسط بين الرأي الاول الذي يقول لا تركة الا بعد سداد الدين بحيث لاينتقل جزء منها الى الورثة الا بعد وفاء جميع الديون وبين الرأي الذي يقول تنتقل التركة محملة بديونها الى الورثة في حدود قيمتها .

وبهذا قال جمهور الحنفية .

جاء في المبسوط من كتب الحنفية[1] :

« الدين اذا كان محيطا بالتركة ، يمنع ملك الوارث في التركة . وان لم يكن محيطا فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول ، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لانه يخلف المورث في المال ، والمال كان مملوكا للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون ، فكذلك يكون للوارث » ولقد ذكر استاذنا المغفور له الشيخ محمد ابو زهرة[2] :

« .. وبذلك يتحرر ان المذهب الحنفي في هذا هو ان الجزء المشغول من التركة بالدين يكون على حكم ملك الميت ، والجزء الذي لا يقابل الدين يكون ملكا للورثة .

وهذا هو الذي صرح به في الخانية فقد جاء فيها ما نصه : « الدين وان قل

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٢٩ ص ١٢٧ .

(٢) التركات والمواريث للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٢ . التركة والميراث في الاسلام للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠١ .

يمنع ملك الوارث بقدره كالكفن » أي أن الدين لا يؤثر الا فيما يقابله من قدر التركة ، فان كان مستغرقا لها منعها كلها، وان كان مقابلا ببعضها منع في ذلك الجزء.

وانا نستظهر ان ذلك هو المذهب لاتفاق فقهاء المذهب الحنفي على جواز القسمة ، وتخصيص جزء للدين قبل سداده ، وقالوا ان ذلك كان استحسانا ، وكان القياس الا يجوز ، لان الدين وان كان يمنع التوريث فيما يقابله فقط ، هو متعلق بالتركة تعلق ضمان واستيثاق من الوفاء .

وخلاصة القول : في الفقه الاسلامي رأيان حول تفسير « لا تركة الا بعد سداد الدين » أو مذهبان لتحديد وقت انتقال ملكية التركة المدينة الى الورثة[1] :

١ ــ المذهب الاول :

ان ملكية الوارث للتركة المدينة تنشأ من وقت وفاة المورث المدين في الجزء غير المشغول بالدين واما الجزء المشغول بالدين فلا تثبت فيه ملكية للورثة لانه على ملك الميت لوفاء ديونه من جهة ، ولتعلق حق الدائن المقدم على حق الوارث من جهة أخرى .

٢ ــ المذهب الثاني :

تثبت ملكية الوارث للتركة المدينة سواء أكان الدين محيطا بها أم لا من وقت وفاة المورث ولكن الدين يتعلق بالتركة لان الوارث يخلف فيما ترك له من مال او حق على ان يكون الدين في حدود التركة .

وبهذا يكون الوارث مالكا للتركة من وقت وجود السبب المنشىء للوراثة وهو وفاة المورث ، ولا ضرر على الدائن ما دام الوارث ورث التركة محملة بما لها وعليها من ديون ، وتكون التركة ضامنة لهذه الديون لانه لا ميراث الا بعد وفاء الدين .

اما القانون المدني :

فقد ذهب في تفسير لا تركة الا بعد سداد الدين الى ان التركة تنتقل الى

---

(١) راجع شرح السراجية وحاشية الفناري ص ١٢ ــ ٢٠ ، رد المحتار ج٥ ص ٥١٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ٤٧٠ .

الوارث بمجرد وفاة المورث مع تعلق حقوق الدائنين بها ، أي ان هذه الاموال تكون محملة بحق عيني تبعي هو أقرب الى ان يكون حق رهن ولكنه رهن مصدره القانون[1] .

وهذا ما اوضحته المذكرة الايضاحية للقانون المصري[2] اكثر من مرة وهي تردد أن أموال التركة تكون مملوكة للورثة من وقت موت المورث لا من وقت التسليم[3] .

الآثار التي تترتب على نظرية لا تركة الا بعد سداد الدين :

تختلف الآثار التي تنشأ على نظرية لا تركة الا بعد سداد الدين حسب تفسيرها والمقصود منها ، هل تبقى ملكية المورث قائمة حتى سداد الدين او ان التركة تنتقل محملة بما عليها من التزامات الى الورثة .

١ ــ نماء التركة :

اذا نمت التركة في الفترة بين وفاة المورث ووفاء الديون كزرع ظهر وكأجرة دار للسكن أو ارتفاع اسعار اسهم في بعض الشركات المساهمة أو غير ذلك ، فهل هذه الزيادة تضم للتركة ويتعلق بها حق الدائن أم ينفرد بها الوارث على اعتبار انها نماء ملكه لا علاقة للدائن به .

وفق الرأي الاول الذي يذهب الى أن لا ملكية للورثة في الجزء المدين فلا حق للورثة بنمائه وكذلك اذا كانت التركة مستغرقة بالدين ونمت فان النماء للدائنين لا للورثة حتى وفاء جميع ديونهم فان زاد شيء عاد للورثة .

وفق الرأي الثاني الذي يذهب الى ان ملكية الورثة تثبت منذ

---

(٢) مصادر الحق للاستاذ الدكتور السنهوري ج٥ ص ٩٥ .

(٢) محاضرات في القانون المدني للدكتور عبد المنعم فرج صده ج٥ ص ٢٣ .

(٣) يبدو لنا اثر نماء التركة في ملك الورثة أم في ملك المورث وهل ينشأ حق الوارث منذ وفاة المورث أم بعد سداد كافة الديون وتنفيذ الوصايا فيما لو اوصى بالف ليرة سورية مثلا وكان هذا المبلغ يشكل نصف تركته بعد وفاء ديونه ولكن المال نما وزاد خلال هذه الفترة بعد الوفاة وقبل تنفيذ الوصية ووفاء الدين اصبحت الوصية اقل من ثلث التركة .

الوفاة محملة بالديون ، فيعتبر النماء للورثة ولا حق للدائن به لانه انما نما وزادت قيمته في ملك الورثة لا في ملك المورث ولا في ملك الدائن لان حق الدائن يتعلق برقبة التركة لا بنمائها ، لان النماء نشأ في ملك الورثة ولحسابهم ، فحق الدائن بالتركة ذاتها وحق الوارث فيما زاد من نمائها وتتاجها خاص به[1] .

٢ ـ ما يلزم للتركة من نفقات :

اذا احتاجت التركة لنفقة تتعلق بحفظها او صيانتها قبل وفاء الديون ، فان ذلك يقع على عاتق الدائنين حسب النظرية الاولى التي تقول بعدم انتقال التركة الى الورثة قبل سداد ديونها فما دام حق الوارث لم ينشأ بعد فان كل ما ينفق في سبيل حفظ وصيانة التركة من الضياع أو التلف يتحمله الدائن لا الوارث .

اما حسب النظرية الثانية التي تقول بانتقال التركة المدينة الى الورثة عقب الوفاة فان هذه النفقات تقع على عاتق الورثة .

٣ـ ما يثبت من ملك جديد بعد وفاة المورث :

اذا باشر المورث قبل وفاته سببا من اسباب الملكية ولم يتم الملك الا بعد وفاته كصيد وقع في شبكة اعدها لذلك المورث ولكن الصيد لم يقع الا بعد وفاته فان حكمه حكم سائر التركة على النظرية الاولى التي لا تجعل للوارث حقا قبل وفاء الدين ويتعلق حق الدائن بهذا الصيد لانه وجد قبل وجود حق الوارث في التركة .

اما على النظرية الثانية التي تقول بانتقال التركة محملة بما عليها للورثة فان ملك الصيد كملك الزوائد هي على ملك الورثة فقط ولا حق للدائنين فيها .

٤ ـ قسمة التركة والتصرف فيها :

اذا كانت التركة مستغرقة بالدين واقتسم احد الورثة حصته فان قسمته باطلة

---

(١) يقول اصحاب هذا الراي وهم الشافعية : « فلا يتعلق الدين بزوائد التركة كسب ونتاج ، لانها حدثت في ملك الوارث » حاشية البجيرمي ج٢ ص ٢٦٣ .
وخالف جمهور الحنابلة الشافعية في هذا الموضوع بالرغم من انهم قالوا برايهم فيما يتعلق بنقل ملكية التركة المدينة الى الورثة محملة بالديون قالوا هنا ان الزوائد يتعلق بها حق الدائن ايضا .

وفق النظرية الاولى لان القسمة قبل سداد الدين لا عبرة بها لوقوعها في ملك الغير وهم الدائنون .

اما النظرية الثانية التي تقضي بانتقال التركة المدينة الى الورثة محملة بما عليها فانها تجيز القسمة بين الورثة ولو قبل سداد الدين لان كل وارث يلتزم بوفاء جزء من الدين يعادل نسبة حصته من الميراث ، فالقسمة صحيحة اذا قام كل وارث بسداد ما عليه للدائنين .

وكذلك حق الشفعة فانه لا يثبت للوارث قبل وفاء الديون وفق النظرية الاولى ويثبت وفق النظرية الثانية لان ملكية التركة انتقلت الى الورثة[1] هذه خلاصة عن نظرية لا تركة الا بعد سداد الدين وفق ما ذهب اليه الفقهاء وما اخذ به القانون[2] .

٢ ـ نظرية حوالة الدين

من أهم النظريات التي أخذها القانون المدني عن الشريعة الاسلامية نظرية حوالة الدين الذي بموجبها يستبدل مدين بمدين آخر مع الاحتفاظ بنفس الالتزام ، ففي حوالة الدين يتحمل مدين جديد نفس الدين مكان مدين قديم .

ولم يعرف القانون الروماني حوالة الدين لانه يرى في الالتزام رابطة شخصية بين أطرافه لا يجوز تغيير احدهما الا حين ينقضي التزام الاول القديم وينشأ التزام الثاني الجديد .

ولكن التشريعات الاجنبية وخاصة التشريع الالماني بدأ يتحول عن اتجاه

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة سنة ١٩٣٧ ص ٣٧٥ .

(٢) مدى تعلق الحقوق بالتركة للاستاذ الشيخ علي الخفيف مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٠ وراجع ايضا : حقوق الدائنين في التركة للدكتور علي الرحال والتركة وما يتعلق بها من حقوق للشيخ محمد الكشكي .

التشريع الروماني الذي يرى في علاقة الدائن بالمدين علاقة شخصية اصبح ينظر للموضوع نظرة اقتصادية تنادي بجعل هذه العلاقة علاقة مادية تمكن المدين ان يحيل دائنه لشخص آخر يقوم بدفع مافي ذمته نحوه .

وهكذا صدر لاول مرة القانون الالماني في عام ١٨٩٦ يجيز حوالة الدين بينما ظل القانون الفرنسي خاليا من هذا التنظيم .

هذه النظرية التي عرفت في بعض التشريعات الاوربية منذ عشرات السنين وبقيت حتى الآن غير معروفة في احدث القوانين نادت بها الشريعة الاسلامية منذ مئات السنين ونظمها فقهاء المسلمين على مختلف مذاهبهم وطبقتها مجلة الاحكام العدلية التي صدرت عام ١٨٦٩ .

ولما جاء القانون المدني السوري وأصله المصري أخذ واضعوه هذه النظرية عن الفقه الاسلامي فقد جاء في الاعمال التحضيرية لهذا القانون :

« استحدث المشرع في هذا الفصل نظاما جديدا هو نظام حوالة الدين ، ويراعى ان هذا النظام اسلامي بحت ... »[1] .

وسنبين بايجاز أهم أحكام حوالة الدين كنظرية عامة دون تفصيل نخرج به عن موضوع البحث :

١ ــ تعريف حوالة الدين لدى الفقهاء :

يعرف فقهاء الحنفية حوالة الدين بانها : نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى[2].

وجاء في مرشد الحيران : الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه[3] ، ويسمي الفقهاء المدين محيلا والدائن الشخص الذي يتحمل الدين عن المدين محالا عليه . غير أن هؤلاء الفقهاء على رأيين في طبيعة حوالة الدين ، فالامام ابو يوسف يرى ان الحوالة نقل دين من ذمة الى اخرى ويرى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص ١٣٦ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٧١ البحر الرائق ج٦ ص ٢٤٤ وبهذا جاء نص المادة ٦٧٣ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) راجع المادة ٧٦٦ من مرشد الحيران .

الامام محمد بن الحسن الشيباني ان الحوالة تنقل المطالبة فقط واما الدين فيبقى في ذمة المحيـــل .

ويستدل ابو يوسف على رأيه بأن الحوالة تنقل الدين والمطالبه معا : ان المحال الدائن لو أبرأ المحال عليه من الدين صح الابراء ، أما لو أبرأ المحال المحيل أو وهبه الدين بعد الحوالة فلا يصح ذلك لان تمليك الدين لغير من هو عليه الدين غير جائز ، وهذا دليل على أن الدين قد انتقل لمجرد الحوالة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه[1] .

أما دليل الامام محمد بأن الحوالة تنقل المطالبة دون الدين أن المحيل لو قام بوفاء المحال دينه لاجبر على قبوله وبرئت ذمته فلو كانت الحوالة نقلا للدين لما ألزم المحال بعد الحوالة بقبول الدين .

وكذلك لو أفلس المحال عليه بعد الحوالة فللمحال الحق بالرجوع بالدين على المدين الاصلي المحيل ، وهذا دليل على ان ذمة المحيل ما تزال مشغولة بالدين .

اما عند غير الحنفية من الفقهاء فان حوالة الدين هي بيع دين بدين ولهذا فهم يشترطون ان يكون المحيل مدينا للمحال ، وان المحال عليه مدينا للمحيل ، على خلاف الحنفية الذين يجيزون ان يكون المحال عليه غير مدين للمحيل لان حوالة الدين عندهم نوعان مقيدة ومطلقة كما سترى في البحث التالي[2] :

٢ ــ أنواع الحوالة :

حوالة الدين عند فقهاء الحنفية نوعان :

آ ــ حوالة مقيـــدة .

ب ــ حوالة مطلقة .

آ ــ تكون الحوالة مقيدة اذا تضمنت بعض القيود كما لو حدد وفـاء الدين فيها بما للمحيل لدى المحال عليه من دين ، ومثالها ان يكون لك عند شخص

---

(١) فتح القدير ج٥ ص ٤٤٥ البدائـع ج٦ ص ١٧ .
وراجع : النظرية العامة للعقود والموجبات للدكتـور صبـحي المحمصانـي ص ٧٥ .

(٢) المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٤٥٠ .

دين فتحيل عليه دائنا لك ليستوفي منه دينه مما لك عند هذا الشخص[1] .

ب ــ واما الحوالة المطلقة فلا يشترط فيها ان يكون للمحيل دين لدى المحال عليه ، فقد يكون المحال عليه مدينا وقد يكون دائنا ، فاذا كان المحال عليه مدينا فلا يشترط ان يقوم بوفاء المحال من نفس دين المحيل .

واصل مشروعية الحوالة بنوعيها قوله عليه الصلاة والسلام « واذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل » .

ونلاحظ ان غير الحنفية يشترطون ان يكون المحال عليه مدينا للمحيل ولهذا فلا يتصور عندهم الا نوع واحد من الحوالة هي الحوالة المقيدة .

وقد جاء في المادة ٦٧٨ من مجلة الاحكام العدلية :

« الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه او في يده » .

كما نصت المادة ٦٧٩ على ما يلي :

« الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه » .

٣ ــ ركن الحوالة وشروطها :

الحوالة عقد يشترط لانعقاده ان يكون بين عاقدين احدهما المحال والثاني اما ان يكون المحال عليه واما ان يكون المحيل .

فان كان المحال عليه صحت الحوالة ونفذت اذا رضي بها المدين .

اما ان كان العاقد الثاني المحيل فيشترط فيها رضا المحال عليه فاذا لم يرض لا تتم الحوالة لان الدين ينتقل الى ذمته[2] .

اما شروط الحوالة : فتشترط الاهلية لجميع اطرافها المشتركين فيها .

---

(١) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٦٧ .
راجع ايضا القانون المدني العراقي المواد ٦٧٨ ، ٦٩٢ ، ٦٩٨

(٢) هذا ما قال به الحنفية ، واما جمهور الفقهاء فقالوا ان رضاء المحال عليه شرط اذا لم يكن مدينا للمحيل اما ان كان مدينا فلا يشترط ذلك

١ ـ اهليـة المحيـل :

فلا بد من أن تتوافر لصحتها أهلية المحيل والمحال والمحال عليه :

اذا كان المحيل غير مميز فحوالته باطلة ، أما اذا كان مميزا فتعتبر حوالته موقوفة على اذن وليه لان في الحوالة نفعا وضررا لا يمكن أن ينفرد المميز بالتصرف فيها دون الرجوع لوليـه .

٢ ـ اهليـة المحـال له :

كذلك يشترط في المحال له ما يشترط في المحيل فان كان مميزا كان عقـده موقوفا على اجازة وليه ، ولا تكون اجازة الوصي نافذة الا اذا كان المحال عليه أملأ من المحيل المدين أي أغنى من المحيل ليكون للمميز مصلحة ظاهرة في اجازة وليه لهذه الحوالة .

٣ ـ اهليـة المحـال عليـه :

أما المحال عليه فيشترط فيه ما يشترط في المتبرع من شروط لان في الحوالة ضررا محضا فمن لا يملك أهلية التبرع لا يصح أن يكون محالا عليه ، فلا يجوز للقاصر قبول الحوالة ولو رضي بذلك وليه .

هذا ويشترط في الدين المحال به أن يكون دينا صحيحا معلوما ، اذ ان الحوالة بالدين المجهول غير صحيحة .

كما يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول خلال عقد الحوالة .

وقد أوردت مجلة الاحكام العدلية هذه الاحكام بالمواد التالية :

م ٦٨٤ : يشترط في انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحال له عاقلين ، وأن يكون المحال عليه عاقلا بالغا . فكما تبطل الحوالة لو أحال الصبي غير المميز دائنه على آخر أو قبل الحوالة لنفسه من آخر فكذلك تبطل أيضا لو قبل الصبي الحوالة على نفسه سواء كان مميزا أو غير مميز ، مأذونا أو محجورا[1] .

---

(١) راجع شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ سليم باز وشرح الاستاذ علي حيدر لهـذه المواد .

م ٦٨٥ : يشترط في نفوذ الحوالة أن يكون المحيل والمحال له بالغين ، فحوالة الصبي المميز وقبوله الحوالة لنفسه ينعقدان موقوفين على اجازة وليه فان أجازهما نفذا وفي صورة قبوله الحوالة يشترط أن يكون المحال عليه أملا يعني من المحيل وان أذن الولي .

م ٦٨٦ : لا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل فتصح حوالته وانلم يكن له على المحال عليه دين .

٣ ـ آثـار حوالة الدين

وسنذكر الآثار التي تترتب على علاقات الاطراف الثلاثة في الحوالة في الفقه الاسلامي مصدر القانون في هذا الموضوع :

١ً ـ العلاقة بين المحيل والمحال .

٢ً ـ العلاقة بين المحيل والمحال عليه .

٣ً ـ العلاقة بين المحال والمحال عليـه .

١ً ـ العلاقة بين المحيل والمحال :

اذا أخل المدين المحيل دائنه المحال وتم التراضي بينهما على ذلك فان ذمةالمدين تبرأ بهذه الحوالة بشرط سلامة حق المحال الا اذا اشترط في الحوالة عدم براءة المحيـل .

وعلى هذا يمكن القول بأن براءة المحال ليست براءة نهائية وخاصة اذا ذكرنا رأي الامام محمد بن الحسن بطبيعة الحوالة أنها تنقل المطالبة فقط من المحيل الى المحال ويبقى الدين في ذمةالمحيل المدين على خلاف رأي أبي يوسف الذي يرى أن الحوالة تقل الدين من مدين هو المحيل الى مدين آخر وهو المحال عليه .

غير أنه لا خلاف على أن براءة ذمة المحيل مقيدة بوفاء المحال عليه للدين وان لم يشترط ذلك في عقد الحوالة لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، وعلى ذلك يجوز رجوع المحال على المحيل في الحالات التالية :

أ ـ اذا جحد المال عليه الحوالة أي أنكر الدين .

أما اذا أفلس المحال عليه وهو حي فان أبا يوسف ومحمد يريان جواز رجوع

المحال على المحيل أيضا لسداد دينه[1] .

ويرى المالكية أنه لا يجوز للمحال الرجوع على المحيل الا اذا رافق الحوالة غرر من جانبه كما لو أحاله على شخص وهو يعلم أنه مفلس ففي هذه الحالة يحق للمحال الرجوع على المحيل[2] .

وبهذا الرأي أخذ القانون المدني السوري حيث جاء في المادة ٣١٩ :

يضمن المدين الاصلي أن يحال المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

أما الشافعية[3] والحنابلة فلا يجوز اديهم رجوع المحـال على المحيل الا اذا شرط عليه الرجوع في حال عدم يسار المحال عليه .

أثر وفـاة المحيل :

اذا مات المحيل قبل أن يستوفي المحال دينه من المحال عليه هل يرجع على تركة المحيل كما لو دفع له المحال عليه جزءا من الدين وبقي الجزء الآخر دون وفاء ؟...

أجاز فقهاء الحنفية للمحال الرجوع على تركة المحيل في الجزء الذي لم يستوفه بعد من دينه اذا كانت الحوالة مقيدة ولقد نصت مجلة الاحكام العدلية على ذلك.

« ولو توفي المحيل قبل الاداء وكانت ديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به » .

٢ ــ العلاقة بين المحيل والمحال عليـه :

تختلف العلاقة بين المحيل والمحال عليه ان كانت الحوالة مطلقة أم مقيـدة عند فقهاء الحنفية ــ أما عند غيرهم من الفقهاء فلا توجد الا الحوالة المقيدة ــ

ففي الحوالة المطلقة قد يكون المحال عليه غير مدين للمحيل ، وان كان مدينا

---

(١) يرى الامام أبو حنيفة انه لا يحق للمحال الرجوع على المحيل اذا افلس المحال عليه وهو حي لانه لا يرى الحجر على الدين ولان الافلاس حالة مؤقتة قد يسترد المفلس اعتباره ويقوم بوفـاء ديونـه .

راجع فتح القدير ج٥ ص ٤٤٩ البدائع ج ٦ ص ١٨ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٧ .

(٣) البجيرمي على شرح منهج الطلاب ج ٣ ص ١٨ .

لا يلتزم بأداء الحوالة بما للمحيل عنده من دين أو عين ، ففي هذه الحالة تعتبر العلاقة بين المحال والمحال عليه علاقة مستقلة ويرجع المحال عليه على المحيل بما أداه للمحال ان كانت الحوالة بأمر من المحيل ، أما اذا تمت الحوالة بين المحال والمحال عليه دون أمر من المحيل فلا يرجع المحال عليه بشيء على المحيل لانه يعد حينئذ متبرعا بما دفعه للمحال .

جاء في المادة ٧٧٨ من مرشد الحيران :

لا تنقطع في الحوالة المطلقة مطالبة المحيل عن المحال عليه بل اذا كان عليه دين أو له عنده عين مودعة أو مغصوبة فله أن يطالبه بعد الحوالة أيضا في هذه الصورة الى أن يؤدي الدين المحال به للمحال ، فان أدى سقط ما عليه قصاصا بقدر ما أدى، فان لم يكن المحال عليه مديونا للمحيل وأدى عنه بأمره الدين المحال به رجع عليه بمثله فان أدى بلا أمره فهو متطوع لا رجوع له عليه بما أدى .

أما اذا كانت الحوالة مقيدة ، أي اذا كان وفاء الدين محددا بما للمحيل لدى المحال عليه من دين أو عين ، فلا يجوز للمحيل أن يطالب المحال عليه بما له في ذمة من دين بمقدار الحوالة ، كما لا يجوز للمحال عليه أن يدفع هذا المبلغ الى المحيل لان التزامه تجاه المحال أصبح ثابتا بمجرد الحوالة ، الا اذا ثبت أن المحال عليه قد قام بوفاء دينه وأنه بريء الذمة تجاه المحيل وتبطل الحوالة .

٣ ــ العلاقة بين المحال والمحال عليه :

تعطي الحوالة للمحال تجاه المحال عليه نفس الحقوق التي له استعمالها تجاه المحيل لانه يطالب بنفس الدين ولكن عوضا عن أن يقوم المحيل بدفعه يقوم المحال عليه بذلك ولان الحوالة تنقل هذا الدين بنفس الصفة لانه دين قديم فان كان مؤجلا وان كان حالا انتقل حالا .

واذا كان للمحال هذا الحق فان للمحال عليه أيضا نفس الحقوق التي يستعملها تجاه المحيل أي ان كافة الدفوع التي للمحال عليه تجاه المحيل تثبت له تجاه المحال لان الدين انتقل بصفته الاولى كما كان ، فيستطيع المحال عليه مثلا بأن يدفع مطالبة المحال بأن دين الحوالة باطل أو انه انقضى بالوفاء .

وكذلك فان تأمينات وتوابع الدين تبقى لصالح المحال بعد انشاء عقد الحوالة. أما الكفيل فتسقط كفالته لانها مبنية على الثقة الشخصية فكفيل المدين القديم لا يبقى كفيلا للمدين الجديد حكما أي اذا رضي باستمرار كفالته يعد كفيلا والا فبمجرد عقد الحوالة تسقط كفالته لانه كفل يسار مدين معين لا أي مدين آخر ، على أنه لا بد أن نشير الى أن هذه الكفالة قد تعود اذا عادت مطالبة المحيل مرة ثانية لان حق المحال مقيد بسلامة الحق المحال به فاذا لم يسلم للمحال حقه تجاه المحال عليه وعاد الى المحيل عادت الكفالة كما كانت .

وقد جاءت مجمل هذه الاحكام وفق المذهب الحنفي في مرشد الحيران نذكر أهمها فيما يلي :

م ٧٧٧ من مرشد الحيران :

اذا قبل المحال الحوالة ورضي المحال عليه بها برئ المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحال حق مطالبة المحال عليه ، غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحال .

م ٧٨٢ من مرشد الحيران :

يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل ، فان كان الدين على المحيل حالا تكون الحوالة به على المحال عليه حالة ويدفع المحال عليه الدين المحال به معجلا .

وجاء في المادة ٣١٨ من القانون المدني السوري :

١ ـ تبقى للدين المحال به ضماناته .

ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، ملزما قبل الدائن الا اذا رضي بالحوالة .

عدم امتياز دين المحال على سائر الغرماء :

اذا مات المحيل وكانت عليه ديون غير الدين المحال به ، وكان المحال لم يقبض الحوالة المقيدة بعد سواء قيدت بعين أو دين ، فلا يثبت امتياز للمحال في استيفاء حوالته من مال المحيل بل يعامل كبقية غرماء المحيل المدين وتقسم أمواله بين جميع الدائنين ومنهم المحال بنسبة ديونهم .

غير أن زفر من فقهاء الحنفية يرى أن للمحال امتياز على سائر الغرماء لتعلق حقه بالحوالة المقيدة أي يعامل معاملة المرتهن لثبوت حقه فيه .

٣ ـ نظرية مسؤولية عدم التمييز

المسؤولية اما أن تكون عن فعل جنائي وتسمى بالمسؤولية الجنائية ، واما أن تكون ناشئة عن التزام بتعويض ضرر وتسمى بالمسؤولية المدنية .

فاذا ارتكب انسان جريمة يعاقب عليه القانون فيسأل مسؤولية جنائية ويحكم عليه بالعقوبة المقررة لجريمته .

أما المسؤولية المدنية فهي حالة الشخص الملتزم قانونا بتعويض ضرر سببه للغير حيث يسأل مسؤولية مدنية ولو لم يكن هناك نص قانوني .

والمسؤولية المدنية على نوعين :

أ ـ مسؤولية عقدية وتنشأ حين الاخلال بالتزام تعاقدي من أحد أطراف العقد .

ب ـ مسؤولية تقصيرية وتنشأ حين الاخلال بالتزام قانوني وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير . وقد حدد القانون السوري أركان المسؤولية المدنية في المادة ١٦٤ :

كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

وبهذا فقد أوضح القانون أركان المسؤولية المدنية الثلاثة : الضرر ، والخطأ ، والعلاقة السببية بينهما ، وهي أركان الفعل الضار ، فلا بد اذن لقيام المسؤولية المدنية من الخطأ حيث يسأل من سبب ضررا للغير بخطأ بالتعويض عن هذا الضرر ، وهذا المبدأ الذي أخذ القانون المدني السوري منقول عن القانون المدني الفرنسي .

ولكن من الملاحظ أن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية أخذت تضعف قيمتها شيئا فشيئا لدى رجال الفقه الفرنسي ، فبعد أن كان الخطأ لا بد من اثباته في هذه المسؤولية أصبح يكتفي في بعض الحالات بالخطأ المفترض القابل لاثبات العكس ، ثم تطور فأصبح الخطأ المفترض لا يقبل اثبات العكس ، وقال رجال الفقه المعاصر الفرنسي أنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ دائما أساسا للمسؤولية المدنية بل يجوز أن تقوم هذه المسؤولية على فكرة الضرر وتحمل التبعة .

وقد تابع رجال القضاء في فرنسا اتجاه الفقه بعدم اعتبار الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية في جميع صورها .

وسار المشرع الفرنسي بخطى بطيئة في هذا الاتجاه وأصدر تشريعات خاصة على أساس نظرية تحمل التبعة وخاصة في تشريعات العمال .

أما التشريع الاسلامي فقد أخذ بنظرية تحمل التبعة منذ أقدم عصوره ،وسبق في هذا كافة التشريعات المعاصرة التي ما تزال تقيم أساس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ ، وتجاوز ذلك الى أن المسؤولية تقوم على نظرية تحمل التبعة ، ونص فقهاء الحنفية « لو أن طفلا يوم ولد انقلب على مال انسان فأتلفه لزمه الضمان : وفي هذا تقول المادة ٩١٦ من مجلة الاحكام العدلية :

« واذا أتلف صبي مال غيره فيلزمه الضمان من ماله ، فان لم يكن له مال ينتظر الى حين الميسرة ولا يضمن وليه » .

على أن القانون المدني السوري وان لم تأخذ بنظرية تحمل التبعة كما فعل الفقه الاسلامي تأثرا بالقانون الفرنسي ، ولكنه وجد نفسه مضطرا للأخذ بفكرة الخطأ المفترضة[1] معدلا الاساس الذي قامت عليه فكرة الخطأ وذلك في المادة ١٦٥ في الفقرة الاولى : « يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

ثم أخذ القانون المدني في بعض النصوص بنظرية تحمل التبعة نقلا عن الشريعة الاسلامية حين نص في الفقرة الثانية من المادة ١٦٥ .

ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيا في ذلك مركز الخصوم .

---

(١) جاء في القانون التونسي والمغربي تطبيقا لفكرة الخطأ المفترض في المادة ٩٣/١٠٢ « حالة السكر لا يرفع المسؤولية المدنية ، في الالتزامات الناشئة عن الجنح واشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية ، وترتفع المسؤولية اطلاقا اذا كان السكر غير اختياري ، ويقع عبء الاثبات على عاتق المدعى عليه .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية خلال مناقشة هذه المادة[1] : ان تقرير هذه المسؤولية يساير مبادىء الشريعة الاسلامية ، وان حكمها وان جاء مخالفا للقواعد المعمول بها ولكن تقضي به العدالة وله سند من الشريعة الاسلامية[2] .

وبعد فهذه لمحات سريعة عن بعض الاحكام والنظريات التي إقتبسها القانون المدني السوري عن الشريعة الاسلامية ، وكم كان بودنا أن نضيف اليها شيئا عن نظريتي التعسف في استعمال الحق[3] والظروف الطارئة[4] لو أن الوقت اتسع لنا ، وان كنا نؤمن بأن كل نظرية من هذه النظريات تحتاج الى دراسة شاملة عامة تخرج عن نطاق المنهج المقرر لطلاب السنة الاولى من كلية الحقوق كمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية .

وكل ما أرجوه أن أكون قد وفقت ـ بقدر المستطاع ـ ببيان بعض خصائص الفقه الاسلامي وحاجتنا التشريعية للاستمداد منه ، وتوضيح الفائدة المتوخاة من دراسته في كلية الحقوق للاستعانة بشرح ما أخذه القانون المدني السوري عن الشريعة الاسلامية صراحة أو احالة ، ولعلنا بهذا نساهم أيضا بالدعوة للعودة لهذا التشريع الخالد لنحقق الاصالة الفكرية والابتكار في أنظمتنا وتشريعاتنا .

« وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون » .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢ ص ٣٦٠ .

(٢) راجع في هذا الموضوع : الشريعة الاسلامية والقانون المدني للمستشار عبد الستار ادم ص ٢٠ ، مسؤولية الراعي المفترضة للدكتور سليمان مرقص ص١٠، المسؤولية المدنية للاستاذ مصطفى مرعي ص ١٣٢ .

(٣) راجع بحث التعسف في استعمال الحق للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة في موسوعة الفقه الاسلامي . ونظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني ، ونظرية التعسف في استعمال الحق للاستاذ حسين عامر ، وراجع ايضا بحثا للاستاذ الشيخ فهمي ابو سنة في هذا الموضوع في : الفقه الاسلامي وحاجتنا اليه .

(٤) نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور عبد السلام الترمانيني ، وراجع بحثا في الظروف الطارئة للدكتور السنهوري في مصادر الحق ج ٥ .

مفردات مقرر الشريعة الاسلامية

لطلاب السنة الاولى

في كلية الحقوق

١ ــ خصائص الفقه الاسلامي والغرض من دراسته .
٢ ــ مصادر التشريع الاسلامي الاصلية والتبعية وخصائصها .
٣ ــ الادوار التاريخية للتشريع الاسلامي مع ابراز مزايا كل دور .
٤ ــ نشوء مدرستي الرأي والحديث في العراق والحجاز والعوامل المؤثرة في كل منهما .
٥ ــ تكوين المذاهب الفقهية وتطورها وأشهر المؤلفين والمؤلفات فيها .
٦ ــ تدوين الفقه والحديث .
٧ ــ أسباب اختلاف الفقهاء .
٨ ــ القواعد الكلية في الفقه الاسلامي في مختلف المذاهب .
٩ ــ نظرية الحق والمباحث المتعلقة بها .
١٠ ــ النيابة الشرعية عن الغير بايجاز دون توسع .
١١ ــ أحكام الملكية في الفقه الاسلامي .
١٢ ــ نظرية العقد في الفقه الاسلامي :
أولاً : تكوين العقد : الصيغة ، الاهلية ، المحل ، السبب .
ثانياً : أثر الارادة في انشاء العقد .
آ ــ حرية التعاقد .
ب ــ الاشتراط في العقود .

جـ ــ عيوب الارادة •

١ ــ الاكراه •

٢ ــ الغلط •

٣ ــ التدليس •

ثالثاً : أثر القوة الملزمة في العقود •

آ ــ خيــار التعيين •

ب ــ خيــار الشرط •

جـ ــ خيــار الرؤيــة •

١٣ ــ بعض ما اقتبسه القانون المدني عن الفقه الاسلامي :

أولاً : أحكام تصرفات المريض مرض الموت وبعض أحكام الهبة والبيع•

ثانياً : دراسة موجزة لبعض النظريات العامة التي أخذها القانون المدني عن الفقه الاسلامي •

* * *

اولاً ـ القرآن الكريم

١ ـ القرآن الكريم .
٢ ـ مناهل العرفان في علوم القرآن للزرقاني ج١ .
٣ ـ تفسير ابن كثير ج٣ .
٤ ـ تفسير الرازي .
٥ ـ تفسير الرازي .
٦ ـ أحكام القرآن للجصاص ج٣ .
٧ ـ تفسير القرطبي ج٣ .
٨ ـ المغني للقاضي عبد الجبار .
٩ ـ البرهان في علوم القرآن للزركشي ج١ .
١٠ ـ اعجاز القرآن للباقلاني .
١١ ـ دلائل الاعجاز للجرجاني .
١٢ ـ مباحث في علوم القرآن للدكتور صبحي الصالح .
١٤ ـ النبأ العظيم للدكتور محمد عبد الله دراز .
١٥ ـ تفسير سورة النور للاستاذ المودودي .

ثانياً ـ الحديث النبوي

١٦ ـ صحيح البخاري ج١ ، ج .
١٨ ـ سنن النسائي ج٣ .
١٩ ـ سنن أبي داود ج٢ .
٢٠ ـ الموطأ للامام مالك ج٢ .
٢١ ـ المسند للامام أحمد بن حنبل .

٣٢ ـ المستدرك للحاكم النيسابوري .
٣٣ ـ مسند الترمذي ج٦ .
٣٤ ـ الزرقاني على موطأ مالك ج٢ .
٣٥ ـ الجواهر المنيفة في أحاديث أبي حيفة للامام الزبيدي .
٣٦ ـ نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ج٤ .
٣٧ ـ السنن للبيهقي ج٦ .
٣٨ ـ تنزيه الشريعة عن الاخبار الموضوعة للكتاني .
٣٩ ـ اللآلىء المصنوعة في الاحاديث الموضوعة للامام السيوطي .
٣٠ ـ الاباطيل لابي عبد الله الحسن بن ابراهيم الهمداني الجوزقي .
٣١ ـ الموضوعات الكبرى لابي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي .
٣٢ ـ الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث لابن كثير .
٣٣ ـ توجيه النظر للشيخ طاهر الجزائري .
٣٤ ـ سبل السلام في أدلة الاحكام للصنعاني ج٢ .
٣٥ ـ جمع الفوائد ومجمع الزوائد ج١ .
٣٦ ـ نيل الاوطار للشوكاني ج٦ .
٣٧ ـ السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي .
٣٨ ـ قواعد التحديث للشيخ جمال الدين القاسمي .
٣٩ ـ كنز العمال ج٢ .
٤٠ ـ الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني .
٤١ ـ تذكرة الحفاظ للقرطبي .
٤٢ ـ مسند الامام الشافعي .
٤٣ ـ السنة قبل التدوين للدكتور محمد عجاج الخطيب .
٤٤ ـ الحديث والمحدثون للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة .
٤٥ ـ الرسالة المستطرفة للكتاني .
٤٦ ـ الرسالة المحمدية للاستاذ سليمان الندوي .
٤٧ ـ كشف الخفاء للشيخ اسماعيل العجلوني .

٤٨ ـ مسلم الثبوت ج٢ .
٤٩ ـ المستصفى للامام الغزالي ج٣ .
٥٠ ـ التوضيح على التنقيح للتفتازاني ج٢ .
٥١ ـ ارشاد الفحول للامام الشوكاني .
٥٢ ـ فتح الغفار شرح المنار ج٢ .
٥٣ ـ اصول السرخسي ج١ .
٥٤ ـ الموافقات للشاطبي ج٤ .
٥٥ ـ التلويح على التوضيح ج١ .
٥٦ ـ الاحكام للآمدي ج١ .
٥٧ ـ شرح تنقيح الفصول للقرافي .
٥٨ ـ كشف الاسرار على اصول البزدوي .
٥٩ ـ الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم ج٤ .
٦٠ ـ الرسالة للامام الشافعي .
٦١ ـ التحرير لابن الهمام وشرحه ج٣ .
٦٢ ـ نهاية السول شرح منهاج الاصول ج٣ .
٦٣ ـ روضة الناظر لابن قدمة ج٢ .
٦٤ ـ شرح المنار لابن ملك .
٦٥ ـ المعتمد في أصول الفقه للبصيري .
٦٦ ـ الاعتصام للشاطبي .
٦٧ ـ الفروق للقرافي ج٣ .
٦٨ ـ جماع العلم للشافعي .
٦٩ ـ الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام للقرافي .
٧٠ ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم .
٧١ ـ غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر للحموي .

٧٢ ــ الاشباه والنظائر للسيوطي .
٧٣ ــ قواعد الاحكام في مصالح الانام للعز بن عبد السلام .
٧٤ ــ القواعد لابن رجب .
٧٥ ــ تأسيس النظر للدبوسي .
٧٦ ــ اصول الفقه للاستاذ الشيخ زكي الدين شعبان .
٧٧ ــ اصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة .
٧٨ ــ اصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد الخضري .
٧٩ ــ مصادر التشريع للاستاذ محمد ابو زهرة .
٨٠ ــ تعليل الاحكام للاستاذ الشيخ مصطفى الشلبي .
٨١ ــ اصول الفقه للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .
٨٢ ــ علم الاصول للاستاذ الشيخ علي حسب الله .
٨٣ ــ مصادر التشريع فيما لا نص فيه للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .
٨٤ ــ ضوابط المصلحة للدكتور سعيد رمضان البوطي .
٨٥ ــ العرف والعادة للشيخ فهمي ابو سنة .
٨٩ ــ الاصول العامة في الفقه المقارن للاستاذ محمد تقي الدين الحكيم .

رابعاً ــ الفقه

١ ــ الفقه الحنفي

٩٠ ــ المبسوط للسرخسي ج٢٨ و ٢٩ .
٩١ ــ البدائع للكاساني ج٥ .
٩٢ ــ رسائل ابن عابدين .
٩٣ ــ تحفة الفقهاء للسمرقندي تحقيق الدكتور زكي عبد البر خرج أحاديثه الاستاذ منتصر الكتاني والدكتور وهبه الزحيلي
٩٤ ــ تبيين الحقائق للزيلعي ج٥
٩٥ ــ احكام الصغار لمحمد بن محمود بن الحسين الاشتروشني
٩٦ ــ رد المحتار لابن عابدين ج٢

٩٧ ــ فتح القدير لابن الهمام
٩٨ ــ البحر الرائق لابن نجيم
٩٩ ــ مختصر الطحاوي
١٠٠ ــ الفتاوى الهندية
١٠١ ــ متن القدوري
١٠٢ ــ مجمع الانهر للشيخ عبد الرحمن بن سلمان زاده ج٢
١٠٣ ــ حاشية الشلبي على الزيلعي ٦١
١٠٤ ــ الفتاوى الخانيــة
١٠٥ ــ جامع الفصولين ج٢
١٠٦ ــ درر الحكــام ج٢

٢ ــ الفقــه الشافعي

١٠٧ ــ الام للامام الشافعي ج٧
١٠٨ ــ الميزان للشعراني
١٠٩ ــ نهاية المحتاج للرملي ج٣
١١٠ ــ اسنى المطالب شرح روض الطالب للرملي ج٢
١١٢ ــ حاشية البجيرمي ج٢
١١٣ ــ المهذب للشيرازي

٣ ــ الفقــه الحنبلــي

١١٤ ــ اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية
١١٥ ــ كشاف القناع ج٢
١١٦ ــ المغني لابن قدامة ج٦
١١٧ ــ الشرح الكبير ج٤

٤ ـ الفقه المالكي

١١٨ ـ المدونة الكبرى للامام مالك ج١٠

١١٩ ـ القوانين الفقهية لابن جزي

١٢٠ ـ شرح مختصر خليل للخرشي ج٧

١٢١ ـ المقدمات الممهدات لابن رشد ج١

١٢٢ ـ تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢

١٢٣ ـ منح الجليل على مختصر خليل ج٤

١٢٤ ـ مواهب الجليل على مختصر خليل ج٤

٥ ـ الفقه الجعفري

١٢٥ ـ مفتاح الكرامة ج٤

١٢٦ ـ شرائع الاسلام ج٢

١٢٧ ـ تاريخ الفقه الجعفري للاستاذ هاشم الحسيني

١٢٨ ـ اعيان الشيعة للشيخ محسن الامين

٦ ـ الفقه الزيدي

١٢٩ ـ الروض النضير شرح المجموع للامام زيد ج٤

٧ ـ الفقه الظاهري

١٣٢ ـ المحلى لابن حزم ج٨

خامسا : المؤلفات الفقهية الحديثة

١٣٣ ــ الامام مالك للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة
١٣٤ ــ المذاهب الاسلامية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة
١٣٥ ــ الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة
١٣٦ ــ ابن حزم للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة
١٣٨ ــ الامام ابو حنيفة للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة
١٣٩ ــ المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم
١٤٠ ــ احكام التصرف عن الغير للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم
١٤١ ــ الاهلية وعوارضها للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى
١٤٢ ــ التركة والحقوق المتعلقة بها للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم
١٤٣ ــ الالتزامات في الشرع الاسلامي للاستاذ احمد ابراهيم
١٤٤ ــ المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الخفيف
١٤٥ ــ الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف
١٤٦ ــ المعاملات الشرعية للاستاذ علي الخفيف
١٤٧ ــ الاهلية وعوارضها للدكتور حسين النوري
١٤٨ ــ الوصية والولاية والتركات للدكتور عبد الرحمن الصابوني
١٤٩ ــ الملكية ونظرية العقد للدكتور عبد الرحمن الصابوني
١٥٠ ــ النظرية العامة للعقود والموجبات للدكتور صبحي المحمصاني ج٢
١٥١ ــ مرشد الحيران لمحمد قدري باشا المصري
١٥٢ ــ التركة والميراث في الاسلام للدكتور محمد يوسف موسى
١٥٣ ــ مدى تعلق الحقوق بالتركة للاستاذ الشيخ علي الخفيف
١٥٤ ــ حقوق الدائنين في التركة للدكتور علي الرجال
١٥٥ ــ التركة وما يتعلق بها من حقوق للشيخ محمد الكشكي
١٥٦ ــ تاريخ التشريع الاسلامي الدكتور محمد سلام مدكور

١٥٧ ــ سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي للدكتور جمال الدين محمود
١٥٨ ــ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار
١٥٩ ــ فلسفة التشريع في الاسلام للدكتور صبحي المحمصاني
١٦٠ ــ مجلة الاحكام العدلية
١٦١ ــ شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ علي حيدر
١٦٢ ــ شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ سليم باز
١٦٣ ــ شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ الشيخ خالد اتاسي
١٦٤ ــ تحرير المجلة للامام محمد الحسين كاشف الغطاء
١٦٥ ــ الاهلية والوصية والتركات للدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني
١٦٦ ــ القواعد الكلية في الفقه الاسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني
١٦٧ ــ مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج١
١٦٨ ــ فقه الاسلام للاستاذ الشيخ حسن أحمد الخطيب
١٦٩ ــ مدى حرية الزوجين في الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابوني
١٧٠ ــ المدخل الفقهي للاستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء ج١ ، ج٢
١٧١ ــ اثر العرف والعادة في التشريع الاسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني
١٧٢ ــ الفكر السامي في تاريخ التشريع الاسلامي للحجوي ج١
١٧٣ ــ نظرات في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبد القادر
١٧٤ ــ تاريخ الفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور يوسف موسى
١٧٥ ــ المعتزلة للاستاذ زهدي حسن جار الله
١٧٦ ــ حركات الشيعة المتطرفين للدكتور محمد جابر عبد العال
١٧٧ ــ المذاهب الاسلامية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة
١٧٨ ــ كشاف اصطلاحات الفنون ج١
١٧٩ ــ النظريات السياسية للدكتور ضياء الدين الريس

١٨٠ ــ التفكير فريضة اسلامية للاستاذ عباس محمود العقاد
١٨١ ــ القاموس المحيط ج٤
١٨٢ ــ فتاوى عليش في المذهب المالكي ج٢
١٨٣ ــ الملل والنحل للشهرستاني ج١
١٨٤ ــ الاصابة في ترجمة الصحابة ج٣
١٨٥ ــ الاموال لابن سلام
١٨٦ ــ أسد الغابة في ترجمة الصحابة ج٢
١٨٧ ــ اعلام النبلاء للامام الذهبي ج٢
١٨٨ ــ الاعلام للزركلي ج٤
١٨٩ ــ الاستيعاب لابن عبد البر ج٤
١٩٠ ــ التبصير في الدين للاسفرائيني
١٩١ ــ مروج الذهب ج٦
١٩٢ ــ الكامل للمبرد ج٣
١٩٣ ــ التمهيد للباقلاني
١٩٤ ــ اصول الدين للبغدادي
١٩٥ ــ تاريخ الاسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم حسن
١٩٦ ــ تاريخ الشعوب الاسلامية لبروكلمان
١٩٧ ــ الشيعة والخوارج للاستاذ يوليوس فلهوزن
١٩٨ ــ فجر الاسلام للاستاذ أحمد أمين
١٩٩ ــ ضحى الاسلام للاستاذ أحمد أمين
٢٠٠ ــ شذرات الذهب
٢٠١ ــ المعارف لابن قتيبة
٢٠٢ ــ حلية الاولياء
٢٠٣ ــ طبقات ابن سعد
٢٠٤ ــ تاريخ الادب العربي لبروكلمان ترجمة الدكتور عبد الحليم النجار
٢٠٥ ــ فهرست ابن النديم

٢٠٦ ــ جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر
٢٠٧ ــ الوثائق السياسية للعهد النبوي للدكتور حميد الله

سابعا : المراجع القانونية

٢٠٨ ــ مدونة جوسينيان ترجمة عبد العزيز فهمي
٢٠٩ ــ المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ج١ ، ٢ ، ٦
٢١٠ ــ الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج١
٢١١ ــ المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس
٢١٢ ــ اصول القوانين للدكتور محمد كامل مرسي
٢١٣ ــ المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي للاستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء
٢١٤ ــ شرح القانون المدني المصري للاستاذ فتحي زغلول
٢١٥ ــ نظرية الحق للدكتور عبد الحي حجازي
٢١٦ ــ نظرية الالتزامات للدكتور حشمت ابو ستيت
٢١٧ ــ نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري
٢١٨ ــ النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته
٢١٩ ــ نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم
٢٢٠ ــ قانون الاحوال الشخصية السوري
٢٢١ ــ قانون الولاية على المال المصري
٢٢٢ ــ نظرية الحق للدكتور عبد الحي حجازي
٢٢٣ ــ المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم بدراوي
٢٢٤ ــ نظرية الحق للدكتور سامي مدكور
٢٢٥ ــ المدخل للقانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي
٢٢٦ ــ نظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل
٢٢٧ ــ النظرية العامة للحق للدكتور جميل الشرقاوي
٢٢٨ ــ اصول القانون للدكتور حسن كيره

٢٢٩ ـ القانون المدني السوري
٢٣٠ ـ القانون المدني العراقي
٢٣١ ـ محاضرات في القانون المدني للدكتور عبد المنعم فرج الصده ج٥
٢٣٢ ـ القوة الملزمة للعقد للاستاذ حسين عامر
١٣٣ ـ التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني
٢٣٤ ـ الظروف الطارئة في الشريعة والقانون للدكتور عبد السلام ترمانيني
٢٣٥ ـ المسؤولية المدنية للدكتور سليمان مرقس
٢٣٦ ـ المسؤولية المدنية للاستاذ مصطفى مرعي
٢٣٧ ـ التعسف في استعمال الحق للاستاذ حسين عامر

* * *

Damascus University

فهرس

الباب الاول

الفصل الاول ٥

انواع الحقوق ومصادرها ٥

الفرع الاول :

تعريف الحق ٧

الفرع الثاني :

تقسيمات الحقوق ٩

تقسيمات اولية ـ الحقوق السياسية وغير السياسية ـ الحقوق العامة والخاصة ـ حقوق الاسرة والحقوق المالية ـ تقسيم الحقوق في الفقه الاسلامي :

٢ ـ باعتبار صاحب الحق ب ـ باعتبار القوة المؤيدة للحق

الفرع الثالث :

مصادر الحق ١٦

الفصل الثاني : اركان الحق

الفرع الاول :

صاحب الحق ١٨

الفرع الثاني :

الاهلية وعوارضها ٢١

المبحث الاول :

احكام الاهلية ٢٣

تعريف الاهلية وطبيعتها ٢٤

المطلب الاول :
اهليـة الوجـوب ٢٥
انواع اهلية الوجـوب ٢٦
آ ـ اهلية الوجوبه الناقصة ب ـ اهلية الوجوب الكاملة ٢٩

المطلب الثاني :
اهليـة الاداء ٣٠
انواع اهلية الاداء ـ الفرق بين الاهلية والولاية ـ الفرق بين عدم الاهلية والمنـع من التصرف ـ احكام الاهلية من النظام العـام .
ادوار الاهلية ٣٤
١ ـ تاثر الاهلية بالسن ٢ ـ تاثر الاهليـة بالعقـل والتمييز والادراك

المبحث الاول :
موانـع الاهليـة ٣٨

الفرع الثالث :
النيابة الشرعية عن الغير ٣٩

المبحث الاول :
١ ـ الولابة ٤١
١ ـ حفظ الاب اموال اولاده ٢ ـ التبرع ٣ ـ انتفاع الاب باموال اولاده

المبحث الثاني :
٢ ـ الوصـابة ٤٥
انواع الاوصياء : الوصاية على الجنين ـ انتهاء الوصاية

المبحث الثالث :
القوامـة ٥١

المطلب الاول : الجنون والعتـــه ٥١

المطلب الثاني : السفه والغفلة ٥٥

المبحث الرابع :

الوكالة القضائية ٥٧

١ ــ المصاب بعاهتين ٢ ــ المحكوم عليه بالاشغال الشاقة او الاعتقال ٣ ــ المفقود او الغائب ــ حكم زوجة المفقود ــ حكم امواله ــ عودة المفقود .

المبحث الخامس :

النيابة عن الغير في حياة الاصيل واكمال اهليته ٦٣

المطلب الاول : الوكالة ٦٣

نوعا الوكالة ــ شروط الوكالة ــ اثر التوكيـــل ــ تعـــدد الوكـــلاء ــ اجر الوكيـــل ــ الفرق بين الرسول والوكيل ــ انقضاء عقد الوكالة .

المطلب الثاني : الفضـــالة ٦٩

تعريف الفضولي ــ آثار تصرفات الفضولي ــ متى تصح اجازة تصرفات الفضولي ــ آثـــار اجازة تصرفات الفضولي ــ راي المذاهـــب الفقهية في تصرفـــات الفضولي ــ هل يجوز للعاقد الواحد ان يتولى طرفي العقد

القسم الثالث :

الذمة خصائصها وانتهازها ٧٥

تعريف الذمة ــ خصائص الذمة ــ انتهاء الذمة

القسم الرابع :

الشخص الاعتباري ومقوماته ٨٠

الفرع الثاني : محـــل الحـــق : الاشباه والاموال ٨٣

المبحث الاول : تعريف المال وعناصره ٨٤
١ ــ امكان الاحراز والحيازة ٢ ــ امكان الانتفاع به عادة
المبحث الثاني : اقسام المال ٨٧
المطلب الاول : المال المتقوم وغير المتقوم ٨٧
من حيث الضمان وعدمه ــ ما يشترط في المال المتقوم
هل يعتبر المباح من الاموال المتقومة ــ هل تعتبر المنافع اموالا
المطلب الثاني : المال المنقول وغير المنقول ٩٤
فوائد تقسيم المال الى عقار ومنقول ٩٥
المطلب الثالث : المثلي والقيمي ٩٦
فائدة تقسيم المال الى مثلي وقيمي ــ انقلاب المثلي الى قيمي وبالعكس .

الباب الثاني

الفصل الاول

احكام الملكية

الفرع الاول :
تعريف الملك وقابلية الاموال للملكية ١٠٠
الفرع الثاني :
انواع الملك ١٠٣
المبحث الاول : الملك التام وخصائصه ١٠٣
المبحث الثاني : الملك الناقص وخصائصه ١٠٥
خواص الملك الناقص ــ متى ينتهي حق المنفعة
المبحث الثالث : اسباب الملك التام ١١٢

الفصل الثاني

الفرع الأول :

تعريف العقد وتكوينه ١١٦

المبحث الاول : تعريف العقد ١١٦

ا ـ الوعد ب ـ الالتزام

المبحث الثاني : تكوين العقد ـ شروط الايجاب والقبول ١٢٠

١ ـ الاهلية ٢ ـ الرضا ٣ ـ مطابقة الايجاب للقبول

٤ ـ اتصال الايجاب بالقبول وشروطه

الشرط الاول ـ الشرط الثاني ـ الشرط الثالث

نظرية خيار المجلس ١٢٥

المطلب الاول : صيغة العقد ١٢٩

هل يصح التعاقد بالافعال ـ التعاقد بالاشارة ـ التعاقد بالكتابة

المطلب الثاني : اهلية المتعاقدين ١٣٤

القسم الثاني

المطلب الثالث : محل العقد ١٣٥

قابلية المحل للوجود ـ بيع الاموال المستقبلة

المطلب الرابع : سبب العقد ١٤١

الفرق بين السبب والمحل ـ النظرية الحديثة في السبب ـ نظرية السبب في الفقه الاسلامي ـ الارادة الظاهرة والارادة الباطنة في الفقه الاسلامي ـ خلاصة الراي في نظرية السبب

الفرع الثاني :

اثر الارادة في انشاء العقود ١٥٢

المبحث الاول : حرية التعاقد ـ انشاء العقود ١٥٤

المبحث الثاني : حرية الاشتراط في العقود ١٥٧

المبحث الثالث : عيوب الارادة ١٦١

المطلب الاول : الاكراه وشروطه ١٦٢

اقسام الاكراه ـ اثر الاكراه في التصرفات

المطلب الثاني : الغلط ١٦٧

حالات الغلط ١ ـ في المعقود عليه ٢ ـ في وصف مرغوب فيه ـ الغلط في شخص العاقد ـ الغلط في الحكم الشرعي

المطلب الثالث : التدليس او التغرير ١٧٤

انواع التدليس ـ التدليس الفعلي ـ التدليس القولي ـ التدليس عن طريق كتمان الحقيقة ـ التدليس الصادر من غير العاقدين .

المطلب الرابع : الغبن ١٧٨

انواع الغبن ـ آثار الغبن اليسير ـ الحالات التي تفسخ بالغبن اليسير ـ اثر الغبن الفاحش ـ متى يسقط حق الفسخ بالغبن الفاحش

الفرع الثالث :

تصنيف العقود ١٨٤

سبب الخلاف بين جمهور الفقهاء والاحناف في العقد الفاسد ١٨٩

الفرع الرابع :

اثر القوة الملزمة في العقود ١٩٥

المبحث الاول : التعليق والاضافة الى المستقبل في العقود ١٩٦

المبحث الثاني : الخيارات ٢٠٠

المطلب الاول : خيار التعيين ٢٠٢
المطلب الثاني : خيـار الشرط ٢٠٤
المطلب الثالث : خيار العيب ٢٠٩
المطلب الرابع : خيار الرؤية ٢١٤
المطلب الخامس : هل يحتاج الفسخ بالخيارات الى القضاء ١١٧
المطلب السادس : هل تورث الخيارات ٢١٩

البـاب الثالـث

الفصل الاول

بعض الابحاث التي اقتبسها القانون المدني عن الشريعة الاسلامية

المبحث الاول : احكـام البيـوع ٢٢٣
المبحث الثاني : بعض احكام الهبة ٢٢٩
المبحث الثالث : تصرفات المريض مرض الموت ٢٣٥
تعريف مرض الموت ـ تعلق حقوق الغير باموال مرض الموت
١ ـ تعلق حق الدائن باموال المريض ٢ ـ حـق الموصـى
له ٣ ـ تعلق حق الوارث باموال مورثـه المريـض ٤ ـ بيع
المريض مرض الموت ٥ ـ اقرار المريض مرض الموت ٦ ـ حقوق
المريض وتصرفاته في امواله

الفصل الثاني

بعض النظريات العامة التي اقتبسها القانون المدني عن الفقه الاسلامي ٢٤٦
١ ـ نظرية لا تركة الا بعد سداد الدين ٢٤٦
متى تنتقل التركة الى الورثة ٢٤٨

آراء المذاهب الفقهية في وقت انتقال التركة ٢٤٩
الراي الاول : لا تنتقل التركة الا بعد وفاء كافة الديون ٢٤٩
الراي الثاني : تنتقل التركة الى الورثة محملة بالديون ٢٥٠
الراي الثالث : تنتقل التركة في الجزء غير المشغول بالديون ٢٥١
ما ذهب اليه القانون المدني السوري ٢٥٢
الآثار التي تترتب على نظرية : لا تركة الا بعد سداد الدين ٢٥٣
أ ــ نماء التركة ٢٥٣
ب ــ ما يلزم للتركة من نفقات ٢٥٤
جـ ــ ما يثبت من ملك جديد بعد وفاة المورث ٢٥٤
د ــ قسمة التركة والتصرف فيها ٢٥٤

٢ ــ نظرية حوالة الدين ٢٥٥
انواع الحوالة وشروطها ٢٥
آثار الحوالة ٢٦٠
آثار حوالة الدين ٢٦٠
العلاقة بين المحيل والمحال ٢٦٠
العلاقة بين المحيل والمحال عليه ٢٦١
العلاقة بين المحال والمحال عليه ٢٦٢
عدم امتياز دين المحال على سائر الغرماء ٢٦٣
ضمانات الدين المحال بـه ٢٦٣

٣ ــ نظرية مسؤولية عدم التمييز ٢٦٤
اركان المسؤولية المدنية ٢٦٤
التشريع الاسلامي ونظرية تحمل التبعة ٢٦٥
مفردات مقرر الشريعة الاسلامية لطلاب السنة في كلية الحقوق ٢٦٧

المراجـــع	٢٦٩
القرآن الكريم وعلومه	٢٦٩
مراجع الحديث النبوي	٢٦٩
مراجع اصول الفقـه	٢٧١
المراجع الفقهيـة	٢٧٢
الفقه الحنفي	٧٢٢
الفقه الشافعي	٧٢٣
الفقه الحنبلي	٢٧٣
الفقه المالكـي	٢٧٤
الفقه الجعفري	٢٧٤
الفقه الظاهري	٢٧٤
مراجع المؤلفات الفقهية الحديثة	٢٧٥
المراجع القانونية	٧٢٨
الفهـرس	٢٨٠